

EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA
(2004-2009 Y 2010-2021)

[Evolution in recent jurisprudence on the lack of service in health matters (2004-2009 & 2010-2021)]

MAXIMILIANO BARAHONA VENEGAS¹

RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto analizar críticamente la aplicación jurisprudencial de la normativa vigente sobre la responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria al tiempo de producirse daños en el ejercicio de funciones públicas hospitalarias, en especial, las reglas de la Ley sobre Garantías Explícitas en Salud (GES) N° 19.966, en 109 sentencias de los tribunales superiores de justicia chilenos, tarea realizada a través de seis criterios comparativos durante dos etapas diferentes.

PALABRAS CLAVE

Evolución – Jurisprudencia – Falta de servicio – Responsabilidad – Materia sanitaria.

ABSTRACT

The objective of this research is to critically analyze the jurisprudential application of current regulations on liability for lack of service in health matters at the time of damage in the exercise of public hospital functions, especially the rules of the Law on Explicit Health Guarantees (GES) No. 19.966, in 109 judgments of the Chilean superior courts of justice, a task carried out through six comparative criteria during two different stages.

KEY WORDS

Evolution – Jurisprudence – Lack of service – Liability – Health matters

¹ Egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Tabla de Abreviaturas

CC: Código Civil

CPR: Constitución Política de la República de Chile

LDDP: Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes (20.584)

GES: Ley de Garantías Explícitas en Salud (19.966)

LOCM: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (18.695)

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575)

SCS: Sentencia Corte Suprema

SCA: Sentencia Corte de Apelaciones

INTRODUCCIÓN

Las grandes reformas en materia sanitaria de principios de siglo, que se extendieron más allá de su primera década, no solo han incidido en cuanto a la organización administrativa de los entes que forman parte del sistema de salud, sino también en varios aspectos más, entre ellos, las normas sobre responsabilidad del Estado en materia sanitaria así como los derechos y deberes de los pacientes que, gracias a la Ley de Garantías Explícitas en Salud (en adelante GES) y a la “Ley de Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud” (en adelante LDDP), han permitido y/o facilitado el tratamiento judicial de materias altamente complejas, cuestión perceptible a través de la revisión de sentencias recientes de la Corte Suprema en esta sede. Producto de las reformas antedichas, así como del creciente *corpus* doctrinal, no sería aventurado pensar que la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado en materia sanitaria ha variado en forma relevante durante los últimos veinte años y, mucho menos, si se han aplicado las nuevas instituciones habiéndose pasado desde una concepción objetiva de la responsabilidad estatal hasta una que reconoce firmemente la falta de servicio como criterio general de atribución de responsabilidad². Entonces, los objetivos principales de esta investigación son determinar si ha habido mutaciones en la jurisprudencia judicial chilena desde la dictación de la Ley GES (2004) y, si las hay, dar cuenta en forma crítica de esa evolución. Desde un enfoque más específico, se pretende dar cuenta valorativamente sobre la aplicación jurisprudencial reciente de las instituciones del Título III de la Ley GES

Para lograr esta empresa, en un primer capítulo se contextualizará brevemente acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado, pasando por el régimen general de la LOCBGAE (N° 18.575) para, luego, revisar sucintamente el régimen especial contenido en la Ley GES y sus instituciones, tales como la acción, la legitimación activa y pasiva, los elementos de la responsabilidad, la acción de repetición, los criterios para fijar la indemnización por daño moral y los riesgos en el desarrollo. Una vez contextualizado el orden de responsabilidad, se revisará normativa legal en materia sanitaria, como son la “Ley de Derechos y Deberes de los pacientes” (N° 20.584) y la “Ley Ricarte Soto” (N° 20.850) que reforma el Código Sanitario en cuanto a la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos.

Luego, en un segundo capítulo, se analizará en forma comparativa y crítica las variaciones sufridas por la jurisprudencia en dos etapas: la primera, que va desde 2004 a 2009, reporta la aplicación del régimen general de responsabilidad por falta de servicio (arts. 4° y 42 LOCBGAE), sumada a la inexistencia de un régimen de derechos y deberes de pacientes (LDDP). El segundo periodo, que oscila entre los años 2010 y 2021, ve una abundante aplicación del sistema de responsabilidad en materia sanitaria estatuido por la Ley GES³. Como se adelantaba, un lapso total

² La acepción de los conceptos “mutación, evolución, cambio o variación”, utilizados en este trabajo, consiste en “la modificación interpretativa judicial durante la aplicación de ciertas instituciones jurídicas, a través de dos etapas jurisprudenciales claramente diferenciadas”. Cualquier otro uso no relacionado con el anterior, se guiará por los parámetros establecidos en la Real Academia Española (RAE).

³ Según MIRANDA SUÁREZ, Francisco en *Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración*, en REPUCH 7 (2015) 1, p. 97, el fundamento de la división tiene que ver con la duración de los juicios civiles, ya que, estos, en materia sanitaria durante la primera etapa superaron los cinco años, por lo que, si tomamos en consideración que la Ley GES entró en vigor el año 2004, los litigios iniciados en ese entonces terminaron recién,

de tiempo de diecisiete años importa mutaciones jurisprudenciales importantes, más si se está inmerso en un periodo de reformas legales, por tanto, la mejor forma de verificar esta evolución es a través de una metodología de análisis de casos, comparando razonamientos de la Corte Suprema entre dos etapas recientes pero diversas, y analizando valorativamente las soluciones a que ha llegado el Máximo Tribunal en base a legislación y doctrina tomando como referencia seis criterios de comparación. Cabe destacar que se ha estudiado un número relevante de sentencias de nuestros tribunales superiores (109), las cuales se han seleccionado desde las bases de datos del Poder Judicial y de la plataforma Vlex, teniendo en cuenta el año de su dictación.

Como se dijo, el análisis crítico de casos se ha realizado utilizando seis criterios de comparación que me han parecido relevantes para un acertado entendimiento de las problemáticas abordadas por la jurisprudencia. Así, el primer criterio, denominado “Proximidad de las reglas sobre falta de servicio aplicadas jurisprudencialmente con las del Código Civil: Prescripción y derecho de repetición por falta personal”, analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a tales instituciones y trata de constatar si se han aplicado las reglas especiales de la Ley GES que refieren a ellas o si, por el contrario, se mantiene el criterio de emplear la legislación civil predominantemente utilizada en una primera etapa, poniendo especial acento en las condenas a funcionarios por imprudencia temeraria y en la suspensión de la prescripción a favor de menores de edad.

El segundo criterio, llamado “Estándares de funcionamiento normal sobre responsabilidad en materia sanitaria”, se esmera en analizar de modo crítico sentencias de la Corte Suprema y revisa sucintamente la progresiva parametrización de las conductas exigibles a los servicios públicos sanitarios, que van desde las reglas de la ciencia médica exclusivamente hasta los derechos de las personas en su atención de salud, y que han tomado suma relevancia en esta clase de litigios, sobre todo el de información (consagrado en la LDDP), así como también las directrices emanadas de las autoridades sanitarias, respecto a la generación del modelo de conducta adecuada, por los jueces.

Un tercer criterio, denominado “Prudencia y parámetros de fijación de daño moral”, se empeña en estudiar apreciativamente los conceptos de daño indemnizable reconocidos por los tribunales en las dos etapas jurisprudenciales y la forma en que han sido cuantificados prudencialmente, tomando en cuenta la inaplicación de criterios legales de fijación en una primera etapa, para luego ser empleados aquellos cánones del art. 41 GES inc. 1° durante un segundo periodo en plenitud.

Un cuarto criterio, indicado como “Daños extrapatrimoniales, causalidad y pérdida de una oportunidad”, analizará la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a los daños extrapatrimoniales que han sido indemnizados, las dificultades en la vinculación directa de estos con actuaciones negligentes de servicios públicos y las vías de solución que han adoptado los tribunales, en particular, la doctrina de la pérdida de una oportunidad o chance.

en promedio, al año 2009, sumando a esto la prolongación del procedimiento de mediación obligatoria (art. 43 GES). Por tanto, si se toman en cuenta estos antecedentes, las sentencias emanadas del Máximo Tribunal durante los años 2004 y 2009 obedecieron en su mayoría al régimen de responsabilidad por falta de servicio establecido en la LOCBGAE (18.575).

Un quinto criterio, que he titulado “Sobre la carga probatoria”, pretende dar cuenta de la jurisprudencia sobre tal institución desde el punto de vista de un *alivio probatorio*, y de los diversos mecanismos que han sido empleados a través de presunciones judiciales con fin de equiparar la carga probatoria entre servicio y paciente, como el *res ipsa loquitur* y la culpa en la organización.

El sexto y último criterio, indicado como “Causales exoneratorias de responsabilidad en materia sanitaria y riesgos en el desarrollo”, se orienta a revisar jurisprudencia sobre causales de exculpación de responsabilidad estatal en dos etapas jurisprudenciales diversas, tratando de determinar las instituciones aplicadas por los tribunales en cada una de ellas. Luego, este trabajo se empeña en determinar la noción de riesgos en el desarrollo consagrada en la Ley GES, pasando brevemente por sus orígenes en el derecho comparado, para luego revisar críticamente el conflicto normativo que se produce entre dicho texto legal con el Código Sanitario en cuanto a la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, y que posiblemente tendrá incidencia en los futuros juicios de responsabilidad en materia sanitaria que involucren al COVID-19.

Este estudio de constatación crítica del estado jurisprudencial a través de dos etapas claramente diferenciables será cerrado con una serie de conclusiones.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y NORMATIVA LEGAL EN MATERIA SANITARIA

1. *La responsabilidad patrimonial del Estado*

a) *Régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado*

En un Estado de Derecho gobiernan ciertos principios que informan todo el ordenamiento jurídico y la vida en sociedad, entre ellos, el de la responsabilidad, que conduce a los sujetos de derecho a asumir las consecuencias de sus actuaciones perjudiciales para otros, y ello, por cierto, no excluye al Estado⁴. El sistema de responsabilidad general de la Administración del Estado se organiza en base a las reglas de los arts. 6, inciso 3°, 7 inciso 3° y 38 inciso 2° de la Constitución; los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE, y auxiliariamente por el título XXXV Libro IV CC. Del mismo modo, existen regímenes especiales para ciertas materias, como el que consagra la Ley de Garantías Explícitas en Salud (GES, art. 38 y ss.) y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM, art. 152).

Conforme a lo indicado, la Administración, por regla general, se encuentra sujeta al régimen de responsabilidad patrimonial por falta de servicio⁵. Esta, ha sido definida jurisprudencialmente en MUÑOZ SAAVEDRA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD SAN FELIPE-LOS ANDES “*como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575*”⁶.

Difiere de la responsabilidad objetiva o estricta, debido a que quien sufre un daño debe acreditar que este deriva de un funcionamiento deficitario de un servicio público alejado objetivamente

⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General* (3° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014), p. 617.

⁵ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema*, en *Revista de Administración Pública* 211 (2020) 1, p. 376.

⁶ La delimitación conceptual que se efectúa en MUÑOZ SAAVEDRA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD SAN FELIPE-LOS ANDES (SCS 9.554/2012, cons. 11°), así como también la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a los Servicios de Salud del Estado por los daños que ocasionen (GES) son paradigmáticas, adoptadas por el Máximo Tribunal en diversas resoluciones. Por mencionar unas pocas: DÍAZ VALENZUELA con SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (SCS 3.582/2012), DURÁN ARANEDA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 29.089/2014), CERDA AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (SCS 30.603/2014), MUÑOZ TORRES con SERVICIO DE SALUD RELONCAVÍ (SCS 27.985/2016), FUENTES FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 31.492/2016), VALLEJOS GARCÍA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 34.836/2016), JOO PAREDES con FISCO DE CHILE Y OTRO (SCS 65.398/2016), QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 99.898/2016), BRAVO TAPIA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 3.958/2017), CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017), FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017), LOAYZA ROJAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (SCS 30.264/2017), CARVACHO ARRIAGADA con HOSPITAL REGIONAL RANCAGUA Y OTRO (SCS 43.002/2017), GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 43.707/2017), ZAPATA SÁEZ Y OTROS con FISCO DE CHILE (SCS 18.950/2018), CISTERNAS FERREIRA con FISCO DE CHILE (SCS 11.523/2019) y VENEGAS ORELLANA con SERVICIO DE SALUD ÑUBLE (SCS 27.772/2019).

del funcionamiento normal esperado, mas no surge una obligación de responder por daños en forma automática o por el solo hecho de haberse concretado un perjuicio⁷.

b) *La responsabilidad patrimonial del Estado en materia sanitaria*

En septiembre del año 2004 ocurre un hito importante para la responsabilidad del Estado, en que la Ley GES (19.966) consagró un régimen de responsabilidad por falta de servicio con características especiales⁸. Consta de regulación bastante sucinta en el Capítulo III “De la responsabilidad en materia sanitaria” (arts. 38 y ss.). Incluye los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado y la acción para perseguir su declaración, legitimación activa y pasiva, derecho de repetición en contra del agente implicado (falta personal), criterios de fijación de indemnización por daño moral y riesgos en el desarrollo científico y tecnológico. Estos factores se mencionarán a continuación.

i) *Acción para perseguir esta responsabilidad.*

Se trata de una acción de perjuicios que busca la reparación integral de los daños ocasionados por ilícitos médicos a un o unos particulares en el contexto de atención sanitaria otorgada por un prestador institucional público de salud⁹. El ejercicio de esta acción está supeditado a que el particular, según dispone la Ley GES, someta su interés a un proceso previo de mediación, que será llevado a cabo ante el Consejo de Defensa del Estado cuando el daño haya sido provocado por un prestador institucional público de salud. El artículo 40 de la Ley GES consagra un plazo de prescripción de cuatro años desde que se haya cometido la acción u omisión dañosa por parte de “*órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria*”.

ii) *Legitimación activa y pasiva.*

El artículo 38 de la Ley GES establece quién y contra quién se acciona para buscar la declaración de responsabilidad en materia sanitaria. Por una parte, se tiene una noción muy amplia de sujeto activo (“*El particular*”), pudiendo ejercer la acción no solo quien es víctima del daño, sino que también las víctimas por repercusión¹⁰. En cuanto al sujeto pasivo de esta acción, la Ley GES prescribe que serán “*Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria*”¹¹. Judicialmente

⁷ CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 701.

⁸ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena*, en RDUDEC, 87 (2019) 246, p. 216.

⁹ CORDERO VEGA, Luis, cit. (n. 6), p. 709.

¹⁰ TOCORNAL COOPER, María Josefina, 2013, *La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados*, en Repositorio CONICYT, (2013), [visible en internet: http://repositorio.conicyt.cl/bitstream/handle/10533/180380/TOCORNAL_MARIA%20JOSEFINA_2172D.pdf?sequence=1], p. 200, visitado el 19 de abril de 2022].

¹¹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, cit. (n. 7), p. 218, problematiza respecto del concepto jurídico indeterminado del art. 38 GES “materia sanitaria”, y sostiene que “en cuanto a la responsabilidad civil, los problemas derivados de la medicina pública no pueden analizarse atendiendo únicamente a los servicios de salud”. Este argumento parece razonable en cuanto ciertas causas han finalizado responsabilizando a órganos enfocados más a políticas de salud pública que a tratamientos médicos en cuanto hayan tenido incidencia en estos últimos. A modo de ejemplo, ORMEÑO RETAMAL con SEREMI DE SALUD BÍO BÍO Y OTRO (SCS 15.151/2015).

las cosas se han tornado un poco difíciles, pues, la organización administrativa de ciertos servicios se vio modificada, lo que ha traído en más de una ocasión la interposición de excepciones de falta de legitimación pasiva por las demandadas¹². CÁRDENAS ha propuesto el siguiente orden de legitimación pasiva: a) El Fisco en litigios en que se vea involucrado un órgano sanitario no personificado (ente centralizado o fiscal); b) Centros Asistenciales Experimentales, Dirección de Previsión de Carabineros de Chile y la Universidad de Chile (los establecimientos sanitarios que de ellos dependan) en su condición de organismos funcionalmente descentralizados, son sujetos pasivos de la acción de perjuicios en lugar del Servicio de Salud correspondiente o del Fisco; c) Respecto a Servicios de Atención Primaria, quien defienda en juicio de responsabilidad sanitaria será la Municipalidad, representada judicialmente por su Alcalde; d) Los Servicios de Salud por los hospitales y centros de salud (no personificados) que dependan de él; e) Establecimientos Autogestionados en Red, por estas instituciones responderá el Servicio de Salud en principio, pero los tribunales han admitido a otros órganos también como legitimados pasivos¹³.

iii) Factor de atribución y elementos de la responsabilidad

El factor de atribución de responsabilidad es la falta de servicio, ya definida; al producirse una negligencia (acción u omisión) que cause daño a un particular, judicialmente podrá ser determinada la desviación del estándar objetivo de funcionamiento normal esperado del servicio causalmente relacionada con un perjuicio¹⁴.

Daño es el elemento por excelencia de la responsabilidad por falta de servicio, pues, si no hubiese daño, nada habría que indemnizar aun cuando el servicio haya podido actuar en forma deficiente, tardía o no haber ejecutado actuación alguna¹⁵. El nexo de causalidad, para conectarse directamente con daños ciertos, lo puede ser, cuando existan dificultades, a través de mecanismos como la pérdida de una oportunidad y/o presunciones judiciales.

¹² La Ley de Autoridad Sanitaria y Gestión 19.937 (2004), ordenó instaurar un sistema de Establecimientos Autogestionados en Red, alterando la legitimación pasiva de la acción de perjuicios por falta de servicio sanitaria, que tradicionalmente correspondía al Servicio de Salud. Tordoya Falcón con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse y otros parece esclarecer este punto, donde la Corte Suprema reflexiona latamente: “En la delegación de atribuciones de que es objeto el Establecimiento Autogestionado en Red no desliga al ente superior del servicio, esto es, al Servicio de Salud, de la actividad de la unidad desconcentrada ni, mucho menos, de las consecuencias patrimoniales de su quehacer, siendo posible aseverar que éste se encuentra obligado a responder de los daños causados por el Establecimiento Autogestionado por falta de servicio” (SCS 11.761/2017, cons. 1° a 11° S. de remplazo).

¹³ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, *La legitimación pasiva de la administración médico-sanitaria en la era de los establecimientos autogestionados en red*, en RCD, 45 (2018) 2, pp. 481-482. En cuanto al supuesto de la letra e) podemos nombrar, a modo de ejemplo, los fallos de BARRÍA BARRÍA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE OSORNO Y OTRO (SCS 65.427/2016), TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS (SCS 11.761/2017) y MARTÍNEZ CORNEJO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL Y OTRO (SCS 33.598/2018).

¹⁴ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (1° edición, Valencia, Tirant, 2018), p. 433.

¹⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas*, en *Revista Médica de Chile* 136 (2008) 4, p. 542.

iv) Derecho de repetición contra el agente que haya ocasionado daños al particular en el ejercicio de sus funciones por los que el Estado haya sido condenado

VIDAL ha esgrimido “Sobre la funcionalidad de esta responsabilidad: si se quiere perseguir la responsabilidad del Estado por el daño que causó el órgano por su propia falta y no la personal de sus funcionarios, la acción debe dirigirse necesaria y exclusivamente en contra del Estado, siendo este último el que, de ser el caso, se entienda con el que cometió la falta personal”¹⁶. Por otra parte, se ha entendido que la falta personal se producirá casi exclusivamente en el ejercicio de funciones públicas¹⁷. Estas aseveraciones son concordantes con las disposiciones del art. 38 inc. 2º CPR y de los arts. 4º y 42 de la LOCBGAE; sin embargo, en materia sanitaria, el derecho de repetición va mucho más allá de una simple consagración normativa, estableciendo requisitos más gravosos para el Estado en los arts. 38 inc. 3º y 39 GES, como, por ejemplo, la necesaria acreditación de la concurrencia de imprudencia temeraria o dolo en el actuar dañoso del funcionario.

v) Criterios para fijación judicial de indemnización por daño moral

Dichos criterios aparecen consagrados en el artículo 41 inciso 1º de la Ley GES. Por primera vez el legislador ha conferido a los juzgadores criterios determinados para la cuantificación del daño moral¹⁸. El profesor VIDAL sostiene que “mientras más grave sea el daño, mayor impacto producirá en la existencia de la víctima, debiendo diferenciar, sin caer en la arbitrariedad, considerando la edad y estado de salud de esta”¹⁹. En el Primer Informe de la Comisión de Salud del Congreso para el Senado mientras era tramitada la Ley GES “el profesor PIERRY destacó que esta disposición constituye una norma innovadora, en cuanto recoge la modificación de las condiciones de existencia como elemento que servirá para definir el monto de la indemnización; además, la calificó de conveniente, debido a que contribuirá a dar flexibilidad a la decisión jurisdiccional”²⁰.

vi) Riesgos en el desarrollo

En el art. 41 inc. 2º GES “se recoge por la ley la idea del “riesgo del desarrollo” como causa de liberación de responsabilidad”²¹, prescribiendo que “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”. Esta causal exoneratoria de responsabilidad marca claras diferencias respecto del art. 45 CC debido a que no establece a la imprevisión y a la inevitabilidad como requisitos copulativos, pudiendo concurrir tan solo uno de ellos,

¹⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Responsabilidad civil médica* (1º edición, Santiago, DER Ediciones, 2018), p. 98.

¹⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, *Repetición del Estado contra el funcionario*, en RDPUCV, 16 (1995) 1, pp. 355-356.

¹⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 90.

¹⁹ Ibid., p. 91.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°19.966*, [visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf], p. 57, visitado el 18 de abril de 2022].

²¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 91.

según los términos literales de la regla²². Tanto para la víctima como para el o los demandados (prestadores institucionales públicos) esta regla flexibiliza la carga probatoria en cuanto a la falta de servicio. Por otra parte, se ha esgrimido que esta norma es un reconocimiento de la *lex artis*, específicamente en cuanto a los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse los daños y que deben considerarse para imputar o no responsabilidad²³.

2. Normativa legal en materia de salud

En concreción de los derechos consagrados en la Carta Fundamental (art. 19 N°9), se han promulgado diversos cuerpos legales. Para este trabajo serán particularmente importantes la Ley 20.584 sobre “Derechos y deberes de los pacientes” (2012) y la Ley 20.850 “Ricarte Soto” (2015).

a) Ley 20.584, de 24 de abril de 2012, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud

Esta norma ha venido a incrementar el número de prestadores institucionales, tanto públicos como privados y, cómo no, los riesgos a la hora de practicar actos médicos. En 2012 se promulgó la Ley 20.854 sobre “Derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a sus atenciones de salud”. Aun cuando también la ley se encuentre dirigida a quienes prestan atención sanitaria, según MILOS y LIRA: “Es al paciente en especial, sobre la base de su dignidad, a quien la ley asegura derechos no prestacionales vinculados a su atención en salud — crea instituciones y entrega herramientas para ejercerlos—, como también le prescribe deberes, de modo de fortalecer una sana relación asistencial”²⁴.

La ley consagra ciertos derechos y deberes relevantes para este trabajo, tales como el derecho a la seguridad en la atención de salud, el derecho a un trato digno, el derecho de información, la reserva de la información contenida en la ficha clínica, la autonomía de las personas en su atención de salud (consentimiento informado) y el deber de colaboración con los miembros del equipo de salud. La importancia de esta ley radica en que a través de su preceptiva amplía ciertos deberes médicos, incorporándose a la *lex artis*, y también, instrumentos como la ficha clínica y el consentimiento informado sirven como medios de prueba en un contexto que tradicionalmente ha sido hostil para los pacientes dañados a causa de la asimetría en el acceso a la información sanitaria, dotando de mayor igualdad este ámbito²⁵.

²² PIZARRO WILSON, Carlos, *Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud*, ahora, en ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones UDP, 2010) p. 198.

²³ VELOSO TELIAS, Carla, 2016, *Análisis jurisprudencial de la falta de servicio y su naturaleza jurídica en materia sanitaria*, en Repositorio UACH, (2016), [visible en internet: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egv443a/doc/egv443a.pdf>, p. 24, visitado el 19 de abril de 2022].

²⁴ MILOS HURTADO, Paulina y LIRA ETCHEPARE, Francisca, *La ley N° 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. una visión panorámica*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014) p. 9.

²⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 113.

b) *Ley 20.850, de 6 de junio de 2015, “Ricarte Soto”.*

Consiste en una ley que “crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo”. En particular, lo que nos interesa, es la modificación que esta ley realizó al Código Sanitario en el Título VI del Libro IV, que trata “De la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos”. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, ya que el art. 111 letra I) del C. Sanitario hace referencia a “*todo daño*” que se provoque con productos sanitarios defectuosos. No es menos importante señalar que en el art. 111 K) C. Sanitario se niega la aplicabilidad de la causal exoneratoria de responsabilidad por riesgos en el desarrollo en forma explícita respecto de los daños causados por productos sanitarios defectuosos.

II. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA (2004-2009 Y 2010-2021)

1. *Proximidad de las reglas sobre falta de servicio aplicadas jurisprudencialmente con las del Código Civil: Prescripción y derecho de repetición por falta personal*

a) *Generalidades*

Se ha establecido un orden de responsabilidad a partir de la noción de falta de servicio, en una primera etapa amparado por la Ley 18.575 donde lo particular del sistema era dicho factor de atribución, que le daba el carácter de responsabilidad administrativa²⁶, sin embargo, tanto lo procesal como lo sustantivo era esencialmente guiado por las directrices del Código Civil, en particular, el art. 2314 CC, que norma un ámbito amplísimo del daño. Luego, al dictarse la Ley 19.966 (GES) se consagraron en su Párrafo I del Título III instituciones especiales.

La LOCBGAE, por un lado, impidió que se siguiera aplicando el art. 2320 CC²⁷, puesto que incorporó al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, haciendo imputables los errores del facultativo o del equipo médico al servicio de salud respectivo, incluyendo, también, el derecho de repetición por la falta personal del funcionario²⁸. La Ley GES, por otro, contiene plazos de prescripción tanto para ejercer la acción de responsabilidad por falta de servicio como la acción de repetición del Estado por falta personal. En cuanto al primero de ellos se contempla la misma duración al que consagra el art. 2332 CC, demostrando la regla especial que se pretendía establecer un sistema diferente al general del Código de Bello²⁹.

No obstante, al tramitarse los juicios por responsabilidad patrimonial del Estado conforme a las disposiciones civiles adjetivas es inevitable la aplicación del Código Civil cuando es requerida, cuestión que sucede hasta el día de hoy. Especialistas en derecho privado han sostenido que “es posible observar que dentro de la responsabilidad civil del Estado, por actos de la Administración, no existe un régimen único aplicable, ni tampoco una regulación sistemática de la misma. La unidad, podría decirse, la confiere el derecho común aplicable, respecto del cual no existe discusión. Los extremos de la responsabilidad civil no previstos por la norma de derecho público los suple la del derecho privado”³⁰, así como también que “Nada justifica la existencia de reglas distintas para la indemnización de los perjuicios ocasionados según exista o no contrato entre el paciente y el médico. Por lo mismo se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si la negligencia tuvo lugar en un hospital o en una clínica, ni tampoco si existió o no contrato. Un sistema uniforme permitirá a los destinatarios de las normas conocer

²⁶ TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), p. 113.

²⁷ En LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR, la Corte Suprema señaló que “14) Hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.5735 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil” (SCS 355/2010).

²⁸ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Manual*, cit. (n. 13), pp. 435-436.

²⁹ TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), p. 134.

³⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 98.

los riesgos que enfrentan en el evento de un resultado adverso”³¹. Esta manera de abordar doctrinalmente la responsabilidad del Estado en materia sanitaria no ha resistido voces críticas. VALDIVIA esgrime que “El tratamiento científico de la materia ha sido conducido, con pocas excepciones, por especialistas del derecho privado, como si la responsabilidad hospitalaria pública formase parte de la responsabilidad extracontractual en general (...). Con todo, cabe temer que una mirada “privatista” de esta materia invisibilice algunas especificidades propias de las misiones del hospital público, o al menos de su organización. A fin de cuentas, un hospital es un servicio público, noción que tradicionalmente ha implicado sometimiento a un régimen de derecho público”³². En nuestra visión, el derecho común sustantivo cada vez tiene un rol más secundario o auxiliar en juicios de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, tomando en cuenta la progresiva aplicación de las reglas de la Ley GES desde el año 2010³³ y, si bien un régimen común de responsabilidad tiene ventajas obvias en cuanto a la certeza jurídica, con esta paulatina preeminencia de “lo público” por sobre “lo privado” momentáneamente resulta utópica esa opción. Pese a esto, existen ciertas reglas generales que, en algunos casos, han seguido siendo aplicadas ampliamente por los tribunales, incluso contando con regla especial, como son la prescripción y el derecho de repetición (o acción de reembolso), y cuya evolución jurisprudencial en los periodos que se estudian va a ser revisada.

b) *Prescripción de la acción de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria*

i) *Primera Etapa Jurisprudencial (2004-2009): Aplicación del Código Civil (2332 CC)*

En materia de responsabilidad del Estado existió discusión acerca de la prescriptibilidad de la acción en juicios de responsabilidad estatal. En Hexágono con Fisco se reconoció la inaplicabilidad de las reglas del Código Civil como normas *decisoria litis* en juicios que involucrasen demandas contra el Fisco, así como también se siguió la tesis de la imprescriptibilidad de las acciones contra el Estado, reflexionando en torno al art. 2332 CC³⁴. Esta cuestión “quedó resuelta en el fallo DOMIC con FISCO (2002) y ratificada en resoluciones posteriores de la Corte Suprema, en tanto la prescripción tiene carácter universal, pudiendo operar en todos los ámbitos del Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario”³⁵. Previo a dicha ratificación jurisprudencial, y hasta el día de hoy, el sistema de responsabilidad por falta de servicio estatuido en 1986 por los arts. 4 y 42 de la LOCBGAE no contiene un plazo prescripción que le sea propio, ergo, los jueces han tenido que valerse de las reglas generales, salvo en ciertos ramos específicos, como la responsabilidad en materia sanitaria.

³¹ PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas*, cit. (n. 14), p. 540.

³² VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena*, cit. (n. 7), p. 215.

³³ MIRANDA SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 2), pp. 89 y ss.

³⁴ MUÑOZ CORDAL, Gabriel y Valdés Burgos, Pedro, *La jurisprudencia judicial sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y las violaciones a los derechos humanos. Problemática de los fondos indemnizables*, en *Revista de Derecho Público* 71 (2009) 1, p. 278.

³⁵ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema*, cit. (n. 4), pp. 402-403.

ii) Segunda Etapa Jurisprudencial (2010-2021): Corte Suprema ¿Código Civil o Ley GES?

En MARTÍNEZ CORNEJO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL Y OTRO se dispuso “*Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y, como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde remitirse a las reglas referidas específicamente a la materia*”³⁶.

La jurisprudencia más o menos reciente ha recalcado la idea de que el plazo de prescripción será contabilizado desde que se haya inferido perjuicio (algo claramente estatuido en el art. 40 GES), como en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ con I. MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO, donde se esgrime que “*la responsabilidad civil supone como requisito fundamental la concurrencia del daño ocasionado por el hecho del que se pretende hacer responsable al demandado. En esas condiciones es posible argüir que el daño y, en particular, la fecha en que se toma conocimiento del mismo, será siempre el elemento que determinará el momento en que se reúnan todos los elementos que exige la configuración del ilícito civil, haciendo nacer la obligación indemnizatoria y, por consiguiente, deberá exigirse la existencia del perjuicio para comenzar el cómputo de esta prescripción, puesto que sólo con el daño se completa el hecho ilícito. Debe inferirse entonces que la “acción u omisión” a que alude el artículo 40 de la Ley N° 19.966, no sólo comprende la ejecución de la conducta respectiva o el incumplimiento del deber que configura la omisión, sino que, además, su efecto dañoso en la víctima*”³⁷

Sin embargo, se ha llegado a razonar y/o emplear reglas generales al respecto como si la regla especial no existiese, por ejemplo, en GODOY HERNÁNDEZ con HOSPITAL DR. MAURICIO HAYERMANN DE ANGOL, donde se consideró que un elemento de la responsabilidad civil es el daño, y la fecha en que se toma conocimiento de este, será indiscutiblemente el factor indicativo del instante en que se configuren todos los demás elementos (factor de atribución y nexo causal) para que nazca la obligación de resarcimiento patrimonial. De esta manera, el daño es gravitante para iniciar el cómputo de la prescripción. Luego, esgrime que la idea de “*perpetración del acto*” consagrada en el art. 2332 CC abarca tanto la ejecución de una acción como sus repercusiones dañosas en la víctima³⁸.

En otros fallos, como BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO, la Corte de Casación ha aplicado paralelamente el art. 40 GES con el art. 2332 CC al referirse sobre la procedencia de excepciones de prescripción respecto de acciones ejercidas contra profesionales médicos que actúan como funcionarios en establecimientos públicos³⁹. Tal parece que es válido para los tribunales la aplicación de las reglas generales

³⁶ MARTÍNEZ CORNEJO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL Y OTRO (SCS 33.598/2018).

³⁷ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ con I. MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO (SCS 26.258/2018).

³⁸ GODOY HERNÁNDEZ con HOSPITAL DR. MAURICIO HAYERMANN DE ANGOL (SCS 378/2019, cons. 6°).

³⁹ BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019, cons. 3°).

respecto a la responsabilidad en materia sanitaria, incluso, en ocasiones por sobre la normativa especial⁴⁰.

La Ley GES, en su art. 45 inc. 3º, establece la suspensión del plazo de prescripción mientras transcurra el procedimiento de mediación previa obligatoria, y en la jurisprudencia no pocas sentencias dan cuenta de conflictos en este sentido. En ciertas causas el plazo de prescripción se ha entendido completo, computándose el plazo con el art. 40 GES⁴¹, y, en otros, que ha habido mayores dudas producto de las reclamaciones de los recurrentes, como en *Pizarro Flores y otros con Complejo Hospitalario San José* que se denunció, mediante casación en el fondo, la infracción de los arts. 40 y 45 GES y el art. 25 LBPA en relación con los arts. 19, 48 y 50 CC, a causa de que se habría rechazado la excepción de prescripción interpuesta por la demandada en circunstancias de que el referido plazo presuntamente estaba cumplido. La Corte Suprema calculó el plazo de prescripción tanto con las disposiciones de la Ley GES como con la de la LBPA, resultando en ambos casos no vencido el plazo de prescripción hasta que se notificó de la demanda. En este caso se utilizaron para computar los plazos las reglas del CPC⁴².

En MUÑOZ CARRASCO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR ORIENTE, la Corte Suprema, ante una reclamación de interrupción de prescripción, ha admitido tener que recurrir a las reglas generales puesto que la Ley GES solo contempla reglas referentes a la suspensión⁴³, haciéndose patente que la regulación de la Ley 19.966 si bien efectiva, es insuficiente. En ALVARADO CAVERO con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES DR. LAUTARO NAVARRO se ha señalado que *“aún aceptando que la suspensión de la prescripción es improcedente no sólo respecto de las acciones de corto tiempo reguladas en el artículo 2521 y 2522 del Código Civil, sino respecto de todas aquellas acciones especiales con un plazo menor al plazo de prescripción de la acción ordinaria, igualmente el recurso no podría prosperar toda vez que el artículo 2524 del Código Civil se refiere a “actos y contratos”, de lo que se infiere que no ha pretendido incluir los delitos y cuasidelitos, a partir de los cuales se genera justamente la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, que, en el caso de responsabilidad sanitaria de los órganos del Estado, se encuentra regulada en el artículo 40 de la Ley N° 19.966”*⁴⁴

Ha quedado demostrado, entonces, que para la jurisprudencia resulta insuficiente la Ley GES a la hora de resolver los conflictos referentes a la prescripción de las acciones judiciales sobre

⁴⁰ El Ministro SERGIO MUÑOZ mediante su voto disidente en LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR, describe el sistema de responsabilidad de la Administración del Estado, y en el considerando tercero de ese voto manifestó que “se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción”. En ese mismo voto de minoría se destacó la discusión del proyecto de la Ley GES en la Comisión de Salud del Senado, en donde se llegó a la conclusión, que ante vacíos en la Ley GES, se aplicaría la LOCBGAE (SCS 355/2010). Sin perjuicio de eso, al ser tan escueta la regulación de la Ley 18.575, cabría en forma abundante la supletoriedad de la legislación civil.

⁴¹ Como, por ejemplo, en BARRÍA BARRÍA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE OSORNO Y OTRO (SCS 65.427/2016), ERICES CONTRERAS con FISCO DE CHILE (SCS 12.221/2017), ÁLVAREZ LAGOS con HOSPITAL BARRROS LUCO (SCS 95.033/ 2016), ALVARADO SEGOVIA con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES (SCS 104.602/2020) y DONOSO SÁEZ con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 8.024/2018).

⁴² PIZARRO FLORES Y OTROS con COMPLEJO HOSPITALARIO SAN JOSÉ (SCS 38.231/2016).

⁴³ MUÑOZ CARRASCO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR ORIENTE (SCS 27.424/2020).

⁴⁴ ALVARADO CAVERO con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES DR. LAUTARO NAVARRO (SCS 35.764/2017).

responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, necesitando recurrir a las normas de derecho común en forma irrefragable.

iii) Suspensión de la prescripción en favor de los menores de edad: Reconocimiento jurisprudencial

Hay un ámbito de la prescripción que confirma la aplicabilidad de las reglas civiles para los juicios de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, y que viene representado por la suspensión de la prescripción a favor de los menores de edad (arts. 2509 y 2520 CC), situación tan habitual no prevista por la Ley GES en que se ve afectada la integridad física y psíquica de los parientes directos de menores de edad o la suya propia⁴⁵.

En esta línea, el Máximo Tribunal ha sostenido en RAMÍREZ LAIVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE que la suspensión de la prescripción en favor de los menores de edad es “una institución general de protección, y que por lo tanto la excepción a su aplicación debe interpretarse de forma restrictiva y considerando, además lo dispuesto en el art. 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República y la Declaración Universal de los derechos del Niño, llevan a concluir a quienes disienten que el criterio plasmado en la sentencia (la declaración de suspensión de prescripción) en análisis no constituye el error de derecho denunciado, toda vez que los tres hijos de la víctima eran menores de edad a la fecha de comisión del ilícito, por lo que la prescripción de la acción indemnizatoria sólo puede comenzar a correr una vez que cumplan la mayoría de edad, cuestión que a la fecha de notificación de la demanda aún no había ocurrido”⁴⁶.

La postura de la Corte Suprema ha sido férrea en varias sentencias⁴⁷. Por ejemplo, en la ya mencionada ALVARADO CAVERO con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES DR. LAUTARO NAVARRO confirmó la aplicación de los artículos del Código Sustantivo mencionados en lo que a responsabilidad sanitaria refiere, puesto que “es una institución de protección de carácter general y que se justifica por la situación en la cual se encuentran determinadas personas que se encuentran imposibilitadas de ejercer las acciones en protección de sus derechos”⁴⁸.

En todas las sentencias recién citadas ha concurrido la situación jurídica armonizada de los arts. 2509 y 2520 CC, por lo tanto, cabía libertad para ejercer la acción de indemnización por falta de servicio sanitaria hasta que se extinguiera la situación obstaculizadora del ejercicio de derechos. Por consiguiente, si la tendencia es acercar la institucionalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado al ámbito del Derecho Público, es de por sí necesaria una reforma a la Ley GES. Argumentos importantes son la protección que en la materia brindan a los menores reglas de derecho internacional público, la seguridad jurídica, e incluso la indisponibilidad de los derechos subjetivos que involucra generalmente la responsabilidad en materia sanitaria.

⁴⁵ Dichos menores de edad serán víctimas directas en tanto les cause dolor físico o psíquico el daño ocasionado, y lo serán por rebote cuando dichos daños a sus parientes impliquen una perturbación en su desarrollo como seres humanos.

⁴⁶ RAMÍREZ LAIVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE (SCS 3.952/2015, cons. 12°).

⁴⁷ Como, por ejemplo, VERGARA ROJAS con SERVICIO DE SALUD MAULE Y OTRO (SCS 944/2013) y CONTRERAS SILVA con SERVICIO DE SALUD ATACAMA (SCS 18.456/2014).

⁴⁸ ALVARADO CAVERO con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES DR. LAUTARO NAVARRO (SCS 35.764/2017, cons. 8°).

c) *Derecho de repetición por falta personal*

i) *Generalidades*

La LOCBGAE (arts. 4° y 42) y la Ley GES (arts. 38 inc. 3° y 39) estatuyen preceptos que permiten repetir en contra del agente que, con su actuación, haya causado daños que finalmente culminaron en la declaración de responsabilidad contra el servicio en que aquel prestaba funciones. Indistintamente de si nos encontramos en una primera o segunda etapa jurisprudencial, la legislación literalmente se aleja del régimen civil. El profesor VALDIVIA sostiene que, en principio, legalmente va a ser posible que el Estado repita contra el agente que incurriera en falta personal, no obstante, previene que ha sido muy infrecuente en la práctica, asumiendo, generalmente, las consecuencias del mal funcionamiento de los servicios de salud⁴⁹. A causa de esto son muy escasas las sentencias sobre acción de repetición en materia de responsabilidad por falta de servicio del ramo sanitario.

Será revisado el conocido CASO BERAUD (SCS 2.954/2006) y LÓPEZ ARANEDA *con* CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (SCS 2.849/2009), para la primera etapa (2004-2009). Durante el segundo periodo (2010-2021) regía plenamente la Ley 19.966, pero esta vez en forma exhaustiva y con requisitos bastante más exigentes, cuestión que podría estar incidiendo en la voluntad de los servicios públicos a la hora de (no) ejercer esta clase de acciones. Al respecto, se efectuará un análisis de RUBILAR LATORRE *con* HOSPITAL DE RANCAGUA Y SEGUEL RAMÍREZ (SCS 76.284/2016).

ii) *Primera etapa jurisprudencial (2004-2009)*

ii. a) *Caso Beraud (SCS 2.954/2006): reglas generales por sobre especiales*

Lógicamente este trabajo no efectuará una reiteración de lo que una muy abundante porción de doctrina ya ha abordado respecto a esta causa, mas solo hará una referencia a la acción de repetición impetrada en el CASO BERAUD O FISCO DE CHILE *con* ELGUETA PARODI ALFREDO Y OTROS⁵⁰.

El año 1993, el ministro de la Corte Suprema LIONEL BERAUD se sometió a una intervención quirúrgica en el Hospital Militar, que surtió resultados atribuibles a una mala praxis médica. Se demandó a dicho centro asistencial y al equipo médico, siendo finalmente condenados a indemnizar en forma solidaria; y, en lo que toca al derecho de repetición, el Fisco ejerció la correspondiente acción, y se resolvió condenar a reembolsar a los miembros del equipo médico conforme

⁴⁹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena*, cit. (n. 7), p. 227.

⁵⁰ Véase recensión del juicio en RUIZ PULIDO, Guillermo, *Responsabilidad penal del médico*, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 8 (2002) 2, p. 65.

a las disposiciones generales, en específico los arts. 1608, 1610 N°3, 1612, 2317, 2319 y 2325 CC, que cimentan la institucionalidad de la subrogación en materia civil⁵¹.

Así como fue ejercitada la acción antedicha, la condena no atendió a las disposiciones de los arts. 4 y 42 de la LOCBGAE, lo que parece nuevamente una clara infracción al principio de especialidad, toda vez que los daños fueron provocados por la actuación negligente de un servicio público y no por una clínica privada.

ii. b) López Araneda con Subcontraloría General de la República (SCS 2.849/2009): Repetición por vía administrativa

Una situación inaudita tuvo lugar en AILLAPÁN SEPÚLVEDA con LÓPEZ Y SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA donde un facultativo inició imprudentemente el tratamiento de una patología que prácticamente no conocía, y en forma temeraria indicó y ejecutó una cirugía que tuvo como resultado el cercenamiento del miembro viril de un paciente, los que evidentemente constituyeron actos médicos inadecuados⁵². Ya condenado, el médico implicado accionó de protección a causa de que desde Subcontraloría se “*ejercitó la acción de repetición por la vía administrativa*”, descontándose mensualmente por parcialidades una cantidad cierta del total de sus remuneraciones, cuando según el recurrente la acción debió haberse intentado judicialmente (SCS 2.849/2009, cons. 6°). La Corte Suprema desestimó el recurso de protección porque “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, “la hipótesis normativa” no es la contemplada en el artículo 38 (de la Ley GES). En su lugar, (...) 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”⁵³. Según CÁRDENAS y MORENO, en este tipo de casos existe una antinomia entre el art. 38 GES y el 67 de la Ley Orgánica Constitucional de Contraloría, derogándose por la Ley GES la disposición del art. 67 mencionado, teniendo que ejercitarse obligatoriamente la acción de repetición posteriormente en una causa diferente⁵⁴.

Otro argumento que habría servido para rechazar la acción de protección es que la Ley GES entró en vigor después de la reclamación de indemnización, por lo que dicha ley no era aplicable para el supuesto en cuestión. Este razonamiento lo podemos desprender de SALGADO ROMERO con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN, ya que, al ser la norma del artículo 38 inc. 3° GES una de carácter procesal, entra a regir “in actum”, según dispone el art. 24 de la Ley sobre Efecto

⁵¹ AGUAD DEIK, Alejandra y PIZARRO WILSON, Carlos, *Obligaciones y responsabilidad civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 14 (2010) 1, p. 8.

⁵² AILLAPÁN SEPÚLVEDA con LÓPEZ Y SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA (SCA Pto. Montt, 116.620/2003).

⁵³ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2011), pp. 170-171.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 171.

Retroactivo de las Leyes para el precepto del art. 43 GES sobre Mediación obligatoria, que también es de índole procedimental⁵⁵. Cabe mencionar que en este litigio se condenó solidariamente al órgano público y al funcionario a indemnizar al paciente.

iii) Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021)

iii. a) Rubilar Latorre con Hospital de Rancagua y Seguel Ramírez (SCS 76.284/2016): Responsabilidad solidaria por actuaciones con imprudencia temeraria

Durante la primera etapa, al parecer, no se encontraba suficientemente claro para algunas víctimas la forma en que se podía accionar, tal vez atribuible a la dependencia que aún a esas alturas se mantenía respecto de las reglas del Código Civil. En HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS, por ejemplo, se demandó al prestador de salud: a) En primer término, por falta de servicio; b) Subsidiariamente, la falta personal del médico involucrado en los hechos; y c) Incluso, la responsabilidad extracontractual del agente de salud, invocando el art. 2314 CC. Dichas alegaciones fueron declaradas como improcedentes⁵⁶. En otras sentencias del primer periodo, como PINCHEIRA GÓMEZ con SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ, PALENA Y OTRO, sin embargo, la Corte Suprema ha afirmado que no se puede buscar paralelamente la responsabilidad patrimonial por un hecho dañoso tanto respecto del órgano como del funcionario, sino que solo respecto del primero⁵⁷.

Así y todo, en RUBILAR LATORRE con HOSPITAL DE RANCAGUA Y SEGUEL RAMÍREZ, se condenó conjuntamente al Hospital de Rancagua y al médico, a este último, en particular, por su actuación imprudente temeraria en la atención de un menor que sufrió un desgarro completo de sus tendones flexores, iniciando el tratamiento para dicha lesión, respecto de la cual no poseía conocimientos cabales, así como también, retrasando la intervención quirúrgica requerida para llagas que fueron consideradas como graves. El médico recurrió de casación (el Hospital se conformó con la resolución de segundo grado) alegando una errónea aplicación del art. 38 inc. 3º GES, puesto que, al haberse ejecutado una conducta con imprudencia temeraria, era el órgano administrativo sanitario el que debía ejercer la acción de repetición, mas no condenársele directamente a raíz de dicho elemento de la responsabilidad. Sumado a eso, en su arbitrio el facultativo aseveró que para haber sido condenado directamente por los hechos que se le imputaban era menester la aplicación de los arts. 2314 y 2329 CC, en vez del precepto aparentemente mal empleado. La Corte rechazó el recurso de nulidad sustantiva, toda vez que el médico en su recurso de apelación no denunció como agravio las alegaciones efectuadas en casación y recién indicadas, por lo que, según el Máximo Tribunal, el profesional se conformó con la decisión adoptada, desapareciendo el agravio. Por consiguiente, la Corte de Casación en este caso no podía sino rechazar el recurso del profesional de salud en mérito de alegaciones que innovan respecto de la sentencia de segunda instancia. La Corte, en definitiva, ignoró el art. 38 inc. 3º GES producto

⁵⁵ SALGADO ROMERO con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 6.320/2007).

⁵⁶ HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS (SCS 1.976/2007).

⁵⁷ PINCHEIRA GÓMEZ con SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ, PALENA Y OTRO (SCS 6.350/2005, cons. 10º).

de las consideraciones antedichas, ya que no se justificaba un pronunciamiento sobre su procedencia o no para el caso concreto a esas alturas⁵⁸.

Sería erróneo confundir el derecho de repetición que poseen los órganos de la Administración con las diversas clases de responsabilidad a que pueden atenerse estos y los agentes que en ellos prestan funciones, pero, como se ha visto, existe un criterio común, que para los tribunales ha justificado condenar solidariamente al órgano y al o a los funcionarios a indemnizar a las víctimas, como vendría siendo la imprudencia temeraria. No se ha condenado en este segundo periodo a agentes públicos por su falta personal a restituir al servicio la cantidad de dinero que tuvo por obligación indemnizar anteriormente este último a la víctima, al menos por la vía del juicio civil, cuyo sustento legal y de procedencia irrestricta debería ser aquél estatuido en la Ley GES.

2. Estándares de funcionamiento normal sobre responsabilidad en materia sanitaria

a) Generalidades

La regulación especial sobre responsabilidad en materia sanitaria contiene elementos definitorios bastante importantes, en general, los que se revisan en este trabajo. Aquello que imprime notas aún más particulares tiene que ver con los estándares normales de funcionamiento de los servicios públicos, pues, para acreditar la existencia de falta de servicio será necesario cotejar hechos positivos desplegados por el prestador público con un modelo ideal hipotético de comportamiento, en la misma situación que se encontraba el órgano público sanitario cuya acción u omisión se discute negligente, tomando en cuenta las condiciones propias del establecimiento⁵⁹, dentro de las que está la infraestructura, el personal y los medios disponibles⁶⁰. En otras palabras, se verificará si el ente público actuó conforme al deber de cuidado exigible para dicho prestador en un caso concreto.

Además, dicho estándar normal de funcionamiento es casuísticamente variable y se compone de diversos elementos, que se vinculan con los avances de la ciencia médica (*lex artis*)⁶¹, con la LDDP

⁵⁸ RUBILAR LATORRE con HOSPITAL DE RANCAGUA Y SEGUEL RAMÍREZ (SCS 76.284/2016).

⁵⁹ En INMOBILIARIA HACIENDA LLEU LLEU S.A. con FISCO, la Corte Suprema sostuvo que “*para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo. Fue justamente ése el espíritu del legislador, según es posible advertir del informe de la Comisión de Estudio de las Leyes Constitucionales de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, el que al referirse al mal funcionamiento del servicio, en la página 10, señala que éste existe cuando “la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador, no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente”* (SCS 3.172/2008, cons. 9°).

⁶⁰ VELOSO TELIAS, Carla, cit. (n. 22), pp. 24-25. Es habitual que los tribunales hagan referencia a estos estándares para medir la diligencia en las actuaciones del servicio. Por solo mencionar algunas causas: GOTELLI RIVERA con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 1.574/2016), MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA (SCS 97.628/2016), ORTIZ LÓPEZ Y OTROS con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE (SCS 101.769/2016), TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS (SCS 11.761/2017) y CANCINO Y OTROS con HOSPITAL PRESIDENTE CARLOS IBÁÑEZ DEL CAMPO DE LINARES (SCS 31.918/2019).

⁶¹ Por ejemplo, en PACHECO MILANÉS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 16.666/2014), el “Manual de Obstetricia del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínico de la Universidad de Chile” sirvió para establecer el estándar normal de funcionamiento.

y con las directrices emanadas de la Autoridad Sanitaria. El avance que ha significado tanto la elaboración como el perfeccionamiento de los parámetros indicados desde la dictación de la Ley GES ha hecho más llevadero el trabajo de ponderación para los jueces, ya que deben “apreciar el desempeño de una ciencia en constante desarrollo y ante la cual (...) son terceros, ilustrados de manera indirecta”⁶². Como contrapartida, “la jurisprudencia ha evolucionado progresivamente hacia el establecimiento de deberes cada vez más extensos y estrictos, deducidos (...) como expresión de la Lex Artis o como parte de la noción de falta de servicio”⁶³. No obstante, una desviación del estándar normal de funcionamiento puede no ser estrictamente atinente a actos médicos, sino que, también referida a defectos de funcionamiento administrativos o del establecimiento médico, lo que podríamos entender como una culpa en la organización⁶⁴, y que no se abarcará en este apartado, reservado a la responsabilidad médica en sentido estricto.

Cierta doctrina ha sostenido que el concepto de *lex artis* puede desprenderse del artículo 41 inciso 2° de la Ley GES⁶⁵, y es algo que podemos fácilmente deducir a partir de una armonización de la norma con razonamientos como el que efectuó la Corte Suprema en CAMPOS JIMÉNEZ con SERVICIO DE SALUD DEL MAULE: “*para determinar la responsabilidad médica, se debe atender a la lex artis, que constituye el parámetro de control de la conducta que alude a la diligencia y cuidado mínimo que es exigible en el desarrollo de un oficio o función profesional, en el caso concreto, a los profesionales médicos. Se puede decir que aquella está constituida por el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad. Así, para establecer si un sujeto cumplió con aquéllas, se considera como parámetro de control el comportamiento de un profesional medio ante análogos supuestos de hecho, precisos y determinados, lo que importa ponderar las circunstancias específicas, en concreto, a las que aquél se vio enfrentado. De este modo, se deben tener en cuenta las características de la profesión, la especialidad, la complejidad del acto y las tipologías del paciente para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada. Adicionalmente se consideran los distintos aspectos que llevan a determinar la naturaleza de la culpa, como son la negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de las reglamentaciones. Lo relevante es que la lex artis médica constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de previsión, asistencia, diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo, la que si bien se debe realizar en abstracto, atendiendo a un profesional médico promedio, en el juicio de valor igualmente se debe atender a las circunstancias concretas, relacionadas con su especialidad y las condiciones específicas en las que se presta el servicio. Surge así el concepto de “lex artis ad –hoc”, en la que se emplean en la ponderación de la conducta elementos abstractos y concretos para establecer la responsabilidad*”⁶⁶.

Finalmente, toca al juez la generación del modelo de conducta ideal para el caso concreto y determinar si hubo falta de servicio con los antecedentes disponibles (*lex artis ad-hoc*)⁶⁷. Sin

⁶² WAHL SILVA, Jorge, *Ficha clínica, uso de protocolos de calidad y seguridad, y consentimiento informado. Problemas de responsabilidad civil*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014), p. 16.

⁶³ *Ibid.*, pp. 16-17.

⁶⁴ MORALES GAETE con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 34.842/2016).

⁶⁵ VELOSO TELIAS, Carla, cit. (n. 22), p. 24

⁶⁶ CAMPOS JIMÉNEZ con SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (SCS 38.151/2016).

⁶⁷ Algunas causas que referencian al concepto de “*lex artis ad-hoc*” que manejamos: ASENSIO VERA Y OTROS con HOSPITAL PADRE HURTADO (SCS 44.970/2016), QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEP-

duda alguna será necesario reconocer la gran incidencia que ostenta el poder político en el ejercicio de la medicina, pues, la Autoridad Sanitaria dicta pautas acerca de cómo esta ciencia debe practicarse⁶⁸.

Otros autores han considerado a la *lex artis* desde un punto de vista más restringido o abstracto. Por ejemplo, para VALDIVIA importa “un conjunto más o menos inorgánico de criterios valorativos propios del oficio”⁶⁹, y para otros se entiende como el “conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para atención médica y los criterios para su empleo”⁷⁰.

Realizadas estas precisiones, procederemos a revisar jurisprudencia de la Corte Suprema, correspondiente a los dos periodos que abarca este trabajo y trataremos de dar cuenta de la *onda expansiva* de deberes prudencialmente apreciables por los jueces y que componen los deberes de cuidado debido que le son propiamente exigibles a los servicios de salud en el ejercicio de sus funciones.

b) *Primera etapa jurisprudencial (2004-2009): Estándares en ciencia médica*

En una primera etapa, recién se estaba abandonando por la jurisprudencia la concepción objetiva de la responsabilidad estatal para dar paso a la falta de servicio como es entendida más o menos recientemente⁷¹. Se lograba percibir que los deberes de cuidado que pesaban sobre los profesionales de la salud del sistema público eran limitados a lo que la ciencia médica prescribía, e incluso a la prudencia de los médicos exclusivamente. Así se puede desprender de BRITO CISTERNA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD DE VIÑA DEL MAR-QUILLOTA: “7°) *c. El juez de la causa determinó que los médicos actuaron conforme a lo que consideraron más prudente para la recuperación de la menor; se hicieron los exámenes de rigor y concluyeron de acuerdo a su experiencia y práctica que, en este caso, era preferible esperar para efectuar la colostomía (...) 15°) (La paciente) Fue dada de alta por decisión del médico cirujano tratante, sin que a esa fecha presentara signos que aconsejaran, con urgencia, un procedimiento quirúrgico, como el que los demandantes reclaman. Por consiguiente, no puede sino concluirse, que la malformación congénita de la niña (...) no constituyó la causa de su fallecimiento y que la demandante no probó, correspondiéndole hacerlo, la falla que reprocha a la actuación de la demandada*”⁷².

El que se haya tenido por acreditado que los médicos obraron “conforme a su prudencia” para tratar a la menor y que determinarán una preferible vía de atención sanitaria “de acuerdo a su experiencia y práctica” deja entrever que los tribunales en el examen de si la conducta fue diligente o no, en esta primera etapa, le otorgaron importancia a la opinión profesional en medida

CIÓN (SCS 99.898/2016), FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017), FARIÑA ROGGENDORF Y OTROS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 16.971/2018) y ROJO RUBILAR Y OTROS con HOSPITAL DR. ERNESTO TORRES GALDAMES (SCS 41.176/2019).

⁶⁸ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel, *Covid-19 y responsabilidad civil médica: Desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia*, en *Acta Bioethica* 26 (2020) 2, pp. 159-161.

⁶⁹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos*, en *Revista Médica de Chile* 146 (2018) 9, pp. 1031-1032.

⁷⁰ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, cit. (n. 52), p. 85.

⁷¹ PIZARRO WILSON, Carlos, *Controversias jurisprudenciales [...]*, cit. (n. 21), pp. 192-193.

⁷² BRITO CISTERNA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD DE VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 3.334/2003).

suficiente como para entender que se había procedido en forma normal. Por otra parte, sin legislación protectora (LDDP) y sin un medio auxiliar como la pérdida de una chance reconocida jurisprudencialmente, las víctimas en no pocos casos, como este, se veían impedidas de acreditar la falta de servicio. Que no se hallase consagrado el deber de información traía consecuencias. No existe, conocida al menos, sentencia alguna de la Corte Suprema en este primer periodo (2004-2009) que haga referencia al consentimiento informado, instituto que riñe con la prudencia, experiencia y práctica de los médicos en el manejo de situaciones ligadas con atenciones de salud⁷³. De esto no cabe más que tener por probada la laxitud en esta época jurisprudencial de los deberes explícitos que usualmente extralimitan a la ciencia médica en sentido estricto. Tampoco fue posible hallar referencias en las sentencias del Máximo Tribunal analizadas en esta etapa a las guías clínicas ni a los protocolos médicos. No se descarta que estos instrumentos hayan sido utilizados para determinar un estándar de funcionamiento medio, pero no tenían un papel protagónico.

En otras causas, como BELMAR NÚÑEZ con SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO Y OTRA, se ha aseverado: “3º) *Que, en lo atinente a la infracción de los artículos 1699 y 1700 del Código Civil, a los que la recurrente atribuye la calidad de normas reguladoras de la prueba, en cuanto asignan, según afirma, pleno valor probatorio a las declaraciones prestadas por los interesados en un instrumento público; ello habría tenido lugar, al haberse desconocido en la sentencia que se impugna, el mérito de convicción que emana de una hoja de interconsulta proveniente del Consultorio de P., de la historia clínica y antecedentes gineco-obstétricos originada en el mismo establecimiento y de una cotización para la extracción del DIU (dispositivo intrauterino), emitida por el Servicio de Salud de Talcahuano; documentos que constituyen instrumentos públicos y que acreditan la relación existente entre la sintomatología y diagnóstico del DIU en la cavidad abdominal de la paciente actora en el juicio- y los perjuicios cuya indemnización se impetra en la demanda*”⁷⁴. Resolviéndose que: “11º) *Que en lo tocante al segundo grupo de transgresiones normativas a que alude el recurso y que, como se señaló en el basamento tercero de la presente sentencia, incidirían en los artículos 1699 y 1700 del Código Civil, para demostrar la inconsistencia de lo argüido en este aspecto, basta apuntar que la documentación mencionada como instrumento público dista de tener tal carácter, al no avenirse con la definición que de esa clase de documentos se contiene en la primera de las disposiciones legales citadas. Por otra parte, la apreciación del mérito de convicción que emana de esa prueba documental constituye, asimismo, una cuestión de hecho, no susceptible de examinarse por vía de la casación, con la ya señalada excepción de que en la operación intelectual que ello supone se hubieran transgredido leyes reguladoras de la prueba de aquéllas que asignan a ciertos medios un determinado valor probatorio*”⁷⁵.

De los fragmentos jurisprudenciales recién citados es posible notar que, si bien no fue posible acreditar la relación de causalidad a través de los documentos presentados, estos fueron tomados en cuenta para la determinación de la existencia de una falla de servicio. Lo que más inquieta a este respecto es que por el hecho de que documentos como la ficha clínica no tenían consagración legal en ese momento la Corte razonaba que la fundamentación del recurso de casación en el fondo en base a la no apreciación total de la prueba intentaba de modificar los hechos fijados en el proceso, y que no podía intervenir en ellos al tratarse de un recurso de derecho estricto.

⁷³ PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica* [...], cit. (n. 14), p. 541.

⁷⁴ BELMAR NÚÑEZ con SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO Y OTRA (SCS 5.826/2005).

⁷⁵ Ibid.

Es de toda lógica que en este ámbito se presentasen inconsistencias como estas, ya que, la LDDP estuvo congelada en el Congreso, es decir, en trámite durante más de once años hasta su entrada en vigor⁷⁶. No sería adecuado aventurarse en decir que dicha ley soluciona todos los problemas del sistema de salud público, aunque al plasmar las complejidades circundantes en este primer periodo, preceptiva legal como la señalada, hubiera resultado de gran aporte, como se verá.

Por otro lado, los estándares de funcionamiento en esta etapa, al ser casi circunscritos por completo a la ciencia médica, se elaboraban en gran medida a partir de informes periciales o pruebas testimoniales como medios de pruebas. Sin duda son relevantes hasta la actualidad, ya que permiten “obtener medios técnicos y científicos que contribuyen a la decisión judicial de una manera más objetiva”⁷⁷. No obstante, los peritos o testigos habitualmente han sido médicos, e incluso han prestado funciones en el mismo recinto hospitalario público donde han acontecido hechos presuntamente dañinos. La objetividad reseñada podía diluirse, al menos relativamente. Estas aseveraciones pueden ser confirmadas en FRANCHINI PASTÉN con SERVICIO DE SALUD DE VALDIVIA, donde pruebas periciales confirmaron que la causa de muerte del paciente había sido producto de lesiones recientes, vitales y necesariamente mortales; y luego, la prueba testimonial rendida por dos médicos cirujanos confirma la causa del deceso. Dichas probanzas, en definitiva, hicieron adquirir convicción a los tribunales de que no existió responsabilidad del servicio⁷⁸. Asimismo, en PEÑA CONTRERAS con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN, a la Corte Suprema le bastó con la prueba testimonial rendida por un médico cirujano y una enfermera, ambos formando parte del Servicio e intervinientes en el tratamiento del paciente, para tener por no acreditada la falta de servicio en materia sanitaria⁷⁹.

c) *Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021): Estándares en base a Ley 20.584 (LDDP)*

En una segunda etapa jurisprudencial se producen cambios legislativos importantes en la materia, momento que podríamos entender como el punto culmine de las grandes reformas impulsadas en el ámbito sanitario desde principios de siglo⁸⁰. Dicha consumación es representada por la entrada en vigor de la LDDP en 2012, puesto que, el no cumplimiento de las obligaciones legales derivadas de los institutos relacionados al deber de información acarrea infracción de reglamentos (*lex artis*) y, si se ocasiona daño, falta de servicio, desde el punto de vista de la culpa infraccional⁸¹.

Es abundante la cantidad de sentencias de las que se puede desprender que daños han sido provocados a raíz de la vulneración del derecho de información consagrado en la LDDP, en espe-

⁷⁶ LEÓN CORREA, Francisco, *Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud. Una mirada bioética*, en *Revista Médica de Chile* 140 (2012) 11, p. 1490.

⁷⁷ TORO CORTÉS, León y VÁSQUEZ LARA, María, *Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CENDES*, en *Revista CES Derecho* 7 (2016) 2, p. 11.

⁷⁸ FRANCHINI PASTÉN con SERVICIO DE SALUD DE VALDIVIA (SCS 5.667/2006).

⁷⁹ PEÑA CONTRERAS con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 6.274/2007).

⁸⁰ FERRER LUES, Marcela, *Plan Auge y Reforma a la Salud: ¿Vía a la equidad en salud?*, en *Revista Agenda Pública* 4 (2004) 4, [visible en internet: http://www.agendapublica.uchile.cl/n4/1_ferrer.html#1, consultado el 19 de abril de 2022].

⁸¹ PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica* [...], cit. (n. 14), p. 541.

cífico lo tocante al consentimiento informado. En DONOSO VALENZUELA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR la demandante acusó la realización de dos intervenciones quirúrgicas no consentidas, que, además, se alejaron totalmente de protocolo, puesto que debieron adoptarse otro tipo de medidas, dejando parapléjica a la paciente y con secuelas consistentes en no poder controlar sus esfínteres, sumado al impedimento de llevar vida sexual⁸². Dichas consecuencias eran previsibles, y evitables si se cumplía con las directrices reglamentarias y con el art. 10 de la LDDP, referente a que el derecho de información “*debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada*”, elementos que, como se vio, fueron omitidos en el caso de autos.

La normativa sobre consentimiento informado en Chile es amplia en el sentido que abarca todo el “*iter médico*” incluso antes y después de las atenciones que hayan de otorgarse⁸³. Los prestadores de salud están obligados a informar sobre los riesgos a que debe atenerse el paciente, siendo esto de toda lógica al tratarse de una actividad que conlleva peligros. Sin embargo, habrá que distinguir según el caso concreto si habrá o no falta de servicio, supuestos que podemos graficar generalmente atendiendo a la distinción hecha por REVUELTA: En un primer sentido, si no se produce daño al paciente a raíz de una vulneración al derecho de información, no debería existir falta de servicio, mas solo infracción a la LDDP. En otro enfoque, se hace necesaria una conexión con el art. 41 inciso 2° GES, puesto que, si se produce un daño inevitable o imprevisible habiéndose consentido los actos médicos por el paciente, no se podría indemnizar, operando la causal de exculpación. En este sentido, por ejemplo, en CHÁVEZ CHÁVEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD O’HIGGINS ocurrió que las demandantes no lograron acreditar que el fallecimiento de la paciente se debió a una falta de servicio, debido a que tenía enfermedades de base cuyas consecuencias dañosas no se pudieron prever o evitar; luego, la Corte confirmó el criterio que se sostuvo en las sentencias de primer y segundo grado, esto es, que el Hospital empleó todos los medios “*técnicos y humanos disponibles*” para hacer frente a la situación de salud de la paciente, rechazándose finalmente el arbitrio de las actoras⁸⁴. En un tercer sentido, si se infringe el consentimiento informado, ya no otorgándose los debidos antecedentes ya realizando actos proscritos por el paciente u omitiendo realizar actos permitidos por él, generándose daños previsibles y/o evitables, el prestador tendrá que responder⁸⁵. Esta tercera situación ya fue analizada más arriba en DONOSO VALENZUELA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR⁸⁶.

La regulación sobre la ficha clínica se encuentra en el párrafo VI del Título II de la LDDP y también ha sido muy relevante, en cuanto contiene toda la información atinente a la atención sanitaria de una persona en un establecimiento público⁸⁷. En los juicios por responsabilidad en

⁸² DONOSO VALENZUELA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 18.172/2017).

⁸³ Algunas causas en que el consentimiento informado ha sido relevante para adoptar decisiones: ARIAS ROJAS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 3.779/2010), GUTIÉRREZ SÁNCHEZ con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 4.325/2013), CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017), FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017), PEÑA LILLO con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (37.438/2017), FRANZINETTI CABRERA con HOSPITAL DE LA FUERZA AÉREA (SCS 29.094/2019).

⁸⁴ CHÁVEZ CHÁVEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD O’HIGGINS (SCS 20.444/2016).

⁸⁵ REVUELTA IGLESIAS, Ana, *El riesgo de judicialización de la medicina*, en *Educación Médica* 9 (2006) 1, pp. 63-64.

⁸⁶ SCS 18.172/2017, cit. (n. 81).

⁸⁷ Art. 12 LDDP: “*La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso*

materia sanitaria hace la vez de prueba en contra de los prestadores públicos de salud, y, por otro lado, sirve a estos últimos como prueba de descargo⁸⁸. WAHL asevera que antes de su consagración legal, “la exigencia de la ficha caía principalmente dentro del dominio de la Lex Artis y su contenido dentro del ámbito de la ciencia y práctica del prestador”⁸⁹, no obstante, dicha afirmación es de perogrullo, toda vez que la ficha clínica sigue teniendo ese carácter incluso desde su incorporación a los derechos de las personas en su atención de salud por la LDDP. Es tan gravitante la ficha clínica que la jurisprudencia ha señalado en ORTIZ LÓPEZ Y OTROS con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE que “11º (...) en esta materia se debe ser enfático en señalar que en la especie no existió o al menos no se externalizó con la debida fundamentación, un análisis de la ficha clínica, ejercicio que era imprescindible, toda vez que todos los supuestos fácticos que fueron esgrimidos por los actores constan en aquel instrumento, por lo que era exigible que los sentenciadores abordaran cada una de aquellas circunstancias, refiriendo y explicando porqué a su juicio aquello no denotaba la existencia de la falta de servicio denunciada en autos, sin que sea suficiente la enunciación de una conclusión genérica”⁹⁰.

Ni la ley ni la jurisprudencia se han pronunciado acerca del carácter de instrumento público o privado de la ficha clínica, no estando del todo claro este punto⁹¹, pero, hay quienes sostienen que se trataría de un instrumento privado porque es expedido por un profesional de la salud en ejercicio de su profesión y no de un agente realizando funciones públicas⁹². Lo que cabe preguntarse es: ¿Cómo se podría acreditar o desacreditar un daño atribuible a falta de servicio a través de la ficha clínica en la etapa jurisprudencial reciente? En primer lugar, a través del acompañamiento de probanzas por las partes que serán ponderadas judicialmente a la luz de la ficha clínica, como, por ejemplo, protocolos de atención y calidad, pero, sobre todo, pruebas periciales⁹³.

Así es posible desprenderlo de CARVACHO ARRIAGADA con HOSPITAL REGIONAL RANCAGUA Y OTRO: “11º) *Que, bajo este supuesto, resulta evidente que no puede exigirse a la Guía Perinatal un contenido referido al caso concreto, puesto que su naturaleza es distinta; ella contiene el protocolo general de actuación que debieron seguir los facultativos del Hospital Regional de Rancagua a la luz del deber de buen funcionamiento del*

asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella. Toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2º de la ley N° 19.628”.

⁸⁸ FALMED, *Derecho Médico* (1ª edición, Santiago, Rubicón, 2021), pp. 252-254.

⁸⁹ WAHL SILVA, Jorge, cit. (n. 61), p. 17.

⁹⁰ ORTIZ LÓPEZ Y OTROS con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE (SCS 101.769/2016). Ingente cantidad de jurisprudencia judicial da cuenta de la relevancia de la ficha clínica para efectos de la determinación de la responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria. Por traer a colación un mínimo de una abismal cantidad: MONTECINOS MONTECINOS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 6.631/2013), ORMEÑO RETAMAL con SEREMI DE SALUD BÍO BÍO Y OTRO (SCS 15.151/2015), BETANCUR CÓRDOVA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 10.330/2017), VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 34.225/2017), OPAZO MARTÍNEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO (SCS 4.512/2018).

⁹¹ FALMED, cit. (n. 87), p. 253. En BELMAR NÚÑEZ con SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO Y OTRA, la Corte Suprema descartó por exclusión e implícitamente el carácter de instrumento público de la ficha o historia clínica (SCS 5.826/2006).

⁹² WAHL SILVA, Jorge, cit. (n. 61), pp. 17-18.

⁹³ FALMED, cit. (n. 87), p. 253.

*servicio. Con todo, la guía clínica resulta de necesario y fundamental análisis, puesto que es precisamente el documento que debe servir de pauta para la ponderación de la ficha clínica, donde se contienen, en específico, las atenciones recibidas por la actora. Dicho proceso comparativo no fue realizado por los sentenciadores del grado, en circunstancias que se trata de un ejercicio necesario para determinar si los profesionales que atendieron a la demandante actuaron, o no, conforme a la *lex artis médica*. Por el contrario, el fallo concluye que el obrar de los médicos y funcionarios del recinto asistencial fue adecuado y acorde a los protocolos establecidos para ello, considerando los padecimientos que sufrieron la demandante y su hija, corolario al cual se arriba sin detallar y analizar la actuación realmente verificada en los hechos – contenida en la ficha clínica – y su conformidad a aquello que se esperaba del servicio, que consta en la *Guía Perinatal*”⁹⁴.*

En este caso los jueces del fondo omitieron ponderar la Guía Práctica Clínica con la ficha clínica. De la sentencia es posible inferir que dicha apreciación permitiría determinar si una conducta estuvo reñida o no con la *lex artis médica*, porque la Guía contiene el procedimiento y actos médicos a realizar y la ficha clínica aquellos que se realizaron, por lo tanto, mecanismos directos para determinación de un estándar normal de funcionamiento, que, si se omiten, pueden implicar con posterioridad la interposición de un arbitrio de casación, como el caso revisado, en que finalmente se dio por acreditada la falta de servicio al no cumplirse el protocolo de actuación por parte del Hospital.

En las fichas clínicas se puede omitir información por parte de los médicos que ejercen funciones públicas, o esta se puede presentar de forma irregular, sin embargo, no siempre dichas acciones o inacciones serán constitutivas de falta de servicio, ya que deberán estar causalmente vinculadas con un daño⁹⁵. En RUBILAR con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y DR. FERNANDO SEGUEL RAMÍREZ, por ejemplo, se tuvo como hecho del proceso que “*La infección de la herida alegada por la defensa del demandado no consta de los antecedentes que obran en la ficha clínica del menor*”⁹⁶, empero, la falta de servicio fue producida directamente por una lesión provocada a un menor de edad en forma imprudente por un médico carente de la especialidad requerida.

Del mismo modo, será posible el establecimiento de presunciones judiciales a partir de la ficha clínica (art. 1712 CC). En CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE, caso ya revisado en este trabajo desde otra perspectiva, se presumió judicialmente que una distonía irreversible tuvo origen farmacológico, a raíz de la prueba testimonial rendida por médicos especialistas, cotejando sus opiniones con la ficha clínica, en la que aparecía claramente la gran frecuencia con que se le suministraron medicamentos neurolépticos a la actora, dejándola postrada y sin movilidad⁹⁷.

Importantes también han sido las Guías Prácticas Clínicas y Protocolos de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud⁹⁸. Ya hemos dicho que la *lex artis* puede ser modificada por el

⁹⁴ CARVACHO ARRIAGADA con HOSPITAL REGIONAL RANCAGUA Y OTRO (SCS 43.002/2017).

⁹⁵ WAHL SILVA, Jorge, cit. (n. 61), p. 18.

⁹⁶ RUBILAR con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y DR. FERNANDO SEGUEL RAMÍREZ (SCS 76.284/2016).

⁹⁷ CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (SCS 47.936/2016).

⁹⁸ Se encuentran regulados genéricamente en el art. 4 de la Ley 20.584: “*Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud (...)*” “*Las normas y*

poder político a su voluntad, sin embargo, la ley se presume conocida por todos y se asume que será igualmente aplicada respecto de todas las personas. Así las cosas, basta indicar que las Guías Prácticas Clínicas y los Protocolos circunscriben el ámbito en que se desarrollará la actividad médica⁹⁹. Dichas recomendaciones serán comparadas con aquellas actividades médicas que fueron ejecutadas en la práctica, dando como resultado el estándar hipotético normal de funcionamiento y la adecuación o inadecuación de los actos desplegados conforme a dicho estándar, considerando los medios de que disponía el prestador público de salud¹⁰⁰. En *Asencio Vera y otros con Hospital Padre Hurtado* se confirma la decisión de primer y segundo grado apreciando los protocolos contenidos en una Guía Clínica: “6º) (...) *A continuación, el magistrado de primera instancia concluyó, a partir del análisis de la Guía Perinatal del Ministerio de Salud, que el tratamiento dispensado a la demandante, dada la existencia de tal patología y el estado de avance de su embarazo, no fue el idóneo, puesto que en lugar de interrumpir la gestación, como cabía hacerlo, fue sometida a una espera prolongada, excesiva e innecesaria, como consecuencia de un errado diagnóstico, todo lo cual le permitió aseverar que en la especie se produjo una falta a la lex artis médica, apreciación que, según destaca en el colofón, coincide con lo señalado en el informe evacuado por el médico Sr. Ravanal*”¹⁰¹.

3. Prudencia y parámetros de fijación del daño moral

a) Generalidades

El daño podría definirse, en general, como “la consecuencia material de la lesión de un interés legítimo o no contrario a derecho, como los derechos de la personalidad del individuo (...), la integridad física y psíquica o el honor”¹⁰². El Estado, en cuanto persona jurídica, sin duda es capaz de dañar y lesionar tales intereses legítimos, es más, “La regla general en materia de reparación de los daños provocados por la actividad o inactividad estatal, como en materia de responsabilidad civil extracontractual en general, es su extensión a todo daño, pues no existen normas especiales ni razones jurídicas para discriminar entre la reparación civil y la administrativa”¹⁰³.

La amplitud respecto a los diversos perjuicios resarcibles es coincidente con la multiplicidad de funciones que ejecuta un complejo organizacional con potestades exorbitantes como la Administración, compuesta por agentes, personas sujetas a errar en el desarrollo de sus funciones,

protocolos a que se refiere el inciso primero serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica disponible”.

⁹⁹ TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), pp. 39-40.

¹⁰⁰ Las Guías Clínicas y los Protocolos de Atención y Calidad han tomado exacerbada relevancia en juicios de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria. Por nombrar algunos: VASSEUR AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 21.448/2014), SILVA SILVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO Y CORPORACIÓN MUNICIPAL DE EDUCACIÓN (SALUD, CULTURA Y RECREACIÓN DE LA FLORIDA) (SCS 28.586/2016), ASENCIO VERA Y OTROS con HOSPITAL PADRE HURTADO (SCS 44.970/2016), PEÑA LILLO con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (37.438/2017), ARENAS ARAUJO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 16.362/2018).

¹⁰¹ ASENCIO VERA Y OTROS con HOSPITAL PADRE HURTADO (SCS 44.970/2016).

¹⁰² VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 75.

¹⁰³ BARROS BOURIE, Enrique (2006), citado en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, cit. (n. 4), p. 399.

fallas por las que responderá directamente el órgano¹⁰⁴. Así, tienen cabida tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales en cuanto partidas indemnizables, pues, en la responsabilidad extracontractual, la reparación es integral¹⁰⁵. La Ley GES en su artículo 38 confirma el principio haciendo alusión a “los daños” que causen los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria. Sin embargo, y pese al acuerdo en el ámbito de normas sustantivas respecto de la resarcibilidad de los daños, se han producido problemas que subsisten hasta la actualidad, particularmente respecto de la fijación del quantum indemnizatorio en sede de daños extrapatrimoniales y las facultades prudenciales de los tribunales, aun cuando exista regla especial en el art. 41 inc. 1° GES. Como sería esperable de inferir, los daños patrimoniales, o daño emergente y lucro cesante, son mucho menos solicitados que el daño moral en la totalidad de juicios de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria¹⁰⁶. El daño moral, entonces, al ser el concepto de daño indemnizable por antonomasia, ha tenido un empleo jurisprudencial importante¹⁰⁷. A continuación, se realiza un breve análisis jurisprudencial acerca de la ya mencionada problemática.

Al iniciarse la primera etapa jurisprudencial, la concepción de daño moral imperante era la del *pretium doloris*, que aludía “a dolor físico y a aflicciones puramente mentales”¹⁰⁸. Este criterio se mantuvo durante muchos años sin alterar, aun cuando dentro de la categoría de los daños extrapatrimoniales cupieran muchas más categorías de daños susceptibles de ser indemnizados y que no son homologables al primero. Al respecto, Barrientos esgrimió en 2008 que “De las sentencias judiciales nunca se sabe si un daño extrapatrimonial produce insomnio genera depresión o viceversa, como tampoco si de ellos deriva intranquilidad solamente o zozobra y angustia. No se precisan sus consecuencias o si son situaciones aisladas. ¿Son todos ellos daños psicológicos? Tampoco la mayoría de las sentencias lo aclaran, como escasas también resultan las que razonan sobre la cantidad de dinero que se otorga por ellos, especialmente en nuestro país, lo que en caso alguno debe llevar a pensar que solo los tribunales son responsables de ello, sino que también los litigantes, quienes poco aportan en su diferenciación al momento de solicitar su indemnización o el rechazo de la misma”¹⁰⁹.

b) *Primera etapa jurisprudencial (2004-2009): Inexistencia de parámetros legales para fijar el quantum resarcitorio*

Al no existir reglas objetivas para la determinación del quantum de daño moral en materia sanitaria para los juicios iniciados antes de la dictación de la Ley GES, los jueces resolvieron prudencialmente. Así lo ha consignado la Corte Suprema en CORTÉS CORTÉS con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA: “6°): *Que sobre la base de los hechos antes reseñados y analizando la totalidad de las probanzas rendidas en los autos, los sentenciadores de la instancia decidieron confirmar la sentencia de*

¹⁰⁴ CORDERO VEGA, Luis, cit. (n. 6), pp. 723-724.

¹⁰⁵ TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), p. 248.

¹⁰⁶ MIRANDA SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 2), p. 98.

¹⁰⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 81.

¹⁰⁸ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 334.

¹⁰⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Del daño moral al daño extrapatrimonial: La superación del pretium doloris*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 1, pp. 85-86.

*primer grado que accedía a la demanda, elevando el monto de la indemnización por daño moral a la suma de \$ 80.000.000*¹¹⁰.

Como se logra notar, la indemnización fue aumentada al tenerse por acreditados los siguientes hechos reseñados: “5°): (...) a) *Que en el mes de febrero de 1996 doña C.C.C.C. llevó a su hijo J.S. al Hospital de Quilpué porque se encontraba enfermo, motivo por el cual, en dicho centro asistencial, al menor que en esa época tenía cinco años de edad, se le colocó una inyección en su glúteo derecho; b) Que la inyección que recibió el menor en el Hospital de Quilpué fue de penicilina con benzatina; que ésta debía aplicarse por vía intramuscular, no obstante lo cual fue inyectada en una arteria; c) Que como consecuencia de lo anterior, el menor tuvo un cuadro de obstrucción arterial aguda y parálisis ciático derecho secundario a trombosis arterial aguda de extremidad inferior derecha, por lo que fue trasladado al hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar; d) Que fuera del dolor que tuvo que padecer, se le produjo una necrosis en su glúteo derecho, debiendo serle extirpada gran parte del mismo y hacerle injertos que dejaron extensas cicatrices; e) Que para solucionar los problemas de la pierna derecha, debió ser sometido a múltiples operaciones, que se prolongaron incluso hasta cuando tenía 11 años, estando aún a esa edad pendiente al menos una operación al tobillo; f) Que el tratamiento a que fue sometido tuvo complicaciones, pues después de las operaciones, como la herida sangraba tuvo que ser sometido a anestesia total para retirarle el yeso y hacerle las curaciones; g) Que ha estado en tratamiento en el Instituto de Rehabilitación Infantil desde abril de 1996, y al menos hasta abril de 2005, fecha en que se comprueba que desde el 2004 ha evolucionado nuevamente con deformidad en equino varo progresiva del pie derecho; h) Que la pierna le quedó ostensiblemente más corta, con extensas cicatrices, el pie equino varo, con férulas en la pierna y el pie, con secuela permanente de lesión neurológica de extremidad inferior derecha que le impide la deambulacion normal, con la consiguiente incapacidad a permanencia para sus actividades habituales; i) Que por resolución N° 57 de 13 de febrero de 2004, la Compin del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota declaró que este menor era absolutamente incapaz de ganarse el sustento; j) Que existió relación de causa a efecto entre el error en que se incurriera en el Hospital de Quilpué al inyectar al menor en una arteria, en lugar de hacerlo en forma intramuscular, y todas la consecuencias antes descritas*”¹¹¹.

Por lo tanto, en esta sentencia la Corte ratifica la decisión de segunda instancia en cuanto al incremento resarcitorio, sin embargo, no reflexiona acabadamente sobre los criterios adoptados para arribar a este, por el contrario, se limita a fundar su decisión en virtud de un reenvío que hace a los hechos que se tenían por acreditados en el motivo anterior, que grafican las repercusiones físicas y psíquicas consecuencias del daño ocasionado a raíz de una inoculación imprudente, por lo tanto, no cabría más que inferir de este inorgánico razonamiento que la inyección provocadora del daño moral causó un dolor físico grave y alteró las condiciones de vida en modo gravitante del menor perjudicado, y que estos fueron los factores que hicieron adquirir convicción a la Corte de que el monto indemnizatorio debía elevarse. Por consiguiente, indudablemente surte aplicación en este fallo el criterio del *pretium doloris*.

Esta concepción del daño moral (*pretium doloris*) solo es una especie de aquél, porque como ya se sabe, existen múltiples clases de daños extrapatrimoniales¹¹², cuya fijación pecuniaria en general ha resultado muy enrevesada. A mayor abundamiento, en PALOMINOS VARGAS con SERVICIO

¹¹⁰ CORTÉS CORTÉS con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 1.620/2007).

¹¹¹ Ibid.

¹¹² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2002), citada en VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 83.

DE SALUD O´HIGGINS, el Máximo Tribunal ha asumido dichas dificultades con los siguientes argumentos: “17°): *Que, tratándose del daño moral, frente a la dificultad que presenta el cuantificar el dolor provocado por un hecho así como el traducirlo en una compensación monetaria, no queda otro camino que dejar a la prudencia de los jueces del fondo la regulación de la compensación económica, quienes deducirán los efectos producidos por el hecho causante del agravio en la persona afectada, de los antecedentes ciertos o circunstancias conocidas que obren en el proceso, como ha sucedido en la especie, en que a raíz de la negligencia o descuido de los funcionarios del demandado, el hijo del demandante sufrió trastornos de conducta que describen los referidos testigos, como quedó sentado en la sentencia de primer grado, confirmada por la de segundo; elementos suficientes para justipreciar en esta etapa, el monto de la indemnización reparatoria, como lo consideraron los jueces del fondo en el fallo impugnado, quienes valoraron ese cúmulo de padecimientos como un antecedente suficiente en la apreciación del monto de la indemnización, y estando entregado a éstos su regulación prudencial, al efectuar dicha labor no infringen la ley*”¹¹³.

La Corte en esta sentencia confirma que los jueces a la hora de regular prudencialmente el monto indemnizatorio no infringen la ley, es decir, con sus razonamientos deja entrever que existe plena libertad a la hora de cuantificar una partida de daño moral. Por lo demás, en este fallo se continúa con la línea clásica de daño moral en cuanto dolor físico y psíquico para establecer el quantum resarcitorio, con escasa fundamentación, basándose prácticamente solo en el hecho de la causalidad que atribuye el daño a un servicio público y de las secuelas que dicho perjuicio ha provocado. Cabe destacar que existen voces fuertemente críticas respecto a este modo de proceder. Un estudio que analizó los montos, condenas y duración de juicios en materia de responsabilidad por falta de servicio sanitaria, aseguró que el daño moral o extrapatrimonial era el concepto más alegado en esta sede, y que su relevancia “acredita que las pretensiones de indemnización por este concepto no se ajustan a criterio alguno de prudencia, precedentes o experiencia reflejando una disparidad de montos ante idénticas hipótesis de daño moral, que justifica la noción de lotería judicial acuñada en relación con el daño extrapatrimonial”¹¹⁴.

En cuanto al criterio de la “gravedad del daño”, puede desprenderse del considerando (5°) de la sentencia de VEGA VEGA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA que dicho concepto jurídico indeterminado puede ser atribuible al dolor sufrido. Ya sabemos que el precio del dolor abarca el sufrimiento físico y psicológico, y en este caso la falta de servicio se vinculó en forma directa con la muerte de la mujer: “5°) *Que los razonamientos precedentemente desarrollados, a los que se suman aquéllos que se formulan por la juez a quo en la sentencia que se examina y que esta Corte ha hecho suyos, al reproducirlos- llevan a concluir que el organismo demandado, al no haber dispuesto el debido estudio del cuadro mórbido que presentaba la enferma A.V.C. y que habría permitido descartar el diagnóstico de gripe que se le asignó y establecer, en cambio, aquél más grave que derivó en la muerte de esa paciente, no obró en la forma que era exigible; situación que configura una falta de servicio. (...) Asimismo, se acredita que el dolor psíquico (daño moral en sentido estricto) y el estándar “edad de la persona” considerado en el art. 41 inc. 1° de la Ley 19.966, eran criterios de fijación admisibles para aplicar en la justipreciación de esa causa: “6°) *Que, finalmente, el daño**

¹¹³ PALOMINOS VARGAS con SERVICIO DE SALUD O´HIGGINS (SCS 5.818/2005).

¹¹⁴ MIRANDA SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 2), p. 98.

*moral demandado, se encuentra acreditado con las declaraciones de testigos presentados por los actores y analizadas por la juez a quo en el fallo recurrido, que lo reguló, empleando criterios, que esta Corte comparte, basados en la edad de la persona fallecida y en el sufrimiento que provocó en sus hijos dicho acontecimiento*¹¹⁵.

c) *Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021): utilización de los parámetros legales (GES)*

El arribo a la segunda etapa jurisprudencial, junto con un mayor desarrollo de los argumentos en todo ámbito de las sentencias, trajo como consecuencia la posibilidad de aplicar directamente los criterios para fijación consagrados en la Ley GES. Comoquiera que sea, estos factores, pese al enorme avance que significan, no son más que la concreción legal del *pretium doloris*. Al respecto Barrientos afirma que “no todo daño extrapatrimonial es *pretium doloris*, aunque todo *pretium doloris* sí es un daño extrapatrimonial, hay una relación más bien de género a especie”¹¹⁶. Revisaremos algunas tendencias jurisprudenciales del segundo periodo y la aplicación de los criterios del art. 41 inc. 1° GES en las sentencias. Al ser la medicina una actividad tan compleja y riesgosa, en la que muchas veces se encuentra comprometida la integridad física y psíquica de las personas, criterios como estos otorgan mayor seguridad jurídica a las partes sobre la no arbitrariedad judicial en el establecimiento de montos resarcitorios¹¹⁷.

El Máximo Tribunal dispuso en LUARTE con HOSPITAL BASE DE LINARES: “9°): *Que en lo que dice relación con la infracción del artículo 41 de la Ley N° 19.966, la parte recurrente señala que cuando los sentenciadores fundamentaron por qué otorgaron la indemnización por daño moral, no se refirieron en ningún momento a los requisitos que el legislador entregó al juez para fijarlo. Cabe consignar que, según se deja establecido tanto en la sentencia recurrida como en la de primer grado que aquélla reproduce, los sentenciadores consideraron al fijar el daño moral sufrido por los actores la prueba relativa a la calidad de cónyuge de la demandante doña Mónica Luarte Castillo y la de hijos de los demás actores respecto del fallecido Héctor Julio Sandoval Sáez, como así también, por ende, la condición de familia próxima con el occiso que involucra a todos los demandantes por igual, y la depresión y licencias médicas otorgadas a Mónica Luarte producto del fallecimiento de su cónyuge, acreditadas con la prueba testimonial. En relación con lo dicho es del caso destacar que las relaciones familiares y proximidad del vínculo que unía a los actores con el occiso son elementos que revelan y significan la gravedad del sufrimiento padecido por aquéllos como así también la subsecuente y, por lo mismo, necesaria modificación de sus condiciones de existencia producto del hecho dañoso, de lo que se sigue que al tratarse de elementos expresamente considerados por los sentenciadores del grado para fijar el daño moral, ellos dieron correcta aplicación a la regla del artículo 41 de la Ley N° 19.966, lo que permite descartar que el yerro denunciado en relación con esta norma se haya verificado en autos*”¹¹⁸.

En resumidas cuentas, la Corte Suprema a través de su decisión descarta que la no mención de la regla del art. 41 de la Ley en el razonamiento de la sentencia de alzada sobre la justipreciación del resarcimiento excluya la aplicación de los criterios establecidos en el precepto legal citado, siempre que se hayan empleado. Por consiguiente, los factores de daño extrapatrimonial clásicos

¹¹⁵ VEGA VEGA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA (SCS 3.222/2006).

¹¹⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, cit. (n. 108), p. 90.

¹¹⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, cit. (n. 4), p. 400.

¹¹⁸ LUARTE con HOSPITAL BASE DE LINARES (SCS 1.033/2018).

referentes al *pretium doloris*, que fueron utilizados frecuentemente durante la primera época, posiblemente, en ciertos casos, se basaron de modo implícito en la Ley GES para efectuar la gradación patrimonial, que justamente establece dichos criterios de daño extrapatrimonial.

Respecto al empleo reciente de la norma residente en el art. 41 Ley GES, la Corte Suprema ya no solo esboza los criterios clásicos del daño moral, sino que hace explícito reconocimiento¹¹⁹, y, por si fuera poco, los ha definido, incluyendo insólitamente a la pérdida de una oportunidad como parte del daño moral, como en MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA: “a) Gravedad del daño: El dolor físico (...). (b) Modificación de las condiciones de existencia: La sola alteración del status vivencial, del ritmo de vida, de la normal proyección en el desarrollo personal de una persona, del libre crecimiento en lo material y espiritual que al ser humano reconoce y reserva el artículo 1 de la ley primera, como si el agrado de vivir, a la manera como cada quien quiere, fuese impactado por la ausencia de la normalmente exigible respuesta de un Estado llamado a satisfacer aquello que a todos reserva y promete en el catálogo que contiene el artículo 19 de la carta fundamental, en su especie novena; como si la dicha aparejada a la conciencia de pertenencia comunitaria, de una manera dada o establecida, se perdiera o afectara negativamente por un trastorno inesperado en la reacción de la estructura social (...). c) Pérdida de una oportunidad: “Las expectativas reales del normal tratamiento médico”, y se grafica “en la pérdida de la chance de haber salido mucho antes del calvario y con una secuela estética de menor envergadura, lo que tiene un valor que también debe ser indemnizado”¹²⁰.

Los dos primeros son copulativos y extrapatrimoniales únicamente, mientras que la pérdida de una oportunidad, tanto desde la causalidad como del daño puede englobarse tanto en la esfera del daño patrimonial como extrapatrimonial¹²¹. Resulta inquietante la rigidez de la Ley GES, porque no se adapta a los nuevos perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, careciendo de vías legales para cuantificar, por ejemplo, la pérdida de una oportunidad, aunque, según TAPIA, “su apreciación se efectúa in concreto, considerando la situación particular de la víctima y estimando prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado”¹²². MUNITA, por su parte ha señalado que “si el demandado prueba directamente que el profesional causó el daño, podrá ser condenado a la reparación íntegra del mismo, sin tener la víctima derecho a una eventual indemnización por aumento del riesgo, pues ello sería equivalente a una sobrecompensación”¹²³. De MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA, entonces, puede destacarse que forma

¹¹⁹ Sin perjuicio de que todas las sentencias condenatorias en el segundo periodo fijen indemnizaciones, algunas refieren explícitamente a los criterios para medir el quantum indemnizatorio del art. 41 inc. 1° GES, como SARABIA TOLOSA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE Y OTROS (SCS 9.481/2016), CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE Y OTRO (SCS 47.936/2016), MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA (SCS 97.628/2016), VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 34.225/2017), LUARTE CASTILLO Y OTROS con HOSPITAL BASE DE LINARES (SCS 1.033/2018), ANDRADES Y OTRO con HOSPITAL CLÍNICO REGIONAL DE CONCEPCIÓN GUILLERMO GRANT BENAVENTE (SCS 4.089/2019) y BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019).

¹²⁰ MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA (SCS 97.628/2016).

¹²¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena*, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* 2 (2012) 1, pp. 255-256.

¹²² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?*, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* 4-5 (2015-16) 1, p. 246.

¹²³ MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada*, en *Revista Actualidad Jurídica*, 28 (2013) 2, p. 419.

parte del escaso porcentaje de resoluciones similares que delimitan expresamente los primordiales conceptos de daño extrapatrimonial y que reconocen otros fuera de los tradicionales.

En otro proceso, BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO, cuyo conflicto principal versaba sobre la falta de servicio a partir de la quemadura con bisturí eléctrico a una mujer, se sustentó en la sentencia de casación una evaluación de daño moral con cada uno de los factores legalmente decretados: *“Se ha dejado a la demandante, con una cicatriz en la parte anterior de su pantorrilla izquierda, lesión que le acompañará en forma permanente, razones por las cuales se determina que el monto de la indemnización se eleve, por resultar más justo y condigno con el daño causado”*¹²⁴.

Los parámetros de fijación del daño moral aplicados al caso en revisión apuntan a las siguientes consideraciones: en el supuesto de que a una persona se le provoquen por negligencia quemaduras con cicatrices irreversibles, habría que analizar cada uno de los parámetros de fijación, asignándolos, o subsumiéndolos si se quiere, tanto individual como copulativamente en los hechos dañosos. Realizando este ejercicio, la determinación del monto indemnizatorio se puede derivar del fallo, donde se tuvo por acreditado que las atenciones prestadas luego de la descomposición del tejido orgánico no fueron suficientemente diligentes para una mejor rehabilitación, que fue dolorosa, sumado esto a la aflicción emocional experimentada y a la variación del gusto por vivir la vida que implica una escocedura culpable tornada en marca permanente, y que le fuera inferida en edad adulta, viéndose alteradas sus condiciones físicas. Habiendo subsumido hechos y criterios de fijación, se estará en condiciones de determinar el quantum resarcitorio, actuación procesal de los jueces donde resolverán prudencialmente, aunque con todos los parámetros, y un probable auspicio de los baremos jurisprudenciales en la misión de concretar una decisión más objetiva. De este modo, se incrementará el monto indemnizatorio como en el caso de la sentencia citada o se condenará a la cantidad resarcitoria determinada razonablemente, según corresponda.

En cuanto al dolor psíquico, los tribunales han ponderado la indemnización teniéndolo en cuenta, pues, es lo que exige la ley, como, por ejemplo, en VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE: *“Que sobre el particular cabe resaltar que los daños de carácter extrapatrimonial que se tuvieron por establecidos en autos se han hecho consistir, en parte, en que “el estado de salud, tanto física como emocional de la paciente, se fue empeorando, tras el cuadro infeccioso y las cirugías practicadas a su cadera izquierda, pasando de ser una persona absolutamente valiente al momento de su ingreso para ser tratada por el cuadro de neumonía, a una persona casi inválida y dependiente absolutamente, lo que derivó en que debió ser ingresada a una casa de reposo con cuidados especiales de enfermería”*¹²⁵.

El hecho de que la Ley GES consagrara los criterios clásicos de daño moral denota que el legislador buscaba un mecanismo que diera estabilidad y certeza en las decisiones jurídicas sobre montos de indemnización por daño moral, sin embargo, podría rebatirse en forma relativa esta idea, ya que, “en la actualidad lo que se entiende como daño moral puede dejar de serlo mañana gracias a la vida social que puede llenar positivamente de contenido la noción en estudio. En un

¹²⁴ BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019).

¹²⁵ VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 34.225/2017).

momento determinado se puede considerar grave el ataque a un bien determinado y en otro puede parecer sencillamente irrelevante¹²⁶. Para aplacar aún más posibles arbitrariedades en la cuantificación prudencial, aparte de la Ley GES, es que se han creado baremos jurisprudenciales¹²⁷, uno de ellos por el Poder Judicial, denominado “Baremo Jurisprudencial Daño Moral” y que “es una herramienta de carácter referencial y no vinculante, (...) que permite el acceso a jurisprudencia, estadísticas y tablas de montos indemnizatorios mínimos y máximos fijados en materia de daño moral respecto de casos similares, cuya información es extraída de sentencias judiciales dictadas por tribunales de justicia chilenos (...)”¹²⁸. No son pocas las sentencias en que la Corte ha utilizado este baremo como auxiliar para cuantificar el daño moral indemnizable¹²⁹, pues, aunque existan parámetros legales, la determinación del monto resarcitorio sigue siendo prudencial¹³⁰, y más si surgen diversas y nuevas clases de daño extrapatrimonial progresivamente.

4. Daños extrapatrimoniales, causalidad y pérdida de una oportunidad

a) Generalidades

En este apartado se analizará sucintamente la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a los daños extrapatrimoniales indemnizables, las dificultades en la vinculación directa de estos con actuaciones negligentes de servicios públicos y las vías de solución que han adoptado los tribunales, en particular, la pérdida de una oportunidad o chance. Todo esto en los dos períodos jurisprudenciales establecidos para la presente investigación (2004-2009 y 2010-2021).

Como ya se ha indicado, los intereses cuya lesión se produce generalmente en materia sanitaria pública son de carácter extrapatrimonial, reduciendo al mínimo el espectro para los daños patrimoniales solicitados y concedidos¹³¹. Los conceptos clásicos de daño moral, como son la gravedad del daño y la modificación en las condiciones de existencia¹³², legalmente consagrados, han jugado un rol fundamental a la hora de calificar si lesiones determinadas, por su magnitud, son asociables directamente a un servicio público sanitario otorgado en forma culpable. Sin embargo, en un primer periodo jurisprudencial y hasta no bien entrado el segundo hubo dificultades en cuanto a la asociación indicada debido a factores como que una ciencia de complejo desarrollo como la medicina careciera de una *lex artis* legalmente establecida, el no reconocimiento jurisprudencial serio de la pérdida de una oportunidad, la asimetría de información entre médicos y

¹²⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, cit. (n. 108), p. 90.

¹²⁷ MIRANDA SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 2), p. 88.

¹²⁸ PODER JUDICIAL DE CHILE, [visible en internet: <https://baremorm.pjud.cl>, consultado el 19 de abril de 2022].

¹²⁹ Por ejemplo, PACHECO MILANÉS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 16.666/2014), SILVA SILVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO Y CORPORACIÓN MUNICIPAL DE EDUCACIÓN (SALUD, CULTURA Y RECREACIÓN DE LA FLORIDA) (SCS 28.586/2016), CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (SCS 47.936/2016) y ANDRADES Y OTRO con HOSPITAL CLÍNICO REGIONAL DE CONCEPCIÓN GUILLERMO GRANT BENAVENTE (SCS 4.089/2019).

¹³⁰ MIRANDA SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 2), p. 98.

¹³¹ Ibid.

¹³² Otra manera de referirse a estos perjuicios es a través de la expresión “daño corporal”, que se acerca más a las nociones de integridad física y psíquica como derechos de la personalidad, VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15).

pacientes y la carencia de aplicación de una institucionalidad específica para la materia en una primera etapa (GES).

b) *Primera etapa jurisprudencial (2004-2009): Dificultades probatorias de la causalidad y del daño*

En BRITO CISTERNA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA no fue posible acreditar que una malformación congénita de ano imperforado de una recién nacida que posteriormente falleció haya sido negligencia médica, debido a que, según las conclusiones a que llegaron los tribunales conforme a las probanzas rendidas era que se habían efectuado las indagaciones necesarias sobre la situación de salud de la menor, y que según la opinión del médico tratante no se requería cirugía en forma urgente, lo que termina por formar convicción en la Corte que la malformación no fue la causa de muerte, por ende, no existió falta de servicio, ni mucho menos vinculación de una determinada actuación estatal con la muerte de la persona. En el proceso tal parece que ni siquiera se discutió sobre las chances que tenía la menor de sobrevivir o de optar a tratamientos que disminuyeran las probabilidades de agravarse su situación médica, sino que solo se llegó a la conclusión de que “10º) (...) no existen (...) elementos de juicio suficientes para concluir que la demandada incurrió en la falta de servicio que se le imputa”¹³³ considerando tan solo opiniones médicas sobre los procedimientos realizados y realizables en tales circunstancias, omitiendo una revisión acuciosa de protocolos médicos aplicables (*lex artis*), que como se sabe, aun cuando existían en la primera etapa, no tenían la relevancia que actualmente ostentan jurisprudencialmente¹³⁴.

Otra sentencia relevante en este sentido es HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO Y OTROS, donde no se logró acreditar una relación causal entre la muerte del paciente y una *mala praxis* médica y/o atención tardía, causando el rechazo del recurso de casación en el fondo. Básicamente, el paciente tuvo que ser atendido por una delicada apendicitis e intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, falleciendo luego, y constando en el certificado de defunción que su condición exangüe derivó de un shock séptico, teniendo, con estos antecedentes, suficientemente acreditado los tribunales que no hubo falta de servicio¹³⁵. Nuevamente según la administración de justicia no se contó con antecedentes suficientes para determinar una negligencia; en este caso tampoco se reflexionó acabadamente sobre las chances de sobrevida ni acerca de protocolos clínicos considerando que la realización de dos cirugías fue suficiente para evitar un empeoramiento de la salud. No se debe confundir que en este caso la falta de servicio habría estado configurada por una actuación deficiente o tardía con resultado de muerte, pero, al extinguirse la personalidad jurídica de la víctima, se recondujo dicho resultado fatal al perjuicio de agrado o por rebote (que involucra afección psicológica de los familiares) y que fue insuficiente para los jueces.

En otra clase de supuestos se confirma lo señalado, esto es, la necesaria y excluyente vinculación directa de la falta de servicio con el daño, como en PALOMINOS VARGAS con SERVICIO DE SALUD O’HIGGINS, caso ya revisado en el capítulo anterior, que involucraba severamente la integridad

¹³³ BRITO CISTERNA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 3.334/2003).

¹³⁴ Véase el criterio de este capítulo segundo sobre estándares normales de funcionamiento.

¹³⁵ HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS (SCS 1.976/2007).

física y psíquica de un menor sometido a una intervención quirúrgica, y que acabó herido por la mala utilización de un bisturí eléctrico en la cirugía nosocomial. Los sentenciadores arribaron a la conclusión de que “15º) (...) la lesión habría sido evitable si el personal del servicio demandado hubiese actuado con la debida diligencia y cuidado (...)”¹³⁶.

Un pronunciamiento judicial ya de la segunda etapa que envolvía circunstancias similares (sin embargo, con resultados procesales divergentes) fue DÍAZ VALENZUELA con SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA, en que el paciente fue internado en un Hospital con vómitos, dolor lumbar y mareos, luego, se le practican exámenes y lo envían a otro recinto nosocomial público más especializado, donde se le diagnostica meningitis, falleciendo posteriormente de un shock séptico¹³⁷, o sea, la misma causa de muerte que la sentencia HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS¹³⁸, al menos parcialmente. Ahora, en DÍAZ VALENZUELA con SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA una nueva autopsia indicó que la verdadera causa de fallecimiento fue un desgarró hepático, sumado a los antecedentes de la causa penal, de los que se valió la demandante en el juicio civil y que indicaban que no se practicaron los exámenes pertinentes para diagnosticar oportunamente la meningitis. Se optó por aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones, arribándose a que, si se suprimía la atención tardía y no eficaz, el paciente se habría salvado¹³⁹. Esto último es de lleno criticable, toda vez que no se podía saber en forma absoluta si el paciente malogrado habría conservado la vida de haber sido atendido en forma diligente, mas, sí haber aumentado sus chances de sobrevivir o de evitar su muerte. En este caso, la Corte Suprema asumió que las relaciones de parentesco no son suficientes para fundar una indemnización por daño psicológico, igual conclusión a la que se arribó en HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS.

Es de toda lógica, con los casos revisados, que acreditar un nexo causal directo y un daño cierto suponía una difícil tarea, sobre todo en los casos de muerte, acompañadas tales adversidades de una *lex artis* variable en forma abstracta, sin parámetros legales claros. Ante esto, poco a poco se fue recogiendo por la jurisprudencia la teoría de la pérdida de una chance u oportunidad, algo a lo que la Corte Suprema se resistió explícitamente varios años. PIZARRO sostuvo en 2008 que esta teoría no había sido recogida por los tribunales chilenos¹⁴⁰. Esto queda parcialmente demostrado con dos sentencias del primer periodo que se verán a continuación. En primer lugar, CAMPIÑOS MAÑÁN con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN, en que se invocó por los recurrentes la pérdida de una chance debido a la negligente atención de un paciente que acabó por perder su brazo, sin embargo, la Corte no confirmó la alegación de los recurrentes, y se limitó solo a resolver que hubo una atención tardía como presupuesto de la falla de servicio¹⁴¹. Sin embargo, en PEÑA CONTRERAS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN, también se alegó pérdida de chance,

¹³⁶ PALOMINOS VARGAS con SERVICIO DE SALUD O´HIGGINS (SCS 5.818/2005).

¹³⁷ DÍAZ VALENZUELA con SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (SCS 3.582/2012).

¹³⁸ HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE VALPARAÍSO-SAN ANTONIO Y OTROS (SCS 1.976/2007).

¹³⁹ Ibid., cit. (n. 135).

¹⁴⁰ PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas*, cit. (n. 14), p. 541.

¹⁴¹ CAMPIÑOS MAÑÁN con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 5.264/2003). Autores como CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, cit. (n. 52), p. 91, han indicado que en esta sentencia habría habido un reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, pero, ya fue ratificada una conclusión diferente.

pero la Corte no tuvo por concurrente falta de servicio en cuanto al suministro de medicamentos aparentemente tardío que habría otorgado mayores probabilidades de sobrevivencia a la paciente, absolviendo, en definitiva, en su sentencia de remplazo a la demandada recurrente¹⁴². Así y todo, pese a la negativa, se podría establecer que en MELO BUSTAMANTE con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN hubo un reconocimiento implícito de la teoría, debido a que ante un riesgo de infección para la paciente no se tomaron las medidas conducentes a evitarla, resultando sus senos con necrosis y serias pérdidas después de una operación a que fue sometida, siendo atendida cuando la infección intrahospitalaria ya se encontraba avanzada¹⁴³.

c) *Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021): Pérdida de una oportunidad*

Un estudio más reciente demostró que si bien existían pronunciamientos en otras materias o resoluciones de Corte de Apelaciones que aplicaban la teoría de la pérdida de oportunidad, que posteriormente eran confirmadas por la Corte Suprema, recién en 2014 habría aparecido la primera sentencia en que el Máximo Tribunal decidió aplicarla en uso de sus facultades¹⁴⁴. Desde ese entonces, hasta hoy, se ha aplicado este instituto de origen francés sistemáticamente tanto en sede de causalidad como de daño, o conjuntamente¹⁴⁵. Asimismo, la Corte Suprema en estos pronunciamientos ha hecho caso de la doctrina más especializada, que ha situado a las chances y riesgos, como faz positiva y faz negativa respectivamente, dentro del género de la oportunidad, figurando como especies de esta última¹⁴⁶. TAPIA ha sostenido que existe un bien aleatorio que se encontraba en juego (recobrar la salud para lo que nos interesa) y que implica un potencial de oportunidades destruido por un agente con su acción u omisión negligente, existiendo una relación de causalidad directa entre el actuar ilícito y la pérdida de oportunidad, derivándose de esta pérdida un daño determinado no hipotético ni eventual, actual y previsible según los conocimientos técnicos y científicos disponibles a la hora de producirse. Del mismo modo, se dice que la oportunidad, para ser indemnizada, requería ser real y seria, es decir, que existieran verosímiles probabilidades de que el supuesto ventajoso ocurriese, negándose posibilidad resarcitoria, a aquellos casos, por ejemplo, en que el paciente fallecería de todas maneras¹⁴⁷ (Tapia, 2015-16).

Luego de esta generalísima orientación teórica, es menester pasar a revisar jurisprudencia sobre la pérdida de una chance. Al día de hoy, es solicitada en frecuentes ocasiones por la parte demandante tanto porque efectivamente se prevé la configuración de un supuesto de pérdida de chance, como también en aquellos supuestos que la relación de causalidad parece distar de ser directa con daños respecto de los cuales es muy difícil establecerla con certeza. Asimismo, según asevera la doctrina, el Consejo de Defensa del Estado ha empleado la pérdida de oportunidad

¹⁴² PEÑA CONTRERAS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 6.274/2007).

¹⁴³ MELO BUSTAMANTE con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 1.968/2006).

¹⁴⁴ RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo, *La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema*, en *Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* 7 (2015) 2, p. 168.

¹⁴⁵ RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014), pp. 203-205.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 40-41.

¹⁴⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?*, cit. (n. 87), pp. 237-235.

como excepción perentoria con objeto de intentar disminuir el quantum indemnizatorio¹⁴⁸. En ocasiones, el Máximo Tribunal no ha escatimado en casar de oficio sentencias, procediendo a aplicar la doctrina facultativamente, como en TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS¹⁴⁹. Sea como sea, en cuanto a la pérdida de una oportunidad, la Corte Suprema replica insistentemente su doctrina sentencia tras sentencia cuando lo ha ameritado, rezando así: *“Que, respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha referido que: ‘Enseñaba Cazeaux que ‘entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina’, y tal es el caso de la ‘chance’. El mismo autor añadía: ‘Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (Félix Trigo Represas, “Pérdida de chance”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25). Entre nosotros se ha sostenido que: “La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado”, destacando enseguida que se trata del caso de “una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja” (Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, en “Estudios de Derecho Civil VII”. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Eloorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650). Asimismo, se ha reseñado: “Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...] En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor” (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. “Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267). En términos que son directamente aplicables al caso concreto, se ha sostenido que: “En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, ‘cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances..., la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está*

¹⁴⁸ RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo, *La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema*, cit. (n. 143), pp. 175-177.

¹⁴⁹ TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS (SCS, 11.761/2017).

en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino' [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico" (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192)"¹⁵⁰.

La Corte posteriormente a efectuar estas consideraciones, analiza el caso concreto y le aplica la teoría.

La inclusión jurisprudencial de la pérdida de una oportunidad ha sido positiva porque le da estabilidad al sistema de responsabilidad por falta de servicio sanitaria, facilitando el resarcimiento para víctimas, que se veían privadas en no pocas oportunidades de obtener resarcimiento producto de dificultades probatorias, sin embargo, no ha estado exenta de críticas su reparación (desde el punto de vista del daño), ya que, “envuelve un fuerte elemento aleatorio (el azar), pues es imposible determinar con certeza si la víctima habría podido optar al beneficio o evitar la pérdida de no haberse cometido la acción ilícita”¹⁵¹. También se ha esgrimido que “Es un elemento virtuoso en cuanto no se abuse de él para el enriquecimiento sin causa ni las búsquedas de quimeras por parte de los demandantes”¹⁵².

5. Sobre la carga probatoria

a) Carga probatoria dinámica

Es sabida la importancia que tiene para los procesos civiles la carga de la prueba, entendida como un principio “en virtud del cual debe desecharse o no puede acogerse la pretensión de una parte si la misma no ha probado las circunstancias fácticas que sirven de sustento al precepto jurídico que han hecho valer en el juicio; es decir, en caso de no existir prueba o ser esta insuficiente, el juez aplicará las normas de la carga de la prueba y sancionará a aquella parte que no probó”¹⁵³. A la última parte de esta definición que contiene tanto la concepción formal como material de la institución, se le podría agregar que “las partes no tienen el deber o la obligación de probar,

¹⁵⁰ Por solo nombrar algunas: SEGURA RIVERO con FISCO DE CHILE (SCS 12.530/2013); F.M. Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA (SCS 22.751/2015); SARABIA TOLOSA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE Y OTROS (SCS 9.481/2016); CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE Y OTRO (SCS 47.936/2016); MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA (SCS 97.628/2016); QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 99.898/2016); ORTIZ LÓPEZ con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE (SCS 101.769/2016); CONTRERAS PARRA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 1.745/2017); PÉREZ AGUILAR con SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (SCS 11.526/2017); TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS (SCS 11.761/2017); CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017); FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017); BELTRÁN RODRÍGUEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 34.630/2017); VERA LÓPEZ Y OTRAS con HOSPITAL SAN MARTÍN DE QUILLOTA Y OTRA (SCS 13.129/2018); MARÍN TAPIA con HOSPITAL REGIONAL DE ANTOFAGASTA (SCS 16.923/2018); TOLEDO ALTAMIRANO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 20.625/2018); ARANEDA VIVANCO con CORPORACIÓN MUNICIPAL DE SALUD DE SAN MIGUEL (SCS 20.723/2018); CISTERNAS FERREIRA con FISCO DE CHILE (SCS 11.523/2019); PÉREZ MORA con SERVICIO DE SALUD ÑUBLE (SCS 150.146/2020).

¹⁵¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?*, cit. (n. 121), p. 236.

¹⁵² TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), p. 181.

¹⁵³ SANTIBÁÑEZ BORIC, Cristina, *Las cargas probatorias dinámicas*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1 (2010) 1, p. 84.

pero si no son exitosos al levantar la carga de la prueba, la consecuencia negativa vendrá dada por una sentencia desfavorable a sus intereses”¹⁵⁴. En nuestro ordenamiento jurídico esta relevante figura encuentra asiento general en el art. 1698 inc. 1° CC, en materia de prueba de obligaciones, mientras que, en el ramo sanitario el art. 38 inc. 2° GES hace lo suyo propio; no obstante, esta última norma le entrega todo el peso de la prueba “al particular” (víctima en sentido amplio), olvidando que a la contraparte toca fracturar los dichos de aquél cuando procesalmente sea oportuno¹⁵⁵. Pese a esta insólita imprecisión legal, el principio dispositivo rige en nuestro sistema procesal civil amparado en razonables argumentos legales¹⁵⁶.

Como ya es sabido, en Chile los juicios de responsabilidad patrimonial del Estado se rigen, principalmente, por las directrices del Derecho Procesal Civil¹⁵⁷, con todas las consecuencias que ello trae. En materia médico-sanitaria es un hecho notorio que no existe equivalencia en la información poseída entre médicos y pacientes respecto a la ciencia de salud y su otorgamiento prestacional. Ante esto, el profesor VIDAL asertivamente indica que “por aplicación del principio de igualdad de los medios probatorios entre médico y paciente y la asimetría de información entre ambos, la jurisprudencia ha construido verdaderos deberes de colaboración que pesan sobre los médicos (servicios) y se traducen en que el médico debe suministrar la información relacionada con aspectos de la ciencia médica, que el paciente requiera para acreditar sus dichos en lo que concierne a la ejecución de los servicios médicos. La inobservancia por parte del médico (servicio) demandado de estos deberes puede acarrear como consecuencia una verdadera presunción judicial de negligencia en contra suya, siempre que se alleguen a la causa los elementos de prueba que permitan al juez configurarla y asignarle valor de prueba plena”¹⁵⁸.

Viendo las cosas desde este punto de vista, así como también el avance que ha significado la LDDP (20.584), los deberes de colaboración a que hace referencia el profesor VIDAL no hacen más que referencia a la “carga probatoria dinámica” o “alivios probatorios”, que quedan mejor graficados desde el ángulo de la víctima, toda vez que se trata de mecanismos que “invierten, desplazan o aligeran el peso de la prueba”¹⁵⁹, y que operarán siempre y cuando el juez correspondiente, con los antecedentes remitidos tome convicción suficiente de que un daño fue producido por el servicio¹⁶⁰. Con estos mecanismos, entonces, se podrá determinar fundadamente la culpa y/o causalidad a través de presunciones judiciales “en consideración a la anormalidad de un resultado o la evidencia incontestable de un error médico”¹⁶¹.

¹⁵⁴ PALOMO VÉLEZ, Diego, *Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?*, en *Revista Ius et Praxis* 2 (2013) 19, pp. 452-453.

¹⁵⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge, *¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* 27 (2014) 2, pp. 67-69.

¹⁵⁶ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno*, en *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 1, p. 438.

¹⁵⁷ En Chile carecemos de jurisdicción en lo contencioso administrativo general, como sí la poseen otros países de la región, a saber, Argentina y Colombia.

¹⁵⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 26.

¹⁵⁹ PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 153), p. 459.

¹⁶⁰ SANTIBÁÑEZ BORIC, Cristina, cit. (n. 152), p. 88.

¹⁶¹ KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Infecciones intrahospitalarias y alivios probatorios en favor de la víctima*. *Revista Industria Legal*, en *Revista Industria Legal* 3 (2021) 1, p. 60-61.

Ahora se hace necesario revisar qué nos dice la jurisprudencia reciente sobre los alivios probatorios, más en específico sobre el principio *res ipsa loquitur* (en infecciones intrahospitalarias), la culpa virtual y la culpa en la organización, manifestados a través de presunciones judiciales. Como ya fue visto, se trata de alivios para hacer frente a la situación típica de que “los jueces usan la causalidad para decidir que no se trató de un caso de responsabilidad, sino de un infortunio”¹⁶², absolviendo al prestador de salud. El profesor LARROUCAU esgrime dos lecturas, una débil y otra fuerte, respecto del *res ipsa loquitur*. Una débil, que “autoriza al juez para que decida si el caso corresponde a uno de injusticia o a uno de infortunio, aunque su inferencia no goce de un respaldo epistémico irreprochable y (...) provee de una regla de decisión para distribuir los riesgos de error en contextos de incertidumbre”¹⁶³, y otra fuerte, en que “es suficiente con probar que la conducta del demandado pertenece a una categoría de conductas que provocan daños de manera habitual para que el juez civil declare la responsabilidad”¹⁶⁴. Se dice que “la naturaleza jurídica de esta institución es similar a una presunción legal, puesto que más allá de la pregunta si dentro de nuestro sistema las presunciones funcionan como un medio probatorio, es evidente que son normas jurídicas que alteran las reglas del onus probandi, permitiendo a una de las partes liberarse de la necesidad de probar sus afirmaciones”¹⁶⁵, lo que podría parecer peligroso para la igualdad probatoria, pero que en ocasiones resulta necesario para equilibrar la carga de acreditación, atendiendo a la desigualdad de información en la relación médico-paciente.

La utilización de la noción de culpa virtual, por otro lado, no es nueva, por ejemplo, la profesora CARMEN DOMÍNGUEZ trajo a colación una sentencia de la Corte Suprema (1998) que razona sobre la culpa virtual: “mediante aquello que la doctrina conoce como *culpa virtual*, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anormalidad de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se le habría provocado a la paciente como a su familia, y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya...”¹⁶⁶. Este caso merece una precisión, ya que los sentenciadores refieren a la *culpa virtual* como una “deducción de la anormalidad de los resultados”, vale decir, la presunción tomó como hecho cierto que el tratamiento realizado en forma negligente perseguía un resultado concreto, cuestión que no es habitual en materia sanitaria, y se vería reducido esencialmente al ámbito de algunas cirugías estéticas¹⁶⁷.

b) Primera etapa jurisprudencial (2004-2009): Presunciones judiciales

En la primera etapa jurisprudencial, producto de una problemática ya antigua en Derecho, no era poco habitual que los recurrentes de casación en el fondo trataran de modificar los hechos

¹⁶² LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 154), p. 57.

¹⁶³ Ibid., p. 73.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ CANALES MORALES, Carlos, 2010, *Dificultades probatorias en la responsabilidad civil médica*, en *Repositorio Institucional Universidad Alberto Hurtado*, (2010), [visible en internet: <https://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/7431>, p. 30, consultado el 19 de abril de 2022].

¹⁶⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: Sus implicancias para la responsabilidad médica*. ahora, en ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones UDP, 2010), p. 35.

¹⁶⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 116.

establecidos en el proceso solapadamente a través de esta clase de arbitrio, y las disposiciones legales sobre presunciones judiciales no han constituido una excepción a este respecto. En POSECK DEMIERRE Y OTRA con FISCO DE CHILE, por ejemplo, se denuncia una supuesta vulneración de las leyes reguladoras de la prueba invocadas (art. 1712 CC y 426 CPC), y la Corte Suprema ha resuelto que estas no revisten ese carácter, sumado a que la actividad intelectual de establecer presunciones resulta privativa de los jueces de instancia¹⁶⁸.

Naturalmente las partes disponen de todos los medios probatorios que estatuye la ley procesal civil para acreditar, por una parte, la negligencia, y, por otra, la diligencia con que haya actuado un o unos servicios determinados¹⁶⁹. Al respecto, cabe señalar que “cuando medios probatorios no han reunido todos los requisitos que franquea la ley o resultan insuficientes para formar la convicción del juez, puede este último utilizarlos como bases de presunciones judiciales”¹⁷⁰, cuestión que es probable desprender de PÉREZ CABELLO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR, donde una paciente falleció a raíz de una falta de servicio dada en el Hospital San Luis de Buín. Contra la sentencia confirmatoria del fallo de primera instancia recurrió de nulidad en el fondo el Consejo de Defensa del Estado, aduciendo que únicamente con una presunción los sentenciadores tuvieron por acreditada la falta de servicio, infringiendo los requisitos que para estas consagran armonizados los artículos 1712 CC y 426 CPC; pero, la Corte Suprema fue tajante al resolver, estableciendo el criterio de que “*una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para formar su convencimiento, de modo tal que aún si se admitiere con el recurrente que sólo ha habido aquí una presunción lo que no es efectivo porque se han producido documentos válidamente emitidos, informes clínicos, testigos de ambas partes, absolución de posiciones y otros los jueces de la instancia habrían podido apreciar libremente esas calidades, ya que el juez ha quedado libre para ponderar una presunción en su gravedad y precisión, y tenerla como plena prueba*”¹⁷¹.

Queda claro, entonces, que el Máximo Tribunal amparaba los alivios probatorios, en específico el *res ipsa loquitur* en esta etapa, puesto que, si los documentos, informes clínicos, testigos, absolución de posiciones mencionados (vélgase, una cantidad ingente de material probatorio que posiblemente requirió de vastos esfuerzos para reunirse) hubiesen sido suficientes, quizás no se habría tenido que recurrir a la disciplina de las presunciones judiciales, o, en definitiva, a la carga dinámica. Algo ya esgrimido en el criterio sobre estándares normales de funcionamiento, es que, al no estar consagrado legalmente en esta etapa el deber/derecho de información ni sus principales institutos (que almacenan todos los datos vinculados a la atención sanitaria del paciente), existía gran dificultad probatoria de ciertos antecedentes sumamente gravitantes, cuestión que, como ya se sabe, impedía en no pocos casos donde las presunciones tampoco eran posibles de establecer, que se obtuviera resarcimiento patrimonial producto de una falta de servicio público,

¹⁶⁸ POSECK DEMIERRE Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 7.735/2008). Mismo razonamiento se sigue en CONCHA SÁNCHEZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 3.611/2006).

¹⁶⁹ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 154), p. 50.

¹⁷⁰ CARMONA QUINTANA, Esteban, 2015, *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador: un análisis desde la doctrina y la jurisprudencia nacional* en Repositorio Institucional de la Universidad de Chile, (2015), [visible en internet: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134675>, p. 379, consultado el 19 de abril de 2022].

¹⁷¹ PÉREZ CABELLO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR (SCS 4.277/2005, cons. 10°).

no pudiendo tenerse por probados uno o más elementos de este régimen especial de responsabilidad.

En ARANDA VILLALOBOS con SERVICIO DE SALUD DE COQUIMBO, donde un menor de edad requirió atención pública de salud producto de molestias respiratorias en zonas del cuello y tórax, practicándosele exámenes, que acabaron por arribar a un diagnóstico de “faringitis en evolución”, que según el facultativo público responsable necesitaba un nuevo análisis dentro de las próximas veinticuatro horas. Así, ante las persistentes molestias, los parientes del menor deciden atenderlo en una clínica privada donde se detecta un objeto alojado en la zona del cuello, que el hospital público no había logrado identificar. El razonamiento que confirmó la Corte Suprema sobre una presunción judicial favorable a la demandada consistió en que, a partir de la revisión de documentos presentados que fueron respaldados por testigos, los procedimientos médicos realizados se ajustaron al estándar esperado porque no le es atribuible al servicio que un objeto se encuentre dentro del cuerpo de una persona, y se tuvo por comprobado que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para proteger la salud del menor¹⁷². Las consideraciones recién reseñadas en cuanto al empleo de los medios necesarios para mejorar o no empeorar la salud de un sujeto se aviene bastante bien con la categoría de las obligaciones de medios.

En GUAJARDO AGUILERA con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN, fallecieron cinco neonatos de edades cercanas en días consecutivos a los que se les había incorporado potasio a su alimentación, internados en la misma unidad del hospital y presentando síntomas atribuibles al consumo de dicha sustancia, para luego quedar exangües, sumando un promedio de número de muertes de sujetos de su misma edad bastante más elevado en un periodo breve respecto a los decesos producidos en un mes respecto de los mismos sujetos internados en la unidad hospitalaria indicada. En este proceso se extraviaron muestras que habrían impedido probablemente el establecimiento de una presunción respecto de la muerte del neonato por el que se estaba demandando (ya hemos visto los problemas de causalidad), es decir, un tiro de gracia para la teoría del caso manejada por la demandante, empero, tantas víctimas en la misma situación dieron lugar a la presunción¹⁷³. Podemos entrever en este caso una lectura débil del *res ipsa loquitur*, siendo a todas luces un caso de injusticia, mas no de infortunio.

c) *Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021)*

i) *Reconocimiento de la carga probatoria dinámica*

Pasando a una segunda etapa (2010-2021), con todos los cambios que ello conlleva, no sería sensato sustraerse de revisar aquellos que se han dado normativa y jurisprudencialmente en el ámbito que actualmente se revisa. En este segundo periodo cabe recordar que con LDDP se ha propendido a una “estandarización del comportamiento médico esperable en casos concretos”¹⁷⁴, lo que ha traído una serie de consecuencias tanto para el ejercicio de la medicina como

¹⁷² ARANDA VILLALOBOS con SERVICIO DE SALUD DE COQUIMBO (SCS 3.472/2007).

¹⁷³ GUAJARDO AGUILERA con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 1.342/2006).

¹⁷⁴ HUNRICHSE ANDRADE, Estefanía, 2019, *El deber de tratamiento diligente en el ámbito de la responsabilidad civil médica: un análisis de jurisprudencia chilena*. Repositorio Institucional UDEC, (2019), [visible en internet: <http://repositorio.udec.cl/jspui/handle/11594/943>, p. 15, consultado el 19 de abril de 2022].

para su tratamiento jurisprudencial. Estos cambios serán tomados en cuenta para la revisión de jurisprudencia de esta etapa.

En GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR, se reconocen las cargas dinámicas de la prueba: “10^o), como se observa, los actores demostraron la ocurrencia de aquellos hechos que, dada la naturaleza y características de la enfermedad que aquejaba a Elba Guevara, configuran el curso normal de los acontecimientos, esto es, aquel conjunto de circunstancias que, en ese contexto, era esperable que sucedieran. En esas condiciones, y habiendo reconocido el demandado que, en el decurso de tales acontecimientos, y, específicamente, que recién comenzado el tratamiento a que fue sometida, Elba presentó prurito en los pies y que fue controlada frente a tal evento por personal dependiente del Servicio de Salud Araucanía Sur, correspondía a dicha parte acreditar los términos y condiciones del protocolo aplicable en esas particulares circunstancias, así como que su parte lo respetó íntegramente, pese a lo cual no rindió prueba alguna en tal sentido. 11^o): Que, sin embargo, los falladores, desconociendo que en el supuesto descrito el peso de la prueba de acreditar estas últimas circunstancias recaía en el demandado, exigieron de los actores la demostración de las precisas condiciones en que se produjo la muerte de Elba Guevara y, en particular, de la inobservancia de la pauta de actuación aplicable a la enfermedad que padecía, determinación con la que alteraron el onus probandi y, en consecuencia, transgredieron lo prescrito en el artículo 1698 del Código Civil, pues asentaron el rechazo de la demanda atribuyendo a la parte demandante el incumplimiento de una carga procesal que, en estricto rigor, debió ser satisfecha por el servicio de salud demandado”¹⁷⁵.

Otra causa, MORAGA BERMEJO con HOSPITAL DE QUILPUÉ Y OTROS, es innovadora, ya que reconoce explícitamente la carga dinámica de la prueba, aunque la Corte resolvió que no fue invertido el onus probandi¹⁷⁶.

ii) Reconocimiento de la culpa en la organización

En otros casos, el alivio probatorio ha recaído en la prueba no necesariamente de actos médicos, sino que propios de la actividad no médica del ente sanitario, y que “tienen por rasgo en común un desorden en la gestión administrativa del establecimiento, más o menos vinculado con la atención de pacientes”¹⁷⁷, condenando por tales actuaciones a través de mecanismos como la “culpa organizacional, dependiente anónimo o teoría del órgano que autoriza(n) al juez a inferir de ciertos hechos la responsabilidad por los daños”¹⁷⁸ y se encuentran reconocidos jurisprudencialmente.

Por ejemplo, en MORALES GAETE con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO se sostuvo que “4^o): Que con el mérito del documento en cuestión rolante a fojas 451 aflora en plenitud la falta de servicio que en la especie reviste el carácter de culpa en la organización. El Servicio de Salud demandado no se comportó en forma diligente pues la demandante nunca estuvo en lista de espera, que fue la información que le

¹⁷⁵ GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 43.707/2017).

¹⁷⁶ MORAGA BERMEJO con HOSPITAL DE QUILPUÉ Y OTROS (SCS 87.889/2016).

¹⁷⁷ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Culpas no médicas de los hospitales públicos*, en *Acta Bioethica* 25 (2019) 2, p. 173.

¹⁷⁸ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 154), p. 51.

*entregó a la demandada, circunstancia que permite tener por un hecho asentado en el proceso que no hubo derivación al Hospital San Borja Arriarán de la parte de la demandada*¹⁷⁹.

Aquí se da el primer supuesto, vale decir, errores del ente administrativo¹⁸⁰, de ahí nace la presunción, ya que no se echa mirada a algún acto médico específico, sino que a la mala actividad administrativa (no trasladar a una persona a un centro de salud más especializado cuando sus dolencias lo requerían por descoordinaciones) y hacen surgir responsabilidad si concurren sus elementos.

En ANDRADES Y OTRO con HOSPITAL CLÍNICO REGIONAL DE CONCEPCIÓN GUILLERMO GRANT BENAVENTE también podría decirse que hubo culpa en la organización (anónima), ya que “*se concluyó la ocurrencia de una doble falta servicio por el demandado, primero, por la devolución que hizo del paciente por falta de cama UCI, no practicándole la Angiografía que había sido prescrita y, la segunda, debido a que no obstante estar ordenada una “Embolización” de la lesión del paciente, dicha intervención quirúrgica no se pudo practicar por no contar el hospital, con un insumo denominado técnicamente “Balom Transform Super complaciente 3X5” y habiéndose demorado en conseguirlo el lapso de cinco días*”¹⁸¹.

La segunda falta de servicio fue considerada un retraso netamente organizacional, sin embargo, en este caso se aplicó indispensablemente la teoría de la pérdida de una oportunidad, que por sí misma, aunque con menor cuántum resarcitorio, colabora con el alivio de la prueba¹⁸². Se podría comentar de esta sentencia que, pese a existir varios alejamientos de los estándares normales de funcionamiento por no contar con los medios adecuados, no fue posible establecer una vinculación directa y necesaria con el fallecimiento del paciente¹⁸³. Que sea un sistema de responsabilidad por falta de servicio obliga a recurrir a mecanismos que, a la postre, tienen carácter de auxiliares ante la insuficiencia de prueba en pacientes dañados y con déficit de información, aun cuando los hechos ilícitos puedan ser calificados como gravemente culposos.

iii) Infecciones intrahospitalarias

A continuación, se verá un ámbito que ha sido jurisprudencialmente muy habitual como es el de las infecciones intrahospitalarias. KEHR señala que en las “infecciones intrahospitalarias (que serán cada vez más frecuentes con ocasión del COVID 19) se observa decididamente la aplicación de “alivios probatorios”, los cuales, de no encontrarse bien justificados por el juez pueden importar la infracción de las normas reguladoras de la prueba”¹⁸⁴. Se trata de “las infecciones con-

¹⁷⁹ MORALES GAETE con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 34.842/2016). Algo similar ocurre en ORTIZ LÓPEZ Y OTROS con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE (SCS 101.769/2016).

¹⁸⁰ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, cit. (n. 52), p. 69.

¹⁸¹ ANDRADES Y OTRO con HOSPITAL CLÍNICO REGIONAL DE CONCEPCIÓN GUILLERMO GRANT BENAVENTE (SCS 4.089/2019).

¹⁸² Ibid. Se realiza esta crítica desde el punto de vista de la causalidad, puesto que, si se ve desde el daño, como se señala, es indispensable su aplicación para obtener resarcimiento en el caso concreto.

¹⁸³ VELOSO TELIAS, Carla, cit. (n. 22), p. 19.

¹⁸⁴ KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Infecciones intrahospitalarias*, cit. (n. 160), pp. 60-61.

traídas al interior del hospital, sin estar presentes o en incubación antes del ingreso del paciente¹⁸⁵. El profesor VALDIVIA discurriendo y problematizando acerca del ámbito de responsabilidad en torno a las infecciones nosocomiales, hizo notar que la jurisprudencia ha insistido en que “el hospital debe prevenir la ocurrencia de estas infecciones, el contagio de los pacientes debe ser detectado y enfrentado a tiempo. De aquí que la presencia de estas infecciones configure, en el tratamiento jurisprudencial, una falta de servicio¹⁸⁶”.

TOCORNAL, al parecer, coincide con esta conclusión, señalando que “No ha terminado la lucha contra las infecciones intrahospitalarias, solo se sigue avanzando. En este caminar, hasta ahora se permite concluir que la mayor parte de los factores conocidos relacionados con una infección intrahospitalaria están bajo el control del establecimiento de salud, por lo que parece justo centrar la responsabilidad civil en él¹⁸⁷”, e insiste, señalando que “en Chile la doctrina y la jurisprudencia avanzan hacia una nueva comprensión de la responsabilidad en materia de infecciones intrahospitalarias, debilitando la noción clásica de la negligencia, objetivándola, pero sin llegar a establecer una responsabilidad objetiva por este tipo de infecciones¹⁸⁸”.

Entonces, no cabe duda de que las infecciones nosocomiales constituyen un ámbito de riesgos importante y que fundan un tratamiento menos dificultoso para las víctimas¹⁸⁹. Por ende, “a partir del aforismo *res ipsa loquitur*, se ha dado a entender que siendo la clínica u hospital un lugar físico diseñado para que los pacientes sanen, o al menos no empeoren, la aparición de una infección como fuente externa de daños, solo puede ser consecuencia del descuido de los operadores de la clínica u hospital. Por esta razón, cuando se han provocado infecciones de pacientes por fuentes indeterminadas, el riesgo de tal daño se le atribuye a la clínica (o al prestador público de salud), por encontrarse ella en mejores condiciones para soportarlo, y por el deber de cuidado que supone la sola estadía en el recinto¹⁹⁰”. LUNA SANZANA con SERVICIO DE SALUD DE ARAUCO Y OTRO trató acerca de una infección intrahospitalaria, aparentemente de imposible verificación probatoria por parte de la demandante (“con motivo de un parto por cesárea, padeció una fascitis necrosante polimicrobiana, aislándose *Escherichia coli* y *Enterococcus faecalis*”). De esta forma se afirmó que “*En efecto, uno de los hechos asentados guarda relación con que la infección que padeció la actora se manifestó en la herida operatoria practicada en el Hospital Rafael Avaria de Curanilahue. Entonces, sea que la paciente haya ingresado a dicho establecimiento asistencial con una infección asintomática contraída antes del parto, o, sea que las bacterias hayan ingresado al cuerpo de la actora en aquel nosocomio, el episodio infeccioso crítico que se relaciona con el daño cuya reparación aquí se pretende necesariamente se produjo con motivo de la cesárea practicada por el personal del demandado. A tal conclusión se ha de arribar si se considera que, aunque parezca obvio, la incisión ventral propia del parto por cesárea no existía sino hasta el momento en que tal procedimiento fue practicado en el Hospital de Curanilahue, y fue dicha incisión donde se manifestó agudamente la infección por Escherichia Coli o Enterococos Faecalis. Entonces, sea que dichos agentes bacterianos se hayan trasladado desde el ambiente o desde otra zona del cuerpo de la paciente, es factible reprochar al demandado no*

¹⁸⁵ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, cit. (n. 7), p. 240.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 241.

¹⁸⁷ TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), p. 236.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Moreno Molinet, Jaime, cit. (n. 52), p. 180.

¹⁹⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 107-108.

*haber tomado las medidas necesarias para evitar la contaminación de la herida operatoria por él abierta, mediante la aplicación de la profilaxis necesaria, antes, durante y después del tratamiento, a fin de resultar eficaz*¹⁹¹.

En esta sentencia de remplazo la Corte Suprema va explicando las presunciones, y vincula el episodio infeccioso crítico sufrido por la paciente con el daño y sus causas, que tienen que ver justamente con la cesárea que se había efectuado. He ahí el *res ipsa loquitur*, alivianándose la carga de la actora en cuanto a elementos propios de la medicina. Finalmente, el error se recondujo a una falta de servicio por no haber actuado el servicio oportunamente.

En FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO, una paciente falleció producto de alejamientos severos de los deberes de cuidado disponibles en la *lex artis* aplicable al caso (protocolos de atención), y que consistieron en la ejecución de intervenciones por personal carente de la especialización requerida, y que “*falla en la punción, complicándose el área afectada con una infección y generándose otras complicaciones que motivaron más intervenciones quirúrgicas, falleciendo finalmente la paciente por un shock séptico refractario*”¹⁹². En definitiva, el *res ipsa loquitur*, la presunción, venía desde el fallo de primera instancia, y la deducción judicial fue a partir de los hechos acreditados siendo cotejados con la *lex artis*, resultando la persona con una infección intrahospitalaria (porque estaba dentro del ámbito de control del prestador), que, en consecuencia acabo con la paciente muerta mientras se le practicaban cirugías evitables si el servicio hubiese funcionado normalmente. Además, la resolución señala que “*La configuración de la responsabilidad administrativa debe, en este caso, necesariamente vincularse a la naturaleza de la obligación médica que no resultó discutido, se trata de una de medios, esto es, el profesional actuante debe ajustar su conducta a la lex artis médica, no debe necesariamente curar o sanar al paciente, sino desplegar su actividad cumpliendo estándares de conocimiento, prudencia y diligencia*”¹⁹³.

El artículo 4° de la LDDP, referente a la seguridad en la atención de salud, pone especial acento en que “*los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias*”. El profesor DOMÍNGUEZ indica que “Con estas disposiciones se le da un contenido más concreto a la causal de exoneración del art. 41 de la ley Auge (actual GES) y, aún más, orienta e indica una pauta a seguir”¹⁹⁴, sin embargo, y como se señaló en el criterio de estándares de funcionamiento, “la labor del legislador no ha sido categórica al momento de regular la materia (...), debiendo actualizarse y revisarse en base al avance de los conocimientos técnicos de la ciencia, de las propias circunstancias temporales y espaciales del caso, y del conocimiento del médico en particular”¹⁹⁵. Por lo tanto, es urgente que el legislador o la autoridad administrativa a través del ejercicio de su potestad reglamentaria sean más minuciosos en cuanto al ámbito de control de las infecciones intrahospitalarias, sobre todo en los

¹⁹¹ LUNA SANZANA con SERVICIO DE SALUD DE ARAUCO Y OTRO (SCS 23.070/2019).

¹⁹² FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017).

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Ramón, *Impacto de la Ley de Derechos de los Pacientes en la responsabilidad de los hospitales y servicios públicos. Relación con la Ley GES*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014), p. 65.

¹⁹⁵ HUNRICHSE ANDRADE, Estefanía, cit. (n. 173), pp. 16-19.

tiempos que se viven actualmente respecto al COVID-19, en que se han modificado los estándares de funcionamiento en forma extraordinaria¹⁹⁶. No obstante, y pese a la continua utilización de alivios probatorios en casos de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, la doctrina ha criticado la laxitud de los estándares probatorios, problematizando: “¿Por qué el hecho de tener claridad sobre el estándar con el cual medir la falta de servicio (protocolos de prevención) permite concluir que el demandante queda eximido de probar la culpa?; ¿Se está presumiendo la culpa, y por ende, alterando y aliviando las cargas probatorias?; ¿Qué pasa con el artículo 38 de la Ley 19.966 que prescribe que será el particular quien “deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión, mediando falta de servicio”?”¹⁹⁷. Estas preguntas aún están por responder legislativamente en forma certera.

Respecto a la situación por COVID-19 actual que afecta a todo el mundo, particularmente en Chile no descartamos la aplicación de alivios probatorios en los futuros juicios que impliquen infecciones intrahospitalarias derivadas de la contracción del mencionado virus, sin embargo, habrá que prestar especial atención a la variación de los estándares normales de funcionamiento. Puede concluirse que la carga probatoria recaerá siempre en quien deba probar determinados hechos según las disposiciones legales vigentes, no obstante, el tratarse de una actividad tan compleja como la medicina implica que la recurrencia a alivios probatorios en favor de víctimas particularmente, facilite la acreditación de hechos o circunstancias cuya dimensión resulta casi imposible, mas no imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica al tiempo de producirse los daños. Asimismo, parece que la carga probatoria dinámica se aviene con la correcta administración de justicia, ya que, mientras no exista activismo judicial invirtiéndose infundadamente la carga probatoria los jueces podrán dar mejor cumplimiento al principio de inexcusabilidad.

6. Causales exoneratorias de responsabilidad en materia sanitaria y riesgos en el desarrollo

a) Causales exoneratorias de responsabilidad en materia sanitaria

i) Primera etapa jurisprudencial (2004-2009): exclusión de responsabilidad limitada a acreditación de actuación diligente

En una primera etapa jurisprudencial, recién abandonando la concepción objetiva sobre la responsabilidad del Estado-Administración, no se conoce, al menos, abundante cantidad de jurisprudencia sobre causales de exculpación, y la que hay se refiere sucintamente al caso fortuito y a la fuerza mayor. Autorizada doctrina opinaba que, mediando un sistema basado en la responsabilidad estatal objetiva (anteriormente), “no es de la esencia de la responsabilidad objetiva que el demandado pueda justificar sus acciones u omisiones con el caso fortuito. Al revés, existen casos en que se le prohíbe al demandado, en ciertos campos de responsabilidad objetiva, invocar el caso fortuito¹⁹⁸, y, si consideramos que abundantes juicios sobre responsabilidad por falta de

¹⁹⁶ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel, cit. (n. 67), p. 160.

¹⁹⁷ KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Infecciones intrahospitalarias*, cit. (n. 160), p. 61.

¹⁹⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, 1997, *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*, ahora, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (editor), *Doctrinas esenciales. Derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

servicio que acabaron por el decreto de la Corte Suprema en esta etapa habían iniciado en predominancia de una representación objetiva sobre la responsabilidad, podemos inferir o presumir levemente el motivo de la ausencia de estas figuras en las resoluciones del Máximo Tribunal, en esta sede.

Comoquiera que sea, hasta 2004 con la consagración de la Ley GES (19.966) el Estado no se hizo cargo de regular la “causal de ruptura de la relación de causalidad en la responsabilidad por falta de servicio”¹⁹⁹. Hecha esta prevención²⁰⁰, se procederá a revisar la jurisprudencia conocida que abarca esta materia en la primera etapa.

En CORTÉS CORTÉS con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA la demandada recurre de casación en el fondo alegando “*fuerza mayor o caso fortuito producto de un accidente propio del riesgo de toda intervención hospitalaria (...) denomina(do) yatrogenia*” según el informe de un perito. Para la Corte Suprema estos no fueron argumentos razonables, ya que, habrían pretendido modificar los hechos de la causa, cuyo establecimiento correspondió a los jueces de instancia²⁰¹. No obstante, en ningún momento se pronuncia acerca de la validez o invalidez de la invocación del caso fortuito como causal de exculpación en cuanto a la falta de servicio en materia sanitaria. Presumiblemente, y en base a los hechos de la causa, el ámbito de riesgos no fue informado al paciente, ni mucho menos constó por escrito, que, por cierto, no correspondía a una obligación legal en esta etapa, pero, sin duda le habría hecho razonar más acabadamente sobre el riesgo terapéutico o, derechamente, evitar la inoculación que le provocó daños irreversibles, en lo que a él correspondía, y que afectaron su normal desenvolvimiento. Asimismo, y como ya se sabe, el servicio que actúa de forma negligente, por más que logre acreditar la “normalidad” de los riesgos en una actividad, no queda eximido de responder por los daños previsibles que emanen de su proceder²⁰², así ha quedado confirmado el criterio de la Corte Suprema en CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE²⁰³, una década después.

Ante la escasa jurisprudencia referente al caso fortuito y fuerza mayor en esta etapa, se pueden esgrimir ciertas razones que fundamentarían dicha situación. En primer lugar, los daños provocados en ejercicio de una ciencia que no es exacta²⁰⁴, los que pueden provenir de diversas causas más allá de un caso fortuito o fuerza mayor, y, en segundo, que los servicios públicos demandados orientan generalmente su actividad probatoria a demostrar que obraron diligentemente o sin culpa -falta de servicio-.

¹⁹⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, cit. (n. 197), p. 1039.

²⁰⁰ Otra cosa ocurría en materia contractual, como, por ejemplo, en SAN MARTÍN PARRA con FUNDACIÓN HOSPITAL PARROQUIAL SAN BERNARDO (SCS 3.131/2004), MONTECINOS PERALTA con HOSPITAL CLÍNICO PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (SCS 4.103/2005) o VEGA LIZANA con CASTILLO CÁDIZ (SCS 6.779/2007).

²⁰¹ CORTÉS CORTÉS con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 1.620/2007).

²⁰² CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, cit. (n. 52), p. 132.

²⁰³ CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (SCS 47.936/2016).

²⁰⁴ Al respecto, VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), p. 3, se pronuncia señalando que “los avances de la ciencia y la tecnología, como también los desafíos que constantemente presenta la economía, son una fuente inagotable de problemas jurídicos que no alcanzan a ser solucionados por la normativa codificada”.

ii) Segunda etapa jurisprudencial (2010-2021): causal exoneratoria en la Ley GES

En el año 2004 se dicta la Ley GES, que, como se ha dicho, consagró una causal de exculpación (o exoneración) especial sobre los riesgos del desarrollo, presente en su artículo 41 inc. 2°. PIZARRO, en 2010, señaló que “el cambio en la noción de la fuerza mayor se verifica al considerar causal de exoneración un hecho o circunstancia sin necesidad de que concurren en forma copulativa el elemento de imprevisión e inevitabilidad. O sea, basta que concorra uno u otro (...)”²⁰⁵. RAMÓN DOMÍNGUEZ, por su parte, es de la opinión que esta causal de exoneración es “distinta al caso fortuito, al hecho de un tercero o al hecho propio de la víctima”²⁰⁶, y no puede ser de otra forma, según se revisará. Sobre su empleo jurisprudencial en la primera etapa (2004-2009) no será posible decir mucho, ya que, según los argumentos exhaustivamente repetidos en este trabajo, las instituciones de la Ley GES comenzaron a aplicarse en plenitud recién durante la segunda etapa (2010-2021). A continuación, se revisará la jurisprudencia sobre la causal del artículo 41 inciso 2° GES.

ii. a) Sobre aplicación de causal especial o general de exoneración de responsabilidad

RIVERA FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO reza: “*Que en cuanto a la denuncia de infracción al artículo 41 inciso final de la Ley N° 19.966 (...) Se trata de una causal de exoneración especial que rige para los Servicios de Salud basado en elementos de imprevisión o inevitabilidad, pero que ciertamente no tiene relación con el hecho en que se fundamenta la alegación del recurso (...). De todos modos, si la alegación fuere la del caso fortuito según las reglas generales, tampoco prosperaría a la luz de los hechos asentados, por cuanto los eventos de agravamiento del estado de salud del paciente y su posterior muerte eran hechos previsibles y evitables. En efecto, previsible porque los facultativos médicos tenían bajo su control todos los antecedentes médicos del paciente, como asimismo tenían conocimiento de la necesidad de coordinar la realización de una diálisis con la mayor prontitud; y evitable por cuanto se encontraba dentro de las posibilidades del establecimiento hospitalario la de adoptar medidas necesarias para que al paciente se le realizare el mencionado procedimiento médico*”²⁰⁷.

El Máximo Tribunal es sumamente incisivo en el establecimiento de este criterio diferenciador, por cuanto hace caso a la Ley GES, refiriéndose a la “previsión o evitabilidad” como criterios separados. Luego, para reafirmar su postura en cuanto a que respecto de ciertos hechos del proceso no habría operado la subsunción con el art. 41 inc. 2° GES, razona trayendo a colación las reglas generales de exoneración de responsabilidad (art. 45 CC), donde desarrolla en el caso *sub lite* los requisitos copulativos establecidos en el Código Civil.

ii. b) Corte Suprema determina los conocimientos científicos y técnicos disponibles fijando fecha determinada

La Corte Suprema en *Ormeño Retamal con Seremi de Salud Bío Bío y otro* se pronunció sobre el error de derecho denunciado por la recurrente en el artículo 41 inc. 2°. La Corte de Casación constató que la falta de servicio se encontraba acreditada, y luego consideró “*patente que la demandada sí se*

²⁰⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, *Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud*, cit. (n. 21), p. 198.

²⁰⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Ramón, cit. (n. 193), p. 62.

²⁰⁷ RIVERA FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 4.030/2013, cons. 7°).

encontró en situación de prever – a lo menos desde el 3 de enero del año 2011, dos días antes de la ocurrencia del hecho dañoso – las consecuencias que posteriormente se derivaron del actuar tardío de sus funcionarios, de manera que el daño finalmente causado sí resulta indemnizable en los términos fijados por la sentencia recurrida”²⁰⁸, descartando en forma tajante la infracción denunciada. La Corte no escatima esfuerzos argumentativos para constatar que el servicio estaba en condiciones de prever los daños según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse en una fecha determinada. Esta resolución confirma el criterio de que los requisitos de la “previsión o evitabilidad” no son copulativos, y que se trata de un sistema de responsabilidad especial e independiente de la disciplina del Código Civil, idea sostenida, por ejemplo, en RUBILAR LATORRE con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y OTRO²⁰⁹.

En MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA, la “Suprema” recalcó que “*el demandado se encontraba en situación de prever y evitar las secuelas que terminaron produciéndose en la afectada, conforme al estado de los conocimientos científicos y técnicos habidos en noviembre de dos mil once, lo que se traduce en la inaplicabilidad, a lo presente, de la excepción del inciso segundo del comentado artículo 41*”²¹⁰. Si en Ormeño Retamal con Seremi de Salud Bío Bío y otro se confirmaba la noción que se tenía acerca de la autonomía existente entre la previsión y la evitabilidad de los daños, acá se tratan conjuntamente mediante un conector aditivo (“y”), pero aplicándose al caso concreto, donde se comprobó que el demandado se hallaba en ambas situaciones, sin embargo, una no conlleva a la otra. La Corte, en el razonamiento siguiente, esgrime que “*No ha formado parte de la contienda alguna aseveración que apunte a que el demandado no se encontraba en la posibilidad real y efectiva de actuar de manera distinta a como lo hizo, por falta de medios, recursos, conocimientos u otros factores de esa índole que incidiesen directa y determinadamente en lo sucedido y contribuyeran a explicarlo, por manera que no puede menos que concluirse que la actora fue sometida a riesgos innecesarios, fruto de una ausencia del esmero, empeño y esfuerzo por realizar en ella la labor esperable*”²¹¹. En efecto, reconoce (“implícitamente”) la noción de riesgos del desarrollo como parte de los “efectos jurídicos del avance de la ciencia”²¹², y que serán prontamente revisados.

ii. c) *La exoneración de responsabilidad vendría determinada por la armonización de los arts. 38 y 41 inc. 2° GES.*

La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha adoptado en diversas sentencias el criterio de que “*como restricción adicional a la procedencia de la demanda respectiva, ha de satisfacerse el requisito previsto en el artículo 41 inciso segundo de la (...) Ley N° 19.966*”²¹³. En esta línea, como criterio principal también ha establecido la necesaria concurrencia de los requisitos del art. 38 GES, en virtud de lo regulado

²⁰⁸ ORMEÑO RETAMAL con SEREMI DE SALUD BÍO BÍO Y OTRO (SCS 15.151/2015, cons. 18° y 19°).

²⁰⁹ RUBILAR LATORRE con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y OTRO cit. (n. 57), cons. 5°.

²¹⁰ MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA, cit. (n. 118), cons. 18°.

²¹¹ Ibid., cons. 19°.

²¹² KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Los riesgos en el desarrollo*, Revista *Industria Legal* 2 (2020) 1, p. 62.

²¹³ Entre otras, sentencias en que se ha sostenido este criterio son: CERDA AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (SCS 30.603/2014), FUENTES FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 31.492/2016), VALLEJOS GARCÍA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 34.836/2016), QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 99.898/2016), FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017) y CARVACHO ARRIAGADA con HOSPITAL REGIONAL RANCAGUA Y OTRO (SCS 43.002/2017).

jurisprudencialmente en LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR²¹⁴, en tanto se dijo “*que para que nazca la responsabilidad en materia sanitaria deben concurrir copulativamente los requisitos establecidos expresamente en la mencionada norma, esto es, la existencia de falta de servicio del respectivo Servicio de Salud, que haya causado un daño y que éste sea imputable al mismo. Ello es claro, pues la norma en comento señala justamente en su inciso 2° que se debe acreditar – en este caso por los actores – que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando falta de servicio*”²¹⁵. Sin duda LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR se ha convertido en una causa paradigmática en esta sede.

Así, de acuerdo con la deducción que se puede realizar en razón de la jurisprudencia citada, la exoneración de responsabilidad no ha quedado delimitada tan solo por el art. 41 inc. 2° GES, sino que por los arts. 38 y 41 inc. 2° GES conjuntamente, en tanto que sobre la parte demandada pesa el deber de acreditar su proceder diligente. En otras palabras, el rango de causal de exculpación atribuido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina a la norma del art. 41 inc. 2° GES subsiste, aunque procesalmente su ámbito se amplía al art. 38 del mismo cuerpo legal. No es para nada infrecuente que los recurrentes de casación invoquen como vulnerados ambos preceptos en sus alegaciones con objeto de que se falle definitivamente, a su favor²¹⁶.

²¹⁴ El criterio citado en SCS 355/2010 es reiterado por el Máximo Tribunal en varias causas, como CERDA AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (SCS 30.603/2014), TOLEDO ALTAMIRANO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 20.625/2015), MUÑOZ TORRES con SERVICIO DE SALUD RELONCAVÍ (SCS 27.985/2016), FUENTES FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 31.492/2016), VALLEJOS GARCÍA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 34.836/2016), QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 99.898/2016), BRAVO TAPIA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 3.958/2017), ARIAS FREIRE Y OTROS con MUNICIPALIDAD DE TIRÚA (SCS 9.196/2017), CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017), LOAYZA ROJAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (SCS 30.264/2017), GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 43.707/2017), PÉREZ SEGUEL Y OTROS con COMPLEJO ASISTENCIAL DR. VÍCTOR RÍOS RUÍZ (SCS 2.468/2018), OPAZO MARTÍNEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 4.512/2018), FARIÑA ROGGENDORF Y OTROS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 16.971/2018), BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019). Otras sentencias que admiten explícitamente este criterio, pero no citan la Sentencia Corte Suprema 355/2010, son, entre otras, LUENGO SALINAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (SCS 7.434/2012), PACHECO MILANÉS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 16.666/2014), VASSEUR AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 21.448/2014) y ARANEDA VIVANCO con CORPORACIÓN MUNICIPAL DE SALUD DE SAN MIGUEL (SCS 20.723/2018).

²¹⁵ LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 355/2010, cons. 13°).

²¹⁶ Entre otras, ARIAS ROJAS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 3.779/2010), RIVERA FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 4.030/2013), MONTECINOS MONTECINOS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 6.631/2013), OYARCE PROVIDEL con FISCO DE CHILE (SCS 10.806/2014), VASSEUR AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 21.448/2014), ORMEÑO RETAMAL con SEREMI DE SALUD Bío Bío Y OTRO (SCS 15.151/2015), TOLEDO ALTAMIRANO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 20.625/2015), MARÍN TAPIA Y OTROS con HOSPITAL REGIONAL DE ANTOFAGASTA (SCS 16.923/2018), SARABIA TOLOSA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE Y OTROS (9.481/2016), RUBILAR LATORRE con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y OTRO (SCS 76.284/2016), SALGADO DURÁN Y OTROS con CODELCO Y OTRO (SCS 8.355/2017), CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017), LOAYZA ROJAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (SCS 30.264/2017), VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 34.225/2017), GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 43.707/2017), LUARTE CASTILLO Y OTROS con HOSPITAL BASE DE LINARES (SCS 1.033/2018),

ii. d) Causal de exculpación que no entró en vigor: cumplimiento de protocolos médicos.

Una externalidad a estas alturas, pero que no deja de ser relevante, fueron los votos disidentes del Ministro SERGIO MUÑOZ en ciertas sentencias de la Corte Suprema durante los años 2012-2013²¹⁷, en los que aparte de entregar su visión sobre la responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, dio cuenta acerca de la discusión legislativa dada con motivo de la Ley GES en lo tocante al régimen de responsabilidad indicado. En un punto del mencionado debate, se llegó a la conclusión de que el artículo 39 inciso 2° de la ley debía rezar que “*el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal*”, mientras que el inciso 3° especificaba que “*el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio*”; la técnica legislativa utilizada fue producto de una recomendación hecha por el profesor PIERRY (2004), en tanto que, según él “puede existir falta de servicio aun cuando se cumpla con la ley y los reglamentos, sugiriendo entregar la determinación de su alcance al juzgador”, sin embargo, el artículo 38 de la Ley GES recogió la actual redacción²¹⁸. No obstante eso, como ya hemos visto en este trabajo, la posición de PIERRY, desafortunada legislativamente, ha sido sostenida por la jurisprudencia. Al fin y al cabo, solo será responsable quien haya incurrido en una actuación dañosa. En otro orden, no se conocen sentencias, posteriores a las citadas, en que se hayan manifestado, por el Ministro MUÑOZ, las mismas consideraciones en votos disidentes, presumiblemente por la contemporánea (en ese momento) entrada en vigor de la LDDP y que abrió paso a otras discusiones.

b) Riesgos en el desarrollo: colisión de regímenes de responsabilidad en materia sanitaria

La jurisprudencia y la doctrina han entendido a “los riesgos en el desarrollo” como una causal de exculpación cuyo asiento normativo estaría en el art. 41 inc. 2° GES²¹⁹. Como se ha podido apreciar anteriormente, la figura jurídica contenida en dicha disposición ha tenido frecuente aplicación por parte de los tribunales de justicia chilenos. RAMÓN DOMÍNGUEZ enfatiza que “En esta disposición se reconoce la realidad propia de la medicina. En efecto, la medicina no es una ciencia exacta y se encuentra en permanente evolución. La *lex artis* supone que el médico (servicio) se haya ajustado a las normas, conocimientos y técnicas basadas en la evidencia científica

ARENAS ARAUJO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 16.362/2018), PROVOSTE LEAL con SERVICIO DE SALUD ARAUCO (SCS 24.997/2019), ROJAS PUELLES Y OTRA con HOSPITAL REGIONAL DE ANTOFAGASTA (SCS 27.548/2019), BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019) y CANCINO Y OTROS con HOSPITAL PRESIDENTE CARLOS IBÁÑEZ DEL CAMPO DE LINARES (SCS 31.918/2019).

²¹⁷ Sentencias importantes en este sentido son LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 355/2010), BALLON RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE (SCS 9.440/2009), MONCADA GARRIDO Y OTRA con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 2.411/2012) y TONCIO GUTIÉRREZ con SERVICIO DE SALUD O’HIGGINS Y OTRO (SCS 2.332/2012).

²¹⁸ LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 355/2010).

²¹⁹ En esta vía se ha pronunciado VIDAL OLIVARES, Álvaro, cit. (n. 15), y TOCORNAL COOPER, María Josefina, cit. (n. 9), por su parte, ha empleado la idea recogida en la legislación española sobre el sentido del término, “avances de la ciencia”, p. 252.

o conocimiento científicamente afianzado”²²⁰. Sobre este punto, el mismo autor señala que esta norma se relaciona directamente con la Ley de “Derechos y deberes de los Pacientes”²²¹.

Así y todo, el origen de esta institución no se sitúa precisamente en el derecho chileno, por lo que conviene brevemente delimitar los márgenes institucionales de la figura en el ordenamiento jurídico del cual proviene, con objeto de tener una base más sólida para analizar los fundamentos de la problemática que se suscitará en los próximos juicios de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria. El profesor VALDIVIA ha señalado que esta institución en Chile “proviene del derecho español”²²², sin embargo, esta afirmación requiere de ciertas precisiones, en orden a que los riesgos en el desarrollo implicaron en sus inicios una causal de exoneración por deficiencias en el desarrollo de productos, mas no una referente a los daños con fuente en actos médicos. “Fue la jurisprudencia alemana quien inventó la exoneración por el riesgo de desarrollo. Primero, se impuso al fabricante la obligación de respetar el ‘estado actual de la técnica’ para la elaboración de los productos. Después, se extendió la obligación a los conocimientos ‘técnicos y científicos’. El importante fallo *Hühnerpest* de 1968 dispuso que si bien el fabricante tenía la obligación de respetar el estado de esos conocimientos, no se le podría reprochar culpa alguna por el ‘defecto de desarrollo imprevisible de acuerdo con el estado de la técnica y la ciencia’”²²³. Con posterioridad el Consejo Europeo consagró la institución en la Directiva 374 de 1985 (art. 7 letra E) en virtud de una recomendación alemana, lo que trajo como consecuencia que los países europeos fueran consagrando esta responsabilidad por productos defectuosos y riesgo de desarrollo en forma progresiva²²⁴. Así, “En el derecho de la Unión Europea, la expresión ‘riesgos de desarrollo’ refiere a los generados por un defecto de producto que, en el momento de su puesta en circulación, el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos no permite reconocer”²²⁵.

En Estados Unidos fue recogida esta doctrina por abundante jurisprudencia y se ha esgrimido que “La elección entre estas dos maneras de realizar el balance riesgos/beneficios [la apreciación ex ante y la apreciación ex post] plantea el problema de los riesgos de desarrollo. Éstos son habitualmente definidos como los defectos que presenta un producto y que no se podían conocer en el momento de su puesta en circulación, tomando en consideración el estado de los conocimientos científicos y técnicos de ese momento. El proveedor no está obligado a responder por esta clase de riesgos dentro del marco de un régimen de responsabilidad por culpa. Por el contrario, una apreciación ex post de la defectuosidad debería obligarlo a responder por ellos. A

²²⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Ramón, cit. (n. 193), p. 62. En este mismo sentido VELOSO TELIAS, Carla, cit. (n. 22).

²²¹ Ibid.

²²² VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena*, cit. (n. 7), p. 214.

²²³ BERG (1996), citado en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano*, en *Revista Ius et Praxis* 20 (2014) 1, pp. 40-41.

²²⁴ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, cit. (n. 222), p. 41.

²²⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, *Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales*, en *Revista para el Análisis del Derecho*, 9 (2008) 1, p. 5.

partir del momento en que el carácter conocido o previsible del riesgo deja de ser una condición de la responsabilidad del proveedor, éste no podría invocar el state of the art defense²²⁶.

En España la ley 22 de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos entró en vigor el año 1994²²⁷, y ha sido entendida como la norma general de exclusión de responsabilidad civil del fabricante en cuanto a los riesgos del desarrollo, que hace suyas las disposiciones emanadas de la Directiva 374 de 1985 de la Comunidad Económica Europea²²⁸, consagrando “Causas de exoneración de responsabilidad” en su artículo 6, asombrando particularmente la similitud presentada con el art. 41 inc. 2º GES su literal e) del párrafo primero, el cual reza: “1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: (...) e) *Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto*”.

Hasta este punto todo pareciera indicar que España estableció los riesgos del desarrollo de productos inspirándose en el influjo comunitario europeo, sin embargo, la ley 4/1999, modificatoria de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²²⁹, añadió al texto de su artículo 141.1 (“*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”) lo siguiente: “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”. Se dio lugar, entonces, a la “Regla general del derecho público español sobre exclusión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por riesgos de desarrollo²³⁰”. Por tanto, la aseveración sostenida anteriormente por la doctrina no es incorrecta en cuanto a que la literalidad del texto del artículo 41 inc. 2º GES fue recogida desde el ordenamiento español, sin embargo, la Historia de la Ley GES no da indicio alguno acerca de su procedencia.

Esta concisa exposición acerca de los riesgos en el desarrollo y su consagración como causal exoneratoria de responsabilidad en el derecho comparado no es antojadiza, puesto que, como sostiene ISLER, “En Chile, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, no contiene un régimen general sobre productos defectuosos, omisión que desde luego alcanza a los riesgos de desarrollo. No obstante, a propósito de las prestaciones de salud, tanto la Ley

²²⁶ BORGHETTI (2004), citado en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, cit. (n. 222), pp. 41-42).

²²⁷ Esta ley fue modificada por la Ley 14/2000 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, introduciendo el concepto legal de “producto”. El año 2007, sin embargo, paso a ser parte del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1 de ese año.

²²⁸ SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, cit. (n. 224), p. 9 y ss.

²²⁹ Fue modificada en el año 2015 por la Ley 40 de Régimen del Sector Público, que solo varió la ubicación de la norma en comentario (al art. 34.1), mas no su contenido.

²³⁰ Ibid., cit. (n. 224), p. 13.

19.966, como la Ley 20.850 sí se refieren a ellos, aunque con disímiles resultados: mientras la primera acepta su procedencia (Art. 41), la segunda los rechaza (Art. 111K C. San)²³¹.

Como hemos adelantado en el primer capítulo, la Ley que “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a Don Luis Ricarte Soto Gallegos” (20.850) es promulgada en 2015, y modifica el Código Sanitario, añadiendo el Título VI “De la Responsabilidad por productos sanitarios defectuosos” al Libro IV sobre “Productos farmacéuticos, alimenticios, cosméticos y artículos de uso médico”. En lo que nos interesa, aparece el art. 111 K) C. Sanitario, el cual dicta que “*El demandado no podrá eximirse de responsabilidad alegando que los daños ocasionados por un producto sanitario defectuoso se originan de hechos o circunstancias que no se previeron según el estado de los conocimientos científicos o técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación o uso*”. Según CÁRDENAS y PÉREZ, esta disposición consagraría un “régimen de responsabilidad estricta u objetiva prohibiendo alegar la excusa exoneratoria fundada en la noción de los riesgos del desarrollo”²³². Esta afirmación es validada por el art. 111 J) C. Sanitario inc. 1° que regula la prueba de la responsabilidad, en tanto el particular perjudicado debe acreditar un nexo causal entre el defecto del producto (elemento objetivo) con el daño, pero no una conducta culpable.

La sociedad global moderna entraña celeridad y riesgos, sobre todo en contexto de emergencia sanitaria, el cual extravasa absolutamente la normalidad. “Muchos de estos nuevos riesgos se materializan en productos elaborados de forma, más o menos, masiva, que, igualmente, pueden causar daños también, más o menos, masivos”²³³. La profesora ISLER ya advertía de una traba normativa entre la Ley GES y la Ley Ricarte Soto en 2019 -antes de la crisis sanitaria-, poniendo especial acento en el hecho o circunstancia que fijará temporalmente la revisión del juez sobre los conocimientos científicos y técnicos existentes al tiempo de los daños cuya indemnización se pretende; por un lado, el art. 41 inc. 2° GES sitúa el hecho o circunstancia determinante en el momento de producción del o los daños, y, por otro, el art. 111 K) del C. Sanitario lo establece al tiempo de la puesta en circulación o uso del producto sanitario²³⁴. Sin embargo, esta diferenciación es solo el punto de inicio a una problemática mayor, que tiene asiento en el art. 111 I) del C. Sanitario, donde figuran aquellos que podrán ser responsables de daños causados por productos sanitarios defectuosos. En primer término, el inciso segundo de dicha regla hace responsable a “*los titulares de los registros o autorizaciones, los fabricantes y los importadores*”, por ejemplo, los fabricantes de una vacuna defectuosa, tomando en cuenta que la población chilena ha sido llamada en masa a inocularse medicamentos²³⁵, no pudiendo alegar exoneración de responsabi-

²³¹ ISLER SOTO, Erika, 2020, *Reconocimiento de los riesgos de desarrollo: una visión panorámica*, LWYR Magazine, (2020), [visible en internet: <https://www.lwyr.cl/opinion/reconocimiento-de-los-riesgos-de-desarrollo-una-vision-panoramica/>, consultado el 19 de abril de 2022].

²³² CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel, cit. (n. 67), p. 158.

²³³ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, cit. (n. 222), p. 45.

²³⁴ ISLER SOTO, Erika, 2019, *Lo que se debe precisar acerca de los riesgos de desarrollo*, LWYR Magazine, (2019), [visible en internet: <https://www.lwyr.cl/opinion/lo-que-se-debe-precisar-acerca-de-los-riesgos-de-desarrollo/>, consultado el 19 de abril de 2022].

²³⁵ El Código Sanitario reformado por la Ley 20.850 “Ricarte Soto” estatuye en su artículo 111 H) que “*Se entenderá por productos sanitarios los regulados en los Títulos I, II y IV de este Libro*”, o sea: i) “Título I: Productos farmacéuticos”; ii) “Título II: Productos alimenticios”; iii) “Título IV: Elementos de uso médico”.

lidad, según hemos visto. En segundo, el legislador pareciera darle privilegios a la Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST) “en su calidad de órgano de la Administración del Estado”, porque insólitamente tendrá que responder, en vez de por las reglas del C. Sanitario, por las del Título III de la Ley GES, algo ilógico en cuanto en este mismo art. 111 I) del C. Sanitario fue establecido un plazo de prescripción especial de cinco años para ejercer acción judicial en supuesto de provocarse daños por órganos del Estado a través de productos sanitarios defectuosos, en desmedro del plazo establecido en el art. 40 GES (cuatro años). Así, la CENABAST tendría que responder por falta de servicio cuando el régimen adoptado en el C. Sanitario es de carácter objetivo. KEHR señala que “cuando concurren estas (...) circunstancias, el tribunal tendrá dos normas decisoria litis meridianamente opuestas, una que lo lleva a la absolución (Ley Auge) y otra, a la condena (Ley Ricarte Soto)”²³⁶, vale decir, en manos de la jurisprudencia quedará la compleja decisión de exonerar o no por riesgos en el desarrollo, más en una tesitura excepcional de salud pública²³⁷.

²³⁶ KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Los riesgos en el desarrollo*, cit. (n. 211), p. 62.

²³⁷ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel, cit. (n. 67), p. 163.

CONCLUSIONES

Las grandes reformas legales al sistema sanitario han surtido efecto en la jurisprudencia sobre responsabilidad en materia sanitaria, ya que, desde la entrada en vigor de la Ley GES en 2004 han sido aplicados, esencialmente, dos regímenes: el general consagrado en la LOCBGAE (2004-2009) y uno especial estatuido por el Título III de la Ley GES (2010-2021).

En una primera etapa, se ha podido comprobar que el sistema de responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria fue permeable a las reglas generales en cuanto estas últimas se aplicaron supletoriamente cubriendo los vacíos de que adolece la LOCBGAE, como en materia de prescripción, sin embargo, en otros ámbitos, como el derecho de repetición, pese a tener normativa especial, la jurisprudencia, en los pocos litigios de esa materia se ha guiado por las reglas del Código Civil, manteniéndose esta tendencia prácticamente inalterada en el segundo periodo.

Respecto a los estándares normales de funcionamiento, durante la primera etapa no había entrado en vigor la Ley 20.584, entonces, los mecanismos que tienen que ver con el derecho de información y la ficha clínica, aunque existentes, al parecer, no fueron considerados por la jurisprudencia con la misma intensidad que como lo han sido en la segunda etapa donde, para cotejar la actividad médica desplegada con aquel modelo hipotético ideal de comportamiento medio, se recurre fundamentalmente a la ficha clínica, al consentimiento informado y a los protocolos médicos de atención y calidad. Además, los avances tecnológicos han permitido acceder a un creciente volumen de material probatorio.

La consagración legal de los criterios para fijación de daño moral solucionó, en parte, la incertidumbre de la primera etapa en cuanto a qué herramientas utilizar para esta tarea, sin embargo, resulta necesario advertir la inclusión paulatina de nuevos conceptos de daño extrapatrimonial por la jurisprudencia, dado que la legislación vigente, con todos los avances que ha permitido, contiene criterios rígidos para la determinación de quantums indemnizatorios, referentes a las concepciones tradicionales del daño moral, y, en cambio, excluye los nuevos conceptos de daños no patrimoniales derivados de una actividad mutable con los avances científicos y técnicos, como la médica. En consecuencia, la norma tendrá una extensión inversamente proporcional con la progresiva inclusión de nuevos daños extrapatrimoniales, que de por sí escapan de la dimensión clásica.

La pérdida de una chance es una institución de origen francés y que ha sido paulatinamente adoptada por los tribunales nacionales, y lo particular es que no ha sido abarcada desde el punto de vista del daño únicamente, sino que también desde el punto de vista del nexo causal. Ha servido como método auxiliar para indemnizar los daños probables en la segunda etapa jurisprudencial, ya que, durante la primera un número no menor de juicios acababan sin responsables. El quantum indemnizatorio de la pérdida de una chance como daño probable, ha sido sin duda inferior al de las distintas clases de daños considerados como ciertos.

Las reglas generales sobre *onus probandi* fueron aplicadas durante una primera etapa debido a la inexistencia de reglas especiales, sin embargo, aunque esta situación no ha cambiado, paulatinamente, han sido reconocidos por la jurisprudencia mecanismos para aliviar la carga probatoria de la víctima, en la medida que cuenta con un porcentaje de información considerablemente

menor en comparación con el prestador institucional, apareciendo, así, el *res ipsa loquitur*, la culpa virtual y la culpa en la organización, manifestados a través de presunciones judiciales, lo que no ha dejado de preocupar a la doctrina, en cuanto podría estarse invirtiendo la carga de la prueba en forma habitual.

Finalmente, las causales de exculpación de responsabilidad. En una primera etapa jurisprudencial se atacaba la falta de servicio, acreditando el actuar diligente, para evitar la imputación de negligencias. En un segundo periodo no fue diferente, sin embargo, la consagración de la Ley GES tuvo necesaria influencia en cuanto su art. 41 inc. 2° consagró los riesgos del desarrollo, delimitando aún más las posibilidades para liberarse de responder, o, por el contrario, tal vez para obtener una condena favorable para las víctimas. Otro elemento de suma relevancia ha sido la recepción desde el derecho comparado de los riesgos en el desarrollo, teniendo como fuente principal un daño, en un régimen (GES), y en otro, la defectuosidad de un producto sanitario (Código Sanitario), pudiendo producirse antinomias normativas si quien resulta responsable de la defectuosidad del producto es un órgano del Estado si resultan personas dañadas, lo que claramente podría tener incidencia en los futuros conflictos judiciales que impliquen al COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

LITERATURA Y PÁGINAS WEB

AGUAD DEIK, Alejandra y PIZARRO WILSON, Carlos, *Obligaciones y responsabilidad civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 14 (2010) 1, pp. 169-178.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno*, en *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 1, pp. 423-441.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Del daño moral al daño extrapatrimonial: La superación del pretium doloris*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 1, 85-106.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General* (3º edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014)

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°19.966*, [visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf, visitado el 18 de abril de 2022].

CANALES MORALES, Carlos, 2010, *Dificultades probatorias en la responsabilidad civil médica*, en *Repositorio Institucional Universidad Alberto Hurtado*, (2010), [visible en internet: <https://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/7431>, consultado el 19 de abril de 2022].

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (1º edición, Santiago, Thomson Reuters, 2011).

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, *La legitimación pasiva de la administración médico-sanitaria en la era de los establecimientos autogestionados en red*, en *RCD*, 45 (2018) 2, pp. 479-503.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel, *Covid-19 y responsabilidad civil médica: Desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia*, en *Acta Bioethica* 26 (2020) 2, pp. 155-164.

CARMONA QUINTANA, Esteban, 2015, *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador: un análisis desde la doctrina y la jurisprudencia nacional* en *Repositorio Institucional de la Universidad de Chile*, (2015), [visible en internet: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134675>, consultado el 19 de abril de 2022].

CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (2º edición, Santiago, Thomson Reuters, 2015).

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: Sus implicancias para la responsabilidad médica*. ahora, en ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones UDP, 2010), pp. 21-44.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Ramón, *Impacto de la Ley de Derechos de los Pacientes en la responsabilidad de los hospitales y servicios públicos. Relación con la Ley GES*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014), pp. 57-66.

FALMED, *Derecho Médico* (1° edición, Santiago, Rubicón, 2021).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema*, en *Revista de Administración Pública* 211 (2020) 1, pp. 373-406.

FERRER LUES, Marcela, *Plan Auge y Reforma a la Salud: ¿Vía a la equidad en salud?*, en *Revista Agenda Pública* 4 (2004) 4, [visible en internet: http://www.agendapublica.uchile.cl/n4/1_ferrer.html#1, consultado el 19 de abril de 2022].

HUNRICHSE ANDRADE, Estefania, 2019, *El deber de tratamiento diligente en el ámbito de la responsabilidad civil médica: un análisis de jurisprudencia chilena*. Repositorio Institucional UDEC, (2019), [visible en internet: <http://repositorio.udec.cl/jspui/handle/11594/943>, consultado el 19 de abril de 2022].

ISLER SOTO, Erika, 2019, *Lo que se debe precisar acerca de los riesgos de desarrollo*, LWYR Magazine, (2019), [visible en internet: <https://www.lwyr.cl/opinion/lo-que-se-debe-precisar-acerca-de-los-riesgos-de-desarrollo/>, consultado el 19 de abril de 2022].

ISLER SOTO, Erika, 2020, *Reconocimiento de los riesgos de desarrollo: una visión panorámica*, LWYR Magazine, (2020), [visible en internet: <https://www.lwyr.cl/opinion/reconocimiento-de-los-riesgos-de-desarrollo-una-vision-panoramica/>, consultado el 19 de abril de 2022].

KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Los riesgos en el desarrollo*, *Revista Industria Legal* 2 (2020) 1, pp. 62-63.

KEHR CASTILLO, Juan Cesar, *Infecciones intrahospitalarias y alivios probatorios en favor de la víctima*. *Revista Industria Legal*, en *Revista Industria Legal* 3 (2021) 1, pp. 60-61.

LARROUCAU TORRES, Jorge, *¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?*, en *Revista de Derecho* (Valdivia) 27 (2014) 2, pp. 43-79.

LEÓN CORREA, Francisco, *Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud. Una mirada bioética*, en *Revista Médica de Chile* 140 (2012) 11, pp. 1090-1094.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, 1997, *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*, ahora, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (editor), *Doctrinas esenciales. Derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, *El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano*, en *Revista Ius et Praxis* 20 (2014) 1, pp. 39-66.

MILOS HURTADO, Paulina y LIRA ETCHEPARE, Francisca, *La ley N° 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. una visión panorámica*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014), pp. 8-14.

MIRANDA SUÁREZ, Francisco en *Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración*, en *REPUCH* 7 (2015) 1, pp. 79-102.

MUNITA MARAMBIO, Renzo, *La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada*, en *Revista Actualidad Jurídica*, 28 (2013) 2, pp. 395-441.

MUÑOZ CORDAL, Gabriel y Valdés Burgos, Pedro, *La jurisprudencia judicial sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y las violaciones a los derechos humanos. Problemática de los fondos indemnizables*, en *Revista de Derecho Público* 71 (2009) 1, pp. 267-294.

PALOMO VÉLEZ, Diego, *Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?*, en *Revista Ius et Praxis* 2 (2013) 19, pp. 447-464.

PIERRY ARRAU, Pedro, *Repetición del Estado contra el funcionario*, en *RDPUCV*, 16 (1995) 1, pp. 349-360.

PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas*, en *Revista Médica de Chile* 136 (2008) 4, pp. 539-543.

PIZARRO WILSON, Carlos, *Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud*, ahora, en ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones UDP, 2010), pp. 187-198.

PODER JUDICIAL DE CHILE, [visible en internet: <https://baremorm.pjud.cl>, consultado el 19 de abril de 2022].

REVUELTA IGLESIAS, Ana, *El riesgo de judicialización de la medicina*, en *Educación Médica* 9 (2006) 1, pp. 55-64.

RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014).

RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo, *La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema*, en *Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* 7 (2015) 2, pp. 165-178.

RUIZ PULIDO, Guillermo, *Responsabilidad penal del médico*, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 8 (2002) 2, pp. 125-148.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, *Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales*, en *Revista para el Análisis del Derecho*, 9 (2008) 1, pp. 1-63.

SANTIBÁÑEZ BORIC, Cristina, *Las cargas probatorias dinámicas*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1 (2010) 1, pp. 83-92.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena*, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* 2 (2012) 1, pp. 251-264.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?*, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* 4-5 (2015-16) 1, pp. 233-268.

TOCORNAL COOPER, María Josefina, 2013, *La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados*, en *Repositorio CONICYT*, (2013), [visible en internet: http://repositorio.conicyt.cl/bitstream/handle/10533/180380/TOCORNAL_MARIA%20JOSEFINA_2172D.pdf?sequence=1, visitado el 19 de abril de 2022].

TORO CORTÉS, León y VÁSQUEZ LARA, María, *Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CENDES*, en *Revista CES Derecho* 7 (2016) 2, pp. 5-12.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos*, en *Revista Médica de Chile* 146 (2018) 9, pp. 1028-1032.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (1° edición, Valencia, Tirant, 2018).

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena*, en *RDUDEC*, 87 (2019) 246, pp. 213-246.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Culpas no médicas de los hospitales públicos*, en *Acta Bioethica* 25 (2019) 2, pp. 171-176.

VELOSO TELIAS, Carla, 2016, *Análisis jurisprudencial de la falta de servicio y su naturaleza jurídica en materia sanitaria*, en Repositorio UACH, (2016), [visible en internet: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egv443a/doc/egv443a.pdf>, visitado el 19 de abril de 2022].

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Responsabilidad civil médica* (1º edición, Santiago, DER Ediciones, 2018).

WAHL SILVA, Jorge, *Ficha clínica, uso de protocolos de calidad y seguridad, y consentimiento informado. Problemas de responsabilidad civil*, ahora, en MILOS HURTADO, Paulina – CORRAL TALCIANI, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes* (Santiago, Universidad de los Andes, 2014), pp. 16-21.

JURISPRUDENCIA

CAMPIÑOS MAÑÁN con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 5.264/2003), 28 de julio de 2004.

AILLAPÁN SEPÚLVEDA con LÓPEZ Y SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ Y PALENA (SCA Pto. Montt, 116.620/2003), 22 de febrero de 2005.

BRITO CISTERNA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 3.334/2003), 26 de mayo de 2005.

PÉREZ CABELLO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR (SCS 4.277/2005), 18 de enero de 2006.

PALOMINOS VARGAS con SERVICIO DE SALUD O'HIGGINS (SCS 5.818/2005), 23 de marzo de 2006.

BELMAR NÚÑEZ con SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO Y OTRA (SCS 5.826/2005), 25 de abril de 2006.

PINCHEIRA GÓMEZ con SERVICIO DE SALUD LLANQUIHUE, CHILOÉ, PALENA Y OTRO (SCS 6.350/2005), 25 de mayo de 2006.

SAN MARTÍN PARRA con FUNDACIÓN HOSPITAL PARROQUIAL SAN BERNARDO (SCS 3.131/2004), 31 de julio de 2006.

GUAJARDO AGUILERA con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 1.342/2006), 31 de agosto de 2006.

MELO BUSTAMANTE con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 1.968/2006), 29 de septiembre de 2006.

CONCHA SÁNCHEZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 3.611/2006), 28 de marzo de 2007.

FISCO DE CHILE con ELGUETA PARODI ALFREDO Y OTROS (SCS 2.954/2006), 12 de junio de 2007

VEGA VEGA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA (SCS 3.222/2006), 13 de septiembre de 2007.

MONTECINOS PERALTA con HOSPITAL CLÍNICO PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (SCS 4.103/2005), 24 de septiembre de 2007.

FRANCHINI PASTÉN con SERVICIO DE SALUD DE VALDIVIA (SCS 5.667/2007), 26 de junio de 2008.

HIDALGO BRICEÑO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO Y OTROS (SCS 1.976/2007), 14 de octubre de 2008.

CORTÉS CORTÉS con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 1.620/2007), 29 de octubre de 2008.

POSECK DEMIERRE Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 7.735/2008), 27 de enero de 2009.

ARANDA VILLALOBOS con SERVICIO DE SALUD DE COQUIMBO (SCS 3.472/2007), 29 de enero de 2009.

VEGA LIZANA con CASTILLO CÁDIZ (SCS 6.779/2007), 30 de marzo de 2009.

SALGADO ROMERO con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 6.320/2007), 27 de mayo de 2009.

PEÑA CONTRERAS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 6.274/2007), 23 de junio 2009.

LÓPEZ ARANEDA con SUBCONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (SCS 2.849/2009), 21 de julio de 2009.

INMOBILIARIA HACIENDA LLEU LLEU S.A. con FISCO (SCS 3.172/2008), 19 de enero de 2010.

ARIAS ROJAS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 3.779/2010), 15 de noviembre de 2010.

LINCOLAO PAINEO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 355/2010), 30 de julio de 2012.

BALLON RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE (SCS 9.440/2009), 29 de agosto de 2012.

MONCADA GARRIDO Y OTRA con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 2.411/2012), 15 de noviembre de 2012.

MUÑOZ SAAVEDRA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD SAN FELIPE-LOS ANDES (SCS 9.554/2012), 10 de junio de 2013.

LUENGO SALINAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (SCS 7.434/2012), 11 de junio de 2013.

TONCIO GUTIÉRREZ con SERVICIO DE SALUD O'HIGGINS Y OTRO (SCS 2.332/2012), 27 de junio de 2013.

DÍAZ VALENZUELA con SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA (SCS 3.582/2012), 07 de agosto de 2013.

RIVERA FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 4.030/2013), 12 de agosto de 2013.

VERGARA ROJAS con SERVICIO DE SALUD MAULE Y OTRO (SCS 944/2013), 02 de octubre de 2013

GUTIÉRREZ SÁNCHEZ con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 4.325/2013), 02 octubre de 2013.

MONTECINOS MONTECINOS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 6.631/2013), 20 de noviembre de 2013.

SEGURA RIVERO con FISCO DE CHILE (SCS 12.530/2013), 15 de abril de 2014.

Oyarce Providel con FISCO DE CHILE (SCS 10.806/2014), 07 de octubre de 2014.

VASSEUR AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 21.448/2014), 23 de octubre de 2014.

CONTRERAS SILVA con SERVICIO DE SALUD ATACAMA (SCS 18.456/2014), 03 de noviembre de 2014.

PACHECO MILANÉS con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 16.666/2014), 04 de noviembre de 2014.

DURÁN ARANEDA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 29.089/2014), 30 de marzo de 2015.

CERDA AGUIRRE con SERVICIO DE SALUD COQUIMBO (SCS 30.603/2014), 03 de agosto de 2015.

F.M. Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA (SCS 22.751/2015), 25 de octubre de 2016.

ORMEÑO RETAMAL con SEREMI DE SALUD BÍO BÍO Y OTRO (SCS 15.151/2015), 23 de noviembre de 2015.

TOLEDO ALTAMIRANO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 20.625/2015), 17 de noviembre de 2015.

RAMÍREZ LAIVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE (SCS 3.952/2015), 04 de abril de 2016.

GOTELLI RIVERA con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 1.574/2016), 6 de junio de 2016.

SARABIA TOLOSA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE IQUIQUE Y OTROS (SCS 9.481/2016), 22 de septiembre de 2016.

CHÁVEZ CHÁVEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD O'HIGGINS (SCS 20.444/2016), 05 de octubre de 2016.

SILVA SILVA con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO Y CORPORACIÓN MUNICIPAL DE EDUCACIÓN (SALUD, CULTURA Y RECREACIÓN DE LA FLORIDA) (SCS 28.586/2016), 24 de octubre de 2016.

MUÑOZ TORRES con SERVICIO DE SALUD RELONCAVÍ (SCS 27.985/2016), 12 de diciembre de 2016.

ERICES CONTRERAS con FISCO DE CHILE (SCS 12.221/2017), 19 de abril de 2017.

VALLEJOS GARCÍA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 34.836/2016), 25 de abril de 2017.

FUENTES FIGUEROA con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 31.492/2016), 09 de enero de 2017.

MORALES GAETE con SERVICIO DE SALUD VALPARAÍSO-SAN ANTONIO (SCS 34.842/2016), 02 de marzo de 2017.

JOO PAREDES con FISCO DE CHILE Y OTRO (SCS 65.398/2016), 27 de abril de 2017.

CORVALÁN CASTILLO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE Y OTRO (SCS 47.936/2016), 11 de mayo de 2017.

BARRÍA BARRÍA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD DE OSORNO Y OTRO (SCS 65.427/2016), 25 de mayo de 2017.

MORAGA BERMEJO con HOSPITAL DE QUILPUÉ Y OTROS (SCS 87.889/2016), 06 de junio de 2017.

ASENCIO VERA Y OTROS con HOSPITAL PADRE HURTADO (SCS 44.970/2016), 26 de julio de 2017.

SALGADO DURÁN Y OTROS con CODELCO Y OTRO (SCS 8.355/2017), 31 de julio de 2017.

MORALES CANCINO con HOSPITAL REGIONAL DE TALCA (SCS 97.628/2016), 08 de agosto de 2017.

RUBILAR LATORRE con HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA Y OTRO (SCS 76.284/2016), 14 de agosto de 2017.

ORTIZ LÓPEZ Y OTROS con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE (SCS 101.769/2016), 29 de agosto de 2017.

BETANCUR CÓRDOVA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 10.330/2017), 16 de octubre de 2017.

ARIAS FREIRE Y OTROS con MUNICIPALIDAD DE TIRÚA (SCS 9.196/2017), 18 de octubre de 2017.

ÁLVAREZ LAGOS con HOSPITAL BARROS LUCO (SCS 95.033/2016), 19 de octubre de 2017.

CONTRERAS PARRA con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 1.745/2017), 09 de noviembre de 2017.

QUILODRÁN RAMÍREZ con SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN (SCS 99.898/2016), 13 de noviembre de 2017.

PÉREZ AGUILAR con SERVICIO DE SALUD ANTOFAGASTA (SCS 11.526/2017), 26 de diciembre de 2017.

DONOSO VALENZUELA Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 18.172/2017), 21 de febrero de 2018.

FUENTEALBA DURÁN con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 21.599/2017), 27 de febrero de 2018.

ALVARADO CAVERO con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES DR. LAUTARO NAVARRO (SCS 35.764/2017), 08 de marzo de 2018.

BRAVO TAPIA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 3.958/2017), 12 de marzo de 2018.

OPAZO MARTÍNEZ Y OTRO con SERVICIO DE SALUD TALCAHUANO (SCS 4.512/2018), 15 de mayo de 2018.

CARVACHO ARRIAGADA con HOSPITAL REGIONAL RANCAGUA Y OTRO (SCS 43.002/2017), 22 de mayo de 2018.

PEÑA LILLO con SERVICIO DE SALUD IQUIQUE (SCS 37.438/2017), 13 de junio de 2018.

CAUCOTO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTRO (SCS 18.253/2017), 18 de junio de 2018.

VON MARIÉS Y OTRA con FISCO DE CHILE (SCS 34.225/2017), 29 de junio de 2018.

TORDOYA FALCÓN con HOSPITAL SANTIAGO ORIENTE DR. LUIS TISNÉ BROUSSE Y OTROS (SCS 11.761/2017), 12 de julio de 2018.

LOAYZA ROJAS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (SCS 30.264/2017), 25 de julio de 2018.

GARCÍA CANIO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR (SCS 43.707/2017), 21 de agosto de 2018.

CARRASCO MIRANDA Y OTRO con SERVICIO DE SALUD CHILOÉ Y OTRO (SCS 40.328/2017), 03 de septiembre de 2018.

LUARTE CASTILLO Y OTROS con HOSPITAL BASE DE LINARES (SCS 1.033/2018), 19 de noviembre de 2018.

ZAPATA SÁEZ Y OTROS con FISCO DE CHILE (SCS 18.950/2018), 04 de febrero de 2019.

GODOY HERNÁNDEZ con HOSPITAL DR. MAURICIO HEYERMANN DE ANGOL (SCS 378/2019), 20 de marzo de 2019.

VERA LÓPEZ Y OTRAS con HOSPITAL SAN MARTÍN DE QUILLOTA Y OTRA (SCS 13.129/2018), 03 de abril de 2019.

LEAL LABRÍN con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE (SCS 7.108/2017), 24 de abril de 2019.

PÉREZ SEGUEL Y OTROS con COMPLEJO ASISTENCIAL DR. VÍCTOR RÍOS RUÍZ (SCS 2.468/2018), 17 de junio de 2019.

FARIÑA ROGGENDORF Y OTROS con SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN (SCS 16.971/2018), 13 de agosto de 2019.

MARÍN TAPIA con HOSPITAL REGIONAL DE ANTOFAGASTA (SCS 16.923/2018), 10 de septiembre de 2019.

DONOSO SÁEZ con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 8.024/2018), 22 de octubre de 2019.

TOLEDO ALTAMIRANO con SERVICIO DE SALUD VIÑA DEL MAR-QUILLOTA (SCS 20.625/2018), 11 de noviembre de 2019.

ARANEDA VIVANCO con CORPORACIÓN MUNICIPAL DE SALUD DE SAN MIGUEL (SCS 20.723/2018), 04 de diciembre de 2019.

ARENAS ARAUJO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (SCS 16.362/2018), 28 de enero de 2020.

PROVOSTE LEAL con SERVICIO DE SALUD ARAUCO (SCS 24.997/2019), 14 de febrero de 2020.

ROJAS PUELLES Y OTRA con HOSPITAL REGIONAL DE ANTOFAGASTA (SCS 27.548/2019), 14 de febrero de 2020.

ROJO RUBILAR Y OTROS con HOSPITAL DR. ERNESTO TORRES GALDAMES (SCS 41.176/2019), 07 de abril de 2020.

CANCINO Y OTROS con HOSPITAL PRESIDENTE CARLOS IBÁÑEZ DEL CAMPO DE LINARES (SCS 31.918/2019), 13 de abril de 2020.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ con I. MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO (SCS 26.258/2018), 30 de abril de 2020.

MARTÍNEZ CORNEJO Y OTRO con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL Y OTRO (SCS 33.598/2018), 30 de abril de 2020.

BRAVO MUÑOZ con HOSPITAL DE URGENCIA ASISTENCIA PÚBLICA DR. ALEJANDRO DEL RÍO Y OTRO (SCS 31.849/2019), 14 de mayo de 2020.

FRANZINETTI CABRERA con HOSPITAL DE LA FUERZA AÉREA (SCS 29.094/2019), 01 de junio de 2020.

ANDRADES Y OTRO con HOSPITAL CLÍNICO REGIONAL DE CONCEPCIÓN GUILLERMO GRANT BENAVENTE (SCS 4.089/2019), 10 de junio de 2020.

CISTERNAS FERREIRA con FISCO DE CHILE (SCS 11.523/2019), 16 de junio de 2020.

LUNA SANZANA con SERVICIO DE SALUD DE ARAUCO Y OTRO (SCS 23.070/2019), 24 de septiembre de 2020.

ALVARADO SEGOVIA con HOSPITAL CLÍNICO DE MAGALLANES (SCS 104.602/2020), 29 de diciembre de 2020.

VENEGAS ORELLANA con SERVICIO DE SALUD ÑUBLE (SCS 27.772/2019), 04 de enero de 2021.

MUÑOZ CARRASCO Y OTROS con SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO SUR ORIENTE (SCS 27.424/2020), 04 de enero de 2021.

PÉREZ MORA con SERVICIO DE SALUD ÑUBLE (SCS 150.146/2020), 13 de mayo de 2021.

NORMAS CITADAS

NACIONALES

Decreto Ley N° 100, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2421, *Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República*, Santiago, 10 de julio de 1964.

Decreto con Fuerza de Ley N° 725, *Código Sanitario*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 31 de enero de 1968.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil*; de la Ley N° 17.344, *que autoriza cambio de nombres y apellidos*; de la Ley N° 16.618, *Ley de Menores*; de la Ley N° 14.908, *Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias*; y de la Ley N° 16.271, *de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 30 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N°1-19.653, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17 de noviembre de 2001.

Ley N° 1.552, *Código de Procedimiento Civil*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 30 de agosto de 1902

Ley 19.880, *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29 de mayo de 2003.

Ley 19.966, *Establece un régimen de garantías en salud*, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 03 de septiembre de 2004.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades*, Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 26 de julio de 2006.

Ley 20.584, *Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*, Santiago, 24 de abril de 2012.

Ley 20.850, *Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a Don Luis Ricarte Soto Gallegos*, Santiago, 06 de junio de 2015.

EXTRANJERAS

Ley de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 26 de noviembre de 1992, España.

Ley de modificación de la Ley 30/1992, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 13 de enero de 1999, España.

Ley de *Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, 29 de diciembre de 2000, España.

Ley de *Régimen Jurídico del Sector Público*, 01 de octubre de 2015, España.