

CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

Carlos Pizarro Wilson

La ley N° 19.966, más conocida como Ley del Auge, consagró un régimen de garantías en salud, dedicando un título a la responsabilidad en materia sanitaria¹. En una serie de artículos se norma la responsabilidad civil de hospitales públicos y, en general, de órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, alcanzando, en ciertos aspectos, a los profesionales de la salud². Habiendo transcurrido seis años desde su implementación parece útil realizar un análisis de la jurisprudencia a que ha dado lugar esa normativa específica. Las sentencias, no tan numerosas como pudiera pensarse, arrojan controversia sobre la naturaleza del trámite de mediación y otras de índole sustantiva. En ese mismo orden serán expuestas.

I. LA MEDIACIÓN

Las controversias de índole procesal se han centrado en la forma de entender el artículo 43 de la ley N° 19.966, cuyo texto exige someter el conflicto a mediación obligatoria como un trámite habilitante al ejercicio de las acciones indemnizatorias, ya sea contra prestadores públicos o privados³.

¹ Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 3 de septiembre de 2004.

² Sobre esto, Carlos PIZARRO WILSON, "La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley del auge en perspectiva civil", en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de derecho civil*, Olmué, 2006, Santiago, LexisNexis, 2007, p. 401 y ss.

³ Este precepto establece: "El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54.

En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme

Varias sentencias han considerado el trámite en forma obligatoria, acogiendo excepciones dilatorias interpuestas en que se denuncia el vicio, mientras otras distinguen según el prestador de salud sea público o privado.

La Corte de Concepción sostuvo que:

“haberse sometido a un procedimiento de mediación es un trámite previo e imperativo de procedencia de la acción de perjuicios, por lo que [la] omisión del mismo acarrea una irregularidad procesal que, sin afectar el fondo de la acción deducida, debe corregirse. Que no lleva razón el juez en cuanto argumenta, para rechazar las excepciones, que la omisión anotada no acarrearía un perjuicio al articulista ya que en cualquier estado del proceso podrían las partes transigir, logrando el mismo objetivo perseguido por la mediación, puesto que el procedimiento de mediación es no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, según señala el artículo 43 inciso final de la Ley 19.966, situación del todo diferente a una transacción”⁴.

En el mismo sentido, asumiendo la naturaleza obligatoria del procedimiento de mediación se pronuncia, también, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

“Que las normas sobre mediación, establecidas en el Párrafo Segundo del Título III de la Ley 19.966, contemplan –como exigencia previa

a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada.

La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”. Existe información estadística disponible sobre mediación con prestadores privados de marzo 2005-diciembre 2009. Véase el documento disponible en <http://www.supersalud.cl/568/article-3840.html>. Visitada el 13 de abril de 2010.

Y, por su parte, la misma información sobre prestadores públicos cuya mediación se somete al Consejo de Defensa del Estado, *Mediación por daños en salud. Balance y perspectivas a 5 años de su puesta en marcha*, Unidad de Mediación Consejo de Defensa del Estado, disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/821d7d004045371bab44bfff6e2078ead/BALANCE+Y+PERSPECTIVAS+2005+2009.pdf?MOD=AJPERES>. Visitada el 13 de abril de 2010.

Esta información muestra tasas bajas de acuerdo en los procesos de mediación, aún más intensas con prestadores privados.

⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de octubre de 2007, rol 2903-2005, N° Legal Publishing: 37418.

para el ejercicio de una acción de esta naturaleza– el agotamiento de las instancias de composición, de manera que sólo una vez fracasado el mecanismo de mediación, resulta posible la interposición de la demanda correspondiente. Al ser ese su alcance y contenido, fuerza es concluir que dicha normativa atañe a la forma de proponer la pretensión y que, por ende, no condice con disposiciones sustantivas que deban entenderse incorporadas al contrato. En suma, no regla los derechos emanados de la convención sino que –cuestión diferente– la manera de reclamarlos en juicio”⁵.

Sin embargo, existió un voto disidente cuya argumentación es la que sigue:

“Aún cuando es cierto que el inciso segundo del artículo 43 de la Ley Sobre Régimen de Garantías Explícitas de Salud está extendido en términos imperativos (“...los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación...”), lo que pudiera ser indicativo de su carácter obligatorio, no lo es menos que su redacción es sensiblemente diferente a la de su inciso primero –pertinente a los prestadores institucionales públicos– donde, de modo inequívoco, se condiciona el ejercicio de la acción al sometimiento previo a un proceso de mediación. Tal cosa no se advierte al regularse la situación de los prestadores privados”.

Y agrega:

“Refuerza ese aserto considerar que, acto seguido, se supedita la pervivencia del procedimiento de mediación a la existencia de común acuerdo en la persona del mediador. Se hace difícil sostener la cualidad obligatoria apuntada si basta un desacuerdo tan preliminar para entender fracasada la mediación, circunstancia ésta que más bien permite sustentar la existencia de un derecho enteramente renunciabile por alguna de las partes. Lo que se viene diciendo armoniza también con el fundamento del instituto aludido que, antes que una obligación, es el derecho de las personas a su autodeterminación, a tomar sus propias decisiones. En ese contexto, es dable afirmar que el solo hecho de ocurrir directamente en demanda de protección jurisdiccional, es susceptible de asumir como demostrativo de la intención de prescin-

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2008, rol 4926-2007, N° Legal Publishing: 38996.

dir de esa fase previa, sin que exista involucrado en ello algún bien de entidad tal que obste al derecho de acción. Comoquiera que sea, no logra advertirse la ley que sancione expresamente con nulidad la omisión del trámite que se ha venido examinando en este fallo, motivo que también conduce a la conclusión anticipada al inicio de esta disidencia”.⁶

Esta decisión con la disidencia ya apuntada, abre el camino para consolidar la distinción entre la mediación para prestadores públicos y privados, lo que será recogido ahora en forma principal en la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción.

En el caso de los servicios públicos la mediación es obligatoria en razón de que:

“constituye una norma de orden público, pues está inspirada en un interés social donde la responsabilidad por los daños ocasionados pueden afectar a la colectividad, por la que debiera responder el Estado, transformándose en una exigencia imperativa, obligatoria y esencial para la procedencia de la acción, acarreado su omisión la nulidad de todo lo obrado”.

Sin embargo, tratándose de prestadores privados, asevera la sentencia:

“la norma mira más bien al interés individual de las personas, y es por esto que la mediación no puede ser calificada como un trámite esencial para la interposición de la demanda, lo que implica que su omisión no provoca la nulidad de lo obrado, toda vez que el mismo legislador dispone que en caso de falta de acuerdo para la designación del mediador, la mediación se entiende fracasada”.⁷

La naturaleza obligatoria de los procesos alternativos para resolver los conflictos siempre ha sido discutida. La razón primordial radica en que al consagrarlos como un trámite imperativo decae la relevancia de la voluntad de los sujetos involucrados, lo que redundará en menos éxito en las tasas de solución. Esto lo corroboran las estadísticas ya mencionadas que muestran índices bajos de acuerdos. Por lo demás, tratándose de prestadores privados de la salud, la mediación constituye un trámite oneroso para las víctimas,

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (n. 5).

⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2008, rol 211-2007, N° Legal Publishing 39058.

pues ellas deben financiarlo. Es decir, no sólo concurre una probabilidad baja de éxito del acuerdo extrajudicial sino que, además, la gestión debe ser costeadada por la propia víctima.

En consecuencia, el objetivo de evitar la judicialización de la responsabilidad sanitaria no ha sido logrado luego de cinco años de implementación del sistema.

Por su parte, los tribunales no han reaccionado de manera uniforme a la naturaleza obligatoria de la mediación. Los fallos citados muestran dudas sobre el carácter forzoso de la mediación en que intervienen prestadores privados de salud. Este dilema no ha sido dilucidado por la Corte Suprema.

Si bien existe una redacción diversa respecto al trámite al referirse a la mediación con prestadores públicos y privados, el interés del legislador estuvo en descongestionar los tribunales del contencioso. No aparece de la redacción ni de la historia legislativa la diferencia a que apunta la sentencia del voto disidente y aquella de Concepción, aludiendo a un objetivo de protección del patrimonio público. La colectividad puede verse afectada por daños ocasionados en la esfera pública o privada. De ahí que consagrar la norma de interés público sólo para los servicios de salud no sea procedente. Tampoco parece con claridad que el origen del requisito imperativo sea calificar como una norma de orden público la regla enunciada, sino que la ley lo exige sin más como condición para el ejercicio de las acciones indemnizatorias.

En suma, la mediación constituye en materia sanitaria una condición precedente para incoar acciones indemnizatorias, ya sea que se trate de un prestador público o privado. Si una reforma se quisiera, al menos en nuestra opinión, sería excluir la mediación como trámite obligatorio, la que ha redundado en retardar el derecho a accionar de las víctimas e, incluso, en convertirse en una hipótesis de encarecimiento del legítimo derecho a ejercer acciones judiciales.

Todavía debe tenerse presente que en el actual sistema procesal civil, las partes se encuentran obligadas a someter el conflicto a conciliación como trámite esencial del proceso antes del auto de prueba. La rutina de ese trámite no es tan diversa a lo que ocurre con la mediación extrajudicial. Los abogados especializados en defensa de prestadores privados son extremadamente reacios a las soluciones extrajudiciales y, si bien la actitud de los servicios públicos de salud es menos refractaria, sigue siendo un índice escaso aquél de aprobación de los procesos no contenciosos de solución de conflictos.

En conclusión, aun cuando la Corte Suprema debiera corroborar la jurisprudencia que entiende el trámite como obligatorio, compete al legislador excluir, en términos generales, la mediación como una condición ineludible al ejercicio de las acciones jurisdiccionales.

II. CUESTIONES SUSTANTIVAS

Las cuestiones de índole sustantiva que se han discutido a propósito de la responsabilidad sanitaria, inciden en los elementos de su configuración. Así ocurre a propósito de la noción de falta de servicio y de ciertas condiciones especiales del daño moral indemnizable. Por último, es relevante analizar la causal de exoneración particular prevista en el art. 41 de la Ley 19.966.

1. La noción de falta de servicio

La noción de falta de servicio sigue siendo un aspecto fundamental para la procedencia de la responsabilidad del servicio público de salud, cuestión transversal a toda la responsabilidad patrimonial del Estado y sujetos de Derecho Público. Se entiende que existe

“falta de servicio cuando éste no se presta, debiendo prestarse, o cuando prestándose, se realiza en forma deficiente o tardía; por lo tanto, en el caso particular cabe analizar si el servicio cuestionado omitió actuar debiendo hacerlo o si lo hizo de forma tardía o deficiente. Luego de este análisis es perfectamente posible concluir que en la actuación del ente de salud se omitieron actos que debieron realizarse para agotar la comunicación del resultado de la muestra de sangre del afectado, ya que esto le hubiese permitido una atención e ingreso al programa del control del Sida con una anticipación suficiente para evitar una mayor progresión de la enfermedad”⁸.

Uno de los cambios más importantes, aunque no sea propio del ámbito sanitario, consiste en el abandono de aquella jurisprudencia que entendía la falta de servicio como una manifestación de un tipo de responsabilidad objetiva. La Corte Suprema en reiteradas sentencias ha considerado la falta de servicio como un factor de imputación que debe probar la víctima, cuya definición, como lo muestra la sentencia explicitada, es análoga a aquella de la culpa civil.

La noción de falta de servicio ha sido entendida hoy por la Corte Suprema, de manera bastante uniforme como un elemento de imputabilidad subjetivo. A propósito de la responsabilidad patrimonial del SERVIU, se señaló:

⁸ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de agosto de 2009, rol 7-2009, N° Legal Publishing 42449.

“Que la acción deducida en contra del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano es de responsabilidad extracontractual por falta de servicio, la que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él; y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente”⁹.

En otra sentencia, la propia Corte Suprema ratifica el criterio subjetivo para comprender la noción de falta de servicio, aunque la entiende como una cuestión distinta de la culpa civil.

“Que precisada de la manera antes referida la cuestión de hecho implícita en la controversia, resulta conveniente iniciar este examen por definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien, la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 43 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado”.

Y agrega

“Que conforme a lo expuesto, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad municipal, ésta necesariamente supone que el municipio incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma”¹⁰.

Ambas sentencias ratifican una posición uniforme en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema. No existe equivalencia entre falta de servicio y la responsabilidad objetiva, tesis peregrina que debe tenerse por sepultada¹¹.

⁹ Corte Suprema, 26 de noviembre de 2009, rol 1504-2009, N° Legal Publishing 42943.

¹⁰ Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, rol 2787-2008, N° Legal Publishing 42845.

¹¹ Para conocer esta posición en desuso, véase, entre otros, Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, “El servicio público”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

Sin embargo, no se logra entender la distancia conceptual entre culpa y falta de servicio que sugiere la Corte Suprema. El máximo tribunal define la falta de servicio como la “falta en la actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado”. La idea de falta en la conducta equivale, en la dogmática civil, a la culpa. La confusión deriva de entender al Estado como un sujeto pasivo de responsabilidad, distinto a lo que puede ser una persona jurídica de Derecho Privado. No concurriendo órdenes de jurisdicción diversos para conocer los problemas contencioso-administrativos y contencioso-privados, la diferencia, ni siquiera semántica, carece de todo asidero. Lo razonable es confluir a una noción unívoca de imputación subjetiva, ya sea contra los prestadores de salud públicos o privados, ¿qué podría justificar una diferencia? ¿En qué medida podríamos aceptar que las víctimas de uno u otro ámbito se encuentren mejor o peor que las víctimas del otro? Existiendo una misma jurisdicción competente para conocer el contencioso de víctimas con los servicios de salud y los entes privados, el factor de imputación debiera tener una comprensión análoga, aunque en una hipótesis se le denomine falta de servicio y en el otro culpa¹². Si bien no existe un pronunciamiento explícito de la naturaleza subjetiva de la falta de servicio en el ámbito de la responsabilidad sanitaria por parte de la Corte Suprema, es razonable presumir que la decisión será la misma, lo que debe saludarse como una solución correcta.

Coincidente con esta premisa, la Corte de Apelaciones de Chillán resume con claridad cómo debe entenderse la falta de servicio en materia sanitaria:

“la fuente generadora directa de la responsabilidad del Estado es la ‘falta de servicio’, expresión que no fue definida por el legislador, pero que la doctrina ha señalado que ella se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público. En estos casos, si bien los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio debe invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y

1995, p. 247 y “El control público”, 1994, pp. 216 y 217; Hugo CALDERA DELGADO, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 205-207; Eduardo SOTTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II, pp. 309-310; “Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno”, en *RDJ*, tomo LXXXI, Santiago, 1984, doctrina, p. 87.

¹² Ya se insistió sobre esto, en PIZARRO (n. 2), p. 403 y ss.

que ella es la causa del daño experimentado. Que, en consecuencia, conforme al artículo 1698 del Código Civil, le corresponde a los demandantes acreditar la falta de servicio que sirve de fundamento a su demanda. Lo anterior se ha visto corroborado por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, que al establecer normas de la responsabilidad en materia sanitaria, señala que ‘los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio’. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”.

No sólo reconoce la falta de servicio como un elemento de imputabilidad subjetivo sino que en forma correcta, aplicando el artículo 1698 del *Código Civil*, establece la necesidad para la víctima de acreditar dicho elemento para acceder a la indemnización que reclama¹³.

En síntesis, la correcta aplicación de la noción de falta de servicio como un factor subjetivo de atribución de responsabilidad contra los servicios de salud, implica la prueba de dicho elemento por las víctimas para ser indemnizadas del daño reclamado.

2. EL DAÑO MORAL

La Ley N° 19.966 se refiere de manera expresa al daño moral. El artículo 41 señala:

“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”.

Este artículo se ocupa de establecer parámetros para el cálculo de la indemnización del daño moral, acogiendo una concepción más amplia que el simple precio del dolor o *pretium doloris*. Por primera vez el legislador entrega criterios al juez para evaluar la indemnización que corresponde por este rubro de daño extrapatrimonial¹⁴. El artículo 41 se refiere en forma precisa al daño moral:

¹³ Corte de Apelaciones de Chillán, 23 de julio de 2008, rol 527-2005, N° LegalPublishing 39391.

¹⁴ Sobre el daño moral, la obra esencial, Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”.

El precepto innovó al considerar estos factores para cuantificar el daño moral¹⁵.

Estos parámetros debieron tener por finalidad alcanzar una evaluación más objetiva y uniforme del daño moral por los jueces. En su oportunidad se apreció el esfuerzo del legislador al introducir estos parámetros con la esperanza que fuera un aporte para acabar con la lotería judicial en materia de indemnización de daños extrapatrimoniales. Sin embargo, no ha ocurrido un cambio en la forma de evaluación del perjuicio moral, aunque se ha avanzado en una definición más comprensiva.

Aun cuando a veces se avanza en una definición más amplia de las diversas manifestaciones de daños extrapatrimoniales, ello no constituye la regla general. En cierta medida, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt amplía el criterio, rechazando como excepción de fondo la falta de las condiciones del artículo 41, a partir del entendimiento del daño moral como

“una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales”¹⁶.

Esta definición resalta un cambio sustantivo en cómo debe entenderse este rubro de daño, pues hace hincapié en el artículo 41 de la ley, el cual fue esgrimido como excepción por la demandada, al establecer que la indemnización debe considerar la modificación de las condiciones de existencia, atendiendo también a la edad y condiciones físicas del que ha sufrido el daño. En ese sentido, como se anunció, el artículo 41 constituye un aporte, mas no soluciona la lotería judicial de la evaluación del daño moral o, al menos, no lo muestra la jurisprudencia de los tribunales. En la especie, existió prueba testimonial sobre las mayores expectativas de vida, salud y condiciones físicas del paciente si se hubiere informado en forma oportuna la presencia del VIH.

¹⁵ Un análisis de estas circunstancias en PIZARRO (n. 2), p. 412 y ss.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de agosto de 2009, rol 7-2009, N° Legal Publishing 42449.

Esto habría significado enfrentarlo a un menor porcentaje de mortalidad de su enfermedad, mejorando su pronóstico. De ahí que se concluye en la sentencia el cumplimiento de los supuestos generales y especiales del artículo 41 de la ley N° 19.966:

“Que para determinar la cuantía de la indemnización habrá de tenerse en consideración que, el servicio demandado no ha tenido incidencia alguna en el hecho de que el demandante contrajere la enfermedad, y el hecho que a pesar de la tardía comunicación, se le han efectuado los tratamientos que mantiene estable su carga viral y asintomático, razón por la que fijarán la cuantía de la indemnización en una suma sustancialmente menor a la fijada por el juez a quo”.

Aunque no lo especifica en forma explícita, la sentencia deslinda el perjuicio eventual, que no merece indemnización, de la denominada pérdida de la posibilidad. La víctima fue privada de una mayor expectativa de asumir un tratamiento oportuno. Esa pérdida de posibilidad, como asevera de manera correcta la sentencia, no significó el origen de la enfermedad o carga viral sino sólo una alteración de la época en que el paciente debió recibir la información. La falta de información oportuna sobre su diagnóstico constituye un incumplimiento por el servicio de salud, quedando por resolver si, al mismo tiempo, concurre un daño indemnizable. La sentencia se manifiesta por la afirmativa, aunque precisando que la enfermedad no es causada por la infracción al deber de informar, lo que implica la rebaja en la indemnización otorgada por la sentencia de primera instancia. Luego, cabe preguntarse qué indemnizó la Corte con ese monto menor. La respuesta es la pérdida de la posibilidad de someterse, con anterioridad y estando debidamente informado, a un tratamiento para su enfermedad.

Son dos las hipótesis que pueden concurrir. Que el paciente haya descubierto la enfermedad por otros medios y el tratamiento efectuado haya sido oportuno o que el paciente nada haya hecho, sino hasta descubierta la infracción del servicio. En el primer caso, si bien existe incumplimiento no se vislumbra viable ninguna indemnización, pues el paciente no padeció ningún perjuicio, salvo que la pérdida de la posibilidad en sí misma se considerara un daño *per se* reparable. En la segunda situación, en cambio, hubo retardo en la entrega de información, privándose al paciente de la posibilidad de escoger someterse o no a un tratamiento, lo que no debe confundirse con las consecuencias nocivas de la enfermedad como resultado de la omisión.

En estos casos siempre es discutible si concurrió un daño relevante que haga admisible la indemnización. La sentencia desliza que no hubo problemas

para el tratamiento, pues su carga viral se mantuvo estable y sin manifestaciones de la enfermedad. Podría plantearse que la mera pérdida de la posibilidad constituye un daño indemnizable, aunque en este caso no arrojó ninguna consecuencia ni en el tratamiento ni en la manifestación de la enfermedad.

Para establecer un criterio apropiado, parece razonable que en la hipótesis en que la pérdida de la posibilidad no tenga consecuencias en el estado del paciente, no cabría indemnizar suma alguna; en cambio, sólo habría derecho a indemnización si existiere un vínculo entre la pérdida de posibilidad y un resultado perjudicial para el paciente derivado de su estado inicial.

3. CAUSAL DE EXONERACIÓN ESPECIAL PARA LOS SERVICIOS DE SALUD

El artículo 41 expresa:

“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 de exoneración especial podría haber tenido una creciente aplicación a propósito de las infecciones intrahospitalarias tan comunes en el servicio público¹⁷. Nada de eso se vislumbra en la jurisprudencia de cortes de apelaciones ni tampoco en aquella de la Corte Suprema.

El cambio en la noción de la fuerza mayor se verifica al considerar causal de exoneración un hecho o circunstancia sin necesidad de que concurran en forma copulativa el elemento de imprevisión e inevitabilidad. O sea, basta que concorra uno u otro, cuestión que se verifica en las infecciones intrahospitalarias, las que, aunque son previstas en cuanto a su ocurrencia, son inevitables en determinados porcentajes de riesgo.

Eso sí, debe distinguirse el hecho mismo de sus consecuencias, pues una vez acaecido, el servicio respectivo debe desplegar la conducta necesaria para paralizar o atenuar los efectos de las infecciones, quedando sometido a la imputación por falta de servicio.

¹⁷ Sobre este vaticinio no corroborado, PIZARRO (n. 2), p. 416 y ss.

AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

Rodolfo Figueroa G.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud¹. Cuyo enfoque está en los derechos de los pacientes, en particular en los denominados *derechos de autonomía*. El objetivo de este trabajo es mostrar algunos problemas que este proyecto plantea respecto de la autonomía de los pacientes y la responsabilidad de los médicos. Concretamente, el proyecto no parece dejar del todo claro qué responsabilidad tiene el médico frente a las decisiones que el paciente adopte haciendo uso de los derechos de autonomía que el proyecto le franquea.

En términos generales, el proyecto de ley confiere varios derechos a los pacientes. Entre ellos, el derecho a recibir un cierto trato², el derecho a recibir cierta información³, el derecho a la confidencialidad⁴ y los denominados derechos de autonomía, que son los que importan para efectos de este trabajo

¹ Boletín N° 4.398-11 Actualmente en trámite en el Senado.

² Este derecho se desglosa en cuatro casos: a) Que la atención de salud sea prestada oportunamente y sin discriminación, art. 2; b) Recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, art. 4; c) Que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, art. 5; d) Recibir, oportunamente, consejería, asistencia religiosa o espiritual, art. 5 inc. 2°.

³ Este derecho comprende también cuatro casos: a) Que el prestador le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, en una serie de aspectos relativos a la atención de salud, art. 6; b) Ser informado, en forma oportuna y comprensible acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, art. 8; c) No ser informado si no lo desea, art. 9; d) Recibir un informe después de terminada su hospitalización, art. 11.

⁴ La ficha clínica es considerada un dato sensible y obtiene la protección de la ley N° 19.628, art. 12.