



ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL III

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
Valparaíso, 2007

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
(Editor científico)

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA.
CUESTIONES Y PROYECCIONES

Hugo Alejandro Cárdenas Villarreal*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas jurídicos más relevantes e intensamente debatidos en los últimos veinte años ha sido la constante pero infructuosa estructuración de una teoría general de responsabilidad del Estado Administrador o, al menos, una interpretación consensuada y armónica de su normativa jurídica¹. El debate doctrinario se ha visto reflejado en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia donde la contraposición entre “publicistas” y “civilistas” ha provocado una verdadera confusión que hasta la fecha no permite hablar de una solución estable².

* Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello.

¹ El desconcierto es tal que ya se empieza a perfilar el debate por la regulación del “Derecho de la Responsabilidad del Estado”. En este sentido pueden verse los trabajos de VALDIVIA, José Miguel, *Codificación del derecho de la responsabilidad del Estado*, en MARTINIC, Dora - TAPIA, Mauricio (coordinadores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 868; y de ROMÁN, Cristián, *La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus preceptos*, en *Revista de Derecho Público* 66 (Santiago, U. de Chile), pp. 405 a 419.

² Para constatar la evolución de la responsabilidad del Estado chileno, entre la abundante bibliografía pueden verse los trabajos de CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982); OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *La responsabilidad extracontractual del Estado administrador en las leyes orgánicas constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades*, en *Revista Chilena de Derecho* 16 (1989) 2, pp. 441-454; FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, en *Revista Chilena de Derecho* 16 (1989) 2, pp. 429 a 440; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 94 (1997) 1, pp. 31 a 46; SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica, 1999), II, pp. 244 y ss.; PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica, 1999); VÁZQUEZ ROGAT, Andrés, *La responsabilidad del Estado por sus servicios de salud* (Santiago, CONOSUR, 1999); PIERRY ARRAU, Pedro, *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 1 (2000), pp. 11-40; GARCÍA MENDOZA, Hernán, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Santiago, CONOSUR 2002); LETELLIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio de efectos en las características de la*

El panorama general descrito se torna dramático si focalizamos nuestra atención en la responsabilidad en que puede incurrir la Administración por los daños que sufren los particulares en la prestación del servicio público médico-sanitario, ya que estudios y estadísticas públicas³ revelan la expansión de la animosidad litigante que se ha ido verificando en contra de tales servicios, dicho sea de paso, atienden a más del setenta y cuatro por ciento de la población nacional.

Lo dicho es un fenómeno universal en los países con servicios sanitarios desarrollados. Probablemente, la multiplicación de intervenciones médicas, el incremento de la complejidad de los medios de diagnóstico y tratamiento, y la mayor consolidación de los derechos de los pacientes, son algunas de las razones que están en la base del incremento de las acciones de indemnización; etc.⁴; sin embargo, no se suele prestar la debida atención a otros factores que a nuestro juicio influyen de manera decisiva en el aumento de la litigiosidad en contra de los servicios de salud.

En primer lugar, resulta evidente que ante la tendencia de nuestros tribunales de evaluar hasta cinco veces más alto los daños morales ocasionados por lesiones cuando el demandado es el Estado, las víctimas prefieren encastrar sus acciones en contra del mismo; en segundo lugar, porque la confusión en relación a la normativa aplicable es percibida por las víctimas y sus abogados negativamente, lo que acaba exacerbando su intención de demandar; y en tercer y más importante lugar, porque la tesis de una “responsabili-

Continuación de la nota ²

pp. 149 a 187; SZCZARANSKI CERDA, Clara, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, en *Revista del Consejo de Defensa del Estado* 8 (2002), pp. 11 a 42; PORTIÑO BELTRÁN, Alejandra, *La responsabilidad legal del Estado y del médico en caso de negligencias médicas* (Santiago, Ed. Congreso, 2003); CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado* (Santiago, LexisNexis, 2003); VALDIVIA, *Codificación*, cit. (n. 1), pp. 867-906; VIÑUELA HOJAS, Mauricio, “*La responsabilidad del Estado por hechos de la Administración: avances y retrocesos*”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 13 (2006) 1, pp. 171 a 191.

³ Durante los últimos años ha existido un aumento progresivo de denuncias por presuntas negligencias médicas. De acuerdo a estadísticas entregadas por el Ministerio de Salud en 2005 se iniciaron 240 nuevos juicios. De ellos, 99 corresponden a presuntas negligencias ocurridas en el 2005; 81 en 2004; 26 en 2003; 14 en 2002; 17 en 2001 y 3 en el 2000. Entre 2000 y 2004 hubo un alza del 30% de juicios iniciados por año. Del total de casos de 2005, 66.25% (159 casos) se concentra en regiones y el 33.75% (81 casos) en Santiago. El 72.5 por ciento de los nuevos juicios (174) se iniciaron en contra de establecimientos de la salud pública y el 27.5% (66 casos) contra clínicas privadas. En 2005 hubo 102 fallos judiciales por presuntas negligencias médicas. El 100% resultaron favorables a los médicos, es decir, no tenían asidero. El año pasado hubo nueve acuerdos prejudiciales. *Fuente:* www.guiasdechile.cl. En 2006, 334 médicos fueron a juicio, según estudios publicados en diario *El Mercurio*, sábado 7 de abril de 2007.

dad objetiva” basada únicamente en una causalidad material es defendida por alguna jurisprudencia, por lo que para recibir una indemnización bastaría con mostrar que la lesión se produjo en el entorno del sistema público de salud.

En lo que sigue nuestro objetivo se reduce a realizar algunos comentarios sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el ámbito médico, a propósito de las dos últimas causas referidas: el problema de la calificación o naturaleza jurídica (II), por una parte, y el problema del fundamento de la responsabilidad de la administración (III), por la otra.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA

La discusión en torno a la naturaleza jurídica puede plantearse en torno a la pregunta de si constituye el derecho de la responsabilidad civil un derecho con principios comunes, aplicables tanto a los daños causados por la Administración del Estado como a los daños causados por los particulares; o si, por el contrario, cada ámbito responde a sus propias reglas, manteniendo pocos o nulos puntos de contacto entre sí. Como se sabe, un sector de la doctrina administrativa defiende la autonomía de la responsabilidad del Estado, alegando que los principios que gobiernan esta responsabilidad no tienen vínculos cercanos con los que dominan la responsabilidad civil reguladora de los daños que causan los particulares⁵. Se ha sostenido de manera relativamente constante que estaríamos frente a una responsabilidad autónoma; de carácter constitucional y no civil, y regida por normas de derecho público⁶.

No compartimos la tesis referida, pues entendemos que el derecho de la responsabilidad que tiende a la reparación como principal fin, se encuentra gobernado por principios comunes. Ello, sin embargo, no obsta reconocer que cuando se trata de la responsabilidad de la Administración del Estado existen principios propios que la especifican en razón de que ésta persigue, además, fines comunes a todos los individuos que integran la sociedad en razón de los cuales realiza “actividades diferentes” a las que están en manos de los sujetos individuales (v. gr., las funciones de policía).

⁵ El argumento puede verse en estado puro en VERGARA BLANCO, Alejandro, “El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”, en *La Semana Jurídica* 359 (semana del 3 al 16 de octubre de 2007), pp. 6 y 7.

⁶ Un análisis de los caracteres de la responsabilidad de la Administración que de forma “más o menos explícita” ha enunciado la doctrina, puede verse en LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio de*

De lo dicho se sigue que cuando el Estado efectúa actividades análogas a las que realizan los particulares –como precisamente sucede con los servicios de salud–, los principios que gobiernen la reparación de los daños ocasionados por dicha actividad no tienen razón de ser diferentes (artículo 19 N° 24 inciso 2° C.Pol.)⁷. Tal vez sería preferible hablar de “derecho de daños” en lugar de “responsabilidad civil”, ya que esta expresión permite de mejor manera centrar la atención en el desarrollo de una teoría general de la reparación de los daños, con independencia de la persona o personalidad de quien los haya causado.

Tampoco nos parece sostenible el otro argumento separatista según el cual la responsabilidad del Estado correspondería a una responsabilidad de tipo constitucional, en atención a que la misma se encontraría consagrada y regulada en el mentado texto⁸. Y ello, porque no nos parece defendible la distinción de principios que se pretende, por contraposición a la responsabilidad de derecho privado, cuya fuente principal estaría en el *Código Civil*⁹. Hoy en día es un lugar común, hablar de la constitucionalización del Derecho civil, o tal vez deberíamos decir, de la civilización del derecho constitucional¹⁰ para caracterizar el fenómeno según el cual se jerarquizan en el plano de su protección (adquieren estatus constitucional) algunos derechos que antiguamente sólo parecían protegidos a nivel legal¹¹. Hoy en día nadie podría negar, que el principio *alterum non laedere* forma parte de la base constitucional del estado de derecho (artículo 19 N° 1 C.Pol.).

En definitiva, concordamos con el profesor Corral¹² cuando estima “que una conveniente armonía de lo que conocemos actualmente con la denomi-

⁷ Ante la misma conducta y los mismos daños, establecer divergentemente un estatuto de responsabilidad para la Administración y otro para los privados supone, además de una manifiesta falta de sentido común, un desprecio absoluto por el principio de igualdad de las víctimas.

⁸ Por todos SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica, 1999), II, pp. 308 y ss.; y MARTÍNEZ ESTAY, José, *La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho público chileno*, en AA. VV., *Derecho de daños* (Santiago, Ed. LexisNexis, 2002), pp. 185 y ss.

⁹ Se ha criticado este razonamiento, ya que a la luz de la denominada constitucionalización del derecho, en especial del derecho civil, todo sistema de responsabilidad legal (como el del Código Civil, por ejemplo) pasa a ser constitucional, en virtud de la amplitud de los principios constitucionales sobre la materia, por lo que señalar que estamos ante una responsabilidad constitucional ya no presentaría una posición novedosa y sustentable como antes. Sobre la constitucionalización del derecho chileno verse, entre otros, AA. VV., *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).

¹⁰ La voz puede leerse en PERLINGIERI, *Por un Derecho civil constitucional español*, en *Anuario de Derecho Civil* 36 (1983) 1, pp. 1 y ss.

¹¹ En este sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto, *Derecho de daños. La prueba*

nación de derecho de daños, no permite una separación tan tajante entre sistema público y sistema privado”. Una interpretación semejante impediría dar soluciones adecuadas cuando lo “público” se intercepte con lo “privado”¹³, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria frente a los particulares.

Hoy como nunca, la distinción entre Derecho público y Derecho privado requiere de una relectura que ha de efectuarse –por lo que aquí interesa–, a partir de sopesar la interacción entre el Estado Administrador y una sociedad civil que se organiza; de la relevancia pública de algunos intereses privados; y de la atribución de fines de interés general a entes privados¹⁴. A nuestro juicio, la autonomía de la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria respecto del régimen común sólo se justificaría si se le pudiese atribuir una función esencial diferente¹⁵, lo que no sucede, pues son los propios cultivadores del derecho administrativo los que se apresuran en afirmar que la responsabilidad del Estado persigue esencialmente la reparación de los daños ocasionados a los particulares¹⁶.

Continuación de la nota ¹²

Estado Administrador chileno (Santiago, Ed. LexisNexis, 2005), pp. 80 y ss.; MUNDACA ASSMUSSEN, Hans, *Responsabilidad del Estado por falta de servicio* (Valparaíso, Ed. Libromar, 2001), pp. 78 y ss.; VALDIVIA, *Codificación*, cit. (n. 1), pp. 878 y 879; y AEDO BARRENA, Cristian, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, en *Estudios de derecho civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas nuevas soluciones* (coord. Hernán Corral y María Sara Rodríguez) (Santiago, Ed. LexisNexis, 2007), pp. 464 y ss.

¹³ En relación a este punto afirmaba DE CASTRO, Federico, *Compendio de derecho civil. Introducción al derecho civil* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957), pp. 23 y ss., que normalmente la distinción entre lo público y lo privado se hace intuitivamente, pero esta remisión casuística falla en algunos casos, y entonces se acude a una regla de gran arraigo “las dudas que en esta esfera se susciten habrán de ser decididas con criterio extensivo a favor de los tribunales de fuero ordinario, representativos de la jurisdicción común y atrayente”. Entonces debería aplicarse el régimen general u ordinario, siempre que no concurran los requisitos específicos que determinan la aplicación de las reglas especiales de derecho público.

¹⁴ Sobre los criterios mencionados puede verse en extenso ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *El derecho civil constitucional* (Madrid, Civitas, 1986), citado por HEREDIA, José, *La Constitución como fuente de reparación de daños*, en AA. VV., *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas* (Buenos Aires, Rubinzal - Culzani, 2007), pp. 12 y ss.

¹⁵ La autonomía de una disciplina es una concepción científica que intenta generar respuestas a los problemas que plantea un área de regulación, a partir de una sistematización de principios e institutos que, precisamente, dan nacimiento a una disciplina jurídica. En consecuencia, el concepto de autonomía de una disciplina repercute en cuanto a cuáles son las normas supletorias aplicables. Sobre el tema puede verse en la literatura nacional el trabajo de ORELLANA RETAMALES, Luis, *La autonomía del derecho minero* (tesis de grado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999) y, del mismo autor, *La supletoriedad de las leyes*, en *Revista Chilena de Derecho* 27 (2000) 4, pp. 807 a 822.

¹⁶ Por todos, puede verse una interesante reflexión sobre la función de la responsabilidad en CORDEIRO, Luis, *Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de la responsabilidad extracontractual de la*

Nos parece, entonces, que en caso de existir un subsistema de reparación de daños, éste sólo se justificaría en atención a las especialidades que de manera cristalina se pueden apreciar en el ámbito médico, sea el Estado o un particular el que preste el servicio¹⁷. A veces, establecer algunas peculiaridades en los principios generales del régimen de responsabilidad civil no es imperinente, cuando la reiteración de actos o conductas cualitativa y cuantitativamente diferentes justifican matizar los principios comunes.

Creemos –y hasta aquí lo dejamos–, que lo que está en el fondo de la reclamación de medidas especiales es la sustitución del sistema de responsabilidad civil (o de responsabilidad por daños), por fórmulas de aseguramiento o de socialización que permitan que las instituciones titulares de los hospitales y centros en los que se practica la medicina corran con todos los riesgos y paguen por todos los errores, graves o leves, y por las lesiones que las actuaciones sanitarias de cualquier tipo produzcan en los pacientes (incluidas aquí también, las que sólo se puedan achacar al azar)¹⁸. Esto último, sin embargo, es otro tema¹⁹.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA.

¿SE TRATA DE UNA RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER OBJETIVA
O DE UNA RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER SUBJETIVA?

Una gran cuestión en cualquier debate sobre responsabilidad de la administración tiene que ver con la determinación de los fundamentos del deber de reparación y su alcance, ya que la adopción como regla general de un sistema objetivo o subjetivo, en última instancia, tiene que ver con la idea de Estado que tengamos. Y es que –como incisivamente a hecho notar Aldunate–:

¹⁷ En el mismo sentido, PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad de los hospitales públicos. Una mirada a la ley del AUGE en perspectiva civil*, en Corral, H. - Rodríguez, M. S. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil, II: Código Civil y principios generales: nuevos problemas nuevas soluciones* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 403 y ss.

¹⁸ Como bien dice BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo. Parte especial* (Madrid, Civitas, 1994), p. 285, “Si [...] al Estado se le hace responder de culpas que no tiene y de riesgos que no crea, la razón de tal anomalía sólo puede tener una explicación: que el fundamento de su responsabilidad se sigue alejando cada vez más del principio de culpa, e incluso, de la teoría del riesgo creado, para residenciarlo en el principio de *solidaridad social*, que propugna una igualitaria distribución de beneficios y de cargas entre quienes, por ser miembros de una misma comunidad, se deben apoyo mutuo o permanente”.

¹⁹ Más claramente, estos casos escapan del concepto de responsabilidad de la Administración y

“hacer responder al Estado de todo perjuicio que pueda producirse a causa de sus actuaciones u omisiones sobre una base de responsabilidad objetiva, disuelve la razón de ser del Estado, ya que elimina la posibilidad de articular un interés común que justifique el deber de soportar las consecuencias perjudiciales de su actuar como cargas, y reduce al Estado a ser un mero intermediario de intereses particulares”²⁰.

Este debate reviste radical importancia para la totalidad del sistema médico, pues si bien se miran las cosas, fácil resulta vaticinar, que la misma suerte con que corra la responsabilidad de los servicios públicos, correrá la responsabilidad de las clínicas y hospitales privados. De ello no nos cabe ninguna duda. Si al hecho de que el 74% de las causas médicas se ventilan en el sector público, sumamos que en nuestro medio corresponde a “los mismos jueces” fallar los casos que se susciten en ambos sectores, entonces queda claro que sólo la instrucción en las artes del desdoblamiento podría evitar que se acabasen unificando las soluciones²¹. En estas materias, las fronteras entre lo público y lo privado tienden a desaparecer.

Antes de seguir adelante conviene hacer una precisión en torno al concepto de responsabilidad objetiva que permita ordenar el debate, y brindar las bases de un posible acuerdo. Ello, porque en muchas ocasiones los autores hablan indistintamente de responsabilidad objetiva para referirse a una responsabilidad en la que se incluyen supuestos en que no es necesario individualizar la culpa del funcionario (concepto amplio), como supuestos en

²⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 2 (2000), p. 75. En el mismo sentido PIERRY ARRAU, Pedro, *¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Situación actual de la jurisprudencia*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 11 (2004), pp. 11 a 21.

²¹ Es conveniente tener presente en esta materia la experiencia del derecho colombiano, que a pesar de contar con jurisdicción Contenciosa Administrativa que en su momento se embarcó en la tarea de la construcción de un régimen especial de responsabilidad de la administración, hoy en día “pese a los avances, se está retornando a un sistema ya superado dentro de la evolución de la responsabilidad estatal, se ha regresado al estadio de la responsabilidad civil del Estado, al resolver los asuntos indemnizatorios, en el campo específico de la falla del servicio médico y hospitalario con normas y principios propios del derecho civil”. La cita corresponde a GIL BOTERO, Enrique, *La falla del servicio en el campo médico hospitalario*, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado* 1 (1995), p. 26. En el derecho francés, ha afirmado PIZARRO, *La responsabilidad de los hospitales públicos*, cit. (n. 17), p. 403, que aunque la falta de servicio motivó una evolución dispersa, “en que la responsabilidad del Estado se intentó apartar del derecho privado”, en los asuntos fundamentales tienden ambas jurisdicciones (Corte de Casación y Consejo de Estado) a una jurisprudencia uniforme. La mayor tragedia causada por la diversidad de regímenes corresponde, por lejos al derecho español, donde el clamor por la uniformidad es unánime. Una buena descripción de todo el proceso del derecho español puede verse en BELLO JANEIRO, Domingo, *Responsabilidad médica, hospitalaria y sanatorial en el Derecho español*, en LÓPEZ MEZA, M. (director), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria* (Buenos

que la responsabilidad se pretende estructurar sobre la base de la causalidad material (concepto restringido)²². Dejando de lado el concepto restringido por considerarlo ajeno a la mecánica de un juicio de responsabilidad²³, queremos dejar en claro que no creemos útil ni acertado calificar de objetiva una responsabilidad por el solo hecho de no exigir que se individualice la culpa del funcionario, y de que, en definitiva, ésta se acabe atribuyendo a una persona jurídica carente de subjetividad.

En el ordenamiento jurídico nacional, sea que se haga responder a la persona jurídica por culpa del dependiente, sea que se emplee la teoría del órgano para imputarla directamente, o incluso, sea que se recurra al concepto de culpa difusa o virtual, parece claro que siempre se razona sobre la base de que alguien transgredió o incumplió un deber de conducta. Lo anterior tiene mucha importancia porque es precisamente ese carácter de reproche lo que permite calificar en términos generales la responsabilidad de la administración como una responsabilidad de corte subjetivo²⁴.

No conviene relativizar la importancia del problema, pues aunque algo de cierto tiene la afirmación de que en la práctica los sistemas subjetivos como los objetivos suelen llegar a resultados parecidos²⁵, no debe pasarse por alto que ello sólo resulta así en aquellos sistemas que han experimentado un importante desarrollo de la relación de causalidad y que, por lo mismo, afirman el nexo causal mediante un juicio de imputación que ha de realizarse en base a criterios objetivos²⁶ que permiten controlar la extensión de la reparación. Así las cosas, se comprenderá fácilmente que en sistemas como el nuestro, que generalmente aprehenden de manera intuitiva el nexo causal como una simple cuestión de hecho²⁷, el debate en torno al fundamento de la obligación de reparar reviste una importancia radical, que conviene preci-

²² La distinción conceptual corresponde a YUSSEFF QUIRÓS, Gonzalo, *Fundamentos de responsabilidad civil y responsabilidad objetiva* (Santiago, Congreso, 2000), p. 158.

²³ Véanse las notas 16 y 17 de este trabajo.

²⁴ El argumento en extenso puede verse en PIZARRO, *La responsabilidad de los hospitales públicos*, cit. (n. 17), pp. 403 y ss.

²⁵ AEDO, *Algunas reflexiones*, cit. (n. 12), p. 460.

²⁶ A los problemas de la constante aplicación por parte de los Tribunales de la doctrina de la equivalencia de las condiciones nos referimos en CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, *Reflexiones en torno a la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños*, en Varas Braun, J.-Turner, S. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005* (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 533 y ss.

ministración responderá por falta de servicio, optó por un régimen general de carácter subjetivo, lo que últimamente ha sido confirmado contundentemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema³².

En consideración al lector, no reproduciré los argumentos que en uno y otro sentido se han dado, por lo que en adelante me limitaré a explicitar aquellos argumentos que, por su especialidad, justifican que defendamos como regla general dar fundamento subjetivo al juicio de responsabilidad, cuando el daño se produce en el ámbito de los servicios públicos de salud. Luego aparecerán algunos párrafos en los que, a modo de conclusión, se recogerán algunas de las ideas expuestas y se lanzarán otras con el objeto de sentar los puntos de partida del debate.

No obstante lo anterior, creímos interesante introducir este apartado para reafirmar la consecuencia práctica más importante que, a nuestro juicio, se desprende de esta concepción. En efecto, si el constituyente no estableció una regla precisa en relación al fundamento según el cual debe responder la Administración del Estado, entonces tal función se debe entender entregada al legislador ordinario, quien estará habilitado para establecer, allí donde se encuentre justificado en atención a la especialidad de la actividad de que se trate, sectores o subsectores de responsabilidad objetiva (por riesgo). Abogamos, pues, por la construcción de un sistema parcelado o estratificado de responsabilidad para la Administración médico-sanitaria³³.

2. Generalmente la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria es subjetiva

Por lo general es como queda enunciado, en tanto que ésta se construye sobre la base de la violación de un deber o estándar jurídico.

Sin desconocer el hecho de que la jurisprudencia nacional mantuvo con cierta constancia cuando menos nominativamente la tesis objetiva de la responsabilidad de la administración en el área médico-sanitaria³⁴, en los últi-

³² En este sentido, entre otras, véase: Corte Suprema, 29 de septiembre de 2004, en *Gaceta Jurídica* 291, p. 80.

³³ Contundentemente sobre esta idea puede consultarse en el derecho comparado, MIR PUIGPELAT, Oriol, *Responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema* (con prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 2002), pp. 287 y ss.

³⁴ Debe ser superado cierto conformismo de la doctrina que ha llevado a no denunciar con suficiente firmeza la errónea y vacilante utilización que la jurisprudencia de los tribunales ha hecho del concepto de "responsabilidad objetiva". La falta de servicio en ningún caso puede ser conceptualizada como una responsabilidad objetiva ya que, como bien afirma VALDIVIA, *Codificación*, cit. (n. 1).

mos cinco años el giro jurisprudencial hacia la tesis subjetiva es notorio³⁵, aunque persiste la incertidumbre en relación a otros aspectos del régimen jurídico aplicable. Así, es posible encontrar fallos recientes que aplican directa y únicamente el derecho contenido en el *Código Civil*, como fallos que fundamentan su argumentación en algunos artículos del texto constitucional y en otros de *Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado*³⁶, y de la llamada “Ley Auge”³⁷.

El fundamento subjetivo de que hablamos queda de manifiesto en el fallo que emitió la Corte Suprema el 26 de mayo de 2005, ya que en lo medular establecía: *“Esta responsabilidad debe ser considerada precisamente como ‘culpa del servicio’ y por ende continúa siendo necesario imputar y probar una falla de la prestación de servicio”* (considerando 13º)./ [...] *la falta de servicio que irroga responsabilidad al Estado –Servicio de Salud Viña del Mar Quillota en este caso–, según lo ha resuelto con anterioridad este Tribunal, se produce si sus órganos administrativos no actúan, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicios a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo [...]*” (considerando 14º).

La tesis es sólida y razonable, y aunque la claridad y contundencia de lo dispositivo del fallo despeja cualquier incertidumbre sobre la posición de la más alta magistratura en los temas que tratamos, en lo que sigue me dedicaré como prometí a exponer y sistematizar los argumentos que de alguna manera se especifican en el área médico-sanitaria, y sirven para defender el fundamento subjetivo de la responsabilidad de la Administración.

Continuación de la nota ³⁴

no da para tanto) hasta vaciarlo de contenido”. Los efectos de la laxitud terminológica que se denuncia pueden confrontarse entre otras en Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, “Oviedo Pérez c/ SS Talcahuano” (conc. 23), en *Gaceta Jurídica* 259 (2002), p. 38.

³⁵ Véanse: Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2000, “Patosi Agalla, Genoveffa con Zambrano García, Hernán”, en *Gaceta Jurídica* 245 (2000), pp. 169 a 173; Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de agosto de 2004, “Barros Salamanca, Sandra y otros con Servicio de Salud Bío-Bío” (rol N° 1.062-2002, LexisNexis, N° identific 31365); Corte Suprema, 18 de enero de 2006, “Pérez Cabello, José y otro con Servicio Metropolitano Sur” (LexisNexis, N° identific 33553, rol N° 4277-2005); Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2006, “Pérez, Luis con Servicio de Salud Metropolitano” (LexisNexis, N° identific. 34420); Corte Suprema, 9 de enero de 2007, “Aillapán, Manuel con Servicio de Salud Llanquihue, Palena y Chiloé” (rol N° 1277-05).

³⁶ Ley N° 18.575, publicada en el *Diario Oficial* de 5 de diciembre de 1986.

³⁷ La Ley N° 19.966: *que establece el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE)*.

*3. Por su propia naturaleza,
la prestación médico-sanitaria tiende a
regirse por un estatuto subjetivo de responsabilidad*

Aunque teóricamente se pudiera contraponer a este argumento que la responsabilidad de los servicios públicos de salud supera el ámbito de la responsabilidad personal de los médicos y demás auxiliares sanitarios, y que en consecuencia el concepto de falta de servicio habrá que buscarlo más en la transgresión de normas y reglamentos; en la realidad, las cosas operan de manera un poco diferente. Parece que para la jurisprudencia, la falta de servicio —como factor de atribución de la responsabilidad de la administración—, se da por acreditada tanto con la falta del órgano que administra el Servicio, como con la falta personal del personal médico sanitario; lo que lógicamente reposiciona a la relación individual médico-paciente en el centro del debate, y la llena de interés.

Así las cosas, y sin pretender entrar en la discusión de si en algún caso la prestación médica puede engendrar una obligación de seguridad (resultado), no se negará que el médico, en la inmensa mayoría de los casos, asume una obligación de medios con grandes notas de aleatoriedad. En este contexto se suele repetir casi como una frase de estilo, que el arte médico es un arte conjetural y: *“que el facultativo se obliga a poner de su parte la diligencia necesaria en el cumplimiento del encargo, pero no necesariamente a obtener el resultado; es decir, no se obliga a sanar al paciente sino a poner todo de su parte para conseguirlo [...]”*³⁸.

Lo anterior conlleva, independientemente de la reticencia de cierto sector de la doctrina nacional a la aceptación de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado³⁹, que el facultativo se compromete a llevar a cabo una conducta. Se entiende que el facultativo se obliga a prestar una actividad diligente en el ejercicio de su profesión, y que de hacerlo así, no verá comprometida su responsabilidad. De lo dicho se sigue, que para que el médico incumpla y responda, se requiere que entre en escena el factor subjetivo de atribución por excelencia —la culpa o el defectuoso funcionamiento del Servicio—.

³⁸ “Ocarazanza c/ Ardiles”, Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, 6 de agosto de 2004, rol Nº 51.545. El fallo que popularizó la fórmula fue emitido por la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa, el 20 de mayo de 1936 (“Marcier c/ Nicolás”, Cass. civ., 20 mai 1936, en *JCP*. (1936), éd. G II, pp. 1079; *DP*. (1936), I, pp. 88, rapp. Jossierand, concl. Matter).

³⁹ Sobre el tema de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado en el ámbito nacio-

4. *Un estatuto de responsabilidad que utiliza un factor de atribución subjetivo incentiva de mejor manera el desempeño profesional de los facultativos*

Si partimos de una comprensión en la que el Estado o cualquiera otra Administración responde de todos los daños que se produzcan en el área sanitaria, lo más seguro es que se produzca un relajamiento de las conductas del personal médico. En otros términos, la responsabilidad objetiva no cumple una función profiláctica, en el sentido de que no aporta nada a las pautas de calidad y de buen funcionamiento que deben tener los servicios públicos.

Si se responde de igual manera en aquellos casos en que los servicios públicos funcionan mal, como en aquellos en los que funciona bien o muy bien, ni quienes tienen a su cargo realizar las prestaciones pondrán mucho esmero en hacerlo, ni los jueces tendrán a la vista estándares de funcionamiento que estén por encima de lo mediocre. Y ello —observa Martín Reboallo—, se tiene necesariamente que traducir en condenas impuestas a ojo que sólo tratarán de esconder las arbitrariedades propias de un sistema próximo a la asistencia social universal.

Lo dicho constituye un argumento a tener en cuenta, si lo que queremos es ir incrementando cada vez más la calidad en la prestación de los servicios de salud.

5. *El concepto de culpa ha evolucionado y ahora es un concepto normativo que se ha objetivizado: La falta de servicio como una actuación diferente al correcto funcionamiento de la administración médico-sanitaria*

Sinceramente, no creo que pueda sostenerse de manera sensata que la falta de servicio de que habla la llamada “Ley Auge” cuando regula la imputación de los servicios de salud, pueda entenderse como un factor de atribución de carácter objetivo, distinguiéndola del concepto francés de la “faute de service” del que sin duda procede⁴⁰.

Sí podría plantearse la existencia de un expediente objetivizador en la forma en que ésta se verifica, lo que nos lleva a la esencia del problema, que no es otro que determinar aquello que vamos a entender por falta o culpa del servicio, es decir, ¿vamos a entender por falta del servicio la culpa determinada en un facultativo o miembro del personal del hospital? ¿Abarca este concepto también a la llamada culpa anónima o difusa cuando son varios los que intervienen en la ejecución del acto médico? ¿Y los fallos en la organización administrativa que muchas veces están en el origen de los daños? Volveremos sobre esto un poco más adelante.

A nuestro modo de ver, debe entenderse que hay una atribución subjetiva de la responsabilidad cada vez que dicha atribución se efectúe con fundamento en el reproche que cabe a una conducta⁴¹ (sea que se verifique en una persona determinada, sea que se verifique de manera anónima), cuando se la confronta con un modelo ideal de conducta debida o esperada como lo es el “correcto funcionamiento de la administración médico-sanitaria”. Sin lugar a dudas, esta forma de realizar la atribución de la responsabilidad conlleva ciertas notas de objetivización que, por cierto, ha llevado a la doctrina civil a hablar de la culpa objetiva u objetivada⁴², sin que ello suprima la mecánica subjetiva del juicio.

La culpa civil no se configura desde hace mucho tiempo ya, sobre la conexión psicológica entre lo querido o comprendido por el dañador y la conducta efectivamente desplegada, pero ello no implica que el concepto haya perdido su nota esencial (el reproche por no conducirse de acuerdo a la norma), y que en adelante pueda ser sistematizado junto a factores de atribución verdaderamente objetivos como el “riesgo de la empresa” o la “peligrosidad de la cosa”. Por ello, y por las vacilaciones a que ha dado lugar el uso descuidado del término⁴³, creemos que debe abandonarse la referencia al vocablo “objetiva” u “objetivada” cuando de lo que hablamos es de contraponer una conducta efectivamente verificada con un estándar ideal y abstracto: al construirse sobre la base de un reproche a una conducta, el juicio y la responsabilidad adquieren carácter subjetivo.

6. No procede utilizar el factor de atribución del riesgo/beneficio para imputar responsabilidad a la administración médico-sanitaria

El sector de la asistencia sanitaria es, por su propia naturaleza, uno de los más estrechamente vinculados a la existencia de riesgos y daños. Pero debe resaltarse que estos riesgos y daños “son en gran parte fruto de las limitaciones técnico científicas y de la condición perecedera del ser humano. La circunstancia de que la administración al prestar asistencia sanitaria pretenda minimizar tales riesgos, en beneficio precisamente de las propias víctimas, justifica que en este sector deba corresponder un particular protagonismo a la culpa, al funcionamiento anormal del servicio público”⁴⁴.

⁴¹ Diría más aún, sea que se verifique en la conducta de la persona designada para encarnar la voluntad del Servicio, sea que se verifique en la conducta de un médico o funcionario cualquiera.

⁴² Sobre el tema puede verse en extenso, BARROS, *Tratado*, cit. (n. 30), pp. 78 y ss.

La misma *ratio* nos lleva a rechazar tajantemente la idea de que la actividad de la administración encaminada a la satisfacción del bien común pueda asimilarse al beneficio económico que obtienen algunas empresas, con miras a fundamentar la atribución de la responsabilidad de dicho beneficio. Máxime si se atiende al hecho de que la Administración está obligada a prestar el servicio como consecuencia de un deber constitucionalmente impuesto (principio de servicialidad: artículo 1 inciso 4º C.Pol.).

En línea de principio, las Administraciones públicas sólo deberían responder objetivamente por los riesgos generados por sus actividades, en la medida en que leyes especiales igualmente aplicables a los particulares así lo dispongan; aunque se podría admitir excepcionalmente, sobre la base de la igualdad de trato a los servicios de salud y a las clínicas privadas, la instauración por vía jurisprudencial de nuevos ámbitos de responsabilidad objetiva allí donde las especialidades de la actividad así lo determinen.

IV. CONCLUSIÓN

En esta materia, no obstante la idea con que concluimos el párrafo precedente, nos parece necesaria la intervención del legislador puesto que no parece el óptimo para un sistema legislado como el nuestro, dejar en manos de la judicatura la construcción del régimen por el cual se van a reparar los daños que la Administración cause en la prestación de los servicios públicos de salud.

Creemos que sería muy recomendable, en función de la determinación conceptual de la falta de servicio, que el legislador determinara (mediante leyes, decretos legislativos y reglamentos) los estándares de buen funcionamiento de los servicios públicos de salud que realmente puede ofrecer cada región del país en un momento determinado. Se debe imponer normativamente, como se hizo a través de la ley Auge para algunas enfermedades —por poner sólo algún ejemplo—, la periodicidad y forma en que debe revisarse el material utilizado en los hospitales, así como la salubridad de las instalaciones que puedan evitar las infecciones intrahospitalarias.

Sería muy recomendable que nos embarcásemos en la tarea de la elaboración de detallados protocolos médicos donde se establezcan las pruebas y análisis que habrá que hacer a los pacientes en función de los síntomas que presenten, los análisis a que deba someterse la sangre destinada a transfusión y los productos hemoderivados. Se debería establecer de la manera más clara posible en cuáles supuestos habrá que intervenir quirúrgicamente y en cuáles no; quiénes anestesiarán u operarán y quiénes no; qué elementos se tendrán en cuenta en el momento de incluir a un paciente en una lista de espera; qué medidas profilácticas deberán adoptarse en un hospital; cuándo, cómo y con

Los protocolos médicos no deben suplir al juez, pero sí ayudarlo a decidir. Como abogamos por un sistema estratificado de responsabilidad para la Administración médico-sanitaria, podría verse la posibilidad de que en algunos casos se introdujeran mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba, las cargas probatorias dinámicas o, incluso, que directamente algunos daños se reparen de manera objetiva (enfermedades nosocomiales y daños ocasionados por productos). Se podría, por último, intentar una tipificación de los daños en el área médica, e incluso sería recomendable establecer algún tipo de baremos con respecto al daño moral, pues a pesar de que la Ley AUGE recogió algunos criterios de evaluación, el problema parece estar todavía lejos de encontrar una solución pacífica.