

Trabajo recibido el 26 de noviembre de 2018 y aprobado el 13 de octubre de 2019

La falta de servicio en la ley Nº 19.966 (GES)

THE LACK OF SERVICE IN THE ACT OF CONGRESS Nº 19.966 (GES)

CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN
SEBASTIÁN SANDOVAL AYALA
JUAN PABLO ZAMBRANO TIZNADO ¹

RESUMEN

Este trabajo presenta una interpretación de la ley Nº 19.966 GES (ex AUGE) que justifica su especialidad en relación a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). Sobre este punto de partida, se argumenta que el sistema de responsabilidad por falta de servicio de la mencionada ley es (parcialmente) especial en relación a la LOCBGAE. Esta relación de especialidad implica que el juez tiene una carga de argumentación muy precisa: debe integrar los principios de acceso, oportunidad, costo y equidad del sistema sanitario al juicio de imputación de responsabilidad, pues este es el único modo de interpretar e integrar la cláusula «falta de servicio» de forma coherente con la legislación sanitaria. Así se defiende que la consideración de estos principios es más intensa en el caso de falta de servicio por prestaciones GES que en el caso de prestaciones generales de salud. Finalmente, para realizar la integración en el razonamiento judicial se propone usar el modelo de especificación de principios que, en otro contexto, ha desarrollado la Teoría del Derecho para resolver el problema del razonamiento judicial en casos donde hay principios en conflicto.

ABSTRACT

This paper presents an interpretation of the act of congress Nº 19.966 GES (ex AUGE) that justifies its specialty in relation to the Constitutional Organic Law of General Bases of the State Administration (LOCBGAE). On this starting point, it is argued that the liability system for lack of service of the aforementioned law is (partially) special in relation to the LOCBGAE. This specialty relationship implies that the judge has a very precise burden of argumentation: he must integrate the principles of access, opportunity, cost and equity of the health system to the imputation of responsibility judgment, since this is the only way to interpret and integrate the clause "Lack of service" in a manner consistent with health legislation. Thus, it is argued that the consideration of these principles is more intense in the case of lack of service for GES benefits than in the case of general health benefits. Finally, to make the integration in the judicial reasoning it is proposed to use the model of specification of principles that, in another context, the Theory of Law has developed to solve the problem of judicial reasoning in cases where there are principles in conflict.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad del Estado, Falta de servicio, ley Nº 19.966 GES.

¹ El primero es Licenciado en Derecho, Universidad Católica de Temuco Doctor en Ciencias Humanas por la Universidad Austral de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Correo electrónico: aguero.claudio@gmail.com / caguero@uahurtado.cl Número ORCID 0000-0002-7005-2979. Este trabajo fue elaborado en el marco del proyecto FONDECYT Nº 1161025. El segundo es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado, estudiante del Magíster en Derecho de la Universidad de Chile y ayudante del referido proyecto FONDECYT adscrito a la Universidad Alberto Hurtado Santiago de Chile. Correo electrónico: s.sandovalayala@gmail.com, Número ORCID 0000-0002-9355-5907. El tercero es Doctorando en Ciencias Humanas por la Universidad Austral de Chile. Profesor de Filosofía del Derecho, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Correo electrónico: juanpablo.zambrano@ufrontera.cl.

KEY WORDS

State liability, lack of service, Faute de service, Act of congress N° 19.966.

Introducción

La relación de especialidad entre dos normas es el resultado de una actividad interpretativa ejercida por el juez sobre las disposiciones *prima facie* aplicables al caso que se resuelve². El ejercicio interpretativo, más simple es, quizá, aquél que consiste en asociar la ubicación de las disposiciones en un cuerpo de legislación para atribuir una relación de especialidad a una de las disposiciones³. Un segundo modo de construir una relación de especialidad consiste en interpretar las palabras, las locuciones, las frases o las oraciones que describen los supuestos de hecho de cada una de las dos disposiciones para luego, a partir de esa asociación léxico-semántica, construir los casos genéricos de ambas normas en una relación de género-especie. Así, tal relación es un vínculo lógico y valorativo entre los conceptos que es creado por el intérprete⁴. Una tercera opción para construir la especialidad jurídica se presenta al fijar una ordenación lógica entre las normas mismas como resultados del proceso de interpretación. En tal caso, la relación de género y especie no tiene su fundamento en una relación léxica, sino que en una asociación normativa entre dos categorías de clasificación de las normas mismas. Tal es el caso de las relaciones de especialidad que se argumentan entre los principios y las reglas⁵.

Es importante notar que las opciones primera y tercera construyen relaciones de especialidad entre normas, mientras que la segunda establece una relación de género y especie entre los términos determinantes de la relación entre ambas normas⁶.

La ley N° 19.966, de Garantías Explícitas de Salud, fija normas especiales de responsabilidad del Estado. Aunque en esa regulación la cláusula de '*falta de servicio*' es la piedra angular del sistema de imputación, hay argumentos que permiten sostener que estamos frente a un subsistema de imputación de responsabilidad, es decir, que estamos frente a normas que son especiales en relación a la LOCBGAE. Esta es la tesis que defiende este artículo. De acuerdo a esta tesis, las disposiciones de Título III de la Ley N° 19.966—en adelante también ley GES—están en una relación de especialidad en relación a las disposiciones de la LOCBGAE en los tres sentidos anunciados; (a) la ley GES es una ley ordinaria no sometida a la codificación típica de las normas generales, (b) es una ley cuya denominación y disposiciones norman un conjunto de actividades del Estado con un criterio funcional de tal forma que la descripción de los supuestos de hecho de las reglas son más detallados que aquellas contenidas en otra legislación administrativa y, (c) la ley GES es una ley que fija reglas

² En la teoría del derecho, la regla llamada *lex specialis* puede reconstruirse como una meta-regla sobre la aplicabilidad externa de dos normas; la general y la especial. Esa meta-regla disciplina la obligación del juez en orden a usar de forma exclusiva y excluyente la norma más especial para resolver un caso. Así, *lex specialis* establece una jerarquía material o de contenido entre las normas previamente identificadas como lógicamente ordenadas en base a una relación de especialidad. Toda la terminología sobre la especialidad proviene de ZORZETTO (2013), pp. 387-415.

³ Las disposiciones del artículo 4 del Código de Civil y del artículo 2 del Código de Comercio tratan este punto.

⁴ Hay muchas otras formas de construir una relación de género-especie entre los elementos de dos normas y de fundar una relación de especialidad entre normas con rasgos atribuidos a las normas mismas. Por ejemplo, para la relación género-especie es posible usar la condición de aplicación, el sujeto normativo, la ocasión, la consecuencia jurídica. A su vez, para la relación de especialidad puede usarse el carácter, la autoridad normativa, el status de principio o regla, de norma de acción o de fin, o de algún rasgo clasificatorio de las normas como la fuente del derecho que las ha generado.

⁵ A diferencia del caso anterior, acá las normas no están en una relación género-especie y por ello se trata de un caso de especialidad jurídica sin relación de género-especie. Una hipótesis semejante la regula el artículo 13 del Código Civil.

⁶ Una de las ventajas de distinguir con claridad entre la relación de género a especie entre los términos determinantes de las normas y la especialidad de las normas, es que permite explicar el fenómeno de las normas especiales más genéricas que las normas generales.

más detalladas en relación a otros cuerpos legales que fijan reglas generales y principios de actuación Administrativa aplicables a cualquier organismo público.

Para defender la tesis señalada el texto se divide en tres partes. En la primera, se presentan argumentos interpretativos de la ley N° 19.966 que justifican, por una parte, la existencia de principios (explícitos) que regulan las prestaciones sanitarias generales y las GES que son suministradas por el Estado y los prestadores privados y; por otra, la tesis que la inclusión de la expresión «falta de servicio» en la ley N° 19.966 no es una simple redundancia⁷ en relación a la LOCBGAE —como parece entenderlo, por inadvertencia, la doctrina⁸ y la jurisprudencia mayoritarias⁹—, sino que esa cláusula instala un modelo de responsabilidad del Estado que es (parcialmente) diferente al modelo regulado en la LOCBGAE. En la segunda, sistematizan las disposiciones normativas que fijan el sistema de imputación que de la ley GES y se asigna una función a cada una de ellas, conformando así un subsistema de responsabilidad. En la tercera, se propone el uso de la especificación o concretización de principios como mecanismo idóneo para integrar los principios que inspiran la regulación sanitaria en la Ley N° 19.966 en el razonamiento judicial que da contenido a la expresión «falta de servicio» como título de imputación de responsabilidad.

1. Primera parte ¿Cómo debe interpretarse la ley N° 19.966?

En esta sección presentamos, en primer término, los argumentos teleológicos de interpretación de la ley GES. En segundo término, sistematizamos la argumentación histórica, de *ratio legis* y de unidad de la sistemática de la responsabilidad patrimonial del Estado. En tercer término, en el plano de los valores jurídicos que subyacen a la interpretación, descartamos dos contraargumentos; (a) posibilidad de argumentar a favor de la seguridad jurídica en desmedro de la flexibilidad de la decisión judicial y (b) la igualdad o simetría de las partes como fundamento axiológico de la extensión del sistema de responsabilidad extracontractual a contextos sanitarios.

Según la OMS, el objetivo de los Sistemas Nacionales de Salud es reducir la inequidad en las prestaciones sanitarias¹⁰. La cuestión es que los pobres reciben menos de la parte proporcional que les corresponde de los fondos públicos para salud¹¹. En Chile, el régimen GES (ex AUGE) es un conjunto de normas jurídicas legales y reglamentarias que tiene como propósito disminuir la inequidad en el sistema de salud. Para lograr este objetivo se fijó un grupo de problemas de salud como prioritario y se les dio acceso universal garantizado a un conjunto de prestaciones¹².

⁷Sobre la especialidad y la redundancia de normas ver ZORZETTO (2013), pp. 387-415.

⁸ En este sentido, Fabián Huepe Artigas sostiene que la norma en cuestión “no es más que una reiteración -para un sector determinado como el sanitario- del artículo 42 de la LOCBGAE que ya regulaba la responsabilidad por falta de servicio para estos órganos de la administración”. HUEPE (2012), p. 148.

⁹ Así también lo ha resuelto la Corte Suprema: “en materia sanitaria el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que introduce en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en esta materia, la cual incorpora —al igual que la Ley N° 18.575— la falta de servicio como factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado” (Sentencia: Corte Suprema, Rol N°9554-12, de 10 de junio de 2013). Esta tendencia ha sido reiterada por Corte Suprema, Rol N°10.254-17, de 9 de agosto de 2017; Corte Suprema, Rol N° 14.572-17, de 16 de abril de 2018; y Corte Suprema, Rol N° 21.599-17, de 27 de febrero de 2018.

¹⁰ Este artículo solo trata del problema de responsabilidad del Estado. Dejo de lado la discusión sobre la necesidad de un sistema unitario de responsabilidad para hospitales públicos y clínicas privadas. Para esta discusión remito a PIZARRO (2006), pp. 401-420.

¹¹ OMS (2003), pp. 136-137.

¹² La Ley AUGE, N° 19.966, de 2004, estableció un Régimen de Garantías en Salud que pretendía asegurar que “toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones

Todo sistema sanitario se enfrenta a una tensión irresoluble. Por un lado, tiene limitaciones presupuestarias importantes y; por otro, tiene crecientes demandas por mayores y mejores prestaciones. Ante esta tensión, priorizar es un trabajo indispensable. La labor de jerarquizar las necesidades debe realizarse sobre saberes científicos y técnicos que aseguren la asignación fundada y justa de los recursos. Asimismo, una vez definido el conjunto de problemas sanitarios que se garantizará, desde el punto de vista económico, es necesario que se realicen estudios de demanda y de costos para estimar la magnitud del problema de salud que el presupuesto deberá soportar¹³. Sin embargo, como ha demostrado Zúñiga, esos cálculos costo/efectivos no pueden violentar “las promesas de equidad declaradas por la autoridad en su momento”¹⁴ e impedir que el sistema nacional de salud cumpla con su objetivo.

La tensión entre la equidad y el racionamiento no solo se manifiesta en el acto de priorizar los problemas sanitarios que serán garantizados por el sistema. Otra forma en que esta tensión se expresa es el juicio de responsabilidad por *falta de servicio*, ya que la construcción del título de imputación exige al juez dar contenido a los deberes de actuación establecidos en la ley y fijar un estándar de normalidad en el desempeño de la Administración. Así, el juez debe resolver dos preguntas ¿Qué debía hacer la Administración? y ¿Cómo es el modo normal de hacer eso que debió haber sido hecho?

Siguiendo a Zúñiga, entiendo que la ley Nº 19.966 especificó el derecho constitucional a la protección de la salud mediante la determinación de un conjunto de obligaciones para el Estado¹⁵. De modo que, por un lado, la Administración debe ajustar su actuación a ley, a los reglamentos y a las Guías Clínicas dictadas conforme a estos para cumplir el objetivo de hacer viable el mínimo sanitario decente y; por otro lado, entiendo que el modo normal de ejecutar las prestaciones de salud establecidas en la ley está condicionado por el tipo de prestación sanitaria. Así, debe distinguirse el juicio de normalidad para las prestaciones generales y el juicio de normalidad para las prestaciones GES, ya que en este último caso el estándar de desempeño de la administración debe ser más alto en razón del propósito de la ley Nº 19.966.

La judicialización de las controversias en razón de daños causados por la Administración en contextos sanitarios tiene, entonces, dos hipótesis básicas. En primer lugar, el daño causado por prestaciones no priorizadas por la ley Nº 19.966 en donde los principios de esa ley rigen de forma menos intensa y, en segundo lugar, el daño causado dentro del conjunto de prestaciones GES, en donde los principios especiales de la ley Nº 19.966 tienen pleno vigor en términos de que:

las GES (garantías explícitas de acceso, calidad, oportunidad y costo) para el conjunto priorizado de prestaciones sanitarias predefinidas, constituyen el núcleo del derecho constitucional a la salud reconocido por la Carta Fundamental, el cual podría hacerse exigible ante las autoridades pertinentes, en cumplimiento, no de la sola ley AUGE, sino que de la norma y mandato constitucional¹⁶.

Naturalmente, esto implica sostener que en los casos en donde se alegue falta de servicio en el contexto de una prestación GES el juicio de normalidad debe configurarse como un estándar

de enfermedad”. Mensaje Presidencial Nº 1-347 del Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud de 22 de mayo de 2002. Nº Boletín: 2947-11. Citado por ZÚÑIGA (2010), pp. 113-130.

¹³ BASTÍAS Y VALDIVIA (2007), p. 52.

¹⁴ ZÚÑIGA (2011), pp. 73-84.

¹⁵ ZÚÑIGA (2011), pp. 73-84.

¹⁶ ZÚÑIGA (2010), pp. 113-130.

normativo más exigente frente al desempeño de la Administración del Estado. Volveremos sobre este punto más adelante.

1.1. Los principios en la ley Nº 19.966

Los principios de la ley GES son cuatro: acceso, oportunidad, protección financiera y calidad¹⁷. La doctrina y la jurisprudencia nacional no los ha dotado de contenido¹⁸. Ya que esta labor excede los límites de este trabajo, solo es posible citar la definición que la Superintendencia de Salud ofrece en su sitio web:

- *Garantía Explícita de Acceso*. Es la obligación del Fondo Nacional de Salud y de las Instituciones de Salud Previsional de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a sus beneficiarios, en la forma y condiciones que determine el decreto que contiene las GES.
- *Garantía Explícita de Calidad*. Es el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas por un prestador registrado o acreditado en la Intendencia de Prestadores.
- *Garantía Explícita de Oportunidad*. Es el plazo máximo que tiene FONASA y las ISAPRE para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas, en la forma y condiciones que determine el decreto que contiene las GES.
- *Garantía Explícita de Protección Financiera*. Es la contribución que debe efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, la que deberá ser de un 20% del valor determinado en un arancel de referencia que debe ser aprobado en el mismo decreto que contenga las GES¹⁹.

Sobre estas definiciones, cabe hacer dos reflexiones. En primer lugar queda claro que el derecho fundamental a la protección de la salud opera como una directriz o una norma de fin²⁰. Así, el cumplimiento de ese fin es graduable y su mayor realización está vinculado causalmente con las acciones que se realizan para conseguirlo. En la ley GES, en cambio, solo la garantía explícita de calidad opera como una directriz o norma programática. Las demás normas son principios en sentido estricto, normas de mandato: porque imponen límites e incorporan acciones de cumplimiento pleno y la relación entre el estado de cosas que respeta el acceso, la oportunidad o la protección financiera es conceptual y no causal²¹. Así, el juicio sobre una conducta determinada no es graduable. Una acción respeta (o no) el acceso, la oportunidad o la protección financiera.

Más allá de los argumentos teleológicos de interpretación de la ley Nº 19.966 hay dos técnicas de interpretación que deben ser consideradas; el argumento histórico unido a la *ratio legis* y el argumento de la unidad de la dogmática de la responsabilidad patrimonial del Estado. El argumento histórico y de *ratio legis* que usa la dogmática mayoritaria explica las normas del título III de la ley Nº 19.966 como un hito que cierra el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado. Como se sabe, a finales del siglo pasado la doctrina del derecho administrativo polemizó

¹⁷ Información disponible en el sitio web de la Superintendencia de Salud (referencia en la bibliografía).

¹⁸ Quizá la omisión de la doctrina en orden a definir con precisión estos principios explique el hecho de que las sentencias de responsabilidad del estado que han sido dictadas en los primeros diez años de vigencia de la ley no tengan referencias explícitas a ellos como factores relevantes al momento de fijar la responsabilidad del Estado.

¹⁹ LENZ (2007), p. 27.

²⁰ ATIENZA Y RUIZ (1991).

²¹ Sobre la distinción entre principios en sentido estricto y directrices véase Atienza y Ruiz Manero (1991). Reconocemos que usamos la distinción de los autores alicantinos no de forma plena. Dejamos de lado la asociación entre principios en sentido estricto y valores últimos, porque los autores piensan en normas constitucionales. Nosotros, en cambio, estamos trabajando con principios de rango legal.

en torno a cómo debía entenderse el sistema de responsabilidad por falta de servicio²². Así, el texto de la ley —según la doctrina— viene a cerrar esa discusión asegurando que la responsabilidad en contextos sanitarios es subjetiva. Con este argumento, la doctrina explica la inclusión redundante de la expresión *falta de servicio* en el artículo 38 inc. 1º y el grado de precisión del conjunto de las disposiciones del título III²³.

Es claro de que la historia de la ley y la *ratio legis* de la inclusión de las disposiciones del título III son un argumento que hay que considerar al momento de interpretar el texto de la ley. Sin embargo, es evidente que ese argumento no puede ser usado para impedir que se entienda el texto de un modo literal, es decir, como un subsistema de responsabilidad parcialmente diferente del regulado por la LOCBGAE.

El argumento de la unidad de la dogmática que forma el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es un argumento coherentista. A partir de él se señala que el mejor modo de interpretar la ley Nº 19.966 es entendiendo que ella replica completamente el concepto de *falta de servicio* que la doctrina y la jurisprudencia han detallado paulatinamente a partir del texto de la LOCBGAE. Ello porque este sería el mejor modo de asegurar uniformidad en el nivel del discurso dogmático sobre la responsabilidad del Estado y en el nivel de la aplicación judicial de la legislación. Este argumento tiene una importante limitación: olvida que la expresión *falta de servicio* es un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general y, entonces, que es el legislador quien ha otorgado al juez el poder arbitral para resolver el conflicto mediante la interpretación e integración del derecho. Así, es el mismo legislador el que ha decidido permitir la heterogeneidad jurisprudencial al usar un concepto vago y ambiguo.

Todo ejercicio hermenéutico es la expresión de una decisión sobre los valores jurídicos que se consideran preferibles frente a un determinado problema interpretativo. Por esta razón es necesario considerar aquí cuáles son los valores en juego. La tesis que cuestiona la especialidad de la ley Nº 19.666 hace dos elecciones axiológicas: (a) prefiere la seguridad jurídica (relativa) que suministra el desarrollo dogmático y jurisprudencial en torno a la LOCBGAE, mientras que la posición que arguye la especialidad prefiere la flexibilidad de una decisión judicial *ad-hoc* integrada por los principios sectoriales y, (b) optar con considerar que las partes del conflicto son iguales y, entonces, usa esa valoración para justificar la extensión del sistema de responsabilidad civil extracontractual al contexto sanitario.

¿Por qué es preferible la flexibilidad o el particularismo en este tipo de decisiones? La respuesta a esta pregunta debe poner sobre la mesa el propósito de la Ley Nº 19.666. Así, la mejora del acceso y la equidad en las prestaciones sanitarias debe integrar el juicio de responsabilidad en caso de que esas prestaciones no se ejecuten, se presten mal o de forma tardía. Si el propósito de la ley fue construir un sistema de salud equitativo, no hay razón para impedir que ese propósito sea usado en la interpretación de las reglas de responsabilidad, de modo tal que el juzgador, al momento de construir el título de imputación, deba razonar sobre cómo la actuación del Estado ha lesionado los principios de la ley Nº 19.966 en ese caso concreto.

¿Es sensato valorar que las partes de un caso de responsabilidad estatal en contextos sanitarios son iguales y fundar ahí el uso supletorio del sistema de responsabilidad extracontractual

²² En este artículo no se analiza la controversia sobre la naturaleza de la responsabilidad. Para revisar la teoría dominante en la actualidad ver: VALDIVIA (2012), pp. 29-44; LETELIER (2012), pp.1-26; PIERRY (1975); PIERRY (1978); PIERRY (1983), pp. 283-306; PIERRY (1995), pp. 17-30; PIERRY (1996), pp. 287-309; PIERRY (2000), pp. 11-40.

²³ Por ejemplo, Rojas señala “[el título III] es una reiteración de las normas generales de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado y del Código Civil, todo ello es aplicación de la conocida teoría de la Doctrina y Jurisprudencia de la llamada *falta de servicio*.” ROJAS (2005), p. 77. En el mismo sentido, HUEPE (2012), p. 148.

del derecho civil? Pensamos que la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. La igualdad de las partes es un supuesto que el derecho privado asume con el propósito de orientar el ejercicio de la justicia correctiva²⁴. Así, aplicar sin más las normas de derecho civil a relaciones de derecho administrativo es discutible en dos niveles: (a) es posible criticar que estemos frente a un caso que pertenece al tipo de caos para los cuales se ha diseñado el derecho privado de daños y, (b) es posible cuestionar que estemos frente a un caso de justicia correctiva²⁵. A nuestro juicio, la primera crítica tiene su mejor versión en el análisis de los fines de los agentes privados y el fin del Estado²⁶. Se afirma, en extrema síntesis, que los privados se autodeterminan, es decir, fijan sus propósitos con plena libertad y, entonces, solo cuando el ejercicio de esa autonomía causa daño a terceros opera la responsabilidad extracontractual. El Estado, en cambio, no se autodetermina, porque cumple una función de interés público y/o bien común. Entonces, el daño causado no recae en un tercero a quien el fin le resulta irrelevante, sino que se trata de un ciudadano que es *beneficiario* del ejercicio de una actividad pública. Justificar la aplicación analógica del derecho privado a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado exige, entonces, dar razones sobre la adecuación del uso de estas normas. Desafortunadamente, en la literatura nacional, casi no hay trabajos sobre este punto²⁷.

La segunda crítica se enfoca en el tipo de justicia que se plasma en el juicio de responsabilidad. La explicación convencional señala que las normas de derecho de daños expresan un sistema de justicia correctiva en el sentido aristotélico del concepto²⁸. A esta explicación se enfrenta la visión instrumentalista que afirma que estas normas deben ser entendidas como mecanismos de dirección de conductas de precaución y toma de riesgos²⁹. Aquí cabe hacer dos observaciones. Por un lado, es posible notar que la tesis que afirma que la responsabilidad civil se explica en torno a la idea de justicia correctiva reenvía la pregunta al criterio de igualdad que permite estimar la simetría entre las partes. Como se sabe, en Aristóteles, ese criterio de igualdad es formal y la respuesta sustantiva queda completamente abierta. Por otro lado, ocurre algo semejante en la visión instrumentalista. Entender al derecho de daños como una herramienta que incentiva conductas también nos provee de una respuesta solo formal, porque nada dice sobre las razones que justifican la deseabilidad de los comportamientos.

Si ambas formas de entender la responsabilidad civil son formales, la cuestión subyacente es política o ideológica: las razones sustantivas que justifican (o no) la aplicación de normas de derecho privado a una relación que no es de tal naturaleza. No podemos entrar al fondo de estas cuestiones por razones de espacio. Solo advertimos que en el caso de la ley GES estas decisiones políticas deberían estar orientadas por la discusión axiológica previa pues creemos que es la única forma de contar con una justificación discrecional pero no arbitraria al problema.

2. Segunda parte. El subsistema de responsabilidad del Estado de la ley Nº 19.966

Antes de explicar las reglas de la ley Nº 19.966 vamos a dar un repaso a la estructura general de la falta de servicio para luego revisar la especificidad de la ley GES. Como se sabe, la posición dogmática dominante sobre la responsabilidad afirma que la «*falta de servicio*» es un concepto jurídico indeterminado que es un título de imputación y que se configura según una lista de

²⁴ BARROS (2006).

²⁵ PINO (2013) ha sostenido que se trata de un caso de justicia distributiva.

²⁶ Véase CANE (1982).

²⁷ Por todos, PINO (2013).

²⁸ PINO (2011), pp. 5-8

²⁹ BARROS (2006), pp. 34-35.

factores³⁰. De acuerdo a tal doctrina, y en un breve resumen, los elementos configuradores de la responsabilidad por falta de servicio de la LOCBGAE son cinco:

(1) *Actividad del estado*. Se distinguen dos tipos de actuaciones estatales: la actividad formal del estado realizada mediante actos administrativos y la actividad material del estado expresada en acciones, prestaciones o servicios ejecutados por el estado en cumplimiento de una obligación legal.

(2) *Ilegalidad*. En la actividad administrativa formal, la ilegalidad se configura con la trasgresión de normas y la anulación del acto. El estatuto de la nulidad de los actos administrativos ha sido discutido en nuestra doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, más allá de este debate, hay acuerdo en sostener que la nulidad del acto deja sin la cobertura del derecho a los perjuicios sufridos por el particular y, entonces, permite iniciar una acción indemnizatoria por el daño imputable al actuar ilegal. En la actividad administrativa material, en cambio, la ilegalidad se configura mediante la falta de servicio como título de imputación.

(3) *Daño antijurídico*. Hay acuerdo en la doctrina en sostener que un daño es antijurídico cuando quien lo sufre no está jurídicamente obligado a soportarlo. El daño debe cumplir con tres requisitos básicos: (a) ser efectivo; (b) ser evaluable económicamente; (c) debe ser individualizado con relación a personas o grupos de personas.

(4) *Falta de servicio*. Falta de servicio es la prestación ausente, tardía o defectuosa en relación a una obligación o deber impuesto al estado³¹. Dentro de la posición dominante, en su momento se discutió si la expresión «*falta de servicio*» el significado de la subjetividad dentro de este sistema de responsabilidad. Hoy hay acuerdo en que tal subjetividad significa que el daño se imputa en razón de la infracción de ciertos deberes de comportamiento. Conforme a esta posición dogmática, la jurisprudencia ha ido fijando desde 2002 algunos rasgos de la noción: (a) La falta de servicio es anónima, es decir, no exige individualizar al funcionario autor del daño; (b) La falta de servicio se configura por contrafáctico con el servicio debido; (c) El servicio debido se configura con los siguientes elementos³²: (c.1.) Circunstancias de tiempo y lugar, (c.2.) Las cargas del servicio y los recursos disponibles (legalidad competencial y presupuestaria), (c.3.) La situación de la víctima en relación al servicio público, (c.4.) La naturaleza del servicio público autor del daño, (c.5.) Un contrafáctico de normalidad del servicio debido. A estos elementos, recientemente, la jurisprudencia ha adicionado *la expectativa legítima del usuario del servicio*³³.

(5) *Causales de exoneración*. En la actividad administrativa formal la ilegalidad del acto es indiciaria de la falta de servicio. Es el estado quien debe justificar la legalidad del acto (aquí hay presunción a su favor) y probar la razonabilidad de la decisión administrativa o configurar alguna causal de exoneración de responsabilidad. En cambio, en la actividad administrativa material, el estado solo debe probar que prestó el servicio debido y no debe probar que la causa del daño está en un hecho extraño a su actividad, pues esto implicaría una objetivación de la responsabilidad³⁴. Al estado le basta con probar que su actuar se corresponde con el deber de servicio exigido. El estado tiene cuatro alternativas para argumentar exoneración:

(5.1.) *Probar la culpa exclusiva de la víctima*. La culpa exclusiva de la víctima no es causal autónoma de exoneración de responsabilidad, porque el título de imputación es la negligencia del agente que causa el daño. Sin embargo, ella permitiría evitar la configuración del título de

³⁰ BERMÚDEZ (2014).

³¹ La doctrina interpreta la expresión «*falta de servicio*» como un transplante legal de la noción francesa «*faute du service*». La doctrina acepta, en términos generales, la definición de Paul Duez.

³² LETELIER (2012), p. 314.

³³ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 4233-2012, de 8 de abril de 2013.

³⁴ DOMÍNGUEZ (1966), p. 53.

imputación mediante el uso de un argumento probatorio que explica los hechos del caso: ha sido la víctima quien es la responsable de su propio daño.

(5.2.) *Configurar la culpa concurrente de la víctima.* Aquí tampoco hay una causal de exoneración autónoma. Si la víctima es concausa del daño es de cargo del estado probar la culpa concurrente. Esto solo puede hacerse formulando un argumento de contrafáctico mediante la configuración de un patrón normativo de comportamiento, es decir, un estándar de autocuidado³⁵. Así, la culpa concurrente de la víctima se integra al proceso de determinación de la regla que es título de imputación. Según el grado de desviación entre el comportamiento y el estándar se rebajará el monto de la indemnización solicitada conforme a las reglas civiles generales.

(5.3.) *Probar el hecho determinante de un tercero.* En un sistema de responsabilidad subjetivo o por culpa no es necesario que el demandado pruebe que el daño alegado ha sido causado por un tercero. Para la exoneración basta con acreditar que se ha obrado conforme al servicio debido (y, entonces, sin culpa)³⁶. Sin embargo, este parece ser un elemento exigido por alguna jurisprudencia que ha dado un carácter más objetivo a la responsabilidad del estado por este medio³⁷.

(5.4.) *Configurar una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.* Una última alternativa para argumentar la exoneración es probar que los hechos configuran un caso fortuito o fuerza mayor. En la dogmática chilena estos dos términos se consideran sinónimos y no existe la diferenciación entre *act of God* y fuerza mayor en razón de la sinonimia que instaura la disposición del Código Civil³⁸. El resumen de esta sección puede formularse del modo siguiente. La doctrina afirma: “expresión «falta de servicio» es un concepto jurídico indeterminado que expresa (es) un título de imputación subjetivo cuya configuración debe ser realizada por el juez conforme a una lista de factores”. Tal forma de reconstruir la posición dogmática dominante sobre la responsabilidad del estado permite observar que los juristas tienen tres preocupaciones frente a la LOCBGAE: ¿Qué operación ha realizado el legislador al incluir la expresión «falta de servicio»? ¿Cuál es el fundamento de la atribución de responsabilidad al estado? y ¿Qué criterios debe usar el juez en la operación de concretizar el significado de la expresión «falta de servicio» en un caso, de modo tal de reducir su discrecionalidad? Estas tres interrogantes se responden con tres afirmaciones correlativas: (1) La «falta de servicio» es un concepto jurídico indeterminado y, (2) La falta de servicio es un título de imputación subjetivo y (3) La determinación de la «falta de servicio» depende de factores particulares de cada caso.

La responsabilidad en materia sanitaria está regulada en el título III de la ley 19.966. El primer párrafo, titulado *Disposiciones generales* contiene cinco artículos. En ellos se regula el sistema de imputación al que se somete la Administración en caso de daños ocasionados en el marco de sus funciones. El rótulo del título III es un argumento interpretativo que permite sostener que las normas que este título contiene son aplicables a todo el sistema sanitario chileno. Así, la generalidad está determinada por un criterio funcional: qué tareas realiza el órgano.

Desde la perspectiva de quien litiga contra el Estado, la legislación en el título III de la ley Nº 19.966 establecen ocho normas básicas³⁹:

³⁵ SAN MARTÍN (2016).

³⁶ DOMÍNGUEZ (1966).

³⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 1432-2015, de 15 de abril de 2016.

³⁸ La prueba del argumento es muy exigente, porque la jurisprudencia considera que se trata de una alegación de todo o nada que no permite la concurrencia entre la mala suerte y el comportamiento humano.

³⁹ El listado de normas que se presenta es una reconstrucción simplificada del texto de la ley.

- N.1. Los órganos de la administración en materia sanitaria responden por los daños causados a los particulares conforme a la cláusula general de *'falta de servicio'* (38 inc.1º).
- N.2. El ciudadano debe probar que el daño que alega fue causado por una acción u omisión mediando falta de servicio. (38 inc.2º).
- N.3. La indemnización por daño moral debe ser fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas (Art. 41 inc. 1º).
- N.4. El Fondo Nacional de Salud es responsable por falta de servicio 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 (Art. 42 inc. 1º).
- N.5. Las Instituciones de Salud Previsional son responsables 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 (Art. 42 inc. 1º).
- N.6. Los prestadores inscritos en la Superintendencia de Salud son responsables por el incumplimiento de las Garantías Explícitas de Salud en el caso en que el incumplimiento sea consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores (Art. 42 inc. 2º).
- N.7. No son indemnizables los daños derivados 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 existente al momento de producirse aquéllos (Art. 41 inc. 2º).
- N.8. La acción para perseguir la responsabilidad prescribe en 4 años contados desde la acción u omisión (Art. 40).

Antes de analizar cómo los principios sectoriales deben inspirar la imputación de responsabilidad al Estado en materia sanitaria, es necesario poner en relación todos los artículos del título III para componer un subsistema de responsabilidad. Es claro que desde el punto de vista del título de imputación, *prima facie*, las ocho normas establecen una distinción entre dos tipos de prestaciones sanitarias; las generales y las GES. Las primeras se regirían por la *'falta de servicio'* (38 inc 1º). Las segundas, en cambio, tienen tres títulos de imputación diferentes; (a) el Fondo Nacional de Salud responde por *'falta de servicio'* (42 inc. 1º), (b) Las Instituciones de Salud Previsional responden por *'incumplimiento negligente'* (41 inc. 1º) y, (c) Los prestadores inscritos en la Superintendencia de Salud quedan sometidos a las reglas del derecho privado, porque la ley Nº 19.966 no tiene norma explícita que regule el título de imputación de su responsabilidad (41 inc.2º). La pregunta clave que hay que responder es ¿Cuál es el grado de generalidad de la norma N₁ (Art. 38 inc. 1º)? La norma del artículo 38 inc. 1º (N₁) es una norma que es especial en relación a la LOCBGAE. El criterio para construir la especialidad es la función del órgano cuya responsabilidad se reclama. Así, se puede sostener, casi de modo trivial: la *'falta de servicio'* es el título de imputación que rige en 'materia sanitaria'.

La cuestión es si la expresión *'falta de servicio'* del artículo 38 inc. 1º significa exactamente lo mismo que lo que significa la misma expresión en las disposiciones de la LOCBGAE. En otros términos, hay que determinar si la norma N₁ es completamente redundante en relación a las de la LOCBGAE. Y esta pregunta no es baladí. Porque la expresión *'falta de servicio'* es un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general que exige al juez interpretar e integrar el derecho para resolver el caso. De este modo, quien sostenga que existe una total redundancia entre ambas leyes está afirmando que el juez que resuelve un caso conforme a la ley GES debe realizar el mismo trabajo argumentativo que el juez que resuelve un caso de la LOCBGAE. Como es obvio, esto implica argüir que la falta de servicio en contextos sanitarios no debe ser integrada por los principios y normas de la regulación sectorial. A la inversa, sostener que el Art. 38 inc. 1º no es (completamente)

redundante en relación a la LOCBGAE, implica argumentar a favor de un sistema de imputación por falta de servicio que resulta modificado parcialmente por los principios que rigen las prestaciones sanitarias. Así, el juez tiene una carga de argumentación más intensa cuando resuelve un caso de la ley GES que cuando resuelve un caso de la LOCBGAE. Esta segunda tesis se defiende en las líneas que siguen.

En el caso de N₂ y N₃ se trata de especificaciones de la legislación civil. En este sentido estas reglas son redundantes. N₂ fija el principio general de quien alega un hecho (en este caso el daño) debe probarlo. A su vez, N₃ reitera la regla general de la responsabilidad por culpa⁴⁰.

Es claro que N₄ y N₅ son normas que regulan la relación de causalidad entre el daño y la conducta del Fondo Nacional de Salud o de las Instituciones de Salud Previsional. En ambos casos el daño debe ser consecuencia directa de la actuación. La única diferencia es que el Fondo Nacional de Salud responde por *'falta de servicio'*, mientras que las Instituciones de Salud Previsional responden por incumplimiento negligente, es decir, por la culpa extracontractual del derecho privado.

En este sentido las normas N₄ y N₅ (Art. 42 inc. 1º) que regulan la imputación al Fondo Nacional de Salud y a las Instituciones de Salud Previsional son normas excepcionales, porque la primera fija una imputación por falta de servicio y la segunda por culpa y ambas solo permiten la imputación de los daños directos. Además, de acuerdo con N₇ (Art. 41 inc. 2º) esos daños solo serán indemnizables cuando ellos se hubieran podido prever o evitar según el Estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente al momento de producirse.

El caso de N₆ (Art. 42 inc. 2º) es diferente. Se trata de una norma especial y redundante con la legislación civil. La regulación de la responsabilidad de los prestadores inscritos en la Superintendencia de Salud por incumplimiento de las Garantías Explícitas de Salud, se rige por la culpa civil y los daños indemnizables son todos aquellos que sean consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores.

La norma N₇ (Art. 41 inc. 2º) es una norma especial en relación a los daños indemnizables. El artículo limita los daños indemnizables solo a los que provienen de hechos o circunstancias que eran previsibles o evitables en un momento determinado. El criterio para determinar la previsibilidad o evitabilidad es el conjunto de conocimientos de la ciencia o de la técnica. El problema de la norma es el pronombre demostrativo *'aquellos'*. No queda completamente claro si se hace referencia a la ciencia y técnica existente al momento de producirse el hecho o circunstancia, o la ciencia y técnica existentes al momento de producirse el daño. Esto es importante, ya que según N₈ (Art. 40) la responsabilidad prescribe en cuatro años contados desde la acción u omisión y no desde que se produjo el daño.

La norma N₃ (Art. 41 inc. 1º) es una norma especial en relación a las reglas civiles. Ella regula el modo en que debe fijarse el daño moral e impone dos criterios complementarios; la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado. Asimismo, este último criterio es modulado por dos variables: la edad y las condiciones físicas de la víctima.

La norma N₂ (38 inc.2º) es una norma especial y redundante en relación a la legislación civil de responsabilidad extracontractual y en relación a la norma de la LOCBGAE. Fija un sistema del *onus probandi* estático sobre el daño, la acción y la culpa del servicio.

Volvamos un momento a la norma N₁ que fija el artículo 38 inc.1º (Los organos de la administración en materia sanitaria responden por los daños causados a los particulares conforme a la cláusula general de *'falta de servicio'*) ¿Cómo se configura la lista de factores de la *'falta de*

⁴⁰ Esta opinión es defendida también por Josefina Tocornal. Véase: TOCORNAL (2010), pp. 477-504.

servicio'? Ya sabemos que son cinco elementos básicos conforme al desarrollo dogmático y jurisprudencial de la LOCBGAE. A nuestro juicio la cuestión es si determinar cómo la regula la ley GES modifica el razonamiento judicial en dos puntos: las cargas del servicio y el contrafáctico de normalidad del servicio debido.

3. Tercera parte. Los principios de la ley N° 19.666 y razonamiento judicial

Tradicionalmente, la doctrina del Derecho Administrativo usa la noción de concepto jurídico indeterminado para clasificar expresiones tales como: buena fe, justiprecio, urgencia, necesidad, utilidad, razonabilidad, igualdad, solidaridad, eficacia, etcétera⁴¹. Los juristas discuten sobre qué es, cómo se identifica y cómo se usa en el razonamiento judicial este tipo de figuras.

Sin cuestionar este modo de comprender las expresiones ambiguas y vagas que usa el legislador, creemos que vale la pena resaltar cuatro efectos del uso de estos conceptos en la legislación. El primer lugar, los conceptos jurídicos indeterminados son desafíos de técnica legislativa, porque ellos exigen considerar cómo los factores lingüísticos y la cultura jurídica de los operadores que trabajaran con el material legislativo moldean a la indeterminación del lenguaje de las fuentes.

El segundo lugar este tipo de conceptos es construido (dotado de un contenido) en sede jurisdiccional y por la doctrina⁴². Así, estos conceptos generan problemas de justificación externa de las operaciones interpretativas y/o integradoras del derecho, en orden a poner en relación el texto de la legislación con un conjunto de principios jurídicos dotados de cierto contenido normativo específico.

En tercer lugar, es importante notar que estos conceptos pueden ser entendidos como fragmentos de reglas que entregan atribuciones a los jueces para crear el derecho que resuelve el caso. En este sentido, la legislación que usa estos conceptos da poder a los jueces para balancear los intereses legítimos en disputa a través de potestades arbitrales⁴³. En cuarto lugar, una vez que estos conceptos son llenados de contenido por el juez y la doctrina, mediante operaciones de construcción jurídica, pueden entenderse como normas sustantivas que regulan el supuesto de hecho en el que se subsume el caso que el juez debe resolver.

Conforme a las distinciones precedentes, que es posible sostener que la labor del juez que resuelve un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por falta de servicio consiste en completar ese concepto jurídico indeterminado⁴⁴. Esto quiere decir que la interpretación declarativa de la expresión '*falta de servicio*' no conduce a ninguna parte. El juez debe hacer una interpretación correctora e integrar el derecho dotando de un contenido a las palabras del legislador.

Los dos principales recursos que usan los jueces para integrar el derecho son la dogmática y la jurisprudencia y esa tarea integradora tiene la misma estructura que una especificación⁴⁵. La operación que llamamos 'especificación' es un procedimiento de obtención de una regla determinada a partir de normas indeterminadas (principios, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, listas de ejemplos, entre otras). El procedimiento consiste en cinco pasos⁴⁶:

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (1998), p. 443.

⁴² GUASTINI (2015) pp. 11-48.

⁴³ CHIASSONI (2011) pp. 89-106.

⁴⁴ Esta afirmación es general para cualquier resolución de un caso a partir de las disposiciones de los artículos 44, 152 y 38 de las leyes N° 18.575, N° 18.695 y N° 19.966 respectivamente.

⁴⁵ Para una definición del procedimiento de especificación ver MORESO (2010), pp. 821-832.

⁴⁶ MORESO (2010), pp. 821-832.

(i) *Primer paso*. El juez debe delimitar el problema normativo que presenta el caso singular que es juzgado. Ello considera una dimensión fáctica y una normativa, es decir, decidir cuáles son los hechos que se discuten y cuáles son las normas que están en juego *prima facie*. En términos prácticos este paso se traduce en identificar, por ejemplo, que se trata de un caso de un daño como consecuencia de una infección intrahospitalaria generado por negligencia del personal médico, en el marco de una prestación GES en donde es aplicable la ley Nº 19.966.

(ii) *Segundo paso*. Este paso consiste en fijar el contenido de las normas que fueron identificadas como *prima facie* aplicables en el paso anterior. Este proceso incluye entonces un ejercicio interpretativo e integrador del derecho mediante el uso de todas las fuentes del derecho disponibles (legislación, jurisprudencia, doctrina), además del recurso a los criterios de toma de decisiones propios de la cultura jurídica en donde el juez opera. Siguiendo en el ejemplo del paso anterior, aquí es donde el juez debería dar contenido a los mencionados principios de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, que cree relevantes para integrar el juicio de imputación por falta de servicio.

(iii) *Tercer paso*. Consiste en modelar '*casos paradigmáticos*' (reales o ficticios) que permitan ilustrar el problema normativo seleccionado en la etapa (i), de modo tal de restringir el conjunto de las reconstrucciones normativas admisibles para el caso. Es claro que los precedentes y su análisis por parte de la doctrina son de especial relevancia en este paso. Es importante notar que, en alguna medida este paso ya está presente al momento de dar el primer paso, porque la tarea de identificar las normas *prima facie* aplicables considera no solo un conocimiento de la legislación, sino que también de la *ratio decidendi* expresada en precedentes relevantes y un dominio de las teorías y conceptos dogmáticos implicados en la interpretación de las fuentes del derecho.

(iv) *Cuarto paso*. Determinar cuáles son las propiedades relevantes del problema normativo ya delimitado, de un modo tal de poder avizorar las posibles soluciones normativas que recibirá el caso usando las normas construidas a partir de los pasos anteriores. Naturalmente, aquí vuelven a jugar un papel muy importante, por un lado, los precedentes (la *ratio decidendi*) y; por otro, las teorías y/o los conceptos dogmáticos que el juez tiene la vista.

(v) *Quinto paso*. Formular la(s) regla(s) que, siendo suficientemente determinadas, resuelve(n) el caso singular que es juzgado y que también resultan idóneas para resolver otros casos similares.

Estas cinco etapas conducen al juez desde una norma poco determinada que no puede ser usada para formular un silogismo judicial, hasta una norma bien determinada que puede ser usada para encabezar el silogismo que estructura la decisión del juez. La especificación reduce el alcance del concepto jurídico indeterminado y le da un contenido para un problema normativo o caso singular. Así, cuando el juez falla esa decisión es aplicable a todos los casos individuales que pertenecen al mismo ámbito normativo. De esta forma, hay un meridiano control sobre la aplicación del derecho, porque la discrecionalidad judicial queda sometida a las reglas que se han construido con la información que está disponible para las partes de litigio: las sentencias anteriores, los casos paradigmáticos, las teorías y conceptos dogmáticos que son aplicables en un ámbito normativo o conjunto de caso.

Corresponde responder cómo los principios de la ley Nº 19.966 afectan la determinación de las cargas del servicio y el estándar de normalidad del servicio debido. En relación a las cargas del servicio hay que señalar que el punto que nos interesa son las obligaciones competenciales. Creemos que las garantías explícitas de salud son principios de mandato que imponen deberes especiales a los organismos públicos en orden a suministrar ciertas prestaciones de salud de un determinado modo. Entonces, estos principios aumentan la carga obligacional de los prestadores

de servicios sanitarios en el caso de patologías GES, porque solo así tiene sentido afirmar que la ley consagra garantías explícitas que concretizan el derecho fundamental a la salud.

En relación al estándar de normalidad del servicio debido la cuestión es un poco más compleja. Sostenemos que ese contrafáctico no puede ser construido como sea hace en cualquier otro caso de derecho administrativo. Ello es así por tres razones de diferente naturaleza. En primer lugar, hay una razón material: el juicio de normalidad que no integra los principios GES impide llevar a cabo el propósito de la ley: establecer un trato sanitario equitativo en esas patologías como una política pública que concretiza el derecho fundamental a la salud. En segundo lugar, el juicio de normalidad que no integra los principios de la ley N° 19.966 incurre en un error básico: considera que todas las normas de la ley son directrices o normas programáticas en lugar de principios en sentido estricto, así olvida que las normas de la ley son mandatos⁴⁷. En tercer lugar, el juicio de normalidad que no integra los principios de la ley deja de lado la legítima expectativa del ciudadano en relación a un servicio que el estado ha comprometido de forma robusta.

A partir de las reflexiones precedentes es posible sostener que un modelo de decisión judicial para introducir los principios de la ley N° 19.966 en el razonamiento sobre casos de responsabilidad del Estado debería contener, como mínimo, tres pasos: (1) Los principios deben ser formulados por el juez a partir de las disposiciones disponibles, (2) Los principios deben ser concretizados y solo una vez realizada esa operación, la regla resultante puede ser usada para configurar la falta de servicio, especialmente, para construir la carga competencial del servicio y el juicio de normalidad como elementos del contrafáctico y, (3) En caso de conflicto entre los principios en juego es necesario resolver ese conflicto (y justificar esa solución) antes de configurar la regla que será incluida en la determinación de la falta de servicio.

4. Cuarta parte. Una aplicación del modelo de razonamiento a un caso

Un buen ejemplo para observar el modelo de razonamiento que presentamos es el caso Rol N° 9.440/2009 resuelto por la Corte Suprema el año 2012. En ese caso, la Corte resolvió un recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandante en contra de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Iquique que revocó la decisión de primera instancia que daba lugar a la demanda.

Un listado breve de hechos es el siguiente:

(1) H.N.B.H sufrió un infarto agudo al miocardio en el mes de febrero de 2006.

(2) Ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Iquique y fue ingresado al programa de Acceso Universal de Garantías Explícitas de Salud (AUGE), sin obtener mayores tratamientos que su estabilización.

(3) El 2 de septiembre de 2006 el señor H.N.B.H sufrió un segundo infarto agudo al miocardio. Fue ingresado con riesgo vital a la UTI y se dispuso su traslado urgente al Instituto Nacional del Tórax de Santiago. Se le otorgó una hora de atención para el 16 de noviembre de 2006 con el propósito de realizarle una 'coronariografía' conforme a la cual se determinaría el tratamiento

⁴⁷ Sobre esta distinción profundizan Atienza y Ruiz Manero: "La diferencia, pues, entre un principio en sentido estricto y una directriz, desde la perspectiva desde la que estamos ahora contemplando las normas, parece ser la siguiente: de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados". ATIENZA Y RUIZ (1991), p. 110.

posterior de implantación de Bypass coronario o Angioplastia Coronario Percutánea. Además, entre los procedimientos que debía realizarse se incluían un test de esfuerzo, exámenes de sangre y un electrocardiograma.

(4) El Instituto Nacional del Tórax de Santiago le practicó la ‘coronariografía’, pero al remitir la ficha clínica, el Hospital Ernesto Torres Galdámez de Iquique omitió acompañar los resultados del test de esfuerzo. Por esta omisión se determinó que el cuadro presentado por el señor H.N.B.H fuera tratado en Iquique en donde se contaba con todos los antecedentes.

(5) El médico Víctor Pérez León concluyó que: *“se sugiere realizar estudio de inducción de isquemia y viabilidad miocárdica para definir eventual terapia endovascular”*.

(6) Se le otorgó hora para cumplir con la orden de Poli Comité de Traslado Cardiología, que consiste en la citación a un comité de la especialidad de cardiología. Concurrió el señor H.N.B.H y su hora le fue reagendada el 29 de diciembre de 2006; 1 de enero de 2007; 24 de julio de 2007; 28 de agosto de 2007; 9 de septiembre de 2007; se agendó para el 16 de noviembre de 2007, pero por los hechos que se indicarán a continuación se dispuso que se realizara el 9 de octubre de 2007, la cual tampoco se efectuó.

(7) Al presentar dolores en el pecho, el señor H.N.B.H concurrió al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Iquique el 17 de septiembre de 2007 y luego el 3 de octubre de 2007, ocasión en que se dispone su hospitalización. Ocho días después, el señor H.N.B.H sufre un tercer infarto, razón por la que es derivado a la UCI hasta el 13 de octubre de 2007 en que se le traslada a medicina hombres.

(8) El día 11 de octubre de 2007, con los exámenes a la vista y dada la condición del señor H.N.B.H se dispuso nuevamente su traslado a Santiago, el que sería efectuado de urgencia. El día 16 del mismo mes se consulta por este traslado, indicándose que se seguía esperando.

(9) El señor H.N.B.H fallece el 20 de octubre de 2007.

El tribunal de primera instancia resumió la pretensión del actor señalando que ella consistía en:

[...] primero, en la tardanza por más de un año y nueve meses para la presentación garantizada en la ley en un plazo no mayor a 30 días desde su primer alta médica; segundo, no se pudo realizar la operación en la ciudad de Santiago por el hecho de haber llegado la ficha del padre de la demandante incompleta, pese a que los exámenes que se requerían para la operación se habían realizado, es decir, según lo indicado por la demandante, no se tomaron el tiempo de incorporar estos exámenes a la carpeta del paciente para ser enviada a la ciudad de Santiago; tercero, debido a lo anterior, el padre de la demandante debió volver a la ciudad de Iquique, sin solución alguna señalándosele que en esta ciudad se le citaría ante el Consejo Médico del Hospital Ernesto Torres Galdámez, a fin de determinar lo que el paciente requería, ya sea un BYPASS o una Angioplastia, sin embargo nunca se llevó a efecto este consejo médico, hasta que en definitiva el padre de la demandante falleció a la espera de dicha junta.

Resumiendo las pretensiones del actor, la Corte de Apelaciones de Iquique, señaló que la falta de servicio alegada se hace consistir en:

1º) Tardanza en la prestación del servicio médico garantizado en la denominada ley Auge, 2º) La no operación del señor Ballón en el Instituto Nacional del Tórax en la ciudad de Santiago, por no llevar completa la carpeta con los antecedentes clínicos del paciente, y 3º) La no celebración del Consejo Médico del Hospital Ernesto Torres Galdámez para decidir si al paciente se le practicaría un Bypass o una Angioplastia.

Considerando estos tres puntos, la Corte de Apelaciones de Iquique acogió el recurso de apelación interpuesto por el fisco y revocó la sentencia de primera instancia, porque estimó que no fue probada la falta de servicio. La cuestión interesante aquí es observar la parte demandante alegó la falta de servicio conforme a la teoría objetiva, mientras que la Corte adoptó la posición subjetiva. Este cambio de posición teórica generó la insuficiencia probatoria en la pretensión del demandante pues, a juicio de la Corte, no se probó la culpa del servicio.

Al conocer del recurso de casación en el fondo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba, la Corte Suprema rechazó la impugnación del recurrente y confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones con un extenso voto disidente del ministro señor Muñoz, quien arguyó que la prueba ofrecida por la demandante era suficiente para acreditar la culpa del servicio conforme a la teoría subjetiva.

Es claro que el caso se desarrolló, principalmente, como una discusión probatoria. Este modo de litigio tiene una razón profunda en la estructura del razonamiento judicial sobre la falta de servicio. Ya que la falta de servicio es un concepto jurídico indeterminado, la frontera entre los problemas de derecho y los problemas de hecho es bastante difusa.

Más allá del modo en que el caso se litigó y de la corrección de la decisión de fondo, es interesante observar que este es un caso donde se debería haber aplicado nuestra propuesta de razonamiento sobre falta de servicio en prestaciones GES. La cuestión que el tribunal debería haber establecido es un problema doble. Por un lado, deberían haberse integrado los principios de acceso, oportunidad y calidad de la ley 19.966 para dar contenido al deber de prestar un servicio médico garantizado por la ley y; por otro, debería haberse valorado la prueba de la anormalidad de la prestación conforme al deber jurídico así configurado.

Creemos que el tribunal no ve la totalidad del problema que tiene entre manos, porque carece de referencias dogmáticas y jurisprudenciales sobre el contenido de los principios de la ley 19.966 y al modo en que estos principios deberían operar en el razonamiento del juzgador al momento de configurar el deber de actuación de la Administración. Entonces, ante esta carencia de una referencia normativa, el tribunal solo se concentra en la segunda mitad del problema: la prueba de la anormalidad en la prestación del servicio médico y, específicamente, la suficiencia de la prueba de la culpa del servicio⁴⁸. Ahora bien, ¿Qué debería haber hecho el tribunal al resolver la primera parte del problema?

Para responder esta pregunta ofrecemos una respuesta esquemática y minimalista, es decir, presentamos una estructura de razonamiento en lugar de una argumentación de fondo sobre la sentencia que solo nos sirve de ejemplo. Advertimos al lector que no podemos afrontar los problemas probatorios derivados de este enfoque en razón de que ellos escapan a los objetivos de este trabajo.

En el apartado anterior, hemos sostenido que el tribunal debe componer una regla que resuelva el caso y que para arribar a tal norma debe, primero, formular o dar contenido a los principios (acceso, oportunidad y calidad) a partir del material jurídico disponible y luego concretizarlos conforme a las circunstancias del caso. Estas operaciones explicadas desde la teoría del derecho, se ordenan en cinco pasos por cuestiones puramente metodológicas, tal como las describimos más arriba. Desde el punto de vista judicial, la especificación de los principios puede resumirse bajo la forma de dos preguntas; (i) cómo los principios en juego (el acceso, la oportunidad

⁴⁸ El problema de la prueba de la culpa del servicio no puede ser tratado aquí por razones de espacio. Pensamos que un trabajo en profundidad sobre el asunto, en casos de prestaciones sanitarias, debería abordar por un lado, el impacto probatorio de la adopción de ciertas posiciones dogmáticas y; por otro, cuáles son los medios de prueba que permiten probar mejor la culpa del servicio, particularmente, si es posible inferir (o no) la negligencia a partir de datos contenidos en instrumentos públicos.

y la calidad) demarcan el deber del servicio de salud en términos de lo que cabe esperar del servicio público y; (ii) cómo los principios se integran con otras normas que regulan la prestación sanitaria y así definen el contenido del deber que pesa sobre la Administración.

La primera pregunta exige hacer coherentes los principios en juego (el acceso, la oportunidad y la calidad). La segunda pregunta, en cambio, exige dotar de coherencia a los principios junto a otras normas aplicables al caso (protocolos, guías clínicas, reglamentos)⁴⁹. Naturalmente, el juez siempre puede profundizar la respuesta a ambas preguntas echando mano a las circunstancias en que se desarrolló el caso, a los precedentes judiciales, a casos paradigmáticos y a argumentaciones dogmáticas para terminar de afinar la regla que resuelve el asunto que juzga. Las respuestas a las preguntas planteadas permitirían, por ejemplo, que el juez pueda explicar cómo el acceso y la oportunidad se manifiestan en el deber de realizar una prestación que, según las normas vigentes, debería practicarse en un cierto plazo y por qué la calidad comprometida por el legislador para una prestación incluida en el listado GES implicaría (o no) un deber de cuidado mayor al gestionarla y ejecutarla. Así, en la sentencia analizada, podría haber sido útil considerar, por ejemplo, la Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia del año 2005 la que sostenía que el infarto agudo al miocardio era la primera causa de muerte en el país y declaraba que la política pública GES buscaba reducir una inequidad en el acceso a las prestaciones de salud según el área geográfica donde habitan los pacientes⁵⁰.

A partir del ejercicio realizado podemos extraer dos afirmaciones. Por un lado, es claro que el razonamiento con los principios en juego permite aumentar la carga obligacional del prestador del servicio sanitario GES, es decir, lleva a concluir que aquello que es normalmente debido para una prestación no incluida en el listado GES, es insuficiente para cumplir con el deber de tratamiento de una enfermedad que se encuentra en ese listado. Por otro lado, y como ya lo hemos sugerido, construir el deber del servicio usando los principios de la ley modifica el foco de la valoración de la prueba sobre la anormalidad, porque al robustecer el deber la cuestión central ya no es la actuación, la *performance* o el error del personal médico en la ejecución de una directiva de la *lex artis*, sino que el respeto a las normas y protocolos de desempeño que el mismo sistema de salud se ha fijado. Para decirlo en palabras simples: la anormalidad se infiere a partir de la infracción de las normas vigentes.

5. Conclusiones

Del conjunto de problemas que es posible avizorar a partir del modo en que se regula la responsabilidad del Estado en la ley 19.966, el presente trabajo trata solo una dificultad que ella genera: el uso de los principios en la configuración de la falta de servicio. Para tratar este problema normativo se ha establecido el estatus de *lex specialis* de la ley Nº 19.966. Así, en virtud de esa

⁴⁹ Para el caso en estudio, estas normas serían el Decreto Supremo Nº 170 del Ministerio de Salud, el Protocolo AUGE de Manejo de Pacientes con Infarto Agudo del Miocardio con Elevación del Segmento ST y la Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia del año 2005.

⁵⁰ Dice la Guía Clínica en su punto Nº 3: "La enfermedad isquémica es la primera causa de muerte en Chile. En el año 2001 fue responsable de casi 1 de cada 10 muertes (7.812 defunciones) y de ellas, 5.651 fueron por Infarto Agudo del Miocardio (IAM), manifestación clínica más trascendente de esta patología (Departamento de Información Estadística Minsal 2001 4 /id). [...] Actualmente existe en nuestro país una gran inequidad en cuanto a la oportunidad de diagnóstico y tratamiento inicial recibido en esta entidad patológica, inequidad que se manifiesta según el área geográfica a la que pertenezca el paciente y acuda a su primera atención, como también según el seguro de salud al que pertenezca.

Ofreciendo a toda la población chilena la posibilidad de un diagnóstico precoz y manejo oportuno y eficaz en esta patología, independiente de su lugar de origen o sistema previsional, se pretende disminuir la mortalidad y discapacidad que ella produce".

relación de especialidad es posible afirmar que la figura de la falta de servicio contenida en esa ley es especial en relación a la que contiene la LOCBGAE. En razón a este vínculo entre ambas normas ha sido posible argumentar que el sistema de imputación de responsabilidad en contextos sanitarios debe tener un rasgo diferenciador en relación al contenido en la LOCBGAE. A nuestro juicio la diferencia radica en la necesidad de incluir los principios explícitos contenidos en la ley N° 19.966 en el razonamiento judicial que imputa responsabilidad al Estado.

Conforme a lo señalado, el juez que resuelve un caso de falta de servicio en contextos sanitarios debería considerar los principios de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera (además de otros principios implícitos) al momento de atribuir responsabilidad a la Administración. Es claro que esta afirmación es una propuesta hermenéutica y no una descripción de la realidad jurisprudencial. Es el caso que la jurisprudencia no usa estos principios para determinar la responsabilidad del Estado⁵¹. Sin embargo, hay buenas razones para pensar que ello debería ser así. El propósito de la normativa sanitaria, la equidad como valor jurídico que sustenta el sistema GES y la necesaria consideración de especialidad de la ley analizada son algunas de ellas.

Si nuestro razonamiento es correcto, los jueces que resuelven casos de falta de servicio por prestaciones GES tienen una carga de argumentación mayor que aquellos que resuelven casos de responsabilidad por otras prestaciones sanitarias. En razón de los principios explícitos de la ley N° 19.966, los estándares de las prestaciones GES son más complejos que los estándares de las prestaciones sanitarias generales.

Ahora bien, un problema práctico para hacer viable la propuesta es que la doctrina no ha definido de los principios de la ley N° 19.966, específicamente, no ha dado contenido al principio de calidad. Ante esta ausencia de desarrollo dogmático, hemos usado las definiciones oficiales de la Superintendencia de Salud como punto de partida y se ha mostrado que la operación de especificación de una norma indeterminada es una alternativa viable para introducir estos principios —convertidos en reglas determinadas— en la configuración de silogismo que estructura el título de imputación. Naturalmente, este trabajo podría ser todavía más preciso y, sobre todo, más práctico si se contara con un desarrollo dogmático robusto de cada uno de los principios de la ley N° 19.966.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN (1991): "Sobre principios y reglas", en: *Doxa* (N° 10), pp. 101-120.

BASTÍAS, GABRIEL Y VALDIVIA, GONZALO (2007): "Reforma de salud en Chile; el plan auge o régimen de garantías explícitas en salud (ges): su origen y evolución", en: *Boletín Escuela de Medicina U.C.* (Vol. 32, N° 2).

BARROS, ENRIQUE (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BERMÚDEZ, JORGE (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing).

CANE, PETER (1982): "Justice and Justifications for Tort Liability", en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 2, N° 1), pp. 30-62.

⁵¹ De las sentencias consultadas para la realización de este trabajo en casos de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, en ninguna se hizo referencia, ni siquiera somera, a los principios en cuestión.

CHIASSONI, PIERLUIGI (2011): "Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica", en: Revista de Derecho Privado (Nº 21), pp. 89-106.

DOMÍNGUEZ, RAMÓN (1966): "El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil", en: Revista de Derecho Universidad de Concepción (Nº 136), pp. 29-54.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS (1998): Curso de derecho administrativo (Madrid, Editorial Civitas), Tomo I.

GUASTINI, RICCARDO (2015): "Interpretación y construcción jurídica", en: Isonomía (Nº 43) pp. 11-48.

HUEPE, FABIÁN (2012): "La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria", en: Letelier, R. (coord.), La Falta de Servicio (Santiago de Chile, Editorial Abeledo-Perrot Legal Publishing), pp. 133-157.

LENZ, RONY (2007): "Proceso político de la reforma AUGE de salud en Chile: algunas lecciones para América Latina. Una mirada desde la Economía Política", en: Serie Estudios Socio/Económicos (Nº 39), pp. 1-44.

LETELIER, RAÚL (2012): "A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes", en: Letelier, R. (coord.), La falta de servicio (Santiago de Chile Editorial Abeledo-Perrot Legal Publishing), pp. 1-26.

_____ (2012): La falta de servicio (Santiago, Thomson Reuters).

MORESO, JOSÉ JUAN (2010): "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", en: ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura (CLXXVI 745), pp. 821-832.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003): Informe sobre la Salud en el Mundo 2003: Forjemos un futuro (Nueva York), pp. 136-137.

PIERRY, PEDRO (1975): "La responsabilidad extracontractual del Estado", en: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso (Nº 5), pp. 25-65.

_____ (1978): "De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades", en: Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile (Nº 12).

_____ (1983): "Responsabilidad extracontractual del estado por los delitos cometidos por sus funcionarios", en: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 7), pp. 283-306.

_____ (1995): "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (Tomo 92, 1º parte), pp. 17-30.

_____ (2000): “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en: Revista del Consejo de Defensa del Estado (Nº 1), pp. 11-40.

PINO, ALBERTO (2011): “Justicia distributiva, responsabilidad civil y terremotos. Reflexiones en torno a los fundamentos de la responsabilidad civil”, en: Derecho y Justicia (Nº 1), pp. 1-28.

_____ (2013): “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”, en: Revista Chilena de Derecho Privado, (Nº 21), pp. 89-135.

PIZARRO, CARLOS (2006): “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley AUGE en perspectiva civil”, en: Corral, Hernán y Rodríguez, María Sara (coordinadores), Estudios de Derecho Civil (Santiago, Lexis-Nexis) Tomo II, pp. 401-420.

SAN MARTIN, LILIAN (2016): “La frontera entre culpa exclusiva y concurrente de la víctima en la producción del daño a la luz de la jurisprudencia chilena”, en: Revista Chilena de Derecho (Nº 27), pp. 9-44.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2018): “¿Qué es el AUGE o GES?”. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-article-4605.html> [visitado el 20 de octubre de 2018].

TOCORNAL, JOSEFINA (2010): “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias”, en: Revista chilena de derecho (Vol. 37, Nº 3), pp. 477-504.

VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL (2012): “Orígenes de la noción de falta de servicio”, en: Letelier, R. (coord.), La Falta de Servicio (Santiago de Chile, Editorial Abeledo-Perrot, Legal Publishing), pp. 29-44.

ZORZETTO, SILVIA (2013): “Lex specialis”, en: Doxa (Nº 36), pp. 387-415.

ZÚÑIGA, ALEJANDRA (2010): “Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: la protección de la salud en la constitución después de la reforma AUGE”, en: Revista de derecho (Vol. 23, Nº2), pp. 113-130.

JURISPRUDENCIA CITADA

BALLÓN RAMÍREZ SANDRA CON SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE (2012): Corte Suprema 29 de agosto de 2012, rol Nº 9440-2009 (casación en el fondo), en: www.pjud.cl.

SILVIA ROSAS, YASNA CON SERVICIO DE SALUD (2013): Corte Suprema 8 de abril de 2013, rol Nº 4233-2012 (casación en la forma y en el fondo), en: www.pjud.cl.

MUÑOZ SAAVEDRA JESSICA Y OTROS CON I. MUNICIPALIDAD DE PUTAENDO Y OTRO (2013): Corte Suprema 10 de junio de 2013, rol Nº 9554-2012 (casación en el fondo), en: www.pjud.cl.

RODRÍGUEZ CON MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016): Corte de Apelaciones de Concepción 15 de abril de 2016, rol Nº 1432-2015 (apelación), en: www.pjud.cl.

URBINA ESPINOZA, BÁRBARA CON SERVICIO DE SALUD DE LA REGIÓN DEL LIBERTADOR BERNARDO O´HIGGINS (2017): Corte Suprema 9 de agosto de 2017, rol N° 10.254-17 de fecha (casación en la forma y en el fondo), en: www.pjud.cl.

OLIVARES CON SERVICIO DE SALUD O´HIGGINS (2018): Corte Suprema 16 de abril de 2018, rol N° 14.572-17 (casación en la forma y en el fondo), en: www.pjud.cl.

FUENTEALBA DURÁN, ALFONSO CON SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO (2018): Corte Suprema 27 de febrero de 2018, rol N° 21.599-17 (casación en la forma y en el fondo), en: www.pjud.cl.