

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL - JAIME MORENO MOLINET

# RESPONSABILIDAD MÉDICA

## ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA FALTA DE SERVICIO

30332



## **Hugo Cárdenas Villarreal**

---

Director del Departamento de Ciencias Jurídicas e Investigaciones de la Universidad Andrés Bello, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y editor de la revista *La Razón del Derecho* ([www.larazondelderecho.com](http://www.larazondelderecho.com)).

## **Jaime Moreno Molinet**

---

Abogado y profesor de Historia del Derecho de la Universidad Andrés Bello.





HUGO CÁRDENAS VILLARREAL  
JAIME MORENO MOLINET

# RESPONSABILIDAD MÉDICA

## ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA FALTA DE SERVICIO



 **AbeledoPerrot**<sup>®</sup>  
LegalPublishing Chile



**THOMSON REUTERS**

**Compra especial para la  
Feria Chilena del Libro 2012  
Ingresados en Agosto 2016**

**RESPONSABILIDAD MÉDICA**

**ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA FALTA DE SERVICIO**

© HUGO CÁRDENAS VILLARREAL - JAIME MORENO MOLINET

2011 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 510 5000 • [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl)

Registro de Propiedad Intelectual N° 210.030 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 075 - 9

1ª edición noviembre 2011 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



**ADVERTENCIA**

La Ley N° 17336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

*“...registrando con cuidado las actas del cabildo en el primer libro becerro, durante los doce años de la dominación de Valdivia, no hemos encontrado ni una alusión siquiera a ese establecimiento. La más antigua referencia que a él se hace en el venerable libro de nuestro primer ayuntamiento, es más de dos años posterior al fallecimiento del ilustre gobernador; si bien por el tenor de lo que en esa carta se dice, debe tenerse por entendido que en esa fecha (marzo de 1556) ya el hospital estaba establecido y funcionaba”.*

*(BENJAMÍN VICUÑA MACKENNA, Médicos de antaño)*

*Extracto en que el autor se cuestiona si fue en realidad Pedro de Valdivia el fundador del Hospital del Socorro (hoy San Juan de Dios).*



## ABREVIATURAS

### GENERALES

AMS	:	Administración Médico-Sanitaria.
art (s).	:	Artículo (s).
AUGE	:	Acceso Universal a Garantías Explícitas.
CA	:	Cortes de Apelaciones.
Cas.	:	Casación.
CC.	:	Código Civil.
Cfr.	:	Confróntese.
CGR	:	Contraloría General de la República.
Conf.	:	Resolución confirmada por la Corte de Apelaciones.
Cons.	:	Considerando.
CP	:	Código Penal.
CPC	:	Código de Procedimiento civil.
CPP	:	Código Procesal Penal.
CPR	:	Constitución Política de la República de 1980.
CS	:	Corte Suprema.
DFL	:	Decreto con Fuerza de Ley.
DL	:	Decreto Ley.
D.O.	:	Diario Oficial.
DS	:	Decreto Supremo.
FM	:	Fallos del Mes.
FONASA	:	Fondo Nacional de Salud.
GJ	:	Gaceta Jurídica.
Ídem.	:	Idéntico al anterior.
Inc.	:	Inciso.

J. Cri	:	Juzgado del Crimen
JL	:	Juzgado de Letras
JLC	:	Juzgado de Letras en lo Civil.
LP	:	Código identificador base de datos Legal publishing (Chile).
MINSAL	:	Ministerio de Salud.
MJ	:	Código identificador base de datos Microjuris (Chile).
Ob. Cit.	:	Obra citada.
p.	:	Página.
pp.	:	Páginas.
RChD	:	Revista Chilena de Derecho.
RChDP	:	Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo.
RCDE	:	Revista del Consejo de Defensa del Estado.
RDJ	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia.
RDP	:	Revista de Derecho Público.
Rec.	:	Recurso.
Revoc.	:	Resolución revocada por la Corte de Apelaciones.
s/f	:	Sin información sobre la fecha de sentencia
ss.	:	Siguientes.
s/r	:	Sin información de rol de la causa.
TC	:	Tribunal Constitucional de Chile.
Vid. Supra	:	Remitirse a lo anterior.
Vid. Infra	:	Remitirse a lo posterior.
V.gr.	:	Verbigracia.
WL	:	Código identificador base de datos Westlaw (Chile).

#### ESPECIALES

D.F.L. N° 1/2006	Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud Pública, 23 de septiembre de 2005, <i>D.O.</i> 24.04.2006, <i>Fija Texto Refundido Coordinado y Sistematizado del D.L. N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.</i>
D.F.L. N° 1/1993	Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, Ministerio de Hacienda, Publicada en el <i>D.O.</i> 7.08.1993.

- D.S. N° 136/2005 Decreto Supremo publicado en el *D.O.* 21.04.2005, que contiene el Reglamento Orgánico del MINSAL, y que actualizó el antiguo Reglamento contenido en el D.S. N° 395 del año 1979, lo dispuesto en el D.L. N° 2.763 del año 1979, la ley N° 18.575 y el art. 32 N° 8 de la CPR.
- D.S. N° 140/2005 Decreto Supremo publicado en el *D.O.* 21.04.2005, que contiene el Reglamento de Hospitales y Clínicas y, que actualizó el antiguo Reglamento contenido en el D.S. N° 42 de 1986 del MINSAL.
- D.S. N° 47/2005 Decreto Supremo MINSAL, publicado en el *D.O.* 23.06.2005, que contiene el *Reglamento de Mediación por Reclamos en Contra de Prestadores Institucionales Públicos de Salud o sus Funcionarios y Prestadores Privados de Salud.*
- D.S. N° 161/1982 Decreto Supremo MINSAL, publicado en el *D.O.* 19.11.1982, que contiene el Reglamento de Hospitales y Clínicas, modificado por el D.S. N° 152/2005, publicado en el *D.O.* de 8 de febrero de 2006.
- Ley Auge/2004 Ley N° 19.966, 25 de agosto de 2004, *D.O.* 3 de septiembre de 2004, *Establece un Régimen de Garantías en Salud.*
- Ley de Bases/1986 Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 13 de diciembre 2000, *D.O.* 17 noviembre de 2001, *Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*
- Ley de Municipalidades Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.704, Ministerio del Interior, 9 de mayo 2006, *D.O.* 26 de julio de 2006, *Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.*



## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
PREFACIO.....	1
<p>§1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA (AMS)</p>	
I. CONTORNO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AMS.....	7
1. Algunas notas características del Sistema Público de Salud .....	8
2. Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad sanitaria.....	10
3. El problema de la legitimación pasiva ¿hospitales, Servicios de Salud o Fisco? .....	13
4. ¿Y los daños ocasionados en modalidad de “libre elección”?.....	19
5. Los nuevos terrenos del AUGE: ante todo, una mediación.....	22
II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.....	27
1. Derecho público/Derecho privado: ¿la agonía de una distinción milenaria? .....	29
1.1. Algunas objeciones a la distinción.....	30
1.2. La distinción en el contexto de la responsabili- dad (por daños) de la AMS .....	32
2. Dos preguntas retóricas: ¿Es la responsabilidad civil inconstitucional? ¿Son las “indemnizaciones por	

	Página
sacrificio” partidas privativas de la responsabilidad de la Administración? .....	37
3. Tanto la responsabilidad por daños de la Administración como la de los particulares tienen fundamento constitucional, función reparatoria y, suponen la transgresión de un estándar de cuidado .....	43
<p>§2. TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL</p>	
I. FINALMENTE HAY ACUERDO EN LA CORTE: LA RESPONSABILIDAD ES SUBJETIVA .....	47
1. De la culpa del servicio a la culpa del servicio .....	50
1.1. Los inicios: una responsabilidad regida por las reglas del Código Civil .....	51
1.2. Ascenso y caída de la tesis objetiva .....	54
1.3. La Ley AUGE/2004 y la consagración legislativa del criterio subjetivo .....	63
2. Pero, ¿pueden haber algunos casos de responsabilidad objetiva? .....	73
3. En síntesis: una responsabilidad directa que se atribuye a través de una categoría general denominada <i>falta de servicio</i> .....	77
II. COMPORTAMIENTOS CONSTITUTIVOS DE FALTA DE SERVICIO .....	81
1. Según la manera como se “con-forma” la <i>falta de servicio</i> .....	82
1.1. Los actos del personal como <i>falta de servicio</i> .....	83
a) Los actos del personal médico como <i>falta de servicio</i> .....	86
<i>Falta de servicio en la etapa de diagnóstico</i> .....	86
a.1) Por ligerezas en la evaluación del paciente o por la omisión de exámenes que provocan indicaciones erróneas .....	87

a.2) Por diagnóstico tardío que impide un tratamiento oportuno .....	89
a.3) Por error en el diagnóstico.....	90
<i>Falta de servicio en la etapa del tratamiento</i> .....	92
a.4) Por no requerir el consentimiento del paciente o por requerirlo sin haber informado debida- mente al paciente .....	93
a.5) Por defectuosa aplicación o ejecución del tratamiento .....	96
a.5.1) Por la ejecución de tratamiento omitiendo evaluaciones sobrevivientes .....	97
a.5.2) Por intervenciones quirúrgicas innece- sarias .....	99
a.5.3) Por práctica defectuosa del tratamiento .....	101
a.5.4) Por prolongación innecesaria del trata- miento .....	102
a.5.5) Por la utilización de instrumental inadecua- do .....	103
a.5.6) Por error en la administración de medica- mentos .....	104
a.5.7) Por la intervención de un miembro u órgano equivocado .....	105
a.5.8) Por oblitos quirúrgicos.....	107
a.5.9) Por abandono del paciente.....	108
b) Los actos de los auxiliares y/o paramédicos como <i>falta de servicio</i> .....	110
b.1) Por imprudencia en la ejecución de un procedi- miento .....	111
b.2) Por errónea administración de medica- mentos .....	112
b.3) Por la ejecución de determinados actos sin la supervisión de un médico o por personal inidóneo.....	112
b.4) Por defectos en el cuidado y seguridad de pacien- tes psiquiátricos .....	115
b.5) Por error en la notificación de enfermedades .....	117

	Página
1.2. Los defectos en los procesos de prestación/ producción de la asistencia médica como <i>falta de servicio</i> .....	117
a) <i>Falta de servicio</i> por defectos en la direc- ción y gestión del personal .....	118
a.1) Por prestación tardía u omisión de servi- cio .....	118
a.2) Por altas prematuras.....	120
a.3) Por carencia de recursos humanos.....	121
a.4) Por defectos en la elección y control del personal médico y auxiliar .....	122
a.5) Por deficiente capacitación e instrucción de personal .....	124
a.6) Por irregularidades en la cadena de con- fianza y en los sistema de llamada de facul- tativos .....	125
a.7) Por defectos en los mecanismos de atención de urgencia y traslado de pacientes .....	126
a.8) Por defectos en el control y vigilancia de los pacientes .....	128
a.9) Por defectos en la notificación de enfer- medades .....	132
a.10) Por infracción de protocolos reglamen- tarios .....	135
b) <i>Falta de servicio</i> por defectos de dirección y gestión de los recursos materiales y tecnoló- gicos .....	139
b.1) Por carencia de equipamiento e instrumen- tal médico hospitalario .....	140
b.2) Por defectos en la infraestructura e instru- mental médico hospitalario .....	142
b.3) Por falta de asepsia en instalaciones o este- rilización de materiales .....	144
2. Según la “gravedad de la culpa del funcionario” que configura la <i>falta de servicio</i> .....	147
2.1. Por culpa personal: el hecho doloso o gra- vemente culpable del funcionario .....	150

2.2. Por culpa institucional: el hecho “levemente culpable” o el hecho del agente indeterminado.....	153
<p>§3. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CONTRA DEL PERSONAL MÉDICO-SANITARIO</p>	
I. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO A PROPÓSITO DEL CASO <i>BERAUD</i> .....	158
1. Antecedentes fácticos del caso.....	158
2. Algunos problemas jurídicos de la acción de reembolso.....	160
2.1. El problema de la cuantía de la repercusión: por regla general se podrá repercutir por el total de lo pagado.....	161
a) El problema de la cuantía desde el régimen contenido en los artículos 2320 y 2322 del CC .....	161
b) El problema de la cuantía desde el régimen construido por la jurisprudencia en aplicación del articulado del Código Civil .....	163
c) El problema de la cuantía en el régimen prescrito por la Ley AUGE/2004 .....	165
2.2. La acción de reembolso y el problema de la gradación de la culpa.....	168
II. DESCUENTOS DIRECTOS DE LOS SALARIOS, LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y ALGUNAS ALARMANTES SEÑALES DE LA CORTE SUPREMA .....	170
1. Entre el art. 38 de la Ley AUGE/2004 y el art. 67 de la ley N° 10.336 existe una antinomia que debe ser resuelta en favor del primero .....	171
2. El artículo 67 de la ley N° 10.336 encuentra aplicación una vez que el juez civil ha fallado la acción de regreso.....	174
3. En síntesis: el Contralor no puede ordenar el descuento y la Administración puede accionar por el total.....	174

	Página
§ 4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: MÁS ALLÁ DE LA FALTA DE SERVICIO	177
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA .....	181
BIBLIOGRAFÍA .....	231

## PREFACIO

En el derecho chileno, la responsabilidad del Estado Administrador ha sido uno de los temas jurídicos más intensamente discutidos en los últimos veinte años. El debate doctrinario se ha visto reflejado en la jurisprudencia de los tribunales de justicia, donde la contraposición entre “publicistas” y “civilistas” ha provocado una verdadera confusión conceptual que, hasta la fecha, ha impedido una comprensión consensuada y armónica de la normativa que gobierna la materia.

El diagnóstico no mejora si analizamos la responsabilidad en que puede incurrir la Administración, por los daños que sufren los usuarios de los Servicios Públicos de Salud que –nótese–, atienden a más del setenta y tres por ciento de la población chilena<sup>1</sup>. El panorama es preocupante y su tratamiento jurídico no se puede postergar, desde que una combinación compleja de procesos, interacciones, tecnologías e ideologías han convertido a las demandas de indemnización de perjuicios por daños médicos en “clientes frecuentes” de nuestros Tribunales.

El objetivo de estas páginas no es otro que el análisis de las formas y criterios con que los jueces atribuyen responsabilidad a la Administración médico-sanitaria (en adelante AMS).

Los aspectos dogmático-conceptuales del problema no son desatendidos, pero ciertamente el diseño espacial del trabajo otorga mayor importancia al

---

<sup>1</sup> Una completa referencia a los principales indicadores financieros y de prestaciones sanitarias del último decenio del Sistema de Salud chileno puede verse en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (2011).

análisis jurisprudencial. En todo momento hemos intentado proporcionar una descripción fiel de como efectivamente se atribuye responsabilidad a la AMS. Buscamos en cada uno de los tópicos abordados develar la *regla de la experiencia jurídica*, pues ésta, independientemente de la bandera disciplinar con que nos identifiquemos, es el cimiento necesario para la elaboración y crítica de los conceptos jurídicos.

Estructuralmente, el trabajo está dividido en cuatro parágrafos.

En el primer párrafo, bajo el título CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA, trazamos los contornos de la responsabilidad de la AMS (I) y, explicitamos los presupuestos conceptuales a través de los cuales observamos la jurisprudencia (II).

Respecto de los contornos, interesan especialmente las páginas dedicadas a la organización y funcionamiento del Sistema Público de Salud; aquellas referidas a los órganos que pueden detentar la legitimación pasiva de la acción de perjuicios y; aquellas otras sobre el régimen jurídico del procedimiento obligatorio de mediación en salud que introdujo la Ley AUGE/2004<sup>2</sup>.

Por las razones expresadas, la parte conceptual es más concisa, pero no por ello menos decidida. En efecto, este trabajo está escrito desde un derecho de daños metodológicamente consciente de su carácter transversal y básico y que, por lo mismo, no sólo pretende servir de puente, sino crear un espacio de interacción entre los aspectos públicos y privados del problema de la responsabilidad de la AMS, removiendo los obstáculos que han provocado la turbulencia conceptual que afecta a esta área del ordenamiento jurídico. Se demuestra en esta parte, que hay un acuerdo generalizado en atribuir función reparatoria a la responsabilidad por daños de la AMS y, se cuestiona la utilidad de recurrir a distinciones escolásticas, como la que separa el derecho público del derecho privado, a efectos de fundamentar diferencias normativas respecto del régimen de responsabilidad que en materia de daños le corresponde al Estado Administrador frente a un prestador privado.

---

<sup>2</sup> Ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud, publicada en el D.O. de fecha 3 de septiembre de 2004.

En el segundo párrafo (TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL), se muestra la evolución jurisprudencial que ha experimentado el tema (I) y se ofrece una completa tipología de todas las conductas que han sido calificadas como *falta de servicio* en estas materias por los tribunales chilenos (II).

En la primera parte, es particularmente interesante ver como la jurisprudencia chilena ha “transitado” de la “culpa del servicio” a la “culpa del servicio” pues, a pesar de haber acogido la tesis objetiva de la responsabilidad en un período determinado, comprobamos que en la realidad el cambio fue simplemente nominativo. Si se observa detenidamente el razonamiento contenido en los fallos, se puede comprobar que en la práctica totalidad de los casos en que un Tribunal chileno ha emitido una condena, lo ha hecho desvalorando fehacientemente la conducta de un funcionario determinado o de la propia Administración<sup>3</sup>.

Pero es en la segunda parte de este párrafo donde, tras el análisis de ciento noventa casos de responsabilidad médica juzgados en el territorio chileno (más de quinientas sentencias), se ofrece una completa tipología de los supuestos que utilizan los juzgadores para atribuir responsabilidad a la AMS. Se podrá apreciar en este apartado como la jurisprudencia ha convertido el criterio de la *falta de servicio* en una *mega-categoría* de atribución de responsabilidad a la cual se reconducen todas las conductas (incluso las dolosas) que se encuentren causalmente ligadas con un daño.

En el tercer párrafo (LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CONTRA DEL PERSONAL MÉDICO-SANITARIO), se revisan algunos de los problemas de la acción de repetición que, en determinados supuestos, tiene el Fisco o el Servicio de Salud de que se trate en contra del funcionario que directamente causó el daño. Se tratan allí una serie de problemas que normalmente se encuentran ausentes en las obras que versan sobre la materia.

En el cuarto y último párrafo, bajo la rúbrica CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: MÁS ALLÁ DE LA FALTA DE SERVICIO, presentamos las principales

---

<sup>3</sup> Esta observación puede verse, entre otros, en CORRAL TALCIANI (2003b), p. 310 y SANHUEZA ACOSTA (2005), p. 188. En la presente obra se efectúa la comprobación de dicha hipótesis en el área de la responsabilidad de la AMS.

conclusiones que arrojó el análisis jurisprudencial, al tiempo hacemos algunas consideraciones en torno a las proyecciones que en el futuro podría/debería tener la materia.

En cuanto a la muestra jurisprudencial, aparecen referidos todos los casos que sobre esta materia han sido revisados por la Corte Suprema desde el 2004 hasta la fecha. Estos fallos se consultaron directamente en los archivos de la Corte, mientras que los fallos anteriores al 2004 fueron consultados en las distintas publicaciones nacionales y, de las bases de datos electrónicas que se encuentran disponibles en el medio chileno, debido a la dificultad práctica que implica acceder de primera mano a las fuentes anteriores a la fecha indicada<sup>4</sup>.

De cualquier manera, cada uno de los casos citados ha sido identificado con un número que refiere a un índice de jurisprudencia que da cuenta detallada de la historia procesal del caso y, de la mayor parte de las publicaciones y comentarios que él mismo ha tenido. Aunque los casos se ordenan en el índice de acuerdo a la fecha de la resolución que finalmente adquirió fuerza de cosa juzgada, al pie de página se refiere en todo momento, la fecha y el rol de cada una de las resoluciones que se pronunciaron en la respectiva instancia. De esta manera, intentamos evitar el vicio –bastante frecuente, por lo demás–, de atribuir doctrinas a la Corte Suprema, cuando la misma no ha entrado al fondo del asunto o, como es habitual, cuando se ha rechazado el recurso por defectos formales.

No obstante que la práctica totalidad de los casos que se citan han sido resueltos por sentencias que se encuentran firmes, también se refieren casos que habiendo sido revisados por alguna Corte de Apelaciones, todavía mantienen algún recurso pendiente. Por ello advertimos desde aquí, que las fechas que aparecen en el índice a partir del caso N° 163, son fechas que corresponde a resoluciones que al día de hoy no se encuentran ejecutoriadas.

Por cierto que un fichaje jurisprudencial de estas proporciones no se hace solo y, es de justicia reconocer el trabajo de algunos estudiantes y ayudan-

---

<sup>4</sup> Adviértase que la primera sentencia de la que tenemos conocimiento, en que se condena al Estado por su actividad médica, se remonta tan sólo al año 1984. Nos referimos al conocido *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.643 (N° 1).

tes del curso de Responsabilidad Civil Médica que impartimos desde hace algunos años en la Universidad Andrés Bello. En este contexto no podemos dejar de recordar aquí a Carolina Beattie, Pablo Avendaño, a Álvaro Gatica y a Paulina Jiménez. Mención aparte merece la cooperación de Rodrigo Sala, quien además del trabajo con la jurisprudencia, fue un apoyo constante durante el proceso de redacción de este trabajo.

Por último, vaya también un merecido agradecimiento para José Ramón Gutiérrez, José Miguel Poblete, Maximiliano Aramburu y Paulina Victoria González, quienes amablemente leyeron el manuscrito e hicieron interesantes observaciones que, sin duda, contribuyeron a mejorar la versión final de este trabajo.

H.A.C.  
J.E.M.

Santiago de Chile  
junio de 2011



§1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS:  
PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA  
ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA

I. CONTORNO DE LA RESPONSABILIDAD DE  
LA ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA

Cuando hablamos de la responsabilidad de la AMS, nos referimos a la responsabilidad patrimonial que pesa sobre los órganos estatales que tienen encomendada la misión de brindar tratamiento médico a la población. En Chile, las primeras demandas contra la AMS se fundaron y fallaron de acuerdo a la normativa contenida en el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil. Sin embargo, la dictación de normas sectoriales como la Ley de Bases/1986 así como la Ley de Municipalidades, crearon el escenario perfecto para que “civilistas” y “administrativistas” disputaran los territorios de la responsabilidad de la Administración, provocando una jurisprudencia que terminó aplicando conjunta y amalgamadamente disposiciones de la Constitución Política de la República, de la Ley de Bases/1986 y, del Código Civil.

En el 2004, la Ley AUGE/2004 vino a ordenar un poco la materia, fijando reglas especiales de responsabilidad para la AMS que, entre otros aspectos, fijaron el plazo de prescripción de la acción de perjuicios; determinaron los requisitos para que proceda la acción de repetición en contra del dependiente y crearon una instancia previa de mediación que, junto al resto de la normativa, busca disminuir la litigiosidad, así como otorgar una pronta reparación de las víctimas.

Con todo, la aplicación de la normativa dista mucho de ser homogénea y quedan varios problemas por resolver. Así, por ejemplo, no está del todo claro ¿qué organismos conforman la AMS? ¿qué tribunales son los encargados de

resolver estos litigios? o ¿quiénes son los legitimados pasivos? Respecto de la mediación, caben las siguientes interrogantes ¿es ésta obligatoria? ¿qué naturaleza tiene? ¿cuáles son los efectos procesales que acarrea su omisión?

## 1. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD

La protección de los bienes jurídicos involucrados en las prestaciones médico-sanitarias (vida y salud)<sup>5</sup>, ha sido una preocupación constante del legislador, debido al deber que tiene de regular sus condiciones y efectos<sup>6</sup>. La legislación genera derechos y obligaciones recíprocos para los sujetos que intervienen en la relación médico-sanitaria, gozando esta última de los mismos elementos y atributos inherentes a todo vínculo jurídico. Así, dentro de sus elementos, es posible encontrar un sujeto activo (prestador del servicio de salud), uno pasivo (usuario) y, un objeto o prestación que el primero debe efectuar en favor del segundo (prestación de servicios sanitarios). Asimismo, el prestador del servicio de salud debe cumplir sus obligaciones de manera diligente y sin causar daño al paciente/usuario, quien podrá, en caso de incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, recurrir a las instituciones correspondientes y mecanismos jurídicos para exigir su cumplimiento y/o reparación<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista orgánico, el Ministerio de Salud (en adelante MIN-SAL) es el organismo encargado de ejercer la rectoría del sector, detentando las funciones de organizar, dirigir, regular y controlar el conglomerado sanitario (cfr. art. 4 D.F.L. N° 1/2006)<sup>8</sup>. De acuerdo a los arts. 5 y ss., del Reglamento

---

<sup>5</sup> La jurisprudencia ha reconocido la relevancia de los bienes jurídicos vida y salud en el ámbito de los litigios de responsabilidad médica. En este sentido se ha fallado, que "... los deberes de acción relativos al cuidado de la salud y la vida de las personas que incumben a los profesionales de curar, tienen en principio, el carácter de deberes de singular jerarquía en razón del bien jurídico que protegen [...]". *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 28.06.2002, rol N° 82.544 (N° 28).

<sup>6</sup> En este sentido, CORBELLA I DUCH (2008), pp. 27 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la distinción entre acciones de reparación en naturaleza y acciones de reparación por equivalencia en el derecho de daños, véase ROCA (2007), pp. 262 y ss.

<sup>8</sup> Publicado en el D.O. 24.04.2006 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

Orgánico del MINSAL contenido en el DS N° 136/2005<sup>9</sup>, corresponde a este organismo la labor de proponer las políticas sanitarias, formular los planes y programas de salud, y velar por el cumplimiento de las normas que rigen la materia. Sin perjuicio de la responsabilidad personal que quepa atribuir a los funcionarios, el MINSAL (Fisco) podrá ver comprometida su responsabilidad institucional<sup>10</sup>, si una falla o negligencia en la ejecución de sus funciones<sup>11</sup>, termina por producir algún daño. Entre otros casos, los tribunales han hecho responsable al Fisco por la defectuosa gestión del MINSAL en *Uribe y Otros c/ Fisco y Otro*<sup>12</sup>, por cuanto “...el derecho a la salud de doña [...] y de su hijo [...] –infectados con el virus del SIDA– fue conculcado por el Estado en razón de la *falta de servicio* en que incurrió el Ministerio de Salud al no dotar oportuna y adecuadamente a los servicios respectivos de los implementos y reactivos necesarios para detectar el virus VIH”.

En el plano administrativo-económico y financiero del sistema, el Fondo Nacional de Salud (en adelante FONASA), tiene asignadas las funciones de recaudación, administración, distribución y fiscalización de los recursos que sustentan el sistema sanitario. El fondo se encuentra sometido a la supervigilancia del MINSAL en el cumplimiento de sus funciones propias (arts. 49, 50 y 55 D.F.L. N° 1/2006). Por otro lado, de acuerdo al art. 42 de la Ley Auge/2004, es obligación de FONASA asegurar con la debida diligencia a sus usuarios, el otorgamiento de las Garantías Explícitas de Salud (GES) contempladas en dicha ley, so pena de tener que responder por los daños ocasionados directamente por su *falta de servicio*.

---

<sup>9</sup> Publicado en el D.O. 21.04.2005, cual actualizó el antiguo Reglamento contenido en el D.S. N° 395 del año 1979, lo dispuesto en el D.L. N° 2.763 del año 1979, la ley N° 18.575 y el art. 32 N° 8 de la CPR.

<sup>10</sup> De acuerdo a los arts. 24 y ss., del D.S. N° 136/2005, el MINSAL está integrado por el Ministro (art. 24°), la Subsecretaría de Salud Pública (cuyo Jefe Superior es el Subsecretario de Salud Pública, art. 27°), la Subsecretaría de Redes Asistenciales (cuyo Jefe Superior es el Subsecretario de Redes Asistenciales, art. 28°) y las Secretarías Regionales Ministeriales (existe una en cada región del país y se encuentran a cargo del Secretario Regional Ministerial, arts. 30° y 31°).

<sup>11</sup> Sin ánimo de exhaustividad, del art. 4° del D.F.L. N° 1/2006, se desprende que el MINSAL será responsable de los daños que se deriven de los defectos o fallas en la formulación, control y evaluación de planes y programas generales en materia de salud; del deficiente control de las normativas sanitarias; de la defectuosa ejecución e implementación de las políticas y normas de inversión en infraestructura y equipamiento de los establecimientos públicos que integran las redes asistenciales y; de las deficiencias en la coordinación de las redes asistenciales en todos sus niveles.

<sup>12</sup> *Uribe y Otros c/ Fisco y Otro*, 3° JLC Valparaíso, 28.11.1995 (N° 8).

Como corolario del sistema, los Servicios de Salud y los organismos integrantes de sus redes asistenciales distribuidas a lo largo de todo el territorio chileno, constituyen el brazo ejecutor de las prestaciones médico-sanitarias<sup>13</sup>. Estos Servicios, por su propia naturaleza funcional, son los que se hallan en contacto directo con las personas, circunstancia que los transforma en las instituciones sanitarias más proclives a ocasionar daños y, en consecuencia, a verse expuestas a las reclamaciones y pretensiones indemnizatorias de sus usuarios.

Es por ello, que el estudio de la Responsabilidad de la AMS se centra fundamentalmente en los daños ocasionados por estos órganos administrativos y, de manera más concreta, en la reparación de los daños derivados de las prestaciones de salud otorgadas por los hospitales públicos. Tal ha sido la importancia atribuida a esta temática, que nuestro legislador consideró necesario que la Ley AUGE/2004 contemplara un Título exclusivo a la responsabilidad en materia sanitaria (arts. 38 y ss.).

## 2. MARCO NORMATIVO Y JURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

No obstante la gran cantidad de demandas por negligencias médicas que se han presentado ante los tribunales de justicia en los últimos años, no fue hasta la promulgación de la llamada Ley AUGE/2004 que el legislador tomó cartas en el asunto consagrando un régimen especial de responsabilidad de la Administración del Estado<sup>14</sup>, que personalizó en los denominados Servicios de Salud. Este conjunto de Servicios, que se distribuyen territorialmente a lo largo del país<sup>15</sup>, son órganos administrativos descentralizados funcional

---

<sup>13</sup> Una completa descripción de la organización y funcionamiento de los Servicios de Salud puede verse en NANCUANTE y SOTOMAYOR (2001), pp. 55 y ss.

<sup>14</sup> Una situación similar ocurre con el régimen de responsabilidad establecido en la Ley de Municipalidades (art. 142 D.F.L. N° 1/19.704 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado en el D.O. 26.07.2006).

<sup>15</sup> De acuerdo al art. 16 del D.F.L. N°1/2006, son veintinueve en total, dos en la Región de Tarapacá (*Arica e Iquique*), uno en la Región de Antofagasta (*Antofagasta*), uno en la Región de Atacama (*Atacama*), uno en la Región de Coquimbo (*Coquimbo*), tres en la Región de Valparaíso (*Valparaíso - San Antonio, Viña del Mar - Quillota y Aconcagua*), uno en la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins (*Libertador General Bernardo O'Higgins*), uno en la Región del Maule (*Del Maule*), cinco en la Región del Bío-Bío (*Concepción, Arauco, Talcahuano, Ñuble y*

y territorialmente, y son los encargados de la concreción material de las acciones de fomento, protección, recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas (art. 16 D.F.L. N° 1/2006)<sup>16</sup>.

Las normas legales y reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los Servicios de Salud, vienen dadas principalmente por los arts. 16 y ss., del D.F.L. N° 1/2006 y, por el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud contenido en el D.S. N° 140/2005 del MINSAL<sup>17</sup>.

En este contexto se resolvió en *Godoy Post c/ Servicio de Salud Valdivia*<sup>18</sup> que "...los Servicios de Salud son entes dotados de autonomía normativa, administrativa y financiera, que existen para la satisfacción de necesidades públicas y que forman parte de la Administración funcionalmente descentralizada del Estado. No obstante son personas jurídicas públicas, enteramente diferentes del Fisco, forman parte integrante de la Administración del Estado [...] y se hallan bajo la supervigilancia del Presidente de la República, que se realiza a través del Ministerio de Salud [...]". Más aún, en *Martínez Díaz c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>19</sup> se estableció que "...son los órganos públicos de que el Estado se vale para hacer realidad la garantía consagrada

---

#### Continuación nota <sup>15</sup>

*Bio-Bío*), dos en la Región de la Araucanía (*Araucanía Norte* y *Araucanía Sur*), uno en la Región de los Ríos (*Valdivia*), tres en la Región de Los Lagos (*Osorno*, *Del Reloncaví* y *Chiloé*), uno en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (*Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo*), uno en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena (*Magallanes*) y seis en la Región Metropolitana de Santiago (*Central*, *Sur*, *Sur-Oriente*, *Oriente*, *Norte* y *Occidente*).

<sup>16</sup> En este sentido, *Ebner Peña y Otro c/ Servicio de Salud Aysén*, CA Coyhaique, 30.12.2009, rol N° 101-2009 (N° 134), *Ruiz Guerrero y Otros c/ Servicio de Salud Arauco*, CA Concepción, 24.12.2009, rol N° 611-2009 (N° 128), *Astete Ortiz c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 7.08.2009, rol N° 3.648-2006 (N° 172).

<sup>17</sup> Publicado en el D.O. 21.04.2005, y que actualizó el antiguo Reglamento contenido en el D.S. N° 42 de 1986 del MINSAL.

<sup>18</sup> *Godoy Post c/ Servicio de Salud Valdivia*, CA Valdivia, 9.05.2005, rol N° 937-2004 (N° 59).

<sup>19</sup> *Martínez Díaz c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 23.03.2009, rol N° 84-2008 (N° 102). En sentido similar, *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*, 1° JLC Talcahuano, 28.09. 2005, rol N° 3.312-2004, conf. CA Concepción, 6.04.2006, rol N° 4.243-2005 (N° 65), *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota*, 1° JLC de Viña Del Mar, 21.12.2005, rol N° 847-2003, conf. CA Valparaíso, 27.12.2006, rol N° 600-2006 (N° 68), *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano* CA Concepción, 10.08.2000, rol N° 1.977-1999 (N° 17) y *Barrientos Llanos y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 29.07.2004, rol N° 3.794-2004 (N° 55).

en el artículo 19 N° 9 de la Ley Suprema, que asegura a todos los habitantes de la República el derecho a la protección de la salud”.

Así dibujada su personalidad, para algunos autores, tanto su creación como su organización y funcionamiento, así como la forma en que deben responder por los daños que causen, han de ser reguladas por normas de derecho público. Como veremos un poco más adelante, para algunos autores esta responsabilidad debería construirse sobre principios y reglas esencialmente diferentes de aquellas que gobiernan el sistema civil de reparación de daños<sup>20</sup>. Pero conviene aquí destacar la experiencia del derecho colombiano, que si bien se volcó en su momento a la tarea de construir un régimen “especial” de responsabilidad de la Administración, pronto abandonó esa idea. El ordenamiento jurídico colombiano, aun contando con una jurisdicción contencioso administrativa “...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”<sup>21</sup>.

También es recomendable en este sentido, observar la experiencia en el derecho francés pues en éste, si bien es cierto que la introducción de la *falta de servicio* provocó una evolución jurisprudencial que intentó distinguir la responsabilidad del Estado de la del derecho privado, no es menos cierto que en los asuntos fundamentales, ambas jurisdicciones (Corte de Casación y Consejo de Estado) produjeron –incluso antes de la promulgación de la Ley 2002-303 de 4 de marzo<sup>22</sup>– soluciones muy similares<sup>23</sup>.

Respecto de la jurisdicción competente, ya nadie discute que la misma corresponde a la justicia ordinaria. Y ello básicamente porque en nuestro medio –a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes (v.gr. España,<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> *Vid. Infra*, §1, II, N° 2.

<sup>21</sup> GIL BOTERO (1995), p. 26.

<sup>22</sup> A través de esta ley, el legislador francés creó un estatuto especial de responsabilidad médica que tuvo el mérito de unificar el régimen de responsabilidad con independencia del tipo de jurisdicción que conociese del litigio.

<sup>23</sup> MOREAU (1997), pp. 11 y ss.

<sup>24</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009).

Francia<sup>25</sup>, Colombia<sup>26</sup>, etc.), no existe una jurisdicción especial que reclame el conocimiento de las acciones de indemnización de perjuicios que se deduzcan en contra del Estado.

Los anhelos de instaurar una jurisdicción contencioso-administrativa<sup>27</sup> no deben pasar por alto, que en los temas que nos ocupan, la experiencia de otros países muestra cómo la multiplicación de jurisdicciones, lejos de solucionar el problema, ha producido una enorme disparidad de criterios y un verdadero *peregrinaje de jurisdicciones*. El caso emblemático es el derecho español, donde los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo, civil, social y penal, reclaman para sí el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias que se dirigen contra la AMS. Y como dice BELLO JANEIRO, este *peregrinaje de jurisdicciones*<sup>28</sup> en nada ha ayudado a conseguir la uniformidad de la doctrina jurisprudencial que todos desean y que, por lo mismo, ha merecido en el pasado y merece hoy, la crítica de los autores.

### 3. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA: ¿HOSPITALES, SERVICIOS DE SALUD O FISCO?

Así como los Servicios de Salud son órganos de la Administración del Estado que constituyen la estructura fundamental de la AMS, los hospitales públicos conforman, a su vez, el endoesqueleto de los Servicios de Salud<sup>29</sup>. Pero el conglomerado médico-sanitario incluye, además, una amplia gama

---

<sup>25</sup> LE TOURNEAU (2007), pp. 395-455.

<sup>26</sup> TAMAYO JARAMILLO (2000).

<sup>27</sup> Recuérdese el art. 87 de la Constitución Política de 1925 y el primitivo texto del art. 38 de la Constitución Política de la República de 1980.

<sup>28</sup> Una buena descripción de la evolución del derecho español en esta materia puede verse en BELLO JANEIRO (2007), pp. 609 a 713. Sobre la deseable unidad jurisdiccional en ese país, PANTALEÓN PRIETO (1996), p. 403 y ss.

<sup>29</sup> De acuerdo a los arts. 43 y ss., del D.S. N° 140/2005, el hospital (público) es el establecimiento destinado a proveer prestaciones de salud para la recuperación, rehabilitación y cuidados paliativos de personas enfermas y colaborar en las actividades de fomento y protección, mediante acciones ambulatorias o en atención cerrada. Al hospital le corresponderá otorgar, dentro de su ámbito de competencia, las prestaciones de salud que el Director del Servicio le asigne de acuerdo a las normas técnicas que dicte el MINSAL en la materia. Con tal objeto propenderá también al fomento de la investigación científica y al desarrollo del conocimiento de la medicina y de la gestión hospitalaria. Será obligación del hospital la formación, capaci-

de entes administrativos centralizados y descentralizados, lo que obliga a quien quiera demandar una indemnización de perjuicios, a resolver el problema de determinar, por un lado, cuál de estos órganos ostenta la legitimación pasiva y, por otro, quién se encuentra facultado legalmente para representarlos judicial y extrajudicialmente<sup>30</sup>.

Con respecto a la legitimación pasiva, quien quiera dirigir una demanda contra la AMS, no puede pasar por alto que la misma habrá de interponerse contra (hasta) cuatro sujetos diferentes, dependiendo de las particularidades del caso.

En primer lugar, los Servicios de Salud detentarán la legitimación pasiva en los casos en que los hospitales y centros de salud (no personificados) adscritos a su red, ocasionen algún daño a sus usuarios. Estos hospitales y centros de salud dependen jurídica y administrativamente del Servicio de que se trate<sup>31</sup> y, sólo este último tiene el patrimonio y la titularidad jurídica para responder por los daños ocasionados por aquéllos<sup>32</sup>.

La representación judicial y extrajudicial de los Servicios de Salud corresponde a su Director quien, además, es el Jefe Superior del Servicio (art.

---

**Continuación nota <sup>29</sup>**

tación y desarrollo permanente de su personal, la difusión de la experiencia adquirida y la del conocimiento acumulado.

<sup>30</sup> Sobre éste y otros problemas procesales, GUTIÉRREZ SILVA (2009), pp. 245-279 y (2010).

<sup>31</sup> Sin perjuicio de los casos en que el hospital público sea reconocido con la calidad de "Establecimiento de Autogestión en Red" de acuerdo a los arts. 31 y ss., del D.F.L. N° 1/2006, en cuyo caso serán órganos administrativos funcionalmente desconcentrados del correspondiente Servicio de Salud, pero en todo caso representados por el Servicio de Salud respectivo. Además, de acuerdo a los arts. 34 y ss., del D.S. N° 140/2005, entre los restantes establecimientos de salud dependientes de los Servicios de Salud se distinguen, en primer lugar, aquellos que integran la atención primaria de los Servicios de Salud, como los consultorios generales (art. 36), las postas rurales de salud (art. 37) y las estaciones médico rurales (art. 38), todos de baja complejidad de gestión sanitaria. En segundo lugar, se encuentran los centros de referencia de salud (CRS) de mediana complejidad (arts. 39 y 40). En tercer lugar, los centros de diagnóstico terapéutico de alta complejidad (arts. 41 y 42). Tanto los centros de especialidades médicas como los hospitales se catalogarán como de alta, mediana o baja complejidad de acuerdo a los criterios técnicos y financieros establecidos en el art. 44 del Reglamento.

<sup>32</sup> En este sentido, *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, 1° JLC Temuco, 4.03.2006, rol N° 106.123, conf. CA Temuco, 17.09.2008, rol N° 712-2006 (N° 149); *Lozano Malbrán c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, CS, 23.06.2010, rol N° 5.646-2010 (N° 146).

6°, D.S. N° 140/2005<sup>33</sup>). En *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*<sup>34</sup>, se resolvió que los Servicios de Salud cuentan con "... autoridades que se encuentran revestidas de representación judicial, con facultades que las habilitan incluso para transigir en las acciones que se deduzcan en su contra, de modo que las demandas que se interpongan por *falta de servicio* se encuentran bien dirigidas, atendido su calidad de legítimo (sic) pasivo".

En segundo lugar, será el Fisco el legitimado pasivo en los litigios en que se vea involucrado un órgano sanitario no personificado (ente centralizado o fiscal). La representación judicial en estos casos, le corresponde al Presidente del Consejo de Defensa del Estado (art. 18 N° 1 D.F.L. N° 1/1993<sup>35</sup>). Se trata de los hospitales dependientes de ciertos organismos estatales carentes de personalidad y patrimonio propio (centralizados). Se encuentren en esta situación, los establecimientos penitenciarios de salud dependientes de Gendarmería de Chile<sup>36</sup>; los hospitales y centros de salud dependientes del Comando de Salud del Ejército de Chile (COSALE)<sup>37</sup>; los hospitales y centros de salud de la

---

<sup>33</sup> *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 19.05.2010, rol N° 4.046-2009 (N° 131). En el mismo sentido, en *Astete Ortiz c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 7.08.2009, rol N° 3.648-2006 (N° 172), la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, que "... el artículo 18 del decreto ley citado, dispone que cada Servicio estará a cargo de un director seleccionado, designado y evaluado conforme al Título VI de la ley N° 1982 y en el inciso 1° del artículo 19 que el director, será el Jefe Superior del Servicio y tendrá su representación judicial y extrajudicial".

<sup>34</sup> *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, 1° JLC de Viña del Mar, 21.12.2005, rol N° 847-2003, conf. CA Valparaíso, 27.12.2006, rol N° 600-2006 (N° 68).

<sup>35</sup> Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, Publicada en el *D.O.* 7.08.1993.

<sup>36</sup> El Fisco ostenta la legitimidad pasiva respecto de los daños que se produzcan en las unidades médicas existentes en los establecimientos penitenciarios (*Castillo Alonso c/ Fisco*, CA Santiago, 14.04.2005, rol N° 6.974-2001 [N° 35]), así como respecto de los daños que se produzcan en el Hospital Penitenciario de Santiago, establecimiento regulado por el decreto N° 1600, Ministerio de Justicia, 26 de diciembre de 1991, *D.O.* 7.04.2002, dispone creación y estructura de unidades médicas que indica. Estos establecimientos se rigen además por el *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*, contenido en el D.S. N° 518, publicado en el *D.O.* 21.08.1998, modificado por el D.S. N° 1248, publicado en el *D.O.* 3.04.2006.

<sup>37</sup> Dependen del Ejército de Chile el Centro Clínico Militar Arica, el Centro Clínico Militar Iquique, el Hospital Militar del Norte (Antofagasta), el Sub Centro Médico Quillota, el Hospital Militar de Santiago (*Beraud c/ Elgueta y Otros*, J. Cri. Santiago, 28.03.1995, rol N° 43.556-1993, conf. CA Santiago, 21.09.1995, [N° 9], el Edificio Fuerzas Armadas "Servicio Médico" (Santiago), el Edificio Fuerzas Armadas "Servicio Dental" (Santiago), el Centro Médico Militar "Rosa

División de Sanidad dependiente de la Fuerza Aérea de Chile<sup>38</sup>; los hospitales, centros de salud y policlínicos de la Dirección de Sanidad de la Armada de Chile<sup>39</sup>, y los hospitales dependientes de Carabineros de Chile<sup>40</sup>.

En tercer lugar, se encuentran los centros asistenciales experimentales como el Hospital Padre Alberto Hurtado<sup>41</sup>, el Centro de Referencia de

---

**Continuación nota <sup>37</sup>**

O'Higgins" (Santiago), el Centro Médico Militar "Santiago Centro", el Centro Médico Militar Maipú, el Centro Médico Militar "Cordillera" (Santiago), el Centro Médico Militar "San Bernardo" (Santiago), el Centro Odontológico Militar "La Reina" (Santiago), el Centro Odontológico Militar "Inés de Suárez" (Santiago), el Centro de Rehabilitación Infantil del Ejército (Santiago), el Centro Médico Militar Rancagua, el Sub Centro Médico "Chillán", el Centro Clínico Militar Concepción, el Sub Centro Médico Los Ángeles, el Centro Clínico Militar Valdivia, el Sub Centro Médico Osorno, el Centro Clínico Militar Coyhaique, el Centro Clínico Militar Punta Arenas y las Enfermerías Regimentarias (44 en total, cada una ubicada en el regimiento respectivo).

<sup>38</sup> Dependen de la Fuerza Aérea de Chile, el Hospital Clínico Fuerza Aérea de Chile General Dr. Raúl Yazigi (Santiago), el Centro odontológico de la Fuerza Aérea de Chile de Santiago (COFACH), el Consultorio Tantauco (Santiago), el Consultorio Juanita Aguirre (Santiago), el Consultorio Stte (Ea) María De La Gracia Rodríguez (Santiago), el Centro de Medicina Aéreo Espacial (Santiago), el Centro de Medicina Preventiva (Santiago), la Escuadrilla de Redespigue Sanitario Aerotransportable Modular itinerante (ERSAM) y otros consultorios y enfermerías ubicadas en las brigadas aéreas respectivas.

<sup>39</sup> Dependen de la Armada de Chile, el Hospital Naval "Almirante Nef de Viña del Mar" (*Urra Reyes c/ Fisco*, CA Valparaíso, 16.10.2007, rol N° 45-2007 [N° 73]), el Hospital Naval "Almirante Adriazola" de Talcahuano (*Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano (Fisco)*, 3° JC Concepción, 27.10.2009, rol N° 7.417-2008, revoc. CA Concepción, 8.09.2010, rol N° 2.030-2009 [N° 184]), el Hospital Naval de las Fuerzas Armadas (Punta Arenas), el Hospital Naval de Puerto Williams, la Policlínica Odontológica de Valparaíso, la Policlínica Odontológica de Viña del Mar, la Policlínica Odontológica de Las Salinas (Viña del Mar), la Policlínica Médico-Dental Santiago, la Policlínica Médico-Dental Iquique, la Policlínica Odontológica de Villa Alemana, la Policlínica Médico-Dental de Puerto Harris, la Policlínica Médico-Dental Puerto Montt, la Central Odontológica de la Primera Zona Naval (Valparaíso), la Central Odontológica de la Tercera Zona Naval (Punta Arenas).

<sup>40</sup> Hospital de Carabineros Gral. Humberto Arriagada Valdivieso (*Patosi Agalli c/ Zambrano y Otro*, CA Santiago, 10.10.2000, rol N° 32.988-1998 [N° 12]) y el Hospital DIPRECA (dependiente de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile).

<sup>41</sup> Creado por el DFL N° 29 que *Crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, publicado en el *D.O.* 23.07.2001. El cual en su art. 2° señala que, "...el Establecimiento será un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto de los Servicios de Salud a que se refiere el decreto ley N° 2.763, de 1979". Su representación judicial estará a cargo de su Director, quien además es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y el Jefe Superior de dicho Establecimiento, debiendo ser designado mediante DS del MINSAL (art. 5°).

Salud de Peñalolén Cordillera Oriente<sup>42</sup>, el Centro de Referencia de Salud de Maipú<sup>43</sup> y los hospitales y centros asistenciales que dependen de la Universidad de Chile<sup>44</sup>. Los referidos centros como la Universidad de Chile<sup>45</sup>, en su condición de organismos funcionalmente descentralizados, son sujetos pasivos de la acción de perjuicios en lugar del Servicio de Salud de la zona territorial de que se trate o, en su caso, del Fisco<sup>46</sup>, puesto que están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Creado por D.F.L. N° 30 que *crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, Publicado en el *D.O.* 16.07.2001. El cual en su art. 2° señala que “...el Establecimiento será un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto de los Servicios de Salud a que se refiere el decreto ley N° 2.763, de 1979”. Su representación judicial estará a cargo de su Director, quien además es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y el Jefe Superior de dicho Establecimiento, debiendo ser designado mediante D.S. del MINSAL (art. 5°).

<sup>43</sup> Creado por el D.F.L. N° 31 que *crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, publicado en el *D.O.* 16.07.2001. El cual en su art. 2° señala que, “...el Establecimiento será un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto de los Servicios de Salud a que se refiere el decreto ley N° 2.763, de 1979”. Su representación judicial estará a cargo de su Director, quien además es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y el Jefe Superior de dicho Establecimiento, debiendo ser designado mediante D.S. del MINSAL (art. 5°).

<sup>44</sup> Entre ellos, el Hospital Clínico Universidad de Chile José Joaquín Aguirre (vid. *Tello Soto c/ Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, CA Santiago, 19.11.2009, rol N° 7.432-2008 [N° 121]), el Instituto de Investigaciones Materno Infantil, la Clínica Psiquiátrica Universitaria y la Red Hospital Clínico Universidad de Chile, compuesta por Clínica Universidad de Chile Quilín, Centro Médico Macul y Centro Médico Vivaceta.

<sup>45</sup> Art. 1° del D.F.L. N° 3, de 10.03.2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 153 de 1981, que establece los estatutos de la Universidad de Chile.

<sup>46</sup> La resolución de fecha 5.11.2008 del 12° JLC Santiago (rol N° 13.595-2008), acogió la excepción dilatoria de corrección del procedimiento interpuesta por el Director del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, ante la falta de personalidad jurídica y patrimonio propio que acusó el hospital. En el fallo se dijo que la legitimación pasiva corresponde a la Universidad de Chile, representada judicialmente por su Rector. Idéntica situación a la anterior en resolución de fecha 10.12.2003, del 30° JLC de Santiago, rol N° 2.610-2003. También la CGR ha confirmado ésta solución mediante dictamen N° 17.159 de 3 de abril de 2009, ID N° 017159N09.

<sup>47</sup> Art. 2° D.F.L. N° 29 que *Crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, publicado en el *D.O.* 23.07.2001; Art. 2° D.F.L. N° 30 que *Crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, publicado en el *D.O.* 16.07.2001 y art. 2° D.F.L. N° 31 que *Crea Establecimiento de Salud de Carácter Experimental*, del MINSAL, publicado en el *D.O.* 16.07.2001, respectivamente.

En último lugar, en los daños que se producen como consecuencia de la actuación de los Servicios de Atención Primaria de Urgencia (SAPU), la responsabilidad y la correspondiente legitimación pasiva le corresponde a la municipalidad<sup>48</sup> de la cual dependen, representada judicialmente por su alcalde<sup>49</sup>. Ahora bien, la responsabilidad de la municipalidad puede concurrir con la responsabilidad del Servicio de Salud de la zona territorial, por cuanto éste tiene encomendados algunos deberes para con el personal del SAPU. Respecto de este último punto, en *Retamales Soto c/ Municipalidad de Quilicura y Servicio de Salud Metropolitano Norte*<sup>50</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “...se desprende con claridad que concurre la responsabilidad de ambas demandadas que por su omisión o cumplimiento imperfecto de las obligaciones que el ejercicio de la función pública les impone, contribuyeron a generar el daño, con lo que, queda demostrada la *falta de servicio* que trajo como consecuencia el fallecimiento del paciente que había requerido la atención médica”. A mayor abundamiento, la Corte de Santiago desechó las alegaciones del Servicio de Salud demandado, por cuanto éste pretendió eximirse de responsabilidad “... por el solo hecho de haber remitido al consultorio municipal de urgencia, el texto del reglamento junto a algunos afiches, toda vez que está probado que no cumplió cabalmente con la obligación que le corresponde, que no se limita a una labor meramente informativa, desde que la ley le encarga dirigir la ejecución de los programas y acciones de salud y coordinar, asesorar, inspeccionar y controlar los establecimientos de salud, lo que incluye las medidas necesarias para la implementación de los mismos programas y acciones. Tampoco el servicio de salud municipal (SAPU) puede excusarse de responsabilidad, porque es evidente que, pese a haber diagnosticado los médicos de turno la intoxicación alimenticia y proporcionado atención clínica al grupo de pacientes, no adoptaron las medidas de precaución o resguardo que la emergencia ameritaba, al despachar a los enfermos a su domicilio sin indicar la eliminación de los alimentos sospechosos”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Art. 1º inc. 2º de la Ley de Municipalidades.

<sup>49</sup> Art. 63º letra a) de la Ley de Municipalidades.

<sup>50</sup> *Retamales Soto c/ Municipalidad de Quilicura y Servicio de Salud Metropolitano Norte*, CA Santiago, 25.06.2009, rol Nº 8.585-2006 (Nº 170).

<sup>51</sup> *Idem*.

La importancia práctica del tema no debe subestimarse pues, si bien en la mayoría de los casos en los que se erró en la identificación del legitimado pasivo el vicio fue subsanado, también hay fallos en los que se ha llegado a desestimar la demanda por la falta de legitimidad pasiva del hospital o del Fisco. Así, en *Astete Ortiz c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*<sup>52</sup>, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que “...cabe acoger la alegación de falta de legitimación pasiva planteada en autos por el Hospital Luis Calvo Mackenna y el Fisco, atendido que, por una parte, la demanda de autos no fue dirigida y ni siquiera notificada válidamente al Servicio de Salud Metropolitano Oriente en la persona de su Director [...] sin que se hubiera reparado la situación, por no tener el establecimiento hospitalario personalidad jurídica y patrimonio propio (sic) y por la otra, no corresponder la representación judicial o extrajudicial del Servicio de Salud citado al Fisco que, además, por las consideraciones reseñadas, no está obligado a responder con su patrimonio de los actos jurídicos que aquel pueda ejecutar”.

#### 4. ¿Y LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA MODALIDAD DE “LIBRE ELECCIÓN”?

Como se sabe, el sistema sanitario contempla la posibilidad de que las personas sean beneficiarias del “Régimen de prestaciones de salud” (art. 134 D.F.L. N° 1/2006) o que se acojan a la “modalidad de libre elección”, gozando, en este último caso, de la libertad de elegir al profesional o al establecimiento asistencial de salud que, conforme a dicha modalidad, les otorgue la prestación requerida (art. 142 D.F.L. N° 1/2006). La Ley contempla que los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones a los beneficiarios en esta modalidad, deberán suscribir un convenio con FONASA e inscribirse en alguno de los grupos del rol que para estos efectos llevará dicho Fondo (art. 143 D.F.L. N° 1/2006).

En este contexto, cabe preguntarse si puede imputarse responsabilidad patrimonial al Servicio de Salud por los actos negligentes de los médicos

---

<sup>52</sup> *Astete Ortiz c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 7.08.2009, rol N° 3.648-2006 (N° 172). Se acogió también la excepción de falta de legitimación pasiva del Fisco en el caso *Poseck Demierre y Otra c/ Espinoza y Servicio de Salud Araucanía*, 3° JLC Temuco, 24.03.2007, rol N° 6.319-2002, conf. CA Temuco, 14.10.2008, rol N° 622-2007 (N° 99).

que, sin vinculación funcionaria con la institución pública, se ven involucrados en la producción de algún daño. La respuesta de los tribunales ha sido negativa<sup>53</sup>. En este sentido, en *Matthew Lapostol c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*<sup>54</sup>, mediante fallo del 23° Juzgado Civil de Santiago confirmado por la Corte de Apelaciones el 21 de agosto de 2008, se sostuvo que “...la paciente estaba vinculada con su médico tratante, mas no con el Servicio de Salud, bajo la modalidad de libre elección” y, se agregó, que “la demanda estuvo mal encaminada toda vez que no se dirigió contra quien pudiera ser responsable de un daño que se infiera a los actores, sino contra quien no ha desarrollado acción u omisión [...]”. El demandado en este caso no está legitimado pasivamente ya que no es autor, responsable del hecho ajeno [...] todo esto pudo haberse evitado examinando antes del juicio la documental aquí considerada determinante de la calidad o modalidad en que la Sra. Lapostol ingresó y fue operada en el Hospital Salvador”.

Distinta solución se da en los casos en los que en la producción del daño se ven involucrados, además del médico no funcionario, personal e instrumental del Servicio de Salud de que se trate. En estos, “...cabe responsabilidad al Servicio de Salud demandado por cuanto el personal que intervino en la operación era dependiente de dicho Servicio”, y porque se pudo verificar su culpa<sup>55</sup>. En el mismo sentido, en *Cancino Rojas y Otra c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>56</sup>, la Corte de Apelaciones de Talca sostuvo, que “...el mencionado sistema [de libre elección] no exime a la demandada de la responsabilidad por los perjuicios que puedan ocasionar a terceros a raíz de las atenciones o intervenciones quirúrgicas que se efectúen en sus pabellones de operación u otras instalaciones [...]”.

---

<sup>53</sup> En este sentido, *Peralta Sarmiento c/ Hospital Clínico de la Universidad de Chile y Otros*, 15° JLC Santiago, 8.09.2004, rol N° 195-2002, conf. CA Santiago, 5.09.2008, rol N° 11.241-2004 (N° 159).

<sup>54</sup> *Matthew Lapostol c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, 23° JLC de Santiago, 1.09.2004, rol N° 3.783-2001, conf. CA Santiago, 21.08.2008, rol N° 11.002-2004 (N° 95). Solución similar puede verse en *Gutiérrez Vásquez y Otros c/ Venegas Vergara y Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, CA Santiago, 8.07.2008, rol N° 23.760-2005 (N° 89).

<sup>55</sup> *Gómez Cruz c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CA Concepción, 22.10.2010, rol N° 704-2010 (N° 143).

<sup>56</sup> *Cancino Rojas y Otra c/ Servicio de Salud Del Maule*, J. Cri. Talca, 26.05.1989, s/r conf. CA Talca, 25.09.1990, rol N° 43.928-1986 (N° 4).

A mayor abundamiento y, respecto de infecciones intrahospitalarias, en *Oviedo Pérez c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>57</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción dictaminó (no obstante haberse acreditado que la víctima ingresó al Hospital como paciente particular del médico) que el Servicio de Salud "...no puede eludir su responsabilidad en el acaecimiento del deceso de la señora Fierro, porque fue en su establecimiento hospitalario que ésta contrajo la mortal infección, no habiéndose controvertido, por otra parte, que a él ingresó en ese aspecto sana y sólo para obtener mejoría de un problema de vesícula que la aquejaba. [...] ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia".

La misma *ratio* se observa en el interesante *Torres Trigo y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*<sup>58</sup>, que fue fallado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 4 de abril de 2006. En el mismo, habiéndose acreditado que el paciente psiquiátrico fue hospitalizado bajo la modalidad de libre elección, y a pesar del *pacto de irresponsabilidad* acordado entre el médico y el Servicio de Salud<sup>59</sup>, la Corte entendió que "...de este pacto no puede deducirse que el mismo exonere de responsabilidad al hospital del deber de cuidado y vigilancia de un paciente psiquiátrico ingresado a pensionado, ni de prestar los servicios de vigilancia inherentes al estado de un enfermo que precisamente se interna para evitar que sus inclinaciones suicidas acaben con su vida, pesando sobre la entidad toda la nomenclatura legal aplicable a los establecimientos de Salud Pública". La Corte estimó infringido el Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan (D.S. N° 570, 14.07.2000) y el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud (D.S. N° 140/2005). Concluyó irrefutablemente, "...que en la situación bajo examen, en que la paciente logró suicidarse al tercer intento, el Servicio Público ha funcionado mal o no ha funcionado en absoluto, ha violado gravemente la regulación que pesa sobre él y que se ha descrito,

---

<sup>57</sup> *Oviedo Pérez c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 10.08.2000, rol N° 1.977-1999 (N° 17).

<sup>58</sup> *Torres Trigo y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, CA Valparaíso, 4.04.2006, rol N° 704-2005 (N° 69). El caso finalmente terminó por avenimiento entre las partes siendo aprobado por la Corte Suprema con fecha 25 de julio de 2007, rol N° 2.974-2006.

<sup>59</sup> También se rechazó el valor de las cláusulas de irresponsabilidad en el caso *Gómez Cruz c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CA Concepción, 22.10.2010, rol N° 704-2010 (N° 143).

por lo que hay una clara *falta de servicio* atribuible al Hospital Psiquiátrico de El Salvador de Valparaíso en los acontecimientos que culminaron con el suicidio de la paciente”.

De los fallos revisados se desprende claramente, que en la modalidad de libre elección, la jurisprudencia sólo hace responsable a los Servicios de Salud cuando se comprueba una falta del Servicio o una culpa personal de los funcionarios, que por diversos motivos han intervenido en la prestación médica. Desde el punto de vista del derecho de daños, la jurisprudencia transita por el camino correcto, pues no se ve ninguna razón para que se atribuya responsabilidad de manera objetiva a la AMS por el solo hecho de que ésta haya provisto a los profesionales privados de recursos públicos, si éstos han funcionado normalmente.

#### 5. LOS NUEVOS TERRENOS DEL AUGÉ: ANTE TODO UNA MEDIACIÓN

El 3 de septiembre de 2004 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 19.966, a través de la cual se estableció el Régimen de Garantías Explícitas en Salud. La ley se dictó con la intención de asegurar el acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera de un conjunto de enfermedades y, mejores condiciones de salud a los usuarios del sistema. La norma introdujo importantísimas disposiciones relativas a la responsabilidad de los órganos del Estado en materia sanitaria<sup>60</sup>, e instauró un procedimiento de mediación obligatoria, tendiente a resolver los conflictos que surjan entre los usuarios del sistema de salud y los prestadores públicos y privados.

Este procedimiento, que debe llevarse a cabo ante el Consejo de Defensa del Estado (si se trata de prestadores públicos), fue el blanco de fuertes

---

<sup>60</sup> Principalmente, la ley vino a confirmar el carácter subjetivo de la responsabilidad por daños de la AMS, tendencia que la jurisprudencia venía sosteniendo desde antes de su vigencia, al establecer en su art. 38 que el particular debe acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano administrativo mediando la falta de servicio. Sobre este punto, *vid., infra*, §2, I, N° 1, 1.3.

Asimismo, resolvió definitivamente el problema de la prescriptibilidad de la acción de responsabilidad, estableciendo un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la acción u omisión (art. 40 Ley Auge/2004), solución que adoptó el criterio de la jurisprudencia mayoritaria hasta ese momento.

críticas que cuestionaron su constitucionalidad<sup>61</sup> incluso antes de su entrada en vigor. Se arguyó en su momento, que el procedimiento obstaculizaba el derecho constitucional de acceso a la justicia a las víctimas de negligencia médicas, pero el tiempo ha demostrado que los reclamos y demandas en contra de los Servicios de Salud no han parado de crecer.

Asimismo, se ha criticado el hecho de que la Ley Auge/2004 haya previsto que la mediación se lleve a cabo ante el Consejo de Defensa del Estado, pues se estaría vulnerando uno de los principios básicos de toda mediación: el mediador debe ser un tercero imparcial<sup>62</sup>. Y algo de razón se ve en esta afirmación, puesto que es efectivo que el Consejo de Defensa del Estado asume, en muchas ocasiones, la defensa de los Servicios de Salud.

Más allá de cuestionar si la finalidad de la mediación se ha conseguido o no a cinco años de su implementación, lo cierto es que la litigiosidad no ha disminuido en lo absoluto, y los acuerdos logrados sobre la materia no revisten una cantidad significativa. Sin embargo, como veremos más adelante, la jurisprudencia ha confirmado el carácter obligatorio de la mediación y su exigibilidad como requisito previo al ejercicio de las acciones jurisdiccionales, de allí la importancia que reviste su estudio.

La materia se encuentra regulada en el párrafo segundo del Título III de la Ley Auge/2004, en el D.S. N° 47/2005<sup>63</sup> y, en la resolución exenta N° 142/2005 del MINSAL<sup>64</sup>. En el art. 43 de la Ley Auge/2004 se establece que la mediación es “un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”. La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que la mediación es “un procedimiento previo al ejercicio de las acciones civiles dirigidas a

---

<sup>61</sup> En este sentido, SOTO KLOSS (2005), pp. 71-85.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> D.S. N° 47, MINSAL, D.O. 23.06.2005, *Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud*.

<sup>64</sup> Resolución exenta N° 142, MINSAL, 29.03.2005, D.O. 8.04.2005, *establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley N° 19.966*.

obtener la indemnización de perjuicios”<sup>65</sup>. En términos generales, se trata de un procedimiento no adversarial, prejudicial y confidencial<sup>66</sup>.

Desde el punto de vista procesal, la naturaleza de este procedimiento presenta cierta oscuridad en la jurisprudencia, lo que se comprueba al observar la variedad de conceptos con que los tribunales se refieren a él. Judicialmente se ha dicho que se trataría de una *exigencia* o *requisito* previo<sup>67</sup>, de un *trámite* o *instancia previa*<sup>68</sup>, de una *condición de procedencia* de las acciones indemnizatorias<sup>69</sup> o, incluso, de un *requisito de admisibilidad* de la demanda<sup>70</sup>. No obstante estas vacilaciones jurisprudenciales<sup>71</sup>, en la

---

<sup>65</sup> *Riffo Muñoz y Otro c/ Silva Villavicencio y Otro*, CA Concepción, 26.09.2006, rol N° 984-2006 (N° 60). En términos similares, *Jofré Canales c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 21.01.2008, rol N° 1.047-2007 (N° 77).

<sup>66</sup> *Riffo Muñoz y Otro c/ Silva Villavicencio y Otro*, CA Concepción, 26.09.2006, rol N° 984-2006 (N° 60).

<sup>67</sup> En este sentido, *Riffo Muñoz y Otro c/ Silva Villavicencio y Otro*, CA Concepción, 26.09.2006, rol N° 984-2006 (N° 60), *Cabrera Soto c/ Carrasco Alonso*, CA Santiago, 9.05.2008, rol N° 4.926-2007 (N° 132) y, *Montes Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 8.10.2007, rol N° 2.903-2005 (N° 82).

<sup>68</sup> En este sentido, *Echeñique González c/ Clínica Dávila S.A y Otros*, CA Santiago, 15.07.2008, rol N° 6.035-2007 (N° 151) y, *Vejar Pinto y Otra c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 8.10.2007, rol N° 226-2006 (N° 83).

<sup>69</sup> En este sentido, *Riffo Muñoz y Otro c/ Silva Villavicencio y Otro*, CA Concepción, 26.09.2006, rol N° 984-2006 (N° 60).

<sup>70</sup> En este sentido, *Cortés Arancibia c/ Olivares Mardones*, CA Antofagasta, 2.11.2005, rol N° 823-2005 (N° 41).

<sup>71</sup> En cuanto a la finalidad, se ha argumentado (*Fredes Besoain c/ Jobet Fornazzari*, CA Concepción, 20.05.2008, rol N° 211-2007 [N° 84]), que en el caso de la mediación donde se involucren instituciones públicas de salud, o sus funcionarios, este requisito previo tendría su fundamento en el orden público, ya que “...la responsabilidad por los daños que se ocasionen (sic) pueden afectar a la colectividad”. Esta interpretación, ha sido criticada por PIZARRO WILSON (2010), p. 191, quien ha sostenido que “...la colectividad puede verse afectada por daños ocasionados en la esfera pública o privada”. Sin embargo, parece claro que la verdadera finalidad de la mediación (tanto en casos donde se involucren instituciones públicas como privadas) radica en “lograr un acuerdo rápido y eficaz en términos de tiempo, dinero y esfuerzo...”, teniendo como parámetro medular, evitar la necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia. Esta es la finalidad que se desprende del sentido literal de la norma, ya que la disposición señala que “... tiene por objetivo propender a que, [...] lleguen a una solución extrajudicial de la controversia” y, esta es la finalidad que trasunta la historia fidedigna de la ley (2° informe Comisión de Salud, 21 de julio de 2004, sesión 17, legislatura 351, boletín 2947-11), en donde se tuvo en consideración “...el temor de que el AUGE incremente exponencialmente los litigios y se

práctica, lo realmente relevante es que los tribunales han confirmado la obligatoriedad de acudir al procedimiento *como paso previo* al ejercicio de las acciones civiles dirigidas a obtener la indemnización de perjuicios<sup>72</sup>. Así, en *Fredes Besoain c/ Jobet Fornazzari*<sup>73</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 20 de mayo de 2008, caracterizó a la mediación en salud como “...imperativa, obligatoria y es un trámite esencial previo para la procedencia de la acción...”. El criterio ha sido confirmado recientemente por la Corte Suprema en *Cabrera Soto c/ Carrasco Alonso*<sup>74</sup>, al afirmar que “...el mecanismo de mediación que se establece como trámite obligado en el artículo 43 de la ley 19.966 atañe a la forma de proponer la pretensión, ya que debe vincularse con un procedimiento encaminado a realizar una acción, esto es, que indudablemente concierne al modo de reclamar en juicio aquello que se persigue con la interposición de una demanda”.

Por lo mismo, el tema pasa por indagar cuál es la vía procesal que deberá tomar la defensa en caso de que se haya omitido este requisito, para determinar así cuáles son los efectos procesales que podría producir la omisión del procedimiento de mediación. La cuestión se ha planteado en la práctica principalmente a través de tres instrumentos procesales: la *mulidad procesal* regulada en el art. 83 del CPC; la *excepción de ineptitud del libelo* del art. 303 N° 4 del CPC y; la *excepción de corrección del procedimiento* del art. 303 N° 6 del CPC.

Del análisis casuístico se desprende que los tribunales tienden a considerar la *excepción de corrección del procedimiento* como el instrumento procesal más idóneo para la defensa de este tipo de casos, no obstante hay sentencias que acogen tanto la mencionada *excepción de corrección*, como

---

#### Continuación nota <sup>71</sup>

produzca un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud” y que este hecho “...pueda exacerbarse por la acción de abogados que transformen estos conflictos en una industria generadora de ingresos”.

<sup>72</sup> *Riffo Muñoz y Otro c/ Silva Villavicencio y Otro*, CA Concepción, 26.09.2006, rol N° 984-2006 (N° 60) y, en términos similares, *Jofré Canales c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 21.01.2008, rol N° 1.047-2007 (N° 77).

<sup>73</sup> *Fredes Besoain c/ Jobet Fornazzari*, CA Concepción, 20.05.2008, rol N° 211-2007 (N° 84). En el mismo sentido, *Salgado Romero c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 28.08.2008, rol N° 3.397-2005 (N° 109).

<sup>74</sup> *Cabrera Soto c/ Carrasco Alonso*, CS, 17.06.2010, rol N° 5.005-2008 (N° 132).

la nulidad procesal<sup>75</sup>. Así, en *Vega Reyes c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>76</sup>, el 3° Juzgado Civil de Concepción resolvió, que “...el vicio de nulidad procesal se produce cuando se falta u omite un trámite esencial en la prosecución de un juicio y ello acarrea un perjuicio para la parte, susceptible sólo de ser reparado por la vía de la invalidación de lo obrado”, señalando luego que, “...el argumento de la incidencia no se compadece con los vicios procesales que permiten la interposición de un incidente como el de la especie, sino que más bien corresponden a alegaciones de corrección del trámite o el procedimiento propias de las excepciones dilatorias”. Esta resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual agregó, que “...los hechos en que funda su solicitud no constituyen

---

<sup>75</sup> En ocasiones la jurisprudencia también ha considerado que anular lo obrado en autos sería lo correcto en caso de omisión de la mediación previa. En este sentido, en *Gutiérrez Serra c/ Clínica Héctor Valdés Ltda*, CA Santiago, 17.08.2009, rol N° 3.204-2009 (N° 118), la Corte de Apelaciones de Santiago se inclinó por esta línea, revocado la resolución del tribunal de primera instancia que negó la nulidad procesal. La Corte señaló, que “...la declaración de nulidad afecta al acto procesal viciado, así como también a los actos procesales que surgen como consecuencia de aquél, los que, en la especie, y según el parecer de estos sentenciadores, corresponden a todos los actos desarrollados con posterioridad a la interposición de la demanda, sin dar cumplimiento a la gestión de mediación previa. Vicio que constituye uno de tal magnitud que impide la prosecución de la tramitación de la presente causa respecto de todos los demandados, toda vez que el acto viciado es la misma presentación de la demanda ante el Tribunal con omisión del trámite de mediación previa”. En definitiva, la Corte revoca la resolución del tribunal de 1ª instancia, en cuanto no hace lugar al incidente de nulidad formulado, y en su lugar se decide que ha lugar a la incidencia de nulidad planteada, declarándose nulo todo lo obrado en el juicio, desde la resolución que confiere traslado de la demanda, retro trayendo estos autos al estado previo a la realización de la mediación establecida en la Ley AUGE/2004, por constituir este trámite un acto indispensable para la validez del proceso.

La misma Corte, en *Echeñique González c/ Clínica Dávila S.A y Otros*, CA Santiago, 15.07.2008, rol N° 6.035-2007 (N° 151), optó por declarar de oficio la nulidad de lo obrado, al advertir que en la prosecución del proceso se había omitido el requisito de la mediación. Así, señaló, que “advertido lo anterior, [...], se observa en el proceso un vicio grave de nulidad, cuyos efectos perniciosos para la validez de todo el procedimiento debieron ser evitados por el tribunal a quo, impidiendo que éste prosiguiera sustanciándose en la forma anómala que se ha advertido en este fallo y que esta Corte, atenta a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, procederá a corregir en uso de la facultad que le otorga el artículo 84 inciso final del cuerpo legal precitado”. En definitiva, la Corte anuló todo lo obrado en la causa, a partir de la resolución que dispuso el traslado de la demanda a los demandados, paralizándose su tramitación y volviendo los autos al estado de cumplirse previamente con la instancia previa de mediación exigida por la Ley AUGE/2004.

<sup>76</sup> *Vega Reyes c/ Servicio de Salud Concepción*, 3° JLC de Concepción, 8.05.2009, rol N° 2.727-2009 (N° 123).

un vicio de carácter formal cometido durante la sustanciación del proceso, por lo que la alegación dice relación con un requisito de procesabilidad o externo al proceso, lo que debe ser hecho valer por el vehículo procesal correspondiente y no a través de un incidente de nulidad procesal, tal como lo resolvió la juez a-quo<sup>77</sup>.

Así las cosas, si —como parece ser la tendencia mayoritaria—, se acoge que la *excepción de corrección del procedimiento* es la vía idónea, el efecto procesal que se debe producir no es otro que la paralización del juicio mientras no se subsane el vicio. Pero, si se acoge la nulidad de todo lo obrado —como también se ha fallado—, se deberá declarar nulo todo lo obrado en autos hasta la resolución que da traslado a la demanda.

## II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

En el Derecho chileno la responsabilidad ha sido codificada a través de un puñado de cláusulas generales y, al igual que en la mayor parte de los ordenamientos de la familia romano-germánica, se dejó a los intérpretes la tarea de dotar de significado operativo a cada una de esas amplias y polivalentes reglas. En el sistema chileno —acusadamente respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública—, la toma de conciencia de esta situación se ha venido produciendo de manera paulatina desde hace relativamente poco tiempo, lo que unido a la evolución amplificadora del derecho de daños, produce una indefinición conceptual que debe ser atendida<sup>78</sup>. Ideas como la “antijuridicidad del daño” o la “responsabilidad constitucional de derecho público”, son un buen ejemplo de lo que apuntamos.

Aunque el principio de responsabilidad depende del lugar que se le reconozca al hombre en el cosmos y, sobre todo, del alcance de su proyección valorativa, el sector hoy designado como derecho de daños connota en todas partes un mismo fenómeno: la producción de daños jurídicamente

---

<sup>77</sup> *Idem*. Considerando también procedente la excepción de corrección de procedimiento, véase *Montes Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 8.10.2007, rol N° 2.903-2005 (N° 82). En esta sentencia, la Corte señaló que esta excepción encuadraría mejor que la contemplada en el art. 303 N° 4, esto es, la excepción dilatoria de ineptitud del libelo.

<sup>78</sup> Esta indefinición conceptual y la necesidad de limitar la expansión desordenada de la responsabilidad civil fue denunciada por TUNC (1981), pp. 3 y ss.

relevantes, el ejercicio de actividades o la ejecución de actos de los cuales se deriva el daño y, la obligación de un sujeto de resarcir al damnificado<sup>79</sup>. De allí, la conveniencia de partir por reconocer que ni el principio, ni la finalidad de la Responsabilidad por Daños, pueden ser reducidos a un solo criterio, pues resultan de la conjunción de ciertos aspectos que se deben satisfacer tanto en el contexto social, como en el contexto de la reparación de las víctimas.

En tanto instrumento de regulación social, la responsabilidad por daños hunde sus raíces en los límites de la libertad de los hombres/sujetos, en tanto que ésta se resuelve en un complejo de deberes negativos que pesan sobre los miembros de una sociedad. Se trata entonces, de demarcar las fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación, y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses<sup>80</sup>. De allí, que se considere justo imponer la obligación de reparar a quien, en ejercicio de esa libertad, pueda eventualmente conculcar aquellos bienes o intereses.

En el derecho contemporáneo, la responsabilidad contribuye a dar forma a una nueva jerarquía de valores. Al individuo ya no se le protegerá atendiendo a su capacidad de producción, sino a su calidad de persona. A ésta se le debe reconocer una vida biológica sana y, una serie de productos y servicios inocuos, que le permitan satisfacer sus necesidades. Es innegable que frente a la Administración pública, la posición del ciudadano se ha visto reforzada en casi todos los sectores, no siendo el ámbito médico-sanitario una excepción.

Desde la óptica de las víctimas y, a pesar de la historia de la institución, el punto relevante consiste en tomar conciencia de que, hoy por hoy, hay

---

<sup>79</sup> Una excelente exposición de la evolución conceptual y estructural de la responsabilidad extracontractual puede verse en ALPA (2006), pp. 44 y ss.

<sup>80</sup> Según COLEMAN (2010), p. 198, “la responsabilidad establece lo que los individuos tienen la libertad de hacer a condición de que estén dispuestos a pagar el precio. Según este enfoque, el precio es la compensación por el daño causado, y el pago del precio es suficiente para que la conducta en cuestión sea permisible”. Para el autor, “el carácter moral de la acción no cambia de incorrecto a correcto por medio de la compensación, más bien, dado que la conducta es incorrecta, la compensación es un deber hacia la víctima; no es el precio que el agente dañador paga para obtener el permiso de su víctima”.

un acuerdo generalizado en que la reparación de los daños constituye su principal finalidad. En la medida en que el derecho de daños se fue separando del ámbito del derecho penal y del concepto de pecado, fue ganando identidad propia y, la indemnización de la víctima devino hasta tal punto uno de sus objetivos fundamentales que, contemporáneamente, más allá de una reparación, podría hablarse de un principio de protección. La garantía constitucional de la integridad física y psíquica de la persona, así lo exige<sup>81</sup>.

En el sistema chileno, el TC ha proclamado el principio afirmando, que "...la obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico [...] satisfaciendo la indemnización del daño infringido a otro cuando deliberadamente o por pura negligencia se ha contravenido una obligación de carácter civil, configura el principio de responsabilidad, que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico y adquiere las más variadas formas a través de estatutos jurídicos especiales de responsabilidad"<sup>82</sup>.

Como toda norma directiva, el principio de responsabilidad por daños tiene la función de justificar reglas concretas, así como la función de regular la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos<sup>83</sup>, permaneciendo latente "en cada materia, en todas las direcciones..., en el derecho público como en el derecho privado..."<sup>84</sup>.

### 1. DERECHO PÚBLICO/DERECHO PRIVADO: ¿LA AGONÍA DE UNA DISTINCIÓN MILENARIA?

Al igual que tantos otros temas jurídicos, el problema de la responsabilidad del Estado ha sido abordado desde la distinción derecho público/

---

<sup>81</sup> MESSINA DE ESTRELLA (2000), p. 51.

<sup>82</sup> TC, 10.06.2008, Rol N° 943-2007. En el mismo sentido, las sentencias rol N° 1.185-2008, 16.04.2009; rol N° 1.463-2010, 23.09.2010 y, Rol N° 1.419-2009, 9.11.2010.

<sup>83</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (2006), pp. 18 -19. También RODRÍGUEZ CALERO (2004), pp. 93 y ss. Para el autor, la dimensión valorativa de los principios se da cuando no existen reglas aplicables, cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación o, cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con el principios que las justifican o con otros principios del sistema.

<sup>84</sup> Cfr. MAZEAUD *et al* (1962), p. 16.

derecho privado. Sin embargo, el propio sentido de la distinción es, a su vez, discutido. Para algunos se trata de una rígida contraposición, según el llamado *modelo dicotómico*; para otros, la división evoca una frontera móvil o incierta entre las dos esferas, según el *modelo de la absorción*, y finalmente, para otros, se trata simplemente de una distinción inadmisibile, de acuerdo con el *modelo de la unidad del ordenamiento*<sup>85</sup>.

Los efectos que se atribuyen a la distinción, no obstante su potencial explicativo, distan mucho de ser pacíficos cuando se trata de enjuiciar la responsabilidad de la AMS.

### *1.1. Algunas objeciones a la distinción*

Fundamentalmente, el modelo dicotómico postula que la bipolaridad derecho público/derecho privado origina dos sectores diferenciados del fenómeno jurídico. De ahí, que las disciplinas que integran cada uno de estos dos sectores comparten entre sí bases esenciales y principios jurídicos, y, viceversa, las disciplinas de diversos sectores no los comparten<sup>86</sup>.

En términos generales, los autores que defienden la vigencia de esta antigua *summa divisio* sustentan sus afirmaciones en las diferencias que habría entre el derecho público y el derecho privado, respecto de la naturaleza del interés en juego y, respecto de la naturaleza de los sujetos de la relación jurídica. Sin embargo, la posición mencionada se enfrenta a una tradición muy crítica<sup>87</sup> y, a una tendencia global empeñada en llevar a cabo una serie de redefiniciones, que buscan la privatización de lo público y la publicación de lo privado<sup>88</sup>.

Con respecto al criterio del interés en juego, básicamente se dirá que el derecho público es definido como la parte del derecho determinada por con-

---

<sup>85</sup> Sobre el tema existe una bibliografía enorme. Recientemente puede verse la interesante reflexión de FERRAJOLI (2011), pp. 756 y ss.

<sup>86</sup> En doctrina, véase VERGARA BLANCO (2010a), pp. 93 y ss., y, (2010b).

<sup>87</sup> El primero que cuestionó la distinción fue Franz Weyr, cuyos planteamientos fueron tomados en gran medida por Hans Kelsen en la elaboración de su Teoría Pura del Derecho (cfr. MANSON TERRAZAS (2004), p. 63).

<sup>88</sup> Sobre el tema puede verse TEDESCHI (2009), pp. 227 y ss.

sideraciones de interés de la comunidad, mientras que el derecho privado es el derecho de los intereses particulares. Empero, en la práctica, una distinción así hecha, no parece aceptable. Aparte de que es imposible en el derecho privado ignorar aquellos intereses que, en general, son considerados como públicos o, a la inversa, en el derecho público, los intereses privados, “puede decirse que no es posible dividir el derecho en dos partes según sus propósitos –según que el derecho proteja primordialmente intereses privados o públicos– porque éstos no son propósitos opuestos coordinados del derecho, sino sólo dos maneras diferentes de mirar la misma cosa”<sup>89</sup>. En el mismo sentido, también se ha objetado, que es el propio concepto de interés público el que debe ser repensado y, que bien vistas las cosas, no se trata de un interés más importante que el interés privado, sino de un interés de todos o de muchos, “o un interés instrumental (o intermedio), que debe ser satisfecho, para que otros intereses individuales sean, a su vez, satisfechos”<sup>90</sup>.

Con respecto al criterio de la naturaleza de los sujetos que intervienen en la relación, se afirma que el derecho privado se referiría a aquellas relaciones jurídicas en que ambas partes son personas privadas; mientras que el derecho público se refiere a aquellas en las que, por lo menos, una de las partes es una persona pública. En este aspecto se tropieza con el “inconveniente” de que, en nuestros días, el Estado actúa continuamente utilizando las técnicas del derecho privado, en tanto que los particulares se ven aplicando cada día más reglas tradicionalmente consideradas como de derecho público, lo que no es extraño si miramos las cosas desde la perspectiva de la unidad del orden jurídico y de los valores democráticos del Estado Constitucional contemporáneo<sup>91</sup>.

Desde el punto de vista estrictamente conceptual –ha señalado Alf Ross–, la gran incertidumbre e indecisión que reina en las ideas corrientes sobre el derecho público se explica probablemente por el hecho de que el concepto (derecho público) es interpretado en forma negativa, como un cajón de sastre

---

<sup>89</sup> ROSS (1963), pp. 206 y 207.

<sup>90</sup> PERLINGIERI (2008), p. 148.

<sup>91</sup> Al respecto dice SÁCHICA (2007), p. 20, “...que un ordenamiento jurídico en el cual existen dos derechos, por decirlo así, dos niveles de aplicación de la ley con criterios diferentes, no es democrático. El derecho contemporáneo procura acercar el derecho privado al público para hacer una transición hacia la unidad del orden jurídico, que es lo que la lógica y la política racional están exigiendo”.

para todo el derecho que no es derecho privado, lo que lo presenta como una realidad no homogénea carente de coherencia y significado. De cualquier manera es de notar, que lo mismo le ocurriría al derecho privado si lo definiéramos negativamente en relación a un derecho público que rige la organización y ejercicio de la autoridad pública. Por ello es que “todos los intentos efectuados hasta ahora para definir la distinción entre derecho público y derecho privado como una *summa divisio* han demostrado ser insostenibles”<sup>92</sup>.

La tesis que pretende otorgar funciones normativas a la distinción ha ido sumando desde hace ya tiempo grandes objeciones y no se encuentra justificada desde el punto de vista ontológico, desde que existen ordenamientos pertenecientes a nuestra misma familia jurídica (v. gr. Derecho inglés o Alemán), donde la misma ha sido absolutamente ignorada<sup>93</sup>. Ya lo decía Kelsen en su célebre carta a Franz Weyr<sup>94</sup>, la teoría que se construye sobre la antinomia absoluta entre el derecho público/derecho privado, no está destinada a servir a fines científicos, como aparenta hacerlo, sino a fines políticos.

### 1.2. *La distinción en el contexto de la responsabilidad de la AMS*

Respecto de la responsabilidad por daños de la AMS, la discusión referida puede plantearse en torno a la pregunta de si constituye el derecho que gobierna la responsabilidad patrimonial un orden normativo 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<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Ross (1963), pp. 201 y 202.

<sup>93</sup> QUINTANA ADRIANO (2006), p. 424.

<sup>94</sup> En esta carta, Hans Kelsen no sólo reconoce a Franz Weyr como el primer autor en cuestionar la sólida distinción derecho público/derecho privado, sino que refiere que el cuestionamiento se ha incorporado a la historia de la ciencia jurídica. Sobre este tema puede verse ALADAR METALL (1996), p. 28.

<sup>95</sup> KEMELMAJER DE KARLUCCI (2001), p. 671. En la última década, directamente sobre el tema pueden verse los trabajos de CORRAL TALCIANI (2003a), pp. 21-40; PIZARRO WILSON (2006), pp. 401-420; VALDIVIA (2005), pp. 867-906; CÁRDENAS VILLARREAL (2007), pp. 801-816; BARROS BOURIE (2006), pp. 491-496.

Como ya se adelantó, 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 particulares<sup>96</sup>. Se ha sostenido de manera relativamente constante que estaríamos frente a una responsabilidad autónoma; de carácter constitucional y no civil; regida por normas de derecho público<sup>97</sup>.

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 pueden existir principios propios que la especifican en consideración 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).

De lo dicho se sigue, que cuando la Administración del Estado realiza 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 (art. 19 N° 21 inc. 2° CPR)<sup>98</sup>. En este contexto, quizá es preferible hablar simplemente de “*responsabilidad por daños*”, ya que esta expresión permite de mejor manera centrar la atención en el desarrollo de una teoría

---

<sup>96</sup> El argumento puede verse, en estado puro, en SOTO KLOSS (2007), pp. 39 y ss., para quien “hablar de responsabilidad ‘extracontractual’ del Estado es sólo muestra de un ‘civilismo’ que pudo tener alguna razón en época ya bien pretérita, en la cual no existía un desarrollo doctrinario del derecho público en esta materia en nuestro país, pero que no tiene asidero hoy cuando se advierte que la regulación del Estado y de su responsabilidad se rige por el derecho propio del Estado, que es el derecho público, la constitución, y no el derecho civil, puesto que la actividad del Estado y su misión de bien común es asunto de justicia distributiva y no precisamente de la conmutativa, propia de lo civil de los particulares, de los privados”. Otros argumentos pueden verse en VERGARA BLANCO (2007), pp. 6 y 7.

<sup>97</sup> 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 (2002), pp. 149 y ss.

<sup>98</sup> 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 un defecto lógico, un desprecio absoluto por el principio de igualdad de las víctimas.

general de la reparación de los daños, con independencia de la persona o personalidad de quien los haya causado.

En definitiva, “una conveniente armonía de lo que conocemos actualmente con la denominación de derecho de daños, no permite una separación tan tajante entre el sistema público y el sistema privado”<sup>99</sup>. Una interpretación semejante impediría dar soluciones adecuadas cuando lo “público” se intercepte con lo “privado”<sup>100</sup>, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la responsabilidad de la Ams frente a los particulares. A estas alturas del partido, no se puede sino recomendar que los hospitales sean sometidos a reglas de organización empresarial privada, a fin de hacerlos más eficientes, y no se puede más que constatar, que a las clínicas privadas se les vienen adjudicando deberes de contenido público, en virtud de su dedicación a las prestaciones de salud<sup>101</sup>.

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 privados<sup>102</sup>. Y es que la crisis del liberalismo decimonónico ha motivado la participación del Estado en actividades tradicionalmente consideradas como privadas y así se ha dado una publicación o administrativización del derecho en la planificación económica, la intervención de los mercados y la protección de la parte más débil en las relaciones económicas, etc.

---

<sup>99</sup> CORRAL TALCIANI (2003b), pp. 306 y ss. En el mismo sentido SANHUEZA ACOSTA (2005), pp. 80 y ss.; MUNDACA ASSMUSSEN (2001), pp. 78 y ss.; VALDIVIA (2005), pp. 878 y 879, y AEDO BARRENA (2007), pp. 464 y ss.

<sup>100</sup> En relación con este punto afirma DE CASTRO (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 concurren los requisitos específicos que determinan la aplicación de las reglas especiales de derecho público.

<sup>101</sup> LORENZETTI (1998), p. 25.

<sup>102</sup> Sobre los criterios mencionados puede verse en extenso ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, citado por HEREDIA (2007), pp. 12 y ss.

En sentido inverso, el tradicional derecho privado influye sobre el público, pues este último frecuentemente recurre a formas del primero. Así ocurre, por ejemplo, con las entidades privadas en que el socio mayoritario es el Estado o con la misma figura del contrato administrativo, no siempre fácilmente diferenciable del contrato civil para organizar y gestionar el sector público<sup>103</sup>.

A mayor abundamiento, no existe en nuestro país una jurisdicción contencioso-administrativa que permita sostener fundadamente cierta independencia de la responsabilidad de derecho público respecto de la responsabilidad de derecho privado. Dado que corresponde a “los mismos jueces” fallar los casos que se susciten en ambos sectores, solo la instrucción en las artes del desdoblamiento podría ayudar a conseguir que estos jueces desarrollen distintas estructuras de razonamiento según se esté enjuiciando al Estado o a un particular<sup>104</sup>.

A nuestro juicio, la autonomía de la responsabilidad de la AMS respecto del régimen común sólo se justificaría si se le pudiese atribuir una función *esencialmente* diferente, 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 particulares<sup>105</sup>.

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 servicio<sup>106</sup>. Abogar por establecer algunas peculiaridades respecto de los principios generales del régimen de responsabilidad por daños no es impertinente, cuando la reiteración de actos o conductas cualitativa y cuantitativamente diferentes justifican matizar los principios comunes. Creemos que lo que está en el fondo de la reclamación

---

<sup>103</sup> BETALLER *et al* (2009), p. 38.

<sup>104</sup> *Vid. Supra*, §1, I, N° 2.

<sup>105</sup> Por todos, SOTO KLOSS (1996), pp. 307 y ss. Una interesante reflexión sobre la función de la responsabilidad de la Administración del Estado, puede verse en CORDERO VEGA (2004), pp. 371 a 391.

<sup>106</sup> En el mismo sentido, PIZARRO WILSON (2006), pp. 403 y ss.

de medidas especiales es la sustitución del sistema 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 todo tipo de errores que se puedan relacionar de “alguna manera” con lesiones que se materialicen en el ámbito de la prestación del servicio<sup>107</sup>.

Una socialización de riesgos que intentase justificar una responsabilidad objetiva de una Administración que actúa al servicio de los intereses generales no permitiría extender esta responsabilidad hasta el punto de cubrir cualquier evento. Ello supondría convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable para los administrados que pudiera producirse, aun con independencia del actuar administrativo, “transformándose de esta forma la responsabilidad patrimonial en una suerte de sistema providencialista, que no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, y que, de seguir insistiendo en esta línea, llegaría a producir más perjuicios que beneficios para el conjunto de la sociedad, toda vez que, modernamente, las funciones de la Administración son tantas y generadoras de riesgos tan generalizados que las posibles indemnizaciones consumirían los presupuestos generales de las administraciones públicas, con lo que no se atenderían necesidades incluso más urgentes y, además, no podrían mejorarse los propios servicios causante de los daños”<sup>108</sup>.

Hacer responder de esta manera a la Administración—observa ALDUNATE—, “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

---

<sup>107</sup> Como bien dice BERMEJO VERA (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 solo 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”. Estos casos escapan del concepto de responsabilidad y, constituyen una asignación del Estado de carácter asistencial que como tal, además de todo, debería ser establecida expresamente por el legislador.

<sup>108</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009), p. 163. Esta misma crítica ya había sido levantada antes respecto del sistema de responsabilidad del Estado español por PANTALEÓN PRIETO (1994) y MIR PUIGPELAT (2002).

perjudiciales de su actuar como cargas, y reduce al Estado a ser un mero intermediario de intereses particulares”<sup>109</sup>.

## 2. DOS PREGUNTAS RETÓRICAS: ¿ES LA RESPONSABILIDAD CIVIL INCONSTITUCIONAL? ¿SON LAS “INDEMNIZACIONES POR SACRIFICIO” PARTIDAS PRIVATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN?

Convence poco el argumento separatista insistentemente esgrimido, de que la responsabilidad del Estado sería una “responsabilidad constitucional”<sup>110</sup> por estar consagrada en la Carta Fundamental y, por contraposición a la responsabilidad de derecho privado, cuya fuente principal estaría en el Código Civil. Si se toma en cuenta el estado de desarrollo que presentaba la técnica legislativa cuando se introdujeron los artículos 6° y 7° de la CPR, no parece razonable pensar que el legislador constitucional haya pretendido diseñar/regular directamente –prescindiendo de una regulación especial–, el régimen de responsabilidad por los daños ocasionados por el Estado. Desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, una regulación como esa tampoco tiene sentido. Con poco que se reflexione, el intérprete no podrá más que concluir que dicha labor debe llevarse a cabo preferentemente por el legislador, quien es el encargado de dar fisonomía y fundamento a los distintos estatutos normativos.

Adicionalmente, en la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema ha sostenido reiteradamente, que la CPR no configura un sistema de responsabilidad del Estado y, que ni siquiera establece el fundamento de dicha responsabilidad. Así, en *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otros*<sup>111</sup> (fallo de 14 de octubre de 2008) se resolvió, “... que en virtud del principio de legalidad contenido en los artículos

<sup>109</sup> ALDUNATE LIZANA (2000), p. 75. En el mismo sentido PIERRY ARRAU (2004), pp. 11 a 21.

<sup>110</sup> En este sentido, SOTO KLOSS (1996), pp. 308 y ss., y MARTÍNEZ ESTAY (2002), pp. 185 y ss. Para el primero, esta responsabilidad constitucional es una consecuencia de la primacía normativa de la Constitución y efecto primario de la servicialidad del Estado y su misión de bien común, siendo en todo caso el medio o mecanismo jurídico por el cual se asegura el debido respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

<sup>111</sup> *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otros*, CS, 14.10.2008, rol N° 1.976-2007 (N° 92). En idéntico sentido, *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CS, 30.04.2003, rol N° 1.290-2002 (N° 19).

6º y 7º de la Constitución Política de la República, y 2º de la ley N° 18.575, los órganos del Estado deben adecuar estrictamente su proceder al ordenamiento jurídico vigente, y su contravención generará las responsabilidades que determina la ley”, agregando más adelante, que “...si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen su naturaleza, remitiendo a la ley su determinación, lo que hacen los artículos 4º y 42º de la ley N° 18.575”.

La tesis de la separación tampoco puede ser entendida si se analiza desde la lógica jurídica que se ha venido desarrollando paralelamente al concepto de Estado Constitucional de Derecho, desde la segunda mitad del siglo pasado. Ello, porque en el derecho contemporáneo, no hay disciplina jurídica alguna que pueda comprenderse despojada de su relación con el texto fundamental<sup>112</sup> pues, “en un orden constitucionalizado, el derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas...”<sup>113</sup>. Calificar como derecho público los principios constitucionales, equivale a fundar el derecho privado prevalentemente en el Código Civil, lo que lleva a excluir a las relaciones *iussprivatistas* de la más moderna y exuberante experiencia socio-política.

En el contexto descrito, todo sistema legal –y el derecho contenido en el Código Civil no es una excepción–, pasa a ser constitucional<sup>114</sup>. Hoy es

---

<sup>112</sup> En este sentido, HEREDIA (2007), pp. 13-39. El mismo autor afirma que desde la segunda mitad del siglo XX, se ha producido una progresiva “*constitucionalización del Derecho*”, tratándose de un proceso al término del cual el derecho es “*impregnado*”, “*saturado*” o “*embebido*” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

<sup>113</sup> GUASTINI (2006), p. 240.

<sup>114</sup> Dicho fenómeno ha sido nombrado por HEREDIA (2007), p. 17, como “*relectura y redescubrimiento de la Constitución*”. Así, también en España, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 69, ha dicho que “...el carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado hoy en día, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo por lo demás sus preceptos, como regla general, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica”.

un lugar común hablar de la *constitucionalización del derecho civil*<sup>115</sup> o *civilización del derecho constitucional*<sup>116</sup>, para caracterizar el fenómeno según el cual se jerarquizan en el plano de su protección (adquieren *status* constitucional) algunos derechos que antiguamente sólo parecían protegidos a nivel legal<sup>117</sup>. En la actualidad sería difícil desconocer que el principio de *reparación de daños* forma parte de la base constitucional del Estado de Derecho, máxime, cuando es el propio Tribunal Constitucional quien al referirse al principio advierte que el mismo “no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional...”<sup>118</sup>

Cuando menos, en el tema que nos interesa, la Corte Suprema también parece percibirlo de esta manera, al interpretar de manera sistemática normas que, según la distinción tradicional, pertenecerían a ámbitos diferentes. Así en *Palominos Vargas c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*<sup>119</sup> se falló, que “...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta y, tratándose de los órganos de la Administración del Estado, éstos serán responsables del daño que causen por *falta de servicio*”.

A mayor abundamiento, la propia Corte Suprema ha descartado que la *falta de servicio* sea una institución exclusiva del derecho público. En este sentido, en *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*<sup>120</sup>,

---

<sup>115</sup> Sobre las implicancias de este fenómeno en las distintas disciplinas del derecho, véase UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE (2003). Sobre el tema, véase también DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1996).

<sup>116</sup> La voz puede leerse en PERLINGIERI (1983), pp. 1 y ss. Una idea similar se recoge con la expresión de “*privatización del derecho público*”, en ESPINOSA BARRAGAN (1986), p. 17.

<sup>117</sup> En este sentido, MOSSET ITURRASPE y NOVELLINO (2000), p. 54.

<sup>118</sup> TC, 10.06.2008, rol N° 943-2007.

<sup>119</sup> *Palominos Vargas c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CS, 23.03.2006, rol N° 5.818-2005 (N° 47). En idéntico sentido, *Leva c/ Servicio de Salud Coquimbo*, CA La Serena, 24.09.2008, rol N° 240-2008 (N° 106). En *Estrada Pereira c/ Servicio de Salud de Concepción*, el fallo de Corte de Apelaciones de Concepción incluso habla de “*responsabilidad civil por falta de servicio*”, CA Concepción, 3 de agosto de 2009, rol N° 1.569-2008 (N° 125).

<sup>120</sup> *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, 1° JLC Temuco, 4.03.2006, rol N° 106.123, conf. CA Temuco, 17.09.2008, rol N° 712-2006 (N° 149). Sobre la falta de servicio a partir de las normas del Código Civil puede verse el comentario de jurisprudencia de MORENO MOLINET (2010).

el alto tribunal resolvió, que “...*la noción de falta de servicio es aplicable en las normas del derecho común*, reflexión a partir de la cual a su vez es posible concluir que es irrelevante que dicho criterio de atribución de responsabilidad se aplique directamente por medio del artículo 44 (sic) de la ley N° 18.575 o, en su caso, por el artículo 2314 del Código Civil, porque el concepto de *falta de servicio* es *invariable*, por tal circunstancia lo que interesa es que se establezca –como se colige de la sentencia censurada– que el *comportamiento del servicio público* fue distinto al que debiera considerarse su *comportamiento normal*, o sea basta con probar una *falta de servicio*”.

Otra tesis que podríamos denominar psicológica, centra la distinción entre la “responsabilidad constitucional del Estado” y la “responsabilidad civil”, en que la primera no tendería al castigo de un culpable como la segunda, de allí que sólo busca la *reparación integral* del daño ocasionado. Por un lado, se dirá que al carecer el Estado de la subjetividad requerida por el Código Civil<sup>121</sup>, no se le puede aplicar dicha normativa, ni se puede imputar culpa dándosele a la *falta de servicio* una interpretación subjetiva<sup>122</sup>. Por otro lado, se sostiene explícitamente, que la responsabilidad que afecta a la Administración se basaría en la idea de justicia *distributiva* y no *conmutativa*, como en la responsabilidad civil<sup>123</sup>

Todas las ideas expuestas en el párrafo precedente no sólo parecen erradas o parcialmente ciertas, sino que se construyen desde una posición que no incorpora la gran evolución que las categorías civiles han experimentado en los últimos años y que, por lo tanto, desconoce la perspectiva del derecho de

---

<sup>121</sup> Se ha dicho que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho privado, en que la teoría de la responsabilidad se fundamenta en el elemento subjetivo dolo o culpa, la responsabilidad constitucional del Estado por hecho ilícito se basa *sólo* en la existencia de una relación de causalidad entre dicha actuación del Estado y un daño antijurídico. En este sentido MARTÍNEZ ESTAY (2002), p. 192.

<sup>122</sup> SOTO KLOSS (2008), pp. 408 y 409.

<sup>123</sup> SOTO KLOSS (1996), pp. 308 y ss. Se trata claramente de un reduccionismo, y aunque el tema excede las pretensiones de este trabajo, debemos decir que la responsabilidad por daños puede también ser considerada como un instrumento de desarrollo social, es decir, como una institución que puede –y quizás debe– conectarse con cuestiones más amplias y socialmente significativas. Y, por ende, no cabe ser vista exclusivamente desde una óptica individualista e intersubjetiva. En esta línea de pensamiento FERNÁNDEZ CRUZ (2001), pp. 283-340.

daños contemporáneo. A nuestro modo de ver, para abordar correctamente el tema, cuando menos dos ideas deben ser tomadas en cuenta. En primer término, debe tenerse presente que para el actual derecho de daños, la culpa civil es un factor de atribución objetivo y, en segundo lugar, conviene reparar en el hecho de que la justicia *distributiva* sirve, principalmente, para justificar casos de “indemnizaciones por sacrificios”, que no se rigen por el *principio de responsabilidad por daños* y que también existen en el derecho privado.

El argumento de que la culpa es una noción esencialmente subjetiva y, por tanto, no aplicable a un ente de razón como lo es una persona jurídica (en particular la Administración del Estado), no puede ser hoy seriamente defendido. Y es que, si bien en la época de la codificación –fines del S. XVIII y comienzos del S. XIX–, la autonomía negocial y la culpa representaban la expresión positiva y negativa/patológica de la acción voluntaria del individuo<sup>124</sup>(actitud psíquica)<sup>125</sup>, la evolución posterior del concepto nos ha llevado a una culpa donde prácticamente no podemos encontrar ningún rastro de *imputabilidad*<sup>126</sup> y que, por lo mismo, es calificada como objetiva<sup>127</sup>.

El tránsito de una sociedad típicamente individualista, basada en una economía de intercambios carente de un apreciable aparato técnico<sup>128</sup>, a una sociedad industrializada produce un cambio de perspectiva del rol y el contenido de la culpa. La noción deviene progresivamente depurada de los elementos éticos-individuales para configurarse en términos objetivos,

---

<sup>124</sup> FRANZONI (1993), pp. 39-42.

<sup>125</sup> CORSARO (2003), p. 126.

<sup>126</sup> En el ordenamiento jurídico chileno, sólo la exigencia de capacidad delictual (art. 2319 del CC) nos recuerda tenuemente el concepto original de la culpa. El hecho de que se responda sobre la edad de siete años o, más señeramente, que se haga responder al ebrio (art. 2318 del CC) denota claramente el debilitamiento del requisito de imputabilidad.

<sup>127</sup> Autores como BARROS BOURIE (2006), pp. 445 y 446, prefieren hablar de responsabilidad estricta (en lugar de objetiva) para identificar claramente la responsabilidad que se atribuye sin realizar juicio de valor alguno respecto de la conducta del demandado (responsabilidad objetiva propiamente tal). Sobre el tema de la culpa objetiva puede verse, TAMAYO JARAMILLO (1999), pp. 19 y ss. Sobre el tema también hay un completo análisis en PIÑA ROCHEFORT (2003), pp. 39 a 60.

<sup>128</sup> RODOTA (1964), p. 20.

como disconformidad del comportamiento del agente respecto a *parámetros*, que manifiestan el grado de tolerabilidad social del riesgo<sup>129</sup>. Con el advenimiento de una regla de apreciación “in abstracto” (que prescinde del análisis en concreto de las capacidades individuales), se concreta el divorcio entre *imputabilidad* y culpa.

Ya podrá adelantar el lector, que es este nuevo tipo de culpa el que puede calificar tanto la conducta de personas naturales, como la conducta o funcionamiento de las personas jurídicas. Es este tipo de culpa el que no puede diferenciarse sustancialmente de la *falta de servicio* y es este tipo de culpa, el que lleva a considerar el acto del funcionario como el acto de la propia persona jurídica. En este contexto, se ha dicho que aquél que es legalmente responsable del hecho ajeno no sólo es el responsable, sino también el autor del hecho ilícito. El responsable del hecho ajeno debe hallarse en culpa para poder responder, pues el hecho ajeno es, en realidad, una expresión de su propia actuación<sup>130</sup>.

Con respecto al tipo de justicia que fundamenta el régimen de responsabilidad del Estado, no es extraño encontrar autores que reconducen la responsabilidad de la Administración a ciertas bases de distribución de cargas públicas, que obligarían al Estado a la indemnización cuando éstas hayan sido impuestas sobre un particular<sup>131</sup>. En realidad se trata de indemnizaciones que no implican una desvaloración de la conducta de quien resulta obligado a indemnizar, siendo el ejemplo paradigmático las indemnizaciones ante expropiaciones forzosas llevadas a cabo por el Estado. Pero –como lo ha hecho ver DIEZ-PICAZO– aunque a las partidas que se entregan en este concepto se les llama indemnizaciones, hay que tener bien claro que éstas “indemnizaciones por sacrificio” son netamente distintas de las genuinas “*indemnizaciones de daños*”<sup>132</sup>.

Del hecho de que ambas instituciones pueden tener fisonomía diversa, no se puede extraer una diferencia fundamental entre la “responsabilidad

---

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2001), p. 12.

<sup>130</sup> CORSARO (2001), p. 151.

<sup>131</sup> Sobre este punto, VÁSQUEZ ROGAT (1999), pp. 6 y 7.

<sup>132</sup> DIEZ-PICAZO (1999), p. 57. En el mismo sentido, entre los cultores del derecho administrativo chileno CORDERO VEGA (2010), p. 151.

del Estado” y la de los particulares, sencillamente porque tanto uno como los otros pueden ser obligados a pagar ambos tipos de indemnizaciones. Piénsese en las indemnizaciones que prescribe el Código Civil a favor del dueño del predio sirviente que debe soportar la imposición de una servidumbre legal (art. 847 del CC).

En síntesis, se debe tener presente que en el estado actual del desarrollo del derecho de daños nada impide (de hecho, es habitual) que se impute mediante una culpa objetivada a una persona jurídica pública<sup>133</sup>. Tampoco es discutido que existen, cuando menos, dos formas de fundamentar indemnizaciones. Respecto del último punto, parece razonable que cada forma se rija por principios comunes, sea que estemos imputando a la Administración o a un particular, siempre y cuando podamos asignarles funciones comunes.

### 3. TANTO LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE ADMINISTRACIÓN COMO LA DE LOS PARTICULARES TIENEN EN FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, FUNCIÓN REPARATORIA Y SUPONEN LA TRANSGRESIÓN DE UN ESTÁNDAR DE CUIDADO

Ya hemos visto como todo orden normativo se debe considerar constitucional con independencia de la jerarquía del texto normativo que lo consagra, lo que implica un rechazo a la utilización de la ubicación geográfica de las normas como criterio de calificación de las instituciones jurídicas. El mencionado criterio es simplemente inútil, pues, desde su perspectiva todo el derecho sería al final del día derecho público, lo que no aporta nada a la solución del problema de si la responsabilidad por daños de la Administración debe regirse por principios diferentes a la responsabilidad por daños de los particulares.

Para resolver el problema es más beneficioso aprehender la responsabilidad como un *concepto jurídico determinado por la función*. Estos conceptos –dice LARENZ– sirven para garantizar, dentro de un complejo

---

<sup>133</sup> Como advierte PAILLET (2001), p. 169, “la culpa del servicio tiene un carácter objetivo ‘porque la apreciación de esta culpa es una apreciación de elementos objetivos’ (H. Dupeyroux)”. Para el autor, la lógica interna de la culpa del servicio radica en la comparación (que recae en el juez) de las reglas que determinan las obligaciones administrativas, es decir la conducta de la Administración, y de su comportamiento en una situación dada, teniendo en cuenta los parámetros concretos que se imponían a ella.

regulativo determinado, la aplicación equitativa de aquellas normas jurídicas en cuyo contenido están implícitos (como elementos del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica) y se han de determinar de acuerdo con su función en cada complejo regulativo<sup>134</sup>. Por lo que a nuestro tema interesa, la idea expresada implica que cuando se atribuye la misma función a diversos estatutos de responsabilidad, los mismos deben ser interpretados de acuerdo a principios comunes que eviten soluciones antagónicas entre unos y otros<sup>135</sup>.

Como ya hemos visto, hay un sólido acuerdo en atribuir finalidad reparadora a la responsabilidad de la AMS, como a la responsabilidad que se le aplica a las clínicas y hospitales privados. La doctrina administrativa, a pesar de utilizar expresiones como “responsabilidad constitucional”, “responsabilidad de derecho público” o “responsabilidad administrativa”, no duda en atribuir a éstas, finalidad reparatoria. Y esta misma finalidad es la mejor razón (hoy por hoy) para colgarle la etiqueta civil a la responsabilidad por daños, pues permite distinguirla de otros tipos de responsabilidades como, por ejemplo, la responsabilidad sancionatoria (penal o administrativa), la responsabilidad infraccional o la responsabilidad simplemente administrativa. De allí, que frecuentemente la jurisprudencia se refiera a ella con expresiones tales como responsabilidad “*patrimonial*” o simplemente responsabilidad “*reparatoria*”<sup>136</sup> y que, en casos de responsabilidad por daños de los Servicios de Salud, se entienda que la responsabilidad del Servicio de Salud puede ser establecida “en los términos del artículo 2320 del Código Civil [...] cuanto del artículo 44 de la ley N° 18.575”<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. LARENZ (2001), pp. 473 y ss.

<sup>135</sup> Sobre la función de reparación de la responsabilidad civil en materia de daños a la salud de las personas, puede verse CORTÉS (2009), pp. 61 y ss. En derecho chileno y desde una perspectiva más general de esta función de la responsabilidad civil, por todos véase DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005).

<sup>136</sup> Para Hernán Corral, la responsabilidad jurídica admite clasificarse en responsabilidad *disciplinaria*, responsabilidad *sancionatoria* y responsabilidad *civil o reparadora*. CORRAL TALCIANI (2003b), pp. 20 y 21.

<sup>137</sup> *Ramírez Bravo c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, CA Santiago, 28.12.1999, rol N° 3.129-1996 (N° 10). También se aplicaron conjuntamente disposiciones de derecho público y derecho privado en: *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, 1° JLC Valparaíso, 5.11.1998, rol N° 2.479-1998, conf. CA Valparaíso, 24.08.2004, rol N° 4.309-2002 (N° 32), *Muñoz Oliva c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 27.01.2003, rol

Por cierto, que tras la dictación de la llamada Ley Auge/2004, no cabe duda alguna de que ésta es la normativa llamada a gobernar en primer término la responsabilidad por daños de la AMS. Pero, por todo lo dicho hasta aquí, parece razonable aceptar que ante dificultades interpretativas o ante el silencio de la ley, se pueda aceptar que los principios del derecho de daños y las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, cumplan un rol integrador y supletorio, atendida su similar funcionalidad.

Adicionalmente, los criterios con que los jueces imputan la obligación de reparar los daños a los hospitales y clínicas privadas, son prácticamente iguales a los que utilizan cuando imputan a la Administración, aunque pueda apreciarse alguna diferencia terminológica. Y es que —como hemos repetido insistentemente—, no se ve cuál puede ser la razón jurídica para distinguir la responsabilidad por daños que se aplique a las actividades sanitarias llevadas a cabo en un recinto hospitalario público, de aquellas que se llevan a cabo en una clínica privada.

Por último, por regla general la responsabilidad por *falta de servicio* de la AMS, como la de cualquier particular, se construye teniendo a la vista un concepto de culpa completamente objetivado<sup>138</sup>, lo que permite afirmar que la misma, supone comparar la conducta o funcionamiento efectivamente desplegado en la realidad con un comportamiento ideal y abstracto, que puede ser impuesto por el legislador, por los usos de la actividad (*lex artis*) o, en su caso, por el propio juzgador. En este sentido, en *Muñoz Espinoza c/*

---

#### Continuación nota <sup>137</sup>

Nº 2.135-2000 (Nº 22), *Barros Salamanca y Otros c/ Servicio de Salud Bio-Bío*, 1º JLC Los Ángeles, 5.03.2002, rol Nº 74.134- 2000, conf. CA Concepción, 11.08.2004, rol Nº 1.062-2002 (Nº 31) y, *Aillapán Sepúlveda c/ López Araneda y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 22.02.2005, rol Nº 116.620-2003 (Nº 64).

<sup>138</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 486. Como refiere MAZEAUD *et al* (1962), pp. 77 y 78, la clave del problema se encuentra en comprender la diferencia fundamental que existe entre los modelos de apreciación de la culpa en concreto y en abstracto. La apreciación en concreto se da en un sistema eminentemente subjetivo, pues busca, en el estado anímico o psicológico del sujeto responsable, el porqué de su acción. Este sistema, como puede verse, es totalmente contrapuesto a la responsabilidad por riesgo u objetiva propiamente tal, pues ésta no se preocupa de la conducta del autor del daño y compromete su responsabilidad cualquiera haya sido su comportamiento. Pero entre ambos sistemas, se encuentra aquel fundado en la culpa objetiva apreciada en abstracto, que ciertamente es objetiva si se opone a la apreciación en concreto, pero no por eso deja de ser subjetiva si se la coteja con la teoría del riesgo.

*Servicio de Salud Magallanes*<sup>139</sup>, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió que, “...el Servicio de Salud de Magallanes resulta responsable y que —como se ha fallado— debe indemnizar [...], pues para que opere tal responsabilidad, basta que un órgano se comportara de manera distinta a la que habría sido la de alguien cuidadoso [...]”.

Como se ve, esta evolución de la culpa ha permitido forjar modernos parámetros de conducta, basados no sólo en el típico comportamiento humano (v. gr., buen padre de familia, el hombre razonable), sino también en el de las personas ficticias o jurídicas (en lo que atañe a nuestro estudio, el *correcto* o *normal* funcionamiento). No es difícil entonces comprender, que la *falta de servicio* evoca un proceso análogo al de la culpa civil, pues para configurarla se debe realizar una comparación objetiva entre el servicio que se debió prestar, con el que efectivamente se prestó<sup>140</sup>.

Existe pues, una estrecha relación entre la *función reparatoria* y la noción de *culpa objetiva*. Y es que, el tránsito desde un modelo clásico de responsabilidad (aquel que se funda en la sanción a un comportamiento prohibido), hacia un modelo de responsabilidad fundado en una culpa que no considera para nada la intencionalidad y el estado anímico del autor del daño, hace ver que la cuestión de la responsabilidad se centra actualmente en el hecho dañoso. El interés de toda víctima radica en ser resarcida, y poco importa cómo fue el comportamiento del autor del daño, quién fue ese autor y si puede o no ser identificado. Desde esta perspectiva, se entiende que la función reparatoria adquiera un carácter fundamental dentro del derecho de daños, pues responde a la necesidad lógica de devolver a la víctima lo que ha perdido<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> *Muñoz Espinoza c/ Servicio de Salud Magallanes*, CA Punta Arenas, 10.11.2004, rol N° 220-2004 (N° 39). El mismo razonamiento (literal) puede encontrarse en *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud Coquimbo* cuya sentencia es de hace más de veinte años, dictada por el 2° JLC La Serena, 31.03.1989, s/r, conf. CA La Serena, 22.11.1990, rol N° 629 (N° 3).

<sup>140</sup> En este sentido, BARROS BOURIE (2006), p. 486.

<sup>141</sup> En este sentido, CORTÉS (2009), p. 62.

§2. TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LA  
ADMINISTRACIÓN MÉDICO-SANITARIA:  
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este párrafo presentamos la jurisprudencia que la práctica chilena ha producido en torno al tópico de la responsabilidad por daños de la AMS. En la primera parte, mostraremos la evolución jurisprudencial que se produjo en torno al problema del fundamento de la responsabilidad de la AMS (I) y, en la segunda, entraremos derechamente a clasificar los tipos de conductas que han sido calificados como *falta de servicio* por la jurisprudencia (II).

I. FINALMENTE HAY ACUERDO EN LA CORTE:  
LA RESPONSABILIDAD ES SUBJETIVA

Pese al intenso debate que existe en nuestro medio y, al uso retórico de la expresión “objetiva”, que puede encontrarse en un número nada despreciable de sentencias, el fundamento general para atribuir responsabilidad, ha sido siempre la *culpa* o *deficiencia* del Servicio. Más aún, en *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*<sup>142</sup>, la *culpa* del Servicio fue utilizada como factor de atribución, incluso antes de que la expresión *falta de servicio* fuese acuñada legislativamente en la Ley de Bases/1986.

Desde el punto de vista argumentativo, muchos de los fallos presentan en estas materias unas particularidades muy notables pues, si bien declaraban objetiva la responsabilidad de la AMS, en la fundamentación habitualmente recurren a criterios eminentemente subjetivos de atribución. Como se adelantó, hasta hace relativamente poco tiempo, no extrañaba encontrar a

---

<sup>142</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634 (N° 1).

renglón seguido de la declaración objetividad, la clásica máxima: “cuando el servicio no ha funcionado debiendo hacerlo, o cuando habiendo funcionado lo ha hecho de manera tardía o imperfecta”<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> Esta fórmula ha sido ampliamente utilizada por nuestra jurisprudencia. En este sentido, *Franchini Pastén c/ Servicio de Salud Valdivia*, CS, 26.06.2008, rol N° 5.667-2006 (N° 85); *Bahamonde Vera y Otro c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CS, 29.04.2004, rol N° 4.212-2002 (N° 26); *Brito Cisterna y Otro c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota*, CS, 26.05.2005, rol N° 3.334-2003 (N° 37); *Belmar Núñez c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CS, 25.01.2006, rol N° 5.826-2005 (N° 45); *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, CS, 18.01.2006, rol N° 4.277-2005 (N° 44); *Labrín Ocampo c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 5.04.2005, rol N° 3.314-2003 (N° 33); *Medel Quezada c/ Servicio de Salud Aconcagua*, CA Valparaíso, 15.06.2006, rol N° 917-2003 (N° 40); *Campillo Mañan y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 31.10.2003, rol N° 322-2001 (N° 29); *Tórres Velásquez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 18.12.2003, rol N° 1.703-2003 (N° 30); *Barrientos Llanos y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 29.07.2004, rol N° 3.794-2004 (N° 55); *Barros Salamanca y Otros c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 11.08.2004, rol N° 1.062-2002 (N° 31); *Melo Bustamante c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 27.03.2006, rol N° 3.434-2004 (N° 53); *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 6.04.2006, rol N° 4.243-2005 (N° 65); *Barriga Pradenas c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 6.01.2009, rol N° 2.108-2007 (N° 165); *Cárcamo Romero y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 12.01.2009, rol N° 3.197-2006 (N° 98); *Rodríguez Valladares c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 5.03.2009, rol N° 3.644-2006 (N° 101); *Valenzuela Granfeldt c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 20.04.2009, rol N° 699-2008 (N° 104); *González Castro c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 22.04.2009, rol N° 2.332-2007 (N° 168); *Castro Quintana c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 12.05.2009, rol N° 72-2008 (N° 169); *Villamán Riquelme c/ Tizado y Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108); *Jara Jara y Otra c/ Servicio de Salud Aconcagua*, CA Valparaíso, 11.06.2009, rol N° 347-2009 (N° 110); *Huenchur Bórquez c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 31.08.2009, rol N° 7-2009 (N° 175); *Fernández Ortiz c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 31.08.2009, rol N° 1.089-2008 (N° 126); *Díaz Vargas c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, CA Santiago, 19.11.2009, rol N° 132-2008 (N° 178); *Ballón Ramírez c/ Servicio de Salud de Iquique*, CA Iquique, 24.11.2009, rol N° 504-2009 (N° 179); *Muñoz Garcés y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 16.12.2009, rol N° 10-2009 (N° 127); *López Povea c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 14.12.2009, rol N° 735-2009 (N° 139); *Ruiz Guerrero y Otros c/ Servicio de Salud Arauco*, CA Concepción, 24.12.2009, rol N° 611-2009 (N° 128); *Ortiz Neira c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 13.05.2010, rol N° 1.409-2009 (N° 130); *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 19.05.2010, rol N° 4.046-2009 (N° 131); *Rojas Aguilera c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, CA Valparaíso, 25.06.2010, rol N° 439-2010 (N° 147); *Rojas Vallejo y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 21.11.2010, rol N° 684-2010 (N° 188); *Elgueta Lizarrague c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 14.01.2011, rol N° 110-2010 (N° 162); *Ossandón Espic c/ Servicio de Salud Arica*, CA Arica, 9.03.2011, rol N° 461-2010 (N° 189); *Jara Jara c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 18.04.2011, rol N° 916-2010 (N° 190).

Así, en el caso *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*<sup>144</sup>, resuelto por fallo del 1º JLC de Valparaíso, se sostuvo que “...la responsabilidad del Estado es la de una persona jurídica, no de una persona natural, por lo que no se aplica la estructura subjetiva sobre la base de culpa o dolo, siendo una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material [...]” y, “...en consecuencia, habiendo quedado acreditado en autos que por parte del Servicio hubo una *falta de servicio*, corresponde que el Estado indemnice el daño causado, por haber funcionado en forma deficiente y ello fue la causa necesaria de que se presentó un cuadro de salud grave en la paciente que derivó en su fallecimiento [...]”.

Como puede observarse, la contradicción es manifiesta porque si bien, en el primer párrafo transcrito, se proclama una responsabilidad objetiva “basada en la causalidad material”; en el segundo, se atribuye la responsabilidad porque “el funcionamiento deficiente fue la causa necesaria”. En el primero, no se revisa la conducta y se utiliza un concepto empírico de causalidad; mientras que en el segundo, se califica la conducta como deficiente y se utiliza un concepto normativo de causalidad (culpa necesaria).

Llama la atención la pasividad que ha mostrado a lo largo de todos estos años la Corte Suprema, frente a este tipo de incongruencias. Sin embargo, esta situación tiene una explicación simple, como reconoce la propia corporación de justicia al referir en *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>145</sup>, que “...aun cuando podría estimarse que la sentencia dictada en el juicio adolece de error de derecho al calificar la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se atribuye a la demandada y, por lo tanto, que con tal proceder se infringen los expresados preceptos legales, de todas maneras no resulta procedente decidir su invalidación, desde que ese yerro carece de influencia en lo dispositivo del fallo, en cuanto en la misma sentencia se establece que la demandante logró probar la existencia de la *falta de servicio* y que ella fue la causa del perjuicio sufrido por esta última; como asimismo han quedado acreditados los demás hechos que conforman los

---

<sup>144</sup> *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, 1º JLC Valparaíso, 5.11.1998, rol Nº 2.479-1998, conf. CA Valparaíso, 24.08.2004, rol Nº 4.309-2002 (Nº 32).

<sup>145</sup> *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CS, 30.04.2003, rol Nº 1.290-2002 (Nº 19). En el mismo sentido, *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CS, 24.01.2002, rol Nº 3.665-2000 (Nº 17).

elementos que sirvieron de base a la acción indemnizatoria, generándose entonces, de todos modos, la responsabilidad del Estado que se ha hecho efectiva y decidido en autos”.

No obstante la vacilación indicada en el párrafo precedente, aproximadamente desde el año 2005 (se verá detalladamente un poco más abajo) y hasta la fecha, la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentra conteste en que “... la *falta de servicio* no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la *falta de servicio*, en la que aquélla, considerada como “la culpa del servicio”, deberá probarse –por quién alega– el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo [...]”<sup>146</sup>. De allí, que hoy en día, el problema consiste en determinar qué es lo que debe entenderse por *falta de servicio*.

### 1. DE LA “CULPA DEL SERVICIO” A LA “CULPA DEL SERVICIO”

Como ya se ha dicho anteriormente, la jurisprudencia chilena siempre ha razonado sobre la base de la subjetividad para fundar la responsabilidad por daños de la AMS, aunque se ha valido de diferentes formas argumentativas al momento de fundamentar sus fallos. De allí, que una revisión evolutiva de la jurisprudencia, no permite más que hablar del paso de una responsabilidad por *culpa del Servicio* (basada en las reglas del Código Civil), a una responsabilidad legal por *falta de servicio* que, dada la consagración que hace de ella el art. 38 de la Ley AUGE/2004, no puede diferenciarse de la culpa objetivada a la que nos hemos ya referido<sup>147</sup>.

En lo que sigue entonces, mostraremos la jurisprudencia en tres períodos que correlativamente dan cuenta de tres estilos argumentativos que las Cortes han utilizado para justificar la responsabilidad de la AMS. En primer lugar, examinaremos la forma en que se atribuía responsabilidad en el periodo en el que se aplicaba la normativa general de la responsabilidad civil contenida en el Título XXXV del Libro IV del CC. (1.1); en segundo lugar, se examinará el período en que la jurisprudencia, recurriendo prin-

---

<sup>146</sup> *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otro*, CS, 14.10.2008, rol N° 1.976-2007 (N° 92).

<sup>147</sup> *Id. Supra*, §1, II, N° 2.



cialmente a la norma constitucional, instala nominativamente la tesis de la responsabilidad objetiva (1.2), y en tercer y último lugar, se analizará el actual período, marcado por la confirmación del criterio subjetivo, ahora fundamentado, en la redacción del art. 38 de la Ley AUGE/2004 (1.3).

### *1.1. Los inicios: una responsabilidad regida por las reglas del Código Civil*

Desde que nuestra jurisprudencia volvió a preconizar el principio de la plena responsabilidad del Estado y de su Administración hasta fines de la década del ochenta, se aplicó de forma exclusiva el Código Civil, cuando se trataba de exigir responsabilidad por daños. Ante la ausencia de una normativa especial que regulara la reparación de los daños ocasionados por la AMS, nuestra jurisprudencia no dudó en aplicar el régimen de responsabilidad fundado en la culpa<sup>148</sup>, contenido en el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil denominado “*De los delitos y cuasidelitos*” (arts. 2314 a 2333 CC.).

En el caso *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Otro*<sup>149</sup>, se emitió un fallo el 4 de octubre de 1984, en el que curiosamente se continuaba apelando a la doble personalidad del Estado, la Corte Suprema afirmó en aquella ocasión, que “...el Fisco, aunque persona jurídica de derecho público, puede estar sujeto a responsabilidad extracontractual cuando se trata de meros actos de gestión, por lo cual responde de hechos ejecutados por un dependiente suyo, con imprudencia temeraria, con culpa, tal dependiente no actúa como autoridad pública, sino como ya se dijo, en un acto de gestión, que por su naturaleza cae dentro de la regulación del derecho privado”.

Otro aspecto interesante del caso en comento, lo constituye el fallo de la Corte de Apelaciones, en el cual se estableció una *culpa del servicio*

---

<sup>148</sup> Como se sabe, para la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia chilenas, dicho título XXXV consagra un régimen general de responsabilidad fundado en la culpa probada. Así, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2009), pp. 91 y ss; CORRAL TALCIANI (2003b), p. 222; BARROS BOURIE (2006), pp. 75 y ss.; TAPIA SUÁREZ (2006), pp. 139 y ss.

<sup>149</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634 (N° 1). En aquella oportunidad, la Corte Suprema había ratificado el criterio utilizado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que aplicó el artículo 2322 del CC., para responsabilizar al Fisco por el hecho de sus dependientes.

de acuerdo a las disposiciones del Código Civil al resolver que “...revela la más absoluta falta de previsión, de cuidado y de autoridad, el que en un box de la sala de parto de la maternidad de un recinto hospitalario pueda abandonarse a su suerte a una enferma sometida a los efectos de la anestesia epidural, sin que un sistema de control o de vigilancia impida que los dependientes incumplan sus deberes, y ello es de resorte exclusivo del Servicio demandado. La ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples, asumiendo con ello un evidente riesgo y el acometer tales tareas en locales carentes de elementos indispensables”<sup>150</sup>.

Un par de años más tarde, el caso *Villar Pavéz c/ Servicio de Salud Área Hospitalaria Central*<sup>151</sup>, resuelto por el 14° JLC de Santiago, dio la ocasión a un fallo que con posterioridad sería confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, y que aplicó las reglas generales en materia de indemnización de perjuicios en sede extracontractual, estableciendo igualmente una culpa o negligencia del Servicio de acuerdo a los artículos 2314 y 2329 del CC. En aquella oportunidad se resolvió que “...es plenamente aplicable el artículo 2329 del Código Civil, siendo presupuestos necesarios de la acción los siguientes: a) que no se sustente la acción indemnizatoria en la ejecución por parte del ofensor de un acto ilícito penal que dé origen a una acción pública, b) que el hecho imputado haya sido ejecutado por malicia o negligencia y c) que como consecuencia de la ejecución del hecho se haya inferido daño”.

En 1989, el fallo acaecido en el caso *Meza Rivera c/ Morales y Otra y Servicio de Salud Metropolitano Occidente*<sup>152</sup>, aun después de la dictación de la Ley de Bases/1986<sup>153</sup>, estableció la responsabilidad civil del Servicio de Salud por el hecho de sus dependientes de acuerdo al Código Civil. En el caso se comprobó, que “...los encausados ejecutaron el hecho imprudente

---

<sup>150</sup> *Idem.*

<sup>151</sup> *Villar Pavéz c/ Servicio de Salud Área Hospitalaria Central*, 14° JLC, 30.09.1986, rol N° 3.060-81, conf. CA Santiago, 15.03.1988, rol N° 5.911-1986 (N° 2).

<sup>152</sup> *Meza Rivera c/ Morales y Otra y Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, 24° J. Cri. 8.02.1989, rol N° 3.123, conf. CA Santiago, 15.01.1990, rol N° 3.192-1989 (N° 5).

<sup>153</sup> Publicada en el *D.O.* 5.12.1986.

en sus condiciones de dependientes de una institución que en la oportunidad actuó como persona jurídica. Es procedente en consecuencia, acceder a la acción civil intentada en contra el Servicio de Salud Occidente en los términos del artículo 2322 del Código Civil, debiendo éste responder solidariamente con los encausados por todos los perjuicios cuyo resarcimiento se ha decidido”.

Como puede observarse, en el período descrito, el recurso a la aplicación del Código Civil al momento de fallar los casos que se llevaban contra la AMS era habitual y, en la práctica evitaba cualquier cuestionamiento del fundamento subjetivo de este tipo de responsabilidad, pues a nadie se le ocurriría postular que el Código Civil contiene una regla general de responsabilidad objetiva.

Otra cosa es que la jurisprudencia haya exigido en alguna oportunidad una culpa objetiva como criterio de atribución de responsabilidad directa al Servicio. Así, en el caso *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud Coquimbo*<sup>154</sup>, se dijo que el Servicio de Salud “...resulta entonces responsable y debe indemnizar, conforme a lo prevenido en el artículo 2314 del Código Civil, pues el Estado como persona jurídica, en este ámbito, es también responsable, aunque carezca de voluntad propia, pues para que opere tal responsabilidad, basta que el órgano se comportara de manera distinta a la que habría sido la de alguien cuidadoso [...]”.

Como se puede constatar sin mayores dificultades, la jurisprudencia en esta etapa hizo extensivo al Estado y sus organismos sanitarios, el mismo criterio subjetivo que fundamenta el régimen general de responsabilidad civil.

Por último, es posible advertir en esta época, los primeros atisbos de una tendencia jurisprudencial que con el tiempo, ha adquirido carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico chileno. Como veremos un poco más adelante, la mencionada tendencia incorpora dentro del concepto de culpa del Servicio, la culpa del funcionario que directamente causó el daño. Así, en el citado caso *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud Coquimbo*<sup>155</sup>, se

---

<sup>154</sup> *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud Coquimbo*, 2° JLC La Serena, 31.03.1989, s/r, conf. CA La Serena, 22.11.1989, rol N° 629 (N° 3).

<sup>155</sup> *Idem*.

resolvió, que “...es forzoso concluir que el Servicio demandado incurrió en culpa o negligencia [...] y por consiguiente debe tenerse por cierto que los funcionarios de la Asistencia Pública actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus funciones”.

La culpa del servicio y la culpa de sus funcionarios parecen confundirse y refundirse en un único concepto global.

### *1.2. Ascenso y caída de la tesis objetiva*

Dentro del contexto jurisprudencial que venimos describiendo, fue ganando terreno una tesis<sup>156</sup> diametralmente opuesta a la prescrita con carácter general por el Código Civil, que luego sería conocida como la teoría objetiva de la responsabilidad del Estado<sup>157</sup> o teoría de la responsabilidad constitucional de derecho público. Esta doctrina fue capitaneada por Eduardo Soto KLOSS<sup>158</sup> y con apoyo de un número importante de administrativistas<sup>159</sup> a lo largo de ese período. Con el tiempo, acabó ejerciendo una influencia, cuando menos formal, en las sentencias en las que se fallaba la responsabilidad de la AMS. Así, a comienzos de la década del noventa, en el fraseo de las resoluciones de los tribunales de justicia se podía leer que

---

<sup>156</sup> Como se sabe, este grupo de juristas se encontraba encabezado por Eduardo Soto Kloss, quien abogaba desde fines de la década del setenta por un régimen de responsabilidad del Estado de derecho público y ajeno a todo criterio subjetivo. Sin embargo, prácticamente en la misma época, Pedro Pierry Arrau (en la actualidad Ministro de la Corte Suprema) hizo frente a los embates de la tesis objetiva propugnando una tesis subjetiva de la responsabilidad.

<sup>157</sup> En este sentido, OELCKERS CAMUS (1985), pp. 367 a 368, expresa que la Constitución Política en su artículo 38° inciso 2°, no ha considerado a los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y se apoya en un nuevo criterio, que “*es el de la lesión*”. La lesión, según este autor, debemos entenderla como un perjuicio antijurídico en sí mismo y, que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización o el agente que lo ocasiona, obre con toda licitud. En consecuencia, el perjuicio que se cause en el patrimonio de un determinado particular, será justo o injusto según la existencia o no de causas de justificación en la acción de la organización pública o conducta del agente que actúa y a quien se le imputa el causar un perjuicio, causas de justificación que deben ser expresas y concretas y que irroguen un título que legitime el perjuicio.

<sup>158</sup> Nos referimos principalmente a los trabajos de Soto KLOSS (1976), pp. 35-42 y (1980), pp. 133-171 y la monografía de CALDERA DELGADO (1982).

<sup>159</sup> Fundamentalmente los trabajos de FIAMMA OLIVARES (1989), pp. 429-440 y de OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1985), pp. 365 a 375 y (1989), pp. 441-454.

la responsabilidad de la AMS era objetiva y, que encontraba fundamento en normas de derecho público<sup>160</sup>.

Como es usual, las formas argumentativas del período anterior no desaparecieron de inmediato y, por lo mismo, coexistieron en esa época fallos en que se aplicaba el Código Civil directa y excluyentemente; con fallos en que se aplicaban conjuntamente reglas de “derecho privado” y de “derecho público”, y con fallos en que exclusivamente se hacían valer “normas de derecho público”<sup>161</sup>. Empero, no debe olvidarse que —con independencia de las normas y la forma retórica a la que se apelara—, los tribunales siempre dirigieron un reproche a la conducta del funcionario o al funcionamiento de la Administración al momento de fundamentar sus fallos.

Es representativo de los inicios de este período el caso *Cancino Rojas c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>162</sup>, pues, es el primer dictamen en que el juzgador, habiendo tenido a la vista el artículo 4° de la Ley de Bases/1986, razonó fundamentalmente sobre en torno a los artículos 2314, 2322 y 2329 del CC. Se arguyó que “...han quedado suficientemente probados todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad cuasidelictual civil, esto es, se ha establecido a sus presuntos autores con capacidad para cometer el ilícito civil, ese hecho se ha perpetuado con culpa o con infracción al deber de observar el cuidado requerido por parte del referido Servicio, se

---

<sup>160</sup> Recientemente, en el caso *Gallardo Santibáñez y Otro c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 20.08.2009, rol N° 1.088-2008 (N° 173), la Corte reflexiona sobre el contexto en que se dio la teoría objetiva. Según esta magistratura, en atención a que durante mucho tiempo “...la organización civil común fue insuficiente para dar una adecuada respuesta a numerosos ciudadanos que sufrieron perjuicios graves por el actuar de funcionarios del estado, no sólo patrimoniales si no también extrapatrimoniales (incluso su vida) que encontraron tal escollo en la normativa sobre responsabilidad civil que significó el rechazo de la mayoría de las acciones indemnizatorias. Luego, en esta perspectiva, la tesis objetiva de la responsabilidad por falta de servicio, operó como un subsidio a numerosas acciones indemnizatorias que según lo percibían los ciudadanos, debían estimarse justas y, por ende, era inexplicable su rechazo”. Sin embargo, acto seguido, la misma Corte de Apelaciones de Concepción reconoce que “...la tesis objetiva ha ido perdiendo vigor y ello es lógico, por cuanto su aplicación irrestricta puede acarrear como consecuencia el hecho que el Estado responda “por todo y “ante todo” lo que ha llevado a ridiculizar el concepto...”.

<sup>161</sup> En este sentido, CORDERO VEGA (2010), pp. 71 y ss.

<sup>162</sup> *Cancino Rojas c/ Servicio de Salud Del Maule*, CA Talca, 25.09.1999, rol N° 43.928 (N° 4).

ha causado un daño o perjuicio, menoscabo y dolor en la persona de la víctima y su cónyuge y, por último, ha habido una relación entre la culpa y el daño, o en otros términos, este ha sido la consecuencia o efecto de aquélla”.

Para comprender la situación debe tenerse presente que, si bien en los inicios del período había conciencia de que la norma clave en esta materia señalaba que “Los órganos de la Administración del Estado son responsables del daño que causen por *falta de servicio*” (ex art. 44° actual 42°), no había consenso sobre cómo debía interpretarse la misma. A nuestro juicio, en la intensa discusión doctrinal que generó este punto, hay que buscar la causa de la confusión conceptual de la jurisprudencia respecto de la noción *falta de servicio*.

El primer fallo en materia médico-sanitaria que no refiere normas del Código Civil en su fundamentación fue *Quezada c/ Servicio de Salud Valparaíso*<sup>163</sup>. La sentencia fue dictada el 6 de agosto de 1992 por el 8° Juzgado Civil de Valparaíso y fue confirmada el 22 de mayo del 1995. Sustentó en la Constitución la “teoría del órgano” y –citando la Ley de Bases/1986–, entendió que estas normas “...reflejan fielmente la responsabilidad directa del órgano administrador por las faltas abusos u omisiones cometidas por un funcionario que pudiere causar daño a los administrados”.

Nótese, eso sí, que este fallo no hace mención explícita al carácter objetivo que pudiera tener la responsabilidad y su razonamiento parece más bien adherir a una concepción subjetiva. Así, en el considerando 39° refiere que “...habiéndose producido efectivamente un daño moral a la actora originado por la vivencia traumática que le significó el observar el quebrantamiento progresivo de la salud de su cónyuge, por la *falta de servicio* oportuno que llevó al deceso inesperado del señor Navarrete, unido al trato descomedido, descortés y poco deferente que se le brindara, debe concluirse que se ha configurado también el otro elemento necesario para hacer responsable al órgano administrador, esto es, el daño efectivo”.

---

<sup>163</sup> *Quezada c/ Servicio de Salud Valparaíso*, 8° JLC Valparaíso, 6.08.1992, s/r, conf. CA Valparaíso, 22.05.1995, rol N° 1.303 (N° 7).

Con más claridad y con los mismos fundamentos normativos, en *Reyes Orellana c/ Servicio de Salud Viña Del Mar*<sup>164</sup>, cuya sentencia de 1994 fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se sostuvo que “... ha existido una *falta de servicio*, por parte del Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar, entendiéndose por *falta de servicio* toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público que ocasiona un daño [...]”, lo que da cuenta de un criterio eminentemente subjetivo, desde que se desvalora el funcionamiento del Servicio.

No obstante lo anterior, y tan sólo un año más tarde, en *Uribe y Otros c/ Fisco y Otro*<sup>165</sup>, el mismo 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de Valparaíso se pronunció en

---

<sup>164</sup> *Reyes Orellana c/ Servicio de Salud Viña Del Mar*, 3° JLC Valparaíso, 30.08.1994, s/r (N° 6).

<sup>165</sup> *Uribe y Otros c/ Fisco y Otro*, 3° JLC Valparaíso, 28.11.1995 (N° 8). Esta causa terminó por avenimiento antes de ser vista en apelación.

Una redacción casi idéntica puede verse en *Pastén Miranda c/ Servicio de Salud Valparaíso*, 3° JLC Valparaíso, 7.01.1998, rol N° 2.641-1996, conf. CA Valparaíso, 25.05.2000, rol N° 649-1998 (N° 13). En este caso, tras tenerse por acreditado “...que el derecho a la salud de doña Graciela Pasten fue conculcado en razón de la falta de servicio en que incurrió el Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso al no efectuarle oportuna y adecuadamente los exámenes TAC SCANNER, cuando se le diagnosticó contusión cerebral en evolución y haber permitido con ello que la paciente llegara en estado de coma para operarla”, en abierta contradicción, el fallo continúa diciendo “...que no es elemento de la falta de servicio la negligencia o culpa ya que el artículo 4° de la ley 18.575 no consigna tal requisito dentro de su responsabilidad administrativa, por ser ésta de carácter objetivo”.

También puede verse una confusión análoga en *Baeza Rojas c/ Servicio de Salud Antofagasta*, 3° JL Antofagasta, 22.05.2001, rol N° 42.152, caso que terminó por avenimiento aprobado por la CA Antofagasta, 9.01.2002 (N° 15). En este caso, puede leerse en la sentencia, que “...ha quedado demostrado en autos, el daño sufrido por la demandante Juana Baeza Rojas, producto de la grave negligencia del Servicio Médico demandado, toda vez que en vísperas de su intervención quirúrgica y en dos oportunidades, se dejó constancia de los antecedentes alérgicos de la paciente (actora de autos) a los medicamentos “Atropina” y “Torecam”, sin que de modo alguno, se le hubieren practicado los exámenes correspondientes para determinar la efectividad de los dichos de la paciente...” y, luego, “...se ha de colegir que tanto en la Constitución Política de la República como en los cuerpos legales, de orden constitucional o simplemente legal, se recoge la idea de una responsabilidad que le asiste al Estado por los actos de sus agentes y/o Organismos, responsabilidad de carácter especial y objetiva, a la cual no puede aplicarse los preceptos de la responsabilidad extracontractual contenida en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, puesto que tal tipo de responsabilidad descansa en los conceptos de dolo o culpa, lo que no es posible atribuir al Estado en su actividad, debiendo entenderse que la responsabilidad que nos ocupa nace respecto del Estado, al producirse el resultado dañoso por el actuar positivo o negativo de los agentes de la Administración, sin que las normas generales

sentido contrario. Se dijo entonces, que “...no es elemento de la *falta de servicio* la negligencia o culpa [ya que] el artículo 4° de la ley N° 18.575 no consigna tal requisito dentro de su responsabilidad administrativa, por ser ésta de carácter objetivo”. Sin embargo y, a pesar de la declaración transcrita, ya el juez había comprobado la negligencia o mal funcionamiento del órgano sanitario, por cuanto es el propio juzgador quien afirmó que el derecho a la salud de la víctima “...fue conculcado por el Estado en razón de la *falta de servicio* en que incurrió el Ministerio de Salud al no adoptar

---

#### Continuación nota <sup>165</sup>

de las cuales ésta fluye [...] requieran un substrato subjetivo, como lo es en el caso de la responsabilidad aquiliana, revelándose una intensión de establecer y regular una responsabilidad estatal distinta de la común, de carácter especial, objetiva, orgánica, que requiere solamente la relación causal entre el acto del agente de la administración del Estado y el daño producido, para que se origine, con total independencia del elemento subjetivo que le asista al funcionario y/o agente de la administración”.

En el año 2002, la confusión conceptual en torno a la *falta de servicio* volvió a mostrarse en la jurisprudencia. Así, en *Estay Álvarez y Otra c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota*, 5° JLC Viña Del Mar, 8.08.2002, rol N° 4.692-1998, conf. CA Valparaíso, 4.11.2004, rol N° 3.647-2002 (N° 34), sostuvo primeramente, que “...en nuestro derecho la responsabilidad es objetiva, es decir, aunque no haya culpa de algún funcionario o del servicio; toda vez que no es elemento de la llamada “falta de servicio”, la negligencia o culpa, que sí constituye un elemento esencial tratándose de responsabilidad extracontractual...”, pero luego, contradictoriamente, señaló que “...la falta de servicio puede consistir en una acción, omisión u abstención, en una actuación voluntaria, como una imprudencia, equivocación o torpeza, en otros términos, hay falta de servicio cada vez que el servicio público ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente [...]”.

En el mismo sentido, en *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, 1° JLC Valparaíso, 30.09.2002, rol N° 2.479-1998, conf. CA Valparaíso, 24.08.2004, rol N° 4.309-2002 (N° 32), primero se estableció, que “...la responsabilidad del Estado es la de una persona jurídica, no de una persona natural, por lo que no se aplica la estructura subjetiva sobre la base de culpa o dolo, siendo una responsabilidad objetiva, fundada sobre la causalidad material[...]”, sin embargo, luego concluye, que “...habiendo quedado acreditado en autos que de parte del Servicio hubo una falta de servicio, corresponde que el Estado indemnice el daño causado, por haber funcionado en forma deficiente y ello fue la causa necesaria de que se presentó un cuadro de salud grave en la paciente que derivó en su fallecimiento [...]”. El 15 de noviembre de 2004, rol N° 4.854-2004, la Corte Suprema declaró desierto el recurso de casación en el fondo deducido por el Servicio demandado.

La misma confusión de conceptos puede verse, además, en *Muñoz Oliva c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 27.01.2003, rol N° 2.135-2000 (N° 22); *Campillo Mañan y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, 3° JLC Concepción, 30.11.2000, rol N° 3.488-2000, conf. CA Concepción, 31.10.2003, rol N° 322-2001 (N° 29); *Torres Velásquez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 18.12.2003, rol N° 1.703-2003 (N° 30); *Muñoz Espinoza c/ Servicio de Salud Magallanes*, 1° JLC Magallanes, 4.06.2004, rol N° 79.997-2003, conf. CA Punta Arenas, 10.11.2004, rol N° 220-2004 (N° 39).

oportuna y adecuadamente a los servicios respectivos de los implementos y reactivos necesarios para detectar el virus VIH”.

Nótese, que en el año 1995, la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el tristemente célebre caso *Beraud c/ Elgueta y Otros*<sup>166</sup>, estuvo por condenar solidariamente a los médicos dependientes del Hospital Militar y al Fisco de Chile de acuerdo a los artículos 2314 y 2317 del CC., al pago de una millonaria indemnización al Sr. Beraud, por el daño que le ocasionó el equipo médico, al no tomar las precauciones exigidas por la *lex artis* y, pasar por alto que estaban interviniendo un miembro sano, sin indicación quirúrgica alguna. El fallo determinó que los cirujanos, el anestesista, la pabellonera y la arsenalera, “...faltaron al deber de cuidado [...] al no tomar las precauciones necesarias a las que se hallaban obligados en virtud de las reglas permanentes de la *lex artis* y de las prácticas constantes seguidas en el propio Hospital Militar de Santiago [...]”.

Como puede observarse, la disparidad de estilos y criterios era la regla en esta época. Es más, aún a finales de la década del noventa, todavía es posible encontrar fallos que explícitamente rechazan la teoría objetiva de la responsabilidad, resolviendo los conflictos aplicando directamente el Código Civil. En este sentido, en *Herrera González c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>167</sup>, la Corte de Apelaciones de Talca estuvo por confirmar el fallo de primera instancia de fecha 17 de agosto de 1999, que había resuelto “...descartar que tal responsabilidad tenga el carácter de objetiva, es decir, que cualquier daño provocado como consecuencia del accionar de un órgano estatal sin importar la naturaleza de aquel que ha sido demandado origine automática e inmediatamente responsabilidad civil, habida consideración que para que dicha responsabilidad opere es menester que exista un texto legal expreso que así lo contemple...”. Lo interesante de este fallo es que, en él, la Corte parece tener clara conciencia de lo que implica imponer un régimen objetivo a la Administración y, por lo mismo, exige un texto que no deje dudas al respecto. Parece, entonces, que ante la falta de un texto de esta naturaleza, corta por lo sano, y opta por aplicar el régimen del Código Civil.

---

<sup>166</sup> *Beraud c/ Elgueta y Otros*, J. Cri Santiago, 28.03.1995, rol N° 43.556-1993, conf. CA Santiago, 21.09.1995 (N° 9).

<sup>167</sup> *Herrera González c/ Servicio de Salud Del Maule*, 4° JLC Talca, 17.08.1999, rol N° 6.559-1997, conf. CA Talca, 3.07.2000, rol N° 56.973-1999 (N° 14).

Por otro lado, en diciembre del año 1999, en *Ramírez c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*<sup>168</sup>, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago dio aplicación armónica y conjunta a las reglas del CC y de la Ley de Bases/1986, estableciendo que la “...negligencia en que incurrieron los dependientes de la demandada en sus establecimientos respecto del tardío diagnóstico de la tuberculosis que sufría la actora; la impericia en su tratamiento con una medicina conocidamente tóxica, administrada sin las precauciones necesarias y para concluir, ligado con dichas conductas manifiestamente culposas, en un errado diagnóstico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, sin haber agotado los procedimientos necesarios para rectificar tal diagnóstico y que dieron origen a los daños que sufrió la actora, hacen también responsable a la demandada en los términos del artículo 2320 del Código Civil, según el cual, y en lo pertinente, los empresarios responden del hecho de sus dependientes, cuanto del artículo 44 de la Ley N° 18.575, según el cual los órganos de la Administración del Estado, como ocurre en la especie, serán responsables del daño que causa por *falta de servicio*”.

Un caso paradigmático de la confusión conceptual que se vivía es *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>169</sup>. Respecto del mismo, la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió que “...frente al hecho cierto de que la víctima falleció a consecuencias de una infección intrahospitalaria, *la existencia de la negligencia y falta de cuidado en la mantención de las adecuadas o debidas condiciones sanitarias del establecimiento*, a fin de precaver sucesos semejantes, *es de toda evidencia*, pues, de no ser así, aquélla no habría contraído la infección que la llevó a la muerte”. La Corte afirmó, acto seguido, que “...la responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud y de los demás órganos públicos *es de carácter objetivo...*”, para luego, inexplicablemente manifestar, que “...el concepto de *falta de servicio* consagrado en el artículo 44° de la Ley N° 18.575, dice relación con el hecho de que un determinado servicio *ha actuado mal o deficientemente*, *no ha obrado cuando su normativa le imponía el deber de hacerlo* o, en fin, ha actuado tardíamente, y a consecuencias de ello la víctima ha resultado

---

<sup>168</sup> *Ramírez Bravo c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente* CA Santiago, 28.12.1999, rol N° 3.129-1996 (N° 10).

<sup>169</sup> *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 10.08.2000, rol N° 1.977-1999 (N° 17).

lesionada en sus derechos. Se trata aquí de que *la organización misma ha fallado en el cumplimiento de su función de servicio público*".

A pesar de los notorios yerros argumentativos del fallo comentado, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio de Salud demandado, por cuanto a pesar de lo confuso de las declaraciones, las mismas no influyeron en lo dispositivo del fallo. Así, en palabras de la Corte Suprema, "...en lo referente al régimen indemnizatorio aplicable, el fallo se ha fundado en las normas sobre responsabilidad civil [...] sobre la base de calificar como negligente el proceder de la demandada. En consecuencia, debe entenderse que las apreciaciones de los considerandos décimo y siguientes, que se refieren a la responsabilidad de los órganos del Estado, que este tribunal no necesariamente comparte, son a mero abundamiento y bajo el supuesto hipotético, que la *propia sentencia contradice*, de que estuviera acreditada la debida diligencia y cuidado de la demandada, de modo que esas apreciaciones no han podido influir en lo dispositivo de la sentencia"<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano, CS, 24 de enero de 2002, rol N° 3.665-2000 (N° 17).

El 30 de abril de 2003, en el caso *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, rol N° 1.290-2002 (N° 19), la Corte Suprema tuvo nuevamente la oportunidad de conocer sobre el tema por la vía de un recurso de casación en el fondo contra una sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 6 de marzo de 2002, que había incurrido en los mismos vicios que ya tantas veces hemos evidenciado. Sin embargo, el más alto tribunal no invalidó la sentencia de la Corte de Apelaciones pues consideró que "...aun cuando podría estimarse que la sentencia dictada en el juicio adolece de error de derecho al calificar la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se atribuye a la demandada y, por lo tanto, que con tal proceder se infringen los expresados preceptos legales, de todas maneras no resulta procedente decidir su invalidación, desde que ese yerro carece de influencia en lo dispositivo del fallo, en cuanto en la misma sentencia se establece que la demandante logró probar la existencia de la falta de servicio y que ella fue la causa del perjuicio sufrido por esta última; como asimismo han quedado acreditados los demás hechos que conforman los elementos que sirvieron de base a la acción indemnizatoria, generándose entonces, de todos modos, la responsabilidad del Estado que se ha hecho efectiva y decidido en autos".

En el mismo año 2003, en *Torres Velásquez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, 18.12.2003, rol N° 1.703-2003 (N° 30), la Corte de Apelaciones de Concepción incurrió en las mismas contradicciones, a pesar de haber seguido en varios pasajes los razonamientos de una sentencia de la Corte Suprema. En esta oportunidad, resolvió que "...si bien los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción personal origina la falta, en cambio deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo[...] pero acto seguido, luego de incluso tener por acreditada dicha falta de servicio y

Con mayor claridad que el fallo anterior, en *Patosí Agalli c/ Zambrano y Otro*<sup>171</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 10 de octubre de 2000, hizo aplicación de un régimen de responsabilidad por culpa, plasmando en aquella oportunidad que “...*la mala praxis médica habida en la actuación del doctor* [...] para con la actora que se encuentra acreditada en el proceso, y las circunstancias dentro de cuyo contexto las intervenciones constitutivas de ella fueron realizadas, sobre lo cual no existe controversia, hacen que deba tenerse por configurada en el presente caso la “*falta de servicio*”, *factor de atribución necesario* de la responsabilidad del Estado en los términos de los artículos 4º y 44º de la Ley Nº 18.575”. Lo relevante de este fallo es que la Corte se ve en la necesidad de rechazar contundentemente el argumento de la tesis objetiva que sostiene, que una responsabilidad por daños puede imputarse sólo basándose en la *causalidad material* (sin utilizar un factor de atribución). El error de este razonamiento es manifiesto, pues —estructuralmente—, todo tipo de régimen de responsabilidad (y no hablamos acá sólo de la responsabilidad patrimonial) necesita una *razón de atribución* con independencia de que ésta sea subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (sacrificio, garantía, riesgo, seguro, etc.).

En esta misma línea, un fallo de 3 de diciembre de 2001 confirmado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso *Bahamonde Vera y*

---

**Continuación nota** <sup>170</sup>

que ésta fue la causa del daño concluyó que “como ha quedado establecido la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Basta por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad”. La contradicción era evidente, sin embargo, la invalidación del fallo por parte de la Corte Suprema no aconteció, pues las partes llegaron a avenimiento que finalmente fue aprobado por el alto tribunal.

En fallo de 11 de agosto de 2004, recaído en el caso *Barros Salamanca y Otros c/ Servicio de Salud Bio-Bío*, rol Nº 1.062-2002 (Nº 31), la Corte de Apelaciones de Concepción se reivindicó y comenzó a consolidar una correcta denominación de la falta de servicio como criterio subjetivo de responsabilidad. Así, se estableció en esa oportunidad, que “...hay falta de servicio en las siguientes situaciones: a) cuando no ha funcionado, existiendo el deber funcional de actuar; b) cuando el servicio ha funcionado pero deficientemente, y c) cuando ha funcionado, pero tardíamente. Naturalmente el peso de la prueba incumbe a quien sostiene que el órgano público se encuentra en alguna de las hipótesis precitadas [...]”. Luego, con absoluta claridad, dicha Corte concluyó que no se divisa “...ningún indicio de falta de servicio por cuanto el menor fue atendido dentro de las posibilidades del Hospital y la carencia del medicamento citado en ningún momento es causa o condición del fallecimiento del menor”.

<sup>171</sup> *Patosí Agalli c/ Zambrano y Otro*, CA Santiago, 10.10.2000, rol Nº 32.988-1998 (Nº 12).

*Otro c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*<sup>172</sup>, estimó comprobado el mal funcionamiento del Servicio de Salud y la negligencia de sus dependientes de acuerdo a un “cúmulo de hechos que se sucedieron luego del parto, al tenor del certificado que así lo establece, [dependientes que] abandonaron su función, actuando en forma descomedida, desconsiderada hacia la madre parturienta, y la desaparición del mortinato es de exclusiva responsabilidad de ellos en su calidad de funcionarios de un órgano del Estado [...]”. La Corte Suprema<sup>173</sup>, al rechazar los recursos de casación deducidos por el Servicio de Salud demandado, resolvió que la *falta de servicio* “...se produce cuando una repartición de la Administración no presta un servicio que debe otorgar, lo presta en forma tardía o incompleta”.

Hasta aquí, hemos revisado cada uno de los fallos que se dictaron durante el período de máximo esplendor de la tesis objetiva en materia de responsabilidad de la AMS y, como se pudo observar, no es posible hallar una sola sentencia que haya aplicado una responsabilidad de este tipo. De aquí en adelante, las declaraciones formales de objetividad pronto van disminuyendo, hasta desaparecer definitivamente con el advenimiento de la Ley AUGE/2004.

### *1.3. La Ley AUGE/2004 y la consagración legislativa del criterio subjetivo: el advenimiento de la culpa objetiva*

En septiembre de 2004 comenzó a regir la ley N° 19.966 que estableció un régimen de garantías explícitas en salud<sup>174</sup>. El texto legal vino a confirmar definitivamente que la *falta de servicio* en el ámbito médico-sanitario, es un factor de atribución subjetivo de responsabilidad, al prescribir en su artículo 38 que:

“Art. 38. Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por *falta de servicio*.”

---

<sup>172</sup> *Bahamonde Vera y Otro c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, 1° JLC Puerto Montt, 3.12.2001, rol N° 56.739-2000, conf. CA Puerto Montt, 19.06.2002, rol N° 10.828-2002 (N° 26).

<sup>173</sup> *Bahamonde Vera y Otro c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CS, 29.04.2004, rol N° 4.212-2002 (N° 26).

<sup>174</sup> Publicada en el *D.O.* 3.09.2004.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha *falta de servicio*.

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

A nuestro juicio, el párrafo segundo del precepto despeja cualquier tipo de duda al respecto.

Esta nueva etapa en la evolución de la responsabilidad de la AMS, ha estado marcada por pronunciamientos de la Corte Suprema que descartan la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad en el art. 38 de la CPR y que, derechamente asimilan la *falta de servicio* al concepto de *culpa del servicio*.

Curiosamente, la presentación en sociedad de la Ley Auge/2004, se dio en *Brito Cisterna y otro c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota (2005)*. Y es curioso porque –en el caso–, la Corte Suprema no pudo aplicar la ley puesto que la misma no había sido invocada en los tribunales inferiores por no estar vigente al iniciarse el litigio. Por lo dicho, la Corte refiere a título meramente ilustrativo, “...que con la dictación de la ley 19.966 de 3 de septiembre de 2004, la materia tiene un reconocimiento legal y se establecen ciertos límites a la responsabilidad en materia sanitaria, sin que ello signifique alterar las reglas generales del Código Civil o de la Ley N° 18.575”. En lo medular, la Corte resolvió que “...si bien la responsabilidad que se imputa a la demandada es independiente de la culpa o dolo del agente que la genera, no puede por ello concluirse que quien dice padecer daño como consecuencia de la *falta de servicio*, esté liberado de acreditarla. Esta responsabilidad debe ser considerada precisamente como “*la culpa del servicio*” y por ende, continua siendo necesario imputar y probar una falla de la prestación de servicio” (la Corte pone las comillas)<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> *Brito Cisterna y Otro c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota*, CS, 26.05.2005, rol N° 3.334-2003 (N° 37).

En idéntico sentido, en dictamen de 14 de octubre de 2008 recaído en el caso *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otros*<sup>176</sup>, se expresó, que “...como reiteradamente ha sostenido esta Corte de casación, la *falta de servicio* no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la *falta de servicio*, en la que aquélla, considerada como ‘la culpa del servicio’, deberá probarse –por quien alega– el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo...”.

Respecto de la existencia de una “responsabilidad constitucional de derecho público”, la Corte Suprema<sup>177</sup> ha confirmado que “...el art. 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino tan sólo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado. Visto de esta forma no puede sino considerarse una norma de competencia”. Agrega además, “...que esto último implica que dicho art. 38 del Estatuto Político tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa y en ningún caso consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. En efecto, cuando esta norma exige al reclamante invocar un derecho subjetivo violado por la Administración al decir ‘cualquier persona lesionada en sus derechos’ sólo está refiriéndose al requisito para poder demandar ante los tribunales. Ese y no otro es su sentido”.

---

<sup>176</sup> *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otros*, CS, 14.10.2008, rol N° 1.976-2007 (N° 92).

<sup>177</sup> *Idem*. Cabe señalar que antes de este pronunciamiento de la Corte Suprema, una sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de abril de 2006, discurre de la misma manera, al referir que “...de la simple lectura de la norma, se observa que ésta, al señalar que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determinan (sic) la ley...sólo está garantizando el derecho a recurrir al órgano jurisdiccional competente, pero desde luego, será en esa instancia donde deberá rendirse la prueba pertinente para demostrar que el daño de los derechos del ciudadano se debió a un acto culposo o doloso del agente del Estado”. *Pérez Contreras c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, CA Santiago, 21.04.2006, rol N° 4.637-2003 (N° 48). Recientemente, en el mismo sentido, *Fernández Ortiz c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 31.08.2009, rol N° 1.089-2008 (N° 126); *Muñoz Garcés y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 16.12.2009, rol N° 10-2009 (N° 127) y *López Povea c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 14.12.2009, rol N° 735-2009 (N° 139).

En consecuencia, y a pesar de que todavía se pueden encontrar algunos fallos aislados de tribunales de instancia<sup>178</sup> que se apartan formalmente de la doctrina que venimos describiendo, parece que la discusión se encuentra definitivamente zanjada: por regla general la responsabilidad del Estado es subjetiva<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña Del Mar-Quillota*, 1° JLC Viña Del Mar, 21.12.2005, rol N° 847-2003, conf. CA Valparaíso, 27.12.2006, rol N° 600-2006 (N° 68).

<sup>179</sup> Una correcta utilización de los postulados de la tesis subjetiva en los últimos seis años de jurisprudencia puede verse en *Daza Hurtado c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 3.11.2005, rol N° 1.610-2002 (N° 51); *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, CS, 18.01.2006, rol N° 4.277-2005 (N° 44); *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 6.04.2006, rol N° 4.243-2005 (N° 65); *Pérez Contreras c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, CA Santiago, 21.04.2006, rol N° 4.637-2003 (N° 48); *Concha Sánchez c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 1.06.2006, rol N° 528-2006 (N° 67); *Fuentes Richard c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 6.11.2006, rol N° 757-2006 (N° 63); *Hidalgo Briceño y Otros c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y Otros*, CA Valparaíso, 31.01.2007, rol N° 553-2006 (N° 92); *Matamala Ruiz y Otra c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 20.08.2007, rol N° 32-2007 (N° 70); *Vargas Mancilla c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 3.09.2007, rol N° 965-2006 (N° 81); *Burgos Vargas c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, CA San Miguel, 20.03.2008, rol N° 1.788-2003 (N° 96); *Franchini Pastén c/ Servicio de Salud Valdivia*, CS, 26.06.2008, rol N° 5.667-2006 (N° 85); *Gutiérrez Vásquez y Otros c/ Venegas Vergara y Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, CA Santiago, 8.07.2008, rol N° 23.760-2005 (N° 89); *San Martín y Otro c/ Servicio de Salud Ñuble*, CA Chillán, 23.07.2008, rol N° 527-2005 (N° 144); *Torres Beltrán c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 26.07.2008, rol N° 3.737-2005 (N° 152); *Peralta Peralta c/ Servicio de Salud Iquique*, CA Iquique, 29.08.2008, rol N° 696-2008 (N° 87); *Rivacoba Gajardo c/ Zamboni Tognolini y Servicio de Salud Metropolitano Norte*, CA Santiago, 9.09.2008, rol N° 10.416-2006 (N° 119); *Leva c/ Servicio de Salud Coquimbo*, CA La Serena, 24.09.2008, rol N° 240-2008 (N° 106); *Baeza Flores y Otro c/ Servicio de Salud Arauco*, CA Concepción, 28.10.2008, rol N° 2.558-2005 (N° 93); *Barriga Pradenas c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 6.01.2009, rol N° 2.108-2007 (N° 165); *Tolosa Ramírez y Otro c/ Servicio de Salud Bio-Bío*, CA Concepción, 22.01.2009, rol N° 4.651-2005 (N° 164); *Jiménez Arévalo c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 25.03.2009, rol N° 2.353-2007 (N° 103); *González Castro c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 22.04.2009, rol N° 2.332-2007 (N° 168); *Castro Quintana c/ Servicio de Salud Bio-Bío*, CA Concepción, 12.05.2009, rol N° 72-2008 (N° 169); *Villamán Riquelme c/ Tizado y Servicio de Salud Bio-Bío*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108); *Jara Jara y Otra c/ Servicio de Salud Aconcagua*, CA Valparaíso, 11.06.2009, rol N° 347-2009 (N° 110); *Fernández Ortiz c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 31.08.2009, rol N° 1.089-2008 (N° 126); *Díaz Vargas c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, CA Santiago, 19.11.2009, rol N° 132-2008 (N° 178); *Ballón Ramírez c/ Servicio de Salud de Iquique*, CA Iquique, 24.11.2009, rol N° 504-2009 (N° 179); *Muñoz Garcés y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 16.12.2009, rol N° 10-2009 (N° 127); *López Povea c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 14.12.2009, rol N° 735-2009 (N° 139); *Ruiz Guerrero y Otros c/ Servicio de Salud Arauco*, CA Concepción, 24.12.2009, rol N° 611-2009

Lo particular de este momento respecto de los anteriores es que finalmente parece haberse avanzado en la construcción conceptual y que los jueces parecen ahora más dispuestos a fundamentar sus resoluciones. La *falta de servicio* es vista como un criterio de atribución subjetivo que se verificará contraponiendo la conducta o funcionamiento efectivamente desplegado por la Administración, con un parámetro abstracto de comportamiento normal. Estamos finalmente frente a lo que la doctrina especializada conoce con el nombre de *culpa objetiva*.

En este contexto, una extraordinaria sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 14 de mayo de 2010 que resolvió el caso *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*<sup>180</sup>, sentenció que “...la *falta de servicio*, esto es, la mala organización o un funcionamiento defectuoso de la Administración o, como se ha dicho más gráficamente, el no prestar un servicio o hacerlo en forma deficiente o tardía por parte del Estado o sus reparticiones, si bien no exige que se acredite el dolo o culpa por parte de un funcionario determinado, ello no la convierte en una institución de naturaleza objetiva, toda vez que no basta para comprometer la responsabilidad del Estado el que haya un vínculo causal entre el hecho y el daño ya que,

---

#### Continuación nota <sup>179</sup>

(Nº 128); *Ebner Peña y otro c/ Servicio de Salud Aysén*, CA Coyhaique, 30.12.2009, rol Nº 101-2009 (Nº 134); *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 19.05.2010, rol Nº 4.046-2009 (Nº 131); *Rojas Aguilera c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, CA Valparaíso, 25.06.2010, rol Nº 439-2010 (Nº 147); *Rodríguez Riquelme c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 15.11.2010, rol Nº 378-2010 (Nº 186); *Sepúlveda Montecinos c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 13.12.2010, rol Nº 413-2010 (Nº 148); *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, CS, 17.12.2010, rol Nº 6.989-2008 (Nº 149); *Oyarzún Ampuero y Otros c/ Servicio de Salud Magallanes*, CS, 13.01.2011, rol Nº 363-2009, (Nº 153); *Rojas Vallejo y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 21.11.2010, rol Nº 684-2010 (Nº 188); *Riquelme Canales c/ Hospital San José*, CA Santiago, 18.01.2011, rol Nº 8.573-2009 (Nº 154); *Belmar Parra c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*, CA Valparaíso, 12.11.2010, rol Nº 989-2010 (Nº 158); *Silva Ferrera c/ Posta de Lllallauquen (Municipalidad de Las Cabras)*, CA Rancagua, 31 de diciembre de 2010, rol Nº 471-2010 (Nº 160); *Elgueta Lizarrague c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 14.01.2011, rol Nº 110-2010 (Nº 162); *Ossandón Espic c/ Servicio de Salud Arica*, CA Arica, 9.03.2011, rol Nº 461-2010 (Nº 189); *Jara Jara c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 18.04.2011, rol Nº 916-2010 (Nº 190).

<sup>180</sup> *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*, CA Santiago, 19.05.2010, rol Nº 4.046-2009 (Nº 131). Sin embargo, también es posible encontrar en otro fallo más antiguo de la misma Corte, cierta confusión terminológica entre *responsabilidad objetiva* y *culpa objetiva*, aunque el yerro no pasó de ser circunstancial. *Pérez Contreras c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, CA Santiago, 21.04.2006, rol Nº 4.637-2003 (Nº 48).

precisamente, es necesaria la *'falta de servicio'* y, por ende, se trata de una responsabilidad subjetiva pues debe demostrarse la culpa del servicio, lo que se logra probando aquel que tenga el *onus probandi* de su cargo que el respectivo órgano de la Administración no funcionó o lo hizo imperfectamente, sin que, desde luego, sea menester demostrar la culpa o dolo de un dependiente determinado. Como señala el profesor francés François Chabas 'No hay que confundir culpa objetiva y responsabilidad objetiva. En un sistema fundado en la culpa, la víctima debe probar la imprudencia, la negligencia o la culpa intencional del agente. Se habla de culpa objetiva porque no se toman en cuenta las particularidades intelectuales o síquicas del autor de la culpa. Sólo cuenta la ilicitud del acto o de la abstención. Por el contrario, responsabilidad objetiva se separa totalmente de la culpa y está fundada en el riesgo [...] en consecuencia, la responsabilidad por *falta de servicio* es subjetiva, pudiendo denominarse a este tipo de culpa 'objetiva', desde que no es necesario identificar al funcionario causante del perjuicio, ni menos probar su personal dolo o culpa [...]'

De los fallos transcritos anteriormente, podemos extraer que nuestra jurisprudencia ha aplicado correctamente la teoría de la *culpa objetiva* del Servicio, ubicándola dentro de la responsabilidad subjetiva, pues, como ya se ha dicho, lo que en el fondo se pretende con ello es la comprobación de una transgresión de un determinado estándar objetivo de actuación que por regla general será el funcionamiento normal del servicio<sup>181</sup>. En este sentido, se ha resuelto, que "...el determinar si existe o no *falta de servicio* corresponde a una apreciación exclusiva del juez y para ello él deberá comparar la actuación

---

<sup>181</sup> En este sentido, véase: *Sepúlveda Montecinos c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 13.12.2010, rol N° 413-2010 (N° 148); *González Morales c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, CA Valparaíso, 7.04.2010, rol N° 1.727-2009 (N° 181); *Jara Belmar y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 3.08.2009, rol N° 1.499-2008 (N° 115); *Villamán Riquelme c/ Tiznado y Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108); *Bastías Concha c/ Municipalidad de Talcahuano*, CA Concepción, 5.10.2009, rol N° 1.927-2008 (N° 177); *Castro Quintana c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 12.05.2009, rol N° 72-2008 (N° 169); *Jiménez Arévalo c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 25.03.2009, rol N° 2.353-2007 (N° 103); *Rodríguez Valladares c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 5.03.2009, rol N° 3.644-2006 (N° 101); *Bazán Olivares y Otro c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CA Rancagua, 7.07.2008, rol N° 1.136-2007 (N° 137); *Concha Sánchez c/ Servicio de Salud Concepción*, 3° JLC Concepción, 13.06.2001, rol N° 3.572-2000, conf. CA Concepción, 1.06.2006, rol N° 528-2006 (N° 67); *Elgueta Lizarrague c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 14.01.2011, rol N° 110-2010 (N° 162).

sometida a su consideración con lo que debiera ser el funcionamiento normal y regular del establecimiento hospitalario, de acuerdo a las leyes y reglamentos que lo rijan y en función de su finalidad institucional”<sup>182</sup>.

En este contexto, el ejercicio mental radica en comparar el funcionamiento prestado por el Servicio con aquel funcionamiento que debía esperarse de él de acuerdo a los parámetros fijados por la ley y, especialmente, en atención a los estándares de funcionamiento contenidos en los protocolos médico-sanitarios. Así, también lo señaló la Corte de Apelaciones de Concepción en *Villamán Riquelme c/ Tiznado y Servicio de Salud Bio-Bio*<sup>183</sup>. En este fallo de 27 de mayo de 2009, la Corte refirió que se trata de “...un juicio de valor acerca del nivel y calidad del servicio que era exigible del hospital”, y agregó “que en este sentido el ente administrativo ha actuado al margen de lo que normalmente era razonable para un recinto hospitalario que debe atender personas en urgencia y que normalmente, cuando se trata de lesiones que se requiere de conocimientos especiales no basta que su atención la haga un médico general sin la especialidad y menos que no se cuente con el instrumental adecuado para estos casos. La conducta normal, adecuada y que se debió preferir por ser lo más lógico y prudente, era que aún en el evento de no tener especialista en el momento, se debió tener por lo menos médico especialista de llamada o ser derivado a otro centro asistencial con especialista y medios técnicos adecuados”<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> *Estrada Pereira c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 3.08.2009, rol N° 1.569-2008 (N° 125).

<sup>183</sup> *Villamán Riquelme c/ Tiznado y Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108). En otro caso, se ha utilizado el art. 16 del D.F.L. N° 1/2006 como parámetro general de funcionamiento del Servicio de Salud. La Corte dijo, que “...es evidente que la prestación a que estaba obligada a efectuar la demandada a la paciente [...], no cumplió con los parámetros que le son exigibles según la disposición legal antes citada [art. 16 DFL N° 1/2006], denotando tal actuar una prestación deficiente, que deviene en falta de servicio [...]. Estas actuaciones deficientes del servicio, hicieron incurrir en el médico tratante en un diagnóstico equivocado e impidieron a la demandante conocer la magnitud de su enfermedad y ser tratada oportunamente con quimioterapia [...]”. *González Castro c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 22.04.2009, rol N° 2.332-2007 (N° 168).

<sup>184</sup> En esta línea, el caso *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, 1° JLC Temuco, 4.03.2006, rol N° 106.123, conf. CA Temuco, 17.09.2008, rol N° 712-2006 (N° 149), resulta sumamente interesante, pues en él se estableció la falta de servicio de acuerdo al criterio del “buen servicio”, y sobre la base de normas del Código Civil. A nuestro entender, dicho fallo entiende la falta de servicio como un criterio objetivo, similar a la noción del “buen padre de familia” contenido en el art. 44 del CC.

Ya se ha dicho como la evolución jurisprudencial llegó a considerar la falta propia del funcionario como culpa del servicio, y ante tal panorama cabe preguntarse *¿cómo debería evaluarse la conducta del funcionario médico que integra el concepto de falta de servicio?* Al igual que en el supuesto anterior, la respuesta debemos buscarla en la noción de *culpa objetiva*. Eso sí, habrá ahora que tener presente que la evaluación recaerá sobre una conducta humana en particular que se comparará con un estándar de normalidad ideal: la *lex artis* médica. Al respecto, resulta esclarecedor un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta el 5 de mayo de 2005 a propósito del caso *Páez Araos y Otros c/ Servicio de Salud Antofagasta*<sup>185</sup>. Allí, la Corte reconoce, que la medicina moderna “...no obstante sustentarse en sólidas bases científicas, es una ciencia inexacta por excelencia ya que no garantiza la previsión y solución de las dolencias y enfermedades de las personas [...]”. Por otro lado, el mismo fallo entiende que al “...determinar la responsabilidad médica [...] debe atenderse necesariamente lo que se denomina *lex artis* [...] criterio valorativo del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina [que permitirá] calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”. Lo que la Corte dice, en el fondo, es que lo importante en estos casos es determinar si el médico en el ejercicio de su profesión incurrió o no en culpa o *malpraxis* “...que significa no cumplir con las reglas destinadas a hacer las cosas bien, sin que pueda soslayarse, como se dijera, la inexactitud de la ciencia que profesan los profesionales de la medicina que no pueden abarcar todos los conocimientos de la misma [...]”.

En cuanto a la apreciación o valoración del criterio de la *lex artis*, la Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 27 de mayo de 2009<sup>186</sup> sostuvo, que “...en éste juicio de valor se debe aplicar un criterio adicional y confirmatorio que es el de razonabilidad, de acuerdo al cual el hombre común actúa normalmente conforme a la razón, y encuadrados en ciertos patrones de conducta que son los que corrientemente se prefieren y se siguen por ser los más lógicos, adecuados y prudentes [...]”.

---

<sup>185</sup> *Páez Araos y Otros c/ Servicio de Salud Antofagasta* CA Antofagasta, 5.05.2005, rol N° 11-2005 (N° 43).

<sup>186</sup> *Villamán Riquelme c/ Tiznado y Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108).

Por estas razones, en *Ortiz Neira c/ Servicio de Salud de Concepción*<sup>187</sup>, se resolvió que “...no cabe exigir al facultativo una diligencia extraordinaria o una capacidad de apreciación o intuición fuera de lo común pues, en definitiva el ser humano se equivoca, lo que no quiere decir que la actividad de sanar no haya de realizarse con la aportación profesional más completa y sin regatear medios ni esfuerzos, evitando decisiones precipitadas y apresuradas, frutos de la irreflexión o la rutina, que no se compadecen con la diligencia exigible, y considerando que el ejercicio de la medicina está en todo supeditado a condiciones de tiempo y lugar”.

Siguiendo lo expresado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 19 de mayo de 2010, en causa *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna*<sup>188</sup>, lo correcto será que el juez compare “...la conducta del agente con la que habría observado un hombre prudente de idéntica profesión u oficio colocado en el mismo lugar, tiempo y demás circunstancias externas de aquél. ¿Qué habría hecho éste en ese caso? ¿Habría obrado en igual forma o habría tomado otras precauciones? Si [se da] lo primero, no hay culpa; en caso contrario, sí” [...] Así, en este proceso de comparación no puede sino concluirse que aquel médico ideal, o sea, un médico prudente, puesto en la misma situación que aquellos que estuvieron al cuidado de la niña, habría obrado en idéntica forma”.

Haciendo aplicación de las ideas anteriores, en *Muñoz Gacitúa c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*<sup>189</sup>, la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que “...en términos generales, podemos entender y analizar la *falta de servicio* de la entidad de salud demandada, por la comparación de la conducta de sus funcionarios con un tipo abstracto, esto es, cual sería la actitud que tomaría un profesional de la salud cuidadoso y diligente frente a una situación sujeta a su esfera de trabajo”.

---

<sup>187</sup> *Ortiz Neira c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 13.05.2010, rol N° 1.409-2009 (N° 130).

<sup>188</sup> *Sánchez Candia c/ Hospital Luis Calvo Mackenna* CA Santiago, 19.05.2010, rol N° 4.046-2009 (N° 131).

<sup>189</sup> *Muñoz Gacitúa c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, 2° JLC Viña del Mar, 25.08.2006, rol N° 1.025-2001, conf. CA Valparaíso, 3.03.2008, rol N° 2.737-2006 (N° 105).

De la misma forma, en *Vega Vega y Otro c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*<sup>190</sup>, se resolvió que “...se encuentra probado con el mérito del sumario administrativo, que el servicio que atendió a la paciente [...], mediante agentes que no cumplían con el requisito mínimo del standard medio de funcionamiento, toda vez, que el personal médico tratante tenía la calidad de becado de segundo año de medicina, y no de tercero como lo exigía el convenio entre la facultad de medicina y el servicio en cuestión”. En consecuencia, “...el servicio público demandado incurrió en una *falta de servicio*, por haber sido prestado por una dotación irregular, toda vez, que eran agentes que carecían de la debida preparación y calificación profesional”. La Corte Suprema confirmó dicha sentencia, aunque resulta interesante la disidencia planteada por los ministros PIERRY y CARREÑO, quienes sostuvieron que “... en el escenario planteado, el diagnóstico que hizo el médico que atendió a la paciente era un diagnóstico probable y adecuado al cuadro que se le presentó, no constituyendo el actuar, una *falta de servicio* por cuanto se está en presencia de una ciencia no exacta, donde la certeza absoluta no existe y, por tanto, la conducta cuestionada queda incluida en el estándar medio que era exigible para un servicio de urgencia ante un cuadro de síntomas como el que se presentó”<sup>191</sup>.

Con un criterio distinto al caso anterior, en *Rosales Yáñez c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*<sup>192</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 8 se septiembre de 2009, resolvió revocar la sentencia de primer grado que condenó al Servicio de Salud Metropolitano Oriente, asimilando “...la *falta de servicio* a un mal funcionamiento de una conducta normal y esperada, pero de la prueba aportada por la demandada no es posible tener por acreditado que el daño sufrido por la demandante, ocurriera necesariamente como consecuencia de una conducta anormal de los funcionarios del Hospital El Salvador; por el contrario, de los antecedentes de autos se desprende que éstos actuaron dentro de lo normalmente razonable para un

---

<sup>190</sup> *Vega Vega y Otro c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*, 3º JLC Temuco, 29.04.2004, rol N° 7.976-2002, conf. CS, 12.09.2007, rol N° 3.222-2006 (sentencia de reemplazo tras acoger recurso de casación en el fondo contra la sentencia de CA Temuco, 29.05.2006, rol N° 989-2004, [N° 71]).

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> *Rosales Yáñez c/ Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, CA Santiago, 8.09.2009, rol N° 6.072-2008 (N° 176).

establecimiento hospitalario en este tipo de cirugías, en cuanto al nivel y calidad de la prestación otorgada”.

En resumidas cuentas, luego de finalizar este recorrido por la jurisprudencia chilena, creemos que nuestra tesis ha quedado suficientemente demostrada, por cuanto hemos evidenciado que nuestros tribunales siempre han requerido la comprobación de una culpa o negligencia del servicio médico-sanitario prestado por los Servicios de Salud, ya sea de acuerdo a las reglas generales del Código Civil o bien, en aplicación de las disposiciones de derecho público. Por otro lado, el estado actual de la cuestión viene dado por la aplicación de la noción de la *culpa objetiva* del Servicio de Salud, cuyo contenido esencial radica en la comparación de la conducta de éste con la que sería su nivel medio o normal.

## 2. PERO ¿PUEDEN HABER ALGUNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA?

Generalmente se acepta que la responsabilidad objetiva se da en el ámbito del riesgo que la ley atribuye, a quien lleva a cabo una determinada actividad que *a priori* se califica como riesgosa. De allí, que pueda considerarse un requisito esencial de este tipo de responsabilidad que el daño cuya reparación se persigue, sea la materialización del riesgo que ha justificado el establecimiento del régimen de responsabilidad estricta u objetiva<sup>193</sup>. Sin embargo, basta una leve aproximación al tema para darse cuenta de que el concepto de “responsabilidad objetiva”, no es utilizado con la misma extensión por los diferentes autores y escuelas<sup>194</sup>. En consecuencia, el debate sobre si la responsabilidad del Estado es subjetiva u objetiva degenera en no pocas ocasiones en discusiones de sordos, donde las ideologías inhabilitan a los participantes para percatarse de que —muchas veces—, defienden las mismas ideas.

Básicamente, la responsabilidad por riesgo se puede fundamentar de tres maneras diferentes: en primer lugar, se puede fundamentar desde la

---

<sup>193</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 445.

<sup>194</sup> En el derecho chileno, el problema ha sido advertido por YUSSEFF QUIRÓS (2000), p. 158, para quien 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 que la responsabilidad se pretende estructurar sobre la base de la causalidad material (concepto restringido).

teoría del *riesgo creado* que sostiene que la creación de peligros o riesgos relacionados con el ejercicio de actividades lícitas, pero de alguna manera incontrolables, hace que el explotador de dicha actividad responda por los perjuicios que con ella ocasione; en segundo lugar, desde la tesis del *riesgo beneficio*, se puede sostener que quien con su actividad crea riesgos y obtiene beneficios, debe soportar los daños que ocasione y, en tercer lugar, desde la tesis del *acto anormal* se puede defender la idea de que la doctrina del riesgo sólo es aplicable cuando la consecuencia dañosa es el producto de un “acto anormal”. Como se puede advertir fácilmente, el último tipo de responsabilidad por riesgo descrito (acto anormal), prácticamente no puede diferenciarse del concepto de *culpa objetiva* al que aludimos más arriba.

Por lo dicho, no está de más precisar que cuando hablamos de responsabilidad objetiva o por riesgo en este trabajo, estamos hablando de una responsabilidad por *riesgo creado*<sup>195</sup>. Ésta, a diferencia de la “responsabilidad por culpa objetiva”, no requiere que la conducta del agente sea *objetivamente reprochable*<sup>196</sup>. De allí, que – pese al talante creador de alguna jurisprudencia –, se pueda defender con sólidos fundamentos que la instauración de un régimen de este tipo deba ser articulado a través de una ley especial, que sustraiga la actividad de que se trate del alcance del régimen general de responsabilidad por culpa, cuando razones éticas, sociales, jurídicas o políticas así lo recomienden.

En el contexto de la actividad médico-sanitaria (pública o privada), el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta como el que venimos esbozando, pasa por cuestionarnos si dicha actividad lleva aparejada algún tipo de riesgo que “sea razonable” cubrir mediante un sistema objetivo de daños. De responder afirmativamente a esta primera cuestión, cuando menos dos interrogantes más se sucederán de inmediato... *¿qué tipos de riesgos deben ser cubiertos? y ¿cómo se financiará este sistema de responsabilidad?*

---

<sup>195</sup> El criterio del *riesgo-beneficio* tampoco parece aceptable en la materia que nos ocupa, ya que la actividad de la Administración, que esencialmente va encaminada a la satisfacción del bien común, mal puede asimilarse a la actividad desplegada por algunas empresas en orden a lograr un beneficio económico. Adicionalmente, no debe olvidarse que la Administración está obligada a prestar el servicio como consecuencia de un deber constitucionalmente impuesto (principio de servicialidad y subsidiariedad, art. 1º inc. 4º y 3º CPR respectivamente).

<sup>196</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 445 y 446.

Con respecto a la primera interrogante, el hecho de que la asistencia sanitaria sea una de las áreas más estrechamente vinculados a la existencia de riesgos y daños, no debe llevarnos a responder precipitadamente, pues los riesgos y daños relacionados con las prácticas médicas son en gran parte fruto de las limitaciones técnico-científicas y de la condición perecedera del ser humano<sup>197</sup>. Con todo, la experiencia comparada recurrentemente nos muestra como ciertos daños relacionados con prestaciones médico-asistenciales son cubiertos mediante sistemas de responsabilidad objetiva o, directamente, con instrumentos de la seguridad social.

A nuestro juicio, la más interesante experiencia legislativa comparada que puede servirnos de referencia en este tema, está representada por la Ley francesa 2002-03 de 4 de marzo de 2002, relativa a los “Derechos de los Pacientes y a la Calidad del Sistema de Salud”. Esta ley se inscribe en la línea de otros textos normativos franceses que en los últimos años han repercutido en el derecho de la salud, reforzando la vigilancia y el control de la seguridad sanitaria en los productos destinados al hombre, en la lucha contra la exclusión en los dominios de la sanidad, la puesta en práctica de una cobertura universal de las enfermedades que asegure la gratuidad de los cuidados de las personas más desvalidas, la realización de cuidados paliativos, la reforma de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y la reforma de los estudios médicos<sup>198</sup>.

Por lo que aquí interesa, en su título 4º la ley francesa contiene un novedoso dispositivo que tiende a simplificar la indemnización de las víctimas del sistema médico, cualquiera que sea el origen del daño, exista o no un responsable. Al mismo tiempo que reafirma el principio de responsabilidad por culpa, la ley consagra un sistema de indemnización colectivo por medio de fondos públicos para los accidentes terapéuticos<sup>199</sup>. En otras palabras, la indemnización por daños que constituyan la realización de riesgos en los que no han intervenido culpa alguna, estará a cargo (al menos para los más graves) de un organismo recolector de un fondo que se alimentará a través de un seguro de enfermedades.

---

<sup>197</sup> MIR PUIGPELAT (2002), p. 330.

<sup>198</sup> LAUDE (2002), p.1.

<sup>199</sup> JOURDAIN (2002), p. 85.

La ley prevé expresamente dos excepciones al principio de responsabilidad basado en la culpa<sup>200</sup>, a las que se les puede agregar otras dos que ya estaban contenidas en otras leyes especiales, que la nueva ley no consideró necesario derogar<sup>201</sup>.

La primera excepción tiene que ver con los productos utilizados en la prestación de salud. Así, la ley prescribe que no se exigirá la culpa de los profesionales ni de los establecimientos sanitarios cuando la responsabilidad se origine en el defecto de un producto sanitario (L. 1142-1). En estos casos, la víctima podrá elegir si exige la responsabilidad al proveedor o al distribuidor, teniendo este último, acción contra su propio proveedor<sup>202</sup>. El médico responderá sin falta entonces si fabricó el producto, como en el caso de una prótesis dental, y no responderá si solamente actuó como prescriptor, pues el médico como simple prescriptor (*v. gr.*, de medicamentos), sólo podrá responder por culpa<sup>203</sup>, como en el caso de error en las dosis en que el mismo se debe aplicar. Respecto de los centros asistenciales, la jurisprudencia tiende a aplicar una responsabilidad sin culpa recurriendo al conocido expediente de la obligación de seguridad.

La otra excepción dice relación con las infecciones nosocomiales<sup>204</sup>. Según señala el N° 2 del apartado II del art. 1142-1 del Código de la sanidad pública, "*Les établissements, services u organismes susmentionnés sont, responsables de damages résultant d'infections nosocomiales, saufs'ils rapportent la preuve de una cause étrangère*". La práctica de las cortes civiles y administrativas en el país galo, demuestra que esta responsabilidad no cede

---

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> La primera se refiere al régimen de responsabilidad en materia investigaciones biomédicas: la presunción de culpa y la responsabilidad sin culpa, según la investigación se haya llevado a cabo o no en directo beneficio de la víctima debe ser mantenida (art. 1127-1 del Código de la Sanidad Pública). La segunda excepción deviene de lo prescrito en la ley de 31 de diciembre de 1991, que permite a las personas contagiadas con el virus del sida con ocasión de una transfusión sanguínea, solicitar una indemnización utilizando los fondos de indemnizaciones de transfusiones y hemofilia.

<sup>202</sup> Cfr. Project de loi N° 3258, Ass. nat., exposé des motifs.

<sup>203</sup> HOCQUET-BERG y PY (2006), p. 33.

<sup>204</sup> En el derecho chileno, puede verse el reciente estudio de TOCORNAL COOPER (2010), pp. 477-504.

incluso en presencia de causa extraña, de tal manera que la jurisprudencia ha construido una verdadera obligación de seguridad de resultado.

Qué duda cabe que en nuestro medio sería deseable un sistema parecido al que acabamos de describir. Pero se comprenderá fácilmente, que la instauración de algo como esto, va mucho más allá del sentido que se le dé a la expresión contenida en una norma (constitucional o legal) y, que la implementación de un régimen semejante requiere disponer de unas cantidades de recursos públicos que sólo pueden ser autorizados por una ley emanada del Congreso Nacional.

3. EN SÍNTESIS: UNA RESPONSABILIDAD DIRECTA QUE SE ATRIBUYE  
A TRAVÉS DE UNA CATEGORÍA GENERAL DENOMINADA *FALTA DE SERVICIO*

Mucho se ha discutido sobre si la *falta de servicio* constituye un criterio de atribución de responsabilidad directo o indirecto contra la Administración del Estado. A nuestro modo de ver, la cuestión así planteada radica en resolver el problema procesal que implica determinar si la víctima debe demandar previamente al funcionario, para posteriormente (en caso de no poder hacer efectiva esta responsabilidad), exigir la responsabilidad del Estado o, si por el contrario, puede dirigir la acción directamente contra la Administración. Por lo tanto, la responsabilidad puede ser directa si se imputa por el hecho propio, como si se imputa por el hecho del dependiente.

Empero, dejando de lado la gran variedad de sentidos con los que se hace referencia al término responsabilidad directa, lo cierto es que la solución que se ha dado al problema que planteamos en el párrafo precedente, se ha relacionado en nuestro entorno con las respuestas que se han dado al problema que consiste en determinar si el Servicio de Salud responde por su propio acto o por el hecho de sus agentes o funcionarios.

Como se vio más arriba, en un principio la cuestión se resolvía de manera relativamente pacífica, pues, al aplicarse a la responsabilidad de los Servicios de Salud las reglas de los arts. 2320 y 2322 del CC, generalmente se entendía que la Administración respondía de manera “indirecta”, es decir, por el hecho de sus funcionarios dependientes. Pero, frente a la clásica construcción de la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada

en el Código Civil, fue apareciendo una forma más sofisticada de aprender la responsabilidad de la persona jurídica que dirige la actividad y detenta el patrimonio.

De esta manera, entró en escena la llamada *teoría del órgano* postulando con gran éxito, la responsabilidad directa de la persona jurídica por el hecho de aquellos funcionarios (órganos) que tienen la facultad de comprometer la voluntad de la persona jurídica<sup>205</sup>. La tesis fue acogida por nuestros tribunales y no es extraño encontrarla (con diferentes matices) en la fundamentación de las sentencias sobre responsabilidad médica. Así, por ejemplo, en *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*<sup>206</sup>, la sentencia de 2006 de la Corte Suprema dijo que "...la víctima de un hecho dañoso producido por *falta de servicio*, al demandar indemnización, no persigue la responsabilidad personal del o de los funcionarios que hubieran intervenido en el hecho, sino directamente la del Servicio de Salud en cuanto órgano [...]".

Sin embargo, la teoría del órgano no es la única explicación a través de la cual los tribunales acreditan la *falta de servicio* de la Administración, ya que

---

<sup>205</sup> En este sentido, en *Quezada c/ Servicio de Salud Valparaíso*, se refiere que "...en nuestro sistema jurídico vigente, la Teoría del Órgano, en cuanto a la responsabilidad extracontractual del ente Administrador, encuentra su sustentación primordial en la Constitución Política del Estado, artículos 6º, 38, 24 y 33 número 8. [...] Las disposiciones transcritas reflejan fielmente, como se dijo, la responsabilidad directa del órgano administrador por las faltas, abusos u omisiones cometidas por un funcionario que pudiere causar daño a los administrados". *Quezada c/ Servicio de Salud Valparaíso*, 8º JLC Valparaíso, 6.08.1992, s/r conf. CA Valparaíso, 22.05.1995, rol Nº 1.303 (Nº 7).

Similar razonamiento puede verse en *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, donde la Corte de Apelaciones de Concepción manifestó que "...sólo es posible estructurar y hacer efectiva la responsabilidad pública sobre la base de la teoría del órgano, que viene a ser el fundamento jurídico para imputarle directamente a los Servicios de Salud y a las demás personas jurídicas de derecho público la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos legítimos de los administradores, pues evidentemente la existencia de tales personas jurídicas no es natural sino normativa, de modo que toda actuación material de éstas requiere ineludiblemente de la participación de personas naturales, porque en el fondo son ellas mismas quienes desarrollan la función pública encomendada [...]". *Oviedo Pérez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 10.08.2000, rol Nº 1.977-1999 (Nº 17).

<sup>206</sup> *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, CS, 18.01.2006, rol Nº 4.277-2005 (Nº 44).

cuando menos en sus versiones restringidas<sup>207</sup>, la mencionada teoría presenta problemas de aplicación en determinados casos como, por ejemplo, cuando no se tiene certeza de la identidad del funcionario que materialmente causó el daño. Como se sabe, la teoría supone que el daño ha sido ocasionado por la conducta de una persona “determinada” que debe encontrarse vinculada jurídicamente con el funcionamiento del Servicio; de allí que cuando no es posible identificar a la persona directamente relacionada con el daño, la víctima deba soportarlo.

Por estas razones, no tardó en aparecer una hipótesis que permitió atribuir responsabilidad a la Administración, por la *defectuosa organización o funcionamiento del Servicio*. Si no se sabe con exactitud cuál es la conducta negligente es porque, en realidad, el proceso de prestación del servicio la ha absorbido de tal manera que no es posible distinguirla suficientemente como para atribuirla a una persona en concreto. Se dirá que el daño así producido no tiene más causa que las deficiencias propias de la organización del Servicio y que, por lo mismo, le resulta imputable. Se empiezan a echar de esta manera, los cimientos de un concepto omnicompreensivo de *falta de servicio*<sup>208</sup>.

No obstante lo hasta aquí dicho, lo realmente importante es que en la práctica jurisprudencial, la *falta de servicio* se ha ido transformando en un supra-criterio de atribución de responsabilidad, que acoge en su seno supuestos en que los funcionarios han incurrido en una culpa (personal o

---

<sup>207</sup> Si bien para algunos autores la teoría del órgano sirve para imputar responsabilidad al Estado por la culpa de cualquiera de sus funcionarios, en atención a que éstos encarnarían, cuando menos, una mínima parte de la personalidad estatal; lo cierto es que, en sus versiones restringidas, la teoría sólo permite imputar responsabilidad cuando se trata de hechos cometidos por aquel que tiene la facultad de comprometer la voluntad del órgano. Sobre el tema, cfr. HUEPE ARTIGAS (2006), pp. 90 y ss.

<sup>208</sup> Como se sabe, la *falta de servicio* en Francia fue creada para contraponerla a la noción de falta personal, logrando con ello esclarecer los distintos ámbitos jurisdiccionales competentes. Tras una breve evolución que permitió la concurrencia de las nociones de falta de servicio y falta personal, se dio inicio a un proceso en que la Administración respondía directamente, por una parte, por las culpas de sus funcionarios, sea que estas resultasen individualizadas o no, y por otra, de las fallas en la gestión o funcionamiento del Servicio. Es un procedimiento de absorción y engrose de la categoría. Sobre el tema, VALDIVIA (2005), pp. 10 y ss.

funcionaria)<sup>209</sup>; supuestos en que el daño no se pudo haber producido sin la culpa de un funcionario (aunque el mismo no se puede identificar); así como supuestos de daños que se relacionan con una deficiente organización o una baja en los estándares de calidad con que se debe prestar el servicio<sup>210</sup>.

En el caso *Aravena Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>211</sup>, la Corte de Apelaciones se pronunció explícitamente en el sentido descrito, reconociendo que "...si bien al comienzo se sostuvo que la *falta de servicio* y la falta personal eran incompatibles, posteriormente se aceptó su coexistencia o cúmulo de responsabilidades. Así se puede condenar al Servicio cuando ha funcionado mal por una falta personal de un agente cometida en el ejercicio de sus funciones [...]". La *falta de servicio* y la *culpa del funcionario* son absolutamente asimiladas, pues "...al médico cuestionado le asiste culpa en todo lo anterior, la cual traspasa al Hospital del cual forma parte, y en consecuencia, al Servicio de Salud de Talcahuano, ante el cual pertenece y que lo representa de conformidad a la ley [...]"<sup>212</sup>.

No se puede dejar de notar, que la jurisprudencia ha ido considerando a la AMS como "un verdadero garante de las culpas de su personal dependiente [...]"<sup>213</sup>. La Corte de Concepción, en el caso *Estrada Pereira c/ Servicio de Salud de Concepción*<sup>214</sup>, ha expresado que "...en el ámbito de la Salud

---

<sup>209</sup> Más abajo se hará referencia a estos conceptos, aunque desde ya se puede adelantar que su utilización no es tan relevante en nuestro medio como en algunas legislaciones foráneas, pues sea como fuere que se clasifique la culpa del agente, siempre conocerá la misma jurisdicción. También mostraremos que, en el derecho chileno, dicha clasificación tiene importancia para determinar la procedencia de la acción de regreso.

<sup>210</sup> *Belmar Núñez c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CS, 25.01.2006, rol N° 5.826-2005 (N° 45); *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CS, 30.04.2003, rol N° 1.290-2002 (N° 19); *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, 1° JLC Valparaíso, 5.11.1998, rol N° 2.479-1998, conf. CA Valparaíso, 24.08.2004, rol N° 4.309-2002 (N° 32); *Palominos Vargas c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, 3° JLC Rancagua, 8.03.2004, rol N° 34.433-2000, conf. CA Rancagua, 7.10.2005, rol N° 21.674-2004 (N° 47).

<sup>211</sup> *Aravena Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 14.04.2009, rol N° 2.237-2007 (N° 167).

<sup>212</sup> *Idem*.

<sup>213</sup> *Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano (Fisco)*, CA Concepción, 8.09.2010, rol N° 2.030-2009 (N° 184).

<sup>214</sup> *Estrada Pereira c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 3.08.2009, rol N° 1.569-2008 (N° 125).

la *falta de servicio* concurre cada vez que el Servicio ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente o no ha funcionado en lo absoluto; cada vez que sus agentes han desconocido su competencia, las reglas concernientes a su actividad, se han declarado culpables de falta o han cometido imprudencias o negligencias. También se ha dicho que la *falta de servicio* se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público”.

Leyendo los distintos fallos puede apreciarse claramente como la jurisprudencia de los tribunales ha ido acomodando el concepto de *falta de servicio* a la demanda de un paciente que no tiene en la retina a un médico o auxiliar determinado, sino a un Servicio de Salud organizado que se vale de médicos, enfermeras y tecnologías para cumplir su función<sup>215</sup>. Por la misma razón, el Servicio no puede responder de manera *refleja*, sino directamente por su propio hecho<sup>216</sup> y, como garante por el hecho de sus dependientes (v. gr. en los supuestos de daños causados dolosamente por el funcionario).

## II. COMPORTAMIENTOS CONSTITUTIVOS DE FALTA DE SERVICIO

Por lo general, quienes han explorado el tema de la responsabilidad por daños de la AMS, no se han dedicado a clasificar y sistematizar los diferentes supuestos de *falta de servicio*. En nuestro entorno, salvo algunas meritorias excepciones<sup>217</sup>, los trabajos jurisprudenciales que se han hecho sobre esta materia suelen presentar un conglomerado de fallos, bajo rúbricas que no refieren con claridad los tipos de conducta que integran o conforman la *falta de servicio*.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, la utilidad de estas taxonomías es más bien reducida, si no se les acompaña de una explicación que permita definir los criterios de imputación. Una correcta categoriza-

---

<sup>215</sup> Cfr. LORENZETTI (1998), p. 351

<sup>216</sup> En este sentido, *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CS, 30.04.2003, rol N° 1.290-2002 (N° 19) y *Belmar Núñez c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CS, 25.01.2006, rol N° 5.826-2005 (N° 45).

<sup>217</sup> Cfr. MARTONES y PAVLOVIC (2005), 129 pp.

ción de dichos criterios permitirá reconducir fácilmente los nuevos casos que produzca la realidad, hacia soluciones previamente decantadas por la experiencia jurídica, lo que “supone un tipo de sistematización que permite superar las angustias de la ocasión y de la excepcionalidad”<sup>218</sup>.

Respecto de la responsabilidad de la AMS, se pueden clasificar los diferentes supuestos de *falta de servicio* en dos grandes categorías que dicen relación, respectivamente, con la manera en que ésta se configura interna y estructuralmente (1), y con la gravedad de la culpa del agente que directamente ocasiona el perjuicio (2). El primero de dichos criterios permitirá apreciar que la práctica jurisprudencial atribuye responsabilidad a la Administración a través del criterio denominado *falta de servicio* tanto si el daño procede de la acción culpable de un funcionario (1.1), como si el daño proviene de los defectos en el funcionamiento del Servicio de Salud, concebido como estructura organizada y con independencia del actuar de funcionarios determinados<sup>219</sup> (1.2). El segundo criterio, por su parte, posibilita calificar las conductas de los funcionarios como *falta personal* (2.1) o *falta institucional* (2.2) y –más importante aún–, permitirá saber en cuáles casos procede la acción de reembolso del Fisco o del Servicio de Salud en contra del funcionario médico-sanitario.

La importancia de elaborar los tipos radica en que nos otorgamos un marco de referencia previo, que facilitará la operación de distinguir el alcance de cada uno de los supuestos que aparecen en la jurisprudencia de los tribunales. Aquí es donde la técnica jurídica debe aportar los criterios que nos ayuden, por un lado, a reconducir cada caso a los supuestos ideales previamente confeccionados y, por otro, a crear nuevas categorías, cuando las ya existentes no logren explicar satisfactoriamente la forma en que se está imputando la *falta de servicio*.

#### 1. SEGÚN LA MANERA COMO SE “CON-FORMA” LA *FALTA DE SERVICIO*

Ya adelantamos que estructuralmente la falta de servicio comprende los supuestos donde el hecho dañoso se relaciona con los actos del personal dependiente (1.1), así como aquellos en los que el hecho dañoso se relaciona con deficiencias en la dirección y gestión del Servicio (1.2).

<sup>218</sup> La expresión es de Rodota (1964), p. 16 y ss.

<sup>219</sup> En este sentido, PLAZA PENADÉS (2002), p. 106.

Como se verá enseguida, la *falta de servicio* es un concepto que se encuentra en plena evolución y que, por lo mismo, presenta contornos poco definidos. Jurisprudencialmente, el concepto se ha ido ampliando desde una noción que dejaba fuera las conductas gravemente imprudentes de los funcionarios (faltas personales), hasta un concepto que absorbe, incluso, las conductas dolosas de los mismos. Claramente, nos encontramos ante un procedimiento de absorción y engrose de la categoría<sup>220</sup>.

Por otro lado, la elasticidad del concepto ha permitido su extensión hasta el punto de dar cobertura a nuevos supuestos fácticos (*v. gr.*, daños ocasionados por dependientes anónimos), que difícilmente pueden ser reconducidos a la fórmula de la responsabilidad por el *hecho del dependiente*. Se trata ahora de un criterio que le dirige –directamente– un reproche al funcionamiento o a la conducta de la Administración del Estado. Su contenido normativo prácticamente no diferirá en nada del concepto de *culpa en la organización* elaborado por la dogmática iusprivatista<sup>221</sup> y –en adelante–, será el concepto que absorberá la mayor cantidad de los casos que se presenten ante los tribunales de justicia.

### 1.1. Los actos del personal como falta de servicio

La jurisprudencia chilena ha venido confirmando de manera reiterada, que uno de los supuestos de *falta de servicio* se configura vinculando causalmente un daño con el hecho negligente o doloso de algún funcionario del hospital o del Servicio de Salud de que se trate: la culpa del médico cuestionado se “...*traspasa al Hospital del cual forma parte, y en consecuencia, al Servicio de Salud [...]*”<sup>222</sup>.

Desde la dictación de la Ley AUGE/2004, conceptual y estructuralmente no estamos frente a la clásica culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sencillamente porque el Servicio de Salud no podrá excusar su responsabilidad señalando

---

<sup>220</sup> En este sentido, VALDIVIA (2005), pp. 10 y ss.

<sup>221</sup> ZELAYA ETCHEGARAY (2003), pp. 201 y ss., TAPIA RODRÍGUEZ (2003), p. 75-111 y, también en el mismo sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI (1992), pp. 26 y ss.

<sup>222</sup> *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*, 1º JLC Talcahuano, 28.09.2005, rol Nº 3.312-2004, conf. CA Concepción, 6.04.2006, rol Nº 4.243-2005 (Nº 65).

do que ha empleado la diligencia debida en el control o vigilancia de sus funcionarios<sup>223</sup>. Adicionalmente, como veremos, porque por regla general el Servicio de Salud no podrá siquiera repetir contra el funcionario médico puesto que, en la mayoría de los casos, es a la “función pública” a quien se imputará la responsabilidad.

Así las cosas, el Servicio de Salud (o el Fisco) responderá en concepto de *falta de servicio* por los actos del personal que realiza actos médico-sanitarios<sup>224</sup>, como por los actos dañosos del resto de los profesionales y técnicos que se desempeñan en los distintos recintos hospitalarios sin ejecutar acciones directas de curación o tratamiento de pacientes (*v. gr.*, secretarías, archiveros, mensajeros, guardias de seguridad, etc.).

---

<sup>223</sup> Si bien se pueden encontrar casos en que el Servicio ha tratado de exonerarse de responsabilidad de acuerdo a la regla del artículo 2320 inciso final del CC, no se ha admitido la exención del Servicio en la jurisprudencia. En este sentido, *Salinas Cortés c/ Delgado Retamales y Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CA Rancagua, 2.11.2006, rol N° 938-2005 (N° 62); *Igor Mansilla c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 6.03.2006, rol N° 738-2005 (N° 46).

<sup>224</sup> Lo normal será que los daños a los pacientes sean producidos por el personal médico-sanitario del Servicio, en la ejecución de *actos médicos-sanitarios*. En esta categoría, podemos encontrar los llamados *a) actos puramente médicos* que son aquellos realizados por un médico legalmente habilitado para el ejercicio de la profesión (art. 113 del Código Sanitario) y, que tienen por finalidad el diagnóstico, tratamiento y curación de afecciones de un paciente. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente reconocemos ciertos actos médicos que no persiguen una finalidad directamente curativa, tales como los supuestos de experimentación humana, extracción de órganos o determinados tipos de cirugía estética de fin meramente embellecedor (Cfr. DE LAS HERAS (2005), p. 463); *b) actos médico-administrativos*, que no son puramente médicos, sino más bien, en ellos prima el hacer administrativo, como la confección de la historia clínica del paciente, la emisión de un certificado médico, emisión de acta de defunción, la fiscalización del personal auxiliar (por ejemplo la hora de ingreso de éstos), etc., y por último *c) actos paramédicos*, entendidos como aquellos realizados por el personal sanitario auxiliar bajo la dirección de un médico y que básicamente consisten en ejecutar órdenes impartidas por éste, por ejemplo, suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la presión arterial, etc. Por regla general, los actos paramédicos son ejecutados por los auxiliares y colaboradores del galeno, bajo la supervisión y dirección de este último, sin embargo, excepcionalmente, dependiendo de la mayor o menor autonomía del colaborador o auxiliar, existirán actos paramédicos ejecutados sin la supervisión de un galeno (Cfr. GARAY (2003), p. 60). En concordancia con el inc. 3° del art. 113 del Código Sanitario “...quienes cumplan funciones de colaboración médica, podrán realizar algunas de las actividades señaladas, siempre que medie indicación y supervigilancia médica. Asimismo, podrán atender enfermos en caso de accidentes súbitos o en situaciones de extrema urgencia cuando no haya médico cirujano alguno en la localidad o habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional”.

En la práctica, como es natural, el supuesto que más recurrentemente llevará a la condena del Servicio, es aquél en que el daño está ligado con la negligencia del personal que realiza actos médicos o paramédicos.

Habiendo llegado a este punto, corresponde que nos cuestionemos cuándo un acto médico puede reputarse negligente y, dado que comúnmente se acepta que la culpa o negligencia es un concepto que se construye comparando la conducta efectivamente desplegada con un modelo abstracto, el *quid* de la cuestión estará en identificar el modelo abstracto con el que se medirán los actos médicos. En teoría, el asunto no presenta mayores problemas. La culpa médica se comprobará comparando la conducta efectivamente desplegada por el funcionario con la llamada *lex artis*, esto es, con el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.

Esta noción de *lex artis* es aceptada con diferentes formulaciones por los tribunales de justicia. Así, en un fallo de 13 de agosto de 2008, de la Corte de Apelaciones de Concepción se expresó que “...en el orden sustantivo, es forzoso tener presente que las obligaciones de los profesionales médicos cirujanos se limitan a prestar a los pacientes ‘cuidados concienzudos y atentos’ en conformidad con los ‘datos adquiridos de la ciencia’, es decir, se trata de obligaciones de medios y no de resultados, puesto que éstos no puede (sic) ser asegurados, toda vez que el profesional, por muy diligente y competente que sea, no tiene dominio sobre el destino, y no puede evacuar los áleas y los riesgos de la existencia de nuestra humana condición, donde la tragedia está precisamente en lo imprevisible de las manifestaciones de nuestra finitud; la vida continuará estando rodeada de riesgos, cualesquiera que sean los progresos científicos, y la responsabilidad no es un aseguramiento universal contra todos los peligros de la existencia (Le Tourneau, P., La responsabilidad médica en el derecho francés actual, en Tratado de responsabilidad médica, Editorial Legis, 2007, páginas 414, 415 y 421)”<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> Merino Sanfuentes c/ Servicio de Salud Talcahuano, CA Concepción, 13.08.2008, rol N° 1.107-2003 (N° 86). En idéntico sentido, Bastias Concha c/ Municipalidad de Talcahuano, CA Concepción, 5.10.2009, rol N° 1.927-2008 (N° 177). Otro fallo resolvió que “...la muerte en sí no puede probar la falta a la *lex artis* que se pretende. La medicina no es una ciencia exacta y resulta perfectamente posible que un paciente fallezca pese a que se presten debidamente los cuidados prescritos [...] la medicina no garantiza ni puede garantizar resultados, ni el servicio

Por cierto, que el apego a la *lex artis* tiene que verificarse dentro de todo el proceso de la prestación de salud<sup>226</sup>. Esta circunstancia, a su vez, nos permite dividir el análisis de los casos en aquellos en que la *falta de servicio* se configura a partir de un acto médico (a) o a partir de un acto paramédico (b) en, al menos, dos etapas: *etapa de diagnóstico* y *etapa de tratamiento*.

*a) Los actos del personal médico como falta de servicio*

*Falta de servicio en la etapa de diagnóstico*

Dentro del desarrollo de todo el proceso de asistencia médica, es posible distinguir una etapa inicial en la que el médico toma contacto directo con el paciente, procurando determinar su sintomatología de acuerdo a ciertas conversaciones que aquél sostenga con este último; a la realización y posterior análisis de los exámenes médicos pertinentes; a la consulta de la historia médica del paciente, y a opiniones de colegas. Todo este proceso se hace con el fin de realizar un diagnóstico acertado de la dolencia.

Por lo mismo, se puede decir que la etapa del diagnóstico culmina con el diagnóstico que el médico efectúa al paciente, habiendo tenido a la vista

---

**Continuación nota <sup>225</sup>**

estatal o municipal de urgencia garantiza ni puede garantizar un procedimiento de descarte de absolutamente todos los males que hipotéticamente podría padecer el consultante, incluidos aquellos que no son delatados por los síntomas que presente ni resulten, de acuerdo a la *lex artis*, las causas probables de los síntomas que sí se observen”, *Duarte Carquín y Otros c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins y Municipalidad de Doñihue*, CA Rancagua, 6.07.2009, rol N° 1.078-2008 (N° 171) y muy similar a esta última, *Ballón Ramírez c/ Servicio de Salud de Iquique*, CA Iquique, 24.11.2009, rol N° 504-2009 (N° 179).

<sup>226</sup> Ya dijimos que no hay duda de que también los hechos del personal no médico-sanitario posibilitan la imputación del servicio por *falta de servicio*, pero los dejaremos de lado, atendiendo a su escasa incidencia en la jurisprudencia. En esta clasificación se encuentran aquellos actos llevados a cabo por el personal dependiente del Servicio de Salud que no ejerce funciones relacionadas directamente con la salud, como podría ser el caso de la secretaria del hospital que, por negligencia, no informa al facultativo la llegada de un paciente y ese hecho genera que el paciente tenga una atención tardía; la actuación del guardia de seguridad del recinto asistencial que por una confusión reduce a un paciente produciéndole diversos daños o la del conductor de la ambulancia perteneciente al centro de salud que conduce una emergencia en estado de intemperancia.

todos los antecedentes que la *lex artis* aconseje de acuerdo a los síntomas que éste manifieste<sup>227</sup>.

Puede advertirse fácilmente la importancia que tiene para la salud y la vida del paciente, el hecho de que en esta etapa se desarrollen todos los pasos y procedimientos correctamente. Ello incidirá drásticamente en que el tratamiento que se prescriba sea el adecuado para el tipo de dolencia que afecta al paciente. La práctica jurisprudencial nos muestra que los errores inexcusables en esta etapa son frecuentes y que, en la mayoría de los casos, provocan serios daños en el paciente.

*a.1) Por ligerezas en la evaluación del paciente o por la omisión de exámenes que provocan indicaciones erróneas*

Básicamente, se reconducen a este tipo los casos en que se ha condenado al Servicio porque el médico a cargo, o bien no realizó ningún tipo de examen, o bien indicó exámenes que resultaron impertinentes en atención a los síntomas que presentaba el paciente. En *González Cáceres c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*<sup>228</sup>, la actora embarazada de 34 semanas, concurre al Servicio de Urgencia del Hospital Regional, presentando una sintomatología de parto prematuro por un eventual síndrome hipertensivo. Tras una evaluación preliminar realizada por la matrona del recinto sanitario, un médico dispuso un examen inmediato a fin de adoptar la decisión de hospitalización. Sin embargo, el diagnóstico de la paciente no se realizó y se la envió a casa. A las pocas horas, la paciente regresa al Hospital Regional y se constata la muerte *in útero* del feto.

La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó el fallo condenatorio de primera instancia por cuanto “...el médico especialista que se encontraba de turno en ese día, Tulio Pino González, *no examinó a la paciente en esa oportunidad*” y “el interno de medicina de turno en el Servicio de Urgencia Obstétrica, Sr. Ricardo Poblete Krumbach, [...], *tampoco evaluó a la paciente y sólo anotó las indicaciones que le dijo la matrona ya mencionada*”;

---

<sup>227</sup> Un completo detalle de las etapas de la prestación de salud, y de las obligaciones que asume el médico en cada una de ellas, puede verse en ORDOQUI CASTILLA (2001), pp. 264 y ss.

<sup>228</sup> *González Cáceres c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*, CA Temuco, 14.05.2004, rol N° 2.463-2003 (N° 27).

en consecuencia, “la paciente fue enviada a su domicilio, regresando posteriormente a las 17:30 horas, en que se constató la muerte del feto”. El fallo concluye sosteniendo que “... los elementos ya referidos permiten tener por justificado que, de no mediar la actuación deficiente o negligente de parte de los profesionales del Servicio de Salud Araucanía Sur y que, por el contrario, hubiesen realizado la que les era exigible, esto es, que *atendido el estado que presentaba la demandante y que permitía prever un posible resultado dañoso para ésta, debieron adoptar las medidas necesarias a fin de evitarlo*, tal como disponer su hospitalización a fin de mantenerla en observación, no se habría causado el aludido resultado que, en definitiva y ante la ausencia de tales medidas de prevención, efectivamente aconteció”.

Jurisprudencialmente, el error de diagnóstico está relacionado con el hecho de no haber realizado todos los exámenes necesarios para obtener el debido pronóstico de salud.

En *Campillo Mañán y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>229</sup>, la demandante concurrió al Hospital Regional de Concepción aquejada de fuertes dolores en su brazo derecho. La paciente fue examinada a su llegada por el doctor Misael Ocares quien, omitiendo la realización de todos los exámenes que la *lex artis* aconsejaba, le diagnosticó una “oclusión arterial aguda y síndrome del opérculo torácico”. Tras el diagnóstico, se ordenó una intervención quirúrgica de emergencia que, a la larga, empeoró la situación de salud de la paciente, culminando con la amputación de su brazo derecho. El fallo de primera instancia, confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, condenó al Servicio de Salud Concepción a pagar a la demandante, a su cónyuge e hijos (2), la suma total de \$112.417.000, por concepto de daños materiales y morales considerando, además, que a la actora “... *no se le practicaron en forma oportuna todos los exámenes que se requerían para obtener un diagnóstico preciso que explicara a cabalidad el cuadro presentado por ella e ilustrara al especialista en la conducta a seguir para el tratamiento de la patología...*”.

El juzgador agregó que “... la falta de un diagnóstico preciso que explicara a cabalidad el cuadro presentado por la Señora Campillo, el hecho de

---

<sup>229</sup> *Campillo Mañán y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, 3° JLC Concepción, 30.11.2000, rol N° 3.488-2000, conf. CA Concepción, 31.10.2003, rol N° 322-2001 (N° 29).

haber sido sometida por segunda vez a una intervención quirúrgica sin tener una arteriografía que aclarara la causa de la isquemia crítica, en circunstancias de que en opinión del especialista no se debía operar sin ese examen que él había dispuesto para el día siguiente a aquel en que fue operada [...] y el hecho de que la segunda operación la hubiera realizado un cirujano general, no un cirujano vascular especializado en el tema, acrecentaron el riesgo para la salud de la paciente en forma tal, de tornar irreversible una situación que pudo haberse manejado médica, clínica y quirúrgicamente en forma distinta y logrando otros resultados”.

Otro caso en que se reprochó al personal médico no haber realizado los exámenes idóneos para un diagnóstico acertado fue *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>230</sup>. En este caso se acreditó la culpabilidad del médico por no haber diagnosticado un cuadro de meningitis aguda en un menor de edad. El fallo de primera instancia que posteriormente fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, reprochó al facultativo en cuestión que “...pese a los signos que [el paciente] presentaba y los que le expusieron los padres de aquél, *no sospechó la posibilidad de que el niño presentara una meningitis bacteriana ni menos efectuó la punción lumbar que la ciencia médica aconsejaba practicar para establecer un diagnóstico acertado* y tratar oportunamente al menor enfermo, lo cual [...] es demostrativo del actuar negligente en que incurrió el médico en cuestión”.

#### *a.2) Por diagnóstico tardío que impide un tratamiento oportuno*

En algunas ocasiones se imputa *falta de servicio* a la Administración médico sanitaria por los daños relacionados con la demora injustificada de los médicos en la realización del diagnóstico. En el trágico caso *Ramírez c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*<sup>231</sup>, la Corte de Santiago resolvió que “la negligencia en que incurrieron los dependientes de la demandada en sus establecimientos respecto del *tardío diagnóstico de la tuberculosis que sufría* [...], y que dieron origen a los daños que sufrió la actora, hacen también responsables a la demandada...”.

---

<sup>230</sup> *Bustos Sanhueza c/ Servicio de Salud Talcahuano*, 1° JC Talcahuano, 28.09.2005, rol N° 3.312-2004, conf. CA Concepción, 6.04.2006, rol N° 4.243-2005 (N° 65)

<sup>231</sup> *Ramírez Bravo c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, CA Santiago, 28.12.1999, rol N° 3.129-1996 (N° 10).

Curiosamente, en este caso también reprocho al facultativo no haber agotado todos procedimientos para lograr un diagnóstico correcto. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió condenar al Servicio de Salud considerando, además, una serie de deficiencias en el manejo de la paciente que "... culminaron con *un errado diagnóstico del síndrome de inmuno deficiencia adquirida, sin haber agotado los procedimientos necesarios para rectificar tal diagnóstico...*"<sup>232</sup>.

### *a.3) Por error en el diagnóstico*

Existe un acuerdo generalizado en que el diagnóstico es la pieza fundamental de la actividad médica, pues a partir de él se diseña y prescribe el tratamiento. Empero, al menos entre los médicos, también hay un acuerdo generalizado en que el simple error de diagnóstico no es suficiente para imputar la responsabilidad civil porque en una rama del saber en la que predomina lo opinable, no es fácil fijar los límites entre lo correcto y lo incorrecto<sup>233</sup>. Como dice VÁZQUEZ FERREYRA<sup>234</sup>, el error de diagnóstico no es imputable si se han tomado todas las medidas para evitarlo y no se ha puesto de manifiesto la ignorancia de la materia: no se puede exigir al médico más de lo que puede exigirse al médico promedio, salvo que se trate de un especialista.

Respecto de este criterio, en *Ojeda Soto c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*<sup>235</sup>, doña Karen Ojeda fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Gustavo Fricke, en junio de 2003. En dicha intervención se le extirpó de su espalda un lunar, con el objeto de analizarlo mediante una biopsia prescrita por el doctor Raúl González, quien finalmente diagnosticó que la muestra no tenía signos de malignidad. En octubre de 2004, doña Karen Ojeda presentó una serie de dolores en el esternón y sacro, ordenándose en consecuencia una serie de exámenes, entre lo que estaban un TAC de tórax. Este examen demostró la presencia de un tumor que, tras la correspondiente biopsia, confirmó que el primer diagnóstico era errado, por cuanto se trataba de un melanoma maligno. Con este diagnóstico, la pa-

---

<sup>232</sup> *Idem*.

<sup>233</sup> Cfr. LÓPEZ MESA (2007), p. 297.

<sup>234</sup> VÁZQUEZ FERREYRA (2002), p. 118.

<sup>235</sup> *Ojeda Soto c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, CA Valparaíso, 11.11.2008, rol N° 766-2008 (N° 155).

ciente recibe tratamiento de radioterapia analgésica y paliativa, presentando una progresión masiva de la enfermedad con metástasis lo que finalmente produjo su muerte en febrero de 2005.

Este caso resulta interesante por dos razones. En primer lugar, porque la Corte de Apelaciones de Concepción determinó la culpa del doctor Raúl González haciendo especial referencia a los informes periciales de tres médicos distintos, que tuvieron a la vista los mismos antecedentes que, en su oportunidad, tuvo en su poder el cuestionado facultativo y "...concluyeron que la muestra de la primera biopsia daba cuenta de un melanoma maligno", por lo que "...el error de diagnóstico en que incurrió dicho profesional obedeció a una falta de diligencia de su parte, o dicho de otra manera a una impericia en el análisis que efectuó al lunar, la que se agudizó por el hecho de no haber utilizado todos los medios a los que habría acudido un buen profesional". En segundo lugar, la sentencia es paradigmática, porque se trata de uno de los pocos fallos en que una Corte nacional razona sobre el problema de si la *pérdida de la oportunidad de vivir*, es un daño reparable.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción afirmó, que si bien no se probó que entre la muerte de doña Karen Ojeda y el error de diagnóstico exista un nexo causal que permita demandar indemnización de perjuicios, dicho error en el diagnóstico provocó que la paciente "...no [haya tenido] conocimiento, ni atención médica derivada de la enfermedad que padecía, sino hasta más de un año después, viéndose afectada por ende en su proyección de vida...", y "...que si bien del mérito de autos no aparece que se haya rendido prueba útil, que acredite que efectivamente de haberse diagnosticado oportunamente la enfermedad que padecía, con toda seguridad, habría vivido más tiempo del que vivió, lo cierto es que por una parte, el error *culpable en el diagnóstico de que fue objeto la privó durante más de un año de acceder a un tratamiento que pudo darle una mejor calidad de vida en su enfermedad lo que constituye un hecho notorio* y que emana del sentido común, puesto que ante cualquier dolencia que cause aún pequeñas molestias, no cabe duda que el paciente se sentirá mejor si aquélla es tratada, lo que permite idealmente dimensionar el significado que pudo tener en esa enferma la omisión producida [...] habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, *todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance*".

En el reciente caso *Fernández Flores c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*<sup>236</sup>, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia del 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de Viña del Mar que estableció la responsabilidad del Servicio, debido a que se diagnosticó erróneamente a una persona como portadora del virus VIH. En los hechos, el trabajador concurrió en enero de 2005 al Hospital Gustavo Fricke por un alza de presión. Tres días después, un médico le informó que sus exámenes arrojaban que tenía el virus del SIDA. A las pocas horas del suceso, otro profesional le informó que el diagnóstico anterior estaba errado, pero el mismo ya había sido comunicado a sus familiares y a otros visitantes del interno. A raíz del error, el demandante fue discriminado, perdió parte del apoyo de su familia y ciertas oportunidades de trabajo. Entre otras patologías, el error provocó una profunda depresión al paciente.

En el fallo ratificado por la Corte, se sostuvo que “...quien ha sido víctima de un diagnóstico errado, aun cuando se rectifique en tiempo próximo, lo hace víctima de dudas, prejuicios y discriminación social, lo que evidentemente causa un grave perjuicio a su vida marital, en sociedad y a su quehacer laboral. Situación que es confirmada por la pericia psicológica que concluye en informe de fojas 241 que el Sr. Pedro Fernández Flores ha sufrido una marcada disminución en el desempeño laboral y de contacto social, como en su imagen y valoración personal, desequilibrando la estabilidad emocional del evaluado, condicionando sentimientos de rabia e impotencia que atentan en su equilibrio emocional caracterizado por ansiedad e insatisfacción personal, constituyendo en definitiva un daño psicológico que hace necesaria atención personalizada”.

Por todo lo anterior, la Corte de Apelaciones de Valparaíso condenó al Servicio de Salud demandado al pago de una indemnización de \$20.000.000, por el daño moral ocasionado al actor.

#### *Falta de servicio en la etapa del tratamiento*

Con el término de la etapa de diagnóstico y, más precisamente, con el dictamen del médico acerca de la patología que padece el paciente, comienza la etapa de tratamiento. En ésta, el galeno dirige su acción a combatir la enfermedad en sus causas, manifestaciones y complicaciones.

---

<sup>236</sup> *Fernández Flores c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, 3° JLC Viña del Mar, 17.06.2010, rol N° 1.729-2007, conf. CA Valparaíso, 16.11.2010, rol N° 1.253-2010 (N° 187).

El tratamiento médico busca de manera generalizada la recuperación y rehabilitación del paciente y, aunque habitualmente se desarrolla prescribiendo medicamentos y realizando intervenciones quirúrgicas<sup>237</sup>, la práctica médica conoce una gran variedad de formas de tratar una enfermedad. Así las cosas, no es extraño que en esta fase del acto médico se produzcan la mayor cantidad de negligencias y accidentes.

*a.4) Por no requerir el consentimiento del paciente o por requerirlo sin haberle informado debidamente*

El consentimiento informado constituye una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad curativa. En el estado actual de la evolución de la materia, estamos hablando de uno de los actos médicos cuya deficiente prestación/recabación constituye una de las principales causas de las denuncias y condenas en contra de los facultativos y centros hospitalarios en el Derecho comparado<sup>238</sup>. La información ya no es concebida como una actividad dimanante de una actitud paternalista del médico que “tiene a bien o no” informar al paciente, sino como una obligación que la misma exigencia profesional le impone<sup>239</sup>.

La falta de obtención de este consentimiento o la obtención del consentimiento que no va precedido de una adecuada información del paciente, pueden generar responsabilidad cuando derechamente el galeno interviene el cuerpo sin autorización del paciente o cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado.

Con anterioridad a la promulgación de leyes específicas sobre esta cuestión, el consentimiento del paciente podía exigirse en todo acto curativo haciendo uso de las normas integradoras del contrato o, simplemente, apelando a las reglas deontológicas. Por tanto, lo relevante de la aparición

---

<sup>237</sup> Cfr. ORDOQUI CASTILLA (2001), p. 268.

<sup>238</sup> Evidentemente, el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a efecto y ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), de tal forma que el consentimiento sea modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico. Se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único.

<sup>239</sup> Cfr. GONZÁLEZ MORÁN (2008), p. 654.

de esta legislación especial en el Derecho comparado, es que la misma ha provocado que los tribunales exijan información y consentimiento con tanto rigor, que *su no acreditación por parte del médico* es conceptualizada como una omisión culposa<sup>240</sup>.

En Chile, pese a que el derecho a ser informado viene prescrito por el Código de Ética Médica, y a que se encuentra en tramitación un proyecto de Ley Sobre los Derechos y Deberes de las Personas en Salud que lo consagra explícitamente (arts. 6 y ss.), son más bien pocos los casos jurisprudenciales donde este derecho ha sido invocado para justificar una indemnización<sup>241</sup>. Sin embargo, en *Avendaño Carrasco c/ Dr. Herrera Otto*<sup>242</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo oportunidad de afirmar “que de acuerdo a los principios suficientemente conocidos si el acreedor-paciente se encuentra jurídicamente habilitado para exigir de su médico-deudor que despliegue las actividades y habilidades que su título profesional manifiesta para curar o aliviar los malestares que padece (*en los cuales está incluida el consejo e información*), y si ello finalmente no se cumple por el médico, forzoso es concluir que la infracción debe estimarse imputable al deudor, sin perjuicio de la prueba de la diligencia o cuidado que pueda éste aportar en el proceso respectivo para exonerarse de toda responsabilidad”.

Por otra parte, la omisión de la recabación del consentimiento ha servido a nuestros tribunales para imputar responsabilidad civil al facultativo y al Estado, en casos en que se han aplicado tratamientos invasivos. Así, en el célebre caso *Beraud c/ Elgueta y Otros*<sup>243</sup>, se condenó al equipo por intervenir quirúrgicamente las dos caderas, cuando tan sólo se había reca-

---

<sup>240</sup> En este sentido, ARENAS ALEGRÍA (2008), pp. 130 y 131.

<sup>241</sup> La iniciativa legislativa no viene más que a reafirmar un uso normativo que obliga al médico u otro profesional tratante a informar, en forma oportuna y comprensible, dentro del ámbito que la ley autorice, acerca del estado de su salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y los riesgos que ello pueda representar, así como el pronóstico esperado, y el proceso previsible del posoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad, condición personal y emocional.

<sup>242</sup> *Avendaño Carrasco c/ Dr. Herrera Otto*, CA Concepción, 13.11.2001, rol N° 273-2000. La sentencia citada fue casada con posterioridad (CS, 20.11.2002, rol N° 4.837-2001) por haber incurrido los sentenciadores en el vicio de *ultra petita*.

<sup>243</sup> *Beraud c/ Elgueta y Otros*, CA Santiago, s/f., rol N° 43.556-1993, Cons. 45, reproducido en CS, 20.06.1996, rol N° 33.393-95 (N° 9).

bado el consentimiento para intervenir una. En palabras del tribunal, "... en el transcurso de la referida intervención original a la cadera izquierda, el equipo médico se percató del error en que se estaba incurriendo, habiéndose decidido continuar hasta su término la operación de la cadera izquierda, para continuar posteriormente con la intervención de la cadera derecha, que era la única que se había programado y la única con indicación quirúrgica".

Es interesante reparar en la forma en que la Corte parece restar validez al consentimiento prestado por un paciente que pueda encontrarse bajo los efectos de la anestesia al referir que "... respecto de la segunda intervención a la cadera derecha *no se solicitó el consentimiento de la cónyuge del paciente lo que era estrictamente necesario* dado el estado de inconsciencia del señor Beraud, a raíz de la dosis de anestesia proporcionada, lo que lógicamente le impedía entender claramente la nueva situación clínica planteada".

En *Fuentes Richard c/ Servicio de Salud de Concepción*<sup>244</sup>, la parte demandante fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Guillermo Grant Benavente, con el objeto de extirparle un lipoma axilar derecho. Al finalizar la operación se le había extraído a la paciente, en lugar del lipoma, una tumoración grasa desde su seno derecho.

Al conocer del caso, la Corte de Concepción estimó que "... la extracción de tejido *mamario se efectuó sin conocimiento ni consentimiento de la actora* ni existió un diagnóstico previo que determinara la necesidad de esa operación, estableciéndose posteriormente que la tumoración grasa era benigna". La sentencia condenatoria concluyó argumentando que "... la deficiente prestación del servicio [...] estuvo dada fundamentalmente porque fue sometida a una intervención quirúrgica distinta a la programada [...]. De este modo la actora sufrió la intervención de su mama derecha *sin razón suficiente que la justificara*, quedando en ese lugar con una notoria cicatriz, y, lo que es peor, sin que le fuera extirpado el lipoma axilar [...]. Pero, lo que es más grave, *se actuó sin el conocimiento ni el consentimiento de la demandante*, el que era de suyo necesario, porque nadie puede disponer o invadir la intimidad personal de otro, como es su cuerpo o parte de él, ni disponer de derechos ajenos sin la autorización de su titular, como lo es

---

<sup>244</sup> *Fuentes Richard c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 6.11.2006, rol N° 757-2006 (N° 63).

el derecho a elegir el médico de su confianza o el establecimiento en que quiere atenderse”.

Como puede apreciarse, para los tribunales chilenos, aun “en ausencia de ley”, la no recabación del consentimiento, o la recabación del mismo sin haber informado apropiadamente al paciente, es una conducta reprochable que, de conectarse causalmente con un daño, hace procedente la acción de indemnización de perjuicios.

*a.5) Por una defectuosa aplicación o ejecución del tratamiento*

Salvada la etapa de diagnóstico y recabado adecuadamente el consentimiento, lo más probable es que el personal médico y el Servicio de Salud verá comprometida su responsabilidad por errores “inexcusables” en la aplicación práctica del arte de curar.

Por mucho que cueste aceptarlo, desde la perspectiva del paciente que se somete al tratamiento, la responsabilidad del médico no puede quedar supeditada, en la generalidad de los casos, al éxito o fracaso de la curación. A efectos jurídicos, lo relevante es la conducta efectivamente desplegada, aunque el daño pueda ser en algunos casos un indicio de que pudo haber habido una conducta negligente. En la fórmula del arrêT MERCIER, la relación entre el médico y el paciente “...comporta para el práctico el compromiso, si bien evidentemente no de curar al enfermo, al menos de no prodigarle cualquier cuidado, sino el cuidado consciente, atento y, salvo circunstancias excepcionales, conforme al estado de los conocimientos científicos...”<sup>245</sup>

Con todo y, pese a la resistencia que ha mostrado cierto sector de la doctrina nacional a la incorporación de la distinción que da cuenta de esta forma de entender la obligación principal que asume el médico (medios/ resultado), en *Donoso Contreras y Otro c/ Núñez Ulloa y Servicio de Salud Libertador Bernardo O` Higgins*<sup>246</sup>, nuestra Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo resolvió que “...lo que se exige *no es el cumplimiento*

---

<sup>245</sup> Cass. Civ., 20 mai 1936, en *JCP*. (1936), ed. G II, p. 1079; *DP*. (1936), I, p. 88, rapp. Jossierand, concl. Matter.

<sup>246</sup> *Donoso Contreras y Otro c/ Núñez Ulloa y Servicio de Salud Libertador Bernardo O Higgins*, CS, 30.11.2009, rol N° 6.384-2008 (N° 122).

*de una obligación de resultado*, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, por lo demás, haría prácticamente imposible el ejercicio profesional del ramo; *sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios*, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, *teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento. Así, la culpa médica consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño*".

Se entenderá fácilmente, que será esta categoría la que albergará la mayor cantidad de casos de responsabilidad civil del personal médico-sanitario; se trata de la culpa técnica, del error inexcusable. Por lo mismo, las subdivisiones que admite esta categoría son tantas como técnicas médicas se apliquen. Recuérdese, que por la naturaleza práctica de este estudio, sólo se distinguirán aquí los "tipos" de casos que se han visto en los tribunales chilenos.

#### *a.5.1) Por ejecución de tratamiento omitiendo evaluaciones sobrevinientes*

En este tipo se incluyen aquellos casos en que estando ya en ejecución el tratamiento, se omiten ciertos exámenes y/o evaluaciones necesarios para determinar la correcta prosecución del tratamiento prescrito inicialmente y, que en razón de la modificación de las circunstancias primitivas, la *lex artis* aconseja realizar.

En *Salinas Cortés c/ Delgado Retamales y Servicio de Salud de la VI Región*<sup>247</sup>, la actora Miriam Salinas concurrió al Hospital de Santa Cruz a fin de que se le extrajera un dispositivo anticonceptivo que portaba en su útero. Durante el procedimiento quirúrgico seguido por el doctor Waldo Delgado, no se logró la extracción de dicho aparato, por lo que el facultativo realizó un nuevo intento sin cerciorarse de la nueva ubicación del dispositivo. La nueva intervención tuvo un resultado desafortunado para la paciente, quien

---

<sup>247</sup> *Salinas Cortés c/ Delgado Retamales y Servicio de Salud Libertador Bernardo O`Higgins*, CA Rancagua, 2.11.2006, rol N° 938-2005 (N° 62).

a consecuencia del raspaje con el dispositivo, terminó con una perforación en el útero y en la pared del colon.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmó el fallo de primera instancia que condenó penalmente al médico mencionado y, junto a éste, civil y solidariamente al Servicio de Salud, por cuanto constituye negligencia del médico “...no haber ordenado previamente [...] los exámenes pertinentes destinados a determinar la ubicación del dispositivo que se intentaba extraer”, ya que si lo hubiese hecho, “se habría percatado que éste se encontraba perforando la cavidad uterina y parcialmente la pared del sigmoides, las que efectivamente eran complicaciones preexistentes, pero que *de haberse detectado oportunamente* habrían permitido al médico tratante aplicar el procedimiento adecuado para la extracción del dispositivo [...] (laparoscopia o laparotomía exploradora), evitándose el resultado dañoso provocado a la víctima por la intervención practicada en pabellón y bajo anestesia [...], el que se tradujo en una histerectomía y en una operación de Hartman que hubo de practicársele posteriormente, resultado perfectamente previsible y evitable de haber actuado el imputado con la diligencia que la *lex artis* requería para el caso concreto de que se trataba”.

En *Meza Rivera c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*<sup>248</sup>, doña Verónica Meza concurrió a la maternidad del Hospital Félix Bulnes con síntomas de alumbramiento y, al tratarse de una primigesta, el médico tratante (Antonio Morales) le suministró una dosis de anestesia epidural con el objeto de controlar los dolores. Al dejar de surtir efecto la anestesia, la matrona suministra, por prescripción del médico tratante, una segunda dosis que le provocó un paro cardiorrespiratorio y daños cerebrales irreversibles a la paciente.

La Corte de Apelaciones de Santiago, tras confirmar la sentencia condenatoria de primer grado, comprobó la culpa de los funcionarios, toda vez que “...el médico obstetra determinó el suministro de una segunda dosis de epidural por parte de la matrona, *sin examinar previamente a la paciente*, especialmente para constatar si el catéter que le había colocado con motivo

---

<sup>248</sup> *Meza Rivera c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, 24° J. Cri, 8.02.1989, rol N° 3.192-1989, conf. CA Santiago, 15.01.1990, rol N° 3.192-1989 (N° 5).

de la primera dosis, hora y media antes, estaba en posición correcta”. La Corte concluye que el paro cardiorrespiratorio de la paciente se debió, precisamente, a la colocación de la segunda dosis de anestesia epidural, cuyas nefastas consecuencias “...estaban dentro de lo posible cuando se emplea un tratamiento anestésico, pero que *la lex artis aconseja para prevenirlo la adopción de medidas tales como la dosis de prueba...*”.

#### a.5.2) *Por intervenciones quirúrgicas innecesarias*

Generalmente, se trata de supuestos en los que se somete al paciente a una terapia excepcionalmente riesgosa, existiendo otras formas de tratar la enfermedad. Ante estos casos, sería injusto radicar el riesgo en el paciente que consciente desinformadamente y, por lo mismo, se acepta comúnmente que si el mismo (riesgo) se materializa en un daño concreto, tanto el facultativo como el Servicio de Salud deberán responder civilmente.

Un caso paradigmático de este tipo es *Guardiola Guíñez c/ Servicio de Salud de Concepción*<sup>249</sup>. En lo medular, se trataba de intervenir quirúrgicamente a una paciente que tenía una afección cardíaca y un cuadro clínico que incluía diabetes, hipertensión y un infarto antiguo al miocardio con compromiso estructural importante del corazón. Ante el panorama descrito, el galeno dispuso intervenir mediante una endoscopia alta, que la paciente no resistió. Conociendo la demanda presentada por los hijos, la Corte de Concepción, condenó al Servicio de Concepción a pagar a cada hijo, la suma de 20 millones al “tener presente que no era necesario efectuar la endoscopia para mantener la salud y la vida de la paciente...”.

Interesa la fundamentación del fallo, por cuanto la Corte se remite a la doctrina del fallo de Corte Suprema del 15 de diciembre de 1997<sup>250</sup>, que consideró que “...los cirujanos actuaron de manera temeraria e irreflexiva al practicar una operación que de acuerdo a la *lex artis ad hoc* era muy riesgosa y se pudo haber postergado sin riesgo vital, y más aún, se pudo haber reemplazado por otra técnica no endoscópica”.

---

<sup>249</sup> *Guardiola Guíñez c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 8.09.2010, rol. 585-2010 (N° 185).

<sup>250</sup> CS, 15.12.1997, en *RDJ*, t. 88, n° 3, 2ª parte, sec. 4ª, p. 192.

En el dramático caso *Aillapán Sepúlveda y Otros c/ López Araneda y Otro*<sup>251</sup>, don Manuel Aillapán acudió al Hospital de Castro por unas molestias que sentía en su pene. Allí fue tratado por el doctor Alejandro López, quien sin ser especialista en urología, ordena una biopsia y, seguidamente, realiza una intervención quirúrgica para extraer la fibrosis que presentaba el órgano afectado. Tras unos días, el paciente inicia una serie complicaciones hasta que, finalmente, llega al Hospital de Puerto Montt, donde debe ser tratado de una necrosis que hacía que su pene se encontrara en “proceso de descomposición y sólo fijo al cuerpo por restos de piel y una sonda retrovesical”.

En el juicio quedó en evidencia, que el Dr. López no ordenó la realización de exámenes antes de la segunda operación, lo que no le permitió conocer que el paciente era diabético, circunstancia que desaconsejaba una intervención quirúrgica. Aun así, el fallo de primera instancia del Juzgado del Crimen de Castro resolvió absolver al facultativo y, consecuentemente, desestimó la demanda civil contra de éste y del Servicio de Salud, por no haberse configurado en la especie el tipo del cuasidelito previsto en el art. 491 del CP. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conociendo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revocó el fallo de primer grado y condenó penalmente al médico Alejandro López al pago de una multa (20 UTM) y, solidariamente con éste al Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, al pago de una indemnización de perjuicios por un valor de \$100.342.450 (daño emergente y daño moral).

En el fallo de segunda instancia quedó establecido que “... estos sentenciadores comparten la opinión vertida por la Fiscal Judicial [...] en cuanto el acusado, sin ser especialista urólogo y *sin existir ninguna situación de riesgo vital para el paciente Manuel Aillapán, procedió a intervenirlo quirúrgicamente extrayendo una fibrosis que podía perfectamente ser tratada con medicamentos indicados por un médico de la especialidad de urología, y no les cabe duda alguna que [el paciente] resultó dañado en su integridad física y psíquica al sufrir la amputación de su pene, como resultado del desempeño profesional...*”.

---

<sup>251</sup> *Aillapán Sepúlveda c/ López Araneda y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 22.02.2005, rol N° 116.620-2003 (N° 64).



### a.5.3) *Por práctica defectuosa del tratamiento*

Son supuestos de este tipo, aquellas infracciones a la *lex artis* médica que tuvieron lugar por negligencia o impericia del facultativo, esto es, “*la falta de habilidad y/o conocimiento normalmente requerido para el ejercicio de la actividad profesional*”<sup>252</sup>.

En *Patosi Agalli c/ Zambrano y Otro*<sup>253</sup>, la actora Genoveffa Patosi concurre al Hospital “General Humberto Arriagada” de Carabineros de Chile, para ser tratada de una fractura de muñeca (fractura de foie), siendo atendida por el médico cirujano y funcionario de ese establecimiento asistencial don Hernán Zambrano. El tratamiento brindado por el facultativo (colocación de un yeso en la zona), no se ajustó a la *lex artis* médica por cuanto el doctor Zambrano omitió realizar previamente el restablecimiento de los huesos rotos, lo que se traduciría a la larga en que la fractura de la señora Patosi se consolidará de manera imperfecta, provocándole graves secuelas funcionales en la articulación de su muñeca izquierda. Ante este panorama, la Sra. Genoveffa Patosi interpone querrela criminal contra el doctor Zambrano atribuyéndole responsabilidad penal de acuerdo al art. 491 del Código del ramo y, adicionalmente, ejerció acción civil en contra del Fisco de Chile para la reparación de los daños provocados por el hecho ilícito<sup>254</sup>.

El fallo de primera instancia condenó al cuestionado médico cirujano a sufrir la pena de reclusión menor en su grado medio por la ejecución negligente del tratamiento médico, e hizo lugar a la demanda civil en contra del Fisco de Chile ordenando el pago a la actora de la suma de \$15.000.000 por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación deducido por el Fisco, confirmó la condena penal contra el facultativo, “...al proceder a colocar yeso en la fractura [...] *sin proceder, previamente, a efectuar la correspondiente reducción* y citándola para un nuevo examen a realizarse treinta días después, lo que derivó para la víctima en una mala consolidación ósea que le produjo secuelas tales como deformidad e impotencia funcional en la referida articulación”.

---

<sup>252</sup> KFOURI NETO (2003), p. 101.

<sup>253</sup> *Patosi Agalli c/ Zambrano y Otro*, CA Santiago, 10.10.2000, rol N° 32.988-1998 (N° 12).

<sup>254</sup> Sobre el problema de la legitimación pasiva, *vid. Supra*, §1, I, N° 3.

No obstante lo anterior, la Corte resolvió rechazar la demanda civil en cuanto la acción impetrada por la demandante había prescrito, de acuerdo a las reglas del Código Civil (el daño había sido provocado en 1988 mientras que la demanda indemnizatoria se notificó legalmente en 1997)<sup>255</sup>.

#### *a.5.4) Por prolongación innecesaria de tratamiento*

Entran en esta categoría todos aquellos casos en que el paciente ha sido sometido a tratamientos y/o procedimientos demasiado extensos, que le ocasiona un sufrimiento más allá de lo médicamente aconsejable<sup>256</sup>. Todos estos casos encuentran graves complicaciones de cara a la prueba. No obstante lo anterior, una *falta de servicio* de este tipo se dio en *Ortiz Neira c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>257</sup>. En el caso, una paciente que sufría de una patología tiroidea, fue intervenida quirúrgicamente (traqueotomía) por un equipo médico del Hospital Guillermo Grant de Concepción. En la operación, se le instaló una cánula para facilitar su respiración, sin embargo, ésta se mantuvo en el cuerpo de la paciente por 27 meses más de lo recomendable, prolongando innecesariamente el tratamiento de la paciente.

Al conocer el caso, la Corte de Concepción reprochó al Servicio de Salud Concepción el hecho de haber expuesto a una paciente a un período mayor de tratamiento del que era necesario, por cuanto "...el largo y dificultoso

---

<sup>255</sup> En el fallo se dejó constancia de que, a falta de regulación legal sobre la materia en el derecho público, son plenamente aplicables las reglas de Código Civil sobre prescripción de acciones de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2497 del CC. En todo caso, la Corte no estableció en la sentencia si el plazo de prescripción aplicable son los cinco años de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2514 inc. 2° y 2513 del CC, o bien, los cuatro años señalados en el art. 2332, pues, la acción se encontraba prescrita, "...sea que se considere el cuadrienio en el caso de la responsabilidad extracontractual, o el plazo de prescripción de la acción ordinaria proveniente de la responsabilidad contractual". Otro caso en que se aplicó directamente el Código Civil en esta materia fue *Regle Melinao c/ Servicio de Salud Araucanía Norte*, 1° JL Angol, 30.12.2009, rol N° 53.149-2006, conf. CA Temuco, 3.12.2010, rol N° 982-2010 (N° 156).

<sup>256</sup> LORENZETTI (1997), p. 36.

<sup>257</sup> *Ortiz Neira c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 13.05.2010, rol N° 1.409-2009 (N° 130). Otro caso similar es *Reyes Orellana c/ Servicio de Salud Viña del Mar*, 3° JLC Valparaíso, 30.08.1994, s/r (N° 6), donde se imputó responsabilidad por el hecho de "haber dejado en el interior del cuerpo del paciente, en la intervención quirúrgica del 4 de enero de 1988, una hoja de moltoprén por un espacio de tiempo prolongado más allá de lo indicado médicamente".

procedimiento a que debió ser sometida la actora por el hecho de no haber actuado oportunamente el médico tratante, llevó a que ésta mantuvo (sic) instalada una cánula por 27 meses más, *pudiendo haber sido mucho menos tiempo*. Si bien compartimos con la Jueza de primer grado que la instalación de la cánula no corresponde a un acto por *falta de servicio*, sí, *lo constituye el tiempo prolongado que debió soportarla la paciente*”.

*a.5.5) Por la utilización de instrumental inadecuado*

Son reconducidos aquí, aquellos casos en que los daños ocasionados al paciente han sido provocados por la imprudencia del galeno al utilizar instrumentos o materiales quirúrgicos no aptos para la realización de un determinado procedimiento médico.

Un caso emblemático de este tipo es *Valenzuela Granfeldt c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*<sup>258</sup>. En lo que importa, don Carlos Valenzuela concurrió al Hospital de Calbuco, para que le extrajeran un objeto extraño del ojo izquierdo. El doctor Andrés Rodríguez, luego de retirar el objeto extraño, procedió a limpiar el ojo con un suero que aplicó valiéndose de una jeringa, cuya aguja acabó clavándose en el ojo izquierdo del paciente, al salir disparada, provocándole una catarata traumática.

El fallo de primer grado acogió la demanda, condenando al Servicio de Salud al pago de una suma de \$20.000.000. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la sentencia, pero redujo el monto de la indemnización por daño moral a la cantidad de \$10.000.000. La Corte tuvo por comprobada la *falta de servicio* toda vez que “...evidentemente, el doctor Andrés Rodríguez, el Hospital de Calbuco y por ende el Servicio de Salud demandado, han incurrido en evidente *falta de servicio al utilizar negligentemente para la limpieza de un ojo, un instrumento no apto para el efecto*, puesto que ningún procedimiento médico determina que el correcto servicio sea el lavado del ojo con un elemento dotado de una aguja que puede salir expedida producto de la presión ejercida al manipular la jeringa para la expulsión del líquido”.

---

<sup>258</sup> *Valenzuela Granfeldt Carlos c/ Servicio de Salud Llanquihue Chiloé Palena*, CA Puerto Montt, 20.04.2009, rol N° 699-2008 (N° 104).

La Corte razona en torno al criterio de previsibilidad para acreditar la culpa al sostener que “...en la atención del demandante se omitió el uso de instrumental adecuado para limpiar el ojo del paciente, *siendo del todo previsible para estos sentenciadores, que al usarse para ello una jeringa con una aguja, este último elemento podía salir expulsado con la presión ejercida en el escurrimiento del líquido*, con lo que se obró en forma negligente y culpable, acarreado con ello la herida ocular traumática ya descrita”.

#### *a.5.6) Por error en la administración de medicamentos*

En este tipo de *falta de servicio* se incluyen los supuestos en que se ha administrado un medicamento equivocado de acuerdo al estado de salud o condiciones del paciente y, aquellos en que el medicamento es aplicado de manera inapropiada. Este tipo de errores se produce con más frecuencia de lo que se tiene conciencia y sólo en algunas ocasiones se ven en los tribunales.

En *Baeza Rojas c/ Servicio de Salud Antofagasta*<sup>259</sup>, por ejemplo, doña Juana Baeza había ingresado al Hospital Regional de Antofagasta con diagnóstico gastroesofágico. Al llenar la ficha pre-operatoria, fue asistida por el médico anestesista doctor Kraljevic, quien en el capítulo indicado para observaciones, dejó establecido que la paciente era alérgica a la “atropina” y al “torecam”. Durante la evaluación pos-anestésica, el especialista anesthesiólogo advirtió que a la paciente se le suministró 1gr. del fármaco “atropina” y, que la misma había desarrollado un paro cardiorrespiratorio, que le provocó una encefalopatía hipóxico-esquémico secundario a paro cardiorrespiratorio, con diastría y, alteraciones motoras de fuerza, equilibrio, coordinación y lenguaje expresivo.

El fallo de primer grado acogió la demanda, condenando al Servicio de Salud al pago de \$37.580.040 por concepto de lucro cesante y \$100.000.000 por daño moral. El juez de instancia comprobó la *falta de servicio*, por cuanto, previamente a la intervención quirúrgica, “...se dejó constancia de los antecedentes alérgicos de la paciente [...] a los medicamentos ‘Atropina’ y ‘Torecam’, sin que de modo alguno, se le hubiesen practicado los exámenes

---

<sup>259</sup> *Baeza Rojas c/ Servicio de Salud Antofagasta*, 3º JLC Antofagasta, 22.05.2001, rol Nº 42.152 (Nº 15).

correspondientes...”. “En este orden de ideas pese a las prevenciones de sus antecedentes alérgicos, igualmente [...] se le suministró ‘Atropina’ [...] sufriendo la paciente en la sala de recuperación un paro cardiorrespiratorio”. El caso terminó por avenimiento entre las partes, siendo aprobado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>260</sup>.

Distinto al anterior fue *Torres Beltrán c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>261</sup>. En este caso, los jueces de instancia reprocharon la conducta de la doctora María Celis al suministrar de manera incorrecta un medicamento conocidamente peligroso por vía intratecal (que debió aplicarse por vía endovenosa) al menor Edgardo Torres, quien falleció a consecuencia de este comportamiento negligente. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó el fallo condenatorio de primera instancia, ordenando que el Servicio demandado pague a los padres del menor fallecido la suma de \$50.000.000 a cada uno, por cuanto “...habiéndose reconocido por el propio Servicio de Salud Concepción que la administración del medicamento Oncovín o Vincristina, por vía intratecal al menor [...] fue producto de un error en que incurrió la médico [...] ocasionando de este modo la muerte del paciente”<sup>262</sup>.

#### a.5.7) Por intervención de un miembro u órgano equivocado

Los supuestos que hemos reconducido a esta categoría tienen una estrecha relación con aquellos en que se ha intervenido un miembro del paciente sin su consentimiento. La relación es de mera lógica, ya que cuando el facul-

---

<sup>260</sup> En el acta de avenimiento, se dejó establecido que el Servicio demandado se obligaría a pagar a título de indemnización, la suma única y total de \$40.000.000; adicionalmente, se obligaría a proporcionar atención médica integral a la demandante en forma gratuita y por toda la vida de ésta.

<sup>261</sup> *Torres Beltrán c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 26.07.2008, rol N° 3.337-2005 (N° 152). En *Igor Mansilla c/ Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena*, 1° JLC Puerto Montt, 12.07.2005, rol N° 26.554-2003, conf. CA Puerto Montt, 6.03.2006, rol N° 738-2006 (N° 46), la Corte de Apelaciones de Puerto Montt condenó al Servicio de Salud al pago de una indemnización por daño moral de \$5.000.000, daño que fue consecuencia del acto negligente del médico Claudio Brante, al haber aplicado a la demandante un medicamento que no correspondía. Un caso similar puede verse en *Ramírez Bravo c/ Servicio de Salud Metropolitan Occidente*, CA Santiago, 28.12.1999, rol N° 3.129-1996 (N° 10).

<sup>262</sup> Otro caso en que se condenó a un Servicio de Salud por errónea administración de un medicamento fue *Ríos Rodríguez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 19.09.2010, rol N° 193-2009 (N° 157).

tativo opera un miembro equivocadamente, no pudo haber contado con el consentimiento del paciente para llevar a cabo dicha intervención.

Se trata de aquellos supuestos en que el facultativo y/o su equipo médico, negligentemente intervienen un miembro del paciente que no corresponde al indicado quirúrgicamente. Paradójicamente, estas situaciones son bastante frecuentes en la práctica médica. Así, en el conocido caso *Beraud c/ Elgueta y Otros*<sup>263</sup>, se condenó al equipo por intervenir quirúrgicamente las dos caderas, cuando la que tenía indicación quirúrgica era tan sólo una de ellas. En palabras del tribunal, "...en el transcurso de la referida intervención original a la cadera izquierda, el equipo médico se percató del *error en que se estaba incurriendo*, habiéndose decidido continuar hasta su término la operación de la cadera izquierda, para continuar posteriormente con la intervención de la cadera derecha, que era la única que se había programado y la única con indicación quirúrgica". Luego, la Corte agregó "que aproximadamente 30 minutos después de haberse iniciado la intervención en la cadera izquierda y teniendo el cirujano ya seccionado el fémur, se percató que la cabeza femoral extraída no presentaba los signos de la artrosis que había motivado la indicación quirúrgica, dándose cuenta que estaban interviniendo la cadera equivocada".

En *Fuentes Richard c/ Servicio de Salud de Concepción*<sup>264</sup>, la parte demandante fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Guillermo Grant Benavente, con el objeto de extirparle un lipoma axilar derecho. Al finalizar la operación, a la paciente se le había extraído, en lugar del lipoma, una tumoración grasa de su seno derecho. Al conocer del caso, la Corte de Concepción estimó que "...la deficiente prestación del servicio [...] estuvo dada fundamentalmente porque fue sometida a una intervención quirúrgica distinta a la programada [...] De este modo la actora sufrió la intervención de su mama derecha sin razón suficiente que la justificara, quedando en ese lugar con una notoria cicatriz, y, lo que es peor, sin que le fuera extirpado el lipoma axilar [...] Pero, lo que es más grave, se actuó sin el conocimiento ni el consentimiento de la demandante, el que era de suyo necesario, por-

---

<sup>263</sup> *Beraud c/ Elgueta y Otros*, CA de Santiago, s/f, rol N° 43.556-1993, Cons. 45, reproducido en CS, 20.06.1996, rol N° 33.393-95 (N° 9).

<sup>264</sup> *Fuentes Richard c/ Servicio de Salud de Concepción*, CA Concepción, 6.11.2006, rol N° 757-2006 (N° 63).

que nadie puede disponer o invadir la intimidad personal de otro, como es su cuerpo o parte de él, ni disponer de derechos ajenos sin la autorización de su titular, como lo es el derecho a elegir el médico de su confianza o el establecimiento en que quiere atenderse”.

#### *a.5.8) Por oblitos quirúrgicos*

Se entiende por oblitio quirúrgico, el olvido en el interior del cuerpo del paciente, de instrumental quirúrgico o material de homostasia (gasas, pinzas, etc.)<sup>265</sup>. Estos olvidos constituyen en la práctica judicial una parte importante de los supuestos de responsabilidad por actos médicos, ya que, como dice VÁZQUEZ FERREYRA<sup>266</sup>, este tipo de irregularidades –a veces justificadas–, por lo general ocasionan un daño al paciente que, como mínimo, deberá someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado”.

En *Pincheira Gómez c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena y Otro*<sup>267</sup>, el fallo de primer grado emitido por el 2º Juzgado Civil de Puerto Montt resolvió condenar al Servicio de Salud, por cuanto “...ha quedado demostrado que el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, incurrió en una *falta de servicio*, [...] consistente en el hecho que el equipo médico de la Unidad de Emergencia Maternal a cargo del Dr. Jorge Lopetegui al efectuar una intervención quirúrgica cesárea [...], *dejó en el interior de la cavidad abdominal de la paciente una compresa* y luego de tomado debido conocimiento de la situación, no adoptó las acciones que por imperativo constitucional le corresponden de protección y recuperación de la salud que le correspondían (sic), al haber con su actuar ocasionado una lesión en los derechos de la paciente, los cuales no reparó y se hace necesario reparar, por esta vía”.

Otro caso en que se atribuyó responsabilidad por una *falta de servicio* relacionada con un óblito quirúrgico es *González Morales c/ Servicio de*

---

<sup>265</sup> LÓPEZ MESA (2007), p. 387.

<sup>266</sup> VÁZQUEZ FERREYRA (2002), p. 235.

<sup>267</sup> *Pincheira Gómez c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena y Otro*, 2º JLC Puerto Montt, 31.08.2004, rol N° 5.071-2001, conf. CA Puerto Montt, 25.10.2005, rol 747-2004 (N° 50).

*Salud Valparaíso-San Antonio*<sup>268</sup>. En el caso, la actora doña Gina González había ingresado a la maternidad del Hospital Carlos Van Buren, donde dio a luz a su hijo gracias a una cesárea practicada por la doctora Normandía Martínez y su equipo médico. Durante los meses posteriores a dicha intervención quirúrgica, doña Gina González sufrió de molestias y dolores, constatándose a los dos años de la cesárea, que dentro de su abdomen había una compresa que provocó la formación de un pseudoquistes inflamatorio (830 gr.) en relación con dicho cuerpo extraño.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió condenar solidariamente al Servicio y a la doctora Normandía Martínez, a pagar a la demandante la suma de \$30.000.000 por concepto de daño moral, por cuanto “...en el protocolo quirúrgico no se dejó constancia de haberse efectuado el recuento de gases y compresas, sino sólo del instrumental quirúrgico. Por lo demás, una compresa *situada al interior de la cavidad abdominal no constituye un caso fortuito sino una circunstancia previsible por todos aquellos que prestaron el servicio el día de la intervención*, no existe, en consecuencia, culpa atribuible a la demandante, y las demandadas no han acreditado, fehacientemente, que el cuerpo extraño olvidado en la cavidad abdominal de la actora hubiera ocurrido por otra circunstancia”.

El fallo concluye señalando “... que *el hecho se produjo debido a la falta de cuidado de la demandada Dra. Martínez y del equipo con el cual se desempeñó en el pabellón quirúrgico*”<sup>269</sup>.

#### *a.5.9) Por abandono de paciente*

Se trata aquí de casos en que el cirujano abandona o desatiende, sin justificación alguna, al paciente sometido a un determinado tratamiento.

---

<sup>268</sup> *González Morales c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, CA Valparaíso, 7.04.2010, rol N° 172-2009 (N° 181).

<sup>269</sup> *Idem*. Un caso similar es *Gómez Cruz c/ Servicio de Salud Talcahuano y Otro*, CA Concepción, 22.10.2010, rol N° 704-2010 (N° 143), con la variante de que en este último, el oblitio quirúrgico consistió en una hoja de bisturí alojada en el abdomen de la demandante durante una operación de cesárea.

Otros casos de oblitio quirúrgico son: *Reyes Orellana c/ Servicio de Salud*, 3° JLC Valparaíso, 30.08.1994, s/r (N° 6) y *De la Hoz Figueroa c/ Servicio de Salud Metropolitano Central y Otros*, 16° JLC Santiago, 30.05.2003, rol N° 2.898-2000 (N° 20).

Este abandono puede producirse, ya sea durante la intervención quirúrgica propiamente tal o en la etapa de pos operatorio. Se da siempre que se omitan los mecanismos de vigilancia o control del paciente.

En *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Otro*<sup>270</sup>, se imputa responsabilidad a través de este tipo de *falta de servicio* por cuanto la paciente, doña Silvia Bravo, tras haber sido intervenida de una cesárea de urgencia y aun bajo los efectos de la anestesia epidural, sufrió un paro cardiorrespiratorio, que debido a la ausencia injustificada del médico Raúl Ortega, y a la consecuente demora en la reanimación cardiorrespiratoria, le provocó una serie de secuelas cerebrales irreversibles producto de la anoxia neuronal (falta de oxígeno en las células cerebrales).

El caso finalmente fue resuelto por la Corte Suprema. En la oportunidad, el alto tribunal ratificó la condena penal contra el médico cuestionado<sup>271</sup> y determinó que el Servicio de Salud Metropolitano Central pagase una indemnización de daños y perjuicios de \$2.395.235, por concepto de daño emergente y lucro cesante. En el fallo quedó plasmado que "...el hecho ejecutado por el reo de *abandonar el box dentro del cual estaba la paciente*, para salir a pasearse en la sala de parto, cuando la anestesia no había terminado y estaba haciendo su efecto en la ofendida, *constituye imprudencia temeraria*, pues si el reo Ortega [...] hubiera quedado en el box, como era su deber, controlando los signos vitales de su paciente, se habría percatado del paro cardíaco que la afectaba sin esperar el llamado de Sonia Salas [...], especialmente *conociendo que en todo proceso anestesiológico existe un porcentaje de riesgos...*".

En el caso *Torres Velásquez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>272</sup>, uno de los reproches que hizo la Corte de Apelaciones de Concepción al actuar del facultativo del Servicio de Salud durante el proceso de parto de doña Angélica Fuentes, radicó precisamente en no haber evaluado a la pa-

---

<sup>270</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634 (N° 1).

<sup>271</sup> Esto es, 61 días de presidio o reclusión menores en su grado mínimo en grado de autor del cuasidelito de lesiones graves.

<sup>272</sup> *Torres Velásquez y Otros c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 18.12.2003, rol N° 1.703-2003 (N° 30).

ciente (de alto riesgo obstétrico) por un período de más de una hora, lo que finalmente incidió en la decisión errada del médico consistente en realizar un parto normal en circunstancias de que lo aconsejable era practicar una cesárea. El acto negligente del doctor Leal y de su equipo, se tradujo en un sufrimiento del feto durante el parto, provocándole una encefalopatía cerebral hipóxica severa con secuelas irreversibles. La sentencia de la Corte de Apelaciones determinó que la responsabilidad del equipo médico que intervino en el parto, estuvo constituida por una serie de actos médicos negligentes y, en particular, por la conducta del doctor Leal, quien “...no evaluó a la paciente durante un período de setenta minutos, pese a haber tomado conocimiento de las complicaciones presentadas”.

El caso concluyó por avenimiento entre las partes, que luego fue ratificado por la Corte Suprema<sup>273</sup>.

*b) Los actos de los auxiliares y/o paramédicos como falta de servicio*

Habitualmente, en el funcionamiento de un hospital se encuentran involucrados una serie de funcionarios sanitarios, entre los que se encuentran los llamados auxiliares médicos y los técnicos paramédicos. Tales funcionarios, son de una importancia vital en la prestación de salud, por cuanto son los colaboradores directos del personal médico. Son los encargados de la realización de un sinnúmero de procedimientos sanitarios relativos a la curación, cuidado y medicación de los pacientes.

Al igual que en los actos médicos propiamente tales, los actos de los paramédicos conforman un supuesto de *falta de servicio*, que pueden generar responsabilidad para sus autores, en la medida que pueda imputárseles culpa o negligencia en su ejecución, o bien, cuando debiendo ejecutarse el acto bajo la supervisión de un médico, ello no acontece. También los actos paramédicos se llevan a cabo, tanto en la etapa de diagnóstico como en la etapa de tratamiento. Sin embargo, la distinción de las etapas tiene menos relevancia respecto de los actos paramédicos, dado que estos funcionarios generalmente actúan bajo las órdenes directas de un médico.

---

<sup>273</sup> *Idem.* Otro caso de abandono de paciente puede verse en *Salinas Cortés c/ Delgado Retamales y Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CA Rancagua, 2.11.2006, rol N° 938-2005 (N° 62).

*b.1) Por imprudencia en la ejecución de un procedimiento*

En el caso *Llanca Viguera c/ Fisco*<sup>274</sup>, la paciente Cecilia Llanca había ingresado a pabellón quirúrgico del Hospital Naval de Talcahuano con diagnóstico de quiste ovárico izquierdo. Momentos previos a la intervención propiamente tal, la matrona le hace un lavado genital a la paciente con el agua contenida en un recipiente destinada a calentar sueros, lo que le produjo graves quemaduras en sus partes íntimas. Frente a tales hechos, la Corte de Concepción determinó, que "...importa una negligencia extrema de la matrona referida el utilizar agua caliente para realizar el aseo en las partes íntimas de la paciente, sin percatarse previamente de la temperatura de ésta. Debió ésta estar más atenta a su trabajo y ser más cuidadosa atendido que la paciente estaba bajo anestesia y su cuerpo permanecía insensible, sin poder advertir el dolor que le produjo la quemadura".

En el citado caso *Beraud c/ Elgueta y Otros*<sup>275</sup>, la condena alcanzó a todo el personal sanitario que intervino en la errónea operación de la cadera del Ministro. Se reprocharon, en esa ocasión, las conductas de la pabellonera y arsenalera, por cuanto, al igual que los cirujanos y el anestesista, no se percataron de que estaban interviniendo la cadera equivocada, faltando con ello al "... deber de cuidado [...] al no tomar las precauciones necesarias a las que se hallaban obligados en virtud de las reglas permanentes de la *lex artis* y de las prácticas constantes seguidas en el propio Hospital Militar de Santiago en intervenciones quirúrgicas de órganos bilaterales".

Un caso similar es *Cancino Rojas c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>276</sup>, donde el fallo de primer grado confirmado por la Corte de Apelaciones de Talca, resolvió condenar al Servicio de Salud por la conducta negligente y descuidada del equipo médico y auxiliar paramédico (arsenalera y pabellonera) que intervinieron en la operación quirúrgica de la paciente Carmen Torres, pues, "...a consecuencia de la inyección de un tóxico no identificado

---

<sup>274</sup> *Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano (Fisco)*, CA Concepción, 8.09.2010, rol N° 2.030-2009 (N° 184).

<sup>275</sup> *Beraud c/ Elgueta y Otros*, CA de Santiago, s/f, rol N° 43.556-1993, Cons. 45, reproducido en CS, 20.06.1996, rol N° 33.393-95 (N° 9).

<sup>276</sup> *Cancino Rojas c/ Servicio de Salud Del Maule*, J. Cri Talca, s/f, rol N° 3.060-1981, conf. CA Talca, 25.09.1990, rol N° 43.928 (N° 4).

en el canal medular [...] en el momento de la anestesia especial, ésta resultó con parálisis de ambas extremidades inferiores por daño medular a nivel de D6 y D7, con sordera bilateral permanente y la parálisis de las extremidades probablemente definitiva”.

### *b.2) Por error en la administración de medicamentos*

En *Cortés Cortés c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*<sup>277</sup>, tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones de Valparaíso, establecieron que un paramédico del Servicio suministró al menor Jonathan Cortés una inyección de penicilina con benzatina en una arteria de su glúteo izquierdo, en lugar de ser aplicada vía intramuscular. El error le provocó una obstrucción arterial aguda que culminó con una necrosis que llevó a la extirpación de gran parte de su glúteo.

La Corte de Apelaciones condenó al Servicio de Salud al pago de una indemnización por daño moral equivalente a \$80.000.000, por cuanto “... es un hecho no discutido que al menor se le suministró penicilina benzatina, que es un medicamento de uso frecuente, que no tiene por qué derivar en una obstrucción arterial aguda [...], las normas de la experiencia nos dicen que las inyecciones intramusculares deben ser colocadas en un determinado sector del glúteo, lo que no se hizo con este menor cuyos vasos sanguíneos son normales, por lo que las consecuencias no tienen otra explicación que el error de quien lo inyectó”<sup>278</sup>.

### *b.3) Por la ejecución de determinados actos sin supervisión de un médico o por personal idóneo*

En la práctica jurisprudencial son numerosos los casos de este tipo. En el lamentable *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña Del Mar Quillota*<sup>279</sup>, un lactante de poco más de un año de vida falleció producto de un mal procedimiento

---

<sup>277</sup> *Cortés Cortés c/ Servicio de Salud Viña del Mar- Quillota*, CA Valparaíso, 17.12.2006, rol N° 1.738-2006. Considerandos reproducidos por CS, 29.10.2008, rol N° 1620-2007 (N° 94).

<sup>278</sup> Un caso similar es *Torres Beltrán c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 26.07.2008, rol N° 3.337-2005 (N° 152).

<sup>279</sup> *Becerra Alarcón c/ Servicio de Salud Viña Del Mar Quillota*, CA Valparaíso, 27.12.2006, rol N° 600-2006 (N° 68).

de extracción de sangre ejecutado por una enfermera, sin la supervigilancia de un profesional médico. La acción de la enfermera consistió en una errónea punción de la arteria yugular del menor, que le provocó un neumomediastino y, luego, un neumotórax que, en definitiva, le provocó la muerte.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, tras confirmar el fallo condenatorio de primer grado contra el Servicio de Salud, estimó aumentar el monto de la indemnización por daño moral a los padres del menor a \$35.000.000, teniendo en cuenta que, “el menor [...] fue sometido a un procedimiento médico [...] en forma impropia, pues por una parte *fue ejecutado directamente por una enfermera de dicho establecimiento, sin a lo menos la supervisión de un médico*, quebrantándose con ello la *lex artis* que indica que por su complejidad y riesgo debe ser ejecutada por un profesional médico y por otro lado, el procedimiento fue realizado incorrectamente, pues como lo indican los manuales la punción en la yugular es la última alternativa, vale decir sólo cuando la punción en otras venas resulte fallida se puede recurrir a la yugular, circunstancia que no ocurrió en la especie, toda vez que primero se intentó en la yugular extrema e interna y después en otras vías [...] y que por lo demás causó un daño en los órganos de la función respiratoria del menor, producto de lo cual se desencadenó un neumomediastino y luego un neumotórax que en definitiva le provocó la muerte...”.

Por otro lado, se ha reprochado el hecho de que funcionarios auxiliares o paramédicos, efectúen diagnósticos o ejecuten actos que sólo pueden llevar a cabo médicos titulados. En esta línea se encuentra el caso *Herrera González c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>280</sup>, donde un funcionario paramédico, sin dirección alguna, ordenó y administró erróneamente la colocación de penicilina en la paciente, provocándole daños y deformidades en su glúteo. El fallo de primera instancia estableció, que la responsabilidad civil del Servicio de Salud “...se robustece por el hecho de que quien hizo un diagnóstico de carácter médico *fue alguien que carecía de los conocimientos profesionales, como acontece con los auxiliares o paramédicos*”, más aún considerando que “...la decisión tomada por un personal no profesional se refería a la utilización de un antibiótico de gran espectro, como ocurrió con aquel inyectado a la actora”.

---

<sup>280</sup> *Herrera González c/ Servicio de Salud Del Maule*, 4° JLC Talca, 17.08.1999, rol N° 6.559-1997, conf. CA Talca, 3.07.2000, rol N° 56.973-1999 (N° 14).

En esta misma línea se encuentra *Jiménez Arevalo c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>281</sup>, donde el reproche al Servicio de Salud, estuvo en el hecho de que una matrona y un auxiliar paramédico de su dotación, atendieran un parto de alto riesgo, en circunstancias que éste debió ser atendido y asesorado por un médico obstetra. El caso dice relación con una errónea evaluación del parto de alto riesgo de doña Cecilia Salazar, cuyos signos daban cuenta de una macrosomía fetal (feto anormalmente grande) con distocia de hombros, lo que se tradujo en que el parto se extendiera más allá de lo prudente, provocando la muerte por asfixia del feto. La negligencia estuvo marcada, precisamente, por el hecho de que todo parto de alto riesgo debe ser dirigido por un médico obstetra, y no por una matrona, que no se encuentra capacitada para realizar las maniobras que la *lex artis* recomienda para este tipo de casos.

La Corte de Apelaciones de Concepción así lo entendió, al condenar al Servicio de Salud demandado, a pagar una indemnización por daño moral equivalente a \$15.000.000, a cada uno de los padres del menor fallecido al referir, que “el artículo 117 del Código Sanitario prescribe que los servicios profesionales de la matrona *comprenden la atención del embarazo, parto y puerperios normales*. Sin embargo, el parto de doña Cecilia Salazar Castro no podía estimarse normal, ya que había *sido calificado por el mismo Hospital, de alto riesgo*. Por lo demás, las matronas, según dispone el referido artículo, en la asistencia de partos sólo podrán intervenir mediante maniobras en que se apliquen técnicas manuales. Así fue, como en el caso, *debió llamarse a un médico*, lo que debe haber significado la pérdida de minutos preciosos que prolongaron el parto más allá de lo prudente, lo que ocasionó el desenlace mortal”<sup>282</sup>.

Respecto a la preparación o idoneidad de los funcionarios paramédicos, en *Silva Ferrera c/ Municipalidad de Las Cabras*<sup>283</sup>, se comprobó judicial-

---

<sup>281</sup> *Jiménez Arévalo c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 25.03.2009, rol N° 2.353-2007 (N° 103).

<sup>282</sup> Un caso semejante puede verse en *Catrileo Arraño c/ Servicio de Salud Metropolitano*, 4° JLC San Miguel, 29.05.2009, rol N° 1.350-2003, conf. CA San Miguel, 20.07.2010, rol N° 895-2009 (N° 140).

<sup>283</sup> *Silva Ferrera c/ Posta de Llallauquén (Municipalidad de Las Cabras)*, CA Rancagua, 31 de diciembre de 2010, rol N° 471-2010 (N° 160).

mente que la demandante doña Ana María Silva, sufrió una serie de lesiones graves con ocasión de un procedimiento de extracción de sangre efectuado por una funcionaria paramédico inidónea de la Posta de Llallauquén, a la sazón, dependiente de la Municipalidad de Las Cabras. La Corte de Apelaciones de Rancagua, tras confirmar la condena en primera instancia a la Municipalidad a pagar una indemnización de perjuicios a la demandante por la suma de \$2.000.000, estableció que “es posible atribuir falta de servicio en la realización del examen de muestra de sangre practicado a Ana María Silva Ferrera y, el posterior tratamiento médico, cuando aquélla presentaba dolencias en su brazo, constituye un error, que lleva necesariamente a calificar la actuación de la I. Municipalidad como falta de servicio, al no tomar las medidas mínimas para asegurar que la persona que estaba efectuando los exámenes de sangre tuviera los conocimientos suficientes de su labor y tomar las medidas urgentes para los casos en que se produzca un error”, agregó, “la falta de servicio está representada por haber efectuado una punción deficiente en la toma de muestra de sangre en una posta rural, por una persona respecto de la cual no se acreditó idoneidad alguna y que tenía la experticia indispensable para esa labor, y la posterior desidia en pesquisar la verdadera afección que sufría la víctima, sin entregarle un tratamiento adecuado y oportuno”.

*b.4) Por defectos en el cuidado y seguridad de pacientes psiquiátricos*

Los hospitales que presten servicios de cuidado de pacientes con trastornos psíquicos, asumen una obligación de cuidado y custodia de los mismos, mientras se encuentren bajo su dependencia. Al respecto señala LE TOURNEAU<sup>284</sup>, que el hospital que se dedique al cuidado de este tipo de pacientes, debe garantizar su seguridad pues, el estado del enfermo mental exige una diligencia particular, más exigente que en los casos de pacientes sin patologías psíquicas.

En nuestro entorno, son frecuentes los casos en que se responsabiliza al Servicio de Salud por el suicidio de pacientes psiquiátricos, que se producen como consecuencia de la negligencia en el cuidado o vigilancia de quienes los tienen a su cargo. Por poner un ejemplo, en *Urra Reyes c/*

---

<sup>284</sup> LE TOURNEAU (2007), p. 454.

*Fisco de Chile*<sup>285</sup>, el suicidio del paciente Leonardo Mancilla fue atribuido a la negligencia de los guardias enfermeros del Hospital Naval Almirante Nef de Viña del Mar, al no percatarse durante la revisión de las ropas del primero, que tenía un elemento idóneo para ahorcarse, situación que finalmente se produjo, condenándose al Fisco de Chile al pago de \$60.000.000 por concepto de indemnización por daño moral a la familia del fallecido.

En el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso quedó establecido, que “...la circunstancia de que Leonardo Mancilla Urrea se haya suicidado en la sala de aislamiento del Servicio de Psiquiatría del referido hospital, usando el cordón de un short que por *inadvertencia de los enfermeros de guardia mantenía en su poder, revela que hubo una falta de vigilancia y cuidado de éstos* [...], puesto que habiendo ingresado el paciente con un diagnóstico que revelaba un riesgo de suicidio, *debieron extremarse las medidas de seguridad*, ya que era previsible que intentara nuevamente atentar contra su vida...”.

En el mismo sentido se pronuncia el fallo del 1º Juzgado Civil de Valparaíso, en el caso *Torres Trigo c/ Servicio de Salud Valparaíso- San Antonio*<sup>286</sup>, donde quedó establecido, que “...la paciente ingresó al Hospital Psiquiátrico del Salvador, con *diagnóstico de trastorno esquizofreniforme*, que en el transcurso de su internación en el recinto hospitalario tuvo un *intento de suicidio*, al tirarse por la ventana de un segundo piso, [...]; que, en un segundo intento, encontrándose sola en su pieza, se suicidó colgándose del colgador existente en el closet”.

Se agregó en la sentencia, que eran conocidos “los intentos suicidas de la paciente, por lo que en estas condiciones *debieron cumplir con mayor diligencia su obligación de vigilancia y cuidado*, lo que intrínsecamente va integrado a la atención que debe prestar un Hospital que tenga como especialidad la psiquiatría...”. En consecuencia, “debiendo ser previsible por el establecimiento asistencial la posibilidad del suicidio, por los antecedentes previos a su internación [...], la única causa que determinó que se produjera

---

<sup>285</sup> *Urrea Reyes c/ Fisco de Chile*, CA Valparaíso, 16.10.2007, rol N° 47-2007 (N° 73).

<sup>286</sup> *Torres Trigo c/ Servicio de Salud Valparaíso- San Antonio*, 1º JLC Valparaíso, 31.12.2004, rol N° 1.672-2000, conf. CA Valparaíso, 4.04.2006, rol N° 704-2005 (N° 69).

el hecho del suicidio *fue la falta de resguardo y vigilancia efectiva por parte del personal auxiliar de la institución*”<sup>287</sup>.

#### *b.5) Por error en la notificación de enfermedades*

Este tipo se puede ilustrar con el caso *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*<sup>288</sup>. El demandante Eugenio Padilla, tras concurrir a donar sangre al Hospital San Borja Arriarán, fue informado erróneamente por la matrona de dicho recinto sanitario Delia Olivos, que era portador del virus VIH (SIDA), en circunstancias de que el virus que padecía era VHC (hepatitis tipo C). La grave negligencia de la funcionaria provocó que el demandante cayera en una profunda depresión que lo llevó, incluso, a atentar contra su vida.

La terrible situación descrita se mantuvo por varias semanas hasta que por recomendación de su psicóloga tratante, el señor Padilla decidió practicarse un nuevo examen que demostró que no era portador del mortal virus. El fallo de primera instancia, que luego sería confirmado en todas sus partes por la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió condenar al Servicio de Salud demandado al pago de una indemnización por el daño moral ocasionado al actor, por la suma de \$5.000.000, por cuanto la *falta de servicio* “se encuentra configurada por el hecho de mantener a una funcionaria no idónea para el cargo que desempeña, lo que la llevó a cometer una *grave negligencia funcionaria*, al confundir el resultado de un examen de sangre informando al paciente que era portador de VIH (SIDA) en circunstancia que el diagnóstico correcto era VHC (hepatitis C), *negligencia que se ve agravada si se considera que tal funcionaria tiene el título profesional de matrona, por lo que le era exigible un mínimo de conocimiento sobre la materia*”.

### *1.2. Los defectos en los procesos de prestación/producción de la asistencia médica como falta de servicio*

La *falta de servicio* del órgano de salud no sólo se configurará por el actuar negligente de los médicos o del personal paramédico que interviene

<sup>287</sup> El caso terminó por avenimiento entre las partes aprobado por la Corte Suprema.

<sup>288</sup> *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, 3° JLC Santiago, 31.12.2002, rol N° 4.149-2000, conf. CA Santiago, 13.09.2007, rol N° 2.463-2003 (N° 72).

en los procedimientos de salud. Es perfectamente posible, que la *culpa* que se relaciona con la prestación de un servicio defectuoso se radique en la estructura misma del Servicio, ya sea por fallas en la dirección y control de sus funcionarios dependientes (a), ya sea por defectos en la administración de los recursos económicos y materiales del Servicio (b).

*a) Falta de servicio por defectos en la dirección y gestión del personal*

Entre otros defectos, en esta clasificación encontramos las hipótesis de *falta de servicio* por defectos en la administración de los turnos del personal; por distribución ineficiente del personal; por deficiencia en la dirección y control del personal auxiliar; por defectos en los protocolos de vigilancia y cuidado de enfermos; por inexistencia de protocolos de actuación en caso de emergencias; por falta de previsibilidad ante periodos de alta demanda y; por trasgresión a la privacidad del paciente.

*a.1) Por prestación tardía u omisión de servicio*

En *Zúñiga Reyes c/ Servicio de Salud Del Maule*<sup>289</sup>, el paciente Juan de Dios Segura, había hecho ingreso al Hospital de Cauquenes, donde se le diagnosticó un cuadro de colecistitis y se le sometió a una intervención quirúrgica de extracción de la vesícula biliar por el doctor Aquiles Rodríguez. Un par de semanas más tarde, el paciente volvió a ser intervenido por presentar una sepsis en la herida quirúrgica con evisceración, siendo dado de alta a los pocos días. Sin embargo, el mismo día que se le dio el alta médica, reingresó a la sección de urgencias del hospital diagnosticándosele una “*ingestión (sic) por alimentos e hipo no tratado*”, con indicación de volver a su hogar donde fallece pocas horas después como consecuencia de un infarto al miocardio.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, confirmó la condena impuesta en primera instancia al Servicio de Salud, por cuanto “...se generaron en la atención de salud prestada a dicho paciente, una serie de circunstancias negativas que acusan el desacierto y negligencia en la intervención que les cupo a los profesionales del Hospital de Cauquenes; lo anterior, queda es-

---

<sup>289</sup> *Zúñiga Reyes c/ Servicio de Salud Del Maule*, CA Talca, 20.12.2007, rol N° 1.815-2005 (N° 75).

pecialmente claro con lo informado en el protocolo de autopsia, ya que a la fecha de su deceso, Juan de Dios Segura padecía una anemia pos quirúrgica y una sepsis en la herida quirúrgica, todo lo cual fuerza a concluir que la observación efectuada por el médico legista en el sentido de *que pudo evitarse la muerte del paciente mediante socorros médicos oportunos y eficaces*, no mira tanto a la oportunidad cronológica en que se desata el infarto causante de su fallecimiento, sino más bien a la *prevención del mismo, lo que pudo ser posible mediante el oportuno y eficiente tratamiento* a las deficiencias que acusaba dicha persona, precisamente derivadas de la intervención quirúrgica y posterior tratamiento efectuado por los profesionales del Hospital de Cauquenes...”.

En el caso *Estay Álvarez y Otra c/ Servicio de Salud Viña del Mar Quillota*<sup>290</sup>, el fallo de primer grado condenó al Servicio de Salud al pago de una indemnización de \$45.000.000 porque su funcionamiento tardío provocó que las graves lesiones que sufrió don Rafael Estay, en un accidente automovilístico, le ocasionaran la muerte por falta de tratamiento oportuno.

El tribunal que emitió la sentencia condenatoria, reprochó el comportamiento del Servicio de Salud por cuanto, el mismo, aumentó injustificadamente la situación de riesgo en la que se encontraba el paciente.

En el fallo se manifestó que “...a pesar de la gravedad de dichas lesiones, *con una atención médica oportuna y adecuada, se habría impedido su fallecimiento*, por cuanto no eran necesariamente mortales...”. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó dicha sentencia rebajando el monto de la indemnización a \$36.000.000, por cuanto el daño causado había sido reparado parcialmente por una condena en sede penal<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> *Estay Álvarez y Otra c/ Servicio de Salud Viña del Mar Quillota*, 5° JLC Viña Del Mar, 8.08.2002, rol N° 4.692-1998, conf. CA Valparaíso, 4.11.2004, rol N° 3.647-2002 (N° 34).

<sup>291</sup> Otros caso de prestación tardía de servicio se puede apreciar en *Quezada c/ Servicio de Salud Valparaíso*, 8° JLC Valparaíso, s/f, s/r (N°7), quedando plasmado en el fallo condenatorio de primera instancia, que “...habiéndose producido efectivamente un daño moral a la actora originado por la vivencia traumática que le significó el observar el quebrantamiento progresivo de la salud de su cónyuge, *por la falta de servicio oportuno* que llevó al deceso inesperado del señor Navarrete”.

### *a.2) Por altas prematuras*

Generalmente, los supuestos de altas prematuras o precipitadas son consecuencia de un negligente seguimiento del tratamiento. También, derivan de la falta de atención y control sobre la evolución del enfermo que hace creer (erróneamente), que se ha producido una mejoría. También es un hecho que las altas de hospitalización son impulsadas e incentivadas por los gestores de los centros hospitalarios, que trasladan a los servicios ambulatorios o a los propios enfermos y a sus familiares, la responsabilidad de la continuidad del tratamiento, cuando se ha superado el período crítico y se precisan atenciones de soporte que no requieren la aplicación de técnicas complejas o muy especializadas<sup>292</sup>. Lo cierto es que, aunque actualmente se encuentre en boga este tipo de tratamientos (ambulatorios), igualmente se producen errores que pueden generar la obligación de reparación.

En *Rojas Aguilera c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*<sup>293</sup>, doña Elizabeth Rojas ingresó a la maternidad del Hospital Carlos Van Buren, y dio luz (ese mismo día) a su cuarto hijo. Al tercer día del parto, la paciente fue dada de alta a pesar de que el doctor y la enfermera que la examinaron, sabían que durante los dos días que estuvo en la maternidad, sufrió de malestares en el bajo vientre. Al llegar a su casa, los dolores y sangramientos persistían y poco a poco se fueron acrecentando. Ante este panorama, su familia decidió trasladarla a la Unidad de Emergencia Adulto del Hospital Van Buren, donde finalmente falleció debido a un infarto agudo al miocardio, desencadenado por un Shock Hipovolémico a causa de acretismo placentario (sólo nueve días después de ser dada de alta).

La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la condena al Servicio de Salud, ordenando el pago a la familia de la fallecida de un monto total de \$30.000.000. La sentencia estableció que “...la causa de la muerte de la víctima fue a consecuencia de la deficiente atención médica que recibió en la maternidad el Hospital Van Buren, *al haberla dado de alta en forma prematura a las 48 horas, después del parto sin advertir*, que los dolores, molestias y sangramiento que tenía, requerían, a lo menos, una hospitaliza-

---

<sup>292</sup> CORBELLA I DUCH (2008), pp. 92-93.

<sup>293</sup> *Rojas Aguilera c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*, CA Valparaíso, 25.06.2010, rol N° 439-2010 (N° 147).

ción más prolongada, a fin de observar su evolución, lo que indudablemente habría evitado su fallecimiento”.

En *Jara Jara y Otra c/ Servicio de Salud Aconcagua*<sup>294</sup>, la actora concu- rrió con su hijo de seis meses de edad Alexis Jara, al Servicio de Urgencia del Hospital San Juan de Dios de Los Andes. Allí se le practicaron al menor varios exámenes que demostraron la presencia del virus sincicial. Tras per- manecer internado durante cinco días, se le dio de alta. A los pocos días, el menor se agrava y es reingresado al referido Servicio de Urgencia, donde se decidió su traslado inmediato a la UCI pediátrica del Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso, lugar en el que falleció a las dos semanas como consecuencia de una neumonía extensa bilateral por adenovirus.

El fallo de Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmó la condena de primer grado contra el Servicio de Salud, por cuanto “...habiéndose cometido la *imprudencia de dar de alta a un menor*, al quinto día, el cual era portador de un estado febril grave y una bronquitis obstructiva, con los antecedentes médicos que arrastraba, en que a los dos meses de edad había contraído los virus sincicial y adenovirus...”<sup>295</sup>.

### *a.3) Por carencia de recursos humanos*

En *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*<sup>296</sup>, la Corte de Apelaciones de Copiapó resolvió condenar al Servicio de Salud por el actuar negligente de un enfermero del Hospital de Vallenar, que causó la muerte de don Víctor Silva al administrar un medicamento sin la debida orden o autorización del médico a cargo. Lo interesante de este fallo es que si bien la Corte de Apelaciones de Copiapó, estableció una infracción a la *lex artis* (administrar medicamento sin prescripción médica), también re-

---

<sup>294</sup> *Jara Jara y Otra c/ Servicio de Salud Aconcagua*, CA Valparaíso, 11.06.2009, rol N° 347-2009 (N° 110)

<sup>295</sup> Otros casos en que se aprecia la concurrencia de este tipo de falta de servicio son: *Melo Bustamante c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 27.03.2006, rol N° 3.434-2004 (N° 53); *Morales Valenzuela y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 11.08.2005, rol N° 2.390-2004 (N° 42) y *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, 1° JLC Temuco, 4.03.2006, rol N° 106.123, conf. CA Temuco, 17.09.2008, rol N° 712-2006 (N° 149).

<sup>296</sup> *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 28.06.2002, rol N° 82.544-2002 (N° 28).

procha al Servicio el hecho de no contar con suficientes recursos humanos, lo que en definitiva posibilitó que su actuación se realizara por debajo de los estándares mínimos de atención.

Puede leerse en la sentencia de la Corte, que de acuerdo a la pericia, “se ha estimado que *el sistema hospitalario mostró pocos recursos humanos en calidad y cantidad*, refiriéndose al hecho de que familiares tengan que ayudar en la sala de post-operados”.

En otros casos se ha reprochado la carencia de un especialista en el centro asistencial. Así, en *Villamán Riquelme c/ Tiznado Quintana y Otro*<sup>297</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió condenar al Servicio de Salud al pago de una indemnización de \$15.000.000 por el daño moral ocasionado al paciente que perdió la visión de su ojo izquierdo por la defectuosa intervención de un médico no especialista en oftalmología. En efecto, se comprobó que “... el ente administrativo ha actuado al margen de lo que normalmente era razonable para un recinto hospitalario que debe atender personas en urgencia y que normalmente, cuando se trata de lesiones que se requiere de conocimientos especiales *no basta que su atención la haga un médico general sin la especialidad* [...]. La conducta normal, adecuada y que se debió preferir por ser lo más lógico y prudente, era que aún en el evento de no tener especialista en el momento, se debió tener por lo menos médico especialista de llamada o ser derivado a otro centro asistencial con especialista y medios técnicos adecuados”.

#### *a.4) Por defectos en la elección y control del personal médico y auxiliar*

En el caso *Vega Vega y Otro c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*<sup>298</sup>, la sentencia de primer grado resolvió condenar al Servicio de Salud, por haber

<sup>297</sup> *Villamán Riquelme c/ Tiznado Quintana y Otro*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108). Otros casos semejantes son: *Estay Álvarez y otra c/ Servicio de Salud Viña del Mar Quillota*, 5° JLC Viña Del Mar, 8.08.2002, rol N° 4.692-1998, conf. CA Valparaíso, 4.11.2004, rol N° 3.647-2002 (N° 34); *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 28.06.2002, rol N° 82.544-2002 (N° 28); *Salazar Godoy c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 5.03.2004, rol N° 943-2002 (N° 25); *Gómez Cortés c/ Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 9.07.2010, rol N° 21-2010 (N° 142).

<sup>298</sup> *Vega Vega y Otro c/ Servicio de Salud Araucanía Sur*, 3° JLC Temuco, 29.04.2004, rol N° 7.676-2002, conf. CS, 12.09.2007, rol N° 3.222-2006 (N° 71).

dispuesto que un estudiante de medicina inidóneo se hiciera cargo de una emergencia cardíaca, que a la larga se tradujo en un error de diagnóstico del estado de la paciente Albina Vega. Este error provocó el agravamiento de la condición de la paciente y, finalmente, su fallecimiento.

La condena fue confirmada por la Corte Suprema, por cuanto “...el Servicio que atendió a la paciente doña Albina Vega Castillo, mediante *agentes que no cumplían con el requisito mínimo del standard medio de funcionamiento*, toda vez, que el personal médico tratante tenía la calidad de becado de segundo año de medicina, y no de tercero como lo exigía el convenio entre la facultad de medicina y el Servicio en cuestión”, tales circunstancias, continuó la Corte, “demuestran que el servicio público demandado incurrió en una *falta de servicio, por haber sido prestado por una dotación irregular, toda vez, que eran agentes que carecían de la debida preparación y calificación profesional*”.

En el caso *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*<sup>299</sup>, que ya analizamos en este trabajo respecto de la falta de servicio que se conforma a través del hecho del funcionario (defectos en la notificación de enfermedades), interesa reparar en el hecho de que el juez también haya censurado la gestión del Servicio, por “...el hecho de *mantener una funcionaria no idónea para el cargo que desempeñaba*, circunstancia que la llevó a cometer una grave negligencia, al confundir el resultado de un examen de sangre informando al paciente que era portador de VIH (SIDA) en circunstancias que el diagnóstico correcto era VHC (Hepatitis C)”.

Finalmente, en el conocido caso *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Otro*<sup>300</sup>, la *falta de servicio* consistió, principalmente, en poner a funcionarios carentes de la debida preparación principalmente, al cuidado de la paciente. El fallo condenatorio estableció que “...*la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja [...] palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples asumiendo con ello*

---

<sup>299</sup> *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, 3° JLC Santiago, 31.12.2002, rol N° 4.149-2000, conf. CA Santiago, 13.09.2007, rol N° 2.463-2003 (N° 72).

<sup>300</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634, (N° 1).

un inherente riesgo...”<sup>301</sup>. Además, la Corte Suprema reprochó el sistema de control que el Servicio de Salud ejerció para con los funcionarios médicos, estableciendo, que “...revela la más absoluta falta de previsión, de cuidado y de autoridad, el que en un box de la sala de parto de la maternidad de un recinto hospitalario pueda abandonarse a su suerte a una enferma sometida a los efectos de la anestesia epidural, *sin que un sistema de control o vigilancia impida que los dependientes incumplan sus deberes, y ello es de resorte exclusivo del Servicio demandado*”<sup>302</sup>.

*a.5) Por deficiente capacitación e instrucción de personal*

La responsabilidad directiva de los Servicios de Salud no se detiene en la dotación del personal idóneo, sino que también involucra la constante capacitación del personal de acuerdo a los protocolos médicos y de salud pública. El incumplimiento de este deber ha hecho que el Servicio de Salud responda por los daños ocasionados por la falta de capacitación e instrucción del personal médico que se encuentre bajo su dependencia.

Así, en *Retamales Soto c/ Municipalidad Quilicura y Servicio de Salud Metropolitano Norte*<sup>303</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió condenar al Servicio al pago de una indemnización de \$30.000.000 por los daños ocasionados a los actores a raíz de la muerte del menor Marco del Olmo quien, producto de la negligencia del Servicio de Salud, sufrió una intoxicación alimentaria que finalmente le produjo la muerte.

---

<sup>301</sup> En sentido similar se resolvió el caso *Meza Rivera c/ Servicio de Salud Metropolitano Occidente*, 24° J.Cri. Santiago, 8.02.1989, rol N° 3.123, conf. CA Santiago, 15.01.1990, rol N° 3.192-1989 (N° 5), donde se dijo, que “la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a una matrona la atención exclusiva de procesos anestésicos, asumiendo con ello un evidente riesgo y en el desempeñar tales tareas en...”.

<sup>302</sup> Otro caso de este tipo es *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*, CS, 2.06.2004, rol N° 2.868-2002 (N° 28), donde la Corte Suprema señaló, que “...ha de tenerse como hechos comprobados de responsabilidad civil, que el Servicio de Salud Atacama *no ejerció respecto de aquellos que estaban a su cargo el deber de cuidado necesario* para evitar los actos culposos que derivaron en la muerte de un paciente...”.

<sup>303</sup> *Retamales Soto c/ Municipalidad Quilicura y Servicio de Salud Metropolitano Norte*, CA Santiago, 25.06.2009, rol N° 8.585-2006 (N° 170).

El fallo condenatorio estableció, que “... de la Auditoría Médica dispuesta por el Director del Servicio de Salud Metropolitano [...] consta que la Unidad de Epidemiología del Servicio de Salud Metropolitano Norte *no asesoró al Departamento de Salud de Quilicura, ni al Consultorio, en la implementación a nivel local del referido reglamento N° 712, de 1999, lo que implica que no capacitó ni asesoró al personal encargado de la atención de salud de urgencia para enfrentar un cuadro de intoxicación como el antes descrito, con sujeción a las normas impartidas por el Ministerio de Salud para la recuperación de las personas enfermas*”.

La sentencia agregó que “...el solo hecho de haber remitido al consultorio municipal de urgencia, el texto del reglamento junto a algunos afiches” no exime de responsabilidad al Servicio, “toda vez que está probado que no cumplió cabalmente con la obligación que le corresponde, que *no se limita a una labor meramente informativa*, desde que la ley le encarga dirigir la ejecución de los programas y acciones de salud y coordinar, asesorar, inspeccionar y controlar los establecimientos de salud, *lo que incluye las medidas necesarias para la implementación de los mismos programas y acciones*”.

*a.6) Por irregularidades en la cadena de confianza y en los sistemas de llamada de facultativos*

Dentro de un centro de salud deben existir sistemas eficientes de comunicación entre el personal que se encuentra en ejercicio, como entre el centro de salud con el personal en turno “de llamada”. La irregularidad de estos métodos de comunicación puede generar responsabilidad por daños para el Servicio de Salud.

En el caso *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*<sup>304</sup>, ya analizado a propósito de la falta de servicio por carencia de recursos humanos, también se dirigió un reproche al Servicio de Salud por las irregularidades en los sistemas de llamada de facultativos que culminaron con la muerte del paciente. Puede leerse en la sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, que “...cabe tener presente que en la pericia [...] se ha estimado

---

<sup>304</sup> *Silva Araya c/ Pereira Ortiz y Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 28.06.2002, rol N° 82.544-2002 (N° 28).

que el sistema hospitalario mostró pocos recursos humanos en calidad y cantidad junto con *sistemas tecnológicos de llamadas muy mediocres*, refiriéndose a que el sistema de comunicación para los médicos de urgencia se base en un teléfono ‘semidescompuesto’ durante los últimos 20 días, sin existir beeper, celular, etc. [...] *que retarda el apoyo médico en la sala de recuperación*”.

En *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*<sup>305</sup>, se reprochó –entre otras inconsistencias–, la irregularidad en la cadena de confianza del personal médico-sanitario. El laudo condenatorio de primer grado, comprobó la defectuosa gestión sanitaria del Servicio, al no haber previsto los comportamientos suicidas de la paciente Ximena Pérez. Se estimó que contribuyó al fatal desenlace, el “...*notorio retardo en el aviso a la enfermera a cargo del cambio en estado que presentó la enferma el día 20, habiendo transcurrido 5 horas a lo menos, desde la primera oportunidad en que se constató tal variación y la hora del aviso y la comunicación de ésta al médico, lo que deja de manifiesto una grave falencia en la cadena de confianza entre los profesionales antes anotados*”.

*a. 7) Por defectos en los mecanismos de atención de urgencia y traslado de pacientes*

En los recintos hospitalarios que atiendan urgencias médicas, se deben contemplar procedimientos que permitan controlar situaciones excepcionales, así como protocolos que disminuyan los factores de riesgo para el paciente. El no contemplar las medidas idóneas para una adecuada gestión en estos procedimientos es un acto (omisión) constitutivo de *falta de servicio*. La casuística nos brinda algunos supuestos.

En el caso *Villamán Riquelme c/ Tiznado Quintana y Otro*<sup>306</sup>, que ya vimos a propósito de la falta de servicio que se conforma por el hecho de un funcionario (utilización de instrumental inadecuado), y respecto de la falta de servicio que se conforma a través del hecho del Servicio (carencia

<sup>305</sup> *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, 3° JLC San Miguel, 19.10.2001, rol N° 2.882-1997, conf. CA San Miguel, 13.07.2005, rol N° 1.877-2001 (N° 44).

<sup>306</sup> *Villamán Riquelme c/ Tiznado Quintana y Otro*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108).

de recursos), también se imputó a este último, la defectuosa gestión en una situación de emergencia que provocó que el paciente perdiera la visión de su ojo.

La Corte de Apelaciones de Concepción resolvió condenar al Servicio por cuanto “...la conducta normal, adecuada [...], era que aun en el evento de no tener especialista en el momento, se debió tener por lo menos médico de llamada o ser derivado a otro centro asistencial con especialista y medios técnicos adecuados”. El fallo agregó que “...el demandado [...] debió haber adoptado las medidas para contar con personal de urgencia especializado, o tener contemplado otras medidas de urgencia, al no hacerlo importa falta de servicio por haber actuado tardíamente”<sup>307</sup>.

En el caso *Díaz Vargas c/ Servicio de Salud Central*<sup>308</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió condenar al Servicio por la defectuosa atención de Urgencia y las irregularidades en el traslado de la paciente, que se tradujo en una prestación médica ineficiente y tardía. Se dijo allí, que “...la menor A.D.C, luego de haber sufrido un compromiso súbito de conciencia, asociado a cefalea, con estado de sopor o sudoración y presencia de hálito de vómito, [...] por cuanto *las decisiones médicas adoptadas, durante su estadía inicial en el Servicio de Urgencia Pediátrica del Hospital San Borja Arriarán fueron erradas*, al no haber sido evaluada adecuadamente desde el punto de vista neurológico, al haber omitido efectuarle la alcoholemia pertinente a la sospecha clínica y por último, *al no haber sido trasladada oportunamente al Instituto de Neurocirugía para la práctica de los exámenes que requería el cuadro clínico que presentaba. Todo lo cual revela la ineficacia del servicio médico prestado, puesto que fue la falta de acuciosidad en su atención, la que impidió advertir el riesgo vital que podía tener el paciente al no recibir una atención oportuna y eficaz*”<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> *Idem.* Un caso muy similar a éste es *Báez López c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*, 4° JC Valparaíso, 31.05.2006, rol N° 2.540-2004 (N° 52).

<sup>308</sup> *Díaz Vargas c/ Servicio de Salud Central*, CA Santiago, 19.11.2009, rol N° 132-2008 (N° 178).

<sup>309</sup> *Idem.* Otro caso de defectuosa prestación de salud en Servicios de Urgencia es *Muñoz Gacitúa c/ Servicio de Salud Viña Del Mar Quillota*, 2° JLC Viña Del Mar, 25.08.2006, rol N° 1.025-2001, conf. CA Valparaíso, 3.03.2008, rol N° 2.737-2006 (N° 105).

La regla de la experiencia jurídica dice entonces, que en aquellos casos en que se reciban a pacientes de mediano y alto riesgo en recintos hospitalarios que no cuenten con medios humanos y materiales para atenderlos adecuadamente, se debe gestionar el traslado del paciente a un centro asistencial de mayor complejidad.

La transgresión a este deber de traslado puede dar origen a un retardo imputable en la prestación del Servicio, como aconteció en *Salazar Godoy c/ Servicio de Salud Bio-Bio*<sup>310</sup>, donde la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo por acreditada la falla en la gestión, por cuanto “la obligación del Servicio de Salud *si carecía de los medios necesarios para prestar atención al paciente era derivarlo con oportunidad al Hospital Regional de Concepción*, donde sí se contaba con los medios para prestarle la atención necesaria para su total recuperación. Al no actuar de ese modo cabe concluir que efectivamente hubo *falta de servicio*”.

*a.8) Por defectos en el control y vigilancia de los pacientes*

Otro deber de gran relevancia en el desarrollo de la prestación asistencial de salud es aquel relacionado con el cuidado, seguridad y vigilancia de los pacientes que se encuentran en las dependencias de la institución de salud. Sin duda, la hipótesis más recurrente de falta de vigilancia en la jurisprudencia es aquella que dice relación con los descuidos en el cuidado de pacientes psiquiátricos antes mencionados.

En *Medel Quezada c/ Servicio de Salud Aconcagua*<sup>311</sup>, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió condenar al Servicio de Salud por su deficiente gestión sanitaria, que se tradujo en la muerte de un paciente suicida, por la inadecuada vigilancia y cuidado de éste. El fallo en comento estableció, que “...se desprende que Mario Tello se suicidó arrojándose desde la ventana del comedor del establecimiento, ubicado en el tercer piso, *la cual no tenía ninguna protección o resguardo especial*, que esta ventana estaba ubicada a pocos metros de distancia del dormitorio de Tello, y que con anterioridad,

---

<sup>310</sup> *Salazar Godoy c/ Servicio de Salud Bio-Bio*, CA Concepción, 5.03.2004, rol N° 943-2002 (N° 25).

<sup>311</sup> *Medel Quezada c/ Servicio de Salud Aconcagua*, CA Valparaíso, 15.06.2005, rol N° 917-2003 (N° 40).

desde dicho lugar habían atentando contra su vida otros pacientes...”, en consecuencia, “...de los hechos precedentemente establecidos se desprende que la Dirección del Hospital Psiquiátrico *no adoptó las medidas adecuadas de protección del paciente Mario Hernán Tello*, puesto que es un hecho no discutido que la ventana por la cual se lanzó, carecía de mayores protecciones, circunstancia agravada por el hecho de que otros pacientes ya habían usado este medio para suicidarse, que Mario Hernán Tello había manifestado sus intentos suicidas e incluso había sido sorprendido encaramado en dicha ventana, *siendo un deber de la administración del hospital velar por la seguridad de sus pacientes afectados por enfermedades mentales*, todo lo cual hacen concluir al tribunal que efectivamente en la especie existió una *falta de servicio* de la administración del hospital”<sup>312</sup>.

En el caso *Ebner Peña y Otro c/ Servicio de Salud de Aysén*<sup>313</sup>, la responsabilidad por daños recayó en el Servicio de Salud en razón de su irregular funcionamiento e inadecuada atención hospitalaria hacia la paciente Valentina Villarroel, quien se suicidó mientras estaba bajo el cuidado del Hospital Regional de Coyhaique.

El fallo condenatorio de la Corte de Apelaciones de Coyhaique concluye que la muerte de la menor “...provino de la circunstancia de *no haberse asegurado su persona de modo conveniente*, mediante la vigilancia permanente de personal institucional, o mediante su mantención en condiciones ambientales o personales efectivas al efecto, o mediante su destinación a una dependencia apta del Hospital, *omisiones que permitieron se fugara y ejecutara por fin su designio autodestructivo*, que pudo evitarse con las convenientes conductas en contrario”.

En el citado *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*<sup>314</sup> se imputó responsabilidad al Servicio de Salud, por la intoxicación

---

<sup>312</sup> *Idem*. Otros casos similares son: *Torres Trigo c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio* 1º JLC de Valparaíso, 31.12.2004, rol N° 1.672-2000 (N° 69) y *Urrea Reyes c/ Fisco de Chile*, CA Valparaíso, 16.10.2007, rol N° 47-2007 (N° 73).

<sup>313</sup> *Ebner Peña y Otro c/ Servicio de Salud de Aysén*, CA Coyhaique, 30.12.2009, rol N° 101-2009 (N° 134).

<sup>314</sup> *Pérez Cabello y Otro c/ Servicio de Salud Metropolitano Sur*, 3º JLC San Miguel, 19.10.2001, rol N° 2.882-1997, conf. CA San Miguel, 13.07.2007, rol N° 1.877-2001 (N° 44).

de una paciente psiquiátrica al injerir medicamentos por falta de una adecuada vigilancia. De esta forma, el fallo de primera instancia que luego sería confirmado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, resolvió condenar al Servicio de Salud por cuanto resulta "...inconcuso que el hecho que la paciente antes mencionada hubiere podido *deambular por la sala y pasillos del hospital*, llegando en reiteradas oportunidades a la clínica de enfermería [lo que], denota a lo menos, *falta de vigilancia a una enferma en riesgo y psiquiátrica*", así como también, "la circunstancia que, precisamente en la clínica de la enfermería se mantenían los medicamentos que debían ser suministrados a los pacientes, y que la enferma de la cama contigua a la señora Pérez, [...], se encontraba hospitalizada por una dolencia crónica, de la que fue tratada con hipoglicemiantes. Lo que permite ciertamente inferir, que dicha insana mantenía en su poder las señaladas medicinas, [...], sustancias estas que precisamente producen el efecto por el que la señora Pérez llegó al estado ya referido, y finalmente fallecer. Todo lo cual lleva indefectiblemente a colegir, que a lo menos, *no se adoptaron las medidas adecuadas a fin de evitar la posibilidad altamente probable, que la antes mencionada pudiere reintentar un atentado contra sí misma*".

Por razones obvias, el mencionado deber se exige con mayor rigor respecto de los recién nacidos. En el tristemente célebre *Gaete Redín c/ Hospital Sótero Del Río*<sup>315</sup>, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió condenar al Servicio de Salud por la sustracción de un menor recién nacido que provocó una serie de daños morales a los actores que se evaluaron en la suma de \$10.000.000. En la decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel se dejó establecido, que "...el daño moral consiste en el detrimento, angustia, dolor sufrimiento o menoscabo psicológico que cualquier persona puede experimentar a raíz de la *sustracción de un menor recién nacido, persona desvalida e indefensa*, que puede ser mayor existiendo un vínculo de parentesco, en este caso son los padres del menor sustraído, lo que hace suponer que sufrieron depresión y angustia que puede ser perdurable en el tiempo si no es tratada adecuadamente. Es necesario además, tener presente que el

---

<sup>315</sup> *Gaete Redín c/ Hospital Sótero del Río*, CA San Miguel, 12.06.2008, rol N° 439-2008 (N° 91).

menor recién nacido, *fue sustraído desde un recinto hospitalario, lugar donde debía contar con la protección suficiente*”<sup>316</sup>.

Por último, en el caso *Tello Soto c/ Hospital Clínico de la Universidad de Chile*<sup>317</sup>, se responsabilizó a dicha institución estatal por la falta de cuidado y ausencia de mecanismos de control hacia el paciente de 73 años Felipe Tello que, estando hospitalizado y medicado por un cuadro de mareos, náuseas e inestabilidad de la marcha, cayó de su cama al suelo sufriendo la fractura de su cadera que a la postre provocaría la invalidez definitiva del paciente.

La Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo de primer grado, condenando a la Universidad de Chile (institución de la cual depende

---

<sup>316</sup> *Idem*. Otro caso de falta de servicio por inadecuada vigilancia de pacientes se dio en *Álvarez Salazar c/ Servicio de Salud Atacama*, 2º JL Copiapó, 28.05.2010, rol N° 37-2007, conf. CA Copiapó, 21.11.2010, rol N° 252-2010 (N° 161). En los hechos se trató de una paciente que sufría de leucemia, internándose en el Hospital Regional San José de Copiapó por una complicación derivada de su dolencia. Mientras permanecía en el recinto, cayó de su cama por la falta de vigilancia de parte del Hospital, caída que provocó su fallecimiento cuatro días más tarde. El fallo condenatorio de primer grado estableció, que “...la falta de servicio que se reclama no es aquella referida a la atención médica de la paciente con fecha posterior al hecho de la caída de su cama clínica, sino más bien dicha falta de servicio, se refiere a la *falta de atención, descuido, falta de vigilancia de la paciente*, quien encontrándose en su cama clínica sufre una caída, quien luego de su atención hospitalaria sería dada de alta para regresar a su domicilio; hecho éste que a raíz de dicha caída no fue posible concretar y la que sufrió lesiones que se consignan en el informe [...] y la que falleció posteriormente por la causal que se señala en el protocolo de autopsia [...]; en consecuencia, ha quedado establecido con las probanzas analizadas y sin perjuicio de la patología base que afectaba a la paciente, una *responsabilidad por falta de servicio*, en cuanto como ya se dijo, por la *falta de atención, cuidado a la paciente, falta de cuidado y atención que permitieron que la paciente sufriera el accidente de caerse de su cama clínica*”.

La Corte de Apelaciones de Concepción, tras confirmar el fallo de primer grado, resolvió condenar al Servicio de Salud demandado al pago de una suma de \$15.000.000 al demandante (hijo de la víctima), por el daño moral ocasionado por la muerte de su madre. En materia de causalidad, resulta sumamente interesante que la Corte haya fijado la indemnización aun teniendo presente el grave estado de salud de la víctima antes de la caída, pues, concluyó, que “...si bien la madre del actor padecía de una grave enfermedad terminal, *su fallecimiento se produjo por causas absolutamente ajenas a ella...*”.

<sup>317</sup> *Tello Soto c/ Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, CA Santiago, 19.11.2009, rol N° 7.432-2008 (N° 121).

el Hospital Clínico<sup>318</sup>) al pago de una indemnización por daño moral de \$20.000.000 para el afectado, \$10.000.000 para su cónyuge y de \$5.000.000 para su hijo. En el fallo de la Corte quedó establecido que "...la condición del paciente hacía necesario *extremar las medidas de cuidado*, como el uso de una cama con baranda perimetral de protección o en su defecto asegurar al paciente a la cama, como se hacía con otros 'que se amarraban con correas', o bien, disponer de personal de vigilancia nocturna para auxiliar a aquellos pacientes de una condición de salud más complicada". Luego, la Corte agrega, "...como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias *sólo pueden ser evitadas por el Hospital, a quien le asiste la obligación de cuidado*, es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la caída era previsible y evitable", en consecuencia, "se encuentra acreditada la negligencia del establecimiento hospitalario al *no disponer de medidas de protección* para evitar lesiones a los clientes productos de caídas, y que la lesión fue producto precisamente de ese accidente"<sup>319</sup>.

#### *a.9) Por defectos de notificación de enfermedades*

Dentro de este tipo de *falta de servicio*, se agrupan aquellas deficiencias relacionadas con la omisión o defectuosa notificación de enfermedades con trascendencia importante tanto para la persona que particularmente tiene la patología, como para la salud pública. Nuestros tribunales se refirieron a este supuesto en *Bazán Olivares y Otro c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*<sup>320</sup>. En el caso, el demandante Cristián Morales donó sangre para el hermano de su pareja en el Hospital Regional de Rancagua. El Banco de Sangre del Hospital, al hacer los exámenes de rutina para descartar cualquier tipo de patología, detectó que el donante era portador del virus VIH mas, no le notificó esta información. Más tarde (en el juicio) se alegaría, que corresponde al donante la responsabilidad de verificar el resultado de su muestra sanguínea.

---

<sup>318</sup> *Vid. Supra*, §1, I, N° 3.

<sup>319</sup> Un caso similar terminó con la condena al Servicio de Salud Atacama por la muerte de un paciente de 74 años, provocada a raíz de las graves lesiones sufridas tras caer de su cama por la negligencia de los funcionarios del Hospital San José del Carmen de Copiapó, quienes no adoptaron las medidas necesarias para evitar la caída, *Álvarez Salazar c/ Servicio de Salud Atacama*, CS, 19.04.2011, rol N° 852-2011 (N° 161).

<sup>320</sup> *Bazán Olivares y Otro c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CA Rancagua, 7.07.2007, rol N° 1.136-2007 (N° 137).

Dos años después de los acontecimientos relatados, don Cristián Morales toma conocimiento de que es portador del VIH desde hace varios años, y decide demandar al Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins por su deficiente gestión sanitaria consistente en no haberle notificado el resultado de su muestra de sangre. Adicionalmente, la pareja del Sr. Morales doña Karen Bazán, también enderezó demanda civil contra el Servicio de Salud, por cuanto resultó contagiada con el virus por su pareja, atribuyendo causalmente dicho resultado a la *falta de servicio* del Hospital al no haber dado noticia a su pareja del mortal virus de que era portador, lo que en definitiva se tradujo en que doña Karen se contagiara.

El fallo de primera instancia acogió la demanda civil contra el Servicio de Salud, condenándolo al pago de una indemnización de \$15.000.000 por el daño moral causado a cada uno de los actores. El referido fallo estableció la *falta de servicio* al no dar aviso al demandante de que era portador del virus VIH por cuanto, “tenía la calidad de donante y no de paciente, por ello *no había ninguna obligación de ir a conocer el resultado de los exámenes*; además no tenía ni siquiera interés en saber el resultado, pues no había sospecha de ser portador de SIDA y tampoco tenía interés en ser un donante permanente”.

La Corte de Apelaciones de Rancagua coincidió con el juez de primera instancia y, consideró que “cualquiera que sea el significado que quiera dársele al acto de notificar de ser portador de una grave enfermedad, como la que presentan los actores, *obligaba al Servicio de Salud, en conocimiento de ello, agotar todos los medios para hacer saber a Cristián Morales Castillo el resultado que dicha autoridad conocía*. Lo que conlleva a ratificar lo concluido por la juez del grado, en orden a que el indicado [...] *no fue notificado de que era portador de Sida, en los términos que la disposición legal pertinente contempla*”.

Adviértase que el fallo de segunda instancia dejó establecido que el actor no contrajo el mortal virus por la deficiente gestión del Hospital, por lo que no hubo allí falta, pero lo que “...sí es enteramente atribuible a *falta de servicio*, es el posterior comportamiento del Servicio de Salud, al *no haberlo notificado inmediatamente de conocido el resultado de que era portador de tan seria enfermedad*, pues aquél sólo vino a enterarse de esa circunstancia, dos años y meses después de haberse detectado. Noticia que

además llegó a su conocimiento, con ocasión de que dicha enfermedad le fue detectada a su pareja Karen Bazán Olivares”.

Consecuentemente con lo anterior, la Corte de Apelaciones estableció, que como consecuencia de la referida falta de notificación al demandante, éste “...no pudo someterse a tratamiento alguno para mitigar los efectos de su enfermedad durante el período en que no tuvo conocimiento de su enfermedad”; “... perdió más de dos años de someterse a tratamiento médico, de una manera oportuna y eficaz”, y “No tuvo la posibilidad de hacer saber a su pareja de la enfermedad de cual era portador, ni representarse la posibilidad cierta de transmitirla”.

Adicionalmente, la Corte decidió elevar el monto de la indemnización por el daño moral ocasionado a doña Karen Bazán a la suma de \$50.000.000 por cuanto, “se encuentra en una situación, en que su contagio con el VIH SIDA, *es atribuible enteramente a la falta de servicio* establecida en la causa, desde que de haber estado en conocimiento de que quien sería su pareja, era portador de la grave enfermedad de que tratan estos antecedentes, *habría podido libre y conscientemente aceptar o no el riesgo de tener relaciones sexuales con Morales Castillo y procrear*”. Agregó la Corte, que “de no ser por esta *falta de servicio*, tenía claramente la oportunidad de impedir el contagio, por lo que la circunstancia de ser portadora del virus VIH, claramente es *una consecuencia inmediata y directa de la omisión de la demandada y no de la conducta irresponsable del mencionado Morales como lo sostiene la demandada*”. En este caso, la referencia a la *pérdida de la chance* es expresa.

En *Huenchur Bórquez c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*<sup>321</sup>, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt reprochó el funcionamiento del Servicio de Salud demandado, por cuanto su gestión ineficiente provocó que don José Huenchur haya perdido la oportunidad de recibir tratamiento oportuno para evitar la progresión del virus VIH, lo que no habría acontecido si hubiera sido notificado precozmente de la presencia del referido virus en su organismo.

---

<sup>321</sup> *Huenchur Bórquez c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 31.08.2009, rol N° 3.648-2006 (N° 175)

El fallo de Corte de Apelaciones, ponderando el daño moral de acuerdo al art. 41 de la Ley AUGE/2004, determinó una indemnización de \$5.000.000, por cuanto, "...la demandada incurrió en *falta de servicio*, pues en la atención del actor se omitieron los actos que diligentemente debieron hacerse para agotar la comunicación del resultado de la muestra de sangre tomada cuando aquel concurrió a donar sangre, lo que habría permitido una atención e ingreso al programa de control del SIDA con la anticipación necesaria para evitar una mayor progresión del estado en que se inició el tratamiento y la afectación psicológica que se ha producido en el actor"<sup>322</sup>.

*a.10) Por infracción a los reglamentos de dotación y gestión*

La hipótesis más clara y que, por lo mismo, presentará menos dudas dentro de las hipótesis de *falta de servicio*, será aquella en que la "falta" del órgano se configure por infracción a reglamentos de gestión y dotación del Servicio. De allí, su importancia superlativa.

Estamos ante un tipo de culpa contra la legalidad, pues el parámetro o estándar del funcionamiento y gestión médico-sanitaria debido ha sido fijado por la autoridad médica correspondiente y, su infracción constituye una hipótesis de *falta de servicio* automática. Por cierto que se trata de estándares mínimos y no máximos, pues, siempre que concurren circunstancias especiales, el juez podrá elevar los estándares referidos.

En Chile, el problema de este tipo de casos se agudiza porque no existe una adecuada sistematización de los protocolos y reglamentos que se encuentran vigentes. Esta situación acaba afectando el acceso a esa información tanto a los pacientes, como a los propios funcionarios que deben cumplirlos. La realización de un gran catastro de protocolos y reglamentos ministeriales, es una de las tareas pendientes en la materia.

---

<sup>322</sup> En el caso *Peralta Peralta c/ Servicio de Salud Iquique*, CA Iquique, 29.08.2008, rol N° 696-2008 (N° 87), se reprochó la gestión del Servicio de Salud al no informar ni notificar, a la afectada, que el examen de sangre que se le había realizado (y que indicaba que era portadora del virus VIH) debía ser confirmado por un segundo examen a realizarse por el Instituto de Salud Pública, lo que hubiese permitido confirmar que la paciente no era portadora del mortal virus, "...y al no haber obrado así el Servicio de Salud, ello constituyó falta de servicio". La condena establecida por la Corte de Apelaciones de Iquique fue de \$20.000.000.

Respecto de la *dirección* del hospital, el Reglamento de Hospitales y Clínicas (D.S N° 161/1982)<sup>323</sup> en su art. 16, contiene un catálogo de prescripciones cuyo incumplimiento negligente constituirán hipótesis de *falta de servicio* para el establecimiento de salud que no disponga, como mínimo, de atención médica de emergencia; hidratación y transfusiones; aplicación de oxígeno y aspiración; disponibilidad permanente de material e instrumental esterilizados; medicamentos de urgencia y evacuación expedita de los pacientes y del personal, en caso de incendios u otras catástrofes.

También revelará un funcionamiento defectuoso del establecimiento de salud la ausencia de registro o información bioestadística sobre fichas clínicas individuales de los pacientes<sup>324</sup> o, la ausencia de registro o información sobre las denuncias de enfermedades de notificación obligatoria (art. 17 D.S N° 161/1982). Además, todas estas informaciones que afecten a personas internadas o atendidas en el establecimiento de salud son de carácter reservadas y caen dentro del denominado secreto profesional (art. 22 D.S N° 161/1982), cuya transgresión generará responsabilidad para el Servicio de Salud<sup>325</sup>.

También en relación con la *dirección* del personal médico-sanitario, todo establecimiento deberá disponer de (al menos) un profesional de la salud, en forma continua encargado de la atención nocturna, cuyo nombre y profesión deberá darse a conocer en un sitio destacado y, de un sistema que asegure la atención médica de las emergencias internas (art. 26 D.S N° 161/1982).

Respecto a la *gestión* del establecimiento de salud, la normativa reglamentaria obliga al Director del establecimiento a hacerse cargo de todos los

---

<sup>323</sup> Publicado en el *D.O.* 19.11.1982, modificado por el D.S N° 152/2005, publicado en el *D.O.* de 8 de febrero de 2006.

<sup>324</sup> De acuerdo al art. 17 del D.S N° 161/1982, dicha información debe ser mantenida por el establecimiento de salud por un plazo no inferior a diez años contados desde la última atención del paciente.

<sup>325</sup> De acuerdo al art. 22 del D.S N° 161/1982, sólo el Director Técnico del establecimiento podrá proporcionar o autorizar la entrega de dicha información a los Tribunales de Justicia y demás instituciones legalmente autorizadas para requerirla (inciso segundo). Respecto de otra clase de instituciones, sólo podrá proporcionarse información con la conformidad del paciente o entregarse datos estadísticos globales en los que no se identifique a personas determinadas (inciso final).

aspectos técnicos y *controlar* el correcto funcionamiento de los equipos, instrumentos e instalaciones necesarias para la correcta atención de los pacientes, así como a la fiscalización del cumplimiento de las normas y procedimientos respectivos por parte de la dotación del establecimiento. En consecuencia, serán indemnizables, entre otros, los daños ocasionados por: la inobservancia de las normas y procedimientos de parte del personal del establecimiento (art. 19 inciso primero); el incumplimiento de las disposiciones sobre asepsia, antisepsia y demás normas técnicas aprobadas por el MINSAL con el objeto de prevenir infecciones intrahospitalarias (art. 19 letra d); la infracción de la normativa sobre Laboratorio clínico, banco de sangre, radiología y demás unidades de apoyo técnico (art. 23 letra d); disponer la entrega inadecuada del recién nacido a cualquier persona que no sean sus padres o representantes legales o, disponer de los restos del feto fallecido omitiendo entregarlos a sus padres o representantes legales, y en este caso además, omitir extender el certificado médico de defunción (art. 40); no extender el certificado de defunción y estadística de mortalidad fetal en el caso de los productos de la concepción que no alcanzaron a nacer y sea posible diferenciarlo o identificarlo respecto de las membranas ovulares o del tejido placentario cualquiera sea su peso o edad gestacional (art. 40 inc. segundo)<sup>326</sup>.

La aplicación de este tipo de *falta de servicio* se puede advertir en *Tiara Abarca c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*<sup>327</sup>. En este caso, la señora Carolina Leiva concurrió al hospital para dar a luz a su hijo Pascual quien, debido a su gran tamaño (5,430 kg), nació con asfixia y varias fracturas en el cuerpo.

Al conocer el caso, la Corte de Rancagua desvaloró la conducta de los funcionarios y del Servicio, al estimar que la atención del hospital se apartó de los protocolos médicos. Se dijo, "...que se puede colegir que el fenómeno retención de hombros *debe preverse en fetos con estimación de peso superior*

---

<sup>326</sup> En estos casos, el establecimiento de salud no puede disponer de los restos antes de las 72 horas, plazo en que la madre puede solicitar la entrega de éstos con fines de inhumación (art. 40 inc. segundo).

<sup>327</sup> *Tiara Abarca c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O'Higgins*, CA Rancagua, 13.10.2009, rol N° 727-2008 (N° 129). Un caso de similares resultados es *Torres Velásquez c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 18.12.2003, rol N° 1.703-2003 (N° 30).

a los 4 kilos. De manera que *si ese fenómeno se contempla expresamente* en una guía de procedimientos perinatales del Ministerio de Salud, del cual *debe tener conocimiento todo funcionario de la salud*, en especial aquellos que laboran en maternidad, la circunstancia de no darle importancia a un dato que hacía suponer la existencia de un bebé con un tamaño superior a 4 kilos, como lo diagnosticaba una ecografía tomada a las 30 semanas, *constituye un error de apreciación*, que lleva necesariamente a calificar la actuación del hospital de San Fernando como *falta de servicio...*".

Otro caso en que nuestros tribunales han ordenado una reparación pecuniaria por la trasgresión de una norma reglamentaria es *Villar Pavez c/ Servicio de Salud Área Hospitalaria Central*<sup>328</sup>. En la especie, don Héctor Villar Pavez, concurrió a la asistencia pública con el objeto de donar sangre para su tío enfermo. En el Banco de Sangre de dicho establecimiento se le extrajo sangre, sin mayores indicaciones acerca de la fase posterior de recuperación. Al culminar la extracción, el señor Villar se levantó de la camilla donde se encontraba, perdió el conocimiento y se cayó golpeándose la cabeza en el suelo, lo que le produjo un coma profundo. Posteriormente, se le diagnosticó traumatismo encéfalo craneano cerrado (TEC), fractura fronto temporal derecha y hematoma extradural fronto temporal derecho.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo de primera instancia, añadiendo que "*...en el capítulo III sobre normas de Bancos de Sangre [...], se expresa que el donante de sangre debe ser controlado previamente para verificar que está sano, según su aspecto general, cuál es su edad, peso, pulso, presión y temperatura, [...], expresándose que debe proporcionarse a este último un ambiente de comodidad*". Un poco más adelante refirió, "*...lo anterior demuestra que los responsables del Banco de Sangre deben ajustarse a las normas señaladas y que, si no acreditan haberlas cumplido y el dador sufre un accidente, como la lipotimia, serán de cargo de aquellos las consecuencias que afecten a este último*".

El fallo concluye reafirmando este tipo de *falta de servicio* al sostener, que "*no aparece acreditado que se haya dado cumplimiento a las normas*

---

<sup>328</sup> *Villar Pavez c/ Servicio de Salud Área Hospitalaria Central* CA Santiago, 15.03.1988, rol N° 5.911-1986 (N° 2).

*antedichas*, por lo que el Servicio Nacional de Salud responde por los daños sufridos por el dador de sangre”<sup>329</sup>.

*b) Falta de servicio por defectos de dirección y gestión de los recursos materiales y tecnológicos*

Bajo este título se agrupan aquellas hipótesis de prestación de un servicio defectuoso originado por fallas o carencias en los recursos materiales necesarios para otorgar una correcta prestación a los pacientes beneficiarios. En este sentido, de acuerdo al Reglamento de Hospitales y Clínicas al que ya nos hemos referido anteriormente, podemos encontrar una serie de estándares que nos permitirán determinar el nivel de funcionamiento que se espera del Servicio de Salud.

Del reglamento se desprende que habrá *falta de servicio* del hospital, cuando el daño se produzca como consecuencia de un manejo y control defectuosos de los equipos, instrumentos e instalaciones del recinto hospitalario (art. 19 inciso primero); un manejo inadecuado de productos terapéuticos (art. 23 letra a) y/o productos radioactivos y sustancias ionizantes (art. 23 letra b); una conservación y custodia defectuosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos farmacéuticos que causan dependencia o que estén sometidos a controles especiales (art. 23 letra c); una disposición inadecuada de cadáveres, restos orgánicos, desechos biológicos (art. 23 letra e) y de excretas y basuras (art. 23 letra g), y e) un deficiente control del material o equipo que constituyan riesgo para la salud de las personas (art. 23 letra h).

Además de los casos descritos, la jurisprudencia ha establecido la responsabilidad del Servicio por su deficiente gestión de los recursos materiales e instrumental médico sanitario en otros casos en los que la actuación del Servicio de Salud, no se ajusta a la norma que los jueces establecen para el caso.

---

<sup>329</sup> Otros casos en que se configuró la falta de servicio por infracción de protocolos médico-sanitarios son: *Retamales Soto c/ Municipalidad Quilicura y Servicio de Salud Metropolitano Norte*, CA Santiago, 25.06.2009, rol N° 8.585-2006 (N° 170), *Godoy Post Eugenio c/ Servicio de Salud Valdivia*, CA Valdivia, 9.05.2005, rol N° 2.764-2005 (N° 59), *Muñoz Espinoza c/ Servicio de Salud Magallanes*, CA Punta Arenas, 10.11.2004, rol N° 220-2004 (N° 39).

*b.1) Por carencia de equipamiento e instrumental médico hospitalario*

De acuerdo a la normativa reglamentaria que hemos referido, todo Servicio de Salud debe disponer de equipamiento e instrumental médico sanitario suficiente como para dar cumplimiento a las prestaciones médico-sanitarias de manera eficiente y diligente. En consecuencia, las fallas de gestión de los Servicios de Salud relacionadas con la falta de semejantes recursos no puede excusarse y la jurisprudencia así lo ha establecido.

En *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud de Coquimbo*<sup>330</sup>, el 2º Juzgado Civil de La Serena resolvió que el Servicio de Salud demandado infringió la normativa reglamentaria sobre funcionamiento de Hospitales y Clínicas, al no contar con un equipo de reanimación cardíaca, provocando con ello las lesiones cerebrales irreversibles en la paciente que sufriera una anoxia severa por no salir de un paro cardíaco.

En el comentado fallo, que luego sería confirmado por la Corte de Apelaciones de La Serena se refirió que "...existe responsabilidad extracontractual del Estado, por su actividad administrativa [...] con *motivo de que existiera sólo un monitor electrocardiográfico en el Hospital San Pablo de Coquimbo, [...]*, para uso de todos sus distintos departamentos, lo que originó como se expuso, demora en el diagnóstico de la afección de la aludida señora y con motivo de que se realizaron en él operaciones de cirugía mayor en dicho hospital, como la del caso de autos, sin que existiera en él, al tiempo de operarse ella, un desfibrilador eléctrico". A ello se agregó que "...la circunstancia de que el decreto supremo del Ministerio de Salud N° 161 de 6 de agosto de 1982, [...], que reglamenta los hospitales y clínicas privadas, *exige a éstos, [...]*, que los establecimientos de ese carácter que desarrollan especialidades quirúrgicas *deben contar a lo menos en sus salas quirúrgicas y en sus salas de recuperación post operatorias*, entre otros equipos, de un equipo de reanimación cardiocirculatoria de lo que se concluye que por parte del hospital de Coquimbo *hubo falta del debido servicio en la atención de la paciente señora Brito*, aumentando así el riesgo de que fue objeto y que devino en su encefalopatía anóxica esquémica con daño cerebral severo que la dejara de por

---

<sup>330</sup> *Morales Aguirre c/ Servicio de Salud de Coquimbo*, 2º JLC La Serena, 31.03.1989, s/r, conf. CA La Serena, 22.11.1989, rol N° 629 (N° 3).

vida inválida, daño del que el Servicio de Salud, Cuarta Región, resulta entonces responsable y que debe indemnizar [...]”.

En otros casos, la carencia de medios materiales ha servido, junto con otros factores, para determinar que la prestación médica misma ha sido deficiente. Así, en el citado *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*<sup>331</sup>, la Corte de Casación confirmó la condena contra el Servicio de Salud, por haber encomendado sólo a un estudiante de medicina el tratamiento y, además, por haber dispuesto la intervención quirúrgica (cesárea) de la demandante, sin los medios o instrumentos técnicos necesarios que la buena práctica médica aconsejaba.

El fallo de la Corte Suprema refirió que “...la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiple asumiendo con ello un inherente riesgo y *el acometer tales tareas en locales carentes de elementos indispensables*”.

En *Gallardo Santibáñez y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>332</sup>, se comprobó que la circunstancia de no contar con los medios técnicos suficientes como para hacerse cargo del agravamiento de la condición de salud de la madre parturienta, motivó su derivación a otro recinto sanitario, lo que se tradujo en una tardanza en la prestación de salud por parte del Servicio demandado. A la larga, provocaría su muerte y la del feto que llevaba en su vientre.

Haciéndose cargo de la demanda, la Corte de Apelaciones de Concepción refirió que “si el Hospital de Cañete *hubiera contado con los medios para hacerse cargo del agravamiento de la salud de la paciente*, esa intervención se habría practicado a lo menos a las 10 horas (a esta hora se constata la muerte del feto y posible desprendimiento de la placenta) y por ende se pudo (sic) diagnosticar en la misma intervención, la rotura hepática”, agregó, que

---

<sup>331</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634 (N° 1).

<sup>332</sup> *Gallardo Santibáñez y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 20.08.2009, rol N° 1.088-2008 (N° 173).

“así las cosas, al disponerse el traslado de una paciente de alto riesgo que padecía de una hipertensión crónica, *restó toda posibilidad de enfrentar con éxito el agravamiento de su salud que le ocasionó la muerte*”<sup>333\_334</sup>.

*b.2) Por defectos en la infraestructura e instrumental médico hospitalario*

Este tipo de fallas incluye aquellos supuestos en que los recursos materiales tienen algún defecto que causa o que se relaciona causalmente con el daño sufrido por el paciente. Los defectos se pueden dar en la infraestructura así como en el diseño de los equipamientos y de los materiales quirúrgicos, así como en los equipos electrónicos que se usan en la terapia.

A propósito de este tipo, en *Igor Mansilla c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*<sup>335</sup>, curiosamente se falló que al Servicio de Salud demandado le correspondía responsabilidad por contribuir en el error de un funcionario —que administró un medicamento equivocado—, ya que el lugar físico donde

---

<sup>333</sup> La jurisprudencia ha resuelto que si un determinado recinto sanitario no cuenta con los medios técnicos necesarios para dar cumplimientos a las exigencias de sus pacientes, debe disponer su traslado inmediato hacia el hospital más cercano que cuente con la implementación requerida. Así, en *Salazar Godoy c/ Servicio de Salud Bió-Bío*, CA Concepción, 5.03.2004, rol N° 943-2002 (N° 25); *Elgueta Lizarrague c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 14.01.2011, rol N° 110-2010 (N° 162)

<sup>334</sup> Otros casos en que se atribuyó responsabilidad al Servicio de Salud por carencias de equipamiento e instrumental médico son: *Catrileo Arraño c/ Servicio de Salud Metropolitano*, 4° JLC San Miguel, 29.05.2009, rol N° 1.350-2003, conf. CA San Miguel, 20.07.2010, rol N° 895-2009 (N° 140), *Villamán Riquelme c/ Tiznado Quintana y Otro*, CA Concepción, 27.05.2009, rol N° 917-2007 (N° 108) y *Morales Valenzuela y Otros c/ Servicio de Salud Concepción*, 3° JLC Concepción, 21.06.2004, rol N° 4.091-2002, conf. CA Concepción, 11.08.2005, rol N° 2.390-2004 (N° 42).

<sup>335</sup> *Igor Mansilla c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 6.03.2006, rol N° 738-2006 (N° 46). En el caso *Gómez Cortés c/ Servicio de Salud Atacama*, CA Copiapó, 9.07.2010, rol N° 21-2010 (N° 142), se reprochó al Servicio de Salud la carencia de un medicamento específico y necesario para la recuperación del paciente, ineficiencia que posibilitó la muerte del menor Sebastián Gómez. El fallo de la Corte de Apelaciones estableció, que es al Servicio de Salud “...a quien incumbe proporcionar a los pacientes la *infraestructura y los medios necesarios para la recuperación de su salud* y, en el caso de autos, al menos mitigar el dolor”.

La Corte de Apelaciones de Copiapó, tras confirmar el fallo de primer grado, resolvió condenar al Servicio de Salud demandado al pago de una indemnización de \$30.000.000, por el daño moral ocasionado a la madre del menor fallecido.

se encontraban los fármacos dentro del recinto asistencial, contaba con deficientes condiciones de luminosidad. Así, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción estableció que “existen antecedentes que demuestran que contribuyó al error, un elemento de directa responsabilidad del empleador, como *eran las condiciones de luminosidad del lugar en que se encontraban almacenados los fármacos*”. “En efecto, consta del informe del médico [J. J. V.], Jefe del Programa de la Mujer del Servicio demandado, [...], que éste constató que *la iluminación del pabellón donde permanecían los fármacos era escasa* y que los medicamentos no estaban adecuadamente identificados, al momento de ocurrir el hecho, situación que para estos sentenciadores contribuyó al hecho que se llevara a la paciente un medicamento equivocado”.

En otros casos, el defecto en la infraestructura tiene directa relación con el defecto en la seguridad de los pacientes. Paradigmático en este sentido es *Urra Reyes c/ Fisco de Chile*<sup>336</sup>. En este caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió que “como se dejó establecido [...], la sala de aislamiento en que atentó en contra de su vida Leonardo Mancilla *carecía de una cámara de vigilancia, se encontraba separada de la sala de enfermería y no existía vista directa de lo que allí ocurría*, sin perjuicio de que además, con posterioridad a los hechos materia de esta causa, se eliminó de la sala de aislamiento para la seguridad de los enfermos, la rejilla que sirvió de soporte para el ahorcamiento de Leonardo Mancilla y un vidrio de la ventanilla, lo que revela que existía una deficiencia en la vigilancia y seguridad de los enfermos”.

Otro caso muy similar es *Torres Trigo c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*<sup>337</sup>. Allí se resolvió condenar al Servicio de Salud demandado, por la deficiente gestión del Hospital Psiquiátrico del Salvador en el cuidado de la paciente con diagnóstico de trastorno esquizofreniforme, quien se suicidó colgándose del closet, al no contar con el equipamiento adecuado para su vigilancia.

El dictamen de primera instancia, que luego sería confirmado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, estableció que “...las medidas de resguardo de

---

<sup>336</sup> *Urra Reyes c/ Fisco de Chile*, CA Valparaíso, 16.10.2007, rol N° 47-2007 (N° 73).

<sup>337</sup> *Torres Trigo c/ Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, 1° JLC Valparaíso, 31.12.2004, rol N° 1.672-2000, conf. CA Valparaíso, 4.04.2006, rol N° 704-2005 (N° 69).

los hospitales y clínicas psiquiátricas apuntan al cumplimiento del deber de indemnidad del paciente internado, proveyendo en su seguridad y control”, agregó asimismo que “...en el establecimiento asistencial existían fallencias en su equipamiento, como es contar con monitores y por otro lado se mantenían elementos peligrosos en las piezas, lo que permitió a la paciente contar con los medios para lograr su cometido”. Finalmente, la sentencia concluye que “...ha quedado acreditado que por parte del recinto hospitalario hubo un mal funcionamiento, una mala y deficiente atención prestada por el Hospital del Salvador [...] por falta de infraestructura adecuada del hospital, que [...] de haber existido una mejor adecuación a los elementos con que contaba el recinto, habrían evitado que la paciente concretara sus propósitos suicidas” “[...] la inadecuada infraestructura del recinto hospitalario, por parte de la demandada, conforman un mal funcionamiento del Servicio de Salud demandado”.

### *b.3) Por falta de asepsia en instalaciones o esterilización de materiales*

Un último, pero no menos importante supuesto de *falta de servicio* por defectos de dirección y gestión de los recursos materiales y tecnológicos, lo constituyen las deficiencias del Servicio por la falta de asepsia de sus instalaciones y/o instrumentales médico-sanitarios. Por supuesto, que estos casos sólo generan responsabilidad por daños cuando se puedan relacionar causalmente con la acción de bacterias o virus que infrinjan daños al paciente.

En la jurisprudencia chilena son muchos los casos de este tipo y, por lo general, se presentan relacionados con la no erradicación de las infecciones intrahospitalarias y con la ausencia de protocolos adecuados para detectar y neutralizar la acción de estas infecciones.

En *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*<sup>338</sup>, por ejemplo, se reprochó el deficiente funcionamiento del Hospital Valparaíso, al disponer la operación quirúrgica de una paciente en instalaciones que, además de defectuosas, se encontraban desaseadas y con una manifiesta falta de higiene. En el fraseo de la Corte, esta situación aumentó los riesgos

---

<sup>338</sup> *Brito Godoy c/ Servicio de Salud Valparaíso San Antonio*, 1° JLC Valparaíso, 30.09.2002, rol N° 2.479-1998, Conf. CA Valparaíso, 24.08.2004, rol N° 4.309-2002 (N° 32).

de la intervención que con posterioridad se tradujo en el deceso de doña Lucila Godoy.

El fallo condenatorio dio por acreditado, que “...el procedimiento médico de colangeografía endoscópica metrógrada a la paciente Lucila Godoy, *se hizo en condiciones totalmente inadecuadas, riesgosas y peligrosas para la salud de la paciente*, lo que le causó una lesión en el páncreas, provocando una pancreatitis hemorrágica, originando un cuadro complicado de daños a la salud, que en definitiva le produjo la muerte”. El tribunal consideró, que “...ha quedado acreditado *el desaseo y la falta de higiene del lugar del Hospital de Valparaíso*, donde se encontraba internada la paciente Sra. Lucila Godoy, lo que dado la gravedad de las afecciones de la paciente, *requería de un lugar en que se extremaran los cuidados en todos los aspectos*, afectando esas circunstancias a aumentar los riesgos para su recuperación”.

En cuanto a las infecciones intrahospitalarias, no se puede dejar de mencionar el caso *Oviedo Pérez c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>339</sup>. En los hechos, la paciente doña Adriana Fierro Caamaño se sometió a una intervención quirúrgica para que le extrajeran la vesícula y contrajo una infección mientras permaneció internada en el Hospital Las Higueras que, a la postre, la llevó a la muerte.

En lo medular, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción refirió, que “el Servicio de Salud de Talcahuano no podría eludir su responsabilidad en el acaecimiento del deceso de la señora Fierro, porque *fue en su establecimiento hospitalario que ésta contrajo la mortal infección*, no habiéndose controvertido, [...], que a él ingresó *en ese aspecto sana y sólo para obtener mejoría de un problema de vesícula que la aquejaba*”. Luego se agregó, que “...no parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad, fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento...”, ya que “si las infracciones intrahospitalarias existen, *es deber del servicio erradicarlas*, y, si ello no es completamente posible, *debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren*, a fin de impedir su nefasta acción, y cuando de todas maneras debido a una

---

<sup>339</sup> *Oviedo Pérez c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 10.08.2000, rol N° 1.977-1999 (N° 17).

infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces, que *ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia*”<sup>340</sup>.

Por otro lado, en *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*<sup>341</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción reprochó al Servicio de Salud demandado el hecho de no haber prevenido la infección intrahospitalaria que afectó a la demandante y, el hecho de que, una vez producida, no haya sido detectada a tiempo. El suceso provocó que la afectada sufriera una necrosis mamaria con pérdida de un pezón.

En la sentencia de la Corte se estableció que “...la demandada incurrió en *falta de servicio* en la prestación de asistencia sanitaria a la actora, pues a su respecto *se omitieron las medidas indispensables, primero, para prevenir infección intrahospitalaria* que la afectó en el posoperatorio, *y segundo, porque una vez producida no fue detectada a tiempo sino sólo al séptimo día de esa intervención quirúrgica, al ingresar al hospital de Arauco, y cuando ya se había desencadenado la necrosis del tejido mamario y de un pezón. Hubo aquí una falla estructural que produjo ineficacia del servicio que afectó gravemente a la paciente a su derecho a no ser lesionada*”.

Finalmente, vale la pena destacar el caso *Muñoz Oliva c/ Servicio de Salud Talcahuano*<sup>342</sup>, cuya sentencia resulta interesante debido a que sostiene que las infecciones intrahospitalarias no constituyen un “caso fortuito” si no que más bien son un hecho previsible y evitable. La Corte razona de

---

<sup>340</sup> En *Cuevas Díaz c/ Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, CA Valparaíso, 13.10.2008, rol N° 838-2008 (N° 163), la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmando la sentencia de primer grado, condenó al Servicio de Salud por la falta de asepsia de la Unidad de Preparados Estériles de Farmacia del Hospital Gustavo Fricke y por las graves infecciones que fueron constatadas, las que en definitiva causaron la muerte de menores prematuros. En este sentido, razonó la Corte que “...ha sido precisamente las condiciones de falta de asepsia del recinto en donde se elaboraban los alimentos parentales (sic),..., lo que motivó la causa de muerte de los neonatos...”.

<sup>341</sup> *Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 6.03.2002, rol N° 1.439-2000 (N° 19).

<sup>342</sup> *Muñoz Oliva c/ Servicio de Salud Talcahuano*, CA Concepción, 27.01.2003, rol N° 2.135-2000 (N° 22).

acuerdo al criterio de la normalidad invirtiendo la carga probatoria en favor de la víctima.

Así, la sentencia de la Corte de Concepción refirió que “...como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias sólo pueden ser evitadas por el operador. Así, *producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de éste*. Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues *la infección es previsible y evitable*. De esta manera, *correspondía a la demandada probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora* y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a la falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada”<sup>343</sup>.

## 2. SEGÚN LA GRAVEDAD DE LA CULPA DEL FUNCIONARIO

Como ya se ha dicho, dentro del supuesto de *falta de servicio* de la AMS que se con-forma a través del *hecho del dependiente*<sup>344</sup>, cabe hacer otra distinción. Se puede así diferenciar la *falta de servicio* que se imputa jurisprudencialmente a través de la demostración de la *culpa leve* del funcionario y la *falta de servicio* que se imputa a través de la *culpa grave* o *dolo*.

Los efectos que se desprenden de esta distinción tienen cierta afinidad con aquellos que algunos autores le atribuyen a la distinción entre *culpa funcional* y *culpa personal*. Sin embargo, no se puede pasar por alto, que ni la distinción entre *culpa personal* y *culpa funcionaria*, ni la separación entre *falta personal* y *falta de servicio*, se encuentran claramente consagradas en el texto de la

---

<sup>343</sup> *Idem*. Otros casos de falta de asepsia de instalaciones o instrumental médico imputables al Servicio de Salud son: *Melo Bustamante c/ Servicio de Salud Concepción*, CA Concepción, 27.03.2006, rol N° 3.434-2004 (N° 53); *Herrera González c/ Servicio de Salud del Maule*, 4° JLC Talca, 17.08.1999, rol N° 6.559-1997, conf. CA Talca, 3.07.2000, rol N° 56.973-1999 (N° 14); *Cancino Rojas y Otra c/ Servicio de Salud del Maule*, J. Cri Talca, 26.05.1989, rol N° 3.060-1981, conf. CA Talca, 25.09.1990, rol N° 43.928 (N° 4).

<sup>344</sup> Recuérdense que utilizamos la nomenclatura “hecho del dependiente”, para resaltar la *con-formación* de la *falta de servicio*, pero cuando se trata de conductas culpables (culpa leve) del funcionario cometidas, al menos con ocasión del ejercicio de la función (culpa funcional), estamos ante una responsabilidad que se imputa directamente a la Administración por su propio acto. *Vid. Supra*, §2, II, N° 1.

Ley AUGE/2004<sup>345</sup> y que como se ha venido observando, la jurisprudencia que la ha aplicado, razona en torno a un supra-concepto de *falta de servicio* que absorbe además de las faltas de la organización, las culpas leves, las culpas graves e –incluso–, las conductas dolosas de sus funcionarios.

Por lo mismo, en la práctica, lo realmente importante respecto de la responsabilidad de la AMS será determinar si el daño se produjo en ejercicio (o con ocasión del ejercicio) de las funciones que el Servicio le impone<sup>346</sup> y, si el funcionario actuó con *culpa grave* o *dolo*. Si el daño no se produce (al menos) con ocasión del ejercicio de las funciones que la prestación del servicio le impone al funcionario, el Estado no responderá. Por el contrario, si el daño se produce (al menos) con ocasión de la prestación del servicio, el Estado responderá por *falta de servicio*, aunque podrá ejercer la acción de repetición contra el funcionario que haya actuado con *culpa grave* o *dolo*<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> Art. 38. “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado”.

<sup>346</sup> Como reseña PIERRY ARRAU (1995), pp. 349 y ss., se pueden distinguir al menos tres tipos de falta personal: aquellas cometidas en el ejercicio de sus funciones; las cometidas con ocasión de su función y, en tercer lugar, aquellas desprovistas de todo vínculo con el servicio y que, naturalmente, nada tienen que ver con el tema aquí tratado.

Al menos tres casos pueden encuadrarse dentro de la culpa personal que el dependiente puede cometer en el ejercicio de las funciones: en primer lugar, el caso en que el funcionario actúa movido por intereses privados; en segundo lugar, los casos en que el funcionario causa un daño por excesos en su conducta, por ejemplo, cuando actúa en estado de ebriedad; y en tercer lugar, los casos en que se ejecutan conductas especialmente gravosas, por ejemplo, introducir elementos contaminantes en el quirófano.

Las faltas o culpas que el funcionario puede cometer con ocasión del ejercicio de sus funciones (no en ejercicio) pueden subdividirse a efectos ilustrativos básicamente en dos grupos: en primer lugar, las del funcionario médico que en el traslado de un paciente se desvía para visitar a un amigo y, en segundo lugar, las faltas cometidas completamente desligadas del servicio, pero gracias a los médicos que éste le proporciona y que no hubiera podido cometer sin ellos.

<sup>347</sup> Por cierto que tampoco habrá lugar a la repetición, cuando se condene al Estado por culpas anónimas o, cuando el daño haya tenido por causa una deficiencia en la organización del Servicio.

Teóricamente –hay que decirlo–, la solución no es satisfactoria. Y ello, básicamente, porque una categoría o criterio de selección que absorbe todas las hipótesis posibles, carece de utilidad explicativa y fuerza normativa. Además, difícilmente puede justificarse una acción de repetición del Servicio o Fisco en contra de su funcionario si el Servicio fue previamente imputado por su propia acto/falta.

La *actio in re inverso* sólo se justifica cuando se responde por el acto de otro, pues se está pagando algo que no se debe, como cuando paga el fiador solidario. Quien responde –incluso– por el *dolo de otro*, no puede lógicamente estar respondiendo por su propia culpa, sino porque se le coloca en posición de garante<sup>348</sup>. La idea de un Servicio de Salud que responde por una conducta gravemente imprudente o dolosa de uno de sus funcionarios, a título de culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente, presenta graves problemas lógicos.

De allí, que nos parece más apropiado construir el sistema de acuerdo a la idea de que la responsabilidad “por daños” de la AMS se pueda atribuir de acuerdo a varios criterios entre los que, obviamente, se encontraría la *falta de servicio*. Una construcción como ésta nos permitiría considerar en el análisis de la responsabilidad de la AMS, la concurrencia de otros factores de atribución (como la garantía) y, dejaría preparado el terreno para que el legislador introduzca los factores de atribución objetivos que estime convenientes. Bien vistas las cosas, la falta/culpa del servicio, es un criterio que explica bien la atribución de responsabilidad al Estado en los casos relacionados con actuaciones *levemente culpables* de los funcionarios y con faltas en la organización, pues se trata de una *responsabilidad por el hecho propio*. Pero, la idea de “garantía del servicio”, es el criterio que mejor explica la atribución de responsabilidad al Servicio de Salud o al Fisco en los casos de actos gravemente culposos o dolosos pues, el hecho de que se permita la repercusión del Servicio por el total

---

<sup>348</sup> Si bien desde el rigor de esta perspectiva se trataría de una responsabilidad objetiva para el Servicio de Salud, pues, no estaría respondiendo de una culpa propia, lo cierto es que la responsabilidad de éste sigue siendo sūbjctiva desde la óptica de la víctima, pues, por regla general, es quien debe probar el hecho doloso del funcionario que causó el daño. Una vez comprobado el hecho doloso del funcionario, es el Servicio de Salud quien responde por aquél de manera “refleja”, como garantía para la víctima, quien podrá dirigir su acción contra un sujeto con un patrimonio más solvente.

de lo pagado, no deja duda alguna de que se trata de una responsabilidad del Servicio *por hecho de otro*.

Por cierto, que las ideas expresadas en el párrafo anterior tropiezan con una serie de inconvenientes, que no permiten augurar un pronto tránsito hacia una sistematización más coherente. Y es que, como ya se dijo, la totalidad de los fallos reconducen los daños provocados por culpa grave o dolo del funcionario a la categoría de la *falta de servicio* y, el texto de la norma capital respecto de la materia que tratamos (art. 38 de la Ley AUGE/2004), parece haber sido concebido bajo una lógica que comprende la *falta de servicio* como la categoría general. Además, una construcción como la que proponemos, presupone un desarrollo de la categoría de la *falta personal* mucho mayor del que hasta el momento le ha dado la doctrina chilena<sup>349</sup>.

### 2.1. *La falta de servicio por culpa personal: el hecho doloso o gravemente culpable del funcionario*

En términos generales, el concepto de *culpa personal* hace referencia a un acto separable material o psicológicamente del ejercicio de la función. Materialmente, por el hecho de tratarse de actos realizados fuera del ejercicio de toda función (*v. gr.*, cuando el acto se realiza en el contexto de la vida privada del funcionario). En principio, el acto será separable psicológicamente, cuando el mismo ha obedecido a móviles personales; cuando se ha obrado con la intención de agraviar; cuando el funcionario se ha apartado

---

<sup>349</sup> En el derecho chileno, el desarrollo de la institución de la falta personal prevista explícitamente por la Ley de Bases/1986 y la Ley de Municipalidades, es prácticamente nulo. Según JAVIER HERRERA VALVERDE (2009), p. 913, la noción de falta personal se trataría –incluso– de un “injerto extranjerizante” que no tendría ningún asidero en el sistema jurídico chileno.

De cualquier manera, algunas referencias aisladas a la categoría pueden encontrarse en CALDERA DELGADO (1982), pp. 400 y ss.; PIERRY ARRAU (2000), p. 13, (1983), pp. 283 y ss. y (1995), pp. 152; HUEPE ARTIGAS (2006), pp. 207 y ss.; OELCKERS CAMUS, (1989), p. 445; QUINTANILLA PÉREZ (2000), p. 50; SZCZARANSKI CERDA (2002), pp. 16 y ss.; LETELIER WARTENBERG (2002), p. 358; SANHUEZA ACOSTA (2005), pp. 175 y ss.; VALDIVIA (2007), pp. 31 y ss. (2005), pp. 7 y ss., y, (2004), pp. 53-105; BOLOÑA KELLY (2004), pp. 285 y ss.; ROJAS VARAS (1998), p. 356; VÁSQUEZ ROGAT (1999), pp. 100 y ss.; PORTIÑO BELTRÁN (2003), pp. 71 y ss.; BERMÚDEZ SOTO (2010), pp. 314 y ss.

de la finalidad de la función o cuando ha existido por parte del autor una grave imprudencia o negligencia<sup>350</sup>.

Ya vimos en el apartado anterior cómo desde una perspectiva teórica, el concepto de *falta personal* difícilmente puede servir para atribuir responsabilidad a la AMS a título de *falta de servicio*. La práctica jurisprudencial no ve problema en ello (aunque la categoría *falta personal* no es usual) fundamentalmente, porque el hecho de que la *falta de servicio* tenga origen en una culpa personal radicalizada o en una culpa funcionaria, es irrelevante para establecer la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, la Corte Suprema ha reconocido la categoría de *falta personal* como una conducta dolosa o gravemente culpable del funcionario, y la considera un requisito para que proceda la acción de regreso del Estado en contra el funcionario. En este sentido, en *Andrade Vera c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*<sup>351</sup>, el alto tribunal resolvió, que “... es la *falta de servicio* el hecho determinante de la responsabilidad y *no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular*” y, agregó, que “...lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración que en este caso puede repetir en su contra cuando la actuación del agente importe una *'falta personal'*, concepto este que está referido a una conducta dolosa o en extremo negligente”.

En *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Otro*<sup>352</sup>, la Corte Suprema confirmó el fallo condenatorio sosteniendo que “...el hecho ejecutado por el reo de abandonar el box dentro del cual estaba la paciente, para salir a pasarse en la sala de parto, cuando la anestesia no había terminado y estaba haciendo su efecto en la ofendida, constituye *imprudencia temeraria*...”.

---

<sup>350</sup> PIERRY ARRAU (1983), pp. 284 y 285.

<sup>351</sup> *Andrade Vera c/ Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CS, 23.12.2009, rol N° 3.115-2008 (N° 124).

<sup>352</sup> *Bravo Bravo c/ Ortega Weason y Servicio de Salud Central*, CS, 4.10.1984, rol N° 23.634 (N° 1).

En el ya citado *Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano (Fisco)*<sup>353</sup>, la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió revocar la sentencia de primera instancia que había desechado la demanda civil contra el Fisco de Chile y en su lugar estimó que hubo *falta de servicio* del Hospital Naval de Talcahuano, por cuanto se acreditó que los daños reclamados por la demandante tuvieron como causa la actuación de una funcionaria, calificándose como una “*negligencia extrema de la matrona* referida el utilizar agua caliente para realizar el aseo en las partes íntimas de una paciente, sin percatarse previamente de la temperatura de ésta. Debió ésta estar más atenta a su trabajo y ser más cuidadosa atendido que la paciente estaba bajo anestesia y su cuerpo permanecía insensible, sin poder advertir el dolor que le produjo la quemadura”.

También puede cotejarse el uso de la categoría en el citado *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*<sup>354</sup>. En el caso, doña Delia Olivos, funcionaria (matrona) del Hospital San Borja, informó equivocadamente a don Eugenio Padilla que era portador del virus VIH, cuando en realidad la enfermedad que padecía era hepatitis tipo C (VHC). La conducta calificada como “gravemente negligente”, provocó que el afectado se hundiera en una profunda depresión llegando incluso a atentar contra su vida, situación que se mantuvo por varias semanas hasta que, por recomendación de su psicóloga tratante, decidió practicarse un nuevo examen, a través del cual se confirmó que no era portador del mortal virus.

El fallo de primera instancia, que luego sería confirmado en todas sus partes por la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió condenar al Servicio de Salud al pago de una indemnización por el daño moral ocasionado al actor, por la suma de \$5.000.000, por cuanto la *falta de servicio* “se encuentra configurada por el hecho de mantener una funcionaria no idónea para el cargo que desempeña, lo que la llevó a cometer una *grave negligencia funcionaria*, al confundir el resultado de un examen de sangre informando al paciente que era portador de VIH (SIDA) en circunstancia que el diagnóstico correcto era VHC (hepatitis C), *negligencia que se ve agravada* si

---

<sup>353</sup> *Llanca Viguera c/ Hospital Naval de Talcahuano (Fisco)*, CA, Concepción, 8.09.2010, rol N° 2.030-2009 (N° 184).

<sup>354</sup> *Padilla Iturra c/ Servicio de Salud Metropolitano Central*, 3° JLC Santiago, 31.12.2002, rol N° 4.149-2000, conf. CA Santiago, 13.09.2007, rol N° 2.643-2003 (N° 72).

se considera que tal funcionaria tiene el título profesional de matrona, por lo que le era exigible un mínimo de conocimiento sobre la materia”.

## 2.2. *La falta de servicio por culpa institucional: el hecho “levemente culpable” o el hecho del agente indeterminado*

Ya hemos visto como la culpa leve que comete el funcionario con ocasión o en ejercicio de su función, no la comete en nombre propio, sino de la AMS. Es la propia función pública la que se reputa culpable, por lo que es perfectamente coherente hablar en estos supuestos de una responsabilidad del Servicio por su propia *falta*.

Ya se ha visto en este trabajo como la jurisprudencia, pacífica, prolija y correctamente, resuelve estos casos. No parece necesario ahondar sobre el asunto.

Más difíciles de encontrar son los casos en que se condena por *falta de servicio* a la Administración por la culpa de un funcionario que no puede ser identificado. Al igual que en los primeros, en estos supuestos, la AMS responderá en nombre propio por *falta de servicio* pues, aunque no se sabe qué agente particularmente causó el daño, se tiene certeza de que éste no se hubiera producido sin la culpa de aquellos que intervinieron en la prestación del servicio.

A título ilustrativo, en el caso *Palomino Vargas c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O`Higgins*<sup>355</sup> se juzgaron las lesiones por quemadura eléctrica en la pierna izquierda, que le fueron provocadas al joven Lizandro Palomino con ocasión de una intervención quirúrgica de apendicitis que le realizaron en el Hospital Regional de Rancagua.

El fallo de primera instancia condenó al Servicio de Salud al pago de una indemnización por el daño moral causado al paciente por la suma de \$600.000, cantidad que la Corte de Apelaciones de Rancagua elevaría a \$2.000.000. La sentencia de primer grado, estimó comprobada la *falta de servicio* del personal que intervino en la operación quirúrgica del menor, aun

---

<sup>355</sup> *Palomino Vargas c/ Servicio de Salud Libertador Bernardo O`Higgins*, 3° JLC Rancagua, 8.03.2004, rol N° 34.433-2000, conf. CA Rancagua, 7.10.2005, rol N° 21.674-2004 (N° 47).

cuando no logró comprobar la culpa de algún funcionario determinado lo que, en estricta teoría, constituye una atribución de responsabilidad fundada en la noción de la llamada *culpa anónima* o *difusa*. Así, el fallo establece, que “la lesión por quemadura sufrida por el actor, no resulta justificada ni explicada de manera alguna y más parece propia del *descuido, negligencia o falta de atención* en el desempeño del referido *conjunto de profesionales y operarios que intervinieron* en la oportunidad en la cual se produjeron las lesiones”, y, agrega, “*sin que se haya acreditado en estos autos que hubo culpa de determinada persona*”.

En el caso *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*<sup>356</sup>, se condenó al Servicio de Salud demandado al pago de una indemnización de \$25.000.000 a cada uno de los padres del lactante fallecido Richard Torres, debido a la deficiente atención del personal médico-sanitario del Hospital de Carahue, que se apartó de la *lex artis* al no hospitalizar al menor que había sido internado por una grave quemadura, no advirtiendo además los signos de su mermada condición de salud que finalmente, desencadenaron la muerte del lactante a causa de un shock séptico.

El fallo del 1º Juzgado Civil de Temuco, si bien estableció la negligencia del personal del Hospital en los términos indicados, estableció, que “...carece de importancia determinar la persona del o los funcionarios que actuaron en la forma que se ha descrito, porque la relación entre el órgano público, que debe resarcir, y las víctimas, tiene derecho a pedir indemnización nace como consecuencia de un *obrar colectivo, de diversas personas, pero todas ellas funcionarios del servicio*. Como ha señalado la doctrina, para que se configure la *falta de servicio* es irrelevante la participación del funcionario, y por eso suele llamársele *anónima*”<sup>357</sup>.

Los dos supuestos que aparecen en la rúbrica de este subapartado nos permiten plantearnos una serie de interrogantes que guardan relación con la acción de regreso que, eventualmente, pueda tener el Fisco o Servicio

---

<sup>356</sup> *Valderrama Pacheco c/ Hospital de Carahue y Otros*, 1º JLC Temuco, 4.03.2006, rol N° 106.123, conf. CA Temuco, 17.09.2008, rol N° 712-2006 (N° 149).

<sup>357</sup> Otro caso en que los tribunales de justicia aplicaron el concepto de culpa anónima es *Riquelme Canales c/ Hospital San José*, CA Santiago, 18.01.2011, rol N° 8.573-2009 (N° 154).

de Salud de que se trate en contra de sus funcionarios. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, dado que no es habitual que se califique la conducta del dependiente como gravemente culposo o dolosa en la sentencia en que se condena a la Administración por *falta de servicio* si ¿Es posible que se intente probar la culpa grave o el dolo del dependiente en el juicio en que el Estado repercute? ¿Hay cosa juzgada? Y cuando se condena por culpa anónima como en el caso que acabamos de ver ¿Se puede intentar identificar al funcionario que directamente causó los daños en la acción de repetición? ¿Se puede repetir contra un grupo que no habiendo sido condenado, si fue identificado en la sentencia como el productor daño? ¿Si nada se dice de la gravedad de la culpa anónima, debemos entender culpa leve? Nos referiremos a algunas de estas interrogantes en el siguiente párrafo.



### §3. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CONTRA DEL PERSONAL MÉDICO-SANITARIO

Una vez que el Servicio de Salud (o el Fisco) ha sido condenado por *falta de servicio*, surge el problema de determinar si el Servicio debe soportar finalmente la consecuencia económica de esta condena o si, por el contrario, la puede trasladar a él o los funcionarios que directamente se vieron involucrados en el hecho dañoso.

El tema reviste gran interés ya que, como se sabe, otra de las innovaciones de la Ley AUGE/2004 fue la regulación de la acción de repetición en términos no del todo similares a los que prescribe el Código Civil y la Ley de Bases/1986. Adicionalmente, fue a propósito del *caso Beraud* que se dio una de las escasísimas sentencias (de hecho no encontramos otra en esta materia) en que la Corte Suprema se ha pronunciado en relación a una *actio in re inverso*. En el caso, mediante una decisión del 27 de junio de 2007<sup>358</sup>, la Corte resolvió rechazar los diversos recursos que se habían deducido en contra de la sentencia que obligaba al equipo médico que intervino equivocadamente la cadera del ministro *Beraud*, a regresar al Fisco, la totalidad de lo que éste había pagado por haber sido condenado solidariamente junto a los miembros del equipo a reparar los daños ocasionados al ministro.

---

<sup>358</sup> Para el lector que no esté familiarizado con el tema, el *Caso Beraud* fue uno de los primeros en que se condenó por *malpractice* a un médico en Chile (el fallo de primera instancia data de 28 de marzo de 1995). El caso logró gran notoriedad no sólo por la época en que se dio, y por la cuantía de la indemnización concedida, que excedió en mucho a otras condenas, sino también porque el Sr. Beraud, al tiempo de los acontecimientos, era ministro de la Corte Suprema.

Este párrafo se enfoca en la sentencia que resuelve ahora la demanda que el Fisco interpuso contra el equipo médico, para que le reembolsaran las cantidades que por ellos pagó al haber sido condenado también como codeudor solidario.

El caso da pie para estudiar algunos interesantes problemas que surgen en torno a esta acción (I) y nos permitirá relacionar la materia con otra “perturbadora” sentencia de la Corte Suprema, que se pronunció en términos no tan felices al resolver la antinomia existente entre el art. 67 de la Ley Orgánica General de la Contraloría de la República y el artículo 38 de la llamada Ley Auge/2004 (II).

## I. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO A PROPÓSITO DEL CASO BERAUD

### 1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO BERAUD

Este caso se inició con ocasión del error que se produjo cuando el equipo médico que intervino quirúrgicamente al entonces ministro de Corte Suprema Lionel Beraud, equivocó el órgano a intervenir, practicándole una ortoplastia total de la cadera izquierda en lugar de la derecha. A raíz del suceso y, mediante sentencia de 28 de marzo de 1995, fueron condenados penalmente como coautores del cuasidelito de lesiones graves A. Elgueta; C. Torres; R. Kroneberg; E. Ramírez y M. Jiménez (los dos primeros actuaron como médicos cirujanos, la segunda como anestesista, y las dos últimas como auxiliares de enfermería).

En el mismo fallo, el equipo médico fue condenado solidariamente junto con el Fisco de Chile a pagar la suma de 80 millones de pesos (6.841,64165 UF.). Mediante fallo de 21 de septiembre de 1995, la cuantía de la condena fue finalmente rebajada por la Corte de Apelaciones de Santiago a la suma de 40 millones de pesos (3.282,845 UF.). Tras evacuarse varios recursos de casación que interpusieron tanto los condenados como el querellante, la Corte Suprema terminó por confirmar la condena solidaria mediante sentencia de 20 de junio de 1996.

Hasta aquí, la historia conocida de uno de los primeros casos en que los tribunales chilenos emitieron una sentencia condenatoria por mala práctica médica. La historia que se conoce menos es que el caso todavía daría de que hablar en los tribunales y que, proveería los insumos para otra decisión pionera.

Y es que efectuado el pago de la indemnización por el Fisco de Chile, la Procuraduría Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado interpuso

una acción de restitución o reembolso, pidiendo que los miembros del equipo médico fueran condenados solidariamente a restituir la suma de dinero que por ellos pagó el Fisco de Chile (3.627, 3978 UF.). El Fisco hizo notar que pagó la deuda total en virtud de la regla de la solidaridad prescrita en el artículo 2317 del Código Civil y, alegó que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1608, 1610 N° 3 y 1.612 del Código Civil, su persona (Fisco) se había subrogado en los derechos del acreedor primitivo (Sr. Beraud), ocupando su lugar en todos sus derechos, acciones y privilegios, respecto de todos los obligados solidariamente a la deuda.

A consecuencia de sendas transacciones con don A. Elgueta (cirujano principal) y doña R. Kronenberg (médico anestesista), se modificó la demanda original excluyendo a los demandados señalados y, se redujo el monto cuyo reembolso se solicitaba a la suma de mil ciento veintitrés con setecientos setenta y tres UF (1.123,733 UF.). Al conocer el caso, la Jueza titular del 28° Juzgado Civil de Santiago, haciendo aplicación de los artículos 2319, 2325 y 1522 inciso 1° del Código Civil, terminó por condenar a don C. Torres, a doña E. Ramírez y a doña M. Jiménez a que restituyeran el total de lo pagado (deducción hecha del monto de las transacciones), quedando en consecuencia, cada uno de ellos obligado al pago de trescientas setenta y cuatro con cincuenta y siete UF (374, 577 UF).

Apelada la sentencia de primera instancia, la Corte de Santiago confirmó que en aplicación de los artículos 2319 y 2325 del Código Civil, el Fisco tenía derecho a exigir que los demás coautores le restituyan el monto total de lo pagado. Además, entendió la Corte, que si bien el Fisco se subrogó en los derechos del Sr. Beraud al pagar la obligación solidaria que también pesaba sobre él, extinguió dicha modalidad entre los codeudores, por lo que solo pudo demandar a cada uno de ellos *“en la forma señalada en el artículo 1.522 inciso 1° del Código Civil”*, esto es, *“a prorrata de las cuotas que les corresponden”* (cons. 6°).

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación que se deduce contra la sentencia de apelación mediante fallo de 12 de junio 2007, rol. 2954-06, más sin embargo, deja abierta la posibilidad de interpretar la expresión a prorrata de manera distinta a como lo hicieron los jueces de instancia (a partes iguales entre los codeudores) al afirmar en el considerando 7° que *“...con todo, esta Corte no puede dejar de señalar que la aplicación del*

artículo 1522, inciso primero, del Código Civil, norma que resuelve la cuestión debatida y que por ello tiene el carácter de decisoria litis, no fue cuestionada en el recurso, lo que lleva a concluir que el recurrente la supone bien aplicada, impidiendo así el acogimiento de este arbitrio, desde que los demás errores denunciados carecerían de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo...”.

De esta manera es como termina, finalmente, la historia del tantas veces citado *caso Beraud*. Tan sólo doce años después de que se obtuvo la condena del equipo médico.

## 2. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN DE REEMBOLSO

La responsabilidad de los funcionarios frente al Estado o Servicio Público que los agrupa puede verse comprometida de diversas maneras<sup>359</sup>, siendo igualmente diversa la forma en que el derecho las regula. Con respecto a la responsabilidad del personal médico-sanitario, ya se ha dicho aquí que otra de las innovaciones que introdujo la Ley Auge/2004 fue la regulación de la acción de regreso que en su caso tendría el Fisco o Servicio de Salud de que se trate, en contra del funcionario que directamente se vio involucrado en el hecho dañoso.

El problema de la acción de regreso se puede descomponer en otros subproblemas, como el de la contribución a la deuda entre los dependientes, el del grado de culpa por el que se puede repetir o el de la cuantía de la repercusión.

Como se verá en seguida, la regulación que hace la Ley Auge/2004, salvando lo relativo a la gradación de la falta que habilita la acción de regreso, es bastante escueta. De allí que en este tema resulta especialmente útil tener a la vista la interpretación que se ha hecho de las normas del Código Civil que regulan la materia. Adicionalmente, ya hemos visto como pese a la dictación de la Ley Auge/2004, todavía es posible encontrar sentencias

---

<sup>359</sup> Habitualmente se distingue: a) la responsabilidad de aquellos que tienen a su cargo bienes o fondos de Servicios Públicos; b) la responsabilidad por los daños ocasionados al servicio público, y c) la responsabilidad derivada de lo que el Estado o ente público haya debido pagar a terceros por daños causados en los que haya intervenido el funcionario.

que fallan la responsabilidad del Servicio de Salud en base a las normas del Código Civil, por lo que parece razonable pensar que también lo harán cuando fallen la acción de regreso.

Veamos primero el problema de la cuantía de la repercusión.

*2.1. El problema de la cuantía de la repercusión: por regla general se podrá repercutir por el total de lo pagado*

Si queremos indagar si la norma contenida en el artículo 2325 del Código Civil<sup>360</sup> permite al que ha pagado por el daño que otro ha causado (o ha contribuido a causar), repetir por el total o por una parte de lo pagado, primero debemos despejar cuál es la razón por la que se imputó el pago al primero. Con respecto al Fisco y a los Servicios Públicos de Salud, al menos dos grupos normativos deben ser revisados: el contenido en el Código Civil (a) y, el contenido en la Ley Auge/2004 (b).

*a) El problema de la cuantía desde el régimen contenido en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil*

Cuando menos en teoría, estos artículos consagran un modelo que basa la responsabilidad del tercero civilmente responsable en la culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente que directamente causó el daño. En puridad, y pese a que tradicionalmente se habla de responsabilidad “por el hecho ajeno”, se trata de una responsabilidad por el “hecho propio”, que se imputa presumiendo *iuris tantum* la culpa, una vez demostrada la conexión causal del “hecho”<sup>361</sup> de aquellos que tuviesen a su cuidado. Lo dicho queda de manifiesto puesto que, cuando menos formalmente, los artículos

---

<sup>360</sup> “Art. 2325. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el 2319”.

<sup>361</sup> Pese a que la generalidad de la doctrina chilena exige la culpa del dependiente para que opere la presunción de los artículos 2320 y 2322, lo cierto es que el Código Civil tan sólo habla del “hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”, y que como ha comprobado ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 34 y ss., en un modelo teórico perfecto de responsabilidad por culpa presunta, no sería necesario acreditar la culpa del dependiente.

2320.4 y 2322 del Código Civil permiten a la persona jurídica exonerarse de la responsabilidad por el hecho de su dependiente, probando que “con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho”.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que se trata de una responsabilidad directa y que, a pesar de que se les puede demandar conjuntamente, no hay solidaridad entre el autor del “hecho” y el tercero civilmente responsable<sup>362</sup>. Como se sabe, en la práctica, la jurisprudencia firme y constantemente condena solidariamente al principal y al dependiente *ex art.* 2317 del Código Civil.

Volviendo a la teoría, en el esquema descrito, el principal que en aplicación del artículo 2325 del Código Civil pretenda repetir en contra del dependiente, no podría hacerlo por el total de lo que pagó, puesto que no está respondiendo por una deuda ajena, sino por una deuda que –al menos en parte–, le es propia. De repetir contra el dependiente, deberá hacerlo entonces, previa deducción de la cuota de culpa con que contribuyó al daño<sup>363</sup>.

Si se acepta lo que llevamos hasta aquí dicho, para el caso en que singularmente se condena al tercero civilmente responsable, cae de su peso, que la misma solución debe darse al caso en que, el dependiente como el principal hayan sido condenados de manera solidaria vía artículo 2317 del Código Civil. En efecto, el citado artículo al referir que “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable...”, deja muy en claro, que funciona bajo la lógica de coautoría y, por tanto, de participación en la deuda de responsabilidad.

Por idéntico razonamiento, la misma solución debe ser dada para el caso en que la persona jurídica de que se trate, sea condenada solidariamente (*ex art.* 2317 del CC.), pero ahora por el hecho propio en la aplicación conjunta

---

<sup>362</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2009), p. 355; ABELIUK MANASEVICH (1993), p. 226; CORRAL TALCIANI (2003b), p. 233.

<sup>363</sup> En contra, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2009), p. 118. El autor, al referirse al recurso que tienen las personas jurídicas para dirigirse contra los autores directos del delito o cuasidelito, entiende que las mismas tienen “derecho para ser indemnizadas íntegramente por las personas naturales que lo ejecutaron: por los miembros del órgano de conformidad con las reglas generales, y por los dependientes, criados o discípulos en los términos del artículo 2325 del CC.”.

que habitualmente hace la jurisprudencia de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil<sup>364</sup>. En este caso, es evidente que hay dos tipos de culpas bien diferenciadas que no permiten hablar de una deuda ajena.

Por todo lo anterior, es que desde el punto de vista del derecho contenido en el Código Civil, no compartimos la decisión que fallando la acción de repetición que se ejercitó en el caso *Beraud*, acabó condenando al equipo médico a pagar la totalidad de lo que el Fisco había pagado, tras ser condenados solidaria y conjuntamente con ellos *ex art.* 2317 del Código Civil. No obstante lo dicho, la opinión a favor de repetir por el total, puede ser explicada por la lectura en clave objetiva o de responsabilidad estricta que se haga del régimen contenido en el Código Civil, pero como veremos en seguida, ni aún así se podría salvar la incongruencia de permitir la repercusión por el total, cuando se ha sido condenado como coautor *ex art.* 2317 del Código Civil.

*b) El problema de la cuantía desde el régimen construido por la jurisprudencia en aplicación del articulado del Código Civil*

Es sabido que la jurisprudencia chilena, al aplicar el régimen contenido en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil a las personas jurídicas (particularmente a las empresas), ha ido mezclando elementos de un sistema de responsabilidad por culpa en la elección o en la vigilancia con elementos de un sistema de responsabilidad vicaria, lo que permite construir más de

---

<sup>364</sup> Aunque ninguno de los casos interesa a efectos de este apartado, que busca la regla de repetición cuando se aplican los artículos 2320 y 2322 del CC., conviene tener presente, que la jurisprudencia nos muestra cuando menos dos posibilidades para imputar a las personas jurídicas por el hecho propio *ex arts.* 2314 y 2329 del CC.

En primer lugar, se habla de responsabilidad por hecho propio con fundamento en la llamada teoría del órgano. Para esta teorización, a diferencia del caso de responsabilidad por el hecho del simple dependiente, cuando la persona que actúa negligentemente es la persona que de acuerdo al pacto social está facultada para expresar la voluntad de la persona jurídica, ésta responde en nombre propio. En segundo lugar, se habla de la responsabilidad directa de la persona jurídica por la culpa o falta en la organización. En este segundo caso, se trata de la falta o error en la toma de las decisiones organizativas que convergen en la producción de un daño. A diferencia de la teoría del órgano, en este tipo de responsabilidad no es necesario verificar la culpa de la persona determinada, pues como dice BARROS BOURIE (2006), p. 195, “la negligencia se muestra, en un sentido más amplio, en los procesos y en los mecanismos de control al interior de la organización empresarial”.

una solución para el mismo problema, según entendamos que prevalecen los elementos de uno u otro sistema<sup>365</sup>.

Lo cierto es que cuando se ve involucrado el hecho de una persona determinada, la jurisprudencia suele seguir un patrón bastante definido: se condenará de manera solidaria *ex arts. 2317, 2320 y 2322 del CC.*, a la persona que se encuentra directamente relacionada con el daño y al Fisco o Servicio de Salud de que se trate, exigiendo la prueba de la culpa del directamente involucrado, e impidiendo la prueba liberatoria que le concede al Servicio de Salud, el artículo 2320. 4 y el artículo 2322 del Código Civil.

A nuestro modo de ver, los elementos vicarios dominan el modelo de imputación del principal recién descrito pues, entre otras cosas, se exige del acreedor la prueba de la culpa del personal médico dependiente para presumir la culpa del principal y, al mismo tiempo, prácticamente se imposibilita que este último pueda eximirse de responsabilidad por más diligencia que intente mostrar. Adicionalmente, en áreas de tanta especialidad como la que tratamos, es muy difícil pensar en una culpa en la elección o en la vigilancia, pues el título profesional habilitante debe ser prueba suficiente de la diligencia en la elección y porque es difícil que se eviten los daños médicos aunque el director del hospital estuviese supervisando dentro del quirófano.

Así las cosas, podría pensarse que dado que los Servicios de Salud no pueden reducir considerablemente los daños a través de la elección o vigilancia de su personal, deberían ser garantes de los mismos. Al ser garante, aun en el caso de haber sido condenados solidariamente estarían (en puridad teórica) respondiendo por una deuda ajena, lo que le permitiría repercutir por el total de lo pagado<sup>366</sup>, al modo que lo hace el fiador solidario. Pero, no obstante la lógica del argumento, debe tenerse presente que la tendencia en los sistemas de responsabilidad vicaria ha sido la de ir restringiendo la

---

<sup>365</sup> Una exposición detallada de las teorías que explican los fundamentos de la “responsabilidad por el hecho de otro” puede verse en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA (2004), pp. 29 y ss.

<sup>366</sup> Sobre la teoría de la obligación legal de garantía y sobre los fundamentos del sistema de responsabilidad general por el hecho de otro puede verse, LE TOURNEAU y CADIET (2002), pp. 1320 y ss.

posibilidad del principal de repercutir contra el dependiente<sup>367</sup>. Razones de eficiencia y de justicia material justifican que la persona jurídica, salvando casos de conductas dolosas o gravemente imprudentes, soporten el monto de la indemnización.

De asumirse que los daños médicos en el sector público son gobernados por un régimen de responsabilidad estricta como el descrito, dos problemas deben atenderse de inmediato: en primer lugar, habrá que definir quiénes serán considerados dependientes, así, como si el principal responderá objetivamente por los daños causados por éstos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de sus funciones, y en segundo lugar, deberá ponerse especial atención a la calidad técnica de cada uno de los condenados en retorno, a efectos de que no ocurran injusticias como la que ocurrió en el Caso *Beraud* en que acabaron condenando a que el equipo médico (arsenales incluidas) restituyera por partes iguales, el total de lo pagado por el Fisco<sup>368</sup>.

*c) El problema de la cuantía en el régimen prescrito  
por la Ley Auge/2004*

Básicamente, en atención a la fecha en que ocurrieron los hechos, la normativa contenida en la Ley Auge/2004 no le pudo ser aplicada en caso *Beraud*, sin embargo, es la regulación que está llamada a resolver en adelante los casos en que se pretenda la responsabilidad del Fisco o de algún

---

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 1318.

<sup>368</sup> *En cuanto a la cuota parte de la responsabilidad que finalmente debe soportar cada codeudor solidario*. Como advertimos, si bien creemos que el fallo aplica correctamente el artículo 1522 del CC., al no permitir la acción solidaria contra los demás codeudores, no nos parece aceptable que “finalmente” se les haga responder a los codeudores miembros del equipo médico por partes iguales. Y es que a pesar de que la opción a favor de esta solución puede parecer adecuada en términos de eficacia, las cosas cambian radicalmente si observamos la situación del equipo médico a través del tamiz de la justicia distributiva.

No hay que insistir en la injusticia que supone hacer responder por partes iguales al jefe del equipo médico y a la arsenalera, por lo que en este punto nos parece supremamente desacertada la decisión. Pensamos que en su lugar, estaría más en consonancia con la justicia y con las normas que reglan la responsabilidad por daños, que la reparación se repartiese entre los responsables culpables (obviamente, incluyendo allí al Fisco) en la cuantía que habrá de determinarse en base a criterios de imputación tanto subjetivos como objetivos. Claro, esta solución implica unas complicaciones que tendrán que ser sopesadas por los juzgadores a la hora de resolver las acciones de reembolso que tras de este fallo, me parece que se multiplicarán.

Servicio de Salud, así como los casos en que se ejerza la acción de regreso en contra del funcionario médico-sanitario.

Por lo que aquí nos interesa, la llamada Ley Auge/2004 prescribe en su artículo 38 que:

*“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

*El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.*

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

A diferencia del régimen consagrado en el Código Civil, aquí no cabe duda de que estamos ante una responsabilidad directa del Estado por la responsabilidad que causen sus órganos, que se imputará a través del concepto normativo *falta de servicio*. De allí que uno de los principales problemas consiste en dilucidar a qué se refiere el legislador cuando habla de la acción u omisión de un órgano ¿incluye todos los tipos de culpa personal de los funcionarios médicos? ¿Y la de quienes, no siendo funcionarios, realizan funciones para el Servicio?<sup>369</sup> ¿Tan sólo se cubrirán los daños causados en ejercicios de las funciones?, ¿o también se cubrirán aquellos causados “con ocasión” del ejercicio del mismo? ¿Qué sucede con la llamada responsabilidad asistencial?

---

<sup>369</sup> Este es uno de los puntos más sensibles sobre los que se tiene que pronunciar la jurisprudencia, ya que el sistema de prestaciones en salud regulado por la ley N° 18.469, puede ser utilizado a elección del usuario en modalidad “institucional”, o en modalidad “libre elección”. En el último supuesto, el sistema permite al afiliado elegir y contratar a profesionales sin vinculación con el servicio para utilizar (mediando convenios) sus medios e instalaciones, lo que hace surgir la duda sobre si el Servicio de Salud debe responder por las faltas que pueda cometer este profesional. *Vid. Supra*, §1, I, N° 4.

Como se vio en los párrafos anteriores, algunas de estas preguntas ya han sido consideradas por los tribunales de justicia.

Respecto de los supuestos de culpa leve o levísima de algún funcionario, no parece que estemos ante un régimen de responsabilidad vicaria sino, más bien, frente a un régimen por actos propios pues, como hemos visto, para la jurisprudencia la falta o culpa del funcionario médico se “confunde” con la *falta del servicio*, pues éste personifica al órgano en la realización del acto médico. Por esta razón, el Estado o Servicio de Salud de que se trate, sólo “*tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado*”.

Con respecto a los supuestos de culpa grave y dolo del funcionario, la cosa es un poco diferente y, parece que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad vicaria de la Administración. En este caso, el Servicio garantiza la integridad de los pacientes incluso contra conductas dolosas, lo que como se dijo más arriba, posibilitaría una acción por el total pues está respondiendo (como lo hace el fiador solidario) por una deuda que no es suya.

Así las cosas, se puede decir que la Ley AUGE/2004 contempla una regla general que permite a la AMS repercutir por el total de lo que pagó “por el funcionario”, y sólo cuando la conducta dolosa o gravemente culpable concorra con la culpa leve de otro funcionario (o de la organización), tendrá la Administración que reducir el *quantum* de la acción de repetición, pues la culpa leve de otro funcionario (o de la organización) es la culpa de la propia Administración y, entonces, habrá pagado por una deuda que, al menos en parte, es suya<sup>370</sup>.

En este contexto resulta muy ilustradora una decisión de Corte Suprema de 13 de enero de 2011<sup>371</sup>, en la que se afirmó que “El Estado tiene la posibilidad de repetir lo pagado en contra del funcionario que haya incurrido en

---

<sup>370</sup> Nótese además que, teóricamente, esta solución sólo procede si el Servicio de Salud no ha sido condenado solidariamente *ex art.* 2317 del CC., con el funcionario, pues esta solidaridad presupone la coautoría.

<sup>371</sup> *Torres Beltrán c/ Servicio de Salud de Concepción*, CS, 13.01.2011, rol N° 6.665-2008, (N° 152).

falta personal. Esta situación se produce cuando sólo existe falta personal y no falta de servicio unida a ésta, pero en que la falta personal no está desprovista de vínculo con el servicio, como sería por ejemplo en el caso de un delito cometido con los medios puestos a disposición del funcionario por el servicio. En ese caso, no existe solidaridad y el Estado debe responder por la falta cometida por el funcionario, pero puede repetir en su contra por el total.

Puede ocurrir también, que exista falta de servicio y falta personal, lo que en doctrina se denomina cúmulo de faltas. En este caso, si se persigue el cobro contra el Estado este debe pagar, pero puede repetir en contra del funcionario por el equivalente a su falta personal, esto es, un 50% si el juez nada dice, o por el porcentaje que se indique en el fallo que corresponda a la falta de servicio y a la falta personal”.

Desde la óptica de la Ley Auge/2004, en el *caso Beraud* la acción de regreso se debió haber fallado de diferente manera, pues, al no haber culpa grave ni dolo de ningún funcionario del Fisco, éste no habría podido repetir. De cualquier manera, nos parece que el fallo tampoco acertó en cuanto condenó a los miembros del equipo médico a reintegrar por partes iguales, pues cada uno de los miembros del equipo que intervinieron en la producción del daño, debe contribuir a la deuda en la medida de sus culpas.

En beneficio de la Corte, hay que decir que la aplicación de la norma que resolvía la cuestión debatida (artículo 1.522. inc. 1º del Código Civil), no fue cuestionada en el recurso<sup>372</sup>.

## 2.2. La acción de reembolso y el problema de la gradación de la culpa

Podría plantearse si cuando el artículo 38 de la Ley Auge/2004 prescribe que los órganos de la Administración “*que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado*”, está instituyendo como un requisito de la acción de reembolso la prueba de la

---

<sup>372</sup> No obstante, pensamos que en el caso la Corte pudo casar de oficio el fallo, valiéndose de los amplios términos en que está redactado el artículo 83 del CPC.

culpa grave o el dolo del dependiente, o si se trata de una mera laxitud lingüística del legislador, como ha sido sugerido<sup>373</sup>.

La cuestión ha sido propuesta en atención a que si bien en la sección del párrafo transcrito se hace referencia a la “imprudencia temeraria” o “al dolo”, tras un punto y seguido del mismo párrafo, tan sólo puede leerse “*La conducta imprudente o dolosa...*”.

En nuestra opinión, el legislador optó por una regla general de no repetición, puesto que cuando habla de imprudencia temeraria o dolo la expresión es utilizada precisamente donde se establece el derecho a repetir. El hecho de que en el segundo párrafo del inciso segundo simplemente exprese “la conducta imprudente o dolosa”, puede deberse simplemente a la intención del redactor de evitar reiteraciones.

Parece más bien, que si el Estado “no logra probar la culpa o dolo del funcionario, o no es posible identificar al funcionario culpable, o la irregularidad no es imputable a ningún funcionario sino que se debe a una irregularidad estructural del servicio, el Estado no podrá repetir”<sup>374</sup>. En el caso de un daño ligado con la AMS “no se exige una mera culpa, sino que una imprudencia temeraria, esto es, una grave negligencia, o bien derechamente el dolo para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario”<sup>375</sup>. Adicionalmente, como se ha visto más arriba, la restricción de la acción de repetición parece ser la tendencia en algunas de las más modernas legislaciones sobre la materia. En el ámbito nacional, esta tendencia puede verse reflejada, entre otras, en la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público<sup>376</sup>, y la Ley

---

<sup>373</sup> PIZARRO WILSON (2006), p.413.

<sup>374</sup> HUEPE ARTIGAS (2006), p. 209.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>376</sup> “art. 5°: *El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.*

*La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.*

*En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte al derecho del Estado para repetir en su contra”.*

de Bases/1986 que, como se sabe, en su art. 42º, exige una falta personal del funcionario para que el Estado puede repetir en contra de éste.

## II. DESCUENTOS DIRECTOS DE LOS SALARIOS, LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y ALGUNAS ALARMANTES SEÑALES DE LA CORTE SUPREMA

El último de los problemas al que sucintamente nos referiremos en este trabajo dice relación con la posibilidad que podría tener el Contralor General de la República de ordenar el descuento directo de los sueldos de los funcionarios, de las cantidades de dinero que por ellos haya pagado el Fisco o el Servicio de Salud respectivo. Si releemos el artículo 38 de la Ley AUGE/2004, la respuesta a esta pregunta parece ser negativa, desde que la norma prescribe que “la conducta gravemente imprudente o dolosa deberá *siempre ser acreditada en el juicio* en el que se ejerce la acción de repetición”. La idea de un juicio posterior contra el funcionario se desprende fácilmente de la letra del precepto.

Sin embargo, en un fallo de Corte Suprema de 21 de julio de 2009<sup>377</sup>, se opta por un criterio perturbadoramente diferente. El fallo mencionado resolvió la apelación de un recurso de protección interpuesto por el Dr. Alejandro López Araneda en contra de la Contraloría General de la República puesto que, a través del oficio N° 020446 de 30 de abril de 2008, la subcontralora ordenó el reintegro de la suma de \$ 129.724.000 que el Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena pagó en virtud de un “avenimiento” celebrado con los representantes del paciente afectado el 15 de abril de 2007, en la causa criminal rol N° 45.513-2 seguida en contra del Dr. Alejandro López ante el Juzgado del Crimen de Castro por cuasidelito de lesiones gravísimas<sup>378</sup>.

En lo medular, la Corte Suprema validó el descuento directo que se hizo sobre el sueldo del Dr. López de la cantidad descrita, pues entendió que, cuando previamente ha habido una condena en sede penal del funcionario médico y el Fisco o Servicio de Salud de que se trate ha pagado por él,

<sup>377</sup> Rol N° 2.849-2009, LP: 42310.

<sup>378</sup> Se trata del caso *Aillapán Sepúlveda c/ López Araneda y Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*, CA Puerto Montt, 22.02.2005, rol N° 116.620-2003 (N° 64), que analizamos en el tipo de falta de servicio por intervenciones quirúrgicas innecesarias, *vid. Supra*, §2, II, N° 1, 1.1, a), a.5.2).

“la hipótesis normativa” no es la contemplada en el artículo 38 de la Ley AUGE/2004, que establece el régimen de Garantías en Salud<sup>379</sup>. En su lugar, la Corte Suprema consideró que el organismo contralor ejerció correctamente las facultades y atribuciones privativas que le confiere la Carta Fundamental y el artículo 67 de la ley N° 10.336 que regula las atribuciones de la Contraloría General de la República, y que a la sazón dispone:

*“El Contralor podrá ordenar que se descuenten de las remuneraciones de los funcionarios de los Organismos y Servicios que controla, en las condiciones que determine y adoptando los resguardos necesarios, las sumas que éstos adeuden por concepto de beneficios pecuniarios que hayan percibido indebidamente...”*

*“Asimismo el Contralor podrá ordenar que se descuenta, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en ejercicio de sus funciones respectivas”.*

A nuestro juicio, al menos dos puntos de la doctrina contenida en este fallo deben ser revisados. Por un lado, se debe analizar si entre el 38 de la Ley AUGE/2004 y el art. 67 de la ley N° 10.336 existe una antinomia para así determinar cuáles son los criterios que debemos utilizar para resolver el problema jurídico (1), y por otro, debemos preguntarnos si el artículo 67 de la ley N° 10.336 encuentra aplicación una vez que el juez civil ha fallado la acción de regreso en contra del funcionario o si hay casos en que este juicio no es necesario (2).

#### 1. ENTRE EL ART. 38 DE LA LEY AUGE/2004 Y EL ART. 67 DE LA LEY N° 10.336 EXISTE UNA ANTINOMIA QUE DEBE SER RESUELTA EN FAVOR DEL PRIMERO

Si se observan bien los dos artículos citados en la rúbrica, que por reproducidos en el cuerpo del escrito no repetiremos, no hay manera de diferenciar las “hipótesis normativas”, como pretendió la Corte Suprema. Y ello, porque ambos artículos tienen como supuesto de hecho que el Fisco ha pagado tras haber sido condenado a reparar el daño, que un funcionario ha causado directamente en el ejercicio de sus funciones. Mientras que una de las normas faculta al Contralor para ordenar el descuento por las canti-

---

<sup>379</sup> Cfr. cons. sexto y séptimo del fallo.

dades pagadas por causa del funcionario (art. 67 de la ley N° 10.336); la otra, exige que se repercuta contra el funcionario en un juicio civil y que, adicionalmente, se le pruebe imprudencia temeraria o dolo.

Así las cosas, nos encontramos ante un conflicto normativo o antinomia, ya que para un mismo supuesto de hecho, el ordenamiento jurídico ha establecido diferentes consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente, pues el cumplimiento de una excluye a la otra y viceversa. En definitiva, se trata de normas repetidas que inciden sobre el mismo segmento de vida social con consecuencias contradictorias<sup>380-381</sup>.

La antinomia descrita se podría salvar por vía interpretativa entendiendo que no se trata de una repetición de normas, pues cuando el artículo 38 de la Ley AUGE/2004 dice “la conducta gravemente imprudente o dolosa deberá siempre ser acreditada en el juicio en el que se ejerce la acción de repetición”, excluye la hipótesis de que previamente se haya acreditado la culpa grave o el dolo en el juicio penal en que se condenó al funcionario, en un sumario administrativo o, en la sentencia que condene al Servicio de Salud por *falta de servicio*<sup>382</sup>. Lo anterior, por razones de economía procesal, no haría necesario un nuevo juicio.

---

<sup>380</sup> ALMOGUERA CÁCERES (1995), p. 311.

<sup>381</sup> Se suelen exigir como requisitos para la identificación de las antinomias, que las mismas presenten, por un lado, una incompatibilidad lógica; y por otro, una coincidencia en sus ámbitos de validez. En cuanto al primero, siguiendo a NINO, entendemos que “en general se acepta que la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento (permisión tanto de la acción en cuestión como de su opuesta); que la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento de la acción y con su prohibición, y que la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento y con su obligatoriedad”. En cuanto al segundo (coincidencia de los ámbitos de validez), las dos normas en cuestión deben referirse al mismo sujeto, a la misma materia, al mismo tiempo y al mismo espacio territorial. CÁRDENAS VILLARREAL (2006), pp. 8 y 9.

<sup>382</sup> Todos estos supuestos presentan grandes dificultades prácticas. Respecto de la condena penal, como se sabe, el artículo 59 del CPP prohíbe ejercitar la acción civil en contra del comitente en sede penal, lo que hace en el futuro prácticamente imposible la hipótesis. Respecto del juicio civil, también se complican las cosas, puesto que en la práctica la inmensa mayoría de los fallos condenan solidariamente por falta de servicio sin calificar si el dependiente actuó con falta personal, y sin graduar la gravedad de la culpa. Adicionalmente observa PIERRY ARRAU (1995), pp. 349 y ss., que al utilizar la falta de servicio como criterio de atribución de la responsabilidad, el funcionario puede verse afectado por una sentencia pronunciada en un juicio en el que no ha intervenido.

Creemos que la hipótesis descrita no es acertada, pues el artículo 38 exige claramente otro juicio y, el mismo, hace referencia a un acto de jurisdicción al hablar de acreditar la imprudencia temeraria o el dolo del funcionario “en el juicio que se ejerce la acción de repetición”. Lo anterior debe prevenir al intérprete de hacer entrar dentro del término “juicio” utilizado por el citado artículo 38, al procedimiento descrito en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La solución supondría en Chile (no existe la jurisdicción contencioso administrativa), conceder a quien ejerce la acción (Fisco o Servicio de Salud), la potestad de calificar la gravedad de la culpa del funcionario, de determinar la cuantía de la acción de retorno respecto de cada uno de los funcionarios involucrados (en casos médicos éste es un supuesto habitual) y de ejecutar su propia decisión. Y eso –cuando menos hoy en día– pugna con las más elementales garantías constitucionales y nos recuerda poderosamente a regulaciones inspiradas en el principio de irresponsabilidad del Estado que entre nosotros –al menos formalmente–, se entiende superado<sup>383</sup>.

A mayor abundamiento, al referir el artículo 39 de la mentada ley, que “En el caso señalado en el inciso final del artículo anterior, los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término”, deja muy claro que el juicio en que se ejerce la acción de repetición no puede confundirse en ningún caso con el sumario administrativo, que sí puede ser entendido como un presupuesto para que se pueda ejercer la acción de repetición.

Entonces, si se admite la existencia de la antinomia, haciendo aplicación de los criterios de especialidad y de temporalidad, debería considerarse derogado el artículo 67 de la Ley Orgánica General de la Contraloría de la República<sup>384</sup> y debería –por lo mismo–, aplicarse la norma dispuesta en el artículo 38 de la Ley AUGE/2004 que ordena que la acción en retorno se ejerza en un juicio ordinario posterior.

---

<sup>383</sup> Aunque en el derecho comparado puede hablarse de una tendencia en orden a reducir las ventajas procesales del Estado frente a los particulares, en el derecho chileno la recepción de esta línea de pensamiento es apenas tibia, aunque el reciente trabajo de GUTIÉRREZ SILVA (2009), pp. 245-279 y (2010), parece ir en esa dirección.

<sup>384</sup> La solución de una antinomia jurídica “requiere un procedimiento derogatorio que resolverá el conflicto dejando vigente una sola norma”, sobre el tema puede verse, ALMOGUERA CÁCERES (1995), pp. 311 y ss.

## 2. EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY N° 10.336 ENCUENTRA APLICACIÓN UNA VEZ QUE EL JUEZ CIVIL HA FALLADO LA ACCIÓN DE REGRESO

En realidad el artículo 67 de la ley que regula la actuación de la contraloría podría mantener su aplicación en casos médico-sanitarios, si se entiende que el mismo es una norma de autotutela ejecutiva del Estado a la que el artículo 38 de la Ley AUGE/2004 le ha venido a imponer una serie de requisitos *extra*. Según la interpretación que proponemos, el Contralor podría ordenar el descuento del sueldo vía artículo 67 de la ley N° 10.336, una vez que un juez civil ha condenado *in re inversa* al funcionario, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley AUGE/2004, previa instrucción de la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente que exige el artículo 39 de la misma ley.

Esta solución ya fue adelantada por OELCKERS y CALDERA respecto del régimen general de responsabilidad extracontractual de la Administración y de las Municipalidades respectivamente<sup>385</sup>. La solución propuesta, además de conservar la validez de los arts. 38 de la Ley AUGE/2004 y 67 de la ley N° 10.336, parece acorde a la política legislativa que viene guiando la responsabilidad del Estado en general, y la responsabilidad patrimonial de la AMS en particular.

## 3. EN SÍNTESIS: EL CONTRALOR NO PUEDE ORDENAR EL DESCUENTO DIRECTO Y LA ADMINISTRACIÓN PUEDE ACCIONAR POR EL TOTAL

En relación al *quantum* de la acción de repetición que regula el Código Civil, especialmente a través de artículo 2325, no cabe en el sistema chileno repercutir por el total de lo pagado, salvo que derechamente se entienda que la jurisprudencia ha creado un régimen de responsabilidad estricta fundado sobre la idea de garantía. Y aun comprendiendo el sistema de la manera descrita, no procedería la acción de repercusión si se ha condenado al funcionario y al Fisco o Servicio de Salud de que se trate, de manera solidaria *ex art.* 2317, pues como hemos repetido innumerables veces, el artículo citado supone coautoría.

---

<sup>385</sup> Cfr. OELCKERS CAMUS (1989), p. 453 y CALDERA DELGADO (1982), p. 221.

Si a la condena de la AMS se llega por aplicación del artículo 38 de la Ley Auge/2004 (cosa que sucederá cada vez más frecuentemente) encuentra sustento la tesis de que se podría repercutir por el total de lo pagado por el Fisco o Servicio de Salud, pues el legislador restringe la posibilidad de repetir del Estado a los casos en que se le pruebe imprudencia temeraria o dolo al funcionario. Desde el punto de vista de la AMS es un régimen de responsabilidad estricta por hecho ajeno en el que, por razones de incentivos, se permite la repercusión en casos de extrema gravedad. Eso sí, al igual que el caso del Código Civil, resultaría difícil admitir la repercusión por el total, si aún en aplicación del artículo 38 de la Ley Auge/2004, se condena solidariamente citando el artículo 2317 del Código Civil.

La llamada Ley Auge/2004 es muestra de una política legislativa que se enmarca en el contexto de un sistema jurídico que afirma el principio de responsabilidad del Estado y que, en consecuencia, renuncia a que la AMS pueda, salvo casos de extrema gravedad, demandar a sus propios empleados. Y esto, lejos de ser un desincentivo a la diligencia funcionaria, como a primera vista pudiera pensarse, supone trasladar la responsabilidad sobre la gestión del sistema a la organización disciplinaria de la función pública, lo que sin duda es un desafío enorme, sobre todo, para los Servicios de Salud descentralizados que deben velar por su propio patrimonio.

En el contexto descrito, no se comprende el criterio de la Corte Suprema al validar acciones de auto ejecución, sin que se guarden las mínimas garantías que se suponen resguardadas en un Estado Constitucional de Derecho. No cabe duda de que una interpretación como la sostenida por la Corte Suprema resulta extremadamente eficiente para la Administración del Estado, pero quizás el costo en la moral de la función pública bien merece un sacrificio de las arcas fiscales.

Como ya se expresó, una solución coherente y sistemática sería salvaguardar la posibilidad de que el Contralor pueda ordenar el descuento directo de la remuneración del funcionario, una vez que a este último se le haya probado imprudencia temeraria o dolo en un juicio civil declarativo posterior; en el juicio en que, como manda el artículo 38 de la Ley Auge/2004, “se ejerce la acción de repetición”.



#### §4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: MÁS ALLÁ DE LA FALTA DEL SERVICIO

El aumento de la litigiosidad en contra de los Servicios de Salud se puede explicar a través del afianzamiento y desarrollo del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, así como de un cambio en los valores tradicionales de la sociedad que ha repercutido en la conciencia política de los ciudadanos.

En efecto, las últimas décadas han visto como la responsabilidad por daños de los órganos del Estado ha sido elevada a la categoría de principio fundamental del Estado de Derecho. El fenómeno ha sido percibido con claridad por una ciudadanía que, paralelamente, ha experimentado una transformación en su mentalidad, que le impide concebir la enfermedad y el dolor como un efecto de la fatalidad o del destino. Estos y otros cambios han conducido de una u otra manera, a que la sociedad actual exija el fortalecimiento de un estándar básico de bienestar físico y psíquico de sus miembros.

Este estándar de bienestar ha venido siendo garantizado a través de acciones de protección y de reparación de los perjuicios que afecten la vida y la integridad física y psíquica de las personas. Más allá de las consideraciones referidas al acceso, se puede decir que es a través de la acción de perjuicios que se ha ido llenando de contenido el derecho a la salud. Derecho público disfrazado o no, lo cierto es que nuevamente se ha echado mano del dúctil derecho de daños a la hora de atender la exigencia social.

Tras el estudio realizado podemos concluir que, en Chile, la evolución jurisprudencial ha reconducido *contundentemente* la responsabilidad de la Administración por los daños causados en centros hospitalarios a esquemas de reparación de carácter *subjetivo*. Desde el punto de vista de la víctima,

no puede hablarse de responsabilidad objetiva en ninguno de los casos analizados. En todos ellos, se probó la concurrencia de un funcionamiento deficiente de la Administración o de un acto ilícito de un sujeto que, de alguna manera, estaba relacionado con el Servicio.

Por cierto, que se trata de una culpa “objetivada”. Es decir, se acredita desvalorando la conducta efectivamente desplegada, confrontándola con la conducta (*normal*) que un Servicio diligente habría desplegado en una situación similar.

Según los fallos de los tribunales, se trata de una responsabilidad por el *hecho propio* de la Administración médico-sanitaria, que se imputa a través de la categoría *falta de servicio*. Se habla de una responsabilidad por el *hecho propio* aunque la culpa no se radique en el sujeto que compromete la voluntad del órgano. Más claro aún, la Administración médico-sanitaria responde en *nombre propio* por los actos de su personal médico, paramédico y, aun, administrativo.

Llama la atención cómo la jurisprudencia, aun antes de la dictación de la Ley AUGE/2004, ha ido reconduciendo a la categoría *falta de servicio* la totalidad de los supuestos imaginables, incluso, aquellos en que el daño se relaciona con la *culpa grave* o el *dolo* del dependiente, aunque en estos últimos casos, se le concede acción de repetición en contra del funcionario.

No obstante la aparente reducción de complejidad que se produce con la reconducción a un solo criterio de atribución de todos los supuestos imaginables, la solución presenta problemas lógicos al contraponerla con otras reglas confirmadas por la misma jurisprudencia. Así, si como hemos visto, la *falta de servicio* por la que responde la Administración médico-sanitaria se ha conformado como un factor de atribución subjetivo por el *hecho propio*, es difícil explicar que luego se le habilite para ejercitar una acción de repetición en contra de su funcionario. La acción de reembolso sólo encuentra justificación cuando se responde (en alguna medida) por el *acto de otro*, pues se está pagando algo que no se debe, como cuando paga el fiador solidario. Quien responde –incluso– por el *dolo de otro*, no puede lógicamente estar respondiendo por su propia culpa.

Por lo dicho, sería más apropiado construir el sistema de acuerdo a la idea de que la responsabilidad “por daños” de la Administración médico-sanitaria

se puede atribuir de acuerdo a varios criterios entre los que —obviamente—, se encontraría la *falta de servicio*. Una construcción como ésta, permitiría considerar en el análisis de la responsabilidad de la Administración, otros factores de atribución (v. gr., la *garantía*) y dejaría armada la estructura teórica para que el legislador pueda ir configurando un sistema segmentado de responsabilidad por daños (un segmento general basado en la *falta de servicio*, junto a algunos segmentos de responsabilidad objetiva).

Bien vistas las cosas, la *falta/culpa del servicio* es un criterio que explica satisfactoriamente la atribución de responsabilidad al Estado en los casos relacionados con actuaciones *levemente culpables* de los funcionarios y con *fallas de la organización*, pues se trata de una responsabilidad por el *hecho propio*. Empero, la *garantía* es el criterio que mejor explica la atribución de responsabilidad al Servicio de Salud o al Fisco en los casos de actos *gravemente culposos* o derechamente *dolosos* de los dependientes, pues allí, claramente, se le imputa por el *hecho de otro* y, por lo mismo, no podrían ser un supuesto de *falta de servicio*. El hecho de que se permita la repercusión del Servicio por el total de lo pagado, no deja duda alguna de que se trata de una responsabilidad del Servicio por *el hecho de otro*; el Servicio responde en tanto que *es garante* (el Servicio responde de manera estricta, previa prueba del dolo o la culpa grave del dependiente).

Por cierto que las ideas expresadas en el párrafo anterior tropiezan con una serie de inconvenientes, que dificultan un tránsito ligero hacia una sistematización más coherente. Y es que, como ya se demostró, la totalidad de los fallos analizados reconducen los daños provocados por *culpa grave* o *dolo* del funcionario a la categoría de la *falta de servicio*. Además, el texto de la norma capital respecto de la materia que tratamos (art. 38 de la Ley AUGE/2004), parece haber sido concebido bajo una lógica que comprende la *falta de servicio* como la categoría general.

Mucho más apropiado hubiese sido utilizar una redacción como la del artículo 142 de la Ley de Municipalidades<sup>386</sup>, pues este texto, notablemente, además de puntualizar que se refiere a una responsabilidad *por daños*, afirma

---

<sup>386</sup> “art. 142. Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

que la misma procederá “*principalmente por falta de servicio*”. Esta última afirmación, da sustento a la tesis de que los órganos de la Administración del Estado pueden ser imputados a través de categorías diferentes a la *falta de servicio* y, traslada a la doctrina la carga de identificar y caracterizar a esas “otras categorías”, a través de las cuales se podría imputar a los órganos de la Administración médico-sanitaria.

Sobre la base de un régimen general por culpa, el camino por recorrer pasa por la identificación de sectores especiales de riesgo (v. gr. infecciones intrahospitalarias, contaminación con productos hemoderivados, etc.), donde se justifique un tratamiento más favorable de las víctimas. En estos casos, siempre con la ayuda de la ciencia económica, la tarea pasa por diseñar y proponer la implementación de mecanismos de *aseguramiento* o, incluso, de sistemas de *indemnización automática* que se aparten de la lógica de los sistemas de reparación por daños. Claro está, que en las propuestas que se hagan, no debe olvidarse que el diseño de todo sistema de cobertura de riesgos necesita de un financiamiento que, cuando menos en parte, tendrá que salir de los bolsillos de sus usuarios.

El trabajo que aquí concluimos contiene una tipología de todos los supuestos y comportamientos que hasta el momento han integrado la categoría denominada *falta de servicio* en Chile, y una reflexión crítica en base a los presupuestos teóricos expuestos en las consideraciones introductorias. Por supuesto que otros temas como una posible tipificación de los daños a la salud o los criterios de valoración de los mismos quedan pendientes. Esperamos volver en algún momento sobre ellos.

## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia que se ofrece a continuación se encuentra ordenada por orden cronológico y la fecha que aparece entre paréntesis corresponde a la fecha del fallo que terminó adquiriendo fuerza de cosa juzgada. Adviértase entonces, que las fechas señaladas a partir del caso N° 163 son fechas provisionarias, puesto que en todos esos casos todavía quedan recursos pendientes ante la Corte Suprema.

En el segundo párrafo de cada caso, se indican las referencias de publicación. Se menciona expresamente cuál o cuáles resoluciones fueron publicadas, el medio de publicación, los comentarios que mereció el fallo y, en todos los casos en que se citaron sentencias no publicadas, se anota además el rol de la resolución.

### DÉCADA DE 1980

#### 1. BRAVO BRAVO C/ ORTEGA WEASON Y SERVICIO DE SALUD CENTRAL (4.10.1984)

4° Juzgado del Crimen de Santiago, 26 de mayo de 1982, s/r, (rechaza).  
Revoc. CA Santiago, 23 de agosto de 1983, s/r; CS, 4 de octubre de 1984,  
rol N° 23.634 (Rec. Casación en la forma y fondo rechazados).

Publicada (sólo CS) en *RDJ*, t. LXXXI, 2ª Parte, sec. 4º, 1984, p. 206-231, con comentario de Eduardo SOTO KLOSS; *GJ*, N° 55, 1985, pp. 2 y ss.; *FM*, N° 311, 1984, pp. 559 y ss. Transcrita en VÁSQUEZ ROGAT, Andrés, *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, LexisNexis, Santiago, 1999, pp. 131-175 (con comentario de Eduardo SOTO KLOSS, pp. 175-187)

y, en SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 355 y ss.

2. VILLAR PAVEZ C/ SERVICIO DE SALUD ÁREA HOSPITALARIA CENTRAL  
(22.3.1989)

14° Juzgado Civil de Santiago, 30 de septiembre de 1984, rol N° 3.060-1981 (acoge). Conf. CA Santiago, 15 de marzo de 1988, rol N° 5.911-1986; CS, 22 de marzo de 1989, rol N° 7.223 (Rec. Queja rechazado).

Transcrita en SOTO KLOSS, E., *ob. cit.*, (1996), pp. 355-363 y, en VÁSQUEZ R, A., *ob. cit.*, pp. 189-208.

DÉCADA DE 1990

3. MORALES AGUIRRE C/ SERVICIO DE SALUD DE COQUIMBO (27.03.1990)

2° Juzgado Civil de La Serena, 31 de marzo de 1989, s/r (acoge). Conf. CA La Serena, 22 de noviembre de 1989, rol N° 629 (Rec. Queja acogido contra resolución de 8 de mayo de 1989), conf. CS, 27 de marzo de 1990, rol N° 15.086.

Transcrita en VÁSQUEZ R, A., *ob. cit.*, pp. 209-237

4. CANCINO ROJAS Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (09.05.1991)

Juzgado de Letras de Talca, 26 de mayo de 1989, rol N° 3.060-1981 (acoge). Conf. CA Talca, 25 de septiembre de 1990, rol N° 43.928; CS, 9 de mayo de 1991, rol N° 3.359 (Rec. Queja rechazado).

Publicada en *GJN*° 131, 1991, pp. 78-86. Transcrita en VÁSQUEZ R, A., *ob.cit.*, pp. 239-256.

5. MEZA RIVERA C/ MORALES Y OTRA Y  
SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (30.12.1992)

24° Juzgado del Crimen de Santiago, 8 de febrero de 1989, rol N° 3.123 (acoge). Conf. CA Santiago, 15 de enero de 1990, rol N° 3.192-1989; CS,

30 de diciembre de 1992, rol N° 27.759 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Transcrita en VÁSQUEZ R, A., *ob. cit.*, pp. 257-312.

6. REYES ORELLANA C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR (30.08.1994)

3° Juzgado Civil Valparaíso, 30 de agosto de 1994, s/r (acoge). Conf. CA Valparaíso, s/f, s/r (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Citada por LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Responsabilidad por *falta de servicio*. Casuística chilena reciente”, en *RDJ*, t. XCIV, N° 1, 1997, p. 31.

7. QUEZADA C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO  
(22.05.1995)

8° Juzgado Civil de Valparaíso, 6 de agosto de 1992, s/r (acoge). Conf. CA Valparaíso, 22 de mayo de 1995, rol N° 1.303 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Citada por PAILLAS PEÑA, Enrique, *Responsabilidad médica*, LexisNexis ConoSur, 4ª edic., 2002, p. 53 y p. 97, y por LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *ob. cit.*, p. 31.

8. URIBE Y OTROS C/ FISCO Y OTRO (28.11.1995)

3° Juzgado Civil Valparaíso, 28 de noviembre de 1995, s/r (acoge). El litigio concluyó el año 1996 por avenimiento, antes de la vista de la causa en segunda instancia.

Citada por LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *ob. cit.*, p.31.

9. BERAUD C/ ELGUETA Y OTROS (20.06.1996)

Juzgado del Crimen de Santiago, 28 de marzo de 1995, rol N° 43.556-1993 (acoge). Conf. CA Santiago, 21 de septiembre de 1995, s/r; CS, 20

de junio de 1996, rol N° 33.393-1995 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *FM*, N° 451, 1996, p. 1.228 (Sólo CS) y LP: 13931 (Sólo CS).

10. RAMÍREZ BRAVO C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE  
(28.12.1999)

3° Juzgado Civil de Santiago, 26 de enero de 1996, rol N° 11-1991 (acoge). Conf. CA Santiago, 28 de diciembre de 1999, rol N° 3.129-1996 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en *GJ*, N° 234, 1999, pp. 63-64.

AÑO 2000

11. SALAS SALAZAR C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE  
(26.09.2000)

10° Juzgado Civil de Santiago, 19 de enero de 1999, rol N° 2.541-1998 (acoge). Conf. CA Santiago, 26 de septiembre de 2000, rol N° 1.692-1999 (Rec. casación en el fondo declarado desierto por la CA con fecha 10 de noviembre de 2000).

Publicada en *GJ*, N° 243, 2000, pp. 83-85 (Sólo CA).

12. PATOSÍ AGALLI C/ ZAMBRANO Y OTRO (10.10.2000)

Juzgado del Crimen de Santiago, 20 de marzo de 1998, s/r (acoge). Revoc. CA Santiago, 10 de octubre de 2000, rol N° 32.988-1998 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en *GJ*, N° 245, 2000, pp. 160-173, *RCDE*, año 1, N° 2, dic. 2000 y LP: 21106 (Sólo CA).

## AÑO 2001

## 13. PASTÉN MIRANDA C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO (20.03.2001)

3º Juzgado Civil de Valparaíso, 7 de enero de 1998, rol N° 2.641-96 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 25 de mayo de 2000, rol N° 649-1998; CS, 20 de marzo de 2001, rol N° 2.127-2000 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 18191 (Todas) y MJ: MJJ17475 (Sólo CS).

## 14. HERRERA GONZÁLEZ C/ SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (27.03.2001)

4º Juzgado Civil de Talca, 17 de agosto de 1999, rol N° 6.559-1997 (acoge). Conf. CA Talca, 3 de julio de 2000, rol N° 56.973-1999; CS, 27 de marzo de 2001, rol N° 2.833-2000 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 18200 (Sólo CA y CS).

## 15. BAEZA ROJAS CON SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (22.05.2001)

3º Juzgado Civil de Antofagasta, 22 de mayo de 2001, rol N° 42.152 (acoge). El litigio concluyó en el año 2002 por avenimiento, antes de la vista de la causa en segunda instancia (CA Antofagasta, 9 de enero de 2002, rol N° 14.270).

Publicada en *Ius Publicum*, N° 10, 2003, pp. 199-218.

16. OSORIO YAÑEZ C/ SERVICIO DE SALUD SAN FELIPE-LOS ANDES  
(17.09.2001)

2º Juzgado Civil de San Felipe, 24 de enero de 1998, rol N° 11.579-1996 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 4 de agosto de 2000, rol N° 838-1998; CS, 17 de septiembre de 2001, rol N° 3.440-2000 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No Publicada.

## AÑO 2002

17. OVIEDO PÉREZ Y OTROS c/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(24.01.2002)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 13 de abril de 1998, rol N° 6.061-1997 (acoge). Conf. CA Concepción, 10 de agosto de 2000, rol N° 1.977-1999; CS, 24 de enero de 2002, rol N° 3.665-2000 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *GJ*, N° 259, 2002, pp. 38-51 (Sólo CA y CS), *FM*, N° 497, 2002, pp. 370-375, LP: 19288 (Sólo CA y CS) y LP: 22158 (Sólo CA).

18. N.N c/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(15.04.2002)

Juzgado Civil de Viña del Mar, 20 de agosto de 1999, s/r (rechaza). Conf. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de abril de 2002, rol N° 3.827-1999.

Publicada en LP: 24512.

## AÑO 2003

## 19. HERNÁNDEZ ESPINOZA c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (30.04.2003)

2º Juzgado Civil de Concepción, 28 de diciembre de 2000, rol N° 2.798-1999 (acoge). Conf. CA Concepción, 6 de marzo de 2002, rol N° 1.439-2000; CS, 30 de abril de 2003, rol N° 1.290-2002 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en *GJ*, N° 274, 2003, pp. 59-75 (Todas).

20. DE LA HOZ FIGUEROA c/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO  
(30.05.2003)

16º Juzgado Civil de Santiago, 30 de mayo de 2003, rol N° 2.898-2000 (acoge). Con fecha 7 de mayo de 2004, rol N° 11.392-2003, la CA Santiago

dictó resolución que tuvo como no presentado el recurso de apelación del demandado.

No publicada.

21. DÍAZ GÓMEZ CONTRA VILLALOBOS SEPÚLVEDA Y OTROS (08.07.2002)

2º Juzgado del Crimen de Vallenar, 14 de agosto de 2001, rol N° 4.868-1996 (rechaza). Conf. CA Copiapó, 25 de marzo de 2002, rol N° 81.675-2001; CS, 8 de julio de 2002, rol N° 1.317-2002 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en *GJ* N° 265, pp. 127-131 (Sólo CA y CS).

22. MUÑOZ OLIVA C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(11.08.2003)

1º Juzgado Civil de Talcahuano, 18 de octubre de 2000, rol N° 973-2000 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 27 de enero de 2003, rol N° 2.135-2000; CS, 11 de agosto de 2003, rol N° 1.175-2003 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 26953 (Todas).

23. NAVARRO MALDONADO C/ SERVICIO DE SALUD MAGALLANES  
(23.09.2003)

1º Juzgado de Letras de Punta Arenas, s/f, rol N° 75.783-1999 (rechaza). Conf. CA Punta Arenas, 6 de mayo de 2003, rol N° 10.582-2002; CS, 23 de septiembre de 2003, rol N° 2.247 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

24. ROJAS FILIBERTO Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA  
(9.10.2003)

2º Juzgado Letras de Antofagasta, 14 de agosto de 2002, rol N° 17.130-2001 (acoge). Revoc. CA Antofagasta, 26 de agosto de 2003, rol N° 15.908;

CS, 9 de octubre de 2003, rol N° 4.114-2003 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 28835 (Todas).

AÑO 2004

25. SALAZAR GODOY C/ SERVICIO DE SALUD BÍO-BÍO  
(5.03.2004)

3° Juzgado de Letras de Los Ángeles, 7 de julio de 2002, rol N° 19.411-1999 (acoge). Conf. CA Concepción, 5 de marzo de 2004, rol N° 943-2002 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

26. BAHAMONDE VERA Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE,  
CHILOÉ Y PALENA (29.04.2004)

1° Juzgado Civil de Puerto Montt, 3 de diciembre de 2001, rol N° 56.739-2000 (acoge). Conf. CA Puerto Montt, 19 de junio de 2002, rol N° 10.828-2002; CS, 29 de abril de 2004, rol N° 4.212-2002 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *FM*, N° 521, 2004, pp. 352-359 (Sólo CS) y LP: 30067 (Todas).

27. GONZÁLES CÁCERES C/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR  
(14.05.2004)

1° Juzgado Civil de Temuco, 28 de noviembre de 2003, rol N° 106.884-2002 (acoge). Conf. CA Temuco, 14 de mayo de 2004, rol N° 2.463-2003; Rec. Casación declarado desierto por la CS, con fecha 29 de marzo de 2005, rol N° 2.528-2004.

No publicada.

28. SILVA ARAYA C/ PEREIRA ORTIZ Y SERVICIO DE SALUD ATACAMA  
(2.06.2004)

1º Juzgado Letras de Vallenar, 15 de febrero de 2002, rol N° 41.112 (rechaza). Revoc. CA Copiapó, 28 de junio de 2002, rol N° 82.544-2002; CS, 2 de junio de 2004, rol N° 2.868-2002 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *GJ*, 268, 2002, pp. 133-143 (Todas salvo cas. Fondo) y *GJ*, N° 288, 2004, pp. 177 y ss. (Todas salvo cas. Forma).

29. CAMPILLO MAÑAN Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(28.07.2004)

3º Juzgado Civil de Concepción, 30 de noviembre de 2000, rol N° 3.488-2000 (acoge). Conf. CA Concepción, 31 de octubre de 2003, rol N° 322-2001; CS, 28 de julio de 2004, rol N° 5.264-2003 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *RDJ*, t. II, sec. 5ª, dic. 2004, pp. 81 y ss., con comentario de Eduardo SOTO KLOSS, *Ius Publicum*, N° 14, 2005, pp. 235-251 y MJ: MJJ9087 (Sólo CS).

30. TORRES VELÁSQUEZ Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(27.10.2004)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 4 de abril de 2003, rol N° 6.381-2002 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 18 de diciembre de 2003, rol N° 1.703-2003. La CS, con fecha 27 de octubre de 2004, rol N° 442-2004, aprobó avenimiento entre las partes.

Publicada en *RDJ*, t. II, 2ª parte, sec. 5ª, 2003, pp. 163-180 (Sólo CA) con comentario de Eduardo SOTO KLOSS; *Ius Publicum*, N° 14, 2005, pp. 253-256 (Sólo CA y CS), con comentario de Eduardo SOTO KLOSS; LP: 31322 (Todas) y MJ: MJJ9361 (Sólo CA).

31. BARROS SALAMANCA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD BÍO-BÍO  
(3.11.2004)

1º Juzgado Civil de Los Ángeles, 5 de marzo de 2002, rol N° 74.134-2000 (rechaza). Conf. CA Concepción, 10 de agosto de 2004, rol N° 1.062-2002. Rec. casación en la forma y en el fondo declarados desiertos por la CS, con fecha 3 de noviembre de 2004, rol N° 4.492-2004.

Publicada en LP: 31365 (Todas).

32. BRITO GODOY C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO  
(15.11.2004)

1º Juzgado Civil de Valparaíso, 30 de septiembre de 2002, rol N° 2.479-1998 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 24 de agosto de 2004, rol N° 4.309-2002. Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 15 de noviembre de 2004, rol N° 4.854-2004.

Publicada en LP: 31096 (Sólo CA).

AÑO 2005

33. LABRÍN OCAMPO C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(5.04.2005)

1º Juzgado Civil de Concepción, 6 de mayo de 2003, rol N° 1.566-2002 (rechaza). Conf. CA Concepción, 5 de abril de 2005, rol N° 3.314-2003 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en WL: CL/JUR/2336/2005.

34. ESTAY ÁLVAREZ Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(12.04.2005)

5º Juzgado Civil de Viña Del Mar, 8 de agosto de 2002, rol N° 4.692-1998 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 4 de noviembre de 2004, rol N° 3.647-2002;

CS, 12 de abril de 2005, rol N° 5.643-2004 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

35. CASTILLO ALONSO C/ FISCO (UNIDAD DE ENFERMERÍA DE  
GENDARMERÍA DE CHILE) (14.04.2005)

20° Juzgado Civil de Santiago, 26 de junio de 2003, rol N° 3.077-2001 (acoge). Revoc. CA Santiago, 14 de abril de 2005, rol N° 6.974-2001 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en *GJ*, N° 298, 2005, pp. 87 y ss. (Sólo CA).

36. NAVARRO BILBAO CON SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO  
(3.10.2005)

4° Juzgado Civil de Valparaíso, 30 de enero de 2004, rol N° 1.549-2001 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 3 de octubre de 2005, rol N° 2.954-2004 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

37. BRITO CISTERNA Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(26.05.2005)

8° Juzgado Civil de Viña Del Mar, 14 de noviembre de 2000, rol N° 4.086-1999 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 30 de junio de 2003, rol N° 888-2001; CS, 26 de mayo de 2005, rol N° 3.334-2003 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en *RDJ*, t. I, 2ª parte, sec. 1ª, 2005, pp. 154-158 (Sólo CS).

38. ALVARADO MORENO C/ HOSPITAL DE VALLENAR Y SERVICIO DE SALUD  
ATACAMA (19.07.2005)

1° Juzgado de Letras de ValLENAR, 13 de octubre de 2004, rol N° 48.848-1999 (rechaza). Conf. CA Copiapó, 6 de mayo de 2005, rol N° 99-2005.

Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 19 de julio de 2005, rol N° 2.762-2005.

No publicada.

39. MUÑOZ ESPINOZA C/ SERVICIO DE SALUD MAGALLANES (28.07.2005)

1° Juzgado de Letras de Magallanes, 4 de junio de 2004, rol N° 79.997-2003 (acoge). Conf. CA Punta Arenas, 10 de noviembre de 2004, rol N° 220-2004; CS, 28 de julio de 2005, rol N° 224-2005 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

40. MEDEL QUEZADA C/ SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (27.09.2005)

1° Juzgado Civil de San Felipe, 27 de enero de 2003, rol N° 81.733 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 15 de junio de 2005, rol N° 917-2003; CS, 27 de septiembre de 2005, rol N° 3.434-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 32948 (Todas).

41. CORTÉS ARANCIBIA C/ OLIVARES MARDONES (2.11.2005)

3° Juzgado de Letras de Antofagasta, 25 de agosto de 2005, rol N° 2.758-2005 (resolución que suspende la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley AUGE/2004). Conf. CA Antofagasta, 2 de noviembre de 2005, rol N° 823-2005.

Publicada en WL: CL/JUR/1361/2005 (Sólo CA).

42. MORALES VALENZUELA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
[CARATULADA EN SISTEMA DE PODER JUDICIAL COMO URRUTIA MENDOZA C/  
SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN] (8.11.2005).

3° Juzgado Civil de Concepción, 21 de junio de 2004, rol N° 4.091-2002 (acoge). Conf. CA Concepción, 11 de agosto de 2005, rol N° 2.390-2004;

CS, 8 de noviembre de 2005, rol N° 4.757-2005 (Rec. casación en la forma y fondo rechazados).

Publicada en LP: 33235 (Todas).

43. PÁEZ ARAOS Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (22.12.2005)

4° Juzgado Civil de Antofagasta, 10 de agosto de 2004, rol N° 38.851-2001 (rechaza). Conf. CA Antofagasta, 5 de mayo de 2005, rol N° 11-2005; CS, 22 de diciembre de 2005, rol N° 2.819-2005 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 33756 (Todas).

AÑO 2006

44. PÉREZ CABELLO Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR  
(18.01.2006)

3° Juzgado Civil de San Miguel, 19 de octubre de 2001, rol N° 2.882-1997 (acoge). Conf. CA San Miguel, 13 de julio de 2005, rol N° 1.877-2001; CS, 18 de enero de 2006, rol N° 4.277-2005 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en *GJ*, N° 307, 2006, pp. 59 y ss, LP: 33553 (Todas) y MJ: MJJ10591 (Sólo CS).

45. BELMAR NÚÑEZ C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO Y OTRO  
(25.01.2006)

2° Juzgado Civil de Talcahuano, 4 de marzo de 2005, rol N° 790-2004 (acoge). Revoc. CA Concepción, 29 de septiembre de 2005, rol N° 958-2005; CS, 25 de enero de 2006, rol N° 5.826-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 34192 (Todas) y MJ: MJJ10696 (Sólo CS). Transcrita en *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, N° 1, 2006, pp. 195-199.

46. IGOR MANSILLA c/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA  
(6.03.2006)

1º Juzgado de Letras de Puerto Montt, 12 de julio de 2005, rol N° 26.554-2003 (acoge). Conf. CA Puerto Montt, 6 de marzo de 2006, rol N° 738-2005 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en WL: CL/JUR/4556/2006 (Sólo CA).

47. PALOMINOS VARGAS c/ SERVICIO DE SALUD LIBERTADOR BERNARDO  
O'HIGGINS (23.03.2006)

3º Juzgado Civil de Rancagua, 8 de marzo de 2004, rol N° 34.433-2000 (acoge). Conf. CA Rancagua, 7 de octubre de 2005, rol N° 21.674-2004; CS, 23 de marzo de 2006, rol N° 5.818-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *GJ*, N° 309, 2006, pp. 72-82 (Todas) y LP: 33986 (Todas).

48. PÉREZ CONTRERAS c/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE  
(21.04.2006)

14º Juzgado Civil de Santiago, 25 de abril de 2003, rol N° 1.561-2002 (acoge). Revoc. CA Santiago, 21 de abril de 2006, rol N° 4.337-2003 (acumulada a la causa 4.637-2003); Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CA Santiago, con fecha 8 de junio de 2006.

Publicada en *GJ*, N° 310, 2006, pp. 86 y ss, LP: 34420 (Sólo CA) y WL: CL/JUR/1315/2006 (Sólo CA).

49. MONTECINOS MADRID c/ SERVICIO DE SALUD LIBERTADOR BERNARDO  
O'HIGGINS, FISCO Y OTRO (3.05.2006)

1º Juzgado Civil de Rancagua, 18 de junio de 2004, rol N° 26.782-2000 (acoge). Conf. CA Rancagua, 30 de marzo de 2005, rol N° 22.001-2004, anulada por la CS, 21 de julio de 2005, rol N° 2.036-2005 (casación en la forma de oficio, retro trayéndose los autos hasta la vista de la causa en se-

gunda instancia). Sentencia de término CA Rancagua, 3 de mayo de 2006, rol N° 22.001-2004 (Conf. la sentencia de primer grado).

Publicada en LP: 32423 (Todas salvo sentencia CA Rancagua, 3 de mayo de 2006), LP: 32263 (Sólo sentencia CA, 21 de julio de 2005, que fue anulada por la CS).

50. PINCHEIRA GÓMEZ c/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA Y OTRO (25.05.2006)

2° Juzgado Civil de Puerto Montt, 31 de agosto de 2004, rol N° 5.071-2001 (acoge). Conf. CA Puerto Montt, 25 de octubre de 2005, rol N° 747-2004; CS, 25 de mayo de 2006, rol N° 6.350-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 34454 (Todas).

51. DAZA HURTADO c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (31.05.2006)

2° Juzgado Civil de Concepción, 1 de julio de 2002, rol N° 3.993-2000 (rechaza). Conf. CA Concepción, 3 de noviembre de 2005, rol N° 1.610-2002; CS, 31 de mayo de 2006, rol N° 6.477-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en WL: CL/JUR/1351/2005 (Sólo CA).

52. BÁEZ LÓPEZ c/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (31.05.2006)

4° Juzgado Civil de Valparaíso, 31 de mayo de 2006, rol N° 2.540-2004 (acoge). No se dedujeron recursos de apelación para ante la CA Valparaíso.

No publicada.

53. MELO BUSTAMANTE c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (1.06.2006)

2° Juzgado Civil de Concepción, 15 de septiembre de 2004, rol N° 137-2002 (acoge). Conf. CA Concepción, 27 de marzo de 2006, rol N° 3.434-

2004; CS, 1 de junio de 2006, rol N° 1.968-2006 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

No publicada.

54. RAMÍREZ ORDENES C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO  
(16.06.2006)

2° Juzgado de Civil de Valparaíso, 31 de enero de 2005, rol N° 1.115-2003 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 16 de junio de 2006, rol N° 1.929-2005 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

55. BARRIENTOS LLANOS Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(29.06.2006)

2° Juzgado Civil de Talcahuano, 26 de mayo de 2000, rol N° 11.779-1998 (acoge). Revoc. CA Concepción, 29 de julio de 2004, rol N° 1.067-2000; CS, 29 de junio de 2006, rol N° 3.794-2004 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

No publicada.

56. HUERTA Y OTRA C/ RUBILAR RUBILAR Y OTRO (29.06.2006)

2° Juzgado del Crimen de Chillán, 29 de noviembre de 2005, rol N° 51.030-2002 (rechaza). Conf. CA Chillán, 25 de abril de 2006, rol N° 51-2006. Rec. Casación en el fondo declarado inadmisibles por la CS, con fecha 29 de junio de 2006, rol N° 2.237-2006.

No publicada.

57. ANTRILLO GARCÍA C/ SERVICIO DE SALUD AYSÉN (16.08.2006)

2° Juzgado Letras de Coyhaique, 22 de mayo de 2004, rol N° 20.318-2002 (rechaza). Conf. CA Coyhaique, 3 de septiembre de 2004, rol

Nº 2.296-2004; CS, 16 de agosto de 2006, rol Nº 4.496-2004 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

58. GUAJARDO AGUILERA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(31.08.2006)

3º Juzgado Civil de Concepción, 14 de enero de 2005, rol Nº 5.966-2003 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 18 de enero de 2006, rol Nº 1.154-2005; CS, 31 de agosto de 2006, rol Nº 1.342-2006 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 35107 (Todas).

59. GODOY POST C/ SERVICIO DE SALUD VALDIVIA (26.09.2006)

1º Juzgado Civil de Valdivia, 15 de septiembre de 2004, rol Nº 137-2003 (acoge). Conf. CA Valdivia, 9 de mayo de 2005, rol Nº 937-2004; CS, 26 de septiembre de 2006, rol Nº 2.764-2005 (Rec. casación en la forma rechazado).

Publicada en LP: 35190 (Sólo CA y CS).

60. RIFFO MUÑOZ Y OTRO C/ SILVA VILLAVICENCIO Y OTRO (26.09.2006)

2º Juzgado Letras de Los Ángeles, 15 de mayo de 2006, rol Nº 48.335-2003 (resolución que suspende la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley Auge/2004). Conf. CA Concepción, 26 de septiembre de 2006, rol Nº 984-2006.

Publicada en WL: CL/JUR/3282/2006 (Sólo CA).

61. RAMÍREZ PIZARRO C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR  
(30.10.2006)

1º Juzgado Civil de San Miguel, 30 de abril de 2002, rol Nº 4.042-2000 (acoge). Conf. CA San Miguel, 6 de abril de 2006, rol Nº 969-2002; CS,

30 de octubre de 2006, rol N° 2.491-2006 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

No publicada.

62. SALINAS CORTÉS C/ DELGADO RETAMALES Y SERVICIO DE SALUD  
LIBERTADOR BERNARDO O`HIGGINS (2.11.2006)

1º Juzgado de Letras de Santa Cruz, 31 de mayo de 2005, rol N° 49.260-2002 (acoge). Conf. CA Rancagua, 2 de noviembre de 2006, rol N° 938-2005 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 35803 (Sólo CA).

63. FUENTES RICHARD C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(6.11.2006)

2º Juzgado Civil de Concepción, 9 de diciembre de 2002, rol N° 5.560-2000 (acoge). Conf. CA Concepción, 6 de noviembre de 2006, rol N° 757-2006 (con fecha 22 de noviembre de 2006 la CA Concepción constata la renuncia de las partes a los plazos y recursos legales).

Publicada en WL: CL/JUR/2277/2006 (Sólo CA).

AÑO 2007

64. AILLAPÁN SEPÚLVEDA C/ LÓPEZ ARANEDA Y SERVICIO DE SALUD  
LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA (9.01.2007)

Juzgado del Crimen de Castro, 28 de febrero de 2003, rol N° 45-513-2002 (rechaza). Revoc. CA Puerto Montt, 22 de febrero de 2005, rol N° 116.620-2003; CS, 9 de enero de 2007, rol N° 1.277-2005 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *RDJ*, t. 104, 2007. Transcrita (Sólo CA y CS) en SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva (A propósito de Aillapán Sepúlveda Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)”, en

*Derecho administrativo. 120 años de cátedra*, Coordinador Rolando Pantoja Bauzá, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 408 y 409.

65. BUSTOS SANHUEZA C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (23.01.2007)

1º Juzgado Civil de Talcahuano, 28 de septiembre de 2005, rol N° 3.312-2004 (acoge). Conf. CA Concepción, 6 de abril de 2006, rol N° 4.243-2005. La CS, con fecha 23 de enero de 2007, rol N° 2.100-2006, aprobó avenimiento entre las partes.

Publicada en WL: CL/JUR/4804/2006 (Sólo CA).

66. TAPIA TAPIA Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (6.03.2007)

1º Juzgado de Letras de La Serena, 16 de agosto de 2006, rol N° 1.544-2004 (acoge). Conf. CA La Serena, 6 de marzo de 2007, rol N° 1.514-2006 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

67. CONCHA SÁNCHEZ C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (28.03.2007)

3º Juzgado Civil de Concepción, 13 junio de 2001, rol N° 3.572-2000 (rechaza). Conf. CA Concepción, 1 de junio de 2006, rol N° 528-2006; CS, 28 de marzo de 2007, rol N° 3.611-2006 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en MJ: MJJ9471 (Sólo CS).

68. BECERRA ALARCÓN C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(25.04.2007)

1º Juzgado Civil de Viña Del Mar, 21 de diciembre de 2005, rol N° 847-2003 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 27 de diciembre de 2006, rol N° 600-2006. Rec. casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 24 de abril de 2007, rol N° 1.667-2007.

No publicada.

69. TORRES TRIGO c/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO  
(25.07.2007)

1º Juzgado Civil de Valparaíso, 31 de diciembre de 2004, rol N° 1.672-2000 y 1.839-2000 [acumulados] (acoge). Conf. CA Valparaíso, 4 de abril de 2006, rol N° 704-2005. La CS, con fecha 25 de julio de 2007, rol N° 2.974-2006 aprobó avenimiento entre las partes.

Publicada en LP: 37185 (Todas).

70. MATAMALA RUIZ Y OTRA c/ SERVICIO DE SALUD LLANCHIPAL  
(20.10.2007)

1º Juzgado Letras de Puerto Montt, 5 de octubre de 2006, rol N° 5.8716-2001 (rechaza). Conf. CA Puerto Montt, 20 de agosto de 2007, rol N° 32-2007 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

71. VEGA VEGA Y OTRO c/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (12.09.2007)

3º Juzgado Civil de Temuco, 29 de abril de 2004, rol N° 7.976-2002 (acoge). Conf. CS, 12 de septiembre de 2007, rol N° 3.222-2006 (sentencia de reemplazo tras acoger rec. casación en el fondo contra la sentencia de CA Temuco, 29 de mayo de 2006, rol N° 989-2004).

Publicada en LP: 37295 (Todas).

72. PADILLA ITURRA c/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL  
(13.09.2007)

3º Juzgado Civil de Santiago, 31 de diciembre de 2002, rol N° 4.149-2000 (acoge). Conf. CA Santiago, 13 de septiembre de 2007, rol N° 2.643-2003 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

73. URRÁ REYES c/ FISCO DE CHILE (HOSPITAL NAVAL)  
(16.10.2007)

1º Juzgado Civil de Valparaíso, 27 de junio de 2006, rol N° 1.336-2004 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 16 de octubre de 2007, rol N° 45-2007 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 37480 (Sólo CA) y transcrita en *Ius Publicum*, N° 20, 2008, pp. 209-219, con comentario de Eduardo SOTO KLOSS.

74. VILLALOBOS GONZÁLEZ c/ SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (29.10.2007)

3º Juzgado de Letras de Talca, 9 de diciembre de 2003, rol N° 1.901-2000 (acoge). Revoc. CA Talca, 2 de marzo de 2007, rol N° 65.165-2004. Rec. Casación en el fondo declarado inadmisibile por la CS, con fecha 29 de octubre de 2007, rol N° 1.863-2007.

Publicada en LP: 35973 (Sólo CA).

75. ZÚÑIGA REYES c/ SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (20.12.2007)

2º Juzgado de Letras de Talca, 13 de octubre de 2005, rol N° 3.341-2004 (acoge). Conf. CA Talca, 20 de diciembre de 2007, rol N° 1.815-2005 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 37975 (Sólo CA).

AÑO 2008

76. FREDES MONSALVE Y OTRO c/ JOBET FORNAZZARI Y OTRO (17.01.2008)

1º Juzgado Civil de Concepción, 7 de julio de 2006, rol N° 270-2006 (resolución que indica que respecto de los prestadores privados de salud, la mediación consignada en la Ley AUGE/2004 no es obligatoria). Conf. CA Concepción, 17 de enero de 2008, rol N° 2.922-2006.

Publicada en LP: 38206 (Sólo CA).

77. JOFRÉ CANALES C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (21.01.2008)

3º Juzgado Civil de Concepción, 16 de mayo de 2007, rol N° 5.747-2006 (resolución que suspende la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley AUGE/2004). Conf. CA Concepción, 21 de enero de 2008, rol N° 1.047-2007.

Publicada en LP: 38224 (Sólo CA).

78. ABARCA SÁNCHEZ Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (24.01.2008)

13º Juzgado Civil de Santiago, 26 de diciembre de 2001, rol N° 2.347-1999 (acoge). Revoc. CA Santiago, 25 de mayo de 2007, rol N° 1.846-2002. Rec. Casación en la forma y en el fondo declarados desiertos por la CS, con fecha 24 de enero de 2008, rol N° 4.092-2007.

Publicada en *GJ*, N° 323, 2007, pp. 103 y ss., LP: 38450 (Todas), LP: 36526 (Sólo CA) y MJ: MJJ10872 (Sólo CA).

79. PÉREZ SEPÚLVEDA C/ SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (28.01.2008)

1º Juzgado de Letras de San Felipe, 8 de noviembre de 2006, rol N° 85.914-2004 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 15 de junio de 2007, rol N° 3.491-2006; CS, 28 de enero de 2008, rol N° 4.679-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

80. CONTRERAS DAMANTE C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (25.03.2008)

4º Juzgado Civil de Valparaíso, 9 de abril de 2007, rol N° 1.861-2004 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 17 de julio de 2007, rol N° 876-2007; CS, 25 de marzo de 2008, rol N° 5.026-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

81. VARGAS MANCILLA C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE,  
CHILOÉ Y PALENA (25.03.2008)

3° Juzgado Civil de Puerto Montt, 5 de septiembre de 2006, rol N° 20.177-2001 (acoge). Revoc. CA Puerto Montt, 3 de septiembre de 2007, rol N° 965-2006; CS, 25 de marzo de 2008, rol N° 5.872-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

82. MONTES ESPINOZA C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(25.03.2008)

2° Juzgado Civil de Concepción, 26 de julio de 2005, rol N° 2.737-2005 (resolución que suspende la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley Auge/2004). Conf. CA Concepción, 8 de octubre de 2007, rol N° 2.903-2005. Rec. casación en el fondo declarado inadmisibile por la CS, con fecha 25 de marzo de 2008, rol N° 6.798-2007.

Publicada en LP: 38627 (Todas), LP: 37418 (Sólo CA) y MJ: MJJ21483 (Sólo CA).

83. VÉJAR PINTO Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(25.03.2008)

1° Juzgado Civil de Concepción, 29 de diciembre de 2005, rol N° 6.128-2005 (resolución que suspende la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley Auge/2004). Conf. CA Concepción, 8 de octubre de 2007, rol N° 226-2006. Rec. casación en el fondo declarado inadmisibile por la CS, con fecha 25 de marzo de 2008, rol N° 6.793-2007.

No publicada.

84. FREDES BESOAIN C/ JOBET FORNAZZARI  
(20.05.2008)

3º Juzgado Civil de Concepción, 13 de agosto de 2007, rol N° 6.264-2005 (resolución que indica que respecto de los prestadores privados de salud, la mediación consignada en la Ley AUGE/2004 no es obligatoria). Conf. CA Concepción, 20 de mayo de 2008, rol N° 211-2007.

Publicada en LP: 39058 (Sólo CA).

85. FRANCHINI PASTÉN C/ SERVICIO DE SALUD VALDIVIA  
(26.06.2008)

1º Juzgado Civil de Valdivia, 11 de mayo 2006, rol N° 994-2004 (acoge). Revoc. CS, 26 de junio de 2008, rol N° 5.667-2006 (sentencia de reemplazo tras acoger rec. casación en la forma contra la sentencia de CA Valdivia, 15 de septiembre de 2006, rol N° 523-2006).

Publicada en LP: 39575 (Todas) y MJ: MJJ17475 (Sólo CS).

86. MERINO SANFUENTES C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(13.08.2008)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 5 de marzo de 2003, rol N° 4.983-2001 (rechaza). Conf. CA Concepción, 13 de agosto de 2008, rol N° 1.107-2003 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 39647 (Sólo CA).

87. PERALTA PERALTA C/ SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE (29.08.2008)

2º Juzgado de Letras de Iquique, 5 de marzo de 2008, rol N° 3.748-2006 (acoge). Conf. CA Iquique, 29 de agosto de 2008, rol N° 696-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

88. RÍOS CASTRO Y OTROS c/ MUNICIPALIDAD TALCAHUANO Y FISCO  
(30.09.2008)

1º Juzgado Civil de Concepción, 30 de julio de 2005, rol N° 3.851-2004 (acoge). Conf. CA Concepción, 30 de noviembre de 2007, rol N° 3.222-2005; CS, 30 de septiembre de 2008, rol N° 2.023-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicado en WL: CL/JUR/2926/2007 (Sólo CA).

89. GUTIÉRREZ VÁSQUEZ Y OTROS c/ VENEGAS VERGARA Y SERVICIO DE SALUD  
METROPOLITANO OCCIDENTE (30.09.2008)

4º Juzgado del Crimen de Santiago, 3 de junio de 2005, rol N° 166.748-1999 (acoge). Revoc. CA Santiago, 8 de julio de 2008, rol N° 23.760-2005. Rec. casación en el fondo declarado inadmisibile por la CS, con fecha 30 de septiembre de 2008, rol N° 4.487-2008.

Publicada en LP: 39429 (Sólo CA).

90. REYES ZENTENO c/ PÉREZ GUMUCIO Y SERVICIO DE SALUD ARICA  
(8.10.2008)

3º Juzgado del Crimen de Arica, 27 de junio de 2007, rol N° 42.601-2002 (acoge). Revoc. CS, 8 de octubre de 2008, rol N° 2.374-2008 (sentencia de reemplazo tras acoger recurso de casación en la forma contra la sentencia de CA Arica, 8 de abril de 2008, rol N° 233-2007).

Publicada en LP: 38731 (Sólo CA).

91. GAETE REDÍN Y OTRA c/ HOSPITAL SÓTERO DEL RÍO  
(9.10.2008)

2º Juzgado del Crimen de Puente Alto, 18 de enero de 2008, rol N° 40.378-2004 (acoge). Conf. CA San Miguel, 12 de junio de 2008, rol N° 439-2008. Rec. de queja declarado inadmisibile por la CS, con fecha 9 de octubre de 2008, rol N° 5.272-2008.

Publicada en WL: CL/JUR/2650/2008 (Sólo CA).

92. HIDALGO BRICEÑO Y OTROS c/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS (14.10.2008)

2º Juzgado Civil de Valparaíso, 30 de septiembre de 2005, rol N° 2.259-2001 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 31 de enero de 2007, rol N° 553-2006; CS, 14 de octubre de 2008, rol N° 1.976-2007 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en *GJ*, N° 340, 2008, pp. 39 y ss, LP: 39884 (Todas) y MJ: MJJ18533 (Sólo CS).

93. BAEZA FLORES Y OTRO c/ SERVICIO DE SALUD ARAUCO (28.10.2008)

Juzgado de Letras y Garantía de Lebu, 6 de junio de 2005, rol N° 17.039-2000 (rechaza). Conf. CA Concepción, 28 de octubre de 2008, rol N° 2.558-2005 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 40456 (Sólo CA) y WL: CL/JUR/3917/2008.

94. CORTÉS CORTÉS c/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (29.10.2008)

1º Juzgado Civil de Viña Del Mar, 21 de abril de 2006, rol N° 3.304-2004 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 27 de diciembre de 2006, rol N° 1.738-2006; CS, 29 de octubre de 2008, rol N° 1.620-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Transcrita en *Ius Publicum*, N° 22, 2009, pp. 237-240 (Sólo CS) y publicada en MJJ1747 (Sólo CS).

95. MATTHEW LAPOSTOL c/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (24.11.2008)

23º Juzgado Civil de Santiago, 1 de septiembre de 2004, rol N° 3.783-2001 (rechaza). Conf. CA Santiago, 21 de agosto de 2008, rol N° 11.002-

2004. Rec. casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 24 de noviembre de 2008, rol N° 6.584-2008.

No publicada.

96. BURGOS VARGAS C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR  
(26.11.2008)

2° Juzgado Civil de San Miguel, 19 de agosto de 2003, rol N° 759-2001 (rechaza). Conf. CA San Miguel, 20 de marzo de 2008, rol N° 1.788-2003; CS, 26 de noviembre de 2008, rol N° 3.019-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 38531 (Todas).

97. LEÓN CASTRO C/ GARCÍA Y SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
Y OTRO (4.12.2008)

2° Juzgado Civil de Viña Del Mar, 17 de agosto de 2005, rol N° 2.015-1998 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 27 de marzo de 2007, rol N° 2.821-2005; CS, 4 de diciembre de 2008, rol N° 2.554-2007 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

No publicada.

AÑO 2009

98. CÁRCAMO ROMERO Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(12.01.2009)

2° Juzgado Civil de Concepción, 26 de diciembre de 2005, rol N° 3.823-2004 (rechaza). Conf. CA Concepción, 12 de enero de 2009, rol N° 3.197-2006 (con fecha 3 de abril de 2009, se tuvo por desistido recurso de casación en el fondo, antes de la remisión de autos a la CS).

No publicada.

99. POSECK DEMIERRE Y OTRAS c/ ESPINOZA GONZÁLEZ Y SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (27.01.2009).

3° Juzgado Civil de Temuco, 24 de marzo de 2007, rol N° 6.319-2002 (rechaza). Conf. CA Temuco, 14 de octubre de 2008, rol N° 622-2007; CS, 27 de enero de 2009, rol N° 7.735-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

100. ARANDA VILLALOBOS c/ SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (29.01.2009)

2° Juzgado Civil de La Serena, 24 de marzo de 2006, rol N° 2.795-2003 (rechaza). Conf. CA La Serena, 22 de mayo de 2007, rol N° 1.093-2006; CS, 29 de enero de 2009, rol N° 3.472-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en MJ: MJJ19438 (Sólo CS).

101. RODRÍGUEZ VALLADARES c/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (5.03.2009)

2° Juzgado Civil de Talcahuano, 24 de agosto de 2006, rol N° 2.296-2005 (rechaza). Conf. CA Concepción, 5 de marzo de 2009, rol N° 3.644-2006 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

102. MARTÍNEZ DÍAZ c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (23.03.2009)

2° Juzgado Civil de Concepción, 24 de octubre de 2007, rol N° 315-2006 (rechaza). Conf. CA Concepción, 23 de marzo de 2009, rol N° 84-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 41831 (Sólo CA) y MJ: MJJ20138 (Sólo CA).

103. JIMÉNEZ ARÉVALO C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(25.03.2009)

3º Juzgado Civil de Concepción, 19 de octubre de 2007, rol N° 6.599-2006 (acoge). Conf. CA Concepción, 25 de marzo de 2009, rol N° 2.353-2007 (no se dedujeron para ante la CS).

No publicada

104. VALENZUELA GRANFELDT C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y  
PALENA (20.04.2009)

1º Juzgado de Letras de Puerto Montt, 6 de octubre de 2008, rol N° 14-2007 (acoge). Conf. CA Puerto Montt, 20 de abril de 2009, rol N° 699-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

105. MUÑOZ GACITÚA C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(22.04.2009)

2º Juzgado Civil de Viña Del Mar, 25 de agosto de 2006, rol N° 1.025-2001 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 3 de marzo de 2008, rol N° 2.737-2006; CS, 22 de abril de 2009, rol N° 2.067-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 41990 (Todas).

106. LEVA C/ SERVICIO DE SALUD COQUIMBO  
(4.05.2009)

1º Juzgado Civil de La Serena, 7 de enero de 2008, rol N° 1.554-2006 (rechaza). Conf. CA La Serena, 24 de septiembre de 2008, rol N° 240-2008; CS, 4 de mayo de 2009, rol N° 6.803-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en *GJ*, 347, 2009, pp. 40 y ss, LP: 41991 (Todas) y LP: 40372 (Sólo CA).

107. FUENTES GONZÁLEZ C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (26.05.2009)

1º Juzgado Civil de Concepción, 28 de marzo de 2005, rol N° 8.227-2003 (acoge). Revoc. CA Concepción, 29 de septiembre de 2007, rol N° 2.126-2005. La CS, con fecha 26 de mayo de 2009, rol N° 6.217-2007 aprobó avenimiento entre las partes.

Publicada en LP: 42236 (Todas).

108. VILLAMÁN RIQUELME C/ TIZNADO QUINTANA Y SERVICIO DE SALUD Bío-Bío (27.05.2009)

1º Juzgado de Letras de Los Ángeles, 20 de diciembre de 2006, rol N° 84.914-2005 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 27 de mayo de 2009, rol N° 917-2007 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en LP: 42015 (Sólo CA).

109. SALGADO ROMERO C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (27.05.2009)

1º Juzgado Civil de Concepción, resolución de 8 de septiembre de 2005, rol N° 4.295-2005 (resolución que rechaza excepciones interpuestas por el demandado por no haberse cumplido el trámite de mediación). Revoc. CA Concepción, 28 de agosto de 2008, rol N° 3.397-2005; CS, 27 de mayo de 2009, rol N° 6.320-2007 (Rec. casación en el fondo rechazado.).

No publicada.

110. JARA JARA Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (11.06.2009)

1º Juzgado Letras de San Felipe, 3 de enero de 2009, rol N° 88.940-2007 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 11 de junio de 2009, rol N° 347-2009 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

111. MORENO SÁNCHEZ Y OTRO C/ CELIS BASIGNANA, SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN Y OTROS (16.06.2009)

1º Juzgado del Crimen de Concepción, 7 de mayo de 2005, rol N° 64.052-2001 (acoge). Revoc. (Respecto de la condena al Servicio de Salud CA Concepción, 23 de julio de 2008, rol N° 1.326-2005; CS, 16 de junio de 2009, rol N° 5.076-2008 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en LP: 42239 (Todas), LP: 39512 (Sólo CA) y MJJ20294 (Solo CS).

112. PEÑA CONTRERAS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (23.06.2009)

3º Juzgado Civil de Concepción, 30 de abril de 2004, rol N° 4.368-1999 (rechaza). Conf. CS, 23 de junio de 2009, rol N° 6.274-2004 (sentencia de remplazo tras acoger recurso de casación en la forma contra la sentencia CA Concepción, 26 de septiembre de 2007, rol N° 3.530-2004).

Publicada en LP: 37335 (Sólo CA), LP: 42134 (Sólo CS) y MJ: MJJ20926 (Sólo CS).

113. CANCINO CAUSA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN  
(2.07.2009)

2º Juzgado Civil de Concepción, 13 de mayo de 2002, rol N° 942-2001 (rechaza). Conf. CA Concepción, 2 de julio de 2009, rol N° 827-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

114. LÓPEZ GÓMEZ C/ SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (31.07.2009)

3º Juzgado Civil de Antofagasta, 30 de enero de 2009, rol N° 5.904-2007 (rechaza). Conf. CA Antofagasta, 31 de julio de 2009, rol N° 199-2009 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

115. JARA BELMAR Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(3.08.2009)

3º Juzgado Civil de Concepción, 3 de agosto de 2009, rol N° 8.746-2007 (rechaza). Conf. CA Concepción, 3 de agosto de 2009, rol N° 1.499-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en MJ: MJJ21005 (Sólo CA).

116. CURILÉN RUPAYÁN Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR  
(4.08.2009)

1º Juzgado Civil de Temuco, 5 de septiembre de 2008, rol N° 1.197-2007 (rechaza). Conf. CA Temuco, 5 de marzo de 2009, rol N° 2.227-2008; CS, 4 de agosto de 2009, rol N° 2.489-2009 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

117. VIVEROS HEITMANN C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(14/08/2009)

3º Juzgado Civil de Concepción, 10 de marzo de 2008, rol N° 6.480-2005 (acoge). Conf. CA Concepción, 14 de agosto de 2008, rol N° 1.510-2008. La CA Concepción, con fecha 1 de septiembre de 2009, aprobó avenimiento entre las partes.

No publicada.

118. GUTIÉRREZ SERRA C/ CLÍNICA HÉCTOR VALDÉS LTDA  
(17.08.2009)

1º Juzgado Civil de Santiago, 23 de abril de 2009, rol N° 9.471-2008 (resolución que rechaza nulidad de todo lo obrado por no haberse cumplido el trámite de mediación). Revoc. CA Santiago, 17 de agosto de 2009, rol N° 3.204-2009.

Publicada en WL: CL/JUR/323/2009 (Sólo CA).

119. RIVACOBA GAJARDO C/ ZAMBONI TOGNOLINI Y SERVICIO DE SALUD  
METROPOLITANO NORTE (6.10.2009)

22º Juzgado del Crimen de Santiago, 12 de abril de 2006, rol N° 27.846-1999 (acoge). Conf. CA Santiago, 9 de septiembre de 2008, rol N° 10.416-2006; CS, 6 de octubre de 2008, rol N° 5.967-2008 (Rec. casación en la forma rechazado)

Publicada en LP: 39943 (Sólo CA).

120. PARRA BARRAZA C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(14.10.2009)

3º Juzgado Civil de Viña Del Mar, 2 de marzo de 2006, rol N° 239-2002 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 29 de enero de 2008, rol N° 1.568-2006; CS, 14 de octubre de 2009, rol N° 2.345-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 42841 (Todas).

121. TELLO SOTO C/ HOSPITAL CLÍNICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE  
(19.11.2009)

30º Juzgado Civil de Santiago, 18 de marzo de 2008, rol N° 2.610-2003 (rechaza). Revoc. CA Santiago, 19 de noviembre de 2009, rol N° 7.432-2008 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en MJ: MJJ22478 (Solo CA) y WL: CL/JUR/3669/2009 (Sólo CA).

122. DONOSO CONTRERAS Y OTRO C/ NUÑEZ Y SERVICIO DE SALUD VI REGIÓN  
(30.11.2009)

1º Juzgado de Letras de Santa Cruz, 4 de julio de 2007, rol N° 39.034-2002. Conf. CS, 30 de noviembre de 2009, rol N° 6.384-2008 (sentencia de remplazo tras acoger rec. casación en la forma contra la sentencia de CA Rancagua, 27 de agosto de 2008, rol N° 403-2007).

Publicada en LP: 39739 (Sólo CA).

## 123. VEGA REYES C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (3.12.2009)

3º Juzgado Civil de Concepción, 8 de mayo de 2009 y 18 de mayo de 2009, rol N° 2.727-2009 (resoluciones que suspenden la tramitación de la causa mientras no se cumpla el requisito de mediación de acuerdo a la Ley AUGE/2004). Conf. CA Concepción, 3 de diciembre de 2009, rol N° 764-2009 (acumulada rol N° 858-2009).

No publicada.

## 124. ANDRADE VERA C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA (23.12.2009)

1º Juzgado Civil de Puerto Montt, 17 de mayo de 2007, rol N° 59.360-2001 (rechaza). Conf. CA Puerto Montt, 21 de abril de 2008, rol N° 399-2007; CS, 23 de diciembre de 2009, rol N° 3.115-2008 (Rec. casación en la forma y en el fondo rechazados).

Publicada en: LP: 43326 (todas), MJ: MJJ22715 (solo CS).

## 125. ESTRADA PEREIRA C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (29.12.2009)

2º Juzgado Civil de Concepción, 4 de abril de 2008, rol N° 6.510-2006 (rechaza). Conf. CA Concepción, 3 de agosto de 2009, rol N° 1.569-2008; CS, 29 de diciembre de 2009, rol N° 7.043-2009 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

AÑO 2010

## 126. FERNÁNDEZ ORTIZ Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (20.01.2010)

3º Juzgado Civil de Concepción, 27 de marzo de 2008, rol N° 3.117-2007 (acoge). Revoc. CA Concepción, 31 de agosto de 2009, rol N° 1.089-2008; CS, 20 de enero de 2010, rol N° 7.639-2009 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Extraída desde [www.puntolex.cl](http://www.puntolex.cl) (Sólo CA).

127. MUÑOZ GARCÉS Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN  
(23.03.2010)

3º Juzgado Civil de Concepción, 27 de marzo de 2008, rol N° 2.371-2007 (rechaza). Conf. CA Concepción, 16 de diciembre de 2009, rol N° 10-2009. Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 23 de marzo de 2010, rol N° 984-2010.

Publicada en WL: CL/JUR/5101/2009 (Sólo CA).

128. RUIZ GUERRERO Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD DE ARAUCO  
(15.04.2010)

Juzgado de Letras y Garantía de Lebu, 10 de enero de 2009, rol N° 22.635-2007 (acoge). Revoc. CA Concepción, 24 de diciembre de 2009, rol N° 611-2009. Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 15 de abril de 2010, rol N° 1.211-2010.

Publicada en: MJ: MJJ22547 (sólo CA) y WL: CL/JUR/5358/2009.

129. TIARA ABARCA C/ SERVICIO DE SALUD DEL LIBERTADOR BERNARDO  
O' HIGGINS (22.04.2010)

2º Juzgado Civil de Rancagua, 9 de junio de 2008, rol N° 3.924-2006 (acoge). Conf. respecto del Servicio de Salud, CA Rancagua, 13 de octubre de 2009, rol N° 727-2008; CS, 22 de abril de 2010, rol N° 8.555-2009 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en: MJJ22060 (Sólo CA).

130. ORTIZ NEIRA C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (13.05.2010)

3º Juzgado Civil de Concepción, 31 de julio 2009, rol N° 9.748-2007 (acoge). Conf. CA Concepción, 13 de mayo de 2010, rol N° 1.409-2009 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en WL: CL/JUR/3782/2010 (Sólo CA).

131. SÁNCHEZ CANDIA C/ HOSPITAL LUIS CALVO MACKENNA  
(19.05.2010)

12° Juzgado Civil de Santiago, 29 de abril de 2009, rol N° 16.763-2006 (acoge). Revoc. CA Santiago, 19 de mayo de 2010, rol N° 4.046-2009 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en WL: CL/JUR/2909/2010 (Sólo CA).

132. CABRERA SOTO C/ CARRASCO ALONSO  
(7.06.2010)

18° Juzgado Civil de Santiago, 1 de junio de 2007, rol N° 16.747-2006 (resolución que acoge nulidad procesal por no haberse cumplido con el trámite de mediación). Conf. CA Santiago, 9 de mayo de 2008, rol N° 4.926-2007; CS, 7 de junio de 2010, rol N° 5.005-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 38996 (Sólo CA).

133. CUELLO GARATE C/ SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (15.06.2010)

4° Juzgado Civil de Antofagasta, 4 de enero de 2010, rol N° 3.727-2008 (rechaza). Conf. CA Antofagasta, 15 de junio de 2010, rol N° 113-2010 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en MJ: MJJ24308 (Sólo CA).

134. EBNER PEÑA Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD DE AYSÉN  
(29.07.2010)

2° Juzgado de Letras de Coyhaique, 27 de julio de 2009, rol N° 27.384-2007 (acoge). Conf. CA Coyhaique, 30 de diciembre de 2009, rol N° 101-2009; CS, 29 de julio de 2010, rol N° 1.118-2009 (declara inadmisibile rec. casación en la forma y rechaza rec. casación en el fondo).

Publicado en LP: 43286 (sólo CA), MJ: MJJ22471 (sólo CA).

135. MARCOLETA INDO C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANA SUR  
(4.08.2010)

4º Juzgado Civil de San Miguel, 30 de abril de 2009, rol N° 7.704-2003 (acoge). Revoc. CA San Miguel, 29 de enero de 2010, rol N° 1.002-2005; CS, 4 de agosto de 2010, rol N° 2.133-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

136. RUIZ GALLARDO C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE (1.09.2010)

2º Juzgado Civil de Puerto Montt, 19 de noviembre de 2009, rol N° 4436-2006 (acoge). Revoc. CA Puerto Montt, 7 de julio de 2010, rol N° 21-2010. Rec. Casación en el fondo declarado desierto por la CS, con fecha 1 de septiembre de 2010, rol N° 5.783-2010

No publicada.

137. BAZÁN OLIVARES Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD LIBERTADOR BERNARDO  
O'HIGGINS (6.09.2010)

2º Juzgado Civil de Rancagua, 30 de octubre de 2007, rol N° 3.756-2006 (acoge). Conf. CA Rancagua, 7 de julio de 2008, rol N° 1.136-2007. La CS, con fecha 6 de septiembre de 2010, rol N° 4.738-2008, aprobó avenimiento entre las partes.

Publicada en LP: 39346 (Sólo CA).

138. HUENULAO ARELLANO EDITH Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA  
NORTE (15.09.2010)

1º Juzgado de Letras de Angol, 31 de agosto de 2009, rol N° 52.666-2006 (acoge). Conf. CA Temuco, 18 de enero de 2010, rol N° 1.507-2009. Rec. casación en la forma y en el fondo declarados inadmisibles por la CS, con fecha 15 de septiembre de 2010, rol N° 2.349-2010.

No publicada.

## 139. LÓPEZ POVEA c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (23.09.2010)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 7 de marzo de 2007, rol N° 2.888-3004 (acoge). Revoc. CA Concepción, 14 de diciembre de 2009, rol N° 735-2009; CS, 23 de septiembre de 2010, rol N° 2.382-2010 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

Publicada en MJ: MJJ22620 (Sólo CA).

140. CATRILEO ARRAÑO c/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO  
(12/10/2010)

4º Juzgado Civil de San Miguel, 29 de mayo de 2009, rol N° 1.350-2003 (acoge). Conf. CA San Miguel, 2 de julio de 2010, rol N° 895-2009; CS, 12 de octubre de 2010, rol N° 5.909-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en: LP: 45866 (Sólo CA y CS).

141. MIRANDA ORELLANA Y OTROS c/ VERGARA CABRERA Y SERVICIO DE  
SALUD ARICA (15/10/2010)

3º Juzgado de Letras de Arica, 5 de julio de 2010, rol N° 2.824-2007 (rechaza). Conf. CA Arica, 15 de octubre de 2010, rol N° 271-2010 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

## 142. GÓMEZ CORTÉS c/ SERVICIO DE SALUD ATACAMA (18.10.2010)

2º Juzgado de Letras de Copiapó, 18 de noviembre de 2009, rol N° 4.782-2007 (acoge). Conf. CA Copiapó, 9 de julio de 2010, rol N° 21-2010; CS, 18 de octubre de 2010, rol N° 5.916-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

143. GÓMEZ CRUZ C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO Y OTRO  
(22.10.2010).

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 30 de enero de 2009, rol Nº 950-2007 (acoge). Conf. CA Concepción, 22 de octubre de 2010, rol Nº 704-2010 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

No publicada.

144. SAN MARTÍN Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD ÑUBLE (26.10.2010)

2º Juzgado Civil de Chillán, 27 de julio de 2005, rol Nº 33.447-2004 (acoge). Revoc. CA Chillán, 23 de julio de 2008, rol Nº 527-2005; CS, 26 de octubre de 2010, rol Nº 4.994-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en LP: 46843 (Todas), LP: 39391 (Sólo CA), MJ: MJJ17826 (Sólo CA); MJJ25303 (Sólo CS).

145. ARIAS ROJAS Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD IQUIQUE ( 15.11.2010)

3º Juzgado de Letras de Iquique, 17 de septiembre de 2009, rol Nº 3.281-2008 (rechaza). Conf. CA Iquique, 29 de abril de 2009, rol Nº 746-2009; CS, 15 de noviembre de 2010, rol Nº 3.779-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada MJ: MJJ25487 (Sólo CS).

146. LOZANO MALBRÁN C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(17.11.2010)

3º Juzgado Civil de Viña del Mar, 16 de junio de 2009, rol Nº 6.090-2007 (rechaza). Conf. CA Valparaíso, 23 de junio de 2010, rol Nº 1.899-2009; CS, 17 de noviembre de 2010, rol Nº 5.646-2010 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

No publicada.

147. ROJAS AGUILERA FERRANDO EDUARDO C/ SERVICIO DE SALUD  
VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (6.12.2010)

4º Juzgado Civil de Valparaíso, 29 de enero de 2010, rol N° 4.082-2008 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 25 de junio de 2010, rol N° 439-2010; CS, 6 de diciembre de 2010, rol N° 5.647-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en MJ: MJJ25625 (Sólo CS).

148. SEPÚLVEDA MONTECINOS C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(13.12.2010)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 29 de enero de 2010, rol N° 2.285-2009 (rechaza). Conf. CA Concepción, 13 de diciembre de 2010, rol N° 413-2010 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en WL: CL/JUR/10738/2010.

149. VALDERRAMA PACHECO C/ HOSPITAL DE CARAHUE Y OTROS  
(17.12.2010)

1º Juzgado Civil de Temuco, 4 de marzo de 2006, rol N° 106.823- 2002 (acoge). Conf. CA Temuco, 17 de septiembre de 2008, rol N° 712-2006; CS, 17 de diciembre de 2010, rol N° 6.989-2008 (Rec. casación en la forma rechazado).

Publicado en LP: 47519 (Todas) y WL: CL/JUR/11034/2010 (Sólo CS).

150. ARAVENA FIGUEROA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA  
(24.12.2010)

1º Juzgado de Letras de San Felipe, 10 de mayo de 2010, rol N° 91.929-2008 (acoge). Revoc. CA Valparaíso, 9 de septiembre de 2010, rol N° 827-

2010; CS, 24 de diciembre de 2010, rol N° 7.912-2010 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No Publicada.

151. ECHENIQUE GONZÁLEZ c/ CLÍNICA DÁVILA S.A. Y OTROS  
(30.12.2010)

29° Juzgado Civil de Santiago, 4 de junio de 2007, rol N° 36.906-2007. Revoc. CA Santiago, 15 de julio de 2008, rol N° 6.035-2007 (acoge nulidad de todo lo obrado), CS, 30 de diciembre de 2010, rol N° 6.373-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

Publicada en WL: CL/JUR/2926/2008 (Sólo CA).

AÑO 2011

152. TORRES BELTRÁN EDGARDO JAVIER CON SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN (13.01.2011)

1° Juzgado Civil de Concepción, 17 de agosto de 2005, rol N° 8.070-2003 (acoge). Conf. CA Concepción, 23 de julio de 2008, rol N° 3.737-2005; CS, 13 de enero de 2011, rol N° 6.665-2008 (Rec. casación en el fondo rechazado).

No publicada.

153. OYARZÚN AMPUERO Y OTROS c/ SERVICIO DE SALUD MAGALLANES  
(13.01.2011)

1° Juzgado de Letras de Punta Arenas, 28 de mayo de 2008, rol N° 1.026-2004 (rechaza). Conf. CA Punta Arenas, 11 de diciembre de 2008, rol N° 193-2008; CS, 13 de enero de 2011, rol N° 363-2009 (Rec. recurso de casación en el fondo rechazado).

No publicada.

154. RIQUELME CANALES C/ HOSPITAL SAN JOSÉ (18.01.2011)

20° Juzgado Civil de Santiago, 22 de agosto de 2007, rol N° 9.901-2005 (rechaza). Revoc. CA Santiago, 18 de enero de 2011, rol N° 8.573-2009 (no se dedujeron recursos para ante la CS).

Publicada en MJ: MJJ26022 (Sólo CA).

155. OJEDA SOTO C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA  
(20.01.2011)

1° Juzgado Civil de Viña Del Mar, 31 de marzo de 2008, rol N° 3.346-2005 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, rol N° 766-2008; CS, 20 de enero de 2011, rol N° 2.074-2009 (Rec. recurso de casación en el fondo rechazado).

No publicada.

156. REGLE MELINAO C/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA NORTE  
(22.03.2011).

1° Juzgado de Letras de Algol, 30 de diciembre de 2009, rol N° 53.149-2006 (rechaza). Conf. CA Temuco, 3 de diciembre de 2010, rol N° 982-2010. CS, 22 de marzo de 2011, rol N° 176-2011 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

Publicada en LP: 48617 (Todas).

157. RÍOS RODRÍGUEZ Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(1.04.2011).

2° Juzgado Civil de Talcahuano, 19 de diciembre de 2008, rol N° 1.507-2000 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 19 de septiembre de 2010, rol N° 193-2009; CS, 1 de abril de 2011, rol N° 10.159-2010 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

No publicada.

158. BELMAR PARRA C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO SAN ANTONIO  
(5.04.2011).

4º Juzgado Civil de Valparaíso, 7 de junio de 2010, rol N° 4.083-2008 (acoge). Revoc. CA Valparaíso, 12 de noviembre de 2010, rol N° 989-2010. CS, 5 de abril de 2011, rol N° 222-2011 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

No publicada.

159. PERALTA SARMIENTO C/ HOSPITAL CLÍNICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE  
Y OTROS (12.04.2011).

15º Juzgado Civil de Santiago, 8 de septiembre de 2004, rol N° 195-2002 (acoge). Conf. CA Santiago, 5 de septiembre de 2008, rol N° 11.241-2004. CS, 12 de abril de 2011, rol N° 6.778 (Rec. recurso de casación en el fondo rechazado).

No publicada.

160. SILVA FERRERA C/ MUNICIPALIDAD DE LAS CABRAS (13.04.2011).

1º Juzgado de Letras y Garantía de Peumo, 4 de noviembre de 2009, rol N° 15.809-2008 (acoge). Conf. CA Rancagua, 31 de diciembre de 2010, rol N° 471-2010. CS, 13 de abril de 2011, rol N° 1.093-2011 (Rec. recurso de casación en el fondo rechazado).

No publicada.

161. ÁLVAREZ SALAZAR C/ SERVICIO DE SALUD ATACAMA (19.04.2011).

2º Juzgado de Letras de Copiapó, 28 de mayo de 2010, rol N° 37-2007 (acoge). Conf. CA Copiapó, 21 de noviembre de 2010, rol N° 252-2010; CS, 19 de abril de 2011, rol N° 852-2011 (Rec. recurso de casación en el fondo rechazado).

No publicada.

162. ELGUETA LIZARRAGUE C/ SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO  
(12.05.2011).

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 25 de noviembre de 2009, rol N° 2.846-2007 (acoge). Conf. CA Concepción, 14 de enero de 2011, rol N° 110-2010. CS, 12 de mayo de 2011, rol N° 2.651-2011 (declaró inadmisibile rec. casación en la forma y rechazó rec. casación en el fondo).

Publicada en WL: CL/JUR/4097/2011 (Sólo CS).

CASOS PENDIENTES

163. CUEVAS DÍAZ C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR QUILLOTA  
(2011)

3º Juzgado Civil de Viña del Mar, 31 de marzo de 2008, rol N° 1.021-2006 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 13 de octubre de 2008, rol N° 838-2008; CS, en relación, rol N° 842-2009.

No publicada.

164. TOLOZA RAMÍREZ Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD BÍO-BÍO (2011)

2º Juzgado de Letras de Los Ángeles, 31 de octubre de 2005, rol N° 47.800-2003 (acoge). Conf. CA Concepción, 22 de enero de 2009, rol N° 4.651-2005; CS, en relación, rol N° 5.605-2009.

Publicada en LP: 41638 (Sólo CA).

165. BARRIGA PRADENAS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (2011)

2º Juzgado Civil de Concepción, 5 de octubre de 2006, rol N° 5.754-2006 (acoge). Conf. CA Concepción, 6 de enero de 2009, rol N° 2.108-2007; CS, en relación, rol N° 2.611-2009.

No publicada.

166. ZÚÑIGA ESCOBAR Y OTRA C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN (2011)

1º Juzgado Civil de Concepción, 26 de mayo de 2007, rol N° 3.041-2004 (rechaza). Conf. CA Concepción, 27 de marzo de 2009, rol N° 1.421-2007; CS, en relación, rol N° 3.398-2009.

Publicada en MJ: MJJ20114 (Sólo CA).

167. ARAVENA ESPINOZA Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN. (2011)

3º Juzgado Civil de Temuco, 17 de octubre de 2007, rol N° 6.610-2005 (acoge). Conf. CA Concepción, 14 de abril de 2009, rol N° 2.237-2007; CS, en relación, rol N° 4.811-2009.

No publicada.

168. GONZÁLEZ CASTRO C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN (2011)

2º Juzgado Civil de Concepción, 19 de octubre de 2007, rol N° 5.914-2006 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 22 de abril de 2009, rol N° 2.332-2007; CS, en relación, s/r.

Publicada en MJ: MJJ19971 (Sólo CA).

169. CASTRO QUINTANA C/ SERVICIO DE SALUD  
Bío-Bío (2011)

1º Juzgado de Letras de Los Ángeles, 25 de octubre de 2007, rol N° 86.826-2006 (acoge). Revoc. CA Concepción, 12 de mayo de 2009, rol N° 72-2008; CS, en relación, rol N° 4.751-2009.

Publicada en MJ: MJJ20136 (Sólo CA).

170. RETAMALES SOTO c/ MUNICIPALIDAD DE QUILICURA Y SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE (2011)

27° Juzgado Civil de Santiago, 31 de agosto de 2006, rol N° 11.626-2004 (acoge). Conf. CA Santiago, 25 de junio de 2009, rol N° 8.585-2006; CS, en relación, rol N° 6.669-2009.

Publicada en MJ: MJJ20512 (Sólo CA).

171. DUARTE CARQUÍN Y OTROS c/ SERVICIO DE SALUD LIBERTADOR BERNARDO O'HIGGINS Y OTRO (2011)

2° Juzgado Civil de Rancagua, 6 de octubre de 2008, rol N° 255-2006 (acoge). Revoc. CA Rancagua, 6 de julio de 2009, rol N° 1.078-2008; CS, en relación, rol N° 5.683-2009.

Publicada en MJ: MJJ20504 (Sólo CA).

172. ASTETE ORTIZ c/ HOSPITAL LUÍS CALVO MACKENNA (2011)

27° Juzgado Civil de Santiago, 13 de marzo de 2006, rol N° 1.733-2000 (acoge). Revoc. CA Santiago, 7 de agosto de 2009, rol N° 3.648-2006; CS, en relación, 7.623-2009.

Publicada en LP: 42520 (Sólo CA)

173. GALLARDO SANTIBÁÑEZ Y OTROS c/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (2011)

1° Juzgado Civil de Concepción, 16 de octubre de 2002, rol N° 5.613-2000 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 20 de agosto de 2009, rol N° 1.088-2008; CS, en relación, rol N° 7.599-2009.

Publicada en LP: 42804 (Sólo CA).

174. HINOJOSA SOTO Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN(2011)

1º Juzgado Civil de Concepción, 23 de octubre de 2008, rol N° 4.698-2007 (acoge). Revoc. CA Concepción, 25 de agosto de 2009, N° 2.026-2008; CS, en relación, rol N° 7.318-2009.

No publicada.

175. HUENCHUR BÓRQUEZ C/ SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE,  
CHILOÉ Y PALENA (2011)

1º Juzgado Civil de Puerto Montt, 17 de noviembre de 2008, rol N° 57-2007 (acoge). Conf. CA Puerto Montt, 31 de agosto de 2009, rol N° 7-2009; CS, en relación, rol N° 7.326-2009.

Publicada en LP: 42449 (Sólo CA).

176. ROSALES YÁÑEZ C/ SERVICIO DE SALUD  
METROPOLITANO ORIENTE (2011)

16º Juzgado Civil de Santiago, 6 de junio de 2008, rol N° 118-2007 (acoge). Revoc. CA Santiago, 8 de septiembre de 2009, rol N° 6.072-2008; CS, en relación, rol N° 9.140-2009.

No Publicada.

177. BASTÍAS CONCHA C/ MUNICIPALIDAD DE  
TALCAHUANO (2011)

2º Juzgado Civil de Talcahuano, 30 de diciembre de 2003, rol N° 8.099-2002 (rechaza). Conf. CA Concepción, 5 de octubre de 2009, rol N° 1.927-2008; CS, en relación, rol N° 8.912-2009.

Extraída desde [www.puntolex.cl](http://www.puntolex.cl) (Sólo CA).

## 178. DÍAZ VARGAS C/ SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL (2011)

16º Juzgado Civil de Santiago, 31 de octubre de 2007, rol Nº 9.924-2005 (acoge). Conf. CA Santiago, 19 de noviembre de 2009, rol Nº 132-2008; CS, en relación, s/r.

Extraída desde [www.puntolex.cl](http://www.puntolex.cl) (Sólo CA).

## 179. BALLÓN RAMÍREZ C/ SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (2011)

2º Juzgado Civil de Iquique, 26 de junio de 2009, rol Nº 2.775-2008 (acoge). Revoc. CA Iquique, 24 de noviembre de 2009, rol Nº 504-2009; CS, en relación, rol Nº 9.440-2009.

Publicada en MJ: MJJ22404 (Sólo CA).

## 180. LINCOLAO PAINEO Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (2011)

1º Juzgado Civil de Temuco, 30 de enero de 2009, rol Nº 3.249-2007 (rechaza). Revoc. CA Temuco, 30 de noviembre de 2009, rol Nº 1.349-2009; CS, en relación, rol Nº 355-2010.

Publicada en MJ: MJJ22381 (Sólo CA)

## 181. GONZÁLEZ MORALES C/ SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (2011)

1º Juzgado Civil de Valparaíso, 22 de julio de 2009, rol Nº 1.644-2006 (rechaza). Revoc. CA Valparaíso, 7 de abril de 2010, rol Nº 1.727-2009; CS, en relación, rol Nº 3.591-2010.

No publicada.

## 182. BURGOS FABRES Y OTRO C/ SERVICIO DE SALUD BÍO-BÍO (2011)

1º Juzgado de Letras de Los Ángeles, 22 de mayo de 2009, rol Nº 93.593-2007 (acoge). Conf. CA Concepción, 25 de mayo de 2010, rol Nº 1.328-2009; CS, en relación, rol Nº 5.604-2010.

No publicada.

183. NÚÑEZ NÚÑEZ C/ SERVICIO DE SALUD  
DEL MAULE (2011)

4º Juzgado de Letras de Talca, 25 de noviembre de 2008, rol N° 1.777-2005 (acoge). Conf. CA Talca, 28 de julio de 2010, rol N° 85-2009; CS, en relación, rol N° 7.016-2010.

Publicada en MJ: MJJ24441 (Sólo CA).

184. LLANCA VIGUERA C/ HOSPITAL NAVAL DE  
TALCAHUANO (FISCO) (2011)

3º Juzgado Civil de Concepción, 27 de octubre de 2009, rol N° 7.417-2008 (rechaza). Revoc. CA Concepción, 8 de septiembre de 2010, rol N° 2.030-2009; CS, en relación, rol N° 8.044-2010.

Publicada en LP: 45556 (Sólo CA).

185. GUARDIOLA GUIÑEZ C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN (2011)

1º Juzgado Civil de Concepción, 29 de abril de 2010, rol N° 2.438-2009 (acoge). Conf. CA Concepción, 8 de septiembre de 2010, rol N° 585-2010; CS, en relación, rol N° 7.960-2010.

No publicada.

186. RODRÍGUEZ RIQUELME C/ SERVICIO DE SALUD  
CONCEPCIÓN (2011)

3º Juzgado Civil de Concepción, 23 de octubre de 2009, rol N° 2.267-2009 (acoge). Conf. CA Concepción, 15 de noviembre de 2010, rol N° 378-2010; CS, en relación, rol N° 492-2011.

Publicada en MJ: MJJ25596 (Sólo CA).

187. FERNÁNDEZ FLORES C/ SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL  
MAR-QUILLOTA\*(2011)

3° Juzgado Civil de Viña del Mar, 17 de junio de 2010, rol N° 1.729-2007 (acoge). Conf. CA Valparaíso, 16 de noviembre de 2010, rol N° 1.253-2010; CS, en relación, s/r.

No publicada.

188. ROJAS VALLEJO Y OTROS C/ SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN Y SERVICIO  
DE SALUD ARAUCO (2011)

1° Juzgado Civil de Concepción, 30 de abril de 2010, rol N° 9.394-2008 (acoge). Conf. CA Concepción, 21 de enero de 2011, rol N° 684-2010; CS, en relación, s/r.

No publicada.

189. OSSANDÓN ESPIC C/ SERVICIO DE SALUD ARICA (2011).

1° Juzgado de Letras de Arica, 5 de octubre de 2010, rol N° 240-2005 (rechaza). Conf. CA Arica, 9 de marzo de 2011, rol N° 461-2010; CS, en trámite, rol N° 2.777-2011.

Publicada en MJ: MJJ26634 (Sólo CA).

190. JARA JARA C/ SERVICIO DE SALUD Bío-Bío (2011).

2° Juzgado de Letras de Los Ángeles, 21 de julio de 2010, rol N° 54.978-2008 (acoge). Revoc. CA Concepción, 18 de abril de 2011, rol N° 916-2010; CS, en trámite, s/r.

Publicada en MJ: MJJ27140 (Sólo CA).

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (1993): *Las obligaciones*, Editorial Jurídica, t. I, Santiago.
- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009): *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, dir. Joaquín de Fuentes Bardají y Otros, Editorial Aranzadi S.A, Navarra, España.
- AEDO BARRENA, Cristian (2007): “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), Ed LexisNexis, Santiago, pp. 449-468.
- AGUILÓ REGLA, Joseph (2007): “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, N° 30, pp. 665-678.
- ALADAR METALL, Rudolf (1996): “Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho”, en *Estudios sobre Hans Kelsen*, Claudio Oliva Editor, Edeval, Valparaíso, pp. 21-30.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2000): “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado”, en *RCDE*, N° 2, pp. 61 y ss.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 1° edic. Santiago.
- ALMOGUERA CÁCERES, Joaquín (1995): *Lecciones de Teoría del Derecho*, Ed. Reus, Madrid.

- ALPA, Guido (2006): *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, (trad. de Leysser León), Jurista Editores, Lima.
- ARENAS ALEGRÍA, Cristina (2008): “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración. Especialidades en la medicina satisfactiva y su relación con la garantía de resultado”, en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, AA.VV., Salmé Adroher y Federico de Montalvo (directores), Ed. Aranzadi, Navarra.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006): *Ilícitos Atípicos*, Editorial Trotta, 2ª edic., Madrid.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BELLO JANEIRO, Domingo (2007): “Responsabilidad médica, Hospitalaria y sanatorial en el derecho español”, en *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, AA.VV., Dir. Marcelo López Mesa, Ed. Legis Argentina, Buenos Aires, pp. 609 a 713.
- BETALLER, J., LOBATO DE BLAS, J., PLAZA, J., SOROA Y SUÁREZ DE TANGIL, M., (2009): *Curso de derecho privado*, 12ª edic., (dir. Emilio Beltrán y Francisco Javier Orduña), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BERMEJO VERA, José (1994): *Derecho Administrativo. Parte especial*, Ed. Civitas, Madrid.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): *Derecho administrativo general*, Ed. Abeledo Perrot, Santiago.
- BOLAÑA KELLY, Germán (2004): *Responsabilidad del Estado por daños. Derecho chileno y francés*, Ed. La Ley.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1982): *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2007): “La responsabilidad patrimonial de la Administración médico sanitaria. Cuestiones y proyecciones”, en *Estudios de Derecho Civil III*, Ed. LexisNexis, Santiago, pp. 801-816.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2010): “La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico-sanitario. El desenlace del célebre caso Beraud y algunas alarmantes señales de la Corte Suprema”, en *Estudios de Derecho Civil V. VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Concepción, 2009)*, AA.VV., Ed. Legal Publishing, Santiago, pp. 527-540.

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2006): “Incoherencias normativas y solución de antinomias”, en *La Semana Jurídica*, año 5, n° 286, Ed. LexisNexis, Santiago, pp. 8 y 9.
- COLEMAN, Jules (2010): *Riesgos y daños*, Traducción de Diego M. Papyannis, Marcial Pons, Madrid.
- CORBELLA I DUCH, J. (2008): *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Ed. Atelier, Barcelona, España.
- CORDERO VEGA, Luis (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado*, Abeledo Perrot, 2ª edic. actualizada, Santiago.
- CORDERO VEGA, Luis (2004): “Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de la responsabilidad extracontractual de la administración”, en *RDP (UCh)*, vol. 66, pp. 371 a 391.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003a): “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?”, en *Responsabilidad Civil de Entidades Corporativas*, AA.VV., Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Editor Jorge Baraona González, pp. 21-40.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003b): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica.
- CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del Danneggiato e Responsabilità Civile*, Dott. A. Giufre Editore S.P.A., Milano.
- CORSARO, Luigi (2001): “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”, en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, trad. Leysser L. León, ARA Editores, 1ª edic. Lima.
- CORTÉS, Édgar (2009): *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- DE CASTRO, Federico (1957): *Compendio de derecho civil. Introducción al derecho civil*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuela Ángel (2005): *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, t. II, Dykinson, Madrid.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999): *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 57.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, en *RDJ*, tomo XCIII, N° 3, pp. 107 y ss.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Algunas consideraciones en torno la función de la responsabilidad civil en Chile”, en Juan Andrés Varas y Susan Turner edit., *Estudios de Derecho Civil*, Jornadas Nacionales de derecho civil, Valdivia, LexisNexis.
- ESPINOSA BARRAGAN, Manuel (1986): *Lineamientos de derecho público*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2001): “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil”: La óptica sistémica (análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law), en: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, Perú.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1992): *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. 1, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al, Ed. Trotta, España.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1989): “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por *falta de servicio*”, en *RChD*, vol. 16, N° 2º, pp. 429-440.
- FRANZONI, Massimo (1993): *Dei Fatti Illicili*, en “Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca a Cura di Francesco GalGano”, Zanicheli Editore S.P.A., Roma.
- GARAY, Oscar Ernesto (2003): “El médico. Conceptos generales. Obligaciones. Prohibiciones. Médicos especialistas. Colaboradores, en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, bioética y jurídica: Civil y Penal*, AA.VV., Editorial La Ley, 1ª Edición, pp. 3-64.
- GIL BOTERO, Enrique (1995): “La falla del servicio en el campo médico hospitalario”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Colombiano de responsabilidad civil y del Estado, N° 1, mayo, Medellín, Colombia.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luís (2008): “La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?”, en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, AA.VV., Salmé Adroher y Federico De Montalvo (directores), Ed. Aranzadi, Navarra.
- GUASTINI, Riccardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2006.

- GUTIÉRREZ SILVA, José Ramón (2009): “El presupuesto procesal de la capacidad de las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, en *RChD*, vol. 36 N° 2, pp. 245-279, también en (2010): *La Razón del Derecho*, N° 1, (<http://www.larazondelderecho.com/doctrina/el-presupuesto-procesal-de-la-capacidad-en-las-personas-juridicas-en-especial-las-de-derecho-publico/>).
- HEREDIA, José (2007): “La constitución como fuente de reparación de daños”, en AA. VV., *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Ed. Rubinzal-Culzani, Buenos Aires, pp. 12 y ss.
- HERRERA VALVERDE, Javier (2009): “La naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado-Administración en el derecho chileno” en *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, coord. Jaime Arancibia y José Martínez, LegalPublishing, Santiago, pp. 903-934.
- HOCQUET-BERG, Sophie et PY, Bruno (2006) : *La responsabilité du médecin*, Ed. Heures de France, París.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2006): *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Ed. LexisNexis.
- JOURDAIN, Patrice (2002): “La réforme de l’indemnisation des dommages médicaux et la place de la responsabilité médicale”, en *Le nouveau droit des malades*, Ed. Litec, París.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1992): *Daños causados por los dependientes*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2001): “Los dilemas de la responsabilidad civil”, en *RChD*, vol. 28, N° 4, pp. 671-679.
- KFOURI NETO, Miguel (2003): *Responsabilidade civil do médico*, Editora Revista Dos Tribunais, 5ª ed. Actualizada, Sao Paulo, Brasil.
- LARENZ, Kart (2001): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Editorial Ariel Derecho, España.
- LAUDE, Anne (2002): “Présentation générale de la loi”, en *Le nouveau droit des malades*, Ed. Litec, París.
- LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loic (2002) : *Droit de la responsabilité et des contrats*, t. 2, ed. Dalloz, Paris.
- LE TOURNEAU, Philippe (2007): “La responsabilidad médica en el derecho francés actual”, en *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad*

- civil, penal y hospitalaria*, AA.VV., Dir. Marcelo López Mesa, Ed. Legis Argentina, Buenos Aires, pp. 395-455.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2002): “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *RCDE*, N° 6, pp. 149 y ss.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2007): “Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado”, en *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, dir. Marcelo López Mesa, AA.VV., Ed. Legis, Buenos Aires, pp. 1-394.
- LORENZETTI, Ricardo Luís (1997): *La responsabilidad civil de los médicos*, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.
- LORENZETTI, Ricardo Luís (1998): *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.
- MANSON TERRAZAS, Manuel (2004): *Hans Kelsen, la teoría del derecho y la lógica de las normas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile.
- MARTÍNEZ ESTAY, José (2002): *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*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, pp. 171 y ss.
- MARTONES, María, PAVLOVIC, Sebastián (2005): *La responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dir. Luís Cordero Vega, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, André (1962): *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina.
- MESSINA DE ESTRELLA, Graciela (2000): “Función actual de la responsabilidad civil”, AA.VV., en *Derecho de Daños*, (dir. Felix Trigo Represas y Rubén Stiglitz), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema (con prólogo de Eduardo García de Enterría)*, Ed. Civitas, Madrid.

- MOREAU, Jacques (1997): “L’indemnisation des accidents médicaux survenus dans les hôpitaux publics par les juridictions administratives”, en *L’indemnisation des accidents médicaux*, L.G.D.J, París.
- MORENO MOLINET, Jaime (2010): “Responsabilidad por falta de servicio de la Administración del Estado a partir de las normas del Código Civil. «Un paso más hacia la unidad del sistema»”, en *La razón del derecho*, N° 1, (<http://www.larazondelderecho.com/estudios-jurisprudenciales/responsabilidad-por-falta-de-servicio-de-la-administracion-del-estado-a-partir-de-las-normas-del-codigo-civil/>).
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto (2000): *Derecho de daños. La prueba en el proceso de daños*, 3ª parte, Editorial La Rocca, Buenos Aires.
- MUNDACA ASSMUSSEN, Hans (2001): *Responsabilidad del Estado por falta de servicio*, Ed. Libromar, Valparaíso.
- NANCUANTE, Ulises y SOTOMAYOR, Roberto (2001): *Derecho de la Salud*, Ed. ConoSur. LexisNexis, Santiago.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1985): “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en *RDP*, N° 37-38, pp. 365 y ss.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1989): “La responsabilidad extracontractual del Estado administrador en las leyes orgánicas constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades”, en *RChD*, vol. 16, N° 2, pp. 441-454.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo (2001): *Derecho médico*, t. I, Ed. Tradinco, Montevideo, Uruguay.
- PAILLET, Michel (2001): *La responsabilidad administrativa*, trad. Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad del Externado de Colombia, Colombia.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1994): “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *Revista Documentación Administrativa*, N° 237-238, Madrid, España.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1996): “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, en

*Revista española de derecho administrativo*, N° 91, Ed. Cívitas, Madrid, España, pp. 403-413.

PERLINGIERI, Pietro (1983): “Por un derecho civil constitucional español”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 36, pp. 1 y ss.

PERLINGIERI, Pietro (2008): *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, Ed. Dykinson, Madrid.

PIERRY ARRAU, Pedro (1983): “Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios”, en *Revista de Derecho*, N° 7, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 283 y ss.

PIERRY ARRAU, Pedro (1995): “Repetición del Estado contra el funcionario”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 16, pp. 349-360.

PIERRY ARRAU, Pedro (2000): “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho del CDE*, N° 1, pp. 11-40.

PIERRY ARRAU, Pedro (2004): “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Situación actual de la jurisprudencia”, en *RCDE*, N° 11, pp. 11-21.

PIÑA ROCHEFORT, Juan (2003): “Rol social y sistema jurídico. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*, t. II, (coord. Montealegre Lynett), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 39-60.

PIZARRO WILSON, Carlos (2006): “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley AUGE en perspectiva civil”, en *Estudios de Derecho Civil II*, AA.VV., Editorial LexisNexis, Santiago, pp. 401-420.

PIZARRO WILSON, Carlos (2010): “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, AA.VV., Iñigo De La Maza (compilador), Colección Derecho Privado, VI (Responsabilidad médica), Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 187 y ss.

PLAZA PENADÉS, Javier (2002): *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Editorial Aranzadi, Pamplona.

PORTIÑO BELTRÁN, Alejandra (2003): *Responsabilidad legal del Estado y del médico en caso de negligencias médicas*, Editorial La Ley.

- QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia (2006): “Derecho Público y Derecho Privado”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marte Morineau*, Cord. Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, t. I Derecho Romano - Historia del Derecho, México, pp. 407-427.
- QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro (2000): ¿Responsabilidad por actos lícitos?, en *Revista de Derecho del CDE*, N° 1, pp. 41-66.
- ROCA, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Edit. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, Valencia, España, 2007.
- RODOTA, Stefano (1964): *Il Problema Della Responsabilità Civile*, Doll. A. Giufre Editore, Milano.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel (2004): *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Dickinson, Madrid.
- ROJAS VARAS, Jaime (1998): “Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador”, en *RChD*, número especial, pp. 353 y ss.
- ROSS, Alf (1963): *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.
- SÁCHICA, Luis Carlos (2007): “Redefinir lo jurídico. Comprender el Derecho”, en *Revista Iusta*, Universidad Santo Tomás, Colombia, N° 26, pp. 14-42.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Héctor [Edit.] (2011): *La salud del bicentenario, Chile 2011-2020: desafíos y propuestas*, Instituto Políticas Públicas y Gestión, Salud y Futuro de la Universidad Andrés Bello, 2011.
- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo (2005): *Responsabilidad patrimonial del Estado Administrador chileno*, Ed. LexisNexis, Santiago.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1976): “La responsabilidad del Estado Administrador un principio general del derecho público chileno”, en *RDJ*, t. 73, 1ª parte, sec. Derecho, pp. 35-42.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1980): “La responsabilidad pública”, en *RDP*, N° 27, enero-junio, pp. 133-171.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, t. II.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005): “Para inconstitucionalidades ¡Salud!: (a propósito de una sedicente “mediación” - Ley N° 19.966)”, en *Revista Ius Publicum*, Vol. 9, N° 15, Universidad Santo Tomás, marzo, pp. 71-85.

- SOTO KLOSS, Eduardo (2006): “Falta de servicio ¿régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile? (el Derecho ¿arte de magia?)”, en *GJ*, N° 317, pp. 18 y ss.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2007): “¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad ‘extracontractual’ como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia?”, en *GJ* N° 329, pp. 39 y ss.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2008): “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva (A propósito de “Aillapán Sepúlveda” Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)”, en *Derecho administrativo. 120 años de cátedra*, Coordinador Rolando Pantoja Bauzá, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 399-431.
- SZCZARANSKI CERDA, Clara (2002): “Responsabilidad extracontractual del Estado”, en *RCDE*, N° 8, pp. 11-42.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil. Teoría general de la responsabilidad civil*, t. I, Ed. Temis, Bogotá.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2000): *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003): “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Valdivia, Vol. XV, pp. 75-111.
- TAPIA SUÁREZ, Orlando (2006): *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, LexisNexis, segunda edición.
- TEDESCHI, Sebastián (2009): “El Waterloo del Código Civil napoleónico”, AA. VV., en *Desde otra mirada*, (Christian Courtis, compilador), Ed. Eudeba, Buenos Aires, pp. 159-181.
- TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MEZA, Marcelo (2004): *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires.
- TUNC, André (1981): *La responsabilité civile*, *Economica de la Coll. Etudes Juridiques Comparatives*, Paris.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (1980): “La justicia conmutativa”, en *RDP*, N° 27, enero-junio, pp. 83-109.
- UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE (2003): *La constitucionalización del derecho chileno*, coord. Juan Carlos Ferrada, AA.VV., Editorial Jurídica de Chile.

- VALDIVIA, José Miguel (2004): “La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, AA.VV, Juan Carlos Marín (compilador), Ed. Porrúa, México, pp. 53-105.
- VALDIVIA, José Miguel (2005): “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, en *GJ*, N° 301, pp. 7 y ss.
- VALDIVIA, José Miguel (2007): “Culpa penal y responsabilidad pública”, en *GJ*, N° 323, pp. 31 y ss.
- VALDIVIA, José Miguel (2005): “Codificación del derecho de la responsabilidad del Estado”, en MARTINIC, Dora y TAPIA, Mauricio (coordinadores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Editorial LexisNexis, Santiago, pp. 867-906.
- VÁSQUEZ ROGAT, Andrés (1999): *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial Jurídica ConoSur.
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (2002): *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, 2ª., Ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010a): *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*, LegalPublishing, Santiago.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010b): “La summa divisio Iuris Público/ Privado”, en *La Razón del Derecho*, N° 1 (<http://www.larazondelderecho.com/doctrina/teoria-del-derecho-la-summa-divisio-iuris-publico-privado>).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2007): “El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”, en *La Semana Jurídica*, N° 359, semana del 3 al 16 de octubre, pp. 6 y 7.
- YUSSEFF QUIRÓS, Gonzalo (2000): *Fundamentos de responsabilidad civil y responsabilidad objetiva*, Ed. Congreso, Santiago.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (2003): “La responsabilidad civil de Hospitales y Clínicas privadas: hacia una paulatina responsabilidad estricta por riesgo de la empresa”, en *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, AA.VV., Jorge Baraona González (editor), *Cuadernos de Extensión Jurídica* 7, Universidad de los Andes, pp. 173-205.



## Otras publicaciones

---

- Derecho Administrativo General (2ª edición)  
*Jorge Bermúdez S.*
- Litigación Pública  
*Jaime Arancibia M. - José Ignacio Martínez E. - Alejandro Romero S.*  
(Coordinadores)
- Repertorio. Ley de Procedimiento Administrativo  
*José Luis Lara A. - Carolina Helfmann M.*
- Derecho Administrativo General  
*Jorge Bermúdez S.*
- Derecho y Administración del Estado  
*Rolando Pantoja B.*
- Actividad Formal de la Administración del Estado  
*Claudio Moraga K.*
- Derecho Administrativo  
*Eduardo Soto Kloss*
- La Primacía de la Persona  
*Jaime Arancibia M. - José Ignacio Martínez E.*  
(Coordinadores)
- Código Administrativo General  
*Alejandro Vergara B.*
- Estatuto Administrativo Interpretado  
*Nancy Barra G. - Gabriel Celis D.*
- El Control de Constitucionalidad de los Actos Administrativos  
*Luis A. Silva I.*
- Estudios de Justicia Administrativa  
*Andrés Bordalí S. - Juan Carlos Ferrada B.*
- Revista de Derecho Administrativo  
*Alejandro Vergara B. (Director)*
- Actos y Contratos Administrativos  
*Julia Poblete V.*
- Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador  
*Francisco Zúñiga U.*
- Derecho Eléctrico  
*Eugenio Evans E. - María Carolina Seeger C.*

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL  
JAIME MORENO MOLINET

## RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA FALTA DE SERVICIO

La presente obra trata en profundidad el tema de la responsabilidad médica, centrándose en un acabado análisis jurisprudencial en materia de falta de servicio.

Esta obra, dividida en cuatro párrafos, comienza con un breve pero preciso análisis de los contornos de la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria (I), centrándose en la organización y funcionamiento del Sistema Público de Salud; en los órganos que pueden detentar la legitimación pasiva de la acción de perjuicios, y en el régimen jurídico del procedimiento obligatorio de mediación en salud introducido por la Ley "AUGE", para luego abordar los aspectos más relevantes en torno al principio de responsabilidad por daños en esta materia (II).

En el segundo párrafo, titulado Tipología de la responsabilidad por daños de la administración médico-sanitaria: Análisis jurisprudencial, se muestra la evolución que ha experimentado la jurisprudencia nacional en este tema (I), y se ofrece una completa tipología de todas las conductas que han sido calificadas como falta de servicio, a través del análisis de ciento noventa casos de responsabilidad médica y más de quinientas sentencias (II).

En el tercer párrafo, titulado La acción de repetición de la administración en contra del personal médico-sanitario, se revisan algunos de los problemas de dicha acción que, en determinados supuestos, tiene el Fisco o el Servicio de Salud de que se trate en contra del funcionario que directamente causó el daño. Se tratan allí una serie de problemas que normalmente se encuentran ausentes en otras obras que versan sobre esta materia.

Por último, en el cuarto párrafo, bajo la rúbrica Consideraciones Conclusivas: Más allá de la falta de servicio, se presentan las principales conclusiones que arrojó el análisis jurisprudencial, incorporando algunas consideraciones sobre las proyecciones que en el futuro podría/debería tener la materia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA  
Hugo Cárdenas Villarreal  
Jaime Moreno Molinet  
Formato 17 x 24,5 cm.  
258 págs.  
AbeledoPerrot

UNIVERSIDAD DE CHILE



35601200059362