

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD SANITARIA

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ANDREA PAZ MARTONES REYES
SEBASTIÁN IGNACIO PAVLOVIC JELDRES

Profesor Guía: LUIS CORDERO VEGA

Santiago, Chile. 2005

RESUMEN .	1
INTRODUCCIÓN .	3
I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS DAÑOS PROVOCADOS POR SU ACTIVIDAD SANITARIA . .	7
1.1 Fuentes Constitucionales y Legales de la Responsabilidad del Estado . .	8
1.1.1 El artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política. . .	12
1.1.2 Los artículos 4º y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. . .	17
1.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LA REFORMA A LA SALUD .	22
a) La ley N° 19.937, Autoridad Sanitaria. .	23
b) La ley N° 19.996, AUGE. .	25
c) Garantías Explícitas y Responsabilidad por su incumplimiento .	27
d) De la Responsabilidad en Materia Sanitaria . .	29
La Responsabilidad Patrimonial Sanitaria. La búsqueda de una solución justa. .	35
2.1 Sistema Francés .	36
2.2 Sistema Español .	44
2.3 La Responsabilidad Médica como un problema de Estado. . .	52
III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación. . .	57
3.1. La Actividad Asistencial Y La falta de servicio como funcionamiento anormal. . .	57
3.1.1 Lesiones impersonales. Responsabilidad Institucional . .	58
3.1.2 Lesiones Iatrogénicas. La falta médica. La falta personal y los títulos de imputación. . .	74
3.2 CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD . .	95
3.2.1 Caso Fortuito o Fuerza Mayor . .	95
3.2.2. Falta de la relación del vínculo causal .	97
3.2.3. Falta de Recursos .	101
3.2.4 Estado del conocimiento o riesgos del desarrollo .	105

CONCLUSIONES . .	115
BIBLIOGRAFÍA .	119
Bibliografía Nacional Consultada .	119
Bibliografía Extranjera Consultada . .	121
Otras Fuentes Documentales .	124
SENTENCIAS . .	126

RESUMEN

El primer capítulo consiste en un repaso de lo planteado por la doctrina nacional respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado y la noción de “falta de servicio”. Se incluye además las normas sobre responsabilidad sanitaria introducidas por las leyes N° 19.937 y N° 19.966. El capítulo termina con una breve descripción de la evolución de los sistemas que más han influido en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, esto es, el modelo español de responsabilidad del Estado basado en el concepto de lesión y el modelo francés, basado en la noción de falta de servicio, así como su evolución en materia sanitaria hacia mecanismos de compensación sin falta.

En el segundo capítulo se incluye la descripción de la jurisprudencia judicial en materia de responsabilidad médica cuando ella ha afectado a funcionarios u organismos públicos del sector salud. Distinguiendo los criterios de imputación de falta institucional de aquellos en que la acreditación de la falta personal que ocasionó el daño permitió la imputación al Servicio Público. La segunda parte de este capítulo está destinada a relevar algunos criterios de exclusión de la responsabilidad del Estado, con especial mención al problema de la falta de recursos, la relación de causalidad y los llamados riesgos del desarrollo.

INTRODUCCIÓN

El nuevo Estado de Derecho, característico del mundo occidental de principios del siglo XXI, ha superado antiguas y tradicionales formas de enfrentar la relación entre los ciudadanos y el Estado del que son parte. El avance paulatino de los derechos humanos y la consagración multilateral del respeto de los derechos, libertades y dignidad de las personas por todos los Estados, han venido a enriquecer la noción de Estado moderno. Así, ya no basta la separación de poderes, y aún más, la simple consagración positiva de los derechos se demuestra insuficiente para garantizar en sociedades cada vez más complejas la eficacia de tales preceptos, de tal suerte que la noción de responsabilidad del Estado, prácticamente desconocida hace cien años, y su transición desde el ámbito de lo civil hacia el ámbito publicista, ha venido a transformarse en uno de los pilares de la noción de Estado de Derecho moderno.

Como todo cambio de paradigma, la noción de responsabilidad patrimonial del Estado, ahora desde la perspectiva publicista, ha sorprendido a los poderes públicos desprevenidos. La evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria -liberada de los criterios *ius privatistas* de responsabilidad subjetiva- le han agregado además, el ingrediente de la objetivización, es decir, se alza la visión de que la responsabilidad patrimonial del fisco es objetiva o, al menos, se encuentra objetivada, y que posee reglas distintas de la clásica óptica del derecho civil.

El poder judicial, al amparo del principio constitucional de inexcusabilidad, ha debido conocer de cada una de estas pretensiones que demandan la responsabilidad patrimonial del Estado por las más disímiles causas. Lo ha hecho con un criterio casuístico,

moderando así una interpretación doctrinaria que ve en las normas sobre responsabilidad del Estado, todo un sistema autónomo de responsabilidad objetiva. Desde esta perspectiva se sostiene que dicha interpretación significa la máxima y mejor garantía del respeto de los derechos de las personas. Además, el aporte de la teoría del órgano libera a la persona afectada por la actuación de un determinado funcionario público, de perseguir, bajo las formas civiles, una indemnización basada en sistemas de responsabilidad subjetiva. Precisamente, porque ya no es elemento importante la culpa o el dolo del autor del daño, si la administración dañó, y ese daño no debe ser soportado por la víctima, independientemente de que la actuación de la administración sea legítima y legal o no, ésta deberá indemnizar. El principio de igualdad ante las cargas públicas debe imperar.

Tal interpretación no permite una aplicación pacífica de estos criterios; pues surge una infinidad de interrogantes cuando nos enfrentamos a su concreción en la práctica. La falta de texto expreso, que no dé lugar a interpretaciones distintas al respecto, ha permitido que algunas voces planteen que llevado al extremo, este principio atentaría contra la separación de poderes, pues los tribunales, mediante sentencias, estarían interfiriendo y determinando decisiones del poder ejecutivo en la asignación y distribución de los recursos públicos. Otros han planteado que al aplicar la responsabilidad objetiva al Estado, sobre todo en actividades particularmente riesgosas, se expone a la construcción de una especie de aseguramiento universal, que de alguna manera desnaturalizaría la teoría de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado.

Una tercera interrogante alerta sobre la desigualdad entre las cargas probatorias para los ciudadanos frente a hechos de similar naturaleza y entidad, y que incluso pueden ser cometidos por una misma persona natural, pues si la actuación se ha dado en el ámbito privado colocan a una víctima en la necesidad de acreditar culpa o dolo del agente y si la actuación ha sido en el marco del derecho público se liberaría a la víctima de dicha carga. A lo anterior sumamos el carácter subsidiario de la actividad estatal, pues en la visión del Constituyente, a medida que los particulares puedan ir reemplazando al Estado en las funciones públicas, éste se retirará a sus funciones más básicas de policía, regulación y fiscalización. ¿Significará ello que los ciudadanos perderán las garantías que la doctrina de la responsabilidad objetiva les asegura?

En Chile, tanto la Constitución como las leyes orgánicas constitucionales de Municipalidades y de Bases Generales de la Administración del Estado, establecen la responsabilidad del ente administrador. La discusión está marcada por la interpretación que a dichas normativas se les ha dado, tanto a través de la doctrina, como la recepción que dichas corrientes doctrinarias han tenido en la jurisprudencia.

Esta discusión adquiere particular relevancia, cuando se analiza la actividad sanitaria de la administración; ya que ella, por estar basada en lo que podemos denominar una ciencia inexacta, no permite tener siempre la certeza de los resultados en la aplicación de las acciones de salud. Lo anterior se suma a un porcentaje más o menos permanente de eventos adversos¹, originados en errores humanos o de sistema, de manera tal que la actividad sanitaria es una actividad riesgosa donde es imposible reducir ese riesgo a cero.

La consagración de un sistema de responsabilidad objetiva en Chile sobre una materia tan delicada como la descrita, y aún más, sometido a los vaivenes jurisprudenciales, puede constituir un problema con efectos económicos, sociales y jurídicos de insospechadas consecuencias. Pues al estar involucrados bienes jurídicos tan sensibles como la vida, la salud y la integridad física, es muy probable que las indemnizaciones que sean concedidas sin necesidad de acreditar culpa o negligencia, sean cuantiosas. Por otra parte, la influencia que en los resultados de esta clase de juicio puede tener la disposición personal del juez o las experticias forenses del abogado, puede devenir en una decisión favorable a la pretensión del demandante sin que ello tenga un necesario arraigo en la gravedad de la falta que da origen a la responsabilidad médica o, directamente, en la existencia de una falla atribuible al ente administrador o a sus funcionarios.

Por lo anterior, hemos querido efectuar este trabajo revisando la doctrina nacional, la discusión actual que ella enfrenta; las sentencias que han afectado a los Servicios de Salud en los últimos años, y de este modo, verificar si se puede plantear la existencia de una tendencia jurisprudencial, para finalmente plantear las interrogantes y problemas que enfrenta en la actividad sanitaria, la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva de la administración.

Es evidente, en todo caso, que no se puede pretender entender cómo funciona la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria como si ella no se sometiera al régimen general de la Administración Pública, pues pese a las particularidades que rodean la actividad asistencial, los riesgos a ella inherentes y la endémica situación de escasez de recursos; por el carácter público de sus organismos y la investidura pública de sus profesionales y funcionarios, necesariamente deben someterse a las normas generales sobre responsabilidad extracontractual del Estado.

Aplicando un criterio similar, el propio legislador ha enfrentado el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, y por ello revisaremos las normas que las nuevas leyes que conforman el sustento jurídico de la Reforma a la Salud se refieren a esta materia, y el escenario que ellas vienen a configurar en esta materia.

El nuevo marco jurídico dentro del cual se desenvolverá la discusión sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria contiene tres áreas fundamentales.

La primera está dada por la existencia de las llamadas Garantías Explícitas en Salud, componente del Régimen General de Garantías en Salud definido como derechos exigibles por parte de los ciudadanos.

La segunda área está conformada por las normas que específicamente regulan la

¹ RODRÍGUEZ, JOSÉ ADOLFO: “El Clínico y los errores en Medicina” (Seminario de la Academia Chilena de Medicina, Santiago de Chile, Julio de 2004). “Un evento adverso es un daño ocasionado al paciente por el manejo médico más que por su enfermedad. Un evento adverso debido a un error es una “evento adverso evitable”. Los eventos adversos por negligencia constituyen un subgrupo de eventos adversos evitables que cumplen con los requisitos legales o reglamentarios para definir negligencia como, por ejemplo, si la atención dada no estuvo a la altura de la calidad esperable en un médico calificado para otorgarla”.

responsabilidad sanitaria extracontractual por falta de servicio, que incluye expresa regulación de la necesidad de acreditación de ella y sobre la prescripción de la acción que de ella emana.

Y la tercera, que corresponde al procedimiento de mediación, método alternativo de resolución de controversias establecido para los conflictos originados en daños ocasionados con motivo del otorgamiento de prestaciones asistenciales sanitarias, cuyas particularidades más relevantes dicen relación con la distinción entre conflictos que involucren a los organismos Públicos de salud y aquellos que involucren a los prestadores privados, reservando para los primeros la intervención gratuita del Consejo de Defensa del Estado como mediador. Los múltiples comentarios y críticas que se pueden efectuar al procedimiento indicado, así como su evaluación comparativa respecto de sistemas similares en el derecho comparado, son materia de un trabajo distinto, por ello no nos detendremos mayormente en su descripción ni en sus peculiaridades formales, especialmente la que dice relación con situar el ámbito de la mediación, que exige de un tercero imparcial, en un Servicio Público cuyo origen y razón de ser es la defensa del interés Fiscal.

Consideramos que no es posible evitar la aplicación de las normas y principios de derecho público en la resolución de los casos de responsabilidad médica en el ámbito de los Servicios de Salud, pero ello no implica que las características propias de la actividad asistencial sean desestimadas al momento de resolver. Es necesario conocer, al menos bajo una mirada general, la manera en que han resuelto nuestros tribunales, especialmente las Cortes Superiores, los casos sometidos a su consideración, y descubrir en este ejercicio, las luces que la propia jurisprudencia se ha dado en los últimos años.

La noción de la falta de servicio en materia asistencial, la evidente necesidad de acreditar la actuación personal en casos de *mal praxis* médica, el problema del riesgo, los títulos de imputación en materia asistencial, el carácter inexacto de la ciencia médica, etc., han representado un complejo problema para nuestros tribunales. Por ello, este trabajo pretende describir la manera en que nuestros tribunales han resuelto los casos presentados, y asimismo, extraer de ello los criterios que podrían fundar una forma de enfrentar el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos médicos.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS DAÑOS PROVOCADOS POR SU ACTIVIDAD SANITARIA

Para responder a la pregunta sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, es imprescindible considerar que ella se enmarca dentro de las normas generales que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado. Por ello, primero nos adentraremos en el problema de la garantía constitucional a ser indemnizado por los posibles perjuicios que el Estado, en términos generales, puede provocar, y luego, las precisiones que se podrían hacer respecto al deber resarcitorio de la Administración por los daños provocados por sus órganos del Sector Salud², en el desarrollo de sus funciones.

Sin perjuicio de reconocer las discusiones, doctrinarias y jurisprudenciales,

² El artículo 2° del decreto ley N° 2763 de 1979 define al Sector Salud estableciendo que lo integran todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma que, según el artículo 1° de la misma ley, corresponden ejecutar al Estado y demás organismos en forma subsidiaria, pues la primera declaración los obliga a garantizar el libre e igualitario acceso a dichas acciones, así como coordinarlas y controlarlas.

que rodean la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado en general, nos abocaremos a intentar distinguir específicamente dentro de las distintas actividades desplegadas por la Administración, los títulos de imputación que, en el ámbito asistencial y desarrollándose sobre la base de la falta de servicio, le dan un contenido más preciso para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria; establecida genéricamente en la ley para todos los órganos de la Administración Pública.

Antes de emprender dicha tarea es necesario, sin embargo, detenerse, aunque sólo sea a modo ilustrativo, en la responsabilidad del Estado en general, pues si bien la actividad sanitaria tiene particularidades que permiten distinguirla de las demás actividades públicas, no es posible construir un sistema de responsabilidad del Estado distinto del régimen general. Ello nos lleva a recordar las normas Constitucionales y legales que le dan sustento, recoger los pronunciamientos de nuestras Cortes Superiores y reconocer la posición doctrinaria que suscribimos y desde la cual sostenemos nuestro trabajo.

Revisaremos por último, las modificaciones introducidas recientemente, en el marco de la Reforma a la Salud, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

1.1 Fuentes Constitucionales y Legales de la Responsabilidad del Estado

En términos más precisos, de lo que vamos a hablar es de la responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración. Por ello, nos limitaremos a describir las normas que a partir de la Constitución Política de la República, van configurando la responsabilidad del Estado Administrador; especialmente la responsabilidad de los órganos que lo integran, sean éstos de la Administración centralizada del Estado o correspondan a Servicios Públicos que constituyan Administración descentralizada.

Aunque a estas alturas pareciera no ser necesario extenderse sobre la necesidad de que los órganos de la Administración del Estado respondan por los perjuicios que causen, y que en buena medida ya han sido superadas las añejas tradiciones de irresponsabilidad fiscal, es importante recordar los fundamentos de ella; no ya para enfrentarse a la pretensión de impunidad respecto de las actuaciones del Estado, sino más bien para delimitarla adecuadamente e ilustrar la forma de comprenderla cuando la compleja realidad se enfrente a las normas jurídicas, siempre generales y abstractas³.

³ Entre los argumentos que se dan para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado se mencionan la igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento injusto y responsabilidad por riesgo creado (Fernández de AguirreyFernández, J. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria en General. Objeto y Fundamento". *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Cuadernos de Derecho Judicial I* – 2002. Madrid). CORDERO VEGA distingue entre las funciones de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración la función reparatoria o compensatoria, la función preventiva y de control, y la función demarcatoria ("*La Responsabilidad de la Administración del Estado*". Lexis Nexis - 2003).

En doctrina, las funciones que se atribuyen a la responsabilidad extracontractual en general, se considera que también son identificables en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración.

Así, en primer lugar, la función más característica es la de reparación o compensación por el daño causado, que al decir de Mir Puigpelat “parece ser, en efecto, la razón de ser de la institución, la que justifica su existencia”⁴. Por ello, a estas alturas resulta lugar común decir que la responsabilidad Estatal es una garantía del patrimonio de los particulares.

En segundo lugar, se plantea que el sistema normativo, al establecer normas que regulan la responsabilidad extracontractual, a la vez que permite la indemnización, busca prevenir; lo que no tiene relación, necesariamente, con el carácter retributivo que la sanción penal implica y que también revela una función preventiva. Para Cordero Vega esta función preventiva en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la administración, está asociada a la función de control del desempeño de los órganos del Estado “relativa al buen y adecuado cumplimiento de la actividad de servicio público”⁵. En ese mismo sentido, García de Enterría sostiene que la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos⁶.

En tercer lugar, se menciona la función demarcatoria. Ella nace de la propia naturaleza de la responsabilidad extracontractual, pues así como determina los requisitos que hacen nacer la obligación de indemnizar, a la vez establece que situaciones que producen daño, pero no cumplen con los requisitos establecidos, quedan sin indemnización. En ese sentido “delimita (demarca) el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área a ella contrapuesta: la de las conductas y actividades no generadoras de responsabilidad”⁷. En el mismo sentido Cordero Vega sostiene que “es el sistema (de normas y principios que regulan la responsabilidad del Estado) el que demarca, delimita con relativa claridad y precisión qué actuaciones de la Administración generan un deber indemnizatorio y cuáles, por exclusión, no”⁸.

Para aquellas teorías que basaron la responsabilidad del Estado en una imputación que requería de falta, los fundamentos se encontraron en la responsabilidad indirecta del Estado, constituyendo uno de los mecanismos que se buscaron para superar la

⁴ Mir Puigpelat Pág 132

⁵ CORDERO VEGA, Luis. Pág 221

⁶ Para Martín Rebollo, citado en MIR Puigpelat, “la responsabilidad extracontractual de la Administración aparece como un principio de orden, como un instrumento -más- de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve (en la medida en que la eficacia depende también de los sistemas de control) al principio constitucional de eficacia”.

⁷ Mir PuigPELAT, Op. Cit. Pág 139

⁸ CORDERO VEGA, Pág 105

irresponsabilidad del Estado representada por el aforismo británico “*the King can do not wrong*” y que exigía de culpa o dolo de sus funcionarios.

Luego surge la teoría de la doble personalidad del Estado, que distingue los actos de gestión de los actos de autoridad, reservando para los primeros la aplicación al Estado de las normas civiles o comunes y sólo para los segundos las normas de derecho público, regidas por el principio de subordinación.

Finalmente en Francia, a partir del *arrêt Blanco* a fines del siglo XIX, surge la teoría de la falta de servicio, que deja de lado la actuación personal del funcionario, planteando que el régimen jurídico aplicable es propio del derecho público, que se debe distinguir la falta personal de la falta del servicio y que en caso de falta personal, el servicio no responde⁹. En el capítulo siguiente, examinaremos más en detalle la evolución del Sistema Francés de responsabilidad del Estado a partir del *arrêt Blanco*.

Para aquellos que consideran que la responsabilidad extracontractual del Estado se basa en la imputación sin falta u objetiva, los fundamentos se encuentran en la teoría del riesgo social, pues el funcionamiento de los órganos del Estado genera un riesgo natural para los ciudadanos. En el mismo sentido apuntan la teoría de la igualdad ante las cargas públicas, la teoría del enriquecimiento sin causa y también la teoría de la expropiación indirecta.¹⁰

En el mismo orden de ideas, para la pregunta del por qué el Estado debe indemnizar por los perjuicios que cause en su actuar, se han conceptualizado distintas *finalidades*. Como garantía del patrimonio individual, busca resarcir el patrimonio del afectado; como parámetro de orden y control del funcionamiento de los órganos del Estado, busca corregir la forma en que sus órganos actúan; como precio de las políticas y actividades del Estado, constituye el costo de su actuación y finalmente, como seguro frente a los riesgos sociales.¹¹

La evolución doctrinario-interpretativa de las normas que a continuación se presentan, sólo es reseñada esquemáticamente, pues el sentido de este trabajo es, en esencia, mostrar la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial del Estado -si se puede hablar en estos términos para describir el comportamiento de nuestros Tribunales-, o más específicamente, el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria¹².

Para entender el sentido, alcance y discusión que las normas que se analizarán han tenido en los últimos treinta años, se plantea sin embargo, la necesidad de recorrer, esquemáticamente al menos, el desarrollo o evolución que la responsabilidad del Estado tuvo en Chile hasta la introducción de estos preceptos en el ordenamiento jurídico.

⁹ Cfr. Ruiz Rosas, A. “*Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular*”, Instituto Chileno de Derecho Administrativo, año 2002. p 43 y ss. También Vásquez Rogat, A. *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial Jurídica Cono Sur, Año 1999, p. 5 y ss.

¹⁰ Cfr. Ruiz Rosas, A. *idem*.

¹¹ *Ídem*.

Se distingue en primer lugar, una gran etapa anterior a la publicación de la Ley Orgánica de Municipalidades de 1975, decreto ley N° 1289, en la que la jurisprudencia, inspirada en el desarrollo dogmático Francés, utilizaba conceptos propios de un tipo de responsabilidad subjetiva del Estado a partir de la normativa establecida en el Código Civil. En esta etapa, es posible distinguir, siguiendo a Pierry Arrau, Caldera Delgado y Cordero Vega, aquella jurisprudencia basada en los artículos del Código Civil y que utiliza argumentos de derecho público, la que a partir de 1938 dio paso a una nueva tendencia, que utilizaba, por regla general, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión ¹³

A partir de la mencionada Ley Orgánica de Municipalidades, que establecía que “la responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”, se abrió una segunda etapa que implicó, en lo hechos, abrir espacio a la generación de una teoría de la responsabilidad propia del derecho público sobre la que se basara la responsabilidad extracontractual del Estado.

Luego fue la Constitución Política, en su artículo 38, inciso 2º, donde quedó consagrada la nueva realidad que afectaría en adelante el funcionamiento de todos los organismos de la administración del Estado.

Con la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la interpretación de sus artículos 4º y 44 que divide a la doctrina desde entonces, se consolidó definitivamente el marco normativo básico dentro del cual se plantea la discusión sobre la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado. La importancia de las nuevas normas introducidas en el marco de la Reforma a la Salud está aún por verse, las que a juicio nuestro, más que modificar el escenario normativo, vienen a afirmar la evolución jurisprudencial que en los capítulos siguientes revisaremos.

¹² Sin perjuicio de ello, podemos brevemente describir cuáles son los elementos que en doctrina configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, como lo plantea Oelckers Camus, para que surja la obligación del Estado de indemnizar a una persona se deben dar los siguientes requisitos: 1) Una actuación de un organismo o institución que pertenezca al Estado, en este caso específicamente a la Administración centralizada o descentralizada del Estado e incluso alcanza a los organismos autónomos, tales como el Banco Central o la Contraloría General de la República. Aquí se incluye la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. 2) Un daño en la persona o patrimonio de un particular y respecto del cual no exista la obligación jurídica de soportarlo, es decir indemnizable. 3) Nexo causal, como en toda responsabilidad extracontractual si se rompe el nexo causal desaparece la obligación de indemnizar, ausencia de caso fortuito o fuerza mayor. 4) Falta de Servicio, o funcionamiento anormal de la administración, corresponde al título de imputación bajo el cual se obliga al Estado a indemnizar por los daños causados por éste o por sus funcionarios. (En sentido similar son analizados estos requisitos por letelier wartenberg en “Un estudio de efectos de las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 6, Abril, 2002. En contrario SOTO KLOSS, en innumerables artículos, uno de los más recientes publicado en la revista de la Universidad Santo Tomás, IUS PUBLICUM, N° 12, 2004. P. 79-87 y 252-264).

¹³ Cfr. Caldera DELGADO, H. “ *Sistema de la responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*”, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág 9 y ss.

1.1.1 El artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política.

Dado que nuestro análisis estará centrado en el problema de la responsabilidad del Estado por su actividad asistencial, prestada fundamentalmente a través de los Servicios de Salud, y además porque constituye el centro de la discusión doctrinaria y de la evolución jurisprudencial, nos detendremos en la discusión que se ha dado a partir del artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República y de los artículos 4º y 44 (actual 42) de la LOCBGAE y de las divisiones que desde sus inicios, han provocado en la doctrina nacional.

En efecto, a partir de las mismas normas es posible distinguir tres tendencias doctrinales distintas, cuyo desarrollo ha involucrado a distinguidos juristas y profesores; cada uno con matices y énfasis distintos, pero agrupables bajo estas gruesas clasificaciones.

Así, encontramos aquella corriente que sostiene la tesis de la *responsabilidad objetiva absoluta*, la “que afirma que la Administración debe responder por toda lesión que ocasione en un derecho, independiente de la naturaleza del acto generador del daño”¹⁴.

Una segunda tendencia, afirma que los órganos de la Administración del Estado sólo pueden ser responsables por falta de servicio, “que no es otra cosa que la culpa del servicio, compatible con el contenido normativo del Código Civil”¹⁵.

En tercer lugar, se alzan aquellos que ven en la consagración constitucional de la responsabilidad del Estado una garantía patrimonial de los ciudadanos, y que la Constitución le encarga a la ley la determinación de ella, reconociendo en la ley de bases un sistema de responsabilidad objetiva distinta de la responsabilidad subjetiva del derecho civil, pero con características especiales que la diferencian de la responsabilidad objetiva clásica.

De acuerdo a lo planteado más arriba, según la tendencia doctrinaria desde la cual se analice el artículo 38 inciso 2º, su interpretación ha variado desde el carácter normativo más estricto hasta una interpretación que lo sitúa como una garantía institucional de derechos¹⁶.

Este artículo, luego de disponer en su inciso primero que habrá una ley orgánica constitucional¹⁷ que determinará la organización básica de la Administración del Estado, garantizará la carrera funcionaria, etc., en su inciso segundo establece que:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del

¹⁴ Ver Caldera DELGADO, Op Cit. Pág. 16.

¹⁵ Id.

¹⁶ CORDERO VEGA, L. “*La Responsabilidad de la Administración del Estado*”, Editorial Lexis Nexis, 2003.

¹⁷ Esta ley es la LOCBGAE N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653.

*Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*¹⁸.

A partir de este artículo, algunos autores vieron la consagración constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado sobre la base del concepto de lesión. Relacionándolo con la Teoría del Órgano, Hugo Caldera expresa que la imputación al Estado “es posible, sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la actividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos”¹⁹. Eduardo Soto Kloss hace otro tanto al afirmar que por corresponder a una responsabilidad de una persona jurídica, es imposible su estructuración sobre la base de la culpa o el dolo y que por lo tanto “resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla”²⁰. Se construye entonces el concepto de lesión como fundamento de la responsabilidad del Estado, no sobre la base de la conducta del sujeto responsable, sino en referencia a la situación jurídica del sujeto que sufre el daño²¹. FIAMMA OLIVARES llegó a afirmar que en el citado inciso 2º del artículo 38 se establece la posibilidad de ejercer “una acción única y exclusiva destinada a la reparación y no a la nulidad del acto”²².

Sin embargo, los propios autores citados plantean a continuación que dicho principio general debe ser moderado. En este sentido, CALDERA DELGADO reconoce que “hay que hacer una aclaración en relación con los perjuicios causados a los particulares a consecuencia de la actividad lícita de la Administración, dado que, en principio, ellos –los actos perjudiciales- no siempre son indemnizables, a condición, claro está, de que se trate

¹⁸ En el año 1989 se eliminó la mención a los Tribunales Contencioso Administrativos.

¹⁹ Caldera Delgado, H. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. p. 369. A mayor abundamiento, plantea que “La teoría del órgano se limita a constatar, para imputar un perjuicio al Estado, si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, de la omisión del retardo o del funcionamiento parcial de un servicio público, sin considerar para nada si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del agente público, siendo suficiente para condenar al Estado la concurrencia de tres circunstancias: a) que la conducta que causó el daño no pueda estimarse como desprovista de relación con el Servicio; b) que el agente o agentes que han actuado o debido actuar, tengan una relación de servicio con el Estado, y c) para que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y el hecho invocado con origen de aquél” (en CALDERA DELGADO, H. “*Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – 1982. p. 207)

²⁰ Soto Kloss, E. “*Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*”, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile – 1996 p. 310.

²¹ Cfr. CORDERO VEGA, L. Ob cit.

²² FIAMMA OLIVARES, G. “*La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*”, Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica. Volumen 16, Nº 2, 1989, pág. 429.

de un daño anormal, especial y grave, circunstancia esta en que se vuelve a la regla general, es decir, a la obligación de indemnizar. El principio derogatorio de la responsabilidad administrativa extracontractual, en el caso de las actuaciones lícitas que originan daño a los particulares, encuentra su fundamento constitucional en la obligación que pesa sobre las personas de concurrir con su cuota de sacrificio al progreso general del país y, mejor aún, al logro del interés general o del bien común, con las limitaciones arriba expuestas”²³.

Pero decir que la lesión es un daño antijurídico que la víctima no está obligada a soportar y que por eso la Constitución al hablar de lesión establece un régimen objetivo de responsabilidad, es desconocer que lo que la ley hace cotidianamente, es justamente establecer cuándo el daño sufrido implica para la víctima el deber jurídico de soportarlo, pues si existe a quién perseguir y la manera de hacerlo efectivo, ello implica necesariamente que para el legislador no existe entonces el deber jurídico de soportar dicho daño. En este sentido Cordero Vega plantea “que no es posible afirmar que la lesión sea el fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado en nuestro sistema jurídico, ello porque la lesión siempre deberá concurrir para que exista base a una indemnización por parte del Estado. Esto significa, entonces, que la responsabilidad necesita siempre de un título de imputabilidad, es decir, un motivo o causa que permita atribuir responsabilidad al Estado. Esta justificación no la otorga la lesión. Esta es una cuestión de hecho calificada por el ordenamiento jurídico para habilitar la acción de responsabilidad. Es decir la lesión no es título de imputabilidad, sino elemento de legitimación para exigir responsabilidad a la Administración”.²⁴ En un sentido similar se expresa Quintanilla Pérez, quien plantea que la expresión “lesionada en sus derechos” sólo tiene el sentido obvio y general de menoscabo o daño. Plantea asimismo que la responsabilidad objetiva es al interior de nuestra tradición jurídica un régimen excepcional y de derecho estricto y que en definitiva lo que hizo la Constitución fue expresar el derecho de los particulares a reclamar por actos administrativos lesivos de sus derechos.²⁵ Incluso SOTO KLOSS hace otro tanto al afirmar que “he aquí una consecuencia de este principio general (deber constitucional del juez de tutelar los derechos de todos los sujetos) cuando se le da aplicación en el campo del derecho administrativo: este principio general al ser concretado en ocasión de la actividad del Estado que resulta dañosa, no implica el que de modo automático existiendo un daño por parte de aquél haya de indemnizar siempre, o en forma total o integral, pues hay temperamentos que van adecuando dicho principio a la realidad. Si no fuere así, no podría hablarse propiamente de responsabilidad, sino de seguro y, aún así, habría también que explicarse algunos condicionamientos a que éste está afecto”²⁶.

Para aquellos que plantean que la falta de servicio se debe mirar como la culpa del

²³ CALDERA DELGADO, H. “Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la constitución política de 1980”, Pág. 46.

²⁴ CORDERO VEGA, L. Ob. cit. p. 118-119.

²⁵ Quintanilla Pérez, A. “¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos?”, *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. Año 1. Julio 2000. N° 1º. p. 46 y 47.

servicio público, el artículo 38 inciso 2º tuvo por objeto establecer el requisito básico para poder impetrar la protección jurisdiccional frente a los actos del ente Administrativo. En este sentido plantea CORDERO VEGA que “para esta doctrina el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución jamás tuvo por objeto, ni en su texto ni en su historia, dejar establecido un sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración. Dicho artículo tuvo por propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa; pero no consagra la responsabilidad extracontractual del Estado, mucho menos un determinado tipo de la misma, y no persigue regular cuestiones indemnizatorias”²⁷.

En una posición que se podría considerar como ecléctica, se ha señalado a aquellos que sostienen la *doctrina de la responsabilidad objetiva relativa* “pues consideran que la responsabilidad extracontractual del Estado requiere de algún título de imputabilidad que objetivice los reproches a la Administración, pero al mismo tiempo dan un valor limitado a la norma del artículo 38, inciso 2º”²⁸.

Para PANTOJA BAUZÁ “el sentido y alcance del artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República no puede restringirse a un solo aspecto del contencioso administrativo en Chile, como se propugna por la doctrina, ya que él consagra, según lo dicho, las bases constitucionales del proceso contencioso administrativo en Chile: de su historia fidedigna consta la preocupación del CENC (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución) y del Consejo de Estado por consagrar el contencioso indemnizatorio y el contencioso anulatorio”²⁹.

Actualmente la jurisprudencia más reciente, tanto al resolver asuntos en materia sanitaria como en otros casos en que se ha ventilado el problema de la responsabilidad extracontractual del Fisco de Chile³⁰, a partir de lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 38

²⁶ SOTO KLOSS, E. “*Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*”, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile – 1996 p. 272.

²⁷ CORDERO VEGA. Pág. 36.

²⁸ CORDERO VEGA. Pág. 39.

²⁹ PANTOJA BAUZÁ, R. “*Una perspectiva de comprensión del artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República*”. Gaceta Jurídica N° 278, Agosto, 2003.

³⁰ Por ejemplo Santibáñez Viani con Fisco (Publicado en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 11, 2005); Domic con Fisco (Publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIX. 2002. N° 2. Sección Primera, pág. 95, y sección quinta, pág. 126; y en la Gaceta Jurídica N° 263. Mayo, 2002, pág. 29); y en Hernández con Servicio de Salud Concepción (Corte Suprema, 30 de abril de 2003. Rol N° 1.290-2002) se afirma que: “el artículo 38 de la Carta Fundamental confiere, a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, el derecho a “reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”; derecho cuyo ejercicio permite a la jurisdicción ordinaria conocer y juzgar las acciones de resarcimiento fundadas en actos irregulares de la Administración. Por lo tanto, si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación” (Corte Suprema, Casación N° 3.427, “Figueroa Gallardo, Rosalía y otra con Fisco de Chile”, Sentencia de 8 de mayo de 2002).”.

inciso 2º de la propia Constitución ³¹, ha sostenido que lo que el Constituyente ha hecho, es establecer un principio general de responsabilidad y ha encomendado al legislador su regulación. En ese sentido PIERRY ARRAU sostiene que “la sentencia de la Corte Suprema "Santibáñez con Fisco" ha terminado por dejar sentado el recto criterio en relación con ellos, particularmente el artículo 38 de la Constitución, al señalar que "la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional", contradiciendo al sector de la doctrina nacional que sostiene que en dicho precepto se encuentra establecida la responsabilidad objetiva del Estado” ³².

Para CORDERO VEGA “es el propio texto constitucional el que establece el carácter genérico de la responsabilidad, pero sin optar por ningún modelo de responsabilidad específico”. Además agrega que cuando el constituyente ha querido establecer sistemas o modelos de responsabilidad, lo ha hecho expresamente y cita como ejemplos el artículo 19 N° 7 letra i) sobre la responsabilidad del Estado Juez; los artículos 32 N° 22 y 36 sobre la responsabilidad de los Ministros de Estado por los decretos que firmen; el artículo 49 N° 1 sobre juicio político; y el 76 sobre responsabilidad de los jueces. Afirma luego que no se puede fundar un sistema de responsabilidad objetiva en el concepto de lesión y que “corresponde al legislador establecer el sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a la Administración por sus actividades”. Pero agrega que “esta conclusión no puede llegar a sostener que el legislador tenga libertad absoluta para definir el sistema, éste tiene que estar sometido a ciertas restricciones que la Constitución dispone como garantía de las personas” ³³. Plantea entonces que “la finalidad de esta norma constitucional no fue establecer el sistema normativo aplicable a la Administración, sino tan solo forjar las bases, es decir, las condiciones indispensables que debía tener el sistema jurídico en la materia, por ello esta norma es garantía institucional de los derechos de las personas frente a la regulación legislativa de la Administración” ³⁴.

³¹ CPR “Art. 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.” “Art. 7. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

³² PIERRY ARRAU, P. “¿Es Objetiva La Responsabilidad Del Estado? Estado Actual De La Jurisprudencia”. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 11, 2005.

³³ CORDERO VEGA, Pág. 133-134.

³⁴ CORDERO VEGA Pág 141. Luego agrega que “El legislador no puede alterar los rasgos definidores de dicha institución, los rasgos que permiten identificarla. Podría, sin duda, establecer un sistema de responsabilidad objetiva global, podría optar por uno más limitado. Pero no podrá jamás eliminar la responsabilidad civil de la Administración, como tampoco podría hacerlo en casos aislados de la actividad administrativa. (pág. 147).

1.1.2 Los artículos 4º y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Sin representar un punto pacífico en la doctrina, podemos afirmar que mayoritariamente se estima que es en torno a estos dos artículos de la llamada “ley de bases” sobre los que se construye la noción de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y así como respecto del contenido real del artículo 38 inciso 2º de la Constitución ha habido grandes discusiones, respecto del alcance de estas normas ha ocurrido otro tanto; desde las opiniones que ven en esta normativa una inconstitucionalidad de fondo³⁵, pasando por quienes ven allí la consagración de la responsabilidad objetiva del Estado sobre la base del concepto de “falta de servicio”, hasta quienes al atenuar la noción objetivista, visualizan en la norma el llamado del legislador a construir en la doctrina y la jurisprudencia la noción de culpa de la administración distinta de la subjetividad del derecho privado, pero alejada del carácter objetivo que los primeros han querido encontrar en ellas.³⁶

El artículo 4º de la ley de bases dispone que:

“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”

Y el artículo 42, ex 44, establece:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

La pregunta planteada es entonces qué significa normativamente la idea de “falta de servicio” para considerar a los órganos de la Administración del Estado responsables patrimonialmente en materia sanitaria o asistencial³⁷.

³⁵ FIAMMA sostiene que el establecimiento de este requisito (el de la falta de servicio) para la procedencia de la responsabilidad, sea en la ley de municipalidades o en la Ley de bases Generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y, por tanto, inconstitucional (FIAMMA OLIVARES, Ob. Cit.).

³⁶ Caldera DELGADO funda su razonamiento en la Teoría del órgano y en base a ello sostiene que la Constitución ha establecido un sistema de responsabilidad objetiva de la administración, Soto Kloss, Silva Cimma y López Santa María concuerdan en calificar a la falta de servicio como responsabilidad objetiva basada en la idea de lesión antijurídica que el administrado no tiene la obligación de soportarla basado en la igualdad ante las cargas públicas. Oelckers Camus plantea que la responsabilidad de la administración ha sido objetivada pues las clásicas nociones civilistas de culpa y dolo no corresponden a la idea de falta de servicio que correspondería a un funcionamiento anormal del organismo público, Pantoja Bauzá dice que la responsabilidad por falta de servicio es responsabilidad objetiva, pero que ello no quiere decir que la responsabilidad de la administración sea por riesgo lo que constituiría al Estado en una suerte de asegurador universal. Pierry Arrau sostiene que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva y que corresponde más bien a la culpa del servicio.

López Santa María recoge lo planteado por Soto Kloss³⁸, Silva Cimma y otros al plantear que “si la acción u omisión causan daños, eso es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas. La falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados” e insiste al afirmar que hacer consistir la falta de servicio en que el órgano se comportó mal “desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontado a un hombre medio (apreciación in abstracto), no actuó como habría debido actuar”³⁹.

Para Pierry Arrau es claro que la responsabilidad por falta de servicio no es objetiva o “no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce por tal y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista un vínculo o relación de causalidad entre hecho y daño”⁴⁰, e insiste al decir categóricamente que no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la “falta de servicio”⁴¹.

En un artículo posterior Pierry Arrau sostiene que lo que ha ocurrido “es que se ha producido una confusión terminológica, que para los efectos prácticos sólo tiene

³⁷ El hecho que ambos artículos tengan redacción distinta y estén en Títulos de la ley distintos ha suscitado controversia, pues el Título II, que recoge la falta de servicio, no se aplica a algunos organismos públicos. SZCZARANSKI CERDA sostiene que “Algunos han querido ver en la comparación de los artículos 4 y 44 de la ley de Bases Generales, un distinto tratamiento de la responsabilidad extracontractual; particularmente por el hecho de encontrarse en títulos distintos que no se aplican a los mismos órganos en virtud del artículo 18 de la Ley que excluye de la aplicación del título II a la Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y empresas públicas creadas por ley. La explicación, sin embargo, a juicio de nuestros administrativistas y según la historia de la Ley, es otra: la comisión que elaboró el proyecto de ley de Bases Generales no excluyó a ningún órgano de la aplicación de las dos disposiciones sobre responsabilidad. Después de una larga discusión en el seno de la comisión acerca de la conveniencia de implantar en Chile la institución francesa, triunfó la posición que así lo sustentaba, pero se aceptó (estimando tal vez que lo que abunda no daña) incluir al comienzo de la ley una declaración general del principio de responsabilidad. Tal reiteración no ha hecho sino dar pie a diversas interpretaciones. Tanto es así que, si bien obviamente la falta de servicio es la ‘culpa del servicio’, como lo señalan Mazeaud y Tunc, y que, por ello, la responsabilidad continúa siendo subjetiva, esto es, basada en una culpa, no se descarta jurisprudencialmente, del todo, la responsabilidad objetiva y se omite en oportunidades la necesaria exigencia, establecida por la ley, de probar el mal funcionamiento del servicio o el no-funcionamiento del mismo” (SZCZARANSKI CERDA, CLARA. “Responsabilidad Extracontractual del Estado”. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 8, Agosto, 2003).

³⁸ SOTO KLOSS extrae de la regulación de la responsabilidad extracontractual del marco lógico del derecho romano y sostiene que la obligación de reparar “nace no de una falta, ya que si esta no existe, igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario restablecer” (SOTO KLOSS, E. “Derecho Administrativo, Bases Fundamentales”, Tomo II, P. 250).

³⁹ López Santa María, J. “Responsabilidad por Falta de Servicio, Casuística Chilena”. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCIV – N° 1 – Año 1997.

⁴⁰ Pierry Arrau, P. “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, Julio 2000. N° 1. Pág. 19. También en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII, N° 2 de 1995.

⁴¹ Ídem.

importancia, y mucha, en procesos eventuales y futuros, que pudieran seguirse contra el Fisco por su actividad lícita, lo que nosotros consideramos, en principio, inaceptable. La confusión proviene del hecho que muchos jueces consideran que, por no ser necesario para condenar al Estado, probar culpa o dolo de un funcionario en particular, estamos en presencia de una responsabilidad objetiva. Ello no es así. En la responsabilidad por falta de servicio, que es la que se aplica en nuestro país, por disposición del artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, es necesario probar falta de servicio; o sea, que el servicio no funcionó como se suponía que debía hacerlo, siendo esta falta la causa del daño. No interesa la persona del funcionario, el que podrá o no estar identificado, lo que interesa es la falta del servicio; un reproche o reparo de ilegitimidad como afirma la Corte Suprema. Por el solo hecho de ser necesaria una falta, para estos efectos un mal funcionamiento del servicio, aun cuando no interese la persona del funcionario, ya no podemos estar frente a una responsabilidad objetiva, por cuanto esta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y que exista la relación de causalidad entre este y la acción del Estado”⁴².

Oelckers Camus plantea que, a partir de las disposiciones en comento y también la establecida sobre el mismo problema en la Ley Orgánica de Municipalidades, “la responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que ésta sea objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público”⁴³. Y agrega que “se podría decir que lo que hay que probar es la posición adoptada por la Administración Pública reflejada en su no actuación, en su mala o deficiente actuación, o en su actuación tardía, mirando no sólo la culpabilidad del servicio sino la antijuridicidad del daño causado al administrado”⁴⁴.

Quintanilla Pérez sostiene que la falta de servicio importa una valoración de conducta referida al órgano, al servicio como organización. En el caso de la Administración “está referido a lo que puede razonablemente exigirse, en un comportamiento normal y legal, a un servicio público. Y ello inserto en nuestra realidad, en la situación de nuestro país, considerando las posibilidades reales de acción de nuestra Administración Pública, atendidos sus medios, su presupuesto y sus características propias”⁴⁵. Luego agrega que “la norma exige falta, *falta* del servicio, *culpa* del servicio, porque mira al comportamiento del órgano y no a la pura relación material de causalidad. La falta o culpa del servicio debe ser probada y establecida por el juez, a través de los medios legales de prueba en juicio”⁴⁶.

⁴² PIERRY ARRAU, P. “¿Es Objetiva La Responsabilidad Del Estado? Estado Actual De La Jurisprudencia”. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 11, 2005.

⁴³ Oelckers Camus, O. “La responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades”. Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica. Volumen 16, N° 2, 1989, Pág. 441.

⁴⁴ Ídem.

En similar sentido se pronuncia la Corte Suprema en la sentencia de Casación pronunciada en el caso "Hernández con Servicio de Salud" del año 2003⁴⁷. En su considerando decimotercero plantea que "los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación...". Lo que hacen los artículos 4º y 44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, al señalar en general, que "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado" y, en especial, respecto de los Ministerios y organismos regidos por el Título II del mismo cuerpo legal, al disponer que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". (Corte Suprema, Casación N° 3.427, "Figuroa Gallardo, Rosalía y otra con Fisco de Chile", Sentencia de 8 de mayo de 2002)."

Consideramos que siendo la responsabilidad por falta de servicio un caso de responsabilidad directa, es decir, efectivamente la responsabilidad de la administración se aleja de las nociones subjetivas del derecho privado, se exige para el caso de la responsabilidad patrimonial por actividad sanitaria o asistencial de una configuración que aclare cuándo y por qué corresponde resarcir los perjuicios en caso de eventos adversos ocurridos durante o con ocasión de prestaciones asistenciales⁴⁸; pregunta que para la doctrina española se expresa en definir cuándo la víctima de un daño tiene el deber jurídico de soportarlo⁴⁹.

⁴⁵ Quintanilla Pérez, A. "¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos?", Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Año 1. Julio 2000. N° 1º. Pág. 49. En el mismo sentido se manifiesta Paillás Peña: "Pero del texto de las normas citadas parece más bien desprenderse que esta responsabilidad administrativa exige culpa de parte de los órganos de la Administración que causen daños, puesto que el Estado puede repetir en contra "del funcionario que hubiese incurrido en falta personal. Está implícita la idea de falta o culpa." (PAILLÁS Peña, E. "Responsabilidad Médica". Cuarta Edición Año 2002. Pág. 97)

⁴⁶ Quintanilla PEREZ, Ob. Cit.

⁴⁷ Publicada en Gaceta Jurídica N° 274.

⁴⁸ Para Aldunate Lizana: "El estándar de la falta de servicio permite la formulación de una regla de deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada orden administrativo, para luego contrastarla con la actuación u omisión específica de la Administración que se sitúa como causa basal o al menos concomitante en la producción del daño. Es importante destacar que este deber de actuación en concreto sólo puede estructurarse a partir de datos que, en gran parte, escapan a la propia Administración, como son la asignación y disponibilidad de recursos, asignación de tareas y eventualmente de prioridades, cuestiones éstas que corresponden a las decisiones políticas. No es el mismo deber de actuar el que se puede exigir a un servicio público bien dotado en personal y recursos, que aquel que se puede demandar de uno que funciona en precarias condiciones". (Aldunate Lizana, P. "Consecuencias Constitucionales de la Doctrina sobre la Responsabilidad Objetiva del Estado". Revista de Derecho. Año 1 – N° 2 (diciembre de 2000, Consejo de Defensa del Estado).

⁴⁹ La reciente modificación a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas por la ley 4/1999 de 26 de Noviembre introdujo expresamente esta noción en el artículo 141. "sólo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a la ley".

Entonces el desafío que enfrenta la doctrina y que hasta el momento la jurisprudencia ha debido resolver sin su ayuda, es identificar los títulos de imputación que en materia sanitaria asistencial constituyen la falta de servicio que obliga a la Administración a responder. En suma, qué significa la falta de servicio en materia sanitaria⁵⁰. En este sentido es imprescindible asumir que “la responsabilidad necesita siempre de un título de imputabilidad, es decir, un motivo o causa que permita atribuir responsabilidad al Estado”.⁵¹

Ahora bien, el problema planteado, más allá de la interpretación adecuada del carácter de la falta de servicio como título de imputación, consiste en comprender que los límites que la Constitución le impuso al legislador en su misión de determinar el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, también son aplicables a la interpretación del contenido preciso de la falta de servicio en cada actividad en que corresponda su aplicación.

Así, para CORDERO VEGA los límites que no se pueden desconocer o sobrepasar al configurar el sistema de responsabilidad de la Administración son⁵²:

Es necesario que exista lesión, daño jurídicamente relevante, es decir, ilegítimo o antijurídico, correspondiendo al legislador la función de “establecer los casos y criterios que se deben aplicar para considerar una lesión como indemnizable”; y en el caso que éste no haga explícitamente esta determinación, encargue al juez la determinación de los presupuestos de imputabilidad.

Que efectivamente haya actividad de la administración, una actuación del ente público, que los Órganos de la Administración del Estado sean perseguidos entonces, en su actividad regular.

Que exista un nexo causal, más allá del criterio de hecho. Se requiere que la actuación sea imputable a los Órganos de la Administración del Estado, independiente de cómo o en qué medida el funcionario eventualmente interviniente, haya, por su acción u

⁵⁰ Interesante resulta la discusión en la doctrina española al respecto: Cueto Pérez sostiene que no existe “ninguna razón para que la responsabilidad patrimonial de la Administración no se aplique con el mismo rigor a los servicios sanitarios, como al resto de los servicios públicos... la doctrina admite sin reparos, que cuando la práctica médica se desarrolla en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el régimen de responsabilidad de la Administración no es necesario demostrar culpabilidad en la actuación, y basta establecer la relación de causalidad entre lesión y la actuación sanitaria para que proceda la indemnización”, Fernández de Aguirre a su vez responde que este planteamiento general debe ser matizado “y que no puede olvidarse que la lesión, para que surja la responsabilidad y por ende la reparación, debe ser antijurídica. Y como quiera que la antijuridicidad surge cuando no existe un título que exija como jurídicamente querido el resultado producido, habrá que determinar en cada caso cuál sea ese título. En el ámbito de la actuación sanitaria, y más en concreto en la actividad médica, debe entenderse que el título en virtud del cual el resultado debe ser soportado por el interesado no es otro que la correcta actuación conforme a protocolo, pues como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, esta actividad no tiene por qué garantizar un resultado sino un empleo correcto de la ciencia y la técnica médica en atención a las circunstancias del caso” (Ambas citas corresponde a Fernández de Aguirre y Fernández, J. “La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en General. Objeto y Fundamento”).

⁵¹ CORDERO VEGA, L. Ob cit. p. 119

⁵² CORDERO VEGA Pág. 143 y ss.

omisión, provocado los hechos que se imputan al órgano correspondiente.

La regulación por parte del legislador no puede implicar que derechos indemnizables queden fuera del ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esta no es sólo garantía patrimonial, también debe garantizar otros derechos e intereses legítimos.

La responsabilidad del Estado es directa, en este sentido “el legislador no puede intermediar el comportamiento del funcionario como mecanismo de entramamiento del sistema de responsabilidad”

En consecuencia, el problema planteado hoy es, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, y frente al silencio del legislador -en el sentido de no definir o determinar títulos de imputación claros para configurar la falta de servicio en actividades determinadas-, buscar el contenido preciso que debe tener la falta de servicio, en nuestro caso, la falta de servicio en materia asistencial y sanitaria.

1.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LA REFORMA A LA SALUD

La compleja Reforma a la Salud impulsada por el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, se tradujo en cinco proyectos de ley ingresados entre el año 2002 y 2003. El primero de ellos, en trámite aún durante la realización de este trabajo, es el de “Derechos y Deberes de las Personas en Salud”⁵³, y entre sus objetivos figura regular el problema de la relación médico-paciente, garantizando, entre otros, el derecho a la información completa y comprensible por parte del paciente, el derecho a consentir o rechazar tratamientos médicos, el régimen de confidencialidad y acceso a la ficha clínica, etc.

El segundo de los proyectos de ley, convertido en ley de la República, es el denominado de Autoridad Sanitaria⁵⁴, que sin derogar el decreto ley N° 2.763 de 1979 -mediante el cual el Gobierno Militar había a su vez reformado profundamente el antiguo sistema generado durante la década del '50-, lo modificó sustancialmente, fortaleciendo el rol del Ministerio de Salud como rector y regulador de todo el Sector Salud. Con esta reforma se entregaron las competencias de autoridad sanitaria que le correspondían a los Servicios de Salud en virtud del Código Sanitario, sus reglamentos y otras leyes, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud. Se creó una Superintendencia de Salud, que vino a reemplazar a la Superintendencia de Isapre, creada en 1990 por la ley 18.933, ampliando sus competencias fiscalizadoras al Fondo Nacional de Salud (FONASA), entregándole la administración de un sistema de acreditación de prestadores y de certificaciones de especialidades, etc.

El tercer y emblemático proyecto de ley de la Reforma ha sido el denominado AUGE⁵⁵, que crea un Régimen General de Garantías en Salud, introduce normas sobre

⁵³ Boletín 2727-11.

⁵⁴ Boletín 2980-11. Convertida en ley N° 19.937, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004.

responsabilidad del Estado en materia sanitaria y estatuye un mecanismo de solución prejudicial de conflictos por responsabilidad médica⁵⁶.

Por último, se enviaron dos proyectos complementarios, el primero con el fin de permitir el financiamiento de la Reforma, que implicó elevar el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) del 18% al 19%⁵⁷, y un proyecto para adecuar la ley N° 18.933 al nuevo régimen, el cual, a mitad de su tramitación fue dividido, dando origen a dos leyes distintas. La primera contenía normas sobre solvencia y aspectos financieros de las Instituciones de Salud Previsional, así como fortalecía facultades de la Superintendencia, y la segunda, modificó lo relacionado con el Régimen General de Garantías en Salud y relaciones entre estas instituciones y sus cotizantes y beneficiarios⁵⁸.

a) La ley N° 19.937, Autoridad Sanitaria.

Como decíamos, la “ley de Autoridad Sanitaria” introdujo profundos cambios en la estructura del Sector Público de Salud, fortaleciendo el rol rector y regulador del Ministerio de Salud, relevando la importancia de las Secretarías Regionales Ministeriales como “la” Autoridad Sanitaria a nivel regional y creando la Superintendencia de Salud. Por otra parte, modernizó la gestión asistencial de las redes de salud públicas mediante la redefinición del rol de los Directores de Servicios de Salud como “gestores”, articuladores y coordinadores de los diferentes niveles de complejidad de cada Red Asistencial, y fundamentalmente con la creación de la categoría de “Establecimientos de Autogestión en Red”, a la cual están llamados a incorporarse los establecimientos públicos de mayor complejidad del país⁵⁹.

No corresponde a la materia de este trabajo describir las modificaciones incorporadas en cada uno de los niveles de la estructura pública del Sector, ni tampoco nos detendremos en lo que significa el traspaso de competencias entre un Servicio Público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, como son los Servicios de Salud, a un Organismo Público que forma parte de la Administración desconcentrada, como son las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud. Pero la existencia de algunas normas en esta ley, que al menos tangencialmente se relacionan con la materia que nos ocupa, obliga a detenernos en algunas cuestiones claves.

Es interesante, en primer lugar, mencionar la facultad entregada al Ministerio de Salud en el N° 15 del nuevo artículo 4° del decreto ley N° 2.763 para “*Implementar,*

⁵⁵ Boletín 2947-11. Convertido en ley N° 19.966, publicada en el Diario Oficial el 03 de septiembre de 2004.

⁵⁷ Ley N° 19.888, publicada en el Diario Oficial el 13 de agosto de 2003.

⁵⁸ La llamada “ley corta” de ISAPRE, fue publicada en el Diario Oficial el 28 de Agosto de 2003 con el N° 19.895. La segunda ley fue publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2005 con el N° 20.015.

⁵⁹ Para los establecimientos de menor complejidad se creó una categoría que en términos generales busca entregarle mayores facultades de gestión a sus Directores, pero sin innovar demasiado en su relación con las Direcciones de Servicio o en su naturaleza jurídica.

conforme a la ley, sistemas alternativos de solución de controversias sobre responsabilidad civil de prestadores individuales e institucionales, públicos o privados, originada en el otorgamiento de acciones de salud, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales correspondientes. Los sistemas podrán contemplar la intervención de entidades públicas y privadas que cumplan con condiciones técnicas de idoneidad.”.

Lo anterior ha quedado de alguna manera sin posibilidad de aplicación puesto que, normas sobre mediación para este tipo de conflictos se incorporaron en la ley AUGE. Sin perjuicio de ello, es interesante destacar la expresión “responsabilidad civil” para describir tanto la responsabilidad de los prestadores individuales⁶⁰ como la responsabilidad de las instituciones, sean éstas públicas o privadas. Esto no es menor, pues indica que para el legislador la responsabilidad patrimonial de los órganos públicos y la responsabilidad patrimonial de los agentes privados es esencialmente la misma: es responsabilidad extracontractual civil por daños⁶¹.

Luego, a propósito de las facultades que la ley asigna a los Directores de Establecimientos de Autogestión en Red, se permite la celebración de convenios con profesionales de la salud que sean funcionarios del Sistema Nacional de Servicios de Salud y que cumplan jornada de a lo menos 22 horas semanales para la atención de sus pacientes particulares en el establecimiento. Esta figura, cuyo origen inmemorial nos sitúa incluso antes de la creación del Servicio Nacional de Salud, y que tenía sólo respaldo a nivel de reglamento antes de la ley N° 19.937⁶², sin constituir una vulneración de la norma del artículo 62 de la ley de bases -que prescribe que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa “*ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales*”-, permite que, mediante este mecanismo los profesionales,

⁶⁰ La expresión prestadores individuales está recogida en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en salud y apunta a englobar en una misma expresión a las personas naturales, profesionales o no profesionales, que se relacionan con los pacientes en virtud o con motivo de la asistencia sanitaria. La expresión prestadores institucionales, tal como su nombre lo indica, apunta a describir en un concepto a las instituciones, establecimientos y especialmente a las personas jurídicas, públicas o privadas, que otorgan prestaciones de salud.

⁶¹ Resulta sintomático al respecto la expresión utilizada en el considerando 1° por la I. Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de 14 de mayo de 2004 “1.- Que tal como se expresó en el fallo de primer grado, los elementos probatorios que en él se analizan permiten concluir que en el actuar del demandado se incurrió en una falta de servicio, que trae aparejada la responsabilidad civil indemnizatoria que se demanda en contra de éste”. En sentido similar se manifiesta LETELIER WARTENBERG cuando plantea que sostener el origen constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado no implica desconocer que ella “es ante todo una responsabilidad civil” (LETELIER WARTENBERG, R. “*Un estudio de efectos de las características de la responsabilidad extracontractual del Estado*”. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 6, Abril, 2002). En duros términos discrepa SOTO KLOSS al afirmar que “Hablar de ‘responsabilidad civil’ del Estado es un resabio privatista e ignorancia jurídica, para decirlo sin eufemismos.” (SOTO KLOSS, E. *Comentario a la sentencia Torres Velásquez y otros con Servicio de Salud Talcahuano*. Ius Publicum N° 12, 2004. Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás).

⁶² Era el decreto supremo N° 42, Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud el que incorporaba en su artículo 14 letra k) la facultad del Director del Servicio de Salud de “aprobar los convenios celebrados por los Directores de establecimientos para autorizar a los profesionales la atención de sus pacientes en el establecimiento”.

especialmente los médicos, ocupen instalaciones, box de atención, quirófanos, equipamiento, utensilios, etc., en la atención de sus pacientes propios, pagando el paciente la “hotelería” y recibiendo el médico los honorarios correspondientes. Para “entender” esta norma debemos asumir que a pesar de ser pacientes del propio médico, no se están utilizando bienes públicos “para fines ajenos a los institucionales”, pues el fin último de los organismos públicos en materia sanitaria es el mejoramiento de la salud, por lo que el médico al atender a sus pacientes está justamente contribuyendo al cumplimiento de dicho fin.

La cuestión, es que en la letra m) del artículo 25 F, nueva, que es donde se regulan estos convenios, se indica claramente por el legislador que el establecimiento “*no será responsable de los daños que se produzcan como consecuencia de dichas prestaciones o acciones de salud, con excepción de los perjuicios causados directamente por negligencia del Establecimiento*”.

¿Qué significa realmente la expresión utilizada por el legislador?, ¿cómo podremos interpretar armónicamente esta normativa con la noción de falta de servicio? Podríamos atribuir el uso de la palabra “negligencia” a la actuación de un órgano del Estado como un simple caso de deficiente técnica legislativa, y limitarnos a entender que donde se dijo “negligencia” se quiso decir “falta de servicio”. En este sentido, y considerando que para la jurisprudencia el criterio de la *lex artis* ha sido el elemento determinante a la hora de absolver o condenar a los imputados y a los Servicios Públicos, podría entenderse la remisión a la “negligencia” que se hace en la ley N° 19.937 a un esfuerzo del legislador para considerar que existe una *lex artis* institucional que debe ser la medida de la responsabilidad, o mejor dicho, el criterio de imputación al órgano público. Es decir la falta de servicio medida frente al funcionamiento normal esperable de la administración.

Lo anterior, nos lleva a interpretar la expresión “negligencia” como falta de servicio entendida derechamente como funcionamiento anormal de la administración, que en palabras de la Corte Suprema equivaldrían a decir que el órgano del Estado “no actuó, actuó mal o actuó tardíamente”, y podríamos agregar: debiendo hacerlo.

b) La ley N° 19.996, AUGE.

La llamada Ley AUGE, que crea un Régimen General de Garantías en Salud, establece “garantías explícitas” relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que establece un decreto supremo firmado por los Ministros de Salud y de Hacienda. Asimismo, la ley considera que dichas garantías explícitas son constitutivas de derechos para los beneficiarios y que su cumplimiento podrá ser exigido ante el Fondo Nacional de Salud, las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan.

La garantía de acceso consiste en la obligación del FONASA y de las ISAPRE de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933, respectivamente, en la forma y condiciones que

determine el señalado decreto.

La garantía de calidad busca asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas por un prestador registrado o acreditado, de acuerdo a la ley N° 19.937, en la forma y condiciones que determine el mismo decreto.

La garantía de oportunidad consiste esencialmente, en el establecimiento de un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas. Dicho plazo considera el tiempo en que la prestación debe ser otorgada por el prestador de salud que corresponda; el tiempo para ser atendido por un prestador distinto, designado por el Fondo Nacional de Salud o la Institución de Salud Previsional, cuando no hubiere sido atendido por el primero; y, en defecto de los anteriores, el tiempo en que el prestador definido por la Superintendencia de Salud deba otorgar la prestación con cargo a las instituciones antes señaladas. Se deja a salvo que en caso de fuerza mayor, caso fortuito o que se deriven de causa imputable al beneficiario, no se entenderá que hay incumplimiento de la garantía.

Por último, la garantía de protección financiera se traduce en la contribución máxima que deberá efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, la que podrá alcanzar un 20% del valor determinado en un arancel de referencia del Régimen.

Hasta aquí tenemos material suficiente para desarrollar un largo trabajo en torno a lo que significa que el Estado traduzca la garantía constitucional del derecho a la protección de la salud en derechos exigibles y las consecuencias que en materia sanitaria trae aparejada la garantización de derechos. Sin embargo, ello no corresponde al objetivo de este trabajo y nos distraería de nuestro estudio sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria y su tratamiento jurisprudencial.

Asociado a lo descrito precedentemente, nos detendremos en la expresión utilizada en la letra c) del artículo 4° que, a propósito de la garantía explícita de oportunidad, establece que “no se entenderá que hay incumplimiento de la garantía en los casos de fuerza mayor, caso fortuito o que se deriven de causa imputable al beneficiario”. Si bien esta expresión no se encuentra a propósito de la expresa regulación sobre responsabilidad administrativa que se incluye en la misma ley, en cierta medida se podría interpretar que entiende que sólo no hay responsabilidad de la administración en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Las consecuencias de ello evidentemente pueden llevarnos a un ámbito de responsabilidad más allá de lo que una interpretación sistemática de la ley N° 19.966 debería indicar, pues la propia ley da a continuación las pautas sobre cuándo y cómo se entienden incumplidas las garantías, e incluso entrega al Presidente de la República la posibilidad de regular la forma y condiciones de otorgamiento de ellas mediante decreto supremo.

Luego, la ley establece en el Título III normas sobre responsabilidad patrimonial de la administración y un mecanismo prejudicial de solución de conflictos basado en un procedimiento de mediación.

A continuación expondremos las regulaciones sobre las Garantías Explícitas, luego el título especial dedicado a la responsabilidad del Estado y en tercer lugar describiremos brevemente el sistema de mediación incorporado por la ley N° 19.966.

c) Garantías Explícitas y Responsabilidad por su incumplimiento

Tal como dijéramos en los párrafos precedentes, las garantías explícitas que esta ley consagra son, al tenor de su texto literal, constitutivas de derechos para los beneficiarios, estableciéndose una serie de mecanismos para permitir que esta declaración del legislador efectivamente se cumpla. Ello es posible a pesar del extenso camino a recorrer por quienes sientan vulneradas las garantías que se le aseguran, partiendo por el Fonasa o las Isapre, para luego estar facultado para interponer su reclamo ante la recién creada Superintendencia de Salud y así lo reconoce la misma ley al dejar a salvo “las demás instancias que correspondan”. Es decir, que incumplida una garantía, habiendo o no funcionado los mecanismos de remedio internos del sistema, el afectado está facultado para interponer ante los Tribunales Ordinarios de Justicia una demanda exigiendo, no el efectivo cumplimiento de la garantía, sino el cumplimiento forzado más la acción indemnizatoria o, simplemente, la sola indemnización patrimonial por el incumplimiento.

Aquí la pregunta que surge es si, tal como lo plantea José Luis Requero Ibáñez, Vocal del Consejo General del Poder Judicial español, a propósito del consentimiento informado, “el terreno que gana el usuario de un servicio público en forma de derecho, queda “patrimonializado”: se reconoce su exigibilidad y, a la par, la infracción de ese derecho generaría el de ser resarcido siempre en su equivalente económico”⁶³.

¿Es el simple incumplimiento de alguna de las garantías indemnizable por el sólo hecho de constituir un derecho?

Respecto de la garantía de acceso y oportunidad, el incumplimiento se traduce en la no atención o en la dilación de ella, fuera de los márgenes que la propia garantía contempla (“*el tiempo en que la prestación deberá ser otorgada por el prestador de salud que corresponda en primer lugar; el tiempo para ser atendido por un prestador distinto, designado por el Fondo Nacional de Salud o la Institución de Salud Previsional, cuando no hubiere sido atendido por el primero; y, en defecto de los anteriores, el tiempo en que el prestador definido por la Superintendencia de Salud deba otorgar la prestación con cargo a las instituciones antes señaladas*”⁶⁴). Dado que sólo en último caso, es decir, cuando el prestador definido por la Superintendencia, con cargo al asegurador correspondiente no otorgue la prestación, podríamos encontrarnos frente a un caso de vulneración de la garantía establecida en la ley. Comprendiendo que el legislador ha reducido enormemente tal posibilidad, es evidente que, al menos en teoría, es posible que se incumpla la garantía en los términos en que se encuentra asegurada.

Siguiendo la idea de patrimonialización de los derechos, en este caso debería bastar el sólo incumplimiento de la garantía para que se genere un daño indemnizable. El problema de ello es evaluar la cuantía de dicho daño. Nos encontramos ante una

⁶³ Requero Ibáñez, J. “*El Consentimiento Informado y la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones*”. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.

⁶⁴ Ley N° 19.966, artículo 4°, letra c).

encrucijada, pues si el daño indemnizable es el daño moral sufrido como consecuencia de la violación de un derecho, sumado a que el daño debe ser real, cierto y avaluable económicamente, ello implica que habría que probar el daño moral. Si eso es así, ya no estaríamos en el supuesto de que el simple incumplimiento de la garantía da derecho a indemnización.

Por lo tanto, creemos que el incumplimiento de la garantía se constituye, en el caso del FONASA, en el contenido del funcionamiento anormal del servicio, o para ser más precisos, en la falta de servicio, y que sólo en caso que la falta o dilación en la atención haya derivado en un perjuicio real, cierto y avaluable económicamente, debería haber indemnización.

En cuanto a la garantía de calidad, dado que ésta corresponde al derecho a ser atendido por un prestador registrado o acreditado, tomando en cuenta que la forma en que se otorgarán las prestaciones aseguradas será por regla general en un sistema cerrado de atención en red, o como se denomina en el sistema público, bajo la modalidad de atención institucional, resulta difícil vislumbrar que el incumplimiento de esta garantía vaya a ocurrir. Por lo demás, creemos que aún en el caso de ser atendido por prestador no acreditado o certificado, si no hay perjuicios o daños efectivos, el sólo incumplimiento de la garantía no parece suficiente, a menos de acreditarse alguna suerte de daño moral por la incertidumbre acerca del resultado de las intervenciones o la evolución posterior. Ahora bien, si de la participación en la atención de un prestador no acreditado o registrado se deriva daño, y se acredita la falta de servicio del asegurador para precaver esta posibilidad, consideramos que es posible demandar por los perjuicios directamente al asegurador, pues así lo ha establecido el legislador al decir, en el artículo 42 de la ley AUGE que *“El Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente, de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley, siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar”*.

Al respecto cabe recordar que durante la discusión parlamentaria se planteó, a propósito del contenido de la falta de servicio en materia de responsabilidad del Estado, el problema de los protocolos de atención, no como elementos constitutivos de una garantía de calidad, sino como parámetros de evaluación de la actuación de los funcionarios, de manera tal que la indicación presentada en su oportunidad por los senadores Matthei y Espina, proponía incorporar la siguiente frase final al inciso segundo del artículo 39: *“Tampoco serán indemnizables los daños en aquellos casos en que se haya dado cumplimiento a los respectivos protocolos médicos.”*⁶⁵. Al parecer durante la discusión se entendió que dicha indicación no era necesaria pues el senador Espina hizo presente que esta idea se encontraba comprendida en el artículo 37 que había sido aprobado⁶⁶, debido a que los protocolos están incluidos entre las disposiciones

⁶⁵ Cfr. Segundo Informe de la Comisión de Salud del H. Senado de la República recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el Régimen de Garantías en Salud. BOLETÍN N° 2.947-11.

⁶⁶ Que originalmente establecía en su inciso segundo que: *“se entenderá que hay falta de servicio cuando, por incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad, el órgano no funcione, lo haga mal o tardíamente”*.

reglamentarias que rigen la actividad médica, por lo que la indicación fue retirada por sus autores. Pero el artículo 37 no incluyó finalmente como elemento de la falta de servicio la infracción de reglamentos, por lo que finalmente no quedó pronunciamiento alguno sobre el valor o el carácter vinculante de los protocolos médicos.⁶⁷

Por ello, consideramos que si bien no forma parte de la garantía de calidad la sujeción a protocolos de carácter referencial, ellos constituyen una codificación de la *lex artis*, que sin ser obligatoria para los profesionales, puede servir de guía a los Tribunales para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, justamente en aquellos casos en que la determinación del correcto actuar profesional sea el elemento que permita o no imputar responsabilidad a la Administración sanitaria.

En cuanto al incumplimiento de la garantía de protección financiera, consideramos que dado el especial carácter de esta prestación, es decir pecuniaria, su persecución, cobro y monto se deben regir por las reglas generales, y antes que por ellas, por el procedimiento establecido expresamente por la ley para hacerla efectiva.

d) De la Responsabilidad en Materia Sanitaria

Es en el Título III de la ley 19.966, artículos 38 y siguientes, donde encontramos las normas que el legislador ha considerado apropiadas para regular, en esta específica materia, el problema de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad sanitaria del Estado; que, como veremos, no vienen a modificar sustancialmente el panorama bajo el cual la jurisprudencia ha resuelto, en general, los casos sometidos a su conocimiento. Esta aseveración no plantea en absoluto que estas nuevas normas no signifiquen un aporte, al contrario, vienen a cristalizar razonamientos doctrinarios y jurisprudenciales, disipando dudas acerca de las normas aplicables en materia de daño moral, prescripción y carga de la prueba.

En marzo del año 2004, el Presidente de la República propuso incorporar al proyecto de ley en trámite, el epígrafe "Título IV, de la Responsabilidad en Materia Sanitaria".

Este Título IV, que en definitiva sería el Título III de la Ley N° 19.937, contó para el primer informe de la Comisión de Salud del Senado, con la colaboración del abogado del Consejo de Defensa del Estado, don Pedro Pierry Arrau, quien se refirió a un aumento creciente de las demandas judiciales por responsabilidad médica, siendo el elemento económicamente más relevante, la indemnización por daño moral.

Su exposición, discurrió asimismo, sobre la base que de no establecer reglas especiales en materia de responsabilidad sanitaria, serían aplicables las reglas prescritas en la Ley de Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en sus artículo 4° y 44 (hoy 42), agregando que la tesis de la responsabilidad objetiva se vio debilitada con ocasión de la discusión de la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653, donde se trató de fortalecer esa postura; iniciativa que fue vetada por el Presidente de la República.

⁶⁷ Segundo informe de la Comisión de Salud del H. Senado de la República recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el Régimen de Garantías en Salud. BOLETÍN N° 2.947-11

En relación al proyecto, Pierry informó a la Comisión que esta regulación debía contemplar tres órdenes de materias: La primera, la responsabilidad por falta de servicio, esto es, que el Estado responda por sus funcionarios cuando éstos actúan con culpa o dolo, cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo o cuando funciona mal, sin que en estas dos últimas hipótesis se exija culpa o dolo del funcionario. Las dos restantes materias, se encuentran orientadas a limitar las demandas a través de distintos mecanismos. El primero, a través del agotamiento de la vía administrativa; y, el segundo, por medio de limitar las indemnizaciones por daño moral a través de la ley.

El texto definitivo estableció, en primer lugar, que *“los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”*, norma que no hace otra cosa que repetir lo establecido en el inciso primero del artículo 42 de la ley de bases.⁶⁸

Pero es en el inciso segundo donde encontramos innovaciones interesantes que revelan la delimitación que el legislador buscó al incorporar este título en la ley, al indicar que *“El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”*. El sentido dado a esta norma no perseguía modificar lo establecido en la ley de bases, si no precisarlo, por ello debemos buscar la interpretación que mejor permita la aplicación armónica de todas las normas involucradas, y a nuestro juicio es evidente que la introducción de este inciso es una confirmación del legislador a la interpretación que descarta la responsabilidad objetiva del Estado, pues la ley le exige al interesado ya no sólo acreditar el daño, sino que éste justamente se produjo a consecuencia de una falta de servicio.

A continuación, la ley regula el problema de la repetición en contra del funcionario, establecida genéricamente en la ley de bases y respecto de la cual no tenemos antecedentes que acrediten su aplicación en algún caso, al menos en materia sanitaria.

Dice el inciso tercero del artículo 38:

⁶⁸ Interesante es destacar, que el proyecto presentado por el ejecutivo, contemplaba un inciso segundo en el actual artículo 38 de la ley en comento, en que se definía la falta de servicio, indicando que hay tal “cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente”. En este sentido, la indicación estaba claramente orientada hacia delimitar el concepto de falta de servicio, al incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad, que producía algún efecto adverso en su funcionamiento. Así por lo demás lo señala el Ejecutivo al indicar que dicho inciso tenía por finalidad “evitar la dispersión de las interpretaciones”. A este respecto, el abogado Pierry informó a la Comisión que el inciso segundo propuesto por la indicación, debía ser modificado en tanto puede existir falta de servicio aún cumpliéndose las normas legales o reglamentarias y que se debía consagrar la responsabilidad estatal por la actuación dolosa o culposa de sus funcionarios. De este modo, la Comisión de Salud del Senado, en el primer informe, modifica el comentado inciso segundo, estableciendo que los Órganos de la Administración del Estado, en materia sanitaria, serán responsables también por la culpa o dolo de sus funcionarios, y que el Estado tendrá derecho a repetir en contra de éstos, si han incurrido en falta personal. Además resuelve que dicho inciso segundo debe disponer que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal. Por su parte, tanto el agotamiento de la vía administrativa, como la posibilidad de exigir como requisito para comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado, la concurrencia de culpa grave del funcionario, quedaron en el primer Informe de la Comisión para un estudio más detenido. (Primer informe de la Comisión de Salud del H. Senado de la República recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el Régimen de Garantías en Salud. BOLETÍN N° 2.947-11).

“Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

¿Estamos aquí frente a la regulación de la falta personal?, o ¿se trata simplemente de los casos en que habiendo falta personal el Estado está autorizado (“tendrán derecho”) para repetir en contra de dichos funcionarios que provoquen daños ya no sólo negligentemente sino exigiendo que dichos daños hayan sido provocados “con imprudencia temeraria o dolo”? ¿Con esta frase se asimila “imprudencia temeraria” a la “culpa grave” del Código Civil, o lo que hace el legislador es recurrir a los elementos que configuran el cuasidelito penal regulado en el artículo 490 del Código Penal?, o llevando más allá la pregunta ¿se trata acá de plantear que los casos de falta personal por los cuales el Estado responderá, y que en virtud de ello podrá repetir, son aquellos en que hubiere mediado imprudencia temeraria o dolo de sus funcionarios?

Creemos que efectivamente, por un lado, el legislador ha subsumido la falta personal cometida en el ejercicio de sus funciones en la noción de falta de servicio como funcionamiento anormal, y por otra parte, ha limitado la posibilidad resarcitoria del Estado protegiendo a sus funcionarios, pues ha restringido la repetición sólo a aquellos casos de imprudencia temeraria o dolo, correspondiendo la expresión imprudencia temeraria a la noción de culpa grave y no exigiéndose por tanto la condena penal para poder perseguir la restitución de la indemnización pagada a la víctima, aunque si su acreditación en juicio.⁶⁹

Luego, el artículo 39 establece a su vez, que en estos casos *“los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término”.* Al respecto cabe agregar que es posible que el sumario administrativo o investigación sumaria ya se hubiere iniciado con anterioridad. Por ello creemos que lo que el legislador hizo fue que, sin impedir que el propio servicio inicie una investigación de los hechos denunciados con anterioridad, debía hacerlo, sin duda, si era condenado. Esto, ya que en la práctica podría ocurrir que el Servicio dilatara el inicio de la investigación interna, pues ello podría implicar en los hechos, preconstituir prueba en

⁶⁹ En similar sentido se manifestó con anterioridad Oelckers Camus. “Toda negligencia, error u omisión, que aunque sea reprobable, está en los hábitos del servicio y es inseparable del mismo, se entiende constitutiva de falta de servicio y debe ser reparada por la Administración responsable de ese servicio. Si esa actuación o hábito, negligencia, error u omisión es imputable al funcionario en ejercicio de su función, se podrá repetir contra él siempre que hubiese existido en esa conducta funcional una intención positiva, una negligencia inexcusable o una impericia grave, producto de la cual se causa daño al administrado, situación que naturalmente la Administración deberá investigar y probar en juicio.” (Oelckers Camus, O. “La responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades”. Revista Chilena de Derecho Vol. 16).

contra.

El problema que queda sin respuesta es que la responsabilidad administrativa, si no se ha perseguido antes de la sentencia de término a que alude la ley, es muy probable que esté prescrita al momento de iniciar el sumario a que está obligado el órgano de la Administración del Estado. Por ello consideramos que lo que hizo el legislador no fue en ningún caso obligar al Servicio a esperar sentencia condenatoria para iniciar un sumario, si no que, sólo en caso que no hubiere habido investigación, habiendo sentencia en contra, debe iniciarse sumario para investigar lo hechos.

A continuación se regula el plazo de prescripción, estableciéndose que la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, prescribirá transcurridos cuatro años desde la acción u omisión. Resulta llamativo que el legislador haya establecido que el plazo se contará desde la acción u omisión, pues ello involucra desconocer que la naturaleza de los daños provocados en materia sanitaria, implica que en muchas ocasiones se manifiestan los perjuicios de errores o eventos adversos varios años después de ocurridos los hechos.

El artículo 41 recoge el problema del daño moral sin innovar sustantivamente en la forma que la jurisprudencia ha evaluado el tema, es decir que el juez, al momento de fijar la indemnización deberá considerar *“la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”*.

De particular relevancia es el inciso siguiente, pues plantea que *“no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”*^{70 - 71}. Esta norma se comentará latamente en el capítulo dedicado a los criterios de exclusión de la responsabilidad del Estado.

Finalmente el artículo 42 establece el complemento de la declaración efectuada en el artículo 4º letra c), al establecer que:

“El Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente, de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley, siempre que

⁷⁰ Es una incorporación textual de la modificación introducida al sistema de Responsabilidad de las Administraciones Públicas por la ley 4/1999, artículo 141.1 que señala: “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”.

⁷¹ Al respecto es interesante recordar el considerando N° 19 de la sentencia de primera instancia de Uribe con Fisco de Chile, que ya en 1995 se pronuncia sobre el problema del conocimiento científico disponible: “Respecto del demandado principal, que lo es el Fisco de Chile; existen antecedentes, instrumentos y testimonios que prueban que, al 7 de Julio de 1987, el SIDA era una enfermedad conocida en Chile; que su detección era posible mediante la practica del test Elisa, y que correspondía al Ministerio de Salud adquirir los implementos y reactivos para detectar la enfermedad, poner esos elementos a disposición de los Servicios de Salud Regionales y dar las instrucciones para su uso”.

tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar.

Responderán del incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud los prestadores inscritos ante la Superintendencia de Salud, y no las instituciones mencionadas en el inciso anterior, en caso de que el referido incumplimiento sea consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores”.

Nuevamente surge la pregunta sobre la forma de comprender la falta de servicio, pues el legislador regula en el mismo inciso la responsabilidad de una institución pública y la responsabilidad de instituciones privadas. Está claro que para el legislador hay normas distintas, pero ¿por qué al final de este título las trata en un mismo inciso? Pues aún cuando utiliza expresiones distintas, pareciera que la falta de servicio es al FONASA lo que el incumplimiento negligente es a las ISAPRE. Creemos que de ser correcta esta interpretación, sería uno de los adelantos más interesantes introducidos por esta ley, no ya en torno a la responsabilidad del Estado, sino más bien al consagrar por ley la idea de responsabilidad institucional por negligencia corporativa en los términos utilizados en la doctrina y jurisprudencia comparadas⁷².

⁷² Ver Zelaya Etchegaray, P. Ob. Cit.

La Responsabilidad Patrimonial Sanitaria. La búsqueda de una solución justa.

En este capítulo, revisaremos dos ejemplos en la manera de enfrentar el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado y la importancia que en su evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, ha significado la responsabilidad derivada de actuaciones sanitarias o asistenciales. En primer lugar, revisaremos el avance producido en Francia desde el *arrêt* Blanco hasta nuestros días y a continuación, lo ocurrido en España tras la consagración (con carácter general) de la Ley de Expropiación Forzosa de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Una de las áreas que más ha influido en la evolución de los casos anteriormente mencionados, es la de la responsabilidad médica asociada por regla general a actuaciones de servicios públicos. Es por ello, que efectuaremos breves comentarios acerca del desafío que implica para la sociedad el abordaje del tema, esto es, enfrentar el problema de juicios, indemnizaciones y costos crecientes, asociados a la responsabilidad en la materia y las herramientas políticas que se utilizan para solucionar dicha problemática, principalmente, el derecho.

A continuación, expondremos la evolución que en Francia ha tenido el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, desde el *arrêt* Blanco hasta las modificaciones introducidas al *Code de la Sante Publique* por sucesivas leyes durante el

año 2002. Debido a su aprobación se incorporó un sistema de compensación sin falta, articulado en torno a la “Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Hospitalarias”. Luego, revisaremos la evolución del problema en España, desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 hasta la ácida discusión doctrinaria de la década de los '90 y la ley 4/1999 de 30 de Noviembre.

2.1 Sistema Francés

Tanto la doctrina nacional como la comparada, sitúan el origen del principio general de responsabilidad patrimonial del Estado en Francia, a partir del fallo del Tribunal de Conflictos en el “Caso Blanco”⁷³. En él se sostuvo que “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en los servicios públicos, no puede quedar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales, que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”⁷⁴. La enunciación anterior buscaba materializar lo que para la jurisprudencia del Consejo de Estado y sus comentaristas constituía un principio general del derecho: la responsabilidad extracontractual⁷⁵ del Estado y sus órganos bajo un régimen distinto al del derecho común.

Desde un principio, el desafío fue delimitar correctamente el ámbito de responsabilidad que correspondía al ente Administrador y aquél en que comenzaban a responder sus funcionarios. Precocemente se distinguió entre falta separable y falta no separable, donde el elemento esencial de la diferenciación obedecía a si ella puede o no ser desligada o aislada del funcionamiento del servicio. Como correlato de esta clasificación, surgen la falta personal y la falta de servicio, dando origen esta última a la responsabilidad propia y directa del Estado; en ella la actuación funcionaria se pierde en el ejercicio del aparato público. Al respecto, PAILLET plantea que la jurisprudencia, fundamenta la falta de servicio por parte del Estado, en la existencia de un vínculo funcional entre la Administración y el funcionario, que obedece al cumplimiento, por parte

⁷³ Cfr. CALDERA DELGADO, H. “*Sistema de la Responsabilidad Extracontractual...*”, Pág. 394. También CUETO PEREZ, M. “*Notas Sobre La Responsabilidad De La Administración Sanitaria En El Derecho Comparado*”. Revista de Administración Pública, Nº 146 (1998) Pág. 429-466. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Ministerio de la Presidencia / España. Aunque otros autores han planteado que dicho fallo se ha “sobrealorado” y que no es lo original que se pretende, así lo plantean CHAPUS, RENE Y KOEHLIN FRANÇOIS, en Valdivia, José Miguel, “*La Responsabilidad de la Administración del Estado en Francia*”, publicado en MARIN, JUAN CARLOS, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2004.

⁷⁴ En Valdivia, José Miguel, “*La Responsabilidad de la Administración del Estado en Francia*”, publicado en MARIN, JUAN CARLOS, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2004. También en CALDERA DELGADO, H., “*Sistema de la Responsabilidad...*” Pág. 394 y 395.

⁷⁵ Confr. CALDERA, HUGO. “*Sistema de*” pág. 387 y ss.

del agente, de misiones de servicio público⁷⁶. Originalmente la responsabilidad por falta personal excluía la responsabilidad del Estado y viceversa, pero paulatinamente -especialmente a partir del *arret Lemonier* de 1918 y los comentarios de Hariou- la tendencia de la jurisprudencia administrativa fue la de extender notoriamente el campo de aplicación de la teoría del cúmulo de responsabilidades, conduciendo a la formulación de una verdadera teoría de acumulación total o integral, “es decir que la lesión que sufre el particular pueda ser a la vez consecuencia de una falta personal y de una falta de servicio, pudiendo optar la víctima por acudir a los tribunales contenciosos para reclamar la falta de servicio o a los tribunales ordinarios para reclamar la responsabilidad personal del funcionario”⁷⁷, con la única excepción de las faltas personales cometidas fuera del servicio⁷⁸.

En consecuencia, al atribuir directamente la responsabilidad de indemnizar al Estado, pierde relevancia la identidad del autor del daño. Es por ello que se cuestiona que se hable de “culpa del servicio” cuando lo que se quiere describir es la noción de “falta de servicio”, pues en este caso la culpa pierde el carácter subjetivo que tiene en materia civil y se exige una nueva configuración referida a la mala organización, funcionamiento deficiente, tardío, defectuoso o anormal del mismo. Resulta entonces necesario apreciar dichas expresiones en forma objetiva, contrastando la actuación reprochada con “lo que se está en derecho de exigir de un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser su comportamiento normal”⁷⁹.

Ahora bien, el problema siguiente fue, y sigue siendo, el cómo determinar cuándo estamos frente a este funcionamiento anormal, atendidas la multiplicidad de actividades desarrolladas por el Estado y los siempre escasos recursos disponibles que se deben distribuir entre ellas. Pareciera que el derecho civil vuelve al rescate, ofreciéndonos la elemental definición de culpa de Planiol, consistente en “el incumplimiento de una obligación preexistente”.

Pero, ¿cómo establecer aquellos parámetros para todas las actividades del Estado? Quizás tan sólo podamos determinar los criterios bajo los cuales se considerará que existe falta de servicio. Éstos implican, en la generalidad de los casos, que será el juez quien deberá evaluar las obligaciones incumplidas que han originado el daño que se alega, en relación a los deberes específicos o generales abandonados o, por otra parte, asumir que, en aplicación del principio de legalidad que rige la administración, la actuación ilegal de los Órganos del Estado basta para acreditar la culpa que implica la falta de servicio.

Sin embargo, “el acto ilegal no es *per se* una falta de servicio suficientemente idónea para comprometer la responsabilidad del Estado. La jurisprudencia efectúa distinciones

⁷⁶ PAILLET, M. *La Faute Du Service Public En Droit Administratif Français*. Paris, LGDJ, 1980, Pág. 254 y ss.

⁷⁷ CUETO PÉREZ, M, Op Cit. P. 433.

⁷⁸ CALDERA DELGADO, H. Op. Cit. P. 403.

⁷⁹ Valdivia, José Miguel. Op. Cit.

sutiles para concluir en definitiva que la ilegalidad sólo obligará a responder en la medida que si la decisión hubiera sido tomada legalmente (bajo otra forma o con motivos diversos), habría conducido a resultados distintos para el interesado. La simple ilegalidad de un acto puede no ser suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado cuando la procedencia de ésta última esté supeditada a una culpa grave”⁸⁰. Así, “el primer problema que se planteó fue determinar el grado de gravedad de la falta exigible para dar lugar a la responsabilidad de la Administración, exigiéndose en un principio la existencia de la falta grave en el funcionamiento del servicio”⁸¹. Pero, ¿cuándo estaríamos en presencia de esa culpa grave si no ha existido pronunciamiento del legislador? “La respuesta es simple y brutal: no hay criterio. La culpa grave es la que el juez estima ser grave”⁸². En efecto, en la jurisprudencia la distinción entre la falta grave y aquella que no lo es, siguió un camino sinuoso que varía de acuerdo al tiempo, al lugar, o al servicio prestado; exigiéndose falta grave especialmente en aquellos más expuestos a provocar daños o especialmente complejos, tales como los servicios policiales, hospitalarios, de impuestos y supervigilancia o tutela de otros órganos”⁸³.

A pesar de lo anterior, para el derecho francés el instituto de la responsabilidad sin falta o sin culpa no es una novedad reciente. Paralelamente a la evolución en la doctrina de la responsabilidad por falta de servicio, la jurisprudencia francesa fue creando regímenes especiales de responsabilidad objetiva.⁸⁴ Ellos iban desde sistemas de responsabilidad por accidentes de trabajo hasta la regulación de daños provocados por el uso de armas de fuego o explosivos. Con esto se fue constituyendo un sistema en que lo importante no estaba en el comportamiento del autor del daño sino la situación de la víctima, “la nota común a estos casos parece encontrarse en la presencia de un perjuicio anormal. La jurisprudencia exige al respecto la concurrencia de requisitos estrictos en torno al daño: que sea grave, especial -es decir que afecte individualizadamente a una persona o grupo reducido de personas- y que exceda de los riesgos o aleas normales que las víctimas deben soportar en la vida en sociedad”⁸⁵.

Más allá de la discusión sobre si es posible concebir un fundamento único para este tipo de responsabilidad o si existirán tantos según los ámbitos de actividad en los que se establezca, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia francesa nos conduce a distinguir estos regímenes especiales de responsabilidad sin culpa, entre aquellos que se

⁸⁰ VALVIDIA, JOSÉ MIGUEL. Id.

⁸¹ CUETO PEREZ, M. Ob. Cit. P. 433.

⁸² Valdivia, José Miguel.

⁸³ CALDERA DELGADO, H. Op. Cit. P. 405.

⁸⁴ No sólo la jurisprudencia, también el legislador, así por ejemplo, por los daños provocados en virtud de campañas de vacunación declaradas obligatorias había responsabilidad objetiva respecto del Estado ENRIQUE PAILLÁS, “*Responsabilidad Médica*”, Editorial Lexis Nexis, 2002. Pág. 89.

⁸⁵ VALDIVIA, Ob. Cit.

basan en la generación de un riesgo y los que implican remediar la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Para la primera clase de situaciones, se ha planteado que si el Estado no se beneficia de las actividades que desarrolla y que generan riesgo a sus ciudadanos, sino que es la generalidad de los ciudadanos los que se benefician de ella, no debiera existir responsabilidad de su parte. Pero más allá de lo anterior, la evolución del tema ha sugerido que lo relevante al momento de evaluar los hechos que han provocado el daño, es la situación de la víctima. Se distinguen, en consecuencia, las categorías de “riesgo provecho”, asociada fundamentalmente a los accidentes del trabajo, y de “riesgo creado”, cuyo factor común es “la peligrosidad que presentan ciertas cosas, actividades, o métodos empleados por la Administración en la satisfacción de las necesidades públicas”⁸⁶, citándose como ejemplo: el uso de materiales explosivos, armas de fuego y artefactos peligrosos, obras públicas peligrosas y “prisiones sin barrotes” (referida a métodos de reinserción de delincuentes juveniles y enfermos mentales).

Con lo anterior se plantea que estamos frente a la hipótesis de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, cuando por el ejercicio de facultades dentro de ámbito que la ley permite, se causan efectos nocivos para algunos sujetos. Pero cotidianamente la actividad lícita invade el ámbito de acción de sus ciudadanos, ello exige entonces limitar los supuestos de indemnización a aquellos casos extremos en que el sacrificio exigido a una persona o grupo de personas es excesivo. Se distinguen, entonces, aquellos daños producidos por obras públicas de aquellos producidos por el ejercicio de la potestad reglamentaria o de gobierno.

En cuanto al desarrollo reciente de la responsabilidad del Estado en Francia, es la responsabilidad patrimonial sanitaria la que mayor evolución tuvo en los últimos veinte años; primero en la doctrina y la jurisprudencia y luego en la legislación. Uno elemento central de esta evolución fue considerar desde un comienzo que la responsabilidad de los hospitales públicos por su actividad asistencial era de origen extracontractual público, pues la ausencia de contrato y la naturaleza jurídica de los establecimientos hospitalarios, constituyeron elementos suficientes “para eliminar toda posibilidad de responsabilidad sujeta al Derecho Privado”⁸⁷.

Existen dos elementos que han determinado la progresiva “objetivación” de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Por un lado, la exigencia de culpa grave fue cediendo terreno a la idea de que cualquier disfuncionalidad en la prestación del servicio público era suficiente para hacer al Estado responsable, y por otra parte, la inversión de la carga de la prueba desde el afectado al servicio público.

En primer lugar, en materia de responsabilidad asistencial el fallo recaído en el caso *Époux V* planteó la necesidad de reinterpretar el régimen tradicional que distinguía entre actos más complejos y actos menos complejos o de curaciones o cuidados. En los primeros se exigía culpa grave, generalmente cuando estaba en juego la participación de un profesional médico, y en los segundos, que no requerían de la intervención de tales

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ CUETO PEREZ, M. Ob. Cit. P. 434.

profesionales, sólo se exigía culpa leve. La razón es que en los primeros “las actuaciones médicas tienen lugar en condiciones difíciles, situación que ya no se hace extensible a los actos de cuidados o a los actos relacionados con el propio funcionamiento del centro”⁸⁸. El caso *Époux V* consistió en un parto en el cual una mujer sufrió graves consecuencias a raíz de una serie de situaciones, ninguna de las cuales era por sí sola suficiente para ser considerada dentro de las hipótesis de la culpa grave. La conclusión fue obvia: “el desarrollo contemporáneo de la medicina hace cada vez más intolerable la concesión de un margen de error en esta materia”⁸⁹. A partir de allí se acepta la noción de *faute médicale de nature à*, es decir, “la culpa médica suficientemente idónea para comprometer la responsabilidad del hospital”. El problema de la dificultad del servicio queda obsoleto, pues con ello se configura la falta de servicio necesaria para hacer nacer la obligación de indemnizar.

Comentario aparte merece la solución jurisprudencial al caso denominado “escándalo de la sangre contaminada”. En ella, se condenó al Estado por falta de servicio en el ejercicio de sus facultades de regulación y fiscalización de los bancos de sangre, para lo cual se tomó en cuenta lo exorbitante de los poderes de la Administración en estas sensibles materias, la finalidad pública que justifica tales potestades y la estrecha relación entre el Estado y los centros de transfusión⁹⁰. Tradicionalmente la jurisprudencia, en los casos de falta de servicio por ejercicio de las facultades de control y supervigilancia, sólo había condenado al comprobarse la concurrencia de falta grave, pues la responsabilidad del ente controlador nunca debía reemplazar la responsabilidad propia del ente controlado. La particularidad de este caso consiste en que el Consejo de Estado resolvió el tema ampliando los supuestos de falta grave en materia de contaminación por transfusiones “por entender que estaba suficientemente informado (el Estado Francés) de la existencia del riesgo serio de contaminación y no haber adoptado las medidas suficientes para evitar el contagio”⁹¹.

En segundo lugar, se ha producido una creciente inversión de la carga de la prueba sobre la base de las presunciones de falta de servicio. Dado que ello ha sido efectuado por la jurisprudencia sin existencia de textos legales que lo avalen, la doctrina las ha denominado “presunciones cuasilegales” y se caracterizan por su aplicación más o menos sistemática a un grupo similar de hipótesis, distinguiéndose aquéllas relacionadas con consecuencias anormales de tratamientos inofensivos y aquéllas establecidas a

⁸⁸ CUETO PEREZ, M. Ob. Cit. P. 434.

⁸⁹ VALDIVIA, Ob. Cit.

⁹⁰ Más allá de la solución jurisprudencial, respecto de la inoculación de VIH/SIDA mediante transfusiones sanguíneas o sus derivados, en 1991 se estableció por ley un sistema especial de indemnización que funcionaba en torno a un fondo especial creado al efecto, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes que son perfectamente compatibles. Establece el artículo 47.I de la ley 91/1406 “Las víctimas de perjuicios resultantes de la contaminación del VIH causada por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre realizada sobre el territorio de la República Francesa serán indemnizados”.

⁹¹ CUETO PEREZ, M. Ob. Cit. P. 438.

propósito de las infecciones intrahospitalarias⁹².

En cuanto a las consecuencias anormales de tratamientos inofensivos o médicos de baja complejidad, la jurisprudencia francesa ha optado por presuponer la culpa del servicio. Por ejemplo, en el caso de inyecciones con resultados dañosos cuyas causas reales se pueden desconocer, se ha planteado que ellos revelan un problema en el funcionamiento del servicio o un defecto en la organización. Aún siendo presunciones simples y meramente judiciales, esta situación tiende a revelar una suerte de objetivación de la responsabilidad de los servicios sanitarios.

Como lo comentaremos más adelante, las infecciones intrahospitalarias son parte de la actividad asistencial. Dado que no existe riesgo cero en materia de infecciones al interior de los recintos hospitalarios, la manera de enfrentar los perjuicios que éstas causan, ha tendido a acercarse a una objetivación, en el sentido que la ocurrencia del daño en la víctima, revela que, para ella, el servicio no ha actuado como debía esperarse. En este sentido, la jurisprudencia francesa invirtió la carga de la prueba, pues presumió falta del servicio del establecimiento donde se haya producido la infección o que no haya podido detener sus consecuencias. Resultaba difícil para los hospitales destruir dicha presunción, pues en la práctica ésta se constituyó casi en un caso de presunción de derecho, con lo cual la responsabilidad tomaba el carácter de objetiva⁹³. La consagración legislativa de dicha alternativa tenía como antecedente la responsabilidad objetiva para el caso de las vacunaciones obligatorias⁹⁴.

El paso final de la jurisprudencia se dio mediante la creación del concepto de *alea*

⁹² VALDIVIA, Ob. Cit. Cabe hacer la salvedad que las modificaciones al *Code de la Santé* efectuadas durante el año 2002 vinieron a modificar el marco normativo, como expondremos a continuación.

⁹³ El legislador, con la modificación introducida el año 2002, ha vendido a bendecir dicha solución al establecer en el artículo L 1142-1 la responsabilidad objetiva en estos casos: "I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. **Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.** II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret."

⁹⁴ Establecida en 1964 y ampliada posteriormente a casos de vacunación en otros centros hospitalarios distintos del Estado. Asimismo, entre los años 1988 y 1990 se reguló la responsabilidad por los perjuicios de investigaciones biomédicas.

terapéutico o riesgo terapéutico, definido como “aquel riesgo en el que su producción es excepcional en función del riesgo habitual del tratamiento, sin que exista ninguna unión con el estado anterior de la víctima, y que tiene como resultado unas consecuencias que revisten tal gravedad que van más allá de lo común”⁹⁵. Los requisitos para admitir la responsabilidad en estos casos serían: que los daños estén relacionados con una actuación médica; que éstos sean de extrema gravedad, excepcionales pero no desconocidos totalmente; que no estén relacionadas con la situación anterior del paciente ni su evolución esperable y que la situación de éste no hubiese dado razón para pensar que estaba particularmente expuesto al riesgo.

Finalmente, fue el legislador el que vino a regular específicamente el problema del riesgo terapéutico⁹⁶. En el ámbito asistencial, la solución alivió a las víctimas de perjuicios de tener que probar culpa del servicio, instaurando dos mecanismos de socialización de dichos riesgos, uno privado y uno público⁹⁷.

Esta reforma terminó con la tradicional discusión -por lo menos para el ámbito asistencial- sobre la falta personal y la falta de servicio, y también con los esfuerzos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia francesa de objetivar la noción de falta de servicio para hacer frente al problema de los daños iatrogénicos. Ello porque la noción de falta de servicio tradicionalmente estaba emparentada con la idea de funcionamiento anormal del Servicio Público y no tenía el carácter objetivo que, por ejemplo, para la jurisprudencia y doctrina españolas tenía el instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración⁹⁸.

El año 2002 mediante una modificación al *Code de la Sante Publique* se creó, la “Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Hospitalarias”, entidad pública de carácter administrativo del Estado, ubicada bajo la dependencia del Ministerio de Salud. La Oficina está encargada de la indemnización a título de la solidaridad nacional, de los daños ocasionados por la ocurrencia de un accidente médico, de una afección iatrogénica o de una infección hospitalaria, así como de otras indemnizaciones que correspondan⁹⁹; y está administrada por un consejo de administración cuya composición está fijada en un decreto del Consejo de Estado. Además de su presidente, está compuesta por una mitad

⁹⁵ CUETO PEREZ, M. Ob. Cit. P. 439.

⁹⁶ También fue enfrentado el problema de la socialización de los riesgos en otras áreas específicas, por ejemplo: perjuicios sufridos con ocasión de actos de violencia generados en aglomeraciones y reuniones; daños productos de actos de terrorismo, etc.

⁹⁷ Para esta parte se ha utilizado especialmente López de la Osa Escribano, A. “*El Seguro Médico Obligatorio en Responsabilidad Sanitaria*”. Referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos. Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Nº 121 / Ene-Mar 2004.

⁹⁸ Cfr. Cueto Pérez, M. “*Notas Sobre la Responsabilidad de la Administración Sanitaria en el Derecho Comparado*”. Revista de Administración Pública Nº 146. mayo- Agosto de 1998.

⁹⁹ FRANCIA. Ministère des Solidarités de la Santé et de la Famille. Code de la Sante Publique (Nouvelle partie Législative), Article L 1142-22. (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) [consulta el 16 de Septiembre de 2004] También <http://www.sante.gouv.fr/>.

de representantes del Estado y la otra mitad por personas calificadas, así como representantes de los usuarios, profesionales y establecimientos de salud, organismos de seguro de enfermedad, etc.

Sin perjuicio de las acciones que pueden ejercerse conforme al derecho común, la reparación integral de los perjuicios directamente imputables a una vacunación obligatoria está asegurada por la Oficina, en nombre de la solidaridad nacional.

Paralelamente, los profesionales de salud que ejercen a título liberal, los establecimientos de salud, servicios sanitarios, organismos que ejerzan actividades de prevención, diagnóstico o asistencia y proveedores y productores de productos sanitarios, están obligados a suscribir un seguro destinado a garantizar, en caso de que su responsabilidad civil o administrativa sea establecida, el resarcimiento de los daños padecidos por terceros en el marco de una actividad de prevención, diagnóstico o asistencia.

Este sistema fue introducido por la Ley Sobre Derechos de los Pacientes y la Calidad del Sistema de Salud de marzo del año 2002. Dado que para las aseguradoras la obligación de contratar un seguro tenía como contrapartida el deber de suscribir dicho contrato, en diciembre de ese mismo año y frente al aumento explosivo de reclamaciones y al retiro de las aseguradoras tradicionales del mercado, el sistema tuvo que ser reformulado. Se fijaron entonces condiciones de garantía temporales, surgiendo la Agrupación Temporal de Aseguradoras Médicas, que a partir del 1º de enero del 2003 garantizó de manera temporal, a todo profesional médico o centro sanitario que no hubiese contratado el seguro correspondiente.

Finalmente, y sin detallar la multitud de conflictos que supuso esta novedosa manera de enfrentar el problema de la responsabilidad médica, describiremos el procedimiento de resolución de conflictos de accidentes médicos.

Mediante este procedimiento, la legislación francesa instauró un sistema de compensación sin falta, que combina seguros privados con el sistema de solidaridad nacional; con ello, se transformó en uno de los más modernos del mundo, al abandonar los tradicionales sistemas de culpa, o incluso falta de servicio.

A partir de la experiencia de instancias de mediación que existían desde la década de los '80, se crearon las *Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización de Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales*. Ante ellas, puede acudir cualquier persona que se considere víctima de un evento médico adverso.

La Comisión funciona emitiendo un informe en el que se pronuncia sobre la gravedad del daño. Además, ante ella se pueden solicitar pericias, que son falladas en un plazo de seis meses, pronunciándose respecto a las circunstancias del daño y determinando el régimen de indemnización aplicable; distinguiendo *grosso modo* si se trata de la comisión de una falta imputable o de la materialización de un riesgo.

La Comisión procede a la investigación total sin que pueda ser opuesto el secreto profesional. El director de la Oficina, con el visto bueno de la Comisión de indemnización, realizará un ofrecimiento de indemnización a la víctima o, en caso de muerte, a sus herederos.

Luego, si la Comisión estima que el daño ha sido producido por la ocurrencia de un perjuicio que es necesario indemnizar, se aplica el principio de solidaridad nacional y es la Oficina Nacional de Accidentes Médicos quien indemniza. Si el daño ha sido producido por una falta o en caso que no sea posible determinarla y no se trate de un caso de materialización del riesgo, corresponde al seguro médico privado pagar. Se reconoce también la posibilidad de una indemnización compartida. La aceptación del ofrecimiento de la oficina por la víctima es equivalente a una transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil francés.

En caso que corresponda la indemnización al seguro privado, la Compañía aseguradora hace una oferta a nombre del asegurado; si no hay acuerdo, se abre un espacio de negociación. Cerrado el acuerdo entre la compañía y el paciente, la aseguradora puede recurrir ante la Comisión Regional si estima que el evento adverso o accidente no es por falta si no por materialización del riesgo. Surge entonces un conflicto entre la compañía aseguradora y la Oficina Nacional, de tal suerte que el conflicto se traslada desde médicos y pacientes al campo de los seguros privados versus los públicos. Lo mismo ocurre en caso que la Comisión haya a su vez, declarado originalmente que el evento adverso reclamado correspondía a la existencia del riesgo cubierto bajo el principio de solidaridad nacional. La Oficina, si hay lugar a ello, se subroga en los derechos y acciones de la víctima contra los responsables del daño, hasta la concurrencia de la indemnización que ha pagado.¹⁰⁰

Siempre queda a salvo la posibilidad del interesado de recurrir directamente a la jurisdicción competente.

2.2 Sistema Español

Aún cuando en España se pudieran encontrar anecdóticas regulaciones sobre la responsabilidad de los organismos públicos, por los daños que pudieran provocar en su actuar, no es sino hasta mediados de la década de los '50, en que el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración fue enfrentado de manera global.

Es así que con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) del 16 de diciembre de 1954, se introduce en su artículo 121, de manera general, la idea de "responsabilidad extracontractual de la Administración". En dicho artículo, el cuerpo normativo daba lugar a la indemnización a "toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir se sus funcionarios con tal motivo".

La enunciación anterior adolecía de un pequeño defecto, que en su momento suscitó dudas respecto del alcance de la norma. La expresión "bienes y derechos a que esta ley

¹⁰⁰ Code de la Sante Publique (Nouvelle partie Législative), Article L 3111-9.

se refiere” no resultaba clara en la posibilidad de indemnizar los daños morales o extrapatrimoniales. Así lo plantea García de Enterría, quien reconoce que “podía dar pie para excluir de la fórmula legal la indemnización de los daños corporales y morales, en cuanto resultantes de una incidencia sobre unos bienes que la Administración no puede expropiar”¹⁰¹. Este defecto fue “corregido” por el Reglamento de la iniciativa. Más tarde, y de forma definitiva, fue la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), del 26 de julio de 1957, la que zanjó la discusión estableciendo que: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables por vía contenciosa”.

Con esta norma, la administración en España pasó “de la más absoluta de las irresponsabilidades, a la responsabilidad más absoluta, sin detenerse en el estadio intermedio más generalizado: la responsabilidad por culpa (...), unos cuantos preceptos de la LEF hicieron que la Administración, de ser el sujeto *menos* responsable del ordenamiento jurídico español, pasara a ser el *único* sometido a una responsabilidad objetiva global, extendida a *todos* los sectores de su actividad”¹⁰².

El criterio básico que sustentó la doctrina para explicar esta noción, fue el de la antijuridicidad del daño y su traslado desde la perspectiva del actor o autor del perjuicio a la esfera de la víctima. Ahora ya no se trataba de hacer un reproche a la mala conducta del agente, como ocurre en el derecho civil con las nociones subjetivas de dolo y culpa, para que nazca el deber de indemnizar; si no que, de determinar si el perjuicio era antijurídico, en el sentido de si el patrimonio dañado tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. La responsabilidad de la Administración pasó entonces a ser directa y no subsidiaria respecto de la actuación de sus funcionarios; y objetiva total, abarcando toda su actividad.

La contundente interpretación de García de Enterría, uno de los integrantes de la Comisión redactora de la LEF, determinó la aplicación de dichos preceptos los siguientes cuarenta años. Él planteó que la responsabilidad de la Administración ya no funcionaría sólo como un “simple sistema de coberturas de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos”, si no que se transformaría en una responsabilidad directa. Por otra parte, a partir de entonces se prescindiría “del elemento tradicional de ilicitud o culpa”, constituyéndose en un sistema de responsabilidad objetiva; “lo cual supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos, y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios o por la forma en que éstos están organizados”¹⁰³.

Con la legislación unificada en torno al criterio de responsabilidad objetiva, la

¹⁰¹ García de Enterría, e. – Fernández, T. “Curso de Derecho Administrativo II”, Civitas, Tercera Edición, 1991. P. 363.

¹⁰² Mir Puigpelat, O. “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Hacia un Nuevo Sistema”. Civitas, 2002. Pág. 43.

¹⁰³ García de Enterría - Fernández, “Curso de...”. P. 364 y 365.

Constitución Española de 1978, lo elevó a principio general para todos los órganos del Estado y “todas las Administraciones públicas”, estableciendo que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”¹⁰⁴.

La semejanza de los preceptos llevó a la generalidad de la doctrina -con la salvedad, como veremos, de Fernando Pantaleón- a estimar que el constituyente español se limitó a “constitucionalizar, elevándolo al máximo rango normativo, el principio de responsabilidad contenido en la normativa administrativa precedente, sin introducir ningún cambio relevante”¹⁰⁵.

Fue la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), del año 1992, la que, en virtud del mandato Constitucional vino a regular lo relativo a la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Ella derogó las normas vigentes, que se mantenían desde la LRJAE, conservó los rasgos distintivos del cuerpo legal anterior e introdujo algunas modificaciones, estableciendo, en lo que nos interesa, dos artículos importantes.

El primero, es el artículo 139.1 cuyo texto dispone que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. En segundo lugar, el artículo 141.1 introduce un concepto largamente utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y es la definición genérica de lesión indemnizable, correspondiendo ésta a aquéllas que el particular “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a la Ley”.

Luego, en 1999, sin afectar aparentemente, el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración, se modificó la LRJPAC. Se incorporó así al artículo 141.1 un inciso que excluye la responsabilidad de la Administración por los que genéricamente se denominan *riesgos del desarrollo*: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes pudieran establecer para estos casos”.

Con la breve descripción anterior pareciera que el desarrollo de la responsabilidad de la Administración ha seguido en España un pacífico camino hasta nuestros días. Sin embargo, ello no es así, y hoy difícilmente podríamos hablar de una doctrina dominante.

Es a mediados de los '90 cuando un civilista, Fernando Pantaleón¹⁰⁶, introdujo una

¹⁰⁴ Artículo 106.2. Constitución Española.

¹⁰⁵ Mir PuigPelat. Op. Cit. P. 46.

¹⁰⁶ Aunque el mismo Pantaleón reconoce la existencia de antecedentes en autores que se “han atrevido a dudar” y menciona a Nieto García y Sánchez Morón.

cuña que produjo un cisma en la doctrina española. Desde García de Enterría, la interpretación de las normas administrativas primero y de la Constitución después, se habían uniformado en torno al criterio del célebre profesor madrileño. Sin embargo, Pantaleón planteó que carecía de sentido “que la Administración tuviera que responder de todos los riesgos típicos de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia del giro o tráfico administrativo, por el sólo hecho de que no haya ninguna ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo; que es cabalmente lo que significa nuestro régimen legal de responsabilidad de la Administración en la interpretación de la más autorizada doctrina. Una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de gestión administrativa no sería verdadera ‘responsabilidad civil’ (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino ‘seguridad social’ ”¹⁰⁷.

Asimismo, él consideró que el nuevo inciso del artículo 141.1 de la LRJPAC introducido en 1999, servía para comprender que la responsabilidad de la administración no es objetiva, pues excluir los riesgos del desarrollo es considerar que la Administración no tuvo “culpa” en la producción del daño¹⁰⁸.

Por su parte, JORDANO FRAGA, que reconoce el “indudable éxito doctrinal” de esta “idea de la imputación objetiva”, la describe como “subrequisito apósito (a la antijuridicidad del daño y la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño)” en “que el daño ha de ser objetivamente imputable al sujeto que lo ha causado (...) pues para BELADIEZ ROJO el daño antijurídico es aquel que constituye la realización de un riesgo jurídicamente relevante”¹⁰⁹.

La enorme cantidad de artículos y libros publicados desde entonces, ya sea por defensores del sistema y de la interpretación dominante; o por aquellos que, remecidos por la crítica, también han comenzado a cuestionar el sistema, dan cuenta del complejo escenario actual para el desarrollo de la responsabilidad de la Administración. Por lo anterior, queremos destacar dos cuestiones: en primer lugar el concepto fundante de la

¹⁰⁷ Pantaleón Prieto, F. “Los Anteojos de un Civilista.....”. En Revista de Derecho del CDE. P. 91.

¹⁰⁸ Al respecto sostiene que dicha incorporación al sistema jurídico resarcitorio justamente lo que hizo fue reconocer que la responsabilidad del Estado, aún en el sistema Español, no es objetiva: “lo importante es averiguar por qué el perjudicado debe soportar el daño derivado de un hecho imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción. Y si la respuesta fuese: por falta de culpa extracontractual, ¿cómo afirmar que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas continúa siendo objetiva?” (citado en Fernández de Aguirre y Fernández, Ob. Cit.).

¹⁰⁹ JORDANO FRAGA, J. “La Reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones Públicas”. Revista de Administración Pública Nº 149, Mayo-Agosto, 1999. BELADIEZ ROJO, M. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Ed. Tecnos, Madrid, 1997. MIR PUIGPELAT sostiene que la originalidad de Beládiez Rojo “reside en que cree necesario, para poder mantener, precisamente, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, y evitar que acabe convirtiéndose en un seguro a todo riesgo, recibir la teoría de la imputación objetiva” (MIR PUIGPELAT. Op. Cit. P. 35).

responsabilidad extracontractual de la Administración en el sistema español, y en segundo lugar, las críticas que tras Pantaleón han venido a proponer una redefinición del mismo.

El elemento esencial es entonces, en el régimen español, el concepto de “lesión indemnizable”. Este no es otra cosa que el daño antijurídico, entendido como aquél perjuicio que el particular no está obligado a soportar.

En este sentido lo entiende GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que “lo que ahora importa retener es que cualquiera que sea la causa de imputación, la Administración está obligada a responder siempre que de su actividad resulte una lesión en el sentido expuesto, un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a una persona o grupo de personas”¹¹⁰. Así, “la Ley concibe la responsabilidad patrimonial de la Administración como una responsabilidad objetivada en razón de la lesión que al particular pueda causar la acción administrativa en aras del interés general”¹¹¹.

Para Cordero Vega fundar la responsabilidad de la Administración en el concepto de lesión, desplazó la noción de antijuridicidad desde la culpa subjetiva al “dato objetivo del patrimonio dañado del particular por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”¹¹².

En tal sentido, JORDANO FRAGA resume diciendo “como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere para ser declarada la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la efectiva realización del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado; b) que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, y c) que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor. A ello debe añadirse que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo de la Administración, debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen la obligación jurídica de soportar por no existir causa alguna que lo justifique, lesión que tiene que ser la consecuencia de hechos idóneos para producirla” y corona diciendo “ésta es la visión clásica y, para nosotros, la válida”¹¹³.

Fue en el ámbito sanitario que comienzan a aparecer las dudas acerca de la amplitud, generalidad y finalmente, la objetividad del sistema resarcitorio español, dudas especialmente motivadas por algunas decisiones jurisprudenciales consideradas

¹¹⁰ García DE ENTERRÍA - Fernández, Op. Cit. P. 368.

¹¹¹ FERNANDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, J.C. “*La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria en General. Objeto y Fundamento*”. Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. P. 21.

¹¹² CORDERO VEGA. Op. Cit. P. 112

¹¹³ JORDANO FRAGA, Jesús. “La Reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones Públicas”. Revista de Administración Pública Nº 149, Mayo-Agosto, 1999.

excesivas¹¹⁴. Se produce entonces el problema de cómo rescatar la uniformidad del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración y reconocer al mismo tiempo las particularidades de un servicio público tan complejo y expuesto a riesgos inherentes e inevitables.

Para FERNÁNDEZ DE AGUIRRE el conflicto se resume, en el ámbito de la salud, asumiendo que el régimen de responsabilidad objetiva no tiene por objeto transformar a la Administración en una aseguradora universal, sino que responder a la pregunta “¿quién crea el riesgo, la Administración sanitaria mediante el empleo de técnicas encaminadas a curar y paliar la enfermedad y si es posible lograr la sanción del paciente, o la propia patología del interesado y su naturaleza?”. A esto responde “En términos generales y sin remitirme a ningún supuesto concreto, entiendo que la respuesta correcta es que ese riesgo, una vez cumplidos los requisitos previstos en el art. 10 de la Ley General de Sanidad¹¹⁵, debe ser asumido por el paciente”¹¹⁶.

La defensa de la interpretación dominante convocó a un sinnúmero de juristas. Para JORDANO FRAGA “no se puede juzgar un sistema por sus excesos”. Él considera que la crítica de Pantaleón “carece de fundamentos sólidos. Parte de supuestos anómalos o de excesos del sistema y realiza consideraciones más ideológicas que jurídicas”¹¹⁷.

¹¹⁴ Así por ejemplo podemos citar la discusión que se dio al analizar el caso de una paciente que presentaba dos aneurismas gigantes en ambas carótidas y que fue intervenida correctamente según la reglas de la *lex artis*, optando el médico por intervenir primero la del lado derecho, la paciente muere y al analizar el caso se consideró que de acuerdo a cómo se dieron los hechos hubiera sido preferible intervenir primero la carótida izquierda, cuestión que no era posible saber en el momento en que el médico decidió, de manera tal que Pantaleón Prieto sostiene que la condena a la Administración resulta aunque ajustada a la doctrina dominante en el derecho español, irrazonable por las siguientes razones: 1) Si el hospital hubiere sido privado no habría habido condena, “que la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el *desiderátum* de los enemigos de la medicina pública”, y 2) la indemnización concedida es una asignación de recursos extraordinariamente arbitraria pues “no veo ninguna razón convincente para conceder a doña M.T. esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera”(Pantaleón Prieto, F. “Los Anteojos de un Civilista: Hacia una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”. Revista de Derecho – CDE – Año 1 – Diciembre 2000 – Nº 2). Respecto del mismo caso Romero Coloma considera que la sentencia indicada ayuda a comprender la naturaleza de la responsabilidad de la Administración Sanitaria y que si bien se reconoce que no puede imputársele a ella cada uno de los resultados lesivos que la paciente sufrió en el marco de su grave situación de salud, la sentencia, valorando las circunstancias personales (mujer casada, tres hijos con secuelas funcionales graves) introduce un principio de solidaridad que arranca del principio de responsabilidad objetiva “pero que en ningún modo debe entenderse aplicable a aquellos acontecimientos insólitos y extraños, porque, de hacerse así, se estaría produciendo lo que se denomina como socialización o colectivización de los perjuicios” (Romero Coloma, A. “En torno a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”. Revista Española de Derecho Administrativo Nº 112 Octubre – Diciembre de 2001).

¹¹⁶ FERNANDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, Op. Cit. Pág. 30.

¹¹⁷ JORDANO FRAGA, J. “La Reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones Públicas”. Revista de Administración Pública Nº 149, Mayo-Agosto, 1999. La califica luego de “regresiva y neoliberal, propia de un sistema como el americano pero extraño a la cultura europea y a los postulados del Estado Social”.

Por su parte, LEGUINA VILLA afirma que “hoy nadie cuestiona con un mínimo de rigor la naturaleza directa y objetiva de la responsabilidad administrativa ni se discuten los saludables efectos que esta garantía patrimonial ha producido en el sistema de relaciones entre ciudadanos y Administración, por más que sea lícito censurar las soluciones alcanzadas -por defecto o por exceso- en determinados casos concretos”¹¹⁸

El mismo García de Enterría y, también, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, sostienen que “sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de

¹¹⁵ Establece el Art. 10 de la Ley General de Sanidad: “Artículo 10.- Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones publicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias publicas y privadas que colaboren con el sistema publico. 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronostico, diagnostico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. en todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del medico y de la dirección del correspondiente centro sanitario. 5. A que se le de en términos comprensibles, a el y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnostico, pronostico y alternativas de tratamiento. 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable medico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud publica. b) cuando no este capacitado para tomar decisiones; en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a el allegadas. c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. 7. A que se le asigne un medico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. en caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad. 8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria. Negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del Artículo siguiente. 10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen. 11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a el allegada recibirá su informe de alta. 12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. en uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan. 13. A elegir el medico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de 14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la administración del estado. 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este Artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.”

¹¹⁸ LEGUINA VILLA, J. Prólogo del libro de BELADIEZ ROJO “Responsabilidad e imputación...”. Pero tanto MIR PUIGPELAT como PANTALEÓN consideran que estas afirmaciones se contradicen con lo planteado por el mismo autor cuando afirma que la culpa, a pesar de haber dejado de ser en el ordenamiento jurídico español el fundamento de la responsabilidad administrativa “no significa que no mantenga su inesquivable presencia como criterio de imputación de daños, de manera que en un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido ‘anormalidad’ en el funcionamiento del servicio público”(LEGUINA VILLA, La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio. Pág. 22).

los presupuestos técnico jurídicos del sistema implantado hace casi medio siglo por la LEF era y es suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido últimamente la jurisprudencia, excesos que en ningún caso pueden nublar las virtualidades intrínsecas de aquél, ni llevar a desconocer el progreso que supone el principio básico en el que se apoya”¹¹⁹ .

Frente a la afirmación anterior resulta notable la declaración del mismo García de Enterría prologando el libro de Mir Puigpelat, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema*. Allí plantea que “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público”¹²⁰ . Insiste luego, que acaso los equívocos y malentendidos que sobre la interpretación de dicho artículo se suscitaron desde su vigencia, se hayan originado por algunas afirmaciones “que formulamos en términos demasiado rotundos”.

Si bien Mir Puigpelat también comparte algunas críticas de Pantaleón, para él es claro que la ley establece un sistema de responsabilidad objetiva. A diferencia de aquél, para quien el problema se puede solucionar por vía interpretativa, para MIR Puigpelat el asunto no es de *lege lata*, sino de *lege ferenda*.

Él, propone un cambio de la legislación sobre la base de tres críticas fundamentales, más allá de la multiplicidad de razones que sostienen su postura de rechazo a una responsabilidad objetiva de la Administración, en los términos que la doctrina más tradicional sostiene. Considera que la responsabilidad objetiva global, es decir por funcionamiento anormal y normal de la administración es muy amplia o excesiva. A esto suma “la excesiva *generalidad* (con unos pocos preceptos, apoyados en una única cláusula general, el legislador pretende resolver la complejísima cuestión de la responsabilidad administrativa, atribuyendo un enorme protagonismo al juez, a la interpretación jurisprudencial) y la excesiva *uniformidad* (el criterio y los requisitos para que nazca la responsabilidad administrativa son los mismos en todos y cada uno de los variadísimos ámbitos de la actuación administrativa)”¹²¹ .

MIR Puigpelat adhiere a lo planteado por Martín Rebollo, para quien “la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y debe ser contemplada, también, desde la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones públicas y de la gestión de los servicios públicos. Desde esta segunda perspectiva, la responsabilidad extracontractual de la Administración aparece como un

¹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. “Curso de Derecho Administrativo II”, Editorial Civitas, 2000. Pág. 376.

¹²⁰ García de Enterría, E, “Prólogo”, en Mir Puigpelat, Oriol, “*La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema*”. Pág. 20

¹²¹ Mir Puigpelat. Op. Cit. Pág. 67.

principio de orden, como un instrumento – más – de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve (en la medida en que la eficacia depende también de los sistemas de control) al principio constitucional de eficacia” así, “enseña a la Administración cómo debe actuar y cómo no – si quiere evitar tener que indemnizar – y ayuda, en última instancia, a evitar los daños derivados de la acción pública”¹²².

Siguiendo con su planteamiento, él considera inaceptable un sistema de responsabilidad objetiva global. Así, critica la excesiva generalidad, indeterminación y uniformidad del sistema español.

Propone, en primer lugar, la limitación de “la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales y típicos (análogos a los previstos en Derecho civil), y sin perjuicio que convenga construir un sistema articulado de responsabilidad administrativa (que tome en consideración las especialidades de los distintos sectores de la acción pública), la regla general debe ser la responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos (...) entendido como culpa objetiva y delimitado con arreglo a exhaustivos estándares normativos de diligencia a elaborar por el legislador y la Administración y a combinar con una cláusula general de diligencia que sirva de cierre y permita conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos”¹²³.

En segundo lugar, a propósito de la generalidad e indeterminación, plantea que “la ley (y, desarrollándola, el Reglamento) debe efectuar una regulación completa de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo suficientemente detallada y precisa para impedir que sea el juez quien, con total libertad, la configure”¹²⁴.

Sostiene por último, en relación con la uniformidad que critica, que “la Administración actual requiere un sistema articulado de responsabilidad que recoja (y responda) las especialidades -que son muchas y muy importantes- de los distintos ámbitos de la acción administrativa. Especialidades relevantes deberían introducirse, señaladamente, en materia de actos administrativos, de asistencia sanitaria y de fuerzas y cuerpos de seguridad”¹²⁵.

2.3 La Responsabilidad Médica como un problema de Estado.

¹²² Mir Puigpelat. “*La Responsabilidad Patrimonial de la*”. Pág. 147. Citando a Martín Rebollo, Luis. “Nuevos Planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas”.

¹²³ MIR PUIGPELAT, Op. Cit., Pág. 354.

¹²⁴ MIR PUIGPELAT, Op. Cit., P. 355.

¹²⁵ MIR PUIGPELAT, Op. Cit., P. 356.

La costosa espiral que implica la responsabilidad médica ¹²⁶, y que incluye juicios, seguros privados, medicina defensiva ¹²⁷ e indemnizaciones, ha llevado a la búsqueda de sistemas que aborden el problema sin centrarse en la determinación de culpables y sus respectivas sanciones, sino en la delimitación de las víctimas y las posibles compensaciones al mal causado; pues cómo dice la popular frase “no están todos los que son, ni son todos los que están” ¹²⁸.

Los sistemas de responsabilidad basados en la culpa adolecen de un imperfecto régimen de reparación, que en ocasiones compensa daños no relacionados con actos negligentes y en otras, deja sin reparación lesiones en las cuales efectivamente hubo negligencia, pero que por la complejidad de la materia existió una incapacidad probatoria por parte del demandante. De hecho, en el análisis de las sentencias realizado en este trabajo, queda de manifiesto la variada manera en que los tribunales resuelven los problemas de responsabilidad sometidos a su conocimiento. Es por esto que diversos países desarrollados se han ido abriendo a sistemas de compensación sin falta y en el

¹²⁶ Con la publicación del informe “Error es humano: construyendo un sistema de salud más seguro” del Instituto de Medicina de Estados Unidos se marcó un hito en la forma de enfrentar el problema de la responsabilidad médica desde el mismo ámbito médico, pues centrado en la ocurrencia de accidentes, negligentes o no, estimó que en los hospitales de Estados Unidos cada año había entre 44 mil y 98 mil muertes atribuibles a errores médicos, más que las muertes causadas por cáncer de mama o accidentes de tránsito (Cfr. KONH LT, CORRIGAN JM, DONALSON MS, eds. *“To Err is Human: Building a Safer Health System”*. Washington D.C., National Academy Press, 2000. Dichas cifras han sido cuestionadas por otros investigadores criticando la definición de error y del nexo causal considerado, Cfr. BRENNAN T., *“The Institute of Medicine Report on Medical Errors – Could it do Harm?”* New England Journal of Medicine, 2000, 342, p. 1123 – 1125). RODRIGUEZ P., JOSÉ ADOLFO, plantea que “El mayor estudio de cuantificación de errores se publicó en 1991 (alude al estudio de Brennan, Leape y otros: *“Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients. Results of the Harvard Medical Practice Study”* publicado en el New England Journal of Medicine, 1999; 324:370-376). En él se revisaron 30.121 fichas escogidas al azar provenientes de 51 hospitales de Nueva York y se encontró la ocurrencia de eventos adversos en 3,7% de las hospitalizaciones, y un 27,6% de ellos se debieron a negligencia. Un 70,5% de los eventos adversos originó incapacidades que duraron menos de seis meses, mientras que 2,6% causó incapacidades permanentes y 13,6% llevó a la muerte. El porcentaje de eventos adversos por negligencia fue marcadamente más alto en adultos mayores. Casi la mitad de los eventos adversos detectados estaban relacionados a cirugía, pero los eventos adversos por negligencia estaban relacionados más frecuentemente a errores de diagnóstico y de tratamiento. Las tasas de eventos adversos encontradas en este estudio han sido más bajas que las encontradas en estudios subsiguientes. En Australia se han encontrado tasas de 16,6%, en el Reino Unido 11,7% y en Dinamarca 9%”. En *“Errores en Medicina: ¿Es Segura la Atención Sanitaria en Chile?”* Seminario de la Academia Chilena de Medicina. Año 2004, P. 39-47.

¹²⁷ Guerrero Zaplana plantea que “cuando hablamos de medicina defensiva estamos hablando de que los médicos, para evitar que se les impute mala práctica, prescriben la realización de pruebas diagnósticas que exceden con mucho de lo que sería habitual y ordenan la práctica de análisis, radiografías, resonancias y abren todo el abanico que la medicina moderna les permite para evitar tanto un diagnóstico equivocado como que se les pueda tachar de dejadez o abandono de la investigación de la causa de la enfermedad”. (GUERRERO ZAPLANA, J. *“Las peculiaridades de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria : el Criterio de la Lex Artis”*. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial /Madrid – 2002.)

¹²⁸ Cfr. BRENNAN TA, SOX CM, BURSTIN HR. *“Relation Between Negligent Adverse Events and the Outcomes of Medical-Malpractice Litigation”*. New England Journal of Medicine 1996, 335, p. 1963 – 1967.

cual las víctimas de daños sanitarios deben ser indemnizadas, independiente de que haya existido falta o negligencia; lo que importa son las causas y no las faltas¹²⁹. Lo anterior, ha significado la indemnización de un mayor número de casos gracias a una “baremización”, esto es, un sistema que no necesariamente garantiza una reparación integral, pero sí una segura y limitada, sometida a escalas o estándares ya establecidos. Generalmente esto implica la participación de seguros, que en su mayor parte se conciben bajo la idea de seguridad social con seguros públicos, pero también con intervención de seguros privados. Es un modelo similar al que existe en Chile a propósito de los accidentes del trabajo o del seguro automotriz obligatorio, en los cuales lo importante no es buscar un culpable, sino compensar a quien ha sido víctima de la concretización de riesgos de actividades que la sociedad considera imprescindibles para su normal funcionamiento.

Resulta indicativo que en aquellos países que aún no adoptan sistemas de responsabilidad objetiva regulada¹³⁰, las tendencias jurisprudenciales apuntan justamente en la dirección indicada, tanto en el ámbito público como en el privado. Las nociones de riesgo, culpa en la elección, falta de servicio, como idea de responsabilidad objetiva, obedecen a un criterio de justicia que podemos resumir planteando que: dado que los riesgos de la actividad asistencial nos afectan a todos por igual, en la medida que todas las personas son potenciales pacientes, y dado también que esta es una actividad necesaria y buena, no es correcto que la materialización de ese riesgo sólo afecte a sus víctimas, y tampoco a quienes actúan como prestadores, pues ello puede implicar un desincentivo a una labor que es necesaria para la sociedad. La solución entonces consiste en compensar a una víctima considerada injusta, aunque no haya un culpable al cual perseguir.

Dentro de este marco, la solución podría pasar por instituir un sistema de solidaridad social que proteja a las víctimas de riesgos de la vida moderna, al menos en el aspecto asistencial. En ese sentido, Muñoz Machado plantea que “la solidaridad debería proclamarse como principio básico de los sistemas de responsabilidad, inspirado en el ofrecimiento de las máximas garantías de reparación a los individuos o entidades lesionados”¹³¹.

Creemos que en Chile la delimitación de los elementos que configuran la noción de falta de servicio, constituye un desafío urgente de enfrentar en que las respuestas deben estar orientadas a buscar una solución que den cuenta de la situación real de la Administración. No se trata del ideal abstracto que ella nos exige, pero sí de una fórmula

¹²⁹ Hernández Moreno y Hernández Gil. “Responsabilidad por mal praxis Médica: La Vía Extrajudicial”. IV jornadas Andaluzas sobre valoración del daño corporal, Sevilla, Mayo-Junio 2001. Cuadernos de Medicina Forense Nº 28 Abril de 2002.

¹³⁰ Me refiero a Francia antes de la reforma y especialmente a España, cuyos sistemas no contienen límites ni parámetros que uniformen las indemnizaciones concedidas judicialmente.

¹³¹ Citado por García Gómez de Mercado, F. En “La Modificación del régimen de la Responsabilidad de la Administración por la ley 4/1999”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid – Nº 4, Agosto- Octubre 1999. Muñoz Machado, Santiago. La Responsabilidad Civil Concurrente de las Administraciones Públicas, Ed. Civitas 2ª Edición.

que permita responder cada vez que no actúe debiendo hacerlo o lo haga en forma imperfecta o tardía; siempre considerando “los conocimientos con los que se cuenta, los recursos patrimoniales y humanos que posee, la razonabilidad y proporcionalidad de su actuar y, en fin, que determinan lo que se entiende por una administración diligente”¹³².

Por las complejidades propias del sistema de la responsabilidad sin falta, creemos que no es posible aceptarla sin una regulación previa. Ella debe ser adoptada expresamente por el legislador, pues constituye una opción política de la sociedad y no simplemente una posición particular de la doctrina o los sentenciadores.

¹³² Letelier Wartenberg, R. “*La Falta de Servicio en España*”. Revista de Derecho. Año 1 – Nº 3 (abril de 2001). Consejo de Defensa del Estado.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

Este capítulo se divide en dos partes. La primera está dedicada fundamentalmente a la jurisprudencia recaída en torno a la actividad sanitaria asistencial, distinguiendo en primer lugar, aquella que, por regla general, es de carácter impersonal o institucional (incluyendo las diferentes situaciones que han dado lugar a la indemnización por parte de la Administración) y, en segundo lugar, aquella en que ha habido falta personal que ha hecho surgir la responsabilidad extracontractual de la Administración. La segunda parte se avocará a describir los criterios de exclusión de la responsabilidad, con especial mención al problema de la falta de recursos y los riesgos del desarrollo.

3.1. La Actividad Asistencial Y La falta de servicio como funcionamiento anormal.

Tal como veremos al revisar la jurisprudencia recaída en materia de responsabilidad patrimonial asistencial, y aún cuando haya sido un proceso implícito desarrollado por nuestros tribunales, en el cual es posible distinguir aquellas sentencias en que el reproche a la administración se hace de manera tan genérica o los hechos impiden de alguna manera una determinación de responsabilidades individuales en su generación, que los sentenciadores condenan de manera impersonal a la administración, hablamos entonces de responsabilidad institucional por falta de servicio. Sin embargo, cabe destacar que en muchos de estos casos era perfectamente posible, y de hecho, fue posible en algunos, determinar qué funcionarios fueron los implicados en los hechos que provocaron los daños, a pesar de ello, por la forma en que los sentenciadores han enfrentado esta situación, mantenemos dichos casos bajo este criterio, fundamentalmente porque el reproche a los funcionarios se da en términos genéricos, considerados como parte de una institución que ha funcionado deficientemente.

Luego, existen situaciones, dentro de las cuales los casos asociados a juicio criminal son paradigmáticos, en que resulta trascendental encontrar al agente público generador del daño, buscar lo que tradicionalmente se llama la falta personal, y en este caso, se asocia especialmente a faltas médicas o errores en la *lex artis*.

Para el trabajo que presentamos a continuación, se han ocupado algunos criterios emanados de la jurisprudencia francesa¹³³, especialmente los de daño desproporcionado, sin relación o grave y especial, ello en razón de la semejanza en la fundamentación de algunas soluciones jurisprudenciales chilenas - *mutatis mutandi* - con aquellas comentadas a propósito de la evolución del sistema francés de responsabilidad extracontractual de la Administración.

3.1.1 Lesiones impersonales. Responsabilidad Institucional

A esta figura también se le llama “falta de organización, cuidado o funcionamiento del servicio” y se refiere a una falta que puede ser producida por un problema de vigilancia, supervisión, control, reglamentaciones o normas técnicas al interior de los establecimientos; por definición es anónima y se plantea que por regla general basta una falta simple para que surja la responsabilidad. Además, se puede producir por la carencia de recursos humanos adecuados, ya sea por su número insuficiente o falta de competencia, e incluye fallas organizativas o administrativas, que redundan en la atención médica o asistencial o en errores en los procesos que inciden en malos resultados. Estas situaciones pueden suceder en los exámenes, pruebas y rotulación de muestras, descuidos en el análisis o simple mal estado de los materiales que se utilizan.

Es importante tener en cuenta, que en esta área se han ido abriendo paso las tendencias objetivistas, tanto para perseguir responsabilidades en el ámbito público, como para compensar a quienes han sufrido accidentes médicos en Hospitales y Clínicas privadas.

a) Fallas en prestaciones generales de los Establecimientos:

¹³³ Al respecto revisar Valdivia, José Miguel. Op. Cit.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

En estos casos se ha planteado que dichas faltas institucionales u organizacionales aumentan el riesgo asociado normalmente a una intervención. Así por ejemplo, lo dispuso el fallo de primera instancia en el caso Morales Aguirre con Servicio de Salud Coquimbo al señalar que “basta que se haya sobrepasado notablemente el riesgo permitido por las reglas del arte médico, para tener por este hecho, establecida la vinculación normativa entre el resultado lesivo y tal acción u omisión”.

a.1) Tardanza en realización de exámenes médicos:

Más recientemente y aplicando directamente la falta de servicio, la Iltma. Corte Suprema en el caso Pastén Miranda con Servicio de Salud, al considerar “que el derecho a la salud de doña fue conculcado en razón de la falta de servicio en que incurrió el Hospital Carlos Van Büren de Valparaíso, al no efectuarle oportuna y adecuadamente los exámenes TAC Scanner cuando se le diagnosticó contusión cerebral en evolución y haber permitido con ello que la paciente llegara en estado de coma para operarla”¹³⁴.

Sin embargo, es en la actuación deficiente de los funcionarios, genéricamente considerados, donde muchas veces radica el reproche de la jurisprudencia, sancionando bajo el criterio de la falta de servicio cuando efectivamente, a juicio de los sentenciadores ha habido un mal o tardío funcionamiento del servicio público; subsumiendo dicho comportamiento en un mal funcionamiento institucional.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha sostenido que “en suma, los elementos ya referidos permiten tener por justificado que, de no mediar la actuación deficiente o negligente de parte de los profesionales del Servicio de Salud Araucanía Sur y que, por el contrario, hubiesen realizado la que les era exigible, esto es, que atendido el estado que presentaba la demandante y que permitía prever un posible resultado dañoso para ésta, debieron adoptar las medidas necesarias a fin de evitarlo”¹³⁵.

a.2) Falta de idoneidad del profesional tratante y omisiones administrativas:

El caso “Arenas Neira con Servicio de Salud Ñuble”, se resuelve el caso de un menor NN que fue encontrado por Carabineros de Chile en camino rural, accidentado en su bicicleta, con heridas y sangre en la cara. Debido a ello se le trasladó al Hospital Herminda Martín de Chillán, donde fue atendido por un cirujano dentista, con especialidad máxilo facial. Dicho profesional indicó al técnico paramédico limpiar las heridas y posteriormente ordenar su alta, tras lo cual el menor fue devuelto a la Tenencia de Carabineros. Por su parte, los testigos del caso indicaron que el paciente se encontraba en estado de ebriedad, sin embargo la alcoholemia resultó negativa. Al día siguiente, al empeorar su estado de salud, fue trasladado nuevamente en ambulancia al Hospital, falleciendo en el trayecto. El protocolo de autopsia estableció como causa de muerte un hematoma intra cerebral compresivo, secundario a traumatismo, compatible con

¹³⁴ Pastén Miranda con Servicio de Salud Valparaíso – San Antonio. Rol N° 2641-1996.

¹³⁵ Considerando 4º de la reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en el juicio González Cáceres con Servicio de Salud Araucanía Sur.

accidente de caída con arrastre. El Servicio fue condenado en primera instancia, y dentro del fallo condenatorio se razonó sobre la base de que los hechos (atención por profesional inadecuado, falta de confección de la ficha clínica, sin los mínimos cuidados ni el cumplimiento de las normas administrativas y técnicas recomendadas, no tomar el DAU -Dato de Atención de Urgencia-, etc.) permitieron establecer que existía responsabilidad extracontractual por responsabilidad médica. Ella se constituyó por la obligación preexistente del acto profesional del médico (la atención en el hospital); imprudencia, negligencia o descuido inexcusable de su actuar (no fue atendido por Médico Cirujano, no se tomaron radiografías, no quedó en sala de reposo, no se esperó su recuperación del estado inconsciente o semiinconsciente en que estaba); daños o perjuicios o peligro de que éste se produzca o pueda producirse en el paciente; y la relación de causalidad indispensable entre la falta médica y el perjuicio efectivamente ocasionado. Finalmente, se aplicó el artículo 2320 del Código Civil.

En la segunda instancia, se confirmó el fallo eliminando las consideraciones anteriores, salvo la que hace alusión al Código Civil. La Corte se pronunció planteando que el artículo 44 de la LOCBGAE establece que los órganos de la Administración serán responsables de los daños que causen por falta de servicio, y que ésta existe cuando el servicio prestado a través de funcionarios es deficiente o no ha existido. Además, entendió que la atención recibida en la Urgencia constituye un caso de falta de servicio, pues el paciente en cuestión no fue atendido por persona idónea, ya que sólo fue visto por un cirujano dentista, siendo que por su estado de inconciencia o semiinconciencia, debió haber sido atendido por un médico cirujano, quien por sus conocimientos pudo haber detectado las lesiones que presentaba. Esto trajo consigo que existiere un errado diagnóstico y que consecuentemente se aplicara un tratamiento equivocado, en el cual no se realizaron los exámenes que correspondían ni tampoco se tomaron las medidas que la situación aconsejaba. Y por último, el fallo estableció que entre la falta de servicio y el resultado de la muerte del paciente existió relación de causalidad.¹³⁶

a.3) Omisión de deberes funcionarios revelan la falta del servicio:

También los tribunales también han subsumido bajo la noción de falta de servicio la omisión de deberes funcionarios. En este sentido, en el caso “Quezada con Servicio de Salud”, fue acogida la demanda de los familiares de un paciente hospitalizado, quien tras un repentino agravamiento de su salud, falleció a causa de una embolia pulmonar masiva. La víctima se encontraba hospitalizada por una tromboflebitis y la mañana de su muerte había sido revisada por el médico. Su mujer fue la primera en notar que tenía problemas para respirar, pero el personal del hospital hizo caso omiso a sus advertencias y tampoco se informó de la situación al cambio de turno. El fallo concluyó que hubo falta de servicio por la no reacción de los funcionarios ante la desesperada solicitud de la cónyuge, que veía como su marido se iba agravando paulatinamente hasta morir¹³⁷.

¹³⁶ Arenas Neira con Servicio de Salud Ñuble, Rol N° 14.559, Sentencia de 1ª de 20 de Abril de 2000 y Sentencia de 2ª de 30 de Enero de 2003.

¹³⁷ Quezada Salas con Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 22 de Mayo de 1995. Fallo comentado por Enrique Paillás en “Responsabilidad Médica” (p. 53 y 97).

b) Daño Grave desproporcionado.

La imputación por daño grave desproporcionado se asocia al modo en que la jurisprudencia entiende que en los casos de consecuencias graves, la falta es presumida, utilizando el aforismo latino “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por si misma). Esta conclusión está fundamentada en que de los hechos o evidencias del caso surge una presunción de negligencia o culpa. Por regla general, se exige que se produzca un hecho dañoso de aquellos que normalmente no ocurren sino por descuidos o negligencias. Originado este evento por la conducta del imputado, es decir, habiendo relación causal y ausencia de fuerza mayor o caso fortuito, surge el deber de indemnizar. Incluiremos aquí las hipótesis de daños graves por infecciones intrahospitalarias ¹³⁸ . ¹³⁹

Parece evidente que al entrar a un establecimiento de salud se ingresa a una zona de riesgo, pero por lo general pocos asumen esta situación y por ello enfermar o morir por causas que no existían antes del ingreso, resulta para la víctima o sus familiares, una injusticia o un liso y llano absurdo. Es el caso del las infecciones intrahospitalarias (IIH) cuya particularidad es precisamente que se trata de aquellas infecciones que no estaban presentes, o incubándose, en el momento de la llegada del paciente al establecimiento asistencial.

La infección intrahospitalaria es una forma especial de falta institucional, esencialmente impersonal que suele tener devastadores efectos en la vida o salud de la víctima ¹⁴⁰ y genera en los Tribunales una propensión natural a compensar a quien la ha sufrido, pues aún cuando se reconoce que no existe hospital o clínica cuyo índice de infecciones intrahospitalarias sea igual a cero, se razona sobre la base que la infección intrahospitalaria es un riesgo que constituye fuente de responsabilidad para el establecimiento.

b.1) Infección Intrahospitalaria tras intervención quirúrgica: (Caso Hernández con Servicio de Salud Concepción):

A mayor abundamiento, transcribiremos las argumentaciones que la I. Corte de

¹³⁸ Entenderemos por infección intrahospitalaria el proceso infeccioso localizado o generalizado que se presenta durante la permanencia o concurrencia de un individuo en el hospital y que no estaba presente ni en estado de incubación a su ingreso.

¹³⁹ Un criterio similar ha sido utilizado en el caso de consecuencias graves por aplicación de anestésicos, pero estos casos implican, por regla general, también un reproche al personal directamente involucrado, por ello estas situaciones serán tratadas en el apartado siguiente.

¹⁴⁰ En la Norma General Técnica N° 23 de 1998 del Ministerio de Salud, Sobre Acreditación de Hospitales y Estándares de Evaluación del Programa de Control de las Infecciones Intrahospitalarias se plantea en su sección introductoria que las IIH son muy frecuentes, entre un 5% y un 10% de los egresos hospitalarios han tenido una IIH, notificándose sobre 45.000 al año, estimándose que dicha cifra representa verdaderamente menos de la mitad de las IIH observadas en el país; son severas, la letalidad global de las IIH es alrededor del 3% y en servicios como las Unidades de Cuidados Intensivos alcanza el 20%; son costosas, se estima que cada IIH prolonga la hospitalización en promedio entre 5 y 10 días y finalmente, son prevenibles, estimándose que sobre el 30% de ellas son prevenibles bajo programas intensivos de intervención.

Apelaciones de Concepción tuvo presente a propósito de una infección intrahospitalaria con graves consecuencias para la víctima. Es el caso de una mujer que sufría una “hipertrofia mamaria severa” y se sometió a una intervención quirúrgica en el Hospital Regional Guillermo Grant Benavente de la ciudad de Concepción. Tras la operación su herida se infectó, sufrió fiebre, y aún así fue dada de alta seis días después de la intervención quirúrgica. La paciente alegó despreocupación y dilación injustificada de la atención y finalmente perdió tejido mamario y un pezón; hasta la fecha del juicio su pronóstico era aún incierto. En la contestación el Establecimiento reconoció la ocurrencia de una enfermedad o infección intrahospitalaria. El fallo condenó al Servicio a pagar 50 millones de pesos de indemnización, considerando que el daño moral no es necesario probarlo.

Se rechazaron las alegaciones del Servicio de Salud en el sentido que las IIH son inevitables, y que por ello no tendría obligación de responder de los daños que por este motivo sufran los pacientes, sostiene el sentenciador que aceptar esta tesis conduciría simplemente a la irresponsabilidad de los Servicios los de Salud; pues “bastaría una alegación semejante para exonerarlos de responsabilidad respecto de las consecuencias producidas por una infección de esa clase”.

En segunda instancia se eleva la condena a 65 millones de pesos, y dice que el daño moral se entiende producido atendida la gravedad de las lesiones, la edad y otras condiciones de la víctima. Se plantea que la responsabilidad del estado es constitucional y objetiva, lo que es ratificado por la Corte de Apelaciones, y que es la Constitución la que establece la responsabilidad objetiva, pero la Corte Suprema casa la sentencia y dice que la Constitución se limita a establecer la responsabilidad del Estado, pero sin precisar su naturaleza, dejando tal determinación a la ley. Añade que la falta de servicio no es objetiva y que en ese sentido la sentencia de segunda instancia adolece de error de derecho, pero que eso no la invalida pues la demandante igual acreditó la existencia de falta de servicio.

Y sostuvo, por último, que “si las infecciones intrahospitalarias son un riesgo siempre presente en los hospitales, como lo afirmó la demandada, no son imprevisibles y jurídicamente no pueden, por ello, fundar una excusa para eludir la responsabilidad por los perjuicios que cause con su actividad o inactividad, vale decir, no constituyen un hecho fortuito o causa mayor.”¹⁴¹

b.2) (Caso Oviedo con Servicio de Salud Talcahuano)

En similar sentido razonaron nuestros tribunales en el caso de una paciente que muere tras una operación a la vesícula por “colapso general”. La Corte condenó sin considerar que la paciente haya sido atendida como paciente particular del médico tratante.

Respecto de la causa de muerte, la sentencia de primera instancia sostiene “que la existencia de infecciones intrahospitalarias constituye una contingencia que es posible superar siguiendo cabalmente las distintas instrucciones y reglamentos entregados por los organismos de salud a los establecimientos y funcionarios de salud”, y que “existe un

¹⁴¹ Hernández Espinoza con Servicio de Salud Concepción, Rol N° 2798-99. Publicada en Gaceta Jurídica N° 274.

riesgo de infecciones intrahospitalarias, ese riesgo es fuente de una responsabilidad que afecta al establecimiento hospitalario y a los funcionarios médicos que operan en él". Agregó que "por otra parte los análisis de estadística para establecer los grados y la cantidad de infecciones intrahospitalarias que pueden existir en un establecimiento, sólo pueden ser un índice para establecer la calidad séptica del mismo, pero no para justificar una falta de cuidado en el control de ellas"; concluye que "la responsabilidad de falta de servicio consagrada por las normas de derecho público, constituye una responsabilidad pública objetiva y entonces, no es obligación de la víctima probar la existencia de dolo o culpa en el autor material del daño".

Sin embargo, sus considerandos 21, 22, 23 y 24 fueron eliminados por la sentencia de segunda instancia, la cual planteó que la responsabilidad del Estado tiene su origen en la Constitución y que por lo tanto, es de carácter objetivo. Señaló además - siguiendo a Soto Kloss y López Santa María - que la responsabilidad por falta de servicio es objetiva. Sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, la sentencia de casación, de 24 de enero de 2002, rechazó el recurso, puesto que en el escrito se alegaba que se debía haber aplicado las normas sobre responsabilidad contractual y no de responsabilidad extracontractual¹⁴².

c) Transfusiones de Sangre

Sin perjuicio de reconocer que este trabajo se debe centrar en el problema de la imputación a los Servicios de Salud por sus actuaciones, es necesario aclarar el escenario dentro del cual encontramos los hechos de los que surge el deber de indemnizar. Es por ello que antes de revisar la jurisprudencia recaída en casos de daños asociados a transfusiones, nos detendremos en los riesgos asociados al uso de sangre alogénica.

En general, los riesgos graves asociados a la sangre alogénica pueden clasificarse en infecciosos o no infecciosos. Los primeros incluyen riesgo de contagio de VIH, Virus Lonfotrópico, Citomegalovirus, Hepatitis Viral, etc. y los segundos, asociados a errores humanos, que son más frecuentes, son: transfusión equivocada y transfusión incompatible ABO/rh, toxicidad cardiopulmonar, daño pulmonar agudo relacionado con transfusión, enfermedad injerto-vs-huésped asociado a transfusión, alteraciones metabólicas de la transfusión masiva y pediátrica, etc.¹⁴³ Asimismo, se pueden distinguir "en evidentes o inmediatas como la anafilaxia o la incompatibilidad de grupo, que se manifiestan en los minutos que siguen a una transfusión y las tardías u ocultas, que tardan meses o años en hacerse evidentes y que en el pasado eran poco consideradas al decidir una transfusión"¹⁴⁴.

Cada año se realizan en Chile sobre 327.000 transfusiones¹⁴⁵. Según un estudio

¹⁴² Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano. Sentencia de primera instancia de 13 de Abril de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de Agosto de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de Enero de 2002. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 259, Enero de 2002, p. 38 y ss.

¹⁴³ ZAMUDIO VILLARROEL, ÍTALO. "Riesgos Asociados al uso de Sangre Alogénica". En Manejo Alternativo a la Transfusión en Situaciones de Urgencia. Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Diciembre 2003.

realizado en 1998, sobre la base de criterios propuestos por el Ministerio de Salud en conjunto con la Sociedad Chilena de Hematología, sobre 80.000 transfusiones realizadas en los hospitales llamados “base” del Sistema Nacional de Servicios de Salud arrojó que en el 34,6% de los casos no era posible identificar el motivo de la transfusión en las historias clínicas, y de los que tenían motivos identificables, en 55,5% de las transfusiones de sangre completa y en 74,3% de las de plasma “había algún elemento que justificaba adecuadamente la transfusión”. La conclusión es demoledora, “alrededor de 50.000 transfusiones anuales no se pueden justificar”¹⁴⁶.

En Chile, encontramos un caso ventilado en tribunales sobre contagio por transfusión de sangre. Nos referimos al caso de una paciente internada en el Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar, a quien, tras dar a luz, se le practicó una transfusión de sangre, la cual estaba infectada con el VIH/SIDA. Esta enfermedad luego la traspasó por vía de lactancia a su hijo recién nacido. La transfusión ocurrió el 07 de Julio de 1987 y sólo algunas semanas después se comenzó a implementar el test de Elisa para la detección del VIH/SIDA en los bancos de sangre del Sistema Nacional de Servicios de Salud (en el proceso se da cuenta de una serie de documentos entre marzo y agosto de 1987). La madre murió en el año 1991 y el menor en el año 1994.

Entre los considerandos, es interesante destacar el N° 19, por cuanto se pronuncia sobre el problema del conocimiento científico disponible. “Respecto del demandado principal, que lo es el Fisco de Chile; existen antecedentes, instrumentos y testimonios que prueban que, al 7 de Julio de 1987, el SIDA era una enfermedad conocida en Chile; que su detección era posible mediante la práctica del test Elisa, y que correspondía al Ministerio de Salud adquirir los implementos y reactivos para detectar la enfermedad, poner esos elementos a disposición de los Servicios de Salud Regionales y dar las instrucciones para su uso” y a partir de ese razonamiento condena al Fisco de Chile a indemnizar pues “el derecho a la salud de doña (...) y de su hijo (...), infectados con el virus del SIDA, fue conculcado por el Estado en razón de la “falta de servicio” en que incurrió el Ministerio de Salud al no dotar oportuna y adecuadamente a los servicios respectivos de los implementos y reactivos necesarios para detectar el virus VIH”; continúa la Corte sosteniendo que “no es elemento de la ‘falta de servicio’ la negligencia o culpa, que si lo es tratándose de responsabilidad extracontractual. En esta última, el artículo 2284 del Código Civil señala como requisito del cuasidelito la culpa. En cambio, tratándose de la ‘falta de servicio’, en el artículo 4° de la Ley 18.575 tal requisito no se consigna por el legislador dentro de esa responsabilidad administrativa por ser esta de carácter objetivo. Por otro lado, el artículo 4° de la Ley 18.575 habría sido innecesariamente dictado si la responsabilidad del Estado hubiese sido ya regida por las normas del Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, que trata de los ‘Delitos y Cuasidelitos’”. Y finalmente considera que “se concluye que una es la responsabilidad

¹⁴⁴ ZAMUDIO, Id.

¹⁴⁵ OTAÍZA O’RYAN, FERNANDO. “Vigilancia de Errores Médicos por el Ministerio de Salud”. En “Errores en Medicina: ¿Es Segura la Atención Sanitaria en Chile?” (Seminario de la Academia Chilena de Medicina, Santiago de Chile, Julio de 2004).

¹⁴⁶ Ídem.

administrativa por “falta de servicio”, que es la hecha valer en la especie y otra diversa la responsabilidad civil extracontractual, llevara al tribunal a rechazar la prescripción deducida por la parte demandada, en lo principal del escrito de fojas una, fundada en el artículo 2332 del citado Código Civil”.¹⁴⁷

d) Riesgo especial.

Bajo este criterio se pueden ubicar aquellas sentencias que en el derecho comparado han incluido el problema de las nuevas técnicas terapéuticas, tal es el caso, por ejemplo, del *arret* Gómez en Francia. No obstante, dado que en Chile, al menos en el Sector Público de Salud, no se han fallado casos que pudieran ser considerados bajo este criterio. En este epígrafe presentaremos aquellas hipótesis que la sentencia, apelando a las nociones de falta de servicio o incluso de negligencias, ha considerado relevantes al momento de condenar, lo que podríamos denominar genéricamente hipótesis del aumento del riesgo:

d.1) Falta de equipamiento adecuado (Caso Morales con Servicio de Salud Coquimbo):

En esta antigua sentencia, aplicando sólo criterios civiles, la Corte consideró que la falta de equipo desfibrilador y la presencia de sólo un equipo electrocardiógrafo durante la realización de una intervención quirúrgica implicaron que el paciente, al sufrir un paro cardiorrespiratorio, sufriese daño cerebral severo por anoxia.

Se condenó sobre la base de dos criterios: en primer lugar la falta del equipamiento necesario aumenta el riesgo, razonando el sentenciador “en el entendido de que conforme al conocimiento actual de la ciencia médica, habitualmente no es posible determinar, como, en el caso de autos, con certeza, el grado en que una acción u omisión origina el daño producido en la salud de la paciente, por lo que basta que se haya sobrepasado notablemente el riesgo permitido por las reglas del arte médico, para tener por este hecho, establecida la vinculación normativa entre el resultado lesivo y tal acción u omisión, esto es, basta que haya aumentado seriamente la posibilidad de resultado en comparación al riesgo permitido, para vincular a aquéllas el efecto producido”, y en segundo lugar, que ni siquiera se cumplía con las normas que se le exigen a los privados en el Reglamento de Clínicas y Hospitales. Las sentencia de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema ratificaron la condena sin entrar en el fondo del asunto¹⁴⁸.

d.2) Negligencias y errores funcionarios aumentan el riesgo: (Caso Campillo con Servicio de Salud Concepción)

¹⁴⁷ Uribe y Otros con Fisco de Chile y Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota. Rol N 129.119. Sentencia de primera instancia de 28 de Noviembre de 1995. Hubo avenimiento antes de la vista de la causa en segunda instancia. Se incluye porque ha sido comentado entre otros por López Santa María, Jorge en Responsabilidad por Falta de Servicio, Casuística Chilena. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCIV – N° 1 – Año 1997.

¹⁴⁸ Morales Aguirre y otros con Servicio de Salud Coquimbo. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.

Aunque se plantea en las hipótesis de negligencias funcionarias y falta de servicio, es interesante cómo el juez razona sobre la base que dichos hechos lo que han provocado es un aumento del riesgo de las intervenciones. Es este el caso de una mujer con dolores en el brazo derecho, que ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital de San Pedro, desde donde fue derivada por falta de pulso al Hospital Guillermo Grant Benavente, de Concepción. Allí se le diagnosticó Oclusión Arterial Aguda y síndrome de opérculo torácico. Se le realizaron tres operaciones (embolectomía) y tras presentar necrosis en su mano derecha, se decidió la amputación de dicho miembro. La parte demandante alegó falta de servicio, por cuanto no se le realizó inmediatamente después de la primera operación un examen médico de arteriografía, y la responsabilidad objetiva del prestador. La demandada contestó que se actuó de acuerdo a *lex artis*, que la obligación médica es de medios y no de resultados y que los casos de oclusión arterial pueden terminar en amputación. Debe tomarse en cuenta que para la segunda intervención de la paciente, no hubo consentimiento. Se acompañaron varios informes periciales, todos los cuales concluyen que la primera intervención fue adecuada, mientras que la segunda no.

En primera instancia se condenó al Servicio, estableciendo que el Hospital contaba con todos los medios para prestar atención médica adecuada y que no se le practicaron a la demandante los exámenes médicos apropiados, además, la segunda operación fue efectuada por un médico general y no por un especialista. Asimismo, se consideró que hubo un error en el diagnóstico, que éste no fue preciso y que ello acrecentó el riesgo de manera de tornar irreversible una situación que pudo haberse manejado médica, clínica y quirúrgicamente en forma distinta y logrando otros resultados; se define así la “falta de servicio” como un mal funcionamiento del servicio. En este caso y dadas las circunstancias, se consideró probada la falta de servicio.

En segunda instancia se confirmó el fallo que hemos descrito. Además, se citó a Pierry y a una sentencia de la Corte Suprema del año 2002, planteándose que existe responsabilidad del órgano, la cual es independiente del dolo o la culpa, pero que ello no libera al que alega el perjuicio de acreditar la falta de servicio.

Plantea la Corte que la responsabilidad procede cuando concurren tres elementos copulativamente: a) Que existió falta o disfunción del servicio que el órgano estaba obligado a prestar, b) el perjuicio causado, y c) que entre la supuesta falta de servicio y el daño producido existe relación de causalidad. Continúa afirmando que para el caso del juicio da lo mismo la posición doctrinaria que se adopte respecto de la responsabilidad del Estado, dado que está suficientemente probada la falta de servicio. Que la falta de recursos o situación particular del Servicio demandado no lo habilita para descargarse de la responsabilidad propia ni lo exime de su obligación de indemnizar. Asimismo insiste en que los Servicios de Salud responden por los daños ocasionados aún cuando dichas funciones públicas hubiesen sido ejercidas sin que hubiera malicia o negligencia de alguno de sus agentes, debido a que la víctima no tiene por qué sufrir un daño, si ella se encuentra en situación completamente adecuada a derecho, esto es, en una situación jurídica que la habilita para ejercer el derecho a no ser lesionada. Ello, en razón a que la administración del Estado está al servicio de la comunidad, debiendo atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, y tratándose de los Servicios de Salud cuya misión está dirigida a la realización de las acciones necesarias para la

protección y recuperación de la misma y rehabilitación de las personas, son los órganos públicos de que el Estado se vale para hacer realidad la garantía consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, que asegura a todos los habitantes el derecho a la salud.

Finalmente, el fallo planteó que el Servicio de Salud no cauteló que en la atención hospitalaria se observaran todas las medidas necesarias para prevenir el daño provocado y cita a Eduardo Soto Kloss planteando que al tratarse de la responsabilidad de una persona jurídica y, por ende, de imposible estructuración técnica sobre la base de la culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material, vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba obligada jurídicamente a soportar) producido por un órgano del estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación de éste de indemnizar a aquélla.¹⁴⁹

e) Dilación en la atención

Este problema está generalmente muy vinculado a la endémica situación de las listas de espera de atención de especialidades médicas o quirúrgicas, en los sistemas públicos de salud y más que un sólo inconveniente de buena o mala gestión, dice relación con el sentido que tiene la existencia de un sistema estatal de prestación de servicios asistenciales. En el sector privado, la variable de corrección y equilibrio es el precio, pues allí no existen listas de espera, mientras que en el sector público, por regla general destinado a una gran población o con un espíritu de acceso universal, la variable para la regulación de la demanda, funciona a través de dichas listas de espera. Es interesante entonces revisar la jurisprudencia recaída en la falta de atención, pues las sentencias condenatorias han sido capaces de detectar fallas humanas en el otorgamiento o dilación de la atención. A primera vista, deberíamos considerar que la dilación en la atención sería un caso paradigmático de falta impersonal, cuando ella esté asociada a listas de espera. En los casos que revisaremos, el sentenciador ha identificado al agente. Esto resulta llamativo, toda vez que ha sido la disposición de los funcionarios lo que ha provocado el reproche a la Administración. Respecto del problema de las listas de espera, existe jurisprudencia al respecto, recogida en el apartado sobre "Falta de Recursos" del capítulo sobre Causales de Exclusión de la Responsabilidad de los Servicios de Salud.

e.1) Dilaciones en la atención que provocan daño en paciente en lista de espera: (Caso Godoy con Servicio de Salud Bío Bío)

El Sr. V.H.S.G. sufrió un accidente en su mano derecha, cortándose el tendón. Debido a ello, concurrió al Hospital Víctor Ríos Ruiz de la ciudad de Los Ángeles, donde lo suturaron y fue citado para ser operado al día siguiente. Casi un mes después, con la evaluación de la primera operación, se recomendó una segunda intervención, la que fue postergada en varias oportunidades. Luego de dos años de ocurrido el accidente, se le

¹⁴⁹ Campillo Mañán con Servicio de Salud Concepción, Rol N° 3488, Sentencia de 1ª de 30 de Noviembre de 2000 y Sentencia de 2ª de 31 de Octubre de 2003.

dio finalmente una interconsulta con un especialista del Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción, en donde fue atendido y se le indicó que había pasado mucho tiempo, por lo que ya no se recomendaba la operación. El paciente quedó con inmovilidad de su mano derecha.

En Primera Instancia se condenó al Servicio de Salud pues se determinó que hubo falta de servicio en tanto hubo negligencia culpable, dado que no se le realizó una segunda cirugía ordenada por los médicos tratantes por una mala organización interna de los funcionarios médicos del Hospital. Sin embargo, la sentencia sólo condenó a siete millones y medio de pesos de indemnización, considerando las limitaciones de los hospitales públicos. En Segunda Instancia se confirmaron los mismos criterios de la sentencia de Primera Instancia y además, se razonó sobre la base que ambos hospitales pertenecían al mismo Servicio de Salud (cuestión que no es efectiva), asumiendo que al ser Organismos Públicos, debió existir una coordinación entre ellos. (El fallo asumió el funcionamiento en Red del Sistema Público de Salud).¹⁵⁰

Pero la dilación en el otorgamiento de prestaciones médicas, no sólo se origina en los casos en que aquéllas se encuentran supeditadas a una lista de espera. En efecto, otro tipo de dilación en la atención se genera en los servicios de urgencia. Nuestra jurisprudencia ha recogido algunos de estos casos.

e.2) Tardío tratamiento de urgencia, tras una complicación postoperatoria: (Caso Mesías con Servicio de Salud San Felipe Los Andes)

También podemos citar el caso de un menor, sometido a una operación de extirpación de amígdalas y adenoides, tras lo cual no cicatrizaron bien las heridas y presentó un sangramiento nasal. El médico tratante ya se había retirado del establecimiento y los médicos del servicio de urgencia tardaron media hora en prestar la atención necesaria. Producto de lo anterior, se complicó su estado de salud, por lo que fue trasladado de urgencia, en estado de coma, a un Hospital de mayor complejidad. Finalmente, el menor se ahogó con su propia sangre, muriendo en el Hospital Van Büren de Valparaíso. En primera instancia, se aplicó la Teoría del Órgano y la sentencia planteó que la responsabilidad del Estado era de carácter constitucional. Por otra parte, luego de citar a Soto Kloss, el fallo señaló que el Servicio actuó negligente y tardíamente y que ello constituía falta de servicio; pues existió una relación de causalidad entre la actuación general, las detalladas omisiones del Hospital y las consecuencias graves que se materializaron posteriormente. Finalmente, condenó al Servicio de Salud a pagar 50 millones de pesos a cada padre.

En la sentencia de segunda instancia, se dieron por reproducidas las argumentaciones del tribunal a quo, planteando que de él se desprende en forma inequívoca que el menor, al presentar complicaciones post operatorias, después de la intervención quirúrgica realizada en el Hospital de San Felipe, no fue atendido oportunamente ni por los médicos tratantes ni por los que se encontraban de turno en ese establecimiento; situación que produjo su agravamiento y posterior muerte. En lo

¹⁵⁰ Salazar Godoy con Servicio de Salud Bío Bío.

estrictamente jurídico, el fallo se limitó a reconocer que la ley estableció la falta de servicio y que los hechos corresponden a ello y sin mayor explicación, rebajó la indemnización a 35 millones de pesos para cada padre ¹⁵¹.

e.3) Dilaciones en la atención de pacientes en Servicios de Urgencia: (Caso Médico de Turno de llamada)

Aunque fue resuelto en sede penal, encontramos el caso de un menor de dos años cuatro meses de edad, en que el médico en turno sólo hizo indicaciones por teléfono, negándose a atenderlo (por lo que el menor muere por deshidratación aguda causada por vómitos producto de una obstrucción intestinal), se condenó al médico por “incumplimiento de sus deberes de cuidado o diligencia que debió guardar en el desempeño de su profesión”. Sin embargo, no hubo acción contra el Servicio de Salud (sentencia de la Corte Suprema del año 1999) ¹⁵² por lo que no existió razonamiento sobre la responsabilidad del servicio público.

(Caso demoras en la atención de TEC)

Por dilación en la atención, el Servicio de Salud fue condenado en el caso de una mujer que sufrió un TEC (Traumatismo encéfalo craneano) cerrado y fue atendida en el Hospital Van Buren de Valparaíso. La víctima alegó dilaciones en la atención que le provocaron finalmente la pérdida de un 80% de su capacidad cerebral. De la descripción de los hechos, la Corte estimó que quedaba claro que hubo mala atención del establecimiento, y condenó por haberse acreditado la falta de servicio ¹⁵³.

e.4) Denegamiento de hospitalización ante consulta de urgencia:

Situación similar se registró en el caso de un matrimonio que acudió al Servicio de Urgencia del Hospital Roberto del Río con su hija enferma. El médico de turno estimó que la menor (lactante) no debía ser hospitalizada pues no había razones para considerar que ello era necesario. Finalmente la menor murió. Se ejerció la acción criminal en contra del médico por cuasidelito de homicidio del artículo 491 del Código Penal y luego se entabló la acción civil en contra del Servicio de Salud como tercero civilmente responsable. En primera instancia, se da por acreditada la falta de servicio puesto que el profesional tratante había sido condenado criminalmente.

En segunda instancia se confirmó, sin más, la sentencia de primera, salvo por el voto

¹⁵¹ Mesías Villalón con Servicio de Salud San Felipe Los Andes (Aconcagua), Rol N° 10.733. La sentencia de 1ª de 13 de enero de 1998, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso es de 29 de noviembre de 1999.

¹⁵² Querrela Criminal en contra de J.S.A.J. Comentado por Enrique Paillás en “Responsabilidad Médica” (Pág. 103). Sentencia de primera instancia de 14 mayo de 1997, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 21 de Octubre de 1998. Sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999.

¹⁵³ Pastén Miranda con Servicio de Salud Valparaíso – San Antonio. Rol N° 2641-1996. Sentencia de primera instancia de 07 de Enero de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de mayo de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 20 de Marzo de 2001.

en contra de la Ministra Chevesich, quien junto con acoger la excepción de prescripción opuesta, planteó que la falta de servicio “está determinada por el mal, deficiente, anormal o irregular funcionamiento del respectivo servicio público y, por lo tanto, si se causa un daño a un particular, la administración debe indemnizarlo. Se trata de una responsabilidad directa de la administración, que surge cuando no actúa del modo que establece la ley y es independiente de la responsabilidad del funcionario”. El recurso de Casación fue declarado inadmisibile con fecha 13 de junio de 2003.¹⁵⁴

e.5) Falla en atención de urgencia obstétrica:

Un último ejemplo, es el caso de una mujer que fue atendida el 16 de Agosto de 2002 en un Consultorio de Temuco, con 34 semanas y media de embarazo. Se le diagnosticó síntomas de parto prematuro, por lo que fue derivada al Hospital Regional de Temuco. Allí la atendió una matrona que ratificó el diagnóstico, pero sólo recetó calmantes y reposo. Al volver a su casa los dolores aumentaron y volvió a la urgencia del Hospital; el interno que la atendió y luego el médico tratante, no detectaron latidos del nasciturus y ordenaron radiografías que confirmaron la muerte del feto. Sólo varias horas después pudo dar a luz un bebé muerto de sexo femenino.

Tanto en primera como en segunda instancia, se condenó al Servicio de Salud a pagar la suma de 50 millones de pesos por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Temuco, sin extenderse en la noción de falta de servicio, argumentó sobre la base de “tener por justificado que, de no mediar la actuación deficiente o negligente de parte de los profesionales del Servicio de Salud Araucanía Sur y que, por el contrario, hubiesen realizado la que les era exigible, esto es, que atendido el estado que presentaba la demandante y que permitía prever un posible resultado dañoso para ésta, debieron adoptar las medidas necesarias a fin de evitarlo”. Es la sentencia de primera instancia, la que se desarrolla sobre la base de la noción de falta de servicio y la considera acreditada por “la descoordinación ocurrida entre la matrona que dio la atención de urgencia a la actora el día 16 de Agosto del 2002 a las 13:40 horas, y el interno de medicina que debía, bajo la tuición del médico gineco obstetra de turno, evaluarla médicamente, por presentar una hipertensión arterial, y haber sido derivada del Consultorio Municipal Santa Rosa con diagnósticos de cuello del útero dilatado, signos de parto prematuro para evaluación por especialista (lo que implica revisión por médico especialista)”.¹⁵⁵

f) Daños no relacionados con la atención

La atención hospitalaria es compleja, múltiple y pluridisciplinaria. Implica el movimiento de un sin fin de recursos humanos, materiales, económicos y tecnológicos. Y también es

¹⁵⁴ Olivos Estroz con Servicio de Salud Metropolitano Norte, Rol N° 178-1993. Sentencia de primera instancia de 10 de Diciembre de 1997. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 06 de Mayo de 2003.

¹⁵⁵ González Cáceres con Servicio de Salud Araucanía Sur. Sentencia de 1ª instancia Rol N° 106.884 de 28 de noviembre 2003. Sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco Rol 2463-2003 de 14 de mayo de 2004. Con recurso de Casación en el Fondo pendiente.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

una empresa -una empresa de servicios-, la que en nuestro caso, además es estatal; lo que le adiciona el ingrediente de una finalidad especial, cual es propender al bien común. Además, tiene la particularidad de asumir un deber de guarda, custodia o cuidado respecto de sus clientes o usuarios, llegados en estado de invalidez o necesidad a las puertas del establecimiento. Por ello, cuando ellos sufren daños completamente desconectados de la complejidad propia de la atención, el reproche del sentenciador aplica cualquier fundamento jurídico para condenar y así establecer la obligación de indemnizar. Aunque no existe abundante jurisprudencia al respecto, encontramos algunos ejemplos.

i) Incendio

Encontramos un caso que afectó a un lactante recién nacido que fue dado a luz en el Hospital San Pablo de Coquimbo. En el Servicio de Neonatología de dicho establecimiento fue sometido a un tratamiento de fototerapia. Durante un incendio ocurrido en esa unidad, el lactante falleció a causa de un distress respiratorio grave agudo, ocasionado por la exposición a humo. El siniestro se generó debido a que las mantillas de algodón amarradas a la máquina de fototerapia, tocaron una estufa de cuarzo que estaba en el suelo, o bien se quemaron con la misma máquina. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, la de segunda la revocó y estableció que existió falta de prudencia, previsión y cuidado del personal del hospital en la generación del incendio, además de existir negligencia luego de ocurrido éste. Ambas consideraciones, demostraron que el Hospital de Coquimbo incumplió su deber de prestar servicio en la forma exigida por la ley. Finalmente condenó al servicio al pago de indemnización por daño moral (material no acreditado), por falta de servicio.¹⁵⁶

ii) Caídas de la camilla

Una paciente fue internada en el Hospital Del Salvador por dolores abdominales, por lo cual quedó hospitalizada y se procedió a suministrarle suero intravenoso. La paciente muere por un traumatismo encéfalo craneano producido al caer de una camilla. Se condenó al Servicio a indemnizar el daño moral por vía de responsabilidad contractual y por daño moral aplicándose sólo normas civiles. En primera instancia se condena al Servicio a una indemnización de veinticinco millones. En segunda instancia se dan por reproducidas los considerandos, pero se rebaja la condena a diez millones ciento cincuenta mil pesos.¹⁵⁷

iii) Extravío o disposición de no nato muerto in útero

Especial atención de la prensa ha recibido los casos relacionados con la disposición y sepultamiento de los restos de no natos muertos in útero o al momento de nacer. A fin de

¹⁵⁶ Farías Espinoza con Servicio de Salud Coquimbo. Sentencia de 2ª instancia es del 11 de Diciembre de 2002.

¹⁵⁷ Miranda Calderón con Servicio de Salud Metropolitano Oriente, Rol N° 3810-1994. Sentencia de primera instancia de 08 de Enero de 1997, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de Octubre de 2000.

evitar los problemas y confusiones que se daban sobre el destino de los restos embrionarios y fetales, se presentaron varios proyectos de ley en el Congreso Nacional¹⁵⁸ y asimismo, se modificó el Reglamento correspondiente del Ministerio de Salud¹⁵⁹.

(Bahamonde con Servicio de Salud Llanquihue)

Uno de estos casos ocurrió el año 1999. Un hombre llevó a su cónyuge, quien se encontraba con 34 semanas de embarazo, al hospital de la ciudad de Llanquihue, desde donde fue derivada al hospital base Puerto Montt, por padecer de un síndrome hipertensivo del embarazo. Siendo hospitalizada en la sección maternidad. La matrona de turno habría detectado que la guagua no tenía latidos cardíacos, por lo que se le efectuó una ecografía, que habría constatado que efectivamente había fallecido el bebé. Al día siguiente se habría producido el parto, logrando extraer la criatura muerta.

Al concurrir a retirar el cuerpo de su hija, tras dilaciones y excusas, se le informó en la morgue del hospital que no tenían ningún cuerpo de bebe en ese recinto. Después de pasar por varias secciones del establecimiento no se pudo encontrar el cuerpo del *nasciturus*, situación que se mantuvo hasta el momento de la sentencia, al menos. La defensa del Servicio alegó que el feto en cuestión no es persona, no es objeto de protección del derecho, no puede y no debe ser inscrito su deceso en el Registro de Nacimiento ni de Defunción en el Registro Civil. Pero el sentenciador sostuvo que su deber era restablecer el equilibrio entre un ciudadano que solicita un servicio y el órgano del Estado que lo proporciona, quien está obligado particularmente por la ley a prestarlo, de modo que no provoque incertidumbre ni daño al prestatario. Concluyó que funcionarios de un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, han actuado de modo que han provocado la pérdida material de un ser nacido muerto y que los actuantes en el cúmulo de hechos que se sucedieron luego del parto, al tenor del certificado que así lo establece, abandonaron su función, actuando en forma descomedida y desconsiderada hacia la madre parturienta. La desaparición del mortinato es de exclusiva responsabilidad de ellos en su calidad de funcionarios de un órgano del Estado, situación que ha provocado daño moral a los demandantes, hecho que fluye del mérito de autos sin

¹⁵⁸ Obliga a establecimientos habilitados para atender partos habituales a otorgar certificado de parto en 72 horas. (boletín N° 2382-11). Modifica el decreto con fuerza de ley N° 725, "Código Sanitario", para los efectos de regular la entrega de certificados de defunción a criaturas no nacidas o no natas. (boletín N° 3092-11). Tratamiento legal de restos embrionarios y fetales (Boletín N° 3215-11). Tratamiento legal de restos embrionarios y fetales (Boletín N° 3085-11).

¹⁵⁹ El decreto supremo N° 216 de 2003 modificó el Reglamento General de Cementerios agregando a su artículo 49 lo siguiente: "Tampoco podrá rechazarse la inhumación o incineración del producto de la concepción que no alcanza a nacer, respecto del cual se ha extendido un Certificado Médico de Defunción y Estadística de Mortalidad Fetal, en los casos en que se cuente con el correspondiente pase de sepultación". Asimismo, modificó el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas reemplazando el inciso segundo de su artículo 40 por el siguiente: "Respecto de los nacidos y fallecidos, así como de aquellos productos de la concepción que no alcanzaron a nacer, corresponderá al médico tratante o al profesional que asistió el parto según el caso, extender el certificado médico de defunción o el de defunción y estadística de mortalidad fetal, según corresponda. En este último caso dicha certificación se extenderá cuando el producto de la concepción sea identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario, cualquiera sea su peso o edad gestacional y será entregada a sus progenitores, quienes dispondrán del plazo de 72 horas para solicitar la entrega de los restos con fines de inhumación".

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

necesidad de mayor prueba. En primera instancia se condenó al Servicio a indemnizar 15 millones de pesos a cada cónyuge.

En segunda instancia la Corte, al confirmar la sentencia sostuvo que existió “un evidente desprecio por los patrones culturales y de convivencia social que imperan en la República de Chile, cual es dar sepultura a los difuntos o disponer un último despedido espiritual, teniendo presente que se ha efectuado una defensa que no hace otra cosa que confirmar el referido desprecio por la intimidad de los padres del mortinato” y elevó la condena a \$ 25.000.000 (veinticinco millones de pesos) para cada uno de los padres.

En su sentencia la Corte Suprema insistió que el hecho generador del daño fue la pérdida del señalado mortinato- indiscutida por lo demás- daño que deviene no de una mera calificación legal o discusión sobre si era o no persona. Reconoció que la sentencia de segunda instancia no estableció en qué consistía el servicio que se debió prestar por el órgano estatal demandado, y se limitó a establecer el hecho material del que nacería la obligación de indemnizar, presentándolo como que «funcionarios de la demandada, actuando en forma negligente no han sabido hasta el día de hoy informar acerca del destino del mortinato, no obstante que se acreditó en la causa su existencia», para luego comentar el artículo 4º de la ley N° 18.575. Luego advirtió que las alegaciones de la demandada en cuanto a que «en la especie no hubo falta de servicio son irrelevantes, desde que la responsabilidad reclamada debe (sic) entenderse que surge una vez que la parturienta expulsó el producto de la concepción que en la especie resultó ser un mortinato», la Corte luego explica que “la responsabilidad que cabría en la especie sería la que se denomina «por falta de servicio», que como se sabe, se produce cuando una repartición de la administración no presta un servicio que debe otorgar o lo presta en forma tardía o incompleta. La argumentación, sin embargo, se fundó en el artículo ya señalado, en circunstancias de que dicho tipo de responsabilidad se encuentra establecida en el artículo 42 del mismo texto legal. Además, como se dijo, no precisó en qué consistiría el servicio omitido u otorgado en forma tardía o incompleta, por lo que la supuesta infracción del señalado artículo 4º resulta irrelevante, al carecer de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Aún en el evento de estimarse vulnerado el señalado artículo 4, no podría cambiar la decisión, pues esta fue tomada sobre la base de la existencia de responsabilidad que emana de otra disposición de ley. Finalmente rechazó los recursos de Casación intentados por el Servicio de Salud¹⁶⁰.

(Caso Muñoz con Servicio de Salud Magallanes)

Un segundo caso se dio en la Región de Magallanes, en el que una mujer con evidentes síntomas de aborto natural e inevitable, fue atendida en Hospital Regional Lautaro Navarro de Punta Arenas. Tras inducirle el parto o expulsión del feto muerto, sin su consentimiento o autorización, se dispuso de los restos fetales. La Corte de Apelaciones ratificó la condena al Servicio y argumentó que la falta de servicio debe entenderse como una falta funcional, por cuanto ella incurrió en inobservancia de sus propias normas reglamentarias, denominadas “Norma de Atención de Aborto y Normas del Servicio”. En ellas expresamente se contempla la necesidad de obtener el

¹⁶⁰ Bahamonde y Otro con Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena Llanquihue. Rol N° 4.212-2002. Santiago, 29 de abril de 2004.

consentimiento de la paciente para disponer de los restos, como asimismo que todo recién nacido fallecido debe ser trasladado a anatomía patológica con pulsera de identificación colocada en brazo y Orden de Autopsia. Finalmente, los fetos de abortos deben contar con datos identificatorios y Orden de Resolución por el Hospital firmadas por la madre. A juicio del sentenciador, no existió ningún antecedente en el juicio en el sentido que los funcionarios del Servicio en el ejercicio de sus funciones propias, hubieren dado cumplimiento a las actividades que sus normas les imponían. Rechazó las alegaciones en el sentido que no convenía mostrar el feto a la paciente, o que la autorización de aquella no pudo obtenerse por encontrarse anestesiada y que antes de la anestesia no estaba en condiciones psicológicas para efectuar dicho trámite.

La Corte sostuvo que el hecho dañoso no puede encontrarse en el aborto mismo, sino precisamente en el actuar defectuoso o incompleto de los funcionarios profesionales que no dieron cumplimiento a normas determinadas relacionadas con aquel y específicamente a la autorización y firma de la paciente en el formulario correspondiente; por tanto podríamos decir que la relación de causalidad existe desde el momento que, efectuando una operación intelectual, al suprimir la causa se eliminan los efectos, así, suprimiendo la infracción legal (no actuar, actuar defectuosa o tardíamente) el resultado lesivo desaparece. Sostiene en consecuencia la Corte que es dable concluir que el Hospital Regional de Punta Arenas incurrió en falta de servicio en la atención de la paciente doña C.A.M.E., provocándole un daño psicológico, daño del cual el Servicio de Salud de Magallanes resulta responsable y que debe indemnizar, conforme lo que al respecto se manda en el artículo 2314 del Código Civil. El Estado, pues, como persona jurídica, en este ámbito, es también responsable, aunque carezca de voluntad propia, pues para que opere tal responsabilidad, basta que un órgano se comporte de manera distinta a la que habría sido la de alguien cuidadoso. Esto es, comprobada la falta de servicio, que lleva envuelta la conclusión de que alguien incurrió en culpa, ella hace recaer la carga del riesgo, lesión o detrimento en el agente del daño, salvo que la ley determine que la carga de dicho riesgo debe soportarla la propia víctima.

Lo que en definitiva se reprocha al órgano estatal, es la circunstancia única de haber dispuesto de los restos orgánicos, sin autorización de la madre y sin haberle informado en definitiva respecto del paradero de los mismos, como le era reglamentariamente exigible a la luz de la normativa interna ya ponderada. Se confirmó en lo demás apelado la referida sentencia. Se redujo la condena a la suma de cinco millones de pesos de indemnización que el demandado ¹⁶¹.

3.1.2 Lesiones latrogénicas. La falta médica. La falta personal y los títulos de imputación.

Es en esta área donde más se ha desarrollado la actividad jurisprudencial y doctrinaria bajo la amplia denominación de la responsabilidad médica. Es en este ámbito crucial donde, tanto en el derecho privado como en el derecho público, las nociones más

¹⁶¹ Muñoz Espinoza c/ Servicio de Salud de Magallanes. Rol civil N° 220-2004. Punta Arenas, 10 de noviembre de 2004. Pendiente Recurso de Casación en el fondo CS, Rol 224-2005.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

clásicas hacen crisis frente al desarrollo tecnológico, el creciente aumento de expectativas, los cambios culturales y, en suma, el complejo escenario que genera nuestra época post moderna, con todos los desafíos que ella representa para el derecho.

En el Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile, Estudio Jurídico de la Gaceta de los Tribunales 1878 – 1887 ¹⁶² de don José Ramón Ravest no figuran mas de treinta citas o comentarios al ejercicio de la medicina. De ellas, la mayoría están referidas a conflictos por honorarios impagos o solicitados en exceso y tan sólo dos de ellas se refieren a alegaciones por imprudencia o cuasidelitos, y en ambas el galeno fue absuelto.

En casi cien años la situación ha cambiado de manera radical, tanto en la cultura social, como en la realidad cotidiana de los tribunales; diariamente se está cuestionando la actividad de los profesionales; los medios de comunicación, como si fueran paredones virtuales, actúan como tribunales populares condenando las displicencias, omisiones o negligencias que se presumen efectuadas por los profesionales de la salud.

Este cambio ha sido más bien cultural, pues las normas civiles y penales de principios del siglo XX se mantienen en lo medular vigentes hasta el día de hoy. Pero en lo relativo a la responsabilidad del Estado ha sido más evidente el cambio, pues se han dado dos fenómenos paralelos de extraordinaria relevancia para nuestro estudio. Por un lado, desde la medicina de beneficencia de la colonia o los primeros años de la República, el rol del Estado fue creciendo hasta alcanzar su apoteosis con el Servicio Nacional de Salud, creado a mediados del siglo XX. Por otro lado, se ha pasado desde la virtual irresponsabilidad de los actos del Estado, hasta la discusión actual, que, asentada en la aceptación común de la responsabilidad estatal por sus actos dañosos y la superación de la distinción entre actos de gestión y actos de autoridad, no está centrada en si el Estado debe indemnizar o por qué, sino cuándo y con qué límites.

En el ámbito civil la discusión es hoy tan compleja como aquella que se da en el ámbito público, pues supera la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente. Los tribunales y la doctrina se enfrentan al nuevo escenario de la institucionalización de la actividad asistencial, diluyendo la responsabilidad personal de los profesionales y dando lugar a tendencias “objetivistas” modernas, como por ejemplo las doctrinas del “riesgo creado” o de la “culpa en la elección” ¹⁶³. La aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual o aquellas sobre responsabilidad extracontractual y el problema del cúmulo de responsabilidades también ha enfrentado a la doctrina y la jurisprudencia, salpicando incluso algunos fallos en que han estado involucrados los Servicios de Salud.

Incluso en materia penal podemos descubrir elementos que también se relacionan con nuestro estudio. De hecho, en ocasiones las sentencias absolutorias en materia penal han sepultado las acciones civiles intentadas, aún cuando a primera vista pareciera evidente la diferencia en el título de imputación que exige cada una de las

¹⁶² Imprenta Barcelona, Santiago de Chile, año 1892, Tomo II. Págs. 376 y ss.

¹⁶³ Cfr. Zelaya Etchegaray, P. “Responsabilidad Civil de Clínicas y Hospitales” (Modernas Tendencias Jurisprudenciales). Revista de Derecho y Jurisprudencia – Tomo XCIV – N° 2 – 1997 – p. 47 a 90.

responsabilidades involucradas en un posible daño médico.

Sólo a modo ilustrativo, recordaremos que en materia penal el problema de la responsabilidad médica está, en lo sustantivo, regulado como cuasidelito (aquellos actos que si hubiera mediado malicia, serían crímenes o simples delitos), cuya característica esencial es la existencia de culpa, que en palabras del legislador se denomina “imprudencia temeraria” y que para evaluar la atención médico quirúrgica se denomina “negligencia culpable”. La diferencia de las palabras utilizadas en ambos preceptos divide a la doctrina. Así pues, el profesor Etcheberry¹⁶⁴ considera que el legislador penal ha sido más estricto con el profesional sanitario “pues supone un grado menor de culpa”. Al contrario, el profesor Bustos estima que ello no es así y que conceptualmente lo exigido por el legislador es lo mismo: faltar al “mínimo cuidado exigido en un ámbito de relación determinado conforme al deber específico que le incumbía a esa persona”¹⁶⁵. Independientemente de dichas diferencias, es claro que al momento de evaluar el comportamiento de los profesionales involucrados, los sentenciadores suelen aplicar el criterio de la *lex artis* para condenar. Dicho mecanismo, como veremos, también lo han utilizado los tribunales y nuestras Cortes Superiores para configurar la imputación necesaria para que surja la obligación del organismo público de responder patrimonialmente.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española iatrogénico se dice “de toda alteración del estado del paciente producida por el médico”¹⁶⁶, podemos agregar que ella se da en el marco del ejercicio profesional del médico, cuyo *íter* abarca desde las primeras preguntas acerca del estado de salud de una persona hasta su actividad quirúrgica y post operatoria.

Por tratamiento médico quirúrgico podemos entender que es “aquella actividad profesional del médico desempeñada conforme a las reglas de su ciencia o arte y dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar directa o indirectamente la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona”¹⁶⁷.

La actividad asistencial o médica tiene una naturaleza sumamente compleja, y por regla general, consiste en una secuencia de actos o situaciones. Esta complejidad aumenta en el caso de las hospitalizaciones, pues ya no sólo existe una relación *bis a bis* entre médico y paciente, sino que se suman los funcionarios del establecimiento, los familiares y parientes del paciente, la organización administrativa, la reglamentación interna del establecimiento, etc; todo lo cual se enreda aún más en el caso de las intervenciones quirúrgicas, que involucran la participación en un mismo acto complejo de varios profesionales y funcionarios, con lo cual surge un problema de jerarquías y de responsabilidad compartida del equipo.

¹⁶⁴ Cfr. EtcheBerry, ALFREDO. “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 345.

¹⁶⁵ Cfr. Bustos Ramírez, JUAN. “El Delito Culposo”. Editorial Jurídica de Chile, año 2002, p. 56.

¹⁶⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición.

¹⁶⁷ Künsmüller, CaRLOS. “Responsabilidad Penal del Acto Médico”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 13.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

Es por ello que la simple distinción de negligencia médica de los demás actos no negligentes es insuficiente para describir el problema. A mayor abundamiento, podemos decir incluso que también es insuficiente para dar una solución justa al problema del error médico ¹⁶⁸, pues aún cuando no todo error médico sea negligente, pareciera que un criterio de justicia nos debiera indicar que, en principio al menos, todo error, aún el no negligente, debería ser compensado.

Se hace necesario entonces comprender cuándo, para nuestro derecho al menos, se dan los presupuestos para indemnizar, o en otras palabras, cuándo se configura el título de imputación apropiado; esta pregunta es una cuestión jurídica antes que de hecho. El mismo GARCIA DE ENTERRIA, sostiene que “la imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste” ¹⁶⁹, y plantea luego que es posible reducir dicho vínculo jurídico a la mera causalidad material entre el productor del daño y el perjuicio producido. Eso, al menos en nuestro derecho, es algo que ocurre rara vez y que por lo tanto sólo responde a la voluntad expresa del legislador.

a) Criterio de la *lex artis*, errores de diagnóstico y objetos olvidados.

El primer criterio de imputación es un error en la *lex artis* ¹⁷⁰; este es, de hecho, el criterio que en sede penal se utiliza con más frecuencia para considerar acreditada una negligencia médica ¹⁷¹.

Se ha definido a la *lex artis* como “el conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de su profesión (la medicina), acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso”. ¹⁷²

Se suele distinguir en esta área la impericia, la imprudencia y la negligencia

¹⁶⁸ Se ha distinguido dentro de los errores médicos aquellos llamados “de juicio o conocimiento” que pueden afectar el diagnóstico, el tratamiento o el pronóstico; aquellos que se originan en el “sistema” u organización; aquellos originados en las “expectativas” falsas o desmesuradas; y aquellos de tipo técnico o mecánico, llamadas también de ejecución (KRIZEK TJ: Surgical error: reflections on adverse events. Bull. Am. Coll. Surg., 85: 18, 2000., citado en Ferreres, Alberto “La cirugía innecesaria”, abril 2005. CIE. Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires. <http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar>).

¹⁶⁹ García de Enterría, EDUARDO. “Curso de Derecho Administrativo”. Parte II. Editorial Civitas, 1991.

¹⁷⁰ Guerrero Zaplana sostiene que “la especialidad fundamental a la que tenemos que hacer referencia y que caracteriza por completo las reclamaciones que surgen en materia sanitaria, es la referida a la aplicación del principio de la *lex artis* como criterio fundamental que permite distinguir los supuestos en que procede declarar la responsabilidad de aquellos otros en los que no se considera suficientemente justificada la procedencia de la reclamación de responsabilidad” (Guerrero Zaplana, J. “Las peculiaridades de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria: el Criterio de la Lex Artis”. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial /Madrid, 2002).

¹⁷¹ Por ejemplo Querrela Criminal en contra de M.V.S. y A.C.S. y demandado civil Servicio de Salud Atacama, Rol N° 4868, Querrela Criminal en contra de S.H.D.M. Rol N° 18.364, Sentencia de primera instancia de 30 de Noviembre de 1995. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 10 de Diciembre de 1997.

propiamente tal ¹⁷³ . ¹⁷⁴

La impericia es la ignorancia inexcusable e implica la actuación temeraria de quien procede sin los conocimientos adecuados o la experiencia suficiente. Se puede extender desde el diagnóstico inicial hasta la participación en una intervención quirúrgica. La impericia es una modalidad de culpa que obliga al médico a conocer sus personales limitaciones frente al acto que deberá realizar. Sólo reconociéndola y evitando su actuación en tal situación, podrá excluir su comportamiento criminal ¹⁷⁵ .

La imprudencia es la negligencia activa, consiste en obrar sin tomar los debidos resguardos o precauciones que la *lex artis* aconseja, es la omisión de las diligencias debidas, asociadas a una conducta media exigible.

La negligencia consiste en la omisión de lo debido, en el incumplimiento de un deber de conducta, en no ocupar los conocimientos o pericias pudiendo hacerlo.

La forma en que nuestros tribunales han estudiado el problema de la *lex artis* y de la *lex artis ad hoc* resulta sumamente reveladora, pues en los hechos constituye el gran título de imputación, tanto en sede civil como en sede penal ¹⁷⁶ , tanto para enjuiciar la actividad médica privada como aquella que se da en el ámbito público. Es por ello que el desarrollo doctrinal y jurisprudencial español ¹⁷⁷ se distancia de lo que sucede en Chile. Para aquella doctrina que considera que tanto la ley como la Constitución española consagran la responsabilidad del Estado con carácter objetivo, la discusión sobre la *lex*

¹⁷² Acosta Ramírez, VICENTE. "De la Responsabilidad Médica". Editorial Jurídica de Chile, 1990. p. 380.

¹⁷³ Ídem. p. 382 y ss.

¹⁷⁴ En dicho sentido se pronuncia, por ejemplo, el nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile: "Artículo 22. Falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúe con negligencia, imprudencia o impericia. Será negligente aquel profesional que poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los haya aplicado. Actúa con imprudencia aquel médico que poseyendo los recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario. Un diagnóstico equivocado, o el fracaso de un tratamiento o de cualquier otra acción médica, habiéndose usado todos los elementos disponibles, no constituye necesariamente negligencia. Constituye impericia la falta de los conocimientos o destrezas requeridos para el acto médico de que se trata. La falta de recursos tecnológicos, cuya existencia no dependa del médico tratante, no acarrea responsabilidad alguna para el facultativo."

¹⁷⁵ Ruiz Pulido, G. "Responsabilidad Penal del Médico". Ponencia en Seminario sobre "Responsabilidad Médica" en Hospital Naval de Viña del Mar en Octubre de 2002. Revista de Derecho N° 8 Agosto de 2003. Consejo de Defensa del Estado.

¹⁷⁶ En ese sentido se expresa ROMEO CASABONA al analizar el comportamiento de los tribunales españoles: "Ya se ha visto que la Jurisprudencia exige su concurrencia (*la actuación conforme a la lex artis*) para que el acto sea legítimo, y pueda decirse que se ha hecho con la observancia del cuidado objetivamente debido; con la diligencia y pericia debidas. Por *lex artis* se entiende "la práctica correcta", "buena técnica médica", o "aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento"(s. 16-abril-1970). (...) La invocación de estas normas supone una referencia no sólo a normas de carácter profesional (deberes, etc.) sino también a criterios éticos". (ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. "El Médico y el Derecho Penal, I. La Actividad Curativa (Licitud y responsabilidad penal)". P. 69 y 70).

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

artis y el problema de la negligencia o el error médico, resulta crucial, no para buscar un título de imputación, sino para establecer el nexo causal entre la actuación y el daño, de manera tal que permite “concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo”¹⁷⁸.

En Chile la jurisprudencia es variada, se ha resuelto en sede penal, con criterios civiles o apelando a normas de derecho público. A continuación veremos algunos ejemplos de errores en la *lex artis* y una clase especial de ella, el olvido de materiales.

a.1) Infracciones a la lex artis

a.1.1.) Caso accidente con pinzas de electrocoagulación

El caso de una paciente, mayor de edad, sometida a una operación en el Hospital de Vallenar, durante la cual, accidentalmente fueron activadas las pinzas de electrocoagulación, lo que produjo una herida que no logró ser detectada durante la intervención. La paciente falleció horas después por septicemia aguda. Se interpuso una querrela criminal en contra de los médicos involucrados M.V.S. y A.C.S., quienes fueron absueltos tanto en primera como en segunda instancia y se consideró que no hubo *mal praxis*, por ello no se condenó penalmente. En virtud de lo anterior, se rechazaron las acciones civiles intentadas en contra de los querrelados y en contra del Servicio de Salud Atacama. Hubo sentencia de Casación que no modificó lo resuelto.¹⁷⁹

a.1.2) Caso complicaciones durante intervención quirúrgica

También en sede penal se resuelve el caso de una mujer de 26 años de edad, atendida en el Hospital de Puerto Natales para cirugía electiva de esterilización tubaria, quien tres semanas antes había dado a luz a una criatura de sexo masculino, con antecedentes de dos partos de término anteriores. Ella sufrió complicaciones durante la intervención, anestesia general con crisis ventilatoria, y luego sufrió un paro cardíaco. Sólo un minuto y medio después se pudo contar con un equipo desfibrilador. Terminada la intervención, la paciente sufrió coma hipóxico y fue trasladada al Hospital de Punta Arenas. Un mes después fue devuelta a Puerto Natales por su estado de salud irrecuperable, muriendo finalmente el 09 de Junio de 1990. La causa inmediata de la muerte fue un paro cardiorrespiratorio con causa originaria de sepsis no controlada, como consecuencia de

¹⁷⁷ Aunque existen voces que plantean justamente relevarla en su función asignadora de responsabilidad, así, Guerrero Zaplana sostiene que “en el ámbito contencioso administrativo, la *lex artis* se convierte en criterio esencial para determinar la existencia ó no de responsabilidad patrimonial, entendida dicha *lex artis* como criterio de normalidad en la prestación sanitaria”.

¹⁷⁸ Peces Morate, J. “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Nuevas Líneas Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración”. Cuadernos de Derecho Judicial II – 2002. Consejo General del Poder Judicial Madrid.

¹⁷⁹ Querrela Criminal en contra de M.V.S. y A.C.S. y demandado civil Servicio de Salud Atacama, Rol N° 4868, Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 25 de Marzo de 2002, Sentencia de la Corte Suprema de 08 de Julio de 2002. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 265, Julio de 2002, p. 127 y ss.

daño orgánico cerebral por anoxia y bronconeumonía debida a enfermedad infecciosa, concomitante a tuberculosis pulmonar.

Las condiciones de salud preoperatorias de la paciente eran normales, no obstante ser obesa, tuberculosa y con antecedentes de tabaquismo y presunta consumidora de alcohol, por ser mujer que ejercía la prostitución. No apareciendo en los antecedentes que se le hubieren practicado los exámenes previos que la ciencia médica aconseja, como precedentes o inmediatos a este tipo de operación y en consideración a las particulares condiciones de la misma paciente que se acaban de mencionar, ello, para cuantificar el grave riesgo del tipo de anestesia que se le iba a suministrar, desde el punto de vista respiratorio; igualmente, para determinar un compromiso de la función hepática que disminuiría la capacidad para metabolizar las drogas que recibió durante la cirugía; y para, finalmente, determinar la mayor incidencia de embolismo pulmonar en su condición de puerpera (Considerando Segundo que cita el informe del Departamento de Anestesiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile).

Se condenó por cuasidelito de homicidio pues “en el proceder de los enjuiciados hubo comprobadamente afrontamiento de riesgo, falta de previsión inexcusable, omisión de la atención y diligencia debida, en contravención de los principios y prácticas de la “*lex artis*”, vale decir, de la Ciencia o Arte de la Medicina”.

La sentencia planteó que la Intervención del médico sin preparación suficiente y además en un establecimiento que no otorgaba las condiciones apropiadas de seguridad, falta de preparación preoperatoria, etc, configuraron la violación de la *lex artis* y el tipo penal del cuasidelito sancionado por el artículo 491 del Código Penal. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda rechazaron las acciones civiles y la reserva pretendida de la acción contra el Servicio. Se aplicaron normas civiles exclusivamente.¹⁸⁰

a.1.3) Mal diagnóstico de aborto:

Tenemos el caso de una mujer con alrededor de cuatro meses de embarazo, no controlado, atendida en el Hospital Regional de Rancagua la mañana del 9 de junio de 1996, atendida de Urgencia en el Servicio de Maternidad por encontrarse con dilatación y hemorragia, lo que a juicio del médico de turno, correspondían a evidentes signos de aborto provocado. El profesional procede a hacer el raspaje, extrayendo del interior de la mujer una pierna, a la que considera un resto del aborto anterior, procediendo luego a efectuar la denuncia correspondiente a Carabineros de Chile. La paciente, mientras permanece hospitalizada, es detenida y engrillada, dos días después de la intervención expulsa un feto de sexo indeterminado, al que le faltaba una pierna.

Por los daños provocados a la mujer, que implicaron un período de incapacidad de casi veinte días, el profesional es condenado por cuasidelito de lesiones menos graves. El tribunal consideró el actuar del médico como descuidado, negligente e imprudente, pues el médico realizó el legrado intrauterino “asumiendo que ésta (la paciente) se había practicado un aborto, sin cerciorarse de acuerdo a las reglas de la Lex Artis, del real

¹⁸⁰ Querrela Criminal en contra de S.H.D.M. Rol N° 18.364, Sentencia de primera instancia de 30 de Noviembre de 1995. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 10 de Diciembre de 1997.

estado y situación de la paciente”.

La acción civil ejercida en el proceso penal se dirigió en contra del Servicio de Salud. Tomando como base lo resuelto en materia criminal, el tribunal de primera instancia sostiene que “cabe entender también que a la accionante se le causó un daño por falta de servicio del Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins de la Sexta Región, al cual le cabe una responsabilidad objetiva, existiendo una relación de causalidad entre el daño y el hecho, precedido por una omisión, ejecutado por el médico (...), funcionario del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Regional de Rancagua del aludido Servicio de Salud, profesional que actuó en el ejercicio de sus funciones”. Continúa luego planteando “que así las cosas, el demandado Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins de la Sexta Región, atendida su responsabilidad objetiva, debe responder del daño causado por falta de servicio”. Se condena al Servicio a pagar una indemnización de treinta millones de pesos a la demandada por los daños morales producidos.

La I. Corte de Apelaciones de Rancagua ratifica la condena y plantea que “se tiene por acreditado que ésta (el Servicio de Salud) incurrió en a causa de ‘falta de servicio’ en la atención proporcionada a la actora por incorrecto proceder médico que generó la sanción punitiva a (...) por el daño producido a la demandante”. Finalmente aumenta la indemnización concedida a cincuenta millones de pesos.¹⁸¹

a.1.4) Actuación imprudente de un paramédico, sin supervisión médica:

En el Hospital de Vallenar es atendido un hombre con una herida cortopunzante en el abdomen, luego de ser intervenido y hospitalizado en la Unidad de Tratamientos Intensivos, ingresa posteriormente a post operatorio, al despertar sufre un cuadro de agitación, por lo cual un paramédico, sin consultar a un médico, le suministra una dosis de midazolam, lo que sumado al estado etílico en que se encontraba el paciente, le provocó un “síndrome asfíctico secundario a depresión respiratoria por drogas y alcohol”, frente al cuadro no hubo la debida diligencia para enfrentar la urgencia sobreviniente y finalmente el paciente fallece. Hubo querrela criminal en contra del paramédico y se demandó al Servicio de Salud Atacama como tercero civilmente responsable. En primera instancia no se condenó penalmente y por lo tanto se rechazaron las acciones civiles. En segunda instancia se revierte el fallo, tomando como base la propia confesión del procesado, y aplicando las normas de los artículos 2314 y 2320 del Código Civil, condena solidariamente al Servicio a pagar una indemnización de treinta millones de pesos. La Corte razona sobre la base de dos consideraciones, en primer lugar, considerando la responsabilidad por los hechos de los dependientes, a lo que agrega que “es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el Servicio u órgano Público y que exista vínculo directo de causalidad”; y en segundo lugar, tiene presente que “se ha estimado que el sistema hospitalario mostró pocos recursos humanos en calidad y cantidad junto con sistemas tecnológicos muy mediocres”. La Corte Suprema desestima el recurso de casación presentado, sin entrar en el fondo del asunto.¹⁸²

¹⁸¹ Montecinos con Servicio de Salud O’Higgins. Sentencia de Primera Instancia de 18 de junio de 2004. Sentencia de Segunda Instancia de 30 de marzo de 2005.

a.1.5) La intervención quirúrgica por profesional no calificado que causa daño:

En un reciente caso, el fracaso de la acción penal en primera instancia y su éxito en segunda, estuvo íntimamente vinculado al resultado de la demanda civil. Ocurrió que en junio de 1998, el Sr. M.D.A.S., concurrió a la consulta de un médico cirujano del hospital de Castro, perteneciente al Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena, por dolores que sentía en el pene al mantener relaciones sexuales. Después de algunos exámenes y análisis, es operado por el mismo profesional a fin de extirparle un cuerpo extraño del tejido cavernoso del pene, el que se comprobó después correspondía a un cuadro de "fibrosis colágena". A los pocos días el paciente concurre al Servicio de Urgencia del Hospital de Castro, por presentar la herida, producida por la operación, abierta. Es curado y vuelto a suturar. Con los días, el dolor de la zona aumenta y comienza a expeler mal olor. Es trasladado al Hospital de Puerto Montt, en el que tres días después es atendido por un médico urólogo especialista, constatándose necrosis de tejido, por lo que se procede a amputársele el pene. La querrela criminal presentada en contra del profesional tratante es desestimada en primera instancia por considerar el sentenciador que, del cúmulo de antecedentes acompañados y especialmente los diversos informes periciales, se consideraba el actuar del médico conforme a la *lex artis* y por lo tanto no aplicable el artículo 491 del Código Penal y, atendida la inexistencia de hecho punible alguno, se rechaza la acción civil dirigida en contra del Servicio de Salud como tercero solidaria y civilmente responsable.

En segunda instancia el fallo se revierte y el médico es condenado por cuasidelito del artículo 491 del Código Penal, el fallo se basa fundamentalmente en las conclusiones del sumario administrativo, y afirma la existencia de una negligencia culpable por parte del médico al intervenir quirúrgicamente sin tener la especialidad de urología y no haber tratado correctamente las complicaciones postoperatorias. Luego, a partir de esta conclusión, la I. Corte de Puerto Montt, bajo el criterio establecido por el artículo 2314 del Código Civil, en el sentido que todo aquel que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados, y aludiendo el artículo 4° de la ley N° 18.575, el que transcribe, concluye que "en conformidad a lo prescrito en el artículo 1511 del Código Civil, el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena es solidariamente responsable de los daños sufridos por el actor civil de estos autos"; y continúa afirmando "que en el caso que nos ocupa concurren los presupuestos de la responsabilidad objetiva extracontractual, esto es, el hecho dañoso, el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos". Condena finalmente al médico y al Servicio de Salud a pagar, solidariamente, el daño emergente calculado en \$342.450 y el daño moral, avaluado en cien millones de pesos.¹⁸³

a.1.6) Inadecuada prestación profesional en Servicio Público:

¹⁸² Querrela criminal en contra de W.A.P.O. y demanda civil en contra del Servicio de Salud Atacama. Sentencia de Primera Instancia de 15 de febrero de 2002. Sentencia de Segunda Instancia de 28 de junio de 2002. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de octubre de 2002.

Con criterios de derecho público se han resuelto otros casos. Así, por ejemplo, aquél en el que una mujer fue atendida en el Hospital de Carabineros por una fractura en la muñeca de la mano izquierda por el médico H.A.Z.G., quien la enyesó sin previamente proceder a reducción; citándola para 30 días después. Sin embargo, este procedimiento no correspondía al tratamiento adecuado y finalmente la paciente fue víctima de mala consolidación ósea, con secuelas de deformación e impotencia funcional. Después se le hizo una cirugía para corregir con implante, la que no remedió los efectos de la actuación anterior, los que por el contrario, se acentuaron.

Hubo querrela criminal y ejercicio de la acción civil y si bien la sentencia de primera instancia había acogido la demanda, en segunda instancia, se rechazó la acción entablada contra el Fisco, por aplicación de la prescripción extintiva, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Sin embargo, existen raciocinios importantes a destacar, tomando en cuenta que la actuación fue en un establecimiento perteneciente a Carabineros de Chile. Planteó la Corte de Apelaciones de Santiago “que la mala praxis médica (...) se encuentra acreditada en el proceso, y las circunstancias dentro de cuyo contexto las intervenciones constitutivas de ella fueron realizadas, sobre lo cual no existe controversia hacen que deba tenerse por configurada en el presente caso la “falta de servicio”, factor de atribución necesario de la responsabilidad del Estado en los términos de los artículos 4º y 44 de la Ley N° 18.575”; y “que este “deber de responder” que afecta al Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones posee, sin duda, una naturaleza propia que la hace diferente de aquéllas que tienen su fuente en el derecho común”.

Cabe destacar que la Corte hace aplicable, sin distinguos, tanto el artículo 4º de la ley de bases como el artículo 44 (actual 42), siendo que por expresa indicación del inciso 2º del artículo 21, las normas del Título II de la ley “De la Organización y Funcionamiento” no se aplicarán, entre otros, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, por lo que respecto de ellas ha habido discusión si el artículo que establece la “falta de servicio” no sería aplicable.¹⁸⁴

a.1.7) Inadecuado tratamiento de esguince en pierna:

En otro caso, una mujer sufrió un accidente doméstico que le provocó una esguince en el tobillo, por lo que fue llevada al Servicio de Traumatología del Hospital San Juan de Dios de Los Andes. El médico ordenó que había que esperar que se deshinchara el tobillo para enyesarla, lo que ocurrió 14 días después. Al retirársele el yeso se percató que la lesión no había sanado de forma satisfactoria, por lo que acudió al Hospital de San Felipe. Allí le fueron tomadas radiografías, advirtiendo que estaba muy mal, por lo cual se

¹⁸³ Aillapán con López y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena. Sentencia de Primera Instancia de 28 de febrero de 2003. Sentencia de Segunda Instancia de 22 de Febrero de 2005. Se encuentra pendiente el Recurso de Casación en la Corte Suprema desde el 14 de Marzo de 2005.

¹⁸⁴ Querrela Criminal en contra de H.A.Z.G. y demandado civil Hospital de Carabineros – Fisco de Chile. Sentencia de primera instancia de 20 de Marzo de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de Octubre de 2000. Publicada en Gaceta Jurídica N° 245, Noviembre de 2002.

le dio una interconsulta al Hospital José Joaquín Aguirre de Santiago. En ese centro fue operada y mientras se encuentra en recuperación interpone una demanda en la que sostiene que no va a quedar bien. En primera instancia, se condenó al Servicio de Salud a pagar 10 millones de pesos de indemnización.

La sentencia de primera instancia aplicó la teoría del órgano, citando a Soto Kloss, no obstante, esa parte fue eliminada por el Tribunal de Alzada. El fallo de segunda, aunque ratificó la condena, eliminó considerandos importantes, sin extenderse sobre la falta de servicio. La sentencia de casación, de 17 de septiembre del 2001, rechaza el recurso, pero tampoco entra en el fondo del asunto.¹⁸⁵

a.1.8) Error en implante de prótesis de cadera:

Se presenta el caso del Sr. L.B.P. quien fue internado en 1993 en el Hospital Militar de Santiago, para someterse a una intervención quirúrgica de implante de prótesis de cadera derecha. Equivocadamente fue operado de la cadera izquierda, por lo debió someterse a una segunda operación en el lado que correspondía. Se interpuso querrela criminal en contra de los integrantes del equipo médico que intervino y se demandó civilmente al Fisco de Chile. Se condenó penalmente a los involucrados y se condenó también al Fisco de Chile sobre la base del artículo 4º de la ley de bases y la teoría del órgano: “En efecto, el artículo 4º de la Ley 18.575 contiene un mandato objetivo de responsabilidad, que grava al Estado por la sola circunstancia de que el daño producido lo haya sido con motivo de la actuación de un órgano determinado de la Administración” (Considerando 73 de la sentencia de primera instancia) planteando expresamente “la responsabilidad del Fisco es en cambio una responsabilidad Objetiva” (Considerando 74).¹⁸⁶

a.1.9) Error diagnóstico de SIDA:

Otro caso, es el de una paciente a la cual se le diagnosticó neumonitis y luego una tuberculosis renal, siendo sometida a un tratamiento durante un lapso de tiempo excesivo, lo que le produjo lesiones al oído, dentadura y problemas de pérdida de memoria. Más tarde, se le realizaron exámenes de sangre y se le comunicó que padecía de VIH/SIDA. Tras pasar por una severa crisis e incluso haberse arrojado sobre un auto a fin de quitarse la vida, se realizó un nuevo examen, cuyo resultado daba cuenta que no era portadora del VIH y se le explicó que lo más probable es que hubiera habido un mal manejo de su muestra en el primer examen. La Corte condenó al Servicio sobre la base de negligencias de sus dependientes, tardío diagnóstico, impericia en el tratamiento y el errado diagnóstico de SIDA. Sin entrar en largas disquisiciones jurídicas planteó que, sea que se apliquen las normas del Código Civil o que se apliquen las de la ley de bases, los Órganos de la Administración del Estado serían responsables de igual manera¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Osorio González con Servicio de Salud San Felipe Los Andes. Sentencia de primera instancia de 24 enero de 1998. Sentencia de la corte de Apelaciones de Valparaíso de 04 agosto de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 17 septiembre de 2001.

¹⁸⁶ Beraud con Fisco de Chile. Sentencia de primera instancia de 28 de marzo de 1995. sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de Septiembre de 1995. la I. Corte Suprema se pronuncia el 21 de Septiembre de 1995.

a.1.10) Sufrimiento fetal no diagnosticado:

En el Hospital Higuera es atendida una mujer embarazada calificada como del Alto riesgo Obstétrico por antecedentes de cesárea anterior por macrosomía fetal y desproporción céfalo-pélvica, tras permanecer tres días hospitalizada es derivada a su hogar, el mismo día comienza con dolorosas contracciones, por lo que regresa al hospital y comienza alrededor de las 21.00 hrs. el trabajo de parto, sucesivamente es monitoreada hasta pasada la media noche, alrededor de las 00.55 hrs. da a luz. Durante las horas anteriores al parto se registró una variación de la frecuencia cardíaca que debía haber hecho presumir que se estaba produciendo sufrimiento fetal y acelerado el parto. El feto nace con graves secuelas y las conclusiones del peritaje del Instituto Médico Legal son demoledoras: “1. Hipoxia fetal severa intraparto (Sufrimiento Fetal Agudo) no diagnosticado, siendo previsible esta situación frente a un registro fetal alterado; 2. Encefalopatía cerebral hipóxica severa en el Recién Nacido con secuelas permanentes; 3. Hay infracción a la Lex Artis.”; las secuelas que se consignan en el fallo son ceguera, sordomudez, parálisis, epilepsia e hidrocefalia. En primera instancia se absuelve al Servicio, pero en segunda instancia, tomando como base el informe pericial y las declaraciones de los distintos profesionales (médico tratante, anestesista, matrona) que atendieron a la parturienta - y que dieron cuenta de sucesivos errores, descuidos, faltas de previsión y errores de diagnóstico - consideró acreditada la falta de servicio, considera que ella corresponde a responsabilidad objetiva y cita a López Santa María. El Servicio de Salud ofreció cubrir de por vida los gastos de atención del menor, con ello la Corte estimó “cubierto el daño emergente futuro y cierto demandado”; luego decide condenar por el daño moral causado y fundamenta, respecto de los padres y hermano pone como ejemplo que “nunca podrán escuchar de su hijo las palabras papá, mamá, los quiero; nunca podrán interactuar con él afectivamente, jamás una caricia o un gesto de cariño”, etc., finalmente estima la indemnización en cien millones de pesos.¹⁸⁸

a.2) Olvido de Materiales

En relación a los olvidos de materiales, llamados “oblitos quirúrgicos”, es decir, aquellos casos en los cuales, con motivo de una intervención, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados. Lo más común es el olvido de gasas, pinzas, agujas, compresas, etc. Se plantea que “en estos casos las cosas hablan por sí mismas y la culpa se presume. Es deber del cirujano verificar el retiro de todo elemento extraño del cuerpo del paciente, contando el instrumental antes y después de la operación”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Ramírez Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, Rol N° 11-1991, Sentencia de primera instancia de 1996, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1999. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 234, Diciembre de 1999.

¹⁸⁸ Torres Velásquez con Servicio de Salud Talcahuano. Publicada en Revista Ius Publicum, N° 12/2004. Escuela de Derecho – Universidad Santo Tomás.

¹⁸⁹ CORNET, MANUEL. “Responsabilidad Civil del Cirujano Plástico”. Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), abril, 2005. <http://www.acader.unc.edu.ar>

Son calificadas de falta a la *lex artis* y constitutivas de negligencia médica. Estos casos se han resuelto tanto en sede penal como en sede civil y aplicando normas comunes o de derecho público; no son un título de imputación distinto, sino que se encuadran en violación a las reglas del arte médico, con cual caen bajo la hipótesis de falta de servicio o, en último caso, cuasidelito que genera el deber de indemnizar.

a.2.1) Caso olvido de un apósito (1)

En sede penal, encontramos una sentencia del año 1999, que corresponde al olvido de un apósito o compresa. El tribunal consideró que este hecho es constitutivo de negligencia médica, y a pesar de condenar criminalmente rechazó la acción contra el Servicio de Salud al considerar que no se estableció en la causa “falta de diligencia” del Servicio y que por lo tanto no era posible ampliar la responsabilidad civil emanada del ilícito al Servicio Público, por cuanto a su respecto no se dieron “los presupuestos legales exigidos, sin que baste el solo hecho de que su mando dependa del establecimiento hospitalario”. En segunda instancia se tiene en cuenta que la atención fue efectuada en el Servicio de Urgencia y aún cuando sostiene al respecto que ello no puede “justificar la falta de deber de cuidado”, sí permite aminorar “el juicio penal de reproche”. No hay pronunciamiento sobre la responsabilidad del Servicio Público ¹⁹⁰.

a.2.2) Caso olvido de un apósito (2)

Don J.F.L. fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar, el año 1988. Al terminar la operación, quedan apósitos y compresas en el interior del cuerpo, lo que le provoca un progresivo cuadro séptico, ocasionándole finalmente la muerte. Tanto en primera como en segunda instancia, el Servicio de Salud fue condenado. La Corte, recogiendo lo planteado por el tribunal a quo, planteó que se entiende “por falta de servicio toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público que ocasiona un daño”, y entiende que ella se configura con el olvido de las compresas, “una hoja de moltopren por un espacio de tiempo prolongado más allá de lo indicado médicamente” y no haber entregado el informe del protocolo de urgencia, tardanza en practicar la primera operación, etc. ¹⁹¹

a.2.3) Caso olvido de punta de aguja

También con criterios penales, y aplicando la prescripción de la sanción penal, se resolvió el caso de una paciente sometida a una intervención quirúrgica, tras la cual se dejó accidentalmente una punta de aguja en el cuerpo sin provocarle enfermedad o incapacidad. La Sentencia de primera instancia, ratificada por la Corte de Apelaciones, planteó que es incuestionable que hubo descuido, pero es un descuido culpable sin causar daño, por lo que no es un delito sino una falta, y la falta prescribe a los seis meses

¹⁹⁰ Querrela Criminal en contra de R.O.A.Z. y Y.M.C.O., demandado civil el Servicio de Salud Metropolitano Central. Sentencia del año 1999.

¹⁹¹ Reyes Orellana con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota. Sentencia de primera instancia de 30 de Agosto de 1994.

de ocurridos los hechos, dado que se ha extinguido la responsabilidad penal, también las acciones civiles se han extinguido.¹⁹²

b) Daño grave y especial por errores no negligentes, anestias o procedimientos inofensivos.

Tal como lo comentamos anteriormente, la imputación por daño grave desproporcionado se asocia a la presunción que hace la jurisprudencia de que en el caso de consecuencias graves la falta es presumida. La particularidad aquí, reside en la posibilidad real de buscar en la actuación personal de un funcionario el factor de reproche a la Administración. Sin embargo, estimamos necesario efectuar algunas precisiones importantes en torno al error médico, a fin de distinguirlo de las infracciones a la *lex artis* tratadas anteriormente.

Aunque pueda resultar inconducente hacer la distinción entre errores médicos negligentes y errores médicos no negligentes, considerando la progresiva objetivación de la responsabilidad médica, en los hechos es posible hacer el distingo¹⁹³, Para el Instituto de Medicina de Chile, error “es el no completar una acción como estaba planeada (error de ejecución) o el uso de un plan equivocado para conseguir un objetivo (error de planificación)”¹⁹⁴. Nuestra jurisprudencia no ha profundizado en esta materia, pues una vez acreditada la vulneración de la *lex artis ad hoc*, ha considerado que existe responsabilidad. En sede penal, esto ha equivalido a condenar, y en sede civil, a pagar una indemnización. Por ello, no es común encontrar sentencias condenatorias en materia penal y en algunas de las sentencias revisadas, es justamente la causal de absolución la existencia de un error no negligente, aún cuando se haya encontrado que había una falta imputable y un daño acreditado¹⁹⁵.

El avance de las doctrinas objetivadoras de la responsabilidad, tanto en el ámbito del derecho público como en el privado¹⁹⁶, se explican en gran parte, para dar cuenta del grave problema que significa para las víctimas de un error médico acreditar que éste ha sido negligente. El error médico no negligente hoy día es un espacio aleatorio de justicia, depende de las pericias forenses del abogado, de la experiencia del Tribunal que estudia

¹⁹² Querrela Criminal en contra de J.U.H. Sentencia de primera instancia de 13 de Junio de 2002, Sentencia de segunda instancia de 05 de Septiembre de 2002.

¹⁹³ Aunque no tiene carácter vinculante y su fuente no es jurídica, es ilustrativo revisar cómo es enfrentado el tema desde la perspectiva de los médicos, así el antiguo Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en su artículo 24 consideraba que “No son sinónimos de negligencia el diagnóstico erróneo, el fracaso del tratamiento o de cualquiera acción médica. Ningún médico, por la misma naturaleza de la ciencia y del arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente”; el nuevo Código de Ética prescribe en el artículo 22 que “Un diagnóstico equivocado, o el fracaso de un tratamiento o de cualquier otra acción médica, habiéndose usado todos los elementos disponibles, no constituye necesariamente negligencia”.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ, JOSÉ ADOLFO. “El Clínico y los Errores en Medicina”. En “Errores en Medicina:¿Es Segura la Atención Sanitaria en Chile?” (Seminario de la Academia Chilena de Medicina, Santiago de Chile, Julio de 2004)

¹⁹⁵ Querrela Criminal en contra de M.V.S. y A.C.S. y demandado civil Servicio de Salud Atacama, Rol N° 4868.

el asunto o del informe del Instituto Médico Legal. El problema al respecto, pasa justamente por entender que la víctima de un error no negligente no tiene la obligación jurídica de soportar el daño sin compensación, pero al mismo tiempo, gravar al profesional o a la institución de todos los posibles errores que puedan cometerse, en el largo plazo, constituye un problema que gravita sobre los costos en salud y que genera el fenómeno de la medicina defensiva o el rechazo de intervenciones riesgosas.

La solución no está en gravar a la administración pública sanitaria de manera exclusiva. Por ello, la mera consagración jurisprudencial de una responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad médica, implica, casi paradójicamente, establecer un seguro especial en beneficio de las personas que se atienden en la red de prestadores pública y que son afiliados del Fondo Nacional de Salud, dejando a los afiliados al sistema de Isapre, que se atienden en Clínicas, Consultas u Hospitales privados, al amparo del antiguo sistema de responsabilidad basado en la culpa, con todo lo que ello implica. A mayor abundamiento, podemos imaginar un profesional de la medicina que en la mañana está contratado en un Establecimiento Público y que en la tarde trabaja privadamente en el mismo establecimiento al amparo de los convenios para la atención de pacientes particulares. Por un mismo hecho dañoso, producido por un error no negligente, el paciente de la mañana sería indemnizado por el Servicio Público y el paciente de la tarde tendría que batírselas solo con los daños sufridos.

En la jurisprudencia nacional encontramos varios casos de anestias. En estas hipótesis, al igual que en los casos de infecciones intrahospitalarias, la gravedad de las lesiones producidas sensibilizan de tal manera a los sentenciadores, que finalmente el riesgo inherente a ellas es traspasado al ente público o al agente.

b.1) Incidente anestésico con graves daños, sin tutela estricta o por personal no calificado:

(Caso Meza con Servicio de Salud Metropolitano Occidente)

Así por ejemplo, tenemos el caso de una paciente que en trabajo de parto sufrió paro cardiorrespiratorio por anestesia epidural aplicada sin suficiente tutela posterior en sus efectos, ocasionándole graves daños neurológicos. La Corte Suprema, el año 1992 aplicó el Código Civil y condenó al Servicio de Salud por un cuasidelito de sus dependientes¹⁹⁶.

(Caso Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Central)

Similar al caso anterior, una paciente fue atendida por un estudiante de quinto año durante su trabajo de parto. Este le aplicó anestesia epidural y abandonó el box de atención. Luego de ello, la mujer sufrió complicaciones que terminaron produciendo un

¹⁹⁶ Zelaya Etcheagaray, PEDRO. Ob. cit. Plantea que la tendencia a responsabilizar a los Hospitales y Clínicas privadas se ha fundamentado en una responsabilidad por culpa *in eligendo vel vigilando*, en responsabilidad vicaria o por dependiente tácita y en la responsabilidad por riesgo del que desarrolla una empresa lucrativa, y que incluso existe la tendencia en el derecho comparado a perseguir una responsabilidad por *negligencia corporativa* o falta de servicio en el ámbito privado.

¹⁹⁷ Meza Rivera con Servicio de Salud Metropolitano Occidente. Texto completo en el Libro "Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud" de Andrés Vásquez Rogat.

daño cerebral severo. Se condenó criminalmente al estudiante y civilmente al Servicio de Salud por entender que el reo era “dependiente”, aplicándose las normas civiles ¹⁹⁸ .

b.2) Daños de origen indeterminado en procedimiento normal

(Caso Cancino con Servicio de Salud Maule)

El siguiente caso, trata de una paciente intervenida quirúrgicamente en el Hospital Regional de Talca, bajo la modalidad de atención de pacientes particulares. Al parecer, junto con la anestesia se le inyectó un tóxico no identificado, ocasionándole una parálisis de las extremidades inferiores, sordera y otras graves secuelas. Aunque la causa se sobreseyó penalmente, se condenó al Servicio de Salud en primera instancia, considerando que quedó “establecido que a raíz de la conducta negligente y descuidada del equipo médico y auxiliar paramédico dependiente del Servicio de Salud al ejecutar la operación quirúrgica practicada (..) ocasionaron daños al demandante y a su cónyuge”. En Segunda Instancia la I. Corte de Talca consideró que “ha quedado determinado quiénes fueron los culpables del cuasidelito (...) y cada uno de los elementos de la responsabilidad cuasidelictual civil” ¹⁹⁹ .

b.3) Daño originado por reacción adversa a fármacos: (Caso Salas con Servicio de Salud Metropolitano Norte)

Reafirmando la intuición planteada, en la que pareciera no ser imprescindible para condenar una explicación detallada o exacta del curso de los hechos, la jurisprudencia, atendida la relación de ellos, se inclinó por compensar a la víctima. Así, tras una intervención quirúrgica por un meoma uterino, una mujer sufrió un colapso general, al parecer producido por una reacción alérgica a la dipirona suministrada como analgésico. Finalmente, murió por paro cardiorrespiratorio. La Corte condenó al Servicio de Salud porque concluyó que hubo fallas en su organización y funcionamiento, entendido que ello, más el daño, configuran la falta de servicio que hace nacer la responsabilidad del Estado de indemnizar. Aunque el título de imputación es genéricamente un mal funcionamiento del Servicio, consideramos que este caso se encuentra en la hipótesis de que el daño, grave y especial, revela una falta de servicio. ²⁰⁰

Existen casos resueltos en Sede Penal, en los que el rechazo de la acción criminal ha implicado el fracaso de la acción civil. Sin embargo, resulta interesante examinar los argumentos planteados por los jueces.

¹⁹⁸ Bravo Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Central. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.

¹⁹⁹ Cancino Rojas con Servicio de Salud del Maule. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat. También en Gaceta Jurídica N° 131 de 1991, pp. 78 – 86.

²⁰⁰ Salas Salazar con Servicio de Salud Metropolitano Norte. Publicada en Gaceta Jurídica N° 243 de Septiembre de 2000, p. 83 y siguientes.

b.4) Incidente anestésico: Ausencia de condena criminal implica el rechazo de las acciones civiles: (Caso cirugía a menor con apendicitis)

Uno de ellos, es el caso de una querrela por lesiones graves inferidas a un menor durante una operación de apendicitis. Tras la intervención, el menor quedó con graves daños cerebrales, en estado vegetal y sin posibilidad alguna de recuperación. Se dictó sentencia de primera instancia con fecha 28 de febrero de 1995, por la que se condenó al procesado J.H.E.B. a una pena de multa de once sueldos vitales, en su carácter de autor del expresado hecho punible. En este mismo fallo se hizo lugar a demandas civiles deducidas por el demandante, por sí y en representación de sus hijos y de su cónyuge, condenándose al procesado y al Servicio de Salud de Iquique, a pagar diversas sumas de dinero por conceptos indemnizatorios. Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Iquique, por fallo de 18 de julio de 1995, la revocó y absolvió de la acusación al procesado y rechazó las demandas civiles deducidas en su contra y del Servicio de Salud de Iquique; confirmando, en lo demás apelado, el fallo de primer grado.

Frente a la Corte Suprema, el recurrente formuló hipótesis que lo llevaban a concluir que ninguna de las probanzas producidas, permitía descartar como causal basal del paro cardiorrespiratorio, el procedimiento anestésico y su falta de supervigilancia. La Corte rechazó el Recurso de Casación en la Forma y consideró que es posible concluir, que la atención prestada por los enjuiciados al menor (en las cuales intervinieron como médicos cirujanos) fue la correcta; que la operación de apendicitis que se le practicó, fue correctamente ejecutada; que estando establecido en los autos que la mencionada operación, era la maniobra adecuada para la afección presentada y que fue efectuada en forma correcta y que no consta fehacientemente que el paro cardiorrespiratorio que sufrió sea una consecuencia directa de la aplicación de la anestesia usada, la que se ajustó a lo habitual, considerando el peso del menor. Por todo lo anterior, no puede sostenerse que los procesados hayan incurrido en una omisión culpable por falta de previsión o de conocimiento en el desempeño profesional, ni obviamente, que dicha omisión haya causado un mal al menor, ni que haya existido una relación de causalidad directa, precisa e inmediata entre la omisión que se atribuye y el mal producido. Forzoso es concluir que no se ha justificado en la especie, el hecho investigado.

Sobre la base de estos hechos el fallo recurrido concluyó que debía absolverse a los profesionales y que, igualmente, procedía desestimar la demanda civil interpuesta en contra de los nombrados procesados y el Servicio Nacional de Salud, por concepto de daño moral.²⁰¹

b.5) Daños por procedimientos inofensivos

En estos casos, más que errores en la *lex artis*, el sentenciador considera inaceptable la ocurrencia de daños en casos en que normalmente ellos no se producen ni generan riesgos extraordinarios, por ello condena presumiendo las faltas y la necesaria vinculación de ellas con el daño causado

²⁰¹ Querrela criminal en contra de J. E. B. Casación en el Fondo y en la Forma. Rol N° 32.514-95 (Iquique).

b.5.1) Daños con ocasión de una donación de sangre por hechos que los reglamentos recomiendan prevenir:

Resuelto en sede civil, encontramos un ejemplo de daños por procedimientos inofensivos. Es el caso de un joven concurre a donar sangre para un tío. Al levantarse sin haber reposado lo suficiente, sufrió un desmayo y al caer se golpeó en la cabeza, quedando con graves secuelas motoras. Se condenó al Servicio de salud por negligencia de sus dependientes y sólo se aplicaron normas civiles. En 1989 la Corte Suprema rechazó el recurso de queja intentado por el organismo público.²⁰²

b.5.2) Daños por procedimientos de inyecciones:

(Caso inyección por amigdalitis)

Siguiendo con los casos de procedimientos inofensivos, esta vez tratándose de inyecciones, encontramos el caso de una joven mujer atendida en el Servicio de Urgencia del Hospital de San Javier. En ese lugar se le inyectó penicilina por un dolor de garganta diagnosticado como amigdalitis. Más tarde comenzó a sentir fuertes dolores en el muslo que había sido inyectado y el hematoma que produjo la inyección derivó en necrosis del tejido. Finalmente, perdió casi por completo el músculo afectado. Se ignoró qué pudo haber provocado tan dañinos efectos, pero no se dudó de que ellos fueran producidos por la inyección. La Corte Suprema ratificó la condena en marzo del 2001 sin entrar en el fondo del asunto, sólo se aplicaron normas civiles sobre responsabilidad por los hechos de los dependientes y se condenó al Servicio de Salud a pagar una indemnización por daño emergente (gastos médicos) de casi dos millones de pesos, y por daño moral, de cuarenta millones de pesos²⁰³.

(Caso jeringa en mal estado)

Otro caso, corresponde al de la Sra. P.L.M.O a quien, en el Hospital de Tomé se le puso una inyección con una jeringa en mal estado o con algún elemento extraño adosado al vidrio. En el juicio se alegó, además, que el funcionario que la inyectó no estaba capacitado para hacerlo. Tras el procedimiento, la mujer presentó una infección, sufrió dolores, tuvo que ser operada, y se le practicaron curaciones y tratamientos médicos; resultando con desfiguración de su cuerpo y pérdida de sensibilidad de su pierna izquierda.

En primera instancia, el sentenciador se propuso “analizar si las actuaciones que se reclaman fueron constitutivas de negligencia o culpa y fueron las que causaron el perjuicio alegado por la actora y si entre la causa del daño y éste, ha mediado una relación de causalidad directa”. Finalmente, el juez señaló que “del análisis y relación de todos los elementos probatorios reseñados en los motivos séptimo a noveno anteriores,

²⁰² Villar Pavez con Servicio de Salud Central. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.

²⁰³ Herrera González con Servicio de Salud del Maule, Rol N° 65659. Sentencia de primera instancia de 17 de Agosto de 1999. Sentencia Corte de Apelaciones de Talca de 03 de Julio de 2000. Sentencia la Corte Suprema de 27 de Marzo de 2001.

es posible concluir. Que la actora efectivamente fue atendida en el Hospital de Tomé, el 27 de agosto de 1999, por una epigastria y se le suministró Viadil inyectable, medicamento aplicado por funcionario capacitado para hacerlo, inyección técnicamente bien colocada, con elementos adecuados, aguja desechable y jeringa reutilizable esterilizada” y que nada se probó en contrario. Luego, “que posteriormente se produjo en la actora una infección o absceso en su glúteo izquierdo, que se le trató en diferentes establecimientos hospitalarios públicos y particulares y en consulta privada. Que, sin embargo, no hay pruebas suficientes, concretas e indubitadas que revelen alguna falta de atención o negligencia médica o profesional, ignorancia o impericia inexcusable en el actuar del Hospital de Tomé y sus agentes en la atención, diagnóstico y tratamiento de la afección por la que concurrió la paciente. Por el contrario, de todos los antecedentes ponderados, emana una total incertidumbre acerca de la real causa u origen de la infección sufrida por la actora en su glúteo izquierdo. Tampoco está demostrado, de modo cierto, la hipótesis de que sólo la inyección puesta, fue la causa de dicha infección, ni la relación de causalidad entre ese actuar y el mal producido posteriormente y que dicho mal haya sido producido en forma directa, inmediata y precisa, en forma tal que obligadamente deba excluirse la intervención de otros factores en el resultado producido”, rechazando en consecuencia la demanda.

En segunda instancia, la Corte consideró que “producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de éste (del operador). Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la infección es previsible y evitable. De esta manera, correspondía a la demandada probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a la falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada”. Luego da paso al fundamento jurídico al sostener que la demanda afirma su pretensión tanto en normas de derecho público como de derecho privado y que las disposiciones propias del derecho público invocadas “efectivamente establecen lo que algunos autores califican como responsabilidad objetiva; pero reconociendo que en esta materia adquiere una tonalidad propia no enteramente idéntica a la mera causalidad material y exigiendo en todo caso relación de causalidad entre el daño producido y la acción dañosa, pues frente a la complejidad de tal noción su configuración se dejó entregada a la jurisprudencia”. Finalmente, afirmó que “se ha probado la falta de diligencia y cuidado de funcionarios del Hospital de Tomé al colocar una inyección que causó un absceso a la demandante que le causó daños”, acogiendo luego la demanda.

En sentencia de 11 de agosto de 2003 la Corte Suprema asume que el fallo recurrido estableció como hecho la falta de diligencia y cuidado de un dependiente del Servicio demandado y que aquello causó el daño reclamado, y que el recurso no fundamentó “el quebrantamiento de normas que hayan decidido el pleito”. Y sin entrar en el fondo del asunto, afirmó que “en todo caso, no se aprecia la inversión de la carga de la prueba denunciada por el recurrente, desde que correspondía a la demandada acreditar que el absceso sufrido por la actora se debió a su propia conducta culpable o negligente y no al accionar del dependiente del Servicio demandado”.²⁰⁴

²⁰⁴ Muñoz Oliva con Servicio de Salud de Talcahuano, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción 27 de Enero de 2003, Sentencia de la Corte Suprema 11 de agosto de 2003. (Rol N° 1.175-03).

c) El deber de informar y el consentimiento informado

Calificado por algunos como el “derecho estrella” de los pacientes, el derecho a la información, con su contrapartida del deber médico de informar, es el presupuesto esencial del ejercicio del derecho a la autonomía personal llamado consentimiento informado.

Es considerado un acto clínico más y en general, se describe como un proceso que en primer lugar, obliga al médico tratante, responsable de la atención, a informar de los riesgos, beneficios y demás circunstancias relevantes relacionadas con la situación de salud del paciente y con la intervención propuesta, para que de acuerdo a su criterio y convicciones personales, decida libremente si se somete o no a la intervención sugerida²⁰⁵.

No es tarea de este trabajo describir toda la problemática del consentimiento informado, que implica determinar quién tiene el deber de informar, quién tiene el derecho a prestar su consentimiento, la voluntad por subrogación, la situación del menor adulto, las voluntades anticipadas, la relación entre la falta de consentimiento y la ocurrencia de eventos adversos, negligentes o no, consecuencias previsibles o extraordinarias, etc²⁰⁶. Baste simplemente esta enumeración para abrir la puerta de una infinidad de problemas que no encontramos aún en los asuntos ventilados ante nuestros tribunales²⁰⁷, pero que no podemos descartar para el futuro, pues el consentimiento informado, como emanación del principio de autodeterminación, libertad de conciencia, autonomía y dignidad personal, pugna por lograr su reconocimiento, tanto en el ambiente legislativo como en la cotidiana práctica asistencial en Clínicas y Hospitales.

La falta de información o la información defectuosa, puede ser considerada una fuente de responsabilidad propia y autónoma de las prestaciones sanitarias, pues forman parte del fenómeno de “propietarización” de los derechos, en que su sola infracción es indemnizable, pues la violación de un derecho se constituye *per se* en un daño para la víctima, más aún si el violador es un agente del Estado.

Tanto es así que para la doctrina española “hablar de responsabilidad patrimonial a propósito del consentimiento informado nos lleva a la idea de un funcionamiento anormal del servicio público sanitario”²⁰⁸. Pero no sólo se trata de un derecho humano cuya

²⁰⁵ Martín Gámez, citado por Requero Ibáñez, lo define como “el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud de la cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad”.

²⁰⁶ Una interesante discusión se ha producido a propósito de las acciones *wrongful birth* o *wrongful life* y que se han dado a propósito de intervenciones quirúrgicas de esterilización o anticonceptivas con resultado negativo, o la más dramáticas situaciones en que el error o la omisión del resultado en exámenes intrauterinos impidieron el “derecho a abortar” en caso de hijos con síndrome de down o malformaciones graves.

²⁰⁷ Campillo Mañán con Servicio de Salud Concepción es la única sentencia que, aunque sólo sea tangencialmente, comenta que se realizó una intervención quirúrgica sin consentimiento.

violación implica el surgimiento de responsabilidad. El consentimiento informado implica la traslación de la responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención, del médico al paciente; lo que no implica que surja un derecho a la irresponsabilidad profesional o institucional, sino que los riesgos propios de la intervención, informados adecuadamente al paciente, son asumidos por éste, y entre ellos, por cierto no está incluido el error médico o el funcionamiento anormal del servicio²⁰⁹ ²¹⁰.

En cuanto a las posibles consecuencias de la falta de consentimiento informado, resulta evidente la escasez de desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Chile, pero dado que en algún momento comenzará a ser un asunto de importancia, ya sea porque una posible ley de derechos y deberes de los pacientes pueda ser promulgada, o simplemente porque nuestros Tribunales se verán obligados a pronunciarse, enumeraremos brevemente, posibles consecuencias y características del consentimiento informado²¹¹ :

1° El consentimiento informado no supone, por sí sólo, la ausencia de responsabilidad.

2° El consentimiento informado se considera un elemento relevante para justificar o no el nexo causal.

3° La falta de consentimiento informado impide al paciente evitar un tratamiento agresivo innecesario.

4° También, impide conocer el alcance de los riesgos de una intervención conveniente, pero no necesaria, que son de este modo asumidas por el médico.

5° El consentimiento informado impide modificaciones no deseadas en el organismo, aún siendo el tratamiento necesario.

6° En sentido similar, el consentimiento informado impide el sometimiento a una arriesgada intervención quirúrgica sin conciencia de ello, aún siendo necesaria.

7° El consentimiento informado impide el sometimiento a tratamientos no deseados por razones ideológicas.

8° Es indemnizable el perjuicio moral de verse privado del derecho a la autodeterminación.

²⁰⁸ Requero Ibáñez, JOSÉ. "El Consentimiento Informado y la Responsabilidad de las Administraciones". En La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Cuadernos de Derecho Judicial I – 2002. Consejo General del Poder Judicial Madrid.

²⁰⁹ Ídem.

²¹⁰ En el mismo sentido Acosta Ramírez, VICENTE. Ob. Cit., plantea que "el consentimiento no es una autorización para justificar una actuación descuidada, sino que constituye una aceptación de los riesgos propios del tratamiento, de los riesgos inherentes a él, ajenos a la actuación del médico y de los cuales éste no responde, porque no ha habido culpa de su parte en el hecho de que se hayan producido."

²¹¹ Peces Morate, JESÚS. "Criterios Jurisprudenciales Actuales en Materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria".

9º La ausencia del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y como tal revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario.

3.2 CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

3.2.1 Caso Fortuito o Fuerza Mayor

La responsabilidad patrimonial del Estado es, a fin de cuentas, un tipo de responsabilidad extracontractual. Por esta razón, consideramos que no es posible sustraerla de la aplicación de las reglas generales cuando no esté especialmente regulada, ya que la seguridad jurídica y la aplicación de los principios generales así lo exigen. En este sentido, creemos que el criterio del hecho de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor, por afectar precisamente el vínculo causal, constituyen criterios de exclusión de la responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud.

De esta forma, la causal jurídica de exclusión de la responsabilidad es la inexistencia de vínculo causal, sin embargo y en esta parte sólo nos limitaremos a mencionar el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de la víctima, dejando para el apartado siguiente los razonamientos jurisprudenciales sobre inexistencia de la relación causal como criterio de exclusión de la responsabilidad de la Administración sanitaria.

En Chile, tradicionalmente no ha habido una distinción en torno a los efectos jurídicos del caso fortuito y la fuerza mayor, en contraste con la diferenciación propuesta por la doctrina española²¹²; pues si bien se distinguen ambos conceptos, se les otorgan las mismas consecuencias jurídicas. Esto sucede fundamentalmente porque el Código Civil en su artículo 45 habla de *fuerza mayor* o *caso fortuito* y lo define como aquel “imprevisto a que no es posible resistir” y da como ejemplos el terremoto, el naufragio o el acto de autoridad.

²¹² Recogida por distintas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se define como “caso fortuito” el “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”, distinguiéndolo de la “fuerza mayor”, entendida como “aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. Las consecuencias de dicha distinción implican que la Administración no responde sólo en caso de fuerza mayor, pues aún en caso de caso fortuito responde, pues aunque no tenga *culpa*, por aplicación de la interpretación clásica y dominante, la responsabilidad objetiva implica que no es elemento relevante si hubo o no, culpa de la Administración en la producción del daño. A pesar de lo dicho, también existe jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo que se aleja de este criterio considerando que el legislador las trata en un mismo artículo “bastando la existencia de una de ellas para que se produzca el supuesto de excepción [de responsabilidad]” (COMIGES CÁCERES, F. “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por Contagio de Hepatitis C”. Revista de Administración Pública Nº 155. mayo-Agosto, 2001).

Para la doctrina, el caso fortuito sería aquella eventualidad imprevista producida directamente por obra de la naturaleza, y la fuerza mayor estaría reservada para “aquellos otros que provienen de la voluntad de personas investidas de poder para regular la conducta ajena”, esto es, los actos de autoridad. También se sostiene que la expresión fuerza mayor está destinada a aquellos acontecimientos más trascendentes y el caso fortuito describiría aquellos de menor entidad o relevancia. RODRÍGUEZ GREZ si bien considera que estas distinciones no tienen fundamentos en la legislación chilena, toda vez que los referidos conceptos son sinónimos, atendido el tenor del artículo 45 del Código Civil, sostiene que ella puede servir para analizar la naturaleza del hecho y considera que “la fuerza mayor parece estar referida a una coacción de la voluntad que, por imperio del derecho, se ve forzada a proceder de la manera que la autoridad dispone. Por consiguiente, la voluntad queda jurídicamente anulada, siendo ilegítimo proceder de otra manera que no sea aquella prescrita por quien detenta el poder para normar la conducta ajena. Ciertamente, no sucede lo mismo con el caso fortuito, puesto que en este evento sobreviene un hecho de la naturaleza, al cual la voluntad no puede enfrentar, generándose un perjuicio cuyo antecedente causal no es otro que el indicado acontecimiento”²¹³.

Los efectos de esta conceptualización dicen relación con la posibilidad de ejercer las acciones para detener o anular el acto de autoridad que constituye la fuerza mayor, lo cual carece de todo sentido tratándose de un caso fortuito. En consecuencia, se define el caso fortuito como “un hecho de la naturaleza o del hombre (*sería el hecho de un tercero*) que no se ha podido (hecho de la naturaleza) o no se ha debido (hecho del hombre) prever, que se desencadena por causas ajenas a la voluntad de quien lo alega, interfiriendo la relación causal (que liga una conducta activa o pasiva con un perjuicio), y haciendo irresistible el efecto nocivo con el cuidado y la diligencia que imponen los estándares ordinarios prevalecientes en la sociedad civil en un momento y lugar determinados”²¹⁴.

A diferencia de lo ocurrido en Chile, aún cuando se reconoce que el legislador español no ha establecido criterios legales que permitan una distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, JORDANO FRAGA afirma que han sido la jurisprudencia y la doctrina quienes han elaborado estos criterios de distinción, siendo el más aceptado aquel que atiende “el hecho se produzca en la esfera de actividad del deudor o fuera de ella. Los integrantes de caso fortuito, aunque se confíe implícitamente en su no ocurrencia, suelen ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida, aunque esporádicos, en la actividad en que acaecen”. En cambio, “la fuerza mayor deriva de un suceso totalmente extraño a dicho círculo de actividad, el cual hace de acto de presencia de un modo inesperado, violento o insuperable”²¹⁵. “El caso fortuito puede actuar sobre la relación causal interrumpiéndola totalmente, de manera que exima de responsabilidad al agente, o bien puede ser inoperante su actuación con esta finalidad cuando al concurrir concausas en el conjunto de ellas no tiene una influencia decisiva sobre el resultado dañoso”²¹⁶.

²¹³ RODRÍGUEZ GREZ, P. “Responsabilidad Extracontractual”. Ed. Jurídica de Chile, 2002. P. 437.

²¹⁴ RODRÍGUEZ GREZ, P. “Responsabilidad Extracontractual”. Ed. Jurídica de Chile, 2002. P. 444.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

En cuanto al hecho de la víctima, nos enfrentamos a un complejo tema cuando de responsabilidad sanitaria se trata, pues resulta evidente que en un sinnúmero de ocasiones, es la propia víctima la que ha contribuido a provocar un estado de salud que la coloca en una situación de riesgo que le exige solicitar atención médica. Aunque ha sido moderada la regla romana que impide reclamar del daño a la víctima que es responsable de su origen, hoy se acepta que si bien puede romper el vínculo causal, en caso que no sea de tal envergadura, puede permitir una rebaja de la indemnización, pues atenúa la responsabilidad del agente.

Se ha planteado que las características del hecho de la víctima son: a) relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el perjuicio causado; b) el hecho de la víctima no puede ser imputado al demandado, es decir, que no sea éste quien lo haya provocado; y c) el hecho de la víctima debe ser culposo si también existe culpa del demandado.

3.2.2. Falta de la relación del vínculo causal

La existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de resarcir dicho daño²¹⁷. Sin embargo, “hay que reconocer que las dificultades nacen con el propio concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, agrupados en una o varias series, que, a su vez, pueden ser autónomas entre sí, o dependientes unas de otras, dotados en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal”²¹⁸.

GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que “una consideración abstracta del problema así planteado podría llevar a responder que cualquiera de estos hechos o condiciones, en la medida en que todos ellos contribuyen a producir el resultado final (...) deben ser calificados como causas. Así lo entiende la *teoría de la equivalencia de las condiciones*,

²¹⁵ ALBÁCAR LÓPEZ Y SANTOS BRIZ, “Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia”, tomo IV, Trivium, 3ª ed., 1992. Citado por JORDANO FRAGA, J. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas”, Revista de Administración Pública, Nº 149, Mayo-agosto, 1999.

²¹⁶ JORDANO FRAGA, J. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas”, Revista de Administración Pública, Nº 149, Mayo-agosto, 1999.

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS. “Curso de Derecho Administrativo II”. Ed. Civitas, tercera edición. P. 387.

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS. “Curso de Derecho Administrativo II”. Ed. Civitas, tercera edición. P. 388.

que cuenta con especial raigambre en el campo del Derecho Penal. No obstante lo anterior, es obvio que una aplicación rígida de esta tesis conduciría muchas veces a resultados difíciles de aceptar en términos de justicia”²¹⁹.

De forma contraria a lo recién expuesto, se ha afirmado “que para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo”²²⁰. Pero dado que esta solución no resuelve el problema, por la complejidad ilimitada de situaciones con múltiples factores causales y la necesidad de proteger a las víctimas, “no es de extrañar por ello (...) que la jurisprudencia renuncie a todo intento de categorización y se limite a resolver caso por caso, en función de las concretas circunstancias de cada uno de ellos, utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas por ello de flexibilidad suficiente”²²¹.

Esto es justamente lo que ha ocurrido en Chile. Por esta razón, revisaremos algunos ejemplos de sentencias que han rechazado la demanda por considerar que el nexo causal no ha sido suficientemente probado. Aún cuando, tal como vimos en el apartado anterior, es en la ocurrencia de un caso fortuito o la intervención de una fuerza mayor donde encontramos la causa de que falle el vínculo o relación causal que impide que nazca el deber de indemnizar, separamos este argumento, pues la jurisprudencia no ha considerado necesario acreditar caso fortuito o fuerza mayor para considerar que este vínculo no existe, y sólo se ha limitado a considerar que éste no ha logrado acreditarse y que por lo tanto no corresponde indemnizar a la víctima, aún cuando se haya probado falta de servicio.

Intentaremos describir la forma en que la jurisprudencia ha aplicado el razonamiento anterior con algunos ejemplos:

En septiembre del 2000 se le diagnosticó a una mujer, por su médico particular, neumonía intersticial sin gravedad y se le prescribió un tratamiento ambulatorio. En la madrugada del día siguiente se solicitó de urgencia su traslado al Hospital de Puerto Aysén por presentar un cuadro de deficiencia respiratoria. Al llegar al Servicio de Urgencia presentaba signos de encontrarse fallecida (sic), aplicándose maniobras de resucitación sin resultados positivos. Resultado final: al parecer habría muerto por un edema pulmonar severo con una falla cardíaca aguda. En cuanto a los hechos concomitantes, podemos mencionar los siguientes: se dio por acreditado (1) la llamada en tres oportunidades al Servicio de Urgencia, (2) que la ambulancia fue sin médico porque quien está de turno no puede salir del Hospital, (3) que la ambulancia hizo el recorrido completo en breve tiempo y (4) que la paciente ingresó con ausencia de signos

²¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS. “Curso de Derecho Administrativo II”. Ed. Civitas, tercera edición. P. 388.

²²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS. “Curso de Derecho Administrativo II”. Ed. Civitas, tercera edición. P. 388.

²²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS. “Curso de Derecho Administrativo II”. Ed. Civitas, tercera edición. P. 389.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

vitales. A continuación el sentenciador consideró, sobre la base de las pruebas presentadas, (1) Que no se logró acreditar la razón de la demora de la ambulancia en el domicilio de la afectada, (2) Que no está controvertido sin embargo que la ambulancia “carecía de la necesaria dotación de un médico o paramédico, personal habilitado para prestar las primeras atenciones”, y (3) “Que siendo dicho personal el técnicamente apto para superar con eficacia y eficiencia las situaciones de emergencia médica o para facilitar el éxito de la gestión hospitalaria que le sigue, tal carencia constituye un hecho de grave connotación, suficiente por sí mismo para hacer ineficaz la acción de salvataje médico destinada a asegurar la sobrevivencia de doña C.H.K.”.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, pues aún cuando consideró que había sido acreditada la falta de servicio, también estimó que no fue acreditado el vínculo necesario entre éste y el daño producido. En segunda instancia sólo se revocó la sentencia en lo que dice relación con las costas, ya que el tribunal consideró que hubo falta de servicio, y que ésta, en los términos de la ley de 18.575 “impone una responsabilidad de carácter objetivo de cargo del Estado en la medida que no está sujeta a la eventual falta personal de los funcionarios”, pero que ella no fue la causa determinante de la muerte de la paciente. Tanto la primera como la sentencia de segunda instancia que la confirma son del año 2003.²²²

Un segundo caso se dio en la XIIª Región. Una mujer embarazada, madre de tres hijos, luego de ser controlada de su embarazo en el policlínico de Punta Arenas, fue remitida a la Dirección de Alto Riesgo Obstétrico (DARO) del Hospital Regional Lautaro Navarro, por cuanto presentaba un cuadro de “colestasia intrahepática” con grave riesgo obstétrico. Después de varios controles e internaciones sucesivas, fue intervenida de urgencia mediante una cesárea; sin embargo la criatura nació muerta por asfixia intrauterina. Con posterioridad a estos hechos, la madre demandó civilmente a los médicos y solidariamente al Servicio, solicitando para éste la aplicación de las normas correspondientes. Más tarde se desistió de las acciones entabladas en contra de los demandados principales. El tribunal en primera instancia rechazó la demanda por no haber relación de causalidad acreditada y por no haberse probado fehacientemente que la causa de la muerte del mortinato haya sido producida por la actuación del servicio al no haber realizado la autopsia. La sentencia por un lado “reconoció” que la responsabilidad perseguida es de carácter objetivo y aludió (al parecer equivocadamente) a una responsabilidad contractual del Estado. Luego estableció que no se ha “logrado acreditar la existencia de un acto de omisión por parte de la demandada que constituya una falta de servicio de aquélla como la no atención solicitada o errores de diagnóstico y que, como consecuencia de la misma, se haya ocasionado un daño a la demandante y que tenga una relación de causalidad entre el acto u omisión y los perjuicios que se reclaman”.

La sentencia de segunda instancia, fechada en mayo del 2003, planteó que “de acuerdo a nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria se ha establecido que la responsabilidad extracontractual del Estado, por falta de servicio, reviste los caracteres de una responsabilidad legal objetiva, de garantía o de asistencia, consagrada por

²²² Novy Martinkova e hijos con Servicio de Salud Aysén, Rol N° 20.164-02.

razones de equidad” (...), “hay que prescindir de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público (dolo o culpa), que sí deberá estar relacionada con el servicio u órgano público y que exista una relación o vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido”. Citando a Silva Cimma el fallo sostiene también que la ley de bases ha consagrado un tipo de responsabilidad objetiva de derecho público. Luego dice que la falta de servicio se tipifica cuando un servicio no se presta, debiendo prestarse, o cuando otorgándose se hace en forma deficiente o extemporánea (cita además a López Santa María y Soto Kloss). Finalmente confirma la sentencia apelada y rechaza la acción por no existir el necesario vínculo de causalidad.²²³

Un tercer ejemplo lo encontramos en la jurisprudencia recaída en el caso de una mujer atendida por una apendicitis aguda complicada con absceso apendicular y peritonitis, que desencadenó la sepsis y una falla multisistémica, provocándole la muerte. La paciente fue operada satisfactoriamente; su post operatorio fue normal hasta el sexto día, y tras ser internada primero en el Hospital de Eduardo Pereira de Valparaíso, fue trasladada al Hospital Van Büren para una segunda intervención quirúrgica, “donde recibió la máxima atención que ese establecimiento puede brindar”. Si bien no hubo autopsia, por lo cual no se dispo la duda sobre la real causa de la muerte, el sentenciador consideró que el caso correspondería al 1% de mortalidad por apendicitis aguda o bien que el germen haya sido resistente a la terapia. Sobre la base del estudio de las fichas clínicas y el sumario administrativo, se llegó a la conclusión que “cuatro médicos diferentes en un período de una evolución muy enmascarada, al parecer, no pudieron detectar la existencia de una apendicitis primero y una peritonitis después, ello sólo fue posible con el decurso del tiempo y exámenes practicados” y que “del puro análisis de las fichas clínicas, que es la prueba que queda en ambos, es imposible deducir los motivos que dificultaron los diagnósticos”. Tanto el juez de primera instancia como la Corte de Apelaciones optaron por tomar como base las conclusiones del sumario administrativo, pues la complejidad de las fichas se transformó en un obstáculo casi infranqueable, como quedó de manifiesto en el considerando segundo de la sentencia de alzada: “En cuanto a la necesidad de leer todas las fichas clínicas, estos sentenciadores se quedan con las opiniones técnicas vertidas en el Sumario Administrativo en que se indica la complejidad que importan las mismas, ya que están llenas de abreviaturas y terminologías técnicas, que tienen más de una lectura y que sólo se pudieron detectar y aclarar con mucha dificultad. Huelgan los comentarios respecto a estos mismos hechos en relación a un juez de derecho abogado y no médico, como sería por ejemplo dilucidar la ficha clínica de fs. 45, partiendo de que fuera posible poder entender la caligrafía o la de fs. 40, o la de fs. 42, etc., esto sin afán de ironizar ya que el caso de manera alguna lo amerita, o el análisis y conclusiones de los resultados de exámenes médicos de laboratorios”.

En lo estrictamente jurídico, la Corte consideró que atendido el que en “autos lo que se ha planteado en la demanda es lo que los actores estiman llamar responsabilidad objetiva, y que en la especie corresponde a una mala atención”, razona la Corte entendiéndolo que la mujer sufrió un colapso generalizado lo que produjo el fallecimiento

²²³ Navarro Maldonado con Román Carrasco y Álvarez Latorre y demandado solidario Servicio de Salud Magallanes. Sentencia de primera instancia de 15 de Octubre de 2002. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 06 de Mayo de 2003.

fue un shock séptico, al parecer originado en unos cuerpos microscópicos de bacterias, que todo ser humano porta, llamado Gram, y que esto es un problema fáctico, pues considera que está “suficientemente probado que la enfermedad fue de un diagnóstico de difícil precisión, en que como se dijo, un médico especializado y con mucha experiencia acierta entre un 75 y 80% lo que significa que hay entre un 20 y 25% de veces del promedio de los médicos más calificados no sólo de Chile sino que de cualquier país del mundo, quienes no pueden detectar una apendicitis; esto corresponde al límite de las capacidades humanas y ello no linda ni con la falta de servicio, ni con la negligencia, ni con la culpa, ni con el dolo, este es un hecho de la causa; a lo anterior es necesario agregar que la mayor dificultad de una apendicitis está en los síntomas engañosos, que se traduce en que aproximadamente el 60% de las personas que portan un proceso de apendicitis en desarrollo no presenta los síntomas limita con el ser de la naturaleza y nada tiene que ver ni con la culpa, ni con la negligencia, ni con la falta de servicio, ni con el error humano, ello es consecuencia de la manera como es el mundo en que vivimos” y que “en el caso de autos, sólo se trata de situaciones que están más allá de la capacidad promedio y normal de cualquier actividad humana”²²⁴ .

Por último, aplicando normas civiles en el caso de una mujer con 38 semanas de embarazo con síntomas de presión arterial alta y edema en sus extremidades es atendida en el Hospital Regional de Antofagasta a indicación de su médico particular, que es devuelta a su casa en tres oportunidades, tras constatar sangramiento vaginal y fuertes dolores concurre a su médico y éste diagnostica la muerte del feto, atendida en el Hospital nuevamente, acusa demora en la atención; la Corte absuelve al Servicio de Salud, pese a que el fallo del Tribunal a quo había condenado al Servicio Público, pues se considera que el informe pericial es esencial pues “serán los profesionales médicos con especialidad en obstetricia quienes deberán juzgar las actuaciones de los demás profesionales en la atención del embarazo que portaba la actora”²²⁵ .

3.2.3. Falta de Recursos

En Chile, España e incluso en Estados Unidos, el sistema público de atención de salud es presionado por dos tipos de eficiencia, que muchas veces se enfrentan: la económica y la sanitaria. Es por ello que hemos dedicado un acápite especial al problema de la falta de recursos como argumento de defensa judicial, reconocimiento que la propia doctrina y a veces la jurisprudencia hacen de esta situación un argumento válido al momento de evaluar la responsabilidad del Estado.

El Artículo 11 de la ley 18.469²²⁶ establece en su artículo 11 que las prestaciones comprendidas en el Régimen se otorgarán por los Servicios e Instituciones que dependen del Ministerio de Salud, de acuerdo con el decreto ley N° 2.763, de 1979 y que dichas

²²⁴ Quezada Guzmán con Servicio de Salud. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 02 de septiembre de 1999 y Sentencia de la Corte Suprema, que rechaza los recursos sin entrar a fondo del asunto, de 27 de abril de 2000. Rol. N° 3869-99

²²⁵ Rojas Filiberto con Servicio de Salud Antofagasta, Rol N° 17.130. La sentencia de 1ª es de 14 de agosto de 2002, la de segunda es de 26 de agosto de 2003 y la de casación es de 09 de Octubre de 2003.

“prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados”.

Ocasionalmente las defensas de los Servicios de Salud, han basado sus argumentaciones en este artículo, aduciendo que el legislador de alguna manera ha reconocido que sólo con los recursos que se disponen, puede atenderse a la población y que exigir más allá de lo que dichos Servicios puedan conceder, es improcedente. Por regla general, los Tribunales no han aceptado esta argumentación, y en la doctrina encontramos comentarios en sentido similar. Por ejemplo, la opinión del profesor López Santa María es categórica e ilustrativa: “Los damnificados no tienen porqué sufrir las consecuencias de errores en la distribución del Presupuesto Nacional”²²⁷.

A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Corte Suprema que rechazó el recurso del Servicio Público en el caso “Hernández con Servicio de Salud”. Y se basó en el artículo 11 antes citado, para explicar, entre otras razones, la existencia de enfermedades o infecciones intrahospitalarias. En el considerando décimo de la sentencia, la Corte planteó que “en cuanto al análisis del último de los fundamentos del recurso, cabe señalar que se atribuye también a la sentencia recurrida el haber cometido infracción a la ley por haber omitido aplicar el artículo 11 de la ley N° 18.469, publicada el día 23 de noviembre de 1985, que contiene el estatuto que reguló el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y creó un “Régimen de Prestaciones de Salud”. En este punto, el recurrente afirma que el ordenamiento jurídico nacional no le ha impuesto como un deber el impedir la existencia de infecciones intrahospitalarias en los establecimientos de su dependencia, por lo que no podría imputársele responsabilidad respecto del daño que debido a una de esas infecciones sufrió la demandante. A este respecto cabe señalar que si se examina el desarrollo expositivo de la causal de nulidad invocada, se advierte que el recurso se limita a describir parcialmente, en forma textual, el contenido del aludido precepto legal, discurrendo a continuación sobre su concordancia con el predicamento enunciado. Ahora bien, la normativa señalada, en los dos incisos cuya falta de aplicación se reprocha al fallo recurrido, reza textualmente (*y cita el artículo 11 de la ley N° 18.469*)” y continúa planteando que “un ligero ejercicio interpretativo de la parte transcrita del aludido precepto, nos permite descartar de plano la aplicación del inciso primero del mismo, por su clara impertinencia con la materia específica debatida en autos. En efecto, como se desprende de su tenor literal, tal disposición se limita, de manera general, a encargar el otorgamiento de las prestaciones de salud a que se refiere el Régimen que la misma ley crea en otras normas del mismo cuerpo legal, a los Servicios e Instituciones que dependen del Ministerio de Salud, de acuerdo con el decreto ley N° 2.763, de 1979. Por su parte, la materia regulada en el inciso segundo de dicha norma legal se constriñe únicamente a enunciar, los recursos profesionales, técnicos y administrativos de que dispondrán los servicios de salud para conceder las prestaciones

²²⁶ Ley N° 18.469. Publicada en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1985. Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud.

²²⁷ López Santa María, JORGE. Ob. cit.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

a los usuarios del sistema. De modo que, atendidos sus claros términos, tampoco es posible extender su ámbito de aplicación a los extremos que pretende el recurrente, en cuanto afirma que tal precepto lo excusaría legítimamente de su obligación de ejecutar acciones tendientes a evitar la producción de infecciones intrahospitalarias, ya que en parte alguna del precepto el legislador se refirió a tal exoneración. Por lo tanto, por tratarse de una norma legal ajena al aludido especial aspecto de la controversia, no es posible, entonces, concluir en que se ha incurrido en un error de derecho o que se ha cometido una infracción de ley por su falta de aplicación. Aparte de ello, al exponerse el mencionado fundamento, el recurso omite todo análisis acerca de la forma en que el vicio que le atribuye a la sentencia habría influido en lo dispositivo de la misma, por todo lo cual no es posible acoger tales planteamientos”²²⁸.

Es justamente por la opinión mantenida por la doctrina y la jurisprudencia frente a esta argumentación, que resulta llamativo encontrar sentencias recaídas en sendos Recursos de Protección, que de alguna manera reconocen la validez del argumento de la falta de recursos a la hora de evaluar el desempeño de los Servicios de Salud. Así tenemos el fallo recaído en un recurso de protección intentado por el Colegio Médico de Chile, Regional de Valparaíso, a propósito de las listas de espera en el Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar. En este caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso “sólo en cuanto deben ellos (SEREMI y Servicio de Salud), dentro de las atribuciones que les competen, tomar las medidas correspondientes para dar una pronta solución a la existencia de la lista de espera del Hospital Gustavo Fricke”.

Pero la Corte Suprema eliminó las argumentaciones cuarta, quinta, sexta y séptima y sólo tomó en cuenta el voto de minoría; en consecuencia el recurso fue finalmente rechazado bajo la siguiente argumentación: “Que del mérito de los informes de los recurridos se desprende que existe un criterio para la atención de operaciones de los pacientes que se materializa en una política de Bases y estrategias de Salud Regional la que se encuentra bajo supervisión y que en dicho caso se ve limitada por la disponibilidad presupuestaria, lo que no depende de los recurridos. Del informe de fojas 25 se desprende que si bien existe lo que se denomina “operaciones electivas” debe considerarse que el Fondo Nacional de Salud no financia el costo total de dichas operaciones lo que (Fs. 39 vlta.) conlleva deterioro económico para el Servicio de Salud, y ello deja en evidencia limitaciones de presupuestos que no son de su responsabilidad, no habiéndose acreditado que los procedimientos en comento y contra los cuales se reclama sean arbitrarios o ilegales”.²²⁹

En un sentido similar se pronunció la Corte de Apelaciones de San Miguel frente a un Recurso de Protección presentado por un paciente que esperaba una intervención quirúrgica. Si bien durante la tramitación de éste, se brindó al recurrente la atención correspondiente, es interesante rescatar lo planteado por la Corte en sus considerandos

²²⁸ En el mismo sentido se pronuncia en el caso Olivos Estroz con Servicio de Salud Metropolitano Norte.

²²⁹ Recurso de Protección Colegio Médico Regional Valparaíso en contra del Secretario Regional Ministerial de Salud y del Director del Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 06 Febrero de 2001. Sentencia de la Corte Suprema de 05 Marzo de 2001.

3° al 5°. En ellos se planteó lo siguiente: “3. Que en la especie, de acuerdo a los antecedentes acompañados, se concluye que el recurrente ha sido atendido y sometido a exámenes en numerosas oportunidades producto de las dificultades técnicas derivadas de la diabetes y de la anatomía del paciente. 4. Que en la especie se ha acreditado que al recurrente se le ha brindado atención médica de acuerdo a las posibilidades materiales del establecimiento asistencial, correspondiéndoles a los médicos determinar la oportunidad en que ha de efectuársele la intervención quirúrgica que reclama. 5. Que por las razones anteriores, ha de rechazarse el recurso, ya que la autoridad de salud sólo incurriría en un acto u omisión arbitrario o ilegal, cuando contando con los recursos materiales y humanos se negare injustificadamente a proporcionar atención a los enfermos, y que no es, como se ha acreditado, el caso en autos”.²³⁰

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar un recurso de protección incoado por enfermos de VIH/SIDA en su considerando 8° plantea “que no se ha comprobado de parte de los Servicios y Ministerio recurridos ningún acto arbitrario e ilegal, y que, al contrario, se ha proporcionado por éstos, a ambos recurrentes, la asistencia acorde con las exigencias de su enfermedad, lo que obviamente ha debido ceñirse a las políticas y a los planes y programas estructurados por el Ministerio de Salud, todo dentro de lo que en la práctica han permitido los recursos terapéuticos y económicos disponibles, en relación a la demanda de la clase de pacientes y enfermos de que aquí se trata”²³¹.

Por último, sin aceptar necesariamente la aplicación del mentado artículo 11 de la ley 18.469, es importante destacar aquí lo establecido por la I. Corte de Apelaciones de Concepción en la sentencia del caso “Barros con Servicio de Salud Bío Bío”. En ella se reconoció, de alguna manera, la realidad del funcionamiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud y la graduación del estándar exigible de acuerdo a los distintos niveles de complejidad de los establecimientos de salud que lo conforman.

Fallece camino al Hospital de Los Ángeles el menor A.A.D.B., cinco años de edad, con múltiples malformaciones que afectaban su sistema respiratorio, es atendido en el Hospital de Laja por crisis respiratoria en la madrugada del 11 de Julio de 1996, se le da tratamiento de oxigenación y el médico decide no trasladarlo aún, lo deja en observación para que a las 08.00 a.m. el médico del turno lo examine nuevamente, el médico le receta salbutamol, pero en el hospital no hay, al cambio de turno, el auxiliar paramédico procede a nebulizarlo y llama a otro médico, el que dispone su traslado al Hospital de Los Ángeles, lo que sólo ocurre una hora y cuarto después. La ambulancia iba con otros pacientes, sin asistencia médica ni oxígeno, pasó a buscar a dos pacientes antes de emprender rumbo a Los Ángeles, el menor llegó muerto al Hospital, previamente la madre, a instancia del paramédico intentó darle respiración boca a boca. Tanto en

²³⁰ Recurso de Protección Marambio Leiva, Ramón con Servicio de Salud Metropolitano Hospital San Borja, Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel de 13 Noviembre de 1992. Sentencia de la Corte Suprema de 02 Diciembre de 1992 (Rol 20.105). Publicada en la Revista Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, N° 3 (Septiembre – Diciembre) Sección 5, Año 1992.

²³¹ Recurso de protección enfermos VIH/SIDA en contra del Ministerio de Salud y del Servicio de Salud Metropolitano Occidente. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de mayo de 2002. Número de Ingreso 2138-2002.

primera como en segunda instancia se absolvió al Servicio puesto que se tuvo en cuenta el hecho que el hospital es tipo 4 y el esfuerzo que hicieron los médicos y funcionarios fue de acuerdo a la realidad de dicho servicio público.

Primero plantea que “existe consenso que hay falta de servicio en las siguientes situaciones: a) cuando no ha funcionado, existiendo el deber funcional de actuar; b) cuando el Servicio ha funcionado, pero deficientemente; y c) cuando ha funcionado, pero tardíamente. Naturalmente, el peso de la prueba incumbe a quién sostiene que el órgano público se encuentra en alguna de las siguientes hipótesis precitadas. La falta de servicio, en las hipótesis indicadas, tiene sustento positivo en el artículo 1º de la Constitución Política de la República y en el artículo 5º de la ley 18.575”. Luego afirma que “el juez a quo determinó que no existe responsabilidad en los hechos atribuidos en estos autos al servicio público demandado, razonamiento que se encuadra dentro de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual civil clásica conforme a las normas de los artículos 2314 del Código Civil. Esta Corte comparte el parecer del juez a quo en cuanto no existe la responsabilidad que persigue a la demandada, pero porque no se encuentra en ninguna de las hipótesis precitadas de falta de servicio”.

Continúa la I. Corte de Concepción señalando que “para apreciar adecuadamente si existe o no responsabilidad del órgano público demandado, es de rigor tener en cuenta que se trata de un hospital tipo 4; o sea, de un centro asistencial que conforme a la complejidad de la atención de salud es de nivel secundario: hospitalización de pediatría, medicina interna y obstetricia, proporcionada por médicos generales. De acuerdo al sistema de atención de urgencia del hospital, se encuentra clasificado como sistema 3, lo cual implica que en estos establecimientos las urgencias internas y externas se atenderán con sistemas de llamada cuando éstas ocurren en horas distintas del horario habitual (se llama al médico que se encuentra fuera del hospital para que concurra a éste a atender la urgencia presentada)”. Continúa la Corte utilizando expresiones tales como “el menor fue atendido dentro de las posibilidades del hospital” y que “el médico obró de acuerdo a su grado de experiencia, a la compleja sintomatología del paciente, a las condiciones materiales del hospital, teniendo en cuenta que el enfermo se encontraba hospitalizado. En fin, el médico obró conforma la *lex artis*. Nada pues, puede reprochársele al médico ni al hospital.”²³²

3.2.4 Estado del conocimiento o riesgos del desarrollo

Bajo esta denominación, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas desarrollaron los cimientos del artículo 141.1 introducido a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en 1999. Y aún cuando en Chile no ha habido un desarrollo jurisprudencial relevante respecto de lo que implica aceptar la causal genérica de “estado del conocimiento” para excluir la responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud, se ha alegado tanto respecto de las demandas por infecciones intrahospitalarias como en el caso de la célebre sentencia recaída en el contagio de VIH/SIDA por transfusión de

²³² Barros Salamanca con Servicio de Salud Bío Bío. Sentencia de primera instancia de 05 de marzo de 2002. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de Agosto de 2004.

sangre en 1985.

Describiremos sus elementos más importantes, pues a partir de la vigencia de la ley N° 19.966, el legislador, adelantándose a la jurisprudencia y doctrina nacionales, ha establecido como causal de no indemnización, los daños *que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos*²³³.

Por lo anterior, describiremos brevemente la discusión que en España ha suscitado el mencionado artículo 141.1 de la LRJPAC, el cual recogió por un lado un principio largamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia desde la vigencia del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España y al mismo tiempo la expresión más reciente denominada “riesgos del desarrollo”. Dice este artículo: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Dada la evidente similitud entre los textos de la ley española y nuestro artículo 41 de la ley N° 19.966, nos interesa recoger algunos elementos normativos relevantes de dicha norma, y aún cuando existen otros aspectos que a la doctrina española le han parecido relevantes en esta materia, nos limitaremos al problema del significado de la expresión, pues el problema de la carga de la prueba lo vemos, en principio, resuelto con la disposición del Código Civil y la interpretación que de ella han hecho nuestra doctrina y jurisprudencia tradicionales. Esto es, que sin lugar a dudas corresponde la carga de la prueba a la Administración Sanitaria, por aplicación del principio de carácter probatorio, recogido en el Código Civil, en el sentido que la existencia de las obligaciones y su extinción corresponde probarlas al que alegas aquellas o ésta²³⁴.

La pregunta fundamental está dada por la necesidad de descubrir el contenido o significado de la sentencia “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica”.

Creemos que el legislador, al plantear esta expresión, lo que hace por un lado, es reconocer su incapacidad para prever todas las circunstancias, en el presente y a futuro, bajo las cuales puede surgir la responsabilidad extracontractual de la administración, y por el otro, apela a la comunidad científica para que finalmente dirima respecto de los casos particulares, el estado del conocimiento en el momento determinado en que sucedieron los hechos. La figura anterior, es en parte lo que hoy hacen los jueces cuando frente al actuar médico y su incapacidad para determinar si éste fue negligente o no, apelan a las reglas de la *lex artis*, utilizando especialmente el informe del Servicio Médico Legal.

²³³ Artículo 41 de la ley N° 19.966.

²³⁴ Art. 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

Del análisis de lo expuesto surgen las siguientes preguntas: ¿Cómo la comunidad científica puede informarnos acerca del estado de los conocimientos en un momento determinado?, y ¿quién o quiénes constituyen esa comunidad científica que aportará la información tan relevante que permitirá resolver si una persona debe o no ser indemnizada?

Para acercarnos a una respuesta necesitamos comprender la noción de paradigma o matriz disciplinar, entendida ésta como el marco teórico común o consenso tácito o explícito que delimita el trabajo de una comunidad científica determinada. “Este consenso puede no existir, como ocurre siempre en las ciencias todavía no maduras. Y puede también romperse, lo que tiene lugar en momentos de crisis cuando las anomalías resultan ya insostenibles, en cuyo caso, para restablecer el consenso resulta necesario la aceptación de un nuevo marco teórico”²³⁵. A partir de esto, podemos distinguir entre saber convergente y saber divergente, siendo el primero aquel “sobre el que hay consenso, y que se mueve en la línea de ese marco teórico o matriz disciplinar que da unidad a los miembros de la comunidad científica de que se trate”. Al contrario, saber divergente “es el saber nuevo, posiciones novedosas que rechazan las ideas al uso y marcan direcciones nuevas; es patrimonio de unos pocos y en contraste con el saber establecido”²³⁶.

A partir de entonces la jurisprudencia española se ha aventurado en aclarar, primero, que el estado de la ciencia o la técnica no es el estado de la legislación en el área determinada, pues plantea que ciencia es “saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos”. Luego distingue, tal como lo hace el legislador, a la técnica, y la describe como “un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar un determinado fin (...); y en ese sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia (...); y la técnica es también, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación”²³⁷. El máximo tribunal español determinó que la relación entre ciencia y técnica no es simplemente lineal y ambas pueden preceder cronológicamente bajo supuestos distintos. En seguida, planteó que el legislador, al hablar de estado de la ciencia o la técnica, lo que hace es reconocer que ellas están sujetas a un devenir, a una evolución en el tiempo y que “en consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su ‘avance’ constante, pasan por diversos ‘estados’ cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica –analizando la serie completa de esos distintos ‘estados’- o sincrónica – estudiando un ‘estado’ determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado”²³⁸.

²³⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “Derecho Administrativo Español”. Eunsa, Pamplona, 1993. p. 474.

²³⁶ PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco. “Responsabilidad por Acto Sanitario y Progreso de la ‘Ciencia’ o de la ‘Técnica’”. Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 104, Octubre/Diciembre 1999.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999. Sala 3ª, Sección sexta (recurso de casación Nº 2132/1995).

En efecto, el estado del conocimiento no dice relación con la comprensión que la Autoridad tenía de un problema o de las maneras para remediarlo²³⁹, sino más bien se refiere a que se debe recurrir a la voz de los científicos para determinarlo. Con ello pasamos al siguiente problema, ¿quién debe acreditar el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica y de qué manera?

Resulta relevante recordar lo resuelto por nuestra jurisprudencia, que en un caso de contagio con VIH/SIDA, “Uribe contra Fisco de Chile”, del año 1995, sostuvo que “Respecto del demandado principal, que lo es el Fisco de Chile; existen antecedentes, instrumentos y testimonios que prueban que, al 7 de Julio de 1987, el SIDA era una enfermedad conocida en Chile; que su detección era posible mediante la practica del test Elisa, y que correspondía al Ministerio de Salud adquirir los implementos y reactivos para detectar la enfermedad, poner esos elementos a disposición de los Servicios de Salud Regionales y dar las instrucciones para su uso”. Las dos conclusiones fundamentales fueron entonces: el SIDA era, a la fecha del contagio, una enfermedad conocida, detectable y prevenible, y dos, que el Ministerio de Salud sabía esto y estaba en condiciones de implementar las medidas preventivas adecuadas.

Corresponderá a la Administración intentar demostrar que el estado de los conocimientos permite excluir su responsabilidad indemnizatoria, ¿cómo lo hará?: aportando los antecedentes que estime conveniente. ¿Y cuáles serán aquéllos?. El legislador no ha dado pautas, por lo que consideramos que hasta el momento los Tribunales y Cortes Superiores se han conformado con el informe técnico que se les acompañe, en la medida que venga avalado por alguna Universidad o centro de estudios legitimado, o por un académico respetado. Sin embargo, no pareciera que éste sea el camino más adecuado, pues la propia jurisprudencia debiera darse criterios objetivos para considerar suficientes los antecedentes acompañados.

Volviendo al régimen español, podemos afirmar que la consagración de la exclusión de los riesgos del desarrollo ha estado lejos de provocar unánime aceptación por parte de la doctrina, y las distintas interpretaciones que ella ha sido objeto, revelan no sólo lo escurridizo del concepto sino también el conflictivo trasfondo doctrinario que subyace en ellas.

La consagración legislativa de los riesgos del desarrollo, tiene su origen en las discusiones provocadas a partir de los contagios de enfermedades infecciosas ocurridas en hospitales, especialmente públicos, de la Unión Europea desde principios de la década de los '80. El virus de la hepatitis C, el VIH y luego la *aspergillus* y la *legionella*, fueron transmitidos a un número importante de pacientes, provocando múltiples reclamaciones indemnizatorias frente a las administraciones sanitarias, fundadas en la

²³⁸ Ibid, STS

²³⁹ Al respecto es interesante ver cómo los Tribunales, en Francia, a propósito del escándalo de la sangre contaminada, registrándose variaciones jurisprudenciales a propósito de fijar una fecha entre el derecho a ser indemnizado y la ausencia de tal derecho sólo porque a partir de ella consta la certeza acerca del conocimiento que la Autoridad tuvo del riesgo de que la sangre realmente estuviere contaminada o de los mecanismos para detectar el VIH en la Sangre, al respecto ver CUETO PÉREZ, M. Op. Cit. Pág. 439 y ss.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

responsabilidad patrimonial en que incurrieron ²⁴⁰. Sin embargo, tal como lo señala COMIGES CÁCERES, tanto un sector importante de la doctrina como una parte considerable de los tribunales, no modificaron de modo sustantivo sus postulados anteriores en relación a la carga de la prueba y los efectos de esta causal de exclusión de responsabilidad ²⁴¹.

JORDANO FRAGA ha sido uno de los principales críticos a la incorporación de los *riesgos del desarrollo* como causal de exclusión de la responsabilidad de la Administración en los términos planteados. A partir de la exposición de motivos que acompañó la incorporación de la mencionada enmienda al artículo 141.1 de la LRJPAC, que reconocía que “se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad”, consideró que el esfuerzo del legislador por enfrentar el tema de los riesgos del desarrollo bajo el prisma de la fuerza mayor, no sólo constituye un error en el sentido de estimar que ésta como causal de exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración es un supuesto distinto ²⁴² y con características especiales, que incluso lo distinguen de aquella entendida desde el punto de vista simplemente civil, sino que además de ser un error conceptual, constituye un subterfugio “que ha ido más allá de lo constitucionalmente permitido estableciendo una cláusula excluyente de pretendidos supuestos matizados de fuerza mayor en realidad bajo la cobertura de los artículos 9 y 106.2 CE. Faltaría en este nuevo supuesto identificado de ‘fuerza mayor’ en todo caso la nota de la exterioridad como elemento fundamental de la distinción: puede haber eventos imprevisibles e inevitables en los que se afirme la responsabilidad por no existir fuerza mayor pese a la ausencia total de culpa” ²⁴³.

Para comprender el trasfondo de las críticas planteadas en este aspecto, debemos recordar que la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, si bien se ha efectuado conforme a variados criterios, que van desde aquél que afirma que esta distinción “radica en que la primera es imprevisible e inevitable, mientras que el caso fortuito es previsible pero inevitable”, a aquella que “recurre al criterio de la exterioridad o interioridad del acaecimiento respecto a la actuación del sujeto para distinguir la fuerza mayor y el caso fortuito” ²⁴⁴. DESDENTADO BONETE afirma que éste último criterio ha sido el acogido por la doctrina científica administrativista y la jurisprudencia contencioso-administrativa, y

²⁴⁰ COMIGES CÁCERES, F. “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por Contagio de Hepatitis C”. Revista de Administración Pública Nº 155. mayo-Agosto, 2001.

²⁴¹ COMIGES CÁCERES, F. “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por Contagio de Hepatitis C”. Revista de Administración Pública Nº 155. mayo-Agosto, 2001.

²⁴² En sentido similar se manifiesta ESTEVE PARDO, J. “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

²⁴³ JORDANO FRAGA, J. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas”. Revista de Administración Pública, Nº 149, Mayo-agosto, 1999. Concluye afirmando que “la nueva regulación contradice de modo frontal el artículo 106 CE” y que esta decisión del legislador ha iniciado “la demolición del sistema objetivo de responsabilidad de las Administraciones Públicas constitucionalizado”.

que por esta razón es “más fácil advertir que la exclusión de responsabilidad prevista en el nuevo art. 141.1 no es una mera especificación del concepto de fuerza mayor, sino de algunos supuestos de caso fortuito”²⁴⁵.

En otro orden de ideas, ESTEVE PARDO se suma a los críticos de esta nueva normativa, pero desde un punto de vista distinto, considera que la consagración legal de la exclusión de la responsabilidad por los riesgos del desarrollo, es al fin de cuentas, la protección de la ignorancia y que ella “no presiona en absoluto, antes al contrario, para que se avance en el conocimiento previo de los riesgos que una actividad puede generar. Poco interés tendrán, en efecto, quienes desarrollan una actividad con un posible margen de riesgo en conocer potenciales efectos dañinos si el desconocimiento de los mismos les exime de responsabilidad. Poco interés tendrán en promover una investigación que pueda ser muy costosa sobre los riesgos de nuevas tecnologías y productos si esa investigación, y los conocimientos que se adquieran, pueden volverse en su contra al desactivarse así una excepción tan paradójica en nuestra sociedad –que también se ha dado en llamar, por otros motivos, la sociedad del conocimiento- como es la ignorancia”²⁴⁶.

Para entender el trasfondo de esta crítica debemos detenernos en el camino seguido por el problema de los riesgos del desarrollo en el ámbito civil, hasta su incorporación al régimen de derecho público sobre responsabilidad de la Administración.

Las sociedades modernas, a la vez que han tenido extraordinario éxito para controlar los riesgos que la propia naturaleza cierne sobre la especie “seres humanos”, han venido a reemplazarlos por otros más complejos y variados, al extremo que se ha acuñado esta expresión, para definir al mundo actual como “la sociedad del riesgo”²⁴⁷. En este sentido, el acelerado progreso científico y tecnológico proporciona avances impresionantes, creando escenarios respecto de los cuales desconocemos algunos o todos los posibles riesgos que ellos implican. En efecto, “la incerteza que se cierne en torno a los efectos de los procesos industriales, productos, instalaciones y demás intervenciones de la técnica en un mundo saturado de ella es un problema complejo y de gran relevancia para el Derecho que se plantea con especial agudeza en dos momentos: uno es el de la adopción de decisiones y otro el de la responsabilidad por daños causados en entornos de incerteza, considerando en cualquier caso que esos daños, si se deben a una

²⁴⁴ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. “*El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la seguridad social con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de servicios sanitarios*” (En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*. Cuadernos de Derecho Judicial I-2002. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002).

²⁴⁵ DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA. “*El reintegro...*”.

²⁴⁶ ESTEVE PARDO, J. “*La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

²⁴⁷ ULRICH BECK, “*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*”. Frankfurt am Main, 1986. Citado por ESTEVE PARDO, J. “*La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

III. Responsabilidad por falta de servicio. El problema del funcionamiento anormal de la Administración en relación a criterios de imputación.

tecnología, no pueden ya imputarse a un destino ineluctable como el que mueve a las fuerzas de la naturaleza, sino que siempre podrá advertirse en su origen una o varias decisiones humanas”²⁴⁸.

En virtud del dilema planteado, y especialmente en los ámbitos del derecho ambiental, la investigación científica en seres humanos y en la industria alimenticia, se ha ido abriendo paso a un principio denominado de “precaución o cautela”, de compleja delimitación y definición, pero que apunta a que aquellos casos en que una primera evaluación científica indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos sobre el medio ambiente y la salud de las personas no responden al nivel de protección establecido, en este caso se debe precaver, asegurar o vigilar estrictamente los antecedentes, recomendándose la cautela antes que la asunción de los riesgos. En virtud de lo anterior, resulta relevante la evaluación del riesgo, gestión del riesgo y la comunicación del riesgo²⁴⁹.

Debido a lo recientemente expuesto, el derecho de daños se enfrenta al desafío de determinar quien asume los riesgos en una sociedad agobiada por ellos. A partir de ello, ESTEVE PARDO afirma que “las decisiones con márgenes de incerteza o de desconocimiento de los riesgos que generan serán, desde luego, más precavidas y prudentes si quien las adopta responde de las mismas, aunque no de conozcan con seguridad los riesgos y efectos negativos derivados de esas decisiones”²⁵⁰.

En virtud de lo anterior, a pesar del reconocimiento general de la exoneración de responsabilidad del fabricante por los riesgos del desarrollo, es decir, aquellos que no hubiera podido precaver o evitar, en el caso de la responsabilidad del mismo en las áreas industriales de los medicamentos y alimentos, no se admite esta exoneración aún cuando “según el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto, no pudiera apreciarse la existencia de un riesgo”²⁵¹.

En opinión de ESTEVE PARDO, la solución establecida por el legislador para el ámbito Administrativo Sanitario, es una carta blanca a la “irresponsabilidad amparada en la ignorancia”. Por otra parte, advierte que ella implica una distribución inequitativa de los costos del progreso y del conocimiento sobre la base de los siguientes argumentos: (1) eximir de responsabilidad por la ignorancia estimula a la administración a no fomentar la investigación científica y técnica en el ámbito de la asistencia sanitaria, lo que contradice el mandato expreso de la Constitución de promover “la ciencia y la investigación científica

²⁴⁸ ESTEVE PARDO, J. “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

²⁴⁹ Véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicado de la Comisión sobre el recurso al Principio de Precaución. Bruselas 01.02.2000. (http://www.gea-es.org/document_pdf/pub07_es.pdf). Consultado con fecha 26 de julio de 2005.

²⁵⁰ ESTEVE PARDO, J. “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

²⁵¹ ESTEVE PARDO, J. “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

y técnica”²⁵²; (2) el daño producido por ignorancia deviene en conocimiento, los costos de este conocimiento nuevo son extremadamente gravosos para sus víctimas, además de recaer en exclusivo sobre ellas pues el fabricante, la sociedad, y hasta potenciales otras víctimas obtendrán un conocimiento útil y a bajo costo, (3) esta regulación contradice la evolución del derecho cuya dirección apuntaba a trasladar el riesgo desde la esfera de la víctima, a la esfera del causante del daño, pues “los riesgos no se asumen ya como un coste ineluctable del progreso que habrían de soportar las posibles víctimas”, y (4) aunque sólo pretende tener un alcance limitado, insinúa el camino a legislación y desarrollo doctrinario y jurisprudencial posteriores “¿cómo puede plantearse la exigencia de responsabilidad a particulares por riesgos del desarrollo si la Administración queda del todo eximida frente a los mismos?”²⁵³.

MIR PUIGPELAT si bien reconoce “el serio fundamento” de estas críticas, defiende el artículo 141.1 de la LRJPAC, planteando que (1) el estímulo de la Administración al desarrollo del conocimiento científico, no está determinado por las normas sobre responsabilidad sino por mandatos precisos y positivos que emanan directamente del deber constitucional que le impone el promover la ciencia y la investigación científica y técnica; (2) el derecho a la protección de la salud, no incluye el derecho a exigir de la Administración que provea los últimos avances de la medicina ni menos aquellos que no se han producido; (3) los mecanismos preventivos que la Constitución le permite a la Administración, a fin de que cumpla con el mandato de protección de la salud, no se refieren a mecanismos preventivo del tipo de la responsabilidad extracontractual sino a actuaciones positivas que incluso pueden implicar la imposición de deberes a los ciudadanos; (4) que el momento relevante para determinar el estado de los conocimientos sea aquél en que se produjo el daño, impide que la Administración alegue haber actuado antes bajo el imperio de conocimientos distintos a aquellos existentes al momento en que el daño se produjo; (5) considera que si bien es posible distinguir el daño imprevisible del daño previsible pero inevitable, “ocurrirá muy pocas veces que un daño sea previsible, pero inevitable” y afirma que en el caso de una vacunación respecto de la cual no es posible controlar sus resultados dañosos en un número limitado de casos, el Estado no podrá eximirse de responsabilidad, pues evitaría el daño evitando la vacunación. Si por razones de salud pública decide asumir el riesgo, deberá indemnizar; y (6) las críticas a la configuración legal de la exención de responsabilidad por los riesgos del desarrollo, deben apuntar a una correcta delimitación que debe ser efectuada por el legislador y no en un rechazo total y absoluto a la consagración de ella²⁵⁴.

En suma, resulta evidente la ácida disputa que esta causal de exclusión de la

²⁵² Esta crítica la desarrollan largamente SALVADOR CORDECH, P. y SOLÉ FELIÚ, J. en “*Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por producto*”. Marcial Pons, Madrid, 1999. Distinguen aquellos daños que no pueden preverse de aquellos que no pueden evitarse y SALVADOR afirma en el *Prólogo* que “excluir la responsabilidad por riesgos de desarrollo en daños previsible, pero inevitables quiere decir, por ejemplo, que si sabemos que tal vacuna genera reacciones graves en uno por millón de la población vacunada, pero no sabemos cómo evitar el daño, la vacuna podrá suministrarse –acaso obligatoriamente– pero el Estado cumplirá con auxiliar a las víctimas, pues la ley no le obliga a indemnizarlas”, P. 17.

²⁵³ ESTEVE PARDO, J. “*La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.

responsabilidad ha provocado en la doctrina española, por lo que es de esperarse que en Chile ello ocurra. Aunque no sería extraño que para que esto sea posible, la Jurisprudencia, muy probablemente a ciegas sin el apoyo doctrinal, resuelva la aplicación de esta nueva causal de exclusión de la responsabilidad. Los argumentos presentados anteriormente podrán servir para ilustrar los elementos que delimiten su aplicación al complejo ámbito de la Administración sanitaria.

²⁵⁴ MIR PUIGPELAT, O. *“La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema”*, Madrid , Ed. Civitas, 2002.

CONCLUSIONES

Si bien la discusión doctrinaria sobre la responsabilidad patrimonial del Estado no ha logrado la sofisticación que la misma ha tenido en España, y que la evolución jurisprudencial no ha tenido el desarrollo francés, preciso es reconocer la herencia conceptual de ambos modelos de responsabilidad y su influencia en el medio chileno.

En este sentido es clara la influencia conceptual de la doctrina de la “falta de servicio” en la legislación chilena, reforzada por las últimas reformas en materia de responsabilidad sanitaria; como asimismo, la evidente influencia en la discusión doctrinaria del modelo español, fundamentada en el concepto de “lesión”.

Revisando la evolución de los modelos más influyentes en nuestro derecho, resulta llamativo constatar que ambos sistemas se han visto enfrentados, desde la jurisprudencia o la doctrina, a presiones que buscan “corregir” las injusticias o excesos que ellos han implicado. Los franceses creando las “presunciones cuasilegales” y finalmente modificando la ley en materia de responsabilidad asistencial, y los españoles, abriendo la puerta de la discusión sobre la causalidad para dar paso por fin a la exigencias académicas de un cambio legislativo.

Algo ajena y tardía a aquellas discusiones al otro lado del atlántico, la decisión del legislador de establecer normas más precisas en materia de responsabilidad sanitaria, ha significado a nuestro juicio, la opción definitiva por un sistema más parecido al francés, fundamentado en la noción de falta de servicio como funcionamiento anormal de la Administración

Las reformas introducidas por el legislador revelan la intención de descartar la interpretación que ve la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria como objetiva, sino que por el contrario, por un lado revelan la necesidad de acreditar la falta de servicio, y por el otro, que esta falta de servicio es funcionamiento anormal de la administración. El contenido preciso de este título de imputación en materia sanitaria quedará al aporte de la doctrina y al buen criterio de la jurisprudencia.

Las normas que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración se incluyeron en la Reforma a la Salud no vienen a cambiar sustancialmente el escenario jurídico dentro del cual se desarrollarán en adelante los litigios sobre responsabilidad sanitaria, el título de imputación sigue y seguirá siendo la falta de servicio, con todas las imprecisiones que ella contiene para el ámbito asistencial.

Sin embargo, la incorporación de las normas descritas no es inocua, la exigencia de legislador, respecto a la necesidad de que la parte afectada acredite la falta de servicio, es la imposición de la carga de la prueba que, sin bien resulta concordante con las normas generales al respecto, en el ámbito asistencial o clínico puede resultar una gravosa carga para los ciudadanos, el legislador no estableció parámetros, y tal como sucedía antes de la reforma, deberá ser la jurisprudencia la que entregue parámetros de aplicación concretos al respecto.

La regulación del daño moral y de la prescripción vienen a zanjar definitivamente cuestiones que ya habían sido asumidas por la doctrina y la jurisprudencia más reciente, por lo que su expresión positiva es la conclusión lógica a un proceso, sólo quedará pendiente el problema de los daños manifestados tardíamente, pues al no establecer un criterio moderador el legislador, ha establecido una nueva carga para los afectados.

Creemos que la incorporación de un mecanismo prejudicial no cambia el escenario jurídico, y aunque creemos que es efectivamente un procedimiento autónomo de resolución prejudicial de conflictos, pudiera ser considerado un requisito para proceder en el sentido de constituir una fórmula compleja de agotamiento de la vía administrativa, lo anterior se explicaría por la necesidad de contar, en algunos casos, con sucesivas aprobaciones de los acuerdos por parte del Consejo de Defensa del Estado, el Ministerio de Hacienda e incluso Contraloría General de la República.

Las modernas tendencias en el derecho comparado indican que la vía judicial no sirve para los propósitos que el instituto de la responsabilidad tiene y que a la larga, se constituye en una gravosa carga para la sociedad que no contribuye a una salud de mejor calidad.

Por lo anterior, la introducción de mecanismos de compensación sin falta o de responsabilidad objetiva constituyen una atractiva manera de enfrentar el problema, pero siempre que ello se haga de una manera regulada y, en lo posible, desjudicializada. Hacerlo así constituye una toma de partido por parte de la sociedad y eso se hace siempre expresamente.

Sin perjuicio de ello, reconocemos las dudas que surgen respecto del Servicio Público al que se le ha encargado dicha función. En materia sanitaria creemos que la mediación, en los términos en que ha sido introducida reducirá la presión sobre el sistema, pero que es insuficiente para dar real cuenta del problema, en primer lugar la

mediación bajo dos sistemas distintos, una gratuita y la otra no, implicará en el corto plazo la necesidad de unificar la sede de la mediación y de hacerla accesible a todas las personas, independientemente de si pueden pagarla o no.

Por otra parte, no nos parece correcto, como técnica legislativa ni como forma de diseñar una política pública, crear un sistema con la intención de reducir los espacios de garantía de los ciudadanos respecto de las actuaciones de los órganos públicos, las expresiones recogidas en la historia de la ley y la redacción definitiva de alguna de sus normas evidencian este objetivo.

De manera adicional a las innovaciones que directamente dicen relación con la conceptualización de la falta de servicio, la Reforma a la Salud ha incorporado dos elementos relevantes que con seguridad van a formar parte del glosario conceptual de la responsabilidad de la Administración sanitaria. Por una parte la lógica del funcionamiento en Red, y por otra, la incorporación de las Garantías Explícitas en Salud, pues ellas pasan a configurar el ámbito de lo que el legislador la ha exigido a los Servicios de Salud: actuar coordinadamente y cumplir con garantías precisas y determinadas.

Por otra parte, existe dificultad para encontrar criterios uniformes que tanto los Tribunales de primera instancia como las Cortes Superiores aplican a la resolución de los casos sometidos a su conocimiento, tanto en lo que dice relación con la forma de dar por acreditados el nexo causal o el daño moral como en lo que dice relación con la noción de falta de servicio y su extensión.

No es posible hablar con completa seguridad de una tendencia en nuestros tribunales superiores de justicia, si bien es cierto la jurisprudencia más reciente ha tendido a descartar la idea de que la falta de servicio es una responsabilidad de carácter objetivo por un lado, y asimismo, mayoritariamente hace referencia a normas propias del derecho público para resolver el fondo de los asuntos.

Constituye un verdadero ejemplo de desigualdad ante la ley la forma en que las indemnizaciones se conceden y la absoluta falta de claridad para comprender los criterios que tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema utilizan para elevar o disminuir los montos de indemnización decretados por el tribunal inferior.

Aún en aquellos casos en que los sentenciadores han declarado entender la responsabilidad del Estado como de carácter objetivo, la condena siempre ha obedecido a un reproche a la forma en que el órgano público o sus funcionarios se han comportado, en ese sentido resulta bastante más cercana la noción de falta de servicio a la idea de funcionamiento anormal de la administración que a la teoría del riesgo creado.

Cuando el daño es de alguna manera imputable a una actuación personal o a una serie de actuaciones personales, la expresión *negligencia* es recurrente, y cuando es una actuación médica específica la que se ventila, independientemente de si es en sede penal o civil el gran título de imputación sigue siendo la sujeción a los parámetros que entrega la *lex artis*.

En el mismo sentido la falta personal viene a ser la particular manera en que nuestros tribunales consideran subsumida en la falta de servicio la actuación culpable o dolosa de los funcionarios públicos.

Aún cuando su exigencia por parte de los usuarios y beneficiarios del Sector Salud aún no alcanza a los Tribunales, el consentimiento informado y su presupuesto necesario, el deber de informar, forman parte de las buenas prácticas médicas, son entonces parte integrante de la *lex artis*, y en ese sentido su violación puede hacer surgir la obligación de indemnizar.

Por último, las profundas innovaciones difícilmente cristalizarán de inmediato, el necesario cambio de paradigma cultural será un proceso de mediano y largo plazo, las herramientas que la ley otorgado tanto a los servicios públicos, como a los propios ciudadanos, implican un enorme desafío y una gran oportunidad para un nuevo trato entre usuarios del sistema público de salud y los funcionarios y organismos públicos que lo integran, quizás en algunos aspectos aún sea insuficiente la garantía respecto de daños causados por la actividad asistencial, corresponderá entonces a la doctrina y a la jurisprudencia contribuir al mejor desarrollo de estas normas y proponer, cuando corresponda, la adopción de nuevos esquemas o modelos que contribuyan a crear un sistema de salud público eficiente, equitativo y de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía Nacional Consultada

	Acosta RAMÍREZ, V. De la Responsabilidad Civil Médica. Editorial Jurídica de Chile – 1990.
	Aldunate Lizana, E. Consecuencias Constitucionales de la Doctrina Sobre Responsabilidad Objetiva del Estado. Revista de Derecho – CDE – Año 1 – Diciembre 2000 – N° 2.
	Bustos RAMÍREZ, J. El Delito Culposo. Editorial Jurídica de Chile – 1995.
	Caldera Delgado, H. Sistema de la responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Editorial Jurídica de Chile – 1982. Tratado de Derecho Administrativo. Ediciones Parlamento - 2001, Tomo I.
	Cordero Vega, L. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Editorial Lexis Nexis – 2003.
	De la Maza Rivadeneira, L. La Responsabilidad Civil que puede derivar de la Actividad Médica. Revista Chilena de Derecho – Vol. 15 – 1988. El Contrato de Atención Médica. Revista Chilena de Derecho – Vol. 16 – 1989.
	ETCHEBERRY, A. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
	FIAMMA OLIVARES, G. La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio, Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica. Volumen 16, N° 2, 1989.
	Künsmüller LOEBENFELDER, C. Responsabilidad Penal del Acto Médico. Revista Chilena de Derecho Vol. 13 – 1986.
	Letelier Wartenberg, R. La Falta de Servicio en España. Revista de Derecho – CDE – Año 1 – Abril 2001 – N° 3. Un estudio de efectos de las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 6, Abril, 2002
	López Santa María, J. Responsabilidad por Falta de Servicio. Casuística Chilena. Revista de Derecho y Jurisprudencia – Tomo XCIV – N° 1 – 1997.
	Maturana Schulze, A. Legislación de Salud. Tomo I. Editorial Lexis Nexis – 2002.
	NANCUANTE ALMONACID, U. / SOTOMAYOR KLAPP, R. Derecho de la Salud. Editorial Conosur – 2001.
	OELCKERS CAMUS, O. La Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades. Revista Chilena de Derecho Vol. 16.
	Paillás PEÑA, E. Responsabilidad Médica. Editorial Lexis Nexis. 4ª Edición - 2002
	Pantoja Bauzá, R. Núcleos de Discusión para un Derecho Administrativo del Siglo XXI. Revista de Derecho Público N° 63 – Tomo II – Año 2002 / Universidad de Chile. Una perspectiva de comprensión del artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República”. Gaceta Jurídica N° 278, Agosto, 2003.
	Pierry Arrau, P. Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Revista Derecho y Jurisprudencia - Tomo XCII - N° 2 – 1995. Repetición del Estado contra el Funcionario. XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Tomo III – Edeval – 1995. La Responsabilidad

	Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, Julio 2000. N° 1. Pág. 19. También en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII, N° 2 de 1995. ¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia. Revista de Derecho – CDE – 2005 - N° 11.
	Quintanilla PÉREZ, A. ¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos? Revista de Derecho – CDE – Año 1 – Julio 2000 – N° 1.
	Rodríguez Grez, P. Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile – 1999.
	RUIZ PULIDO, G. Responsabilidad Penal del Médico. Ponencia en Seminario sobre “Responsabilidad Médica”. En Hospital Naval de Viña del Mar. Octubre - 2002. Revista de Derecho N° 8 Agosto de 2003. Consejo de Defensa del Estado.
	Ruiz Rosas, A. Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular. Instituto Chileno de Derecho Administrativo – 2002.
	Soto Kloss, E. Responsabilidad del Estado e Ineficiencia de los Servicios Públicos. Comentarios a Sentencia “Ortega Weason”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2ª parte, sección IVª, p. 206-231. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile - Tomo II – 1996. Responsabilidad del Estado por Daños Producidos por sus Servicios de Salud. Notas para un estado de la cuestión en la jurisprudencia. Revista Ius Publicum, N° 12, 2004. Escuela de Derecho – Universidad Santo Tomás. P. 79-87. Comentario a la Sentencia Torres Velásquez y otros con Servicio de Salud Talcahuano. Revista Ius Publicum, N° 12, 2004. Escuela de Derecho – Universidad Santo Tomás. P. 245-264.
	SZCZARANSKI CERDA, CLARA. “Responsabilidad Extracontractual del Estado”. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 8, Agosto, 2003.
	VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL, La Responsabilidad de la Administración del Estado en Francia, Publicado en Marin, Juan Carlos, La Responsabilidad Patrimonial Del Estado, México, Porrúa, 2004.
	Vásquez Rogat, A. Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud. Editorial Conosur – 1999.
	Zelaya Etchegaray, P. Responsabilidad Civil de Clínicas y Hospitales (Modernas Tendencias Jurisprudenciales). Revista de Derecho y Jurisprudencia – Tomo XCIV – N° 2 – 1997

Bibliografía Extranjera Consultada

ALBÁCAR LÓPEZ Y SANTOS BRIZ, “Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia”,

	tomo IV, Trivium, 3ª ed., 1992.
	BELADIEZ ROJO, M. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
	Castán Martínez, L. Aspectos Legales de los Contagios por vía Parenteral: Evolución de la Jurisprudencia y Estado Actual de la Cuestión. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.
	COMIGES CÁCERES, F. “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por Contagio de Hepatitis C”. Revista de Administración Pública Nº 155. mayo-Agosto, 2001).
	CORNET, MANUEL. “Responsabilidad Civil del Cirujano Plástico”. Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), abril, 2005. http://www.acader.unc.edu.ar .
	Cueto PÉREZ, M. Notas sobre la Responsabilidad de la Administración Sanitaria en el Derecho Comparado. <i>Revista de Administración Pública</i> , Nº 146 (1998) Pág. 429-466. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Ministerio de la Presidencia / España.
	DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. “El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la seguridad social con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de servicios sanitarios” (En La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Cuadernos de Derecho Judicial I-2002. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002).
	ESTEVE PARDO, J. “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-agosto 2003.
	Fernández de Aguirre y Fernández, J. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria en General. Objeto y Fundamento. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.
	García de Enterría, E. / Ramón Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II – Editorial Civitas – 1991.
	García Gómez de Mercado, F. La Modificación del Régimen de la Responsabilidad de la Administración por la ley 4/1999. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid – Nº 4 Agosto – Octubre 1999.
	Guerrero Zaplana, J. Las peculiaridades de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria: el Criterio de la <i>Lex Artis</i> . La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.
	GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO. “Derecho Administrativo Español”. Eunsa, Pamplona, 1993.
	HERNÁNDEZ MORENO Y HERNÁNDEZ GIL. Responsabilidad por Mal Praxis Médica: La Vía Extrajudicial. IV Jornadas Andaluzas Sobre Valoración del Daño Corporal, Sevilla, Mayo-Junio 2001. Cuadernos de Medicina Forense Nº 28 Abril de 2002.

JORDANO FRAGA, J. "La Reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas". Revista de Administración Pública N° 149, Mayo-Agosto, 1999.
LEGUINA VILLA, La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio.
López de la Osa Escribano, A. El Seguro Médico Obligatorio en Responsabilidad Sanitaria. Referencia al caso Francés y a su Sistema Alternativo en la Resolución de Conflictos creados por Accidentes Médicos. Revista Española de Derecho Administrativo / Civitas Ediciones / N° 121 / Ene-Mar 2004.
MARTÍN REBOLLO, L. "Nuevos Planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas".
MIR PUIGPELAT, O. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Hacia un Nuevo Sistema". Civitas, 2002.
PAILLET, M. La Faute Du Service Public En Droit Administratif Français. Paris, LGDJ, 1980, Pág. 254 y ss.
Pantaleón Prieto, F. Los Anteojos del Civilista: Hacia una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Revista de Derecho – CDE – Año 1 – Diciembre 2000 – N° 2.
Peces Morate, J. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Nuevas Líneas Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración / Cuadernos de Derecho Judicial / II – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002. Criterios Jurisprudenciales Actuales en Materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.
Pérez GÁLVEZ, J. Responsabilidad por Acto Sanitario y Progreso de la "ciencia" o de la "técnica". Revista Española de Derecho Administrativo / Civitas Ediciones / N° 104 / Oct-Dic 1999.
Requero IBÁÑEZ, J. El Consentimiento Informado y la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria / Cuadernos de Derecho Judicial / I – 2002 / Consejo General del Poder Judicial / Madrid – 2002.
ROMEO CASABONA, C. El médico y el Derecho Penal, I. La Actividad Curativa (Licitud y responsabilidad penal). Bosch, Casa Editorial, S.A. 1981.
Romero Coloma, A. En torno a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Sanitaria. Revista Española de Derecho Administrativo / Civitas Ediciones / N° 112 / Oct-Dic 2001. La Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria: Imputación y Relación de Causalidad. Revista Española de Derecho Administrativo / Civitas Ediciones / N° 117 / Ene-Mar 2003.
SALVADOR CORDECH, P. y SOLÉ FELIÚ, J. en "Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por producto". Marcial Pons, Madrid,

	1999.
	Vásquez del Rey Villanueva, R. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Revista Jurídica General – Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid – N° 24 – 3ª Época – Enero 2003.

Otras Fuentes Documentales

	BRENNAN T., The Institute of Medicine Report on Medical Errors – Could It Do Harm? New England Journal of Medicine, 2000
	BRENNAN TA, SOX CM, BURSTIN HR. “Relation Between Negligent Adverse Events and the Outcomes of Medical-Malpractice Litigation”. New England Journal of Medicine 1996, 335, p. 1963 – 1967.
	COLEGIO MÉDICO DE CHILE. Conceptos de Salud. Código de Ética. Página Web www.colegiomedico.cl .
	COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicado de la Comisión sobre el recurso al Principio de Precaución. Bruselas 01.02.2000. (http://www.gea-es.org/document_pdf/pub07_es.pdf).
	CONCEPTOS DE SALUD Y ENFERMEDAD, ANTROPOLOGÍA Y SALUD. colaboración Sanitaria Internacional, Sub Departamento de Educación Sanitaria, Servicio Nacional de Salud, 1958.
	conferencia INTERNACIONAL de la salud. Texto en español. Julio – 1996.
	DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española de la Lengua. Vigésima Primera Edición.
	Diccionario Médico de Bolsillo, Dorland, 24° Edición.
	Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, 12° Edición, Salvat.
	FERRERES, ALBERTO “La cirugía innecesaria”, abril 2005. CIE. Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires. http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar).
	KONH LT, CORRIGAN JM, DONALSON MS, eds. TO ERR IS HUMAN: BUILDING A SAFER HEALTH SYSTEM. Washington D.C., National Academy Press, 2000.
	Ministère des Solidarités de la Santé et de la Famille. Code de la Sante Publique (Nouvelle partie Législative), (http://www.legifrance.gouv.fr/). También http://www.sante.gouv.fr/ .
	Norma General Técnica N° 23 de 1998 del Ministerio de Salud, Sobre Acreditación de Hospitales y Estándares de Evaluación del Programa de Control de las Infecciones Intrahospitalarias.
	OTAÍZA O’RYAN, FERNANDO. “Vigilancia de Errores Médicos por el Ministerio de Salud”. En “Errores en Medicina: ¿Es Segura la Atención Sanitaria en Chile?” (Seminario de la Academia Chilena de Medicina, Santiago de Chile, Julio de 2004).
	RODRÍGUEZ, JOSÉ ADOLFO: “El Clínico y los Errores en Medicina”. En “Errores en Medicina: ¿Es Segura la Atención Sanitaria en Chile?” (Seminario de la Academia Chilena de Medicina, Santiago de Chile, Julio de 2004).
	Ravest, J. Estudio Jurídico de la Gaceta de los Tribunales 1878 – 1887. Imprenta Barcelona, Santiago de Chile, año 1892, Tomo II.
	PRIMER Informe de la Comisión de Salud del H. Senado de la República recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el Régimen de Garantías en Salud. BOLETÍN N° 2.947-11.
	Segundo Informe de la Comisión de Salud del H. Senado de la República recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el Régimen de Garantías en Salud. BOLETÍN N° 2.947-11.
	ZAMUDIO VILLARROEL, ÍTALO. “Riesgos Asociados al uso de Sangre

	Alogénica”. En Manejo Alternativo a la Transfusión en Situaciones de Urgencia. Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Diciembre 2003.
--	---

SENTENCIAS

Mesías Villalón con Servicio de Salud San Felipe Los Andes (Aconcagua), Rol N° 10.733. La sentencia de 1ª de 13 de enero de 1998, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso es de 29 de noviembre de 1999.

Arenas Neira con Servicio de Salud Ñuble, Rol N° 14.559, Sentencia de 1ª de 20 de Abril de 2000 y Sentencia de 2ª de 30 de Enero de 2003.

Salazar Godoy con Servicio de Salud Bío Bío.

Quezada Salas con Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 22 de Mayo de 1995. Fallo comentado por Enrique Paillás en “Responsabilidad Médica” (p. 53 y 97).

Hernández Espinoza con Servicio de Salud Concepción, Rol N° 2798-99. Publicada en Gaceta Jurídica N° 274.

Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano. Sentencia de primera instancia de 13 de Abril de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de Agosto de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de Enero de 2002. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 259, Enero de 2002, p. 38 y ss.

Uribe y Otros con Fisco de Chile y Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota. Rol N 129.119. Sentencia de primera instancia de 28 de Noviembre de 1995. Hubo avenimiento antes de la vista de la causa en segunda instancia. Se incluye porque ha sido comentado entre otros por López Santa María, Jorge en Responsabilidad por Falta de Servicio, Casuística Chilena. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCIV – N° 1 – Año 1997.

Morales Aguirre y otros con Servicio de Salud Coquimbo. Texto completo en el Libro ““Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.

Campillo Mañán con Servicio de Salud Concepción, Rol N° 3488, Sentencia de 1ª de 30 de Noviembre de 2000 y Sentencia de 2ª de 31 de Octubre de 2003.

Querrela Criminal en contra de J.S.A.J. Comentado por Enrique Paillás en “Responsabilidad Médica” (Pág. 103). Sentencia de primera instancia de 14 mayo de 1997, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 21 de Octubre de 1998. Sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999.

Pastén Miranda con Servicio de Salud Valparaíso – San Antonio. Rol N° 2641-1996. Sentencia de primera instancia de 07 de Enero de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de mayo de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 20 de Marzo de 2001.

Olivos Estroz con Servicio de Salud Metropolitano Norte, Rol N° 178-1993. Sentencia

- de primera instancia de 10 de Diciembre de 1997. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 06 de Mayo de 2003.
- González Cáceres con Servicio de Salud Araucanía Sur. Sentencia de 1ª instancia Rol N° 106.884 de 28 de noviembre 2003. Sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco Rol 2463-2003 de 14 de mayo de 2004. Con recurso de Casación en el Fondo pendiente.
- Farías Espinoza con Servicio de Salud Coquimbo. Sentencia de 2ª instancia es del 11 de Diciembre de 2002.
- Miranda Calderón con Servicio de Salud Metropolitano Oriente, Rol N° 3810-1994. Sentencia de primera instancia de 08 de Enero de 1997, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de Octubre de 2000.
- Bahamonde y Otro con Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena Llanchipal. Rol N° 4.212-2002. Santiago, 29 de abril de 2004.
- Muñoz Espinoza c/ Servicio de Salud de Magallanes. Rol civil N° 220-2004. Punta Arenas, 10 de noviembre de 2004. Pendiente Recurso de Casación en el fondo CS, Rol 224-2005.-
- Querella Criminal en contra de M.V.S. y A.C.S. y demandado civil Servicio de Salud Atacama, Rol N° 4868, Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 25 de Marzo de 2002, Sentencia de la Corte Suprema de 08 de Julio de 2002. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 265, Julio de 2002, p. 127 y ss.
- Querella Criminal en contra de S.H.D.M. Rol N° 18.364, Sentencia de primera instancia de 30 de Noviembre de 1995. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 10 de Diciembre de 1997.
- Montecinos con Servicio de Salud O'Higgins. Sentencia de Primera Instancia de 18 de junio de 2004. Sentencia de Segunda Instancia de 30 de marzo de 2005.
- Querella criminal en contra de W.A.P.O. y demanda civil en contra del Servicio de Salud Atacama. Sentencia de Primera Instancia de 15 de febrero de 2002. Sentencia de Segunda Instancia de 28 de junio de 2002. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de octubre de 2002.
- Aillapán con López y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena. Sentencia de Primera Instancia de 28 de febrero de 2003. Sentencia de Segunda Instancia de 22 de Febrero de 2005. Se encuentra pendiente el Recurso de Casación en la Corte Suprema desde el 14 de Marzo de 2003.
- Querella Criminal en contra de H.A.Z.G. y demandado civil Hospital de Carabineros – Fisco de Chile. Sentencia de primera instancia de 20 de Marzo de 1998. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de Octubre de 2000. Publicada en Gaceta Jurídica N° 245, Noviembre de 2002.
- Osorio González con Servicio de Salud San Felipe Los Andes. Sentencia de primera instancia de 24 enero de 1998. Sentencia de la corte de Apelaciones de Valparaíso de 04 agosto de 2000. Sentencia de la Corte Suprema de 17 septiembre de 2001.
- Beraud con Fisco de Chile. Sentencia de primera instancia de 28 de marzo de 1995. sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de Septiembre de 1995. la I. Corte Suprema se pronuncia el 21 de Septiembre de 1995.

- Ramírez Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, Rol N° 11-1991, Sentencia de primera instancia de 1996, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1999. Publicada en la Gaceta Jurídica N° 234, Diciembre de 1999.
- Torres Velásquez con Servicio de Salud Talcahuano. Publicada en Revista Ius Publicum, N° 12/2004. Escuela de Derecho – Universidad Santo Tomás.
- Querrela Criminal en contra de R.O.A.Z. y Y.M.C.O., demandado civil el Servicio de Salud Metropolitano Central. Sentencia del año 1999.
- Reyes Orellana con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota. Sentencia de primera instancia de 30 de Agosto de 1994.
- Querrela Criminal en contra de J.U.H. Sentencia de primera instancia de 13 de Junio de 2002, Sentencia de segunda instancia de 05 de Septiembre de 2002.
- Meza Rivera con Servicio de Salud Metropolitano Occidente. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.
- Bravo Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Central. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.
- Cancino Rojas con Servicio de Salud del Maule. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat. También en Gaceta Jurídica N° 131 de 1991, pp. 78 – 86.
- Salas Salazar con Servicio de Salud Metropolitano Norte. Publicada en Gaceta Jurídica N° 243 de Septiembre de 2000, p. 83 y siguientes.
- Querrela criminal en contra de J. E. B. Casación en el Fondo y en la Forma. Rol N° 32.514-95 (Iquique).
- Villar Pavez con Servicio de Salud Central. Texto completo en el Libro “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” de Andrés Vásquez Rogat.
- Herrera González con Servicio de Salud del Maule, Rol N° 65659. Sentencia de primera instancia de 17 de Agosto de 1999. Sentencia Corte de Apelaciones de Talca de 03 de Julio de 2000. Sentencia la Corte Suprema de 27 de Marzo de 2001.
- Muñoz Oliva con Servicio de Salud de Talcahuano, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción 27 de Enero de 2003, Sentencia de la Corte Suprema 11 de agosto de 2003. (Rol N° 1.175-03).
- Novy Martinkova e hijos con Servicio de Salud Aysén, Rol N° 20.164-02. Sentencia de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2003, Sentencia de Segunda Instancia de 14 de noviembre de 2003.
- Navarro Maldonado con Román Carrasco y Álvarez Latorre y demandado solidario Servicio de Salud Magallanes. Sentencia de primera instancia de 15 de Octubre de 2002. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 06 de Mayo de 2003.
- Quezada Guzmán con Servicio de Salud. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 02 de septiembre de 1999 y Sentencia de la Corte Suprema, que rechaza los recursos sin entrar a fondo del asunto, de 27 de abril de 2000. Rol. N° 3869-99
- Rojas Filiberto con Servicio de Salud Antofagasta, Rol N° 17.130. La sentencia de 1ª es

de 14 de agosto de 2002, la de segunda es de 26 de agosto de 2003 y la de casación es de 09 de Octubre de 2003.

Recurso de Protección Colegio Médico Regional Valparaíso en contra del Secretario Regional Ministerial de Salud y del Director del Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 06 Febrero de 2001. Sentencia de la Corte Suprema de 05 Marzo de 2001.

Recurso de Protección Marambio Leiva, Ramón con Servicio de Salud Metropolitano Hospital San Borja, Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel de 13 Noviembre de 1992. Sentencia de la Corte Suprema de 02 Diciembre de 1992 (Rol 20.105). Publicada en la Revista Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, Nº 3 (Septiembre – Diciembre) Sección 5, Año 1992.

Recurso de protección enfermos VIH/SIDA en contra del Ministerio de Salud y del Servicio de Salud Metropolitano Occidente. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de mayo de 2002. Número de Ingreso 2138-2002.

Barros Salamanca con Servicio de Salud Bío Bío. Sentencia de primera instancia de 05 de marzo de 2002. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de Agosto de 2004.