

La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento

Nicolás Entelche Rosales

Profesor Ayudante Derecho Administrativo

Ayudante de la Dirección de Investigación

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado-Administrador, sabemos que existen principalmente dos teorías que explican su fundamento basándose en elementos y estatutos jurídicos disímiles.

La primera es la denominada “responsabilidad constitucional u objetiva”,¹ la cual afirma que la Administración debe responder por la lesión que cause en su derecho a un particular, obviando la intencionalidad que el victimario tuvo al inferir el daño. Para ésta, las normas que configuran la responsabilidad del Estado se encuentran en la Constitución Política de la República.

La segunda es la “responsabilidad subjetiva”, la cual condiciona la procedencia de la obligación de reparar los daños causados a la imputación de un grado de culpa del sujeto activo. Dentro de esta segunda tesis, tenemos que distinguir dos vertientes: la primera que aplica lisa y llanamente las normas del Código Civil (artículos 2314 y siguientes), y la segunda que soslaya la procedencia de este cuerpo legal, aplicando similares parámetros (la imputabilidad como requisito de la indemnización de perjuicios en el incumplimiento de una obligación), pero sobre la base de la que se ha dado en llamar teoría de la responsabilidad por “falta de servicio” o por “culpa del servicio”.²

¹ Sustentada en la actualidad, principalmente, por Eduardo Soto Kloss en *Derecho administrativo. Bases Fundamentales. El principio de juridicidad*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (1996), pp. 307-311.

² Sustentada en la actualidad, principalmente, por Pedro Pierry Arrau en *Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1 (2000), pp. 17-27 y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 92, primera parte, sección Derecho (1995), pp. 17-30.

No es el objeto de este trabajo pormenorizar los fundamentos de la discusión doctrinaria que se ha suscitado a raíz de las diferencias entre una y otra. Sin embargo, es necesario distinguir que mientras la teoría “por falta de servicio” o “por culpa del servicio” encuentra su fundamento en el artículo 42 de la Ley N° 18.575³ (especialmente en la frase “falta de servicio”), la teoría de la responsabilidad constitucional u objetiva señala que la expresión “falta de servicio” solo procede ser utilizada a efectos de determinar si el Estado puede repetir o no contra el funcionario que haya causado el daño.

Resulta evidente, por tanto, que mientras la primera concepción (responsabilidad constitucional u objetiva) tiende a dar primacía de los derechos de la persona de la víctima, la segunda (responsabilidad subjetiva) busca resguardar los intereses patrimoniales del Estado victimario.

Especial aplicación ha tenido este tema en materia sanitaria,⁴ en razón de disímiles casos en que los Servicios de Salud han sido demandados –y aun condenados– por daños ocasionados a los pacientes en el ejercicio de sus funciones.⁵

El caso es que varias veces se ha intentado clausurar el debate por vía legislativa, y a favor del Estado. Una de esas ocasiones fue precisamente con la Ley 19.966 (3.9.2004),⁶ la cual establece nuevas garantías de salud, y que se ha querido elevar a la altura de un referente donde el legislador se habría pronunciado a favor de la referida “teoría por falta de servicio”.

En circunstancias que, según veremos, ni el texto aprobado ni la génesis de su establecimiento permiten suponer una voluntad uniforme e inequívoca del legislador en tal sentido.

Fijaremos nuestra atención en el Título III de la ley antes referida (19.966), el que se refiere a la “responsabilidad en materia sanitaria” en tres artículos (38, 39 y 40). Especialmente en su artículo 38, que reza así:

³ Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴ Como ilustración, algunas de las principales leyes en la materia. El Decreto Ley N° 2.763, del año 1979, cambió la anterior institucionalidad encargada de las acciones de fomento y protección de la salud, la cual estaba centralizada en el Servicio Nacional de Salud. Tras sucesivas modificaciones (siendo la última la de la Ley 19.937, del año 2004, que “Establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria”) la función “ejecutiva u operativa” de la salud pública quedó en manos de 29 Servicios de Salud distribuidos a lo largo de Chile. Sin perjuicio de que la atención primaria esté a cargo de las Municipalidades, conforme a la Ley 18.695.

⁵ Para mayor información se recomienda: Eduardo Soto Kloss, *Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus Servicios de Salud. Notas para un estado de la cuestión en la jurisprudencia*, en *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 12 (2004) pp. 79-87; el comentario a *Parada Toloza* en IP 16 (2006), pp. 255-267, y recientemente el comentario a *Aillapán Sepúlveda* en IP 18 (2007), pp. 271-288.

⁶ La cual establece que un conjunto de enfermedades y condiciones de salud se encuentran asegurados en su acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera por el Estado.

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

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

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

Para aclarar el verdadero sentido y alcance de esta expresión en esta ley y así entender a cabalidad el Título III, utilizaremos el mecanismo de la interpretación jurídica,⁷ el que, para fijar el verdadero significado de una norma (fase formal), atiende a los criterios expresados en el Código Civil (artículos 19 a 24) aplicables al ordenamiento jurídico en general en materia de hermenéutica de la ley, los cuales están divididos en distintas subfases que prefieren entre sí.

En una primera subfase y siguiendo el artículo 19 inciso 1°, que consagra la procedencia del elemento interpretativo gramatical, al ser evidente la contradicción que existe en la doctrina acerca del significado de esta frase “falta de servicio” (para algunos habla del fundamento de la responsabilidad y para otros de la imputabilidad), sería inconducente tomarla en un sentido natural y obvio.

No existiendo una definición legal ni procediendo la de aquellos que profesan la misma ciencia o arte, entendemos agotada esta primera subfase y se hace imperativo acudir a una segunda, que contiene los demás elementos interpretativos, entre los cuales encontramos al elemento sistemático, lógico e histórico.

Es por medio de este último elemento interpretativo (elemento histórico), principalmente,⁸ que intentaré demostrar que el Título III en general, donde el artículo 38 en particular, al referirse al concepto “falta de servicio”, no se lo

⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición (2004), p. 182.

⁸ La aplicación subsidiaria del elemento sistemático (aquel por medio del cual se busca dar el verdadero sentido y alcance a la norma interpretada acudiendo a otras normas, especialmente si versan sobre el mismo tema), se ve atenuada por la naturaleza misma de la institucionalidad que establece el plan AUGE, que se compone de normas con un carácter eminentemente técnico. No obstante esto, este trabajo abordará tangencialmente el Decreto Supremo N° 44 (9.01.2007) y las “Normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud de la Ley N° 19.966”.

La aplicación subsidiaria del elemento lógico (aquel por medio del cual se busca dar el verdadero sentido

puede vincular con el “por qué el Estado debe responder”. En otras palabras, no tiene relación alguna con el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino que versa acerca de la imputabilidad o el “quién debe responder”, volviendo a la regla general consagrada en la Constitución Política. Con lo anterior se desvirtuará la idea de que esta norma (19.966) exigiría un grado de “culpa, negligencia o mal funcionamiento” del servicio en esta materia para que éste proceda a responder por el daño causado.

II. Génesis y tramitación de la Ley 19.966 en general y del actual artículo 38 en particular

Esta ley nace por mensaje del Presidente de la República, entrando a su primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados con fecha 4 de junio de 2002, siendo despachado a la Cámara revisora con fecha 21 de enero de 2003. Hasta ese momento no existe el título de la “responsabilidad en materia sanitaria”.

1. Origen

Fue en su tramitación en el Senado que mediante indicación de fecha 30 de marzo de 2004, el Presidente de la República propuso incorporar el epígrafe de la “responsabilidad en materia sanitaria”, donde además del citado artículo 38 se contenían los actuales artículos 39 y 40.

En cuanto al artículo 38, la indicación aditiva del Presidente de la República tiene por objeto incluir un nuevo artículo 50 a la Ley 19.966 (actual artículo 38). Las actas señalan que este nuevo precepto:

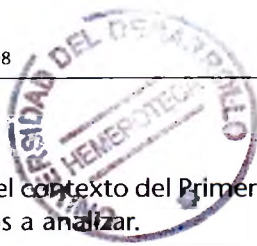
“Establece la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, por los daños que causen a particulares por falta de servicio.

“El inciso segundo define la falta de servicio, y al efecto señala que hay tal “cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente.

“Finalmente, el inciso tercero impone al particular la obligación de probar que el perjuicio es resultado de la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando falta de servicio”.⁹

y alcance a la norma interpretada por el contexto general de sus disposiciones o bien recurriendo a su intención o espíritu), es inútil, al no existir otras disposiciones en la ley que nos permita observar un tratamiento coherente del término “falta de servicio” dentro del Título III “responsabilidad en materia sanitaria” en la Ley 19.966.

⁹ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), p. 83



Esta indicación se realiza dentro del contexto del Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, el que pasamos a analizar.

2. Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004)

2.1) Análisis de la intervención del profesor Pedro Pierry Arrau

Es importante hacer notar que la discusión de este Título comienza con una exposición general de la materia por el profesor invitado Pedro Pierry Arrau,¹⁰ y no con el análisis de la indicación aditiva del Presidente de la República, por lo que se hace necesario un análisis detenido de esta.

“(…) Si no se establecen reglas especiales, deben aplicarse las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuerpo normativo cuyo artículo 4º consagra la responsabilidad del Estado por daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El artículo 42 del mismo texto legal precisa que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal.

“Reconoció que esta interpretación ha sido puesta en duda por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes argumentan a favor de su posición fundándose en la modificación introducida por la Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, al artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República –norma relativa al derecho a reclamar por hechos lesivos ocasionados por la Administración, sus organismos o las municipalidades– y que consistió en la eliminación de la referencia a los tribunales contencioso administrativos, reemplazándola por otra a los tribunales, sin calificativos.

“Agregó que la tesis de la responsabilidad objetiva se vio debilitada porque, con ocasión de la discusión de la Ley de Probidad Administrativa, N° 19.653, se intentó suprimir el artículo 44, hoy 42, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y modificar el artículo 4º, dando una mayor apariencia de que se optaba definitivamente por aquella especie de responsabilidad. Sin embargo, las modificaciones no prosperaron, debido a que el Presidente de la República vetó las normas respectivas, justamente para evitar dicha interpretación.

“Señaló, además, que la Tercera Sala de la Corte Suprema, con especial dedicación a las materias administrativas, ha sostenido que la responsabilidad

¹⁰ En ese entonces abogado consejero del Consejo de Defensa del Estado, hoy en día Ministro de la Excelentísima Corte Suprema.

objetiva no se aplica como regla general en nuestro derecho, dándosele sólo un empleo excepcional, cuando así lo prescribe la ley.

“Aclaró que este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad.

“El Honorable Senador señor Viera-Gallo solicitó que explicara la diferencia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por falta de servicio.

“Sobre el particular, el profesor Pierry explicó que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, pues no corresponde a lo que en el derecho civil se entiende como tal: aquella en que basta la existencia del vínculo o relación causal entre el hecho y el daño. En el derecho civil, agregó, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva (...) Preciso que la responsabilidad objetiva no supone necesariamente ausencia de culpa o dolo, sino que basta la relación de causalidad entre el hecho y el daño para generar la obligación de reparar perjuicios. Señaló que, en el caso de la falta de servicio, no es suficiente establecer la relación de causalidad, sino que se precisa que haya mal funcionamiento del servicio o no funcionamiento del mismo, con lo que se descarta la responsabilidad objetiva (...).”¹¹

Existen aquí ideas, a nuestro parecer, imprecisas o incompletas.

a) En primer lugar, la omisión a la cita del texto completo del artículo 38 inciso 2° de la Constitución. Es posible que si a los parlamentarios se les hubiera hecho notar el texto completo del artículo 38 inciso 2° de la Constitución,¹² al menos se habrían generado dudas acerca del significado de la norma constitucional, la que trata el tema que legislaban.¹³ Por el contrario, se hace notar una modificación por la Ley N° 18.825¹⁴ como argumento principal de la teoría de la responsabilidad constitucional u objetiva, en circunstancias que no resulta ser el basamento de la existencia de una responsabilidad constitucional, ni mucho menos. Sólo atiende al hecho de haber aclarado dicha ley de reforma constitucional en cuanto a cuál es el tribunal competente para conocer de las

¹¹ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83-86.

¹² “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

¹³ El sentido y alcance del artículo 38 inciso 2° por Eduardo Soto Kloss en *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, Revista Gaceta Jurídica N° 56 (1985) pp. 2-11.

¹⁴ Esta ley vino a eliminar la expresión “tribunales de lo contencioso administrativo” del artículo 38 inciso 2° en la Constitución Política de la República, reemplazándola por “los tribunales que determine la ley”.

acciones de indemnización de perjuicios entabladas contra la Administración del Estado.

b) En segundo lugar, se alude al hecho de haber sido debilitada la tesis de la responsabilidad objetiva, por el veto supresivo del Presidente de la República respecto a la modificación de los artículos 4° y 44 (42 actual) de la Ley 18.575. Este punto tiene particular relevancia, ya que fue con ocasión de la elaboración de la ley sobre Probidad Administrativa, Ley N° 19.653,¹⁵ que se discutió la posibilidad de realizar cambios, entre otras materias, a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que se hace ineludible profundizar este punto.

Respecto a las modificaciones suprimidas por el veto presidencial (a las que se refiere el profesor Pierry como que debilitarían la teoría de la responsabilidad objetiva), es menester aclarar qué se vetó, y cuál fue el verdadero sentido y alcance que tuvo tal veto supresivo.

Revisando la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.653, se advierte que las normas vetadas no tenían por fin optar por un fundamento o “por qué el Estado debe responder del daño”; sólo se encargaban de temas formales, a saber, hacían aplicables las normas del Código Civil en materia de prescripción y aclaraban la diferencia entre Administración del Estado y Estado.¹⁶

Hay que hacer notar que estas modificaciones al artículo 4° de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que se suprimieron por el veto, provenían ya por iniciativa del Ejecutivo, en el caso de la prescripción, a instancia del profesor Pedro Pierry Arrau, quien sugirió a la Comisión Mixta así hacerlo.¹⁷ Incluso existía la opinión entre algunos, que se estaba consagrando con dichas modificaciones la responsabilidad subjetiva.¹⁸

¹⁵ El Proyecto de ley de Probidad Administrativa ingresó a trámite legislativo el año 1995, siendo promulgada como ley de la República en 1999.

¹⁶ Artículo 4°. “Los organismos del Estado con personalidad Jurídica, y el Estado en el caso de los órganos de su Administración que carecen de ella, responderán de las lesiones que causen en los derechos de cualquier persona. La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la lesión. En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del órgano público para repetir en su contra”.

Artículo 44 (actual 42). Se suprime en su conjunto, además de una serie de disposiciones en otras leyes.
¹⁷ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/63.pdf>, Cuenta del informe de la Comisión Mixta al Proyecto de Ley de Probidad Administrativa (11.5.1999), p. 70.

¹⁸ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), pp. 551 y 552, el Senador Bitar, “(...) Pienso que en la discusión del proyecto tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado y en la Comisión Mixta quedó claro que la responsabilidad del Estado no era objetiva (...)”.

Por tanto a través del veto supresivo no se excluye la responsabilidad objetiva del ordenamiento jurídico, sino que a lo más se suprimen normas que tenían por fin avanzar y modernizar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador.¹⁹

Ahora bien, en cuanto a la intención del veto supresivo, aun cuando es necesario tener presente que en diversas instancias tanto el Presidente de la República como su Ministro Secretario General de la Presidencia fueron contrarios a que se estableciera la responsabilidad objetiva, hay que aclarar que el veto supresivo no tuvo la intención formal de desecharla o no considerarla. Esto fluye de las palabras del Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Insulza:

“(...) Sobre esto no existe claridad doctrinaria –estoy consciente de ello–, como lo han señalado los senadores señores Bombal y Larraín. Se discutió mucho y nunca se hizo luz sobre el punto, caso en el cual preferimos dejar la ley tal cual está y no innovar a su respecto (...)”.²⁰

Lo propio emana del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo en el 2° trámite al Proyecto de ley a que nos referimos en esta aclaración (19.653), el cual señala:

“(...) Sin embargo, atendida la inquietud de los parlamentarios de legislar en la materia, la importancia que el tema ha adquirido en los últimos años en nuestro país y en el Derecho comparado, así como las deficiencias técnicas que la situación tiene tanto a nivel material como procedimental, el Gobierno considera hacerse cargo de este tema en una instancia de alto nivel que analice estos aspectos. Informa que, para ello, el Presidente ha dispuesto la creación de una instancia de discusión y propuesta a cargo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (...)”.²¹

¹⁹ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), p. 552, el Senador Larraín, “(...) La modificación que en su momento introdujo la Comisión de Constitución y con posterioridad la Comisión Mixta tuvo como propósito precisar que la responsabilidad recae en los organismos de la Administración con personalidad jurídica y directamente sobre el Estado Fisco, solo cuando los órganos de la Administración carezcan de ella. Adicionalmente se estableció un plazo de prescripción (...)”.

²⁰ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/550.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (20.10.1999), pp. 558-559.

²¹ <http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19653/537.pdf>, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en las observaciones del Ejecutivo, en Segundo Trámite, al Proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado (13.10.1999), pp. 540-541.

c) Retomando la exposición del Profesor Pierry en la Comisión Salud del Senado, se hace necesario precisar, por último, que la diferenciación que ahí se hace entre responsabilidad “por falta de servicio” y responsabilidad objetiva no es tal.

Por un lado existe la responsabilidad “constitucional u objetiva”, fundamentada esencialmente en base al artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política, del cual se desprende que producida una lesión por la Administración del Estado (personificada en un funcionario) a un particular, el primero de ellos tendrá que responder. Por otro existe la responsabilidad “objetiva civil”, que se encuentra en una multiplicidad de normas de rango legal (ya en el Código Civil, o bien en leyes especiales) regulando situaciones específicas entre particulares y fundándose en el “riesgo creado”.²²

La diferencia entre ambos estatutos radica a nuestro parecer en lo siguiente:

c.1) La responsabilidad “constitucional u objetiva” se desarrolla en una relación vertical entre desiguales (Estado Administrador-particular) mientras la responsabilidad “objetiva civil” se desarrolla en una relación horizontal entre iguales (particular-particular).

c.2) En la responsabilidad “constitucional u objetiva” no existe “creación de un riesgo” por el Estado, mientras que la responsabilidad “objetiva civil” tiene como elemento esencial el hecho de que el dañador haya desplegado una “actividad peligrosa”.²³

c.3) No podría considerarse a la actividad sanitaria como una actividad riesgosa del Estado por el hecho de la existencia de una presunta incertidumbre en sus resultados. Si hacemos un análisis más profundo, bajo esa óptica toda actividad estatal sería riesgosa, esto resulta de la naturaleza misma de su función, el propender a satisfacer las necesidades de un sujeto distinto de sí en todo ámbito en que actúe.

Por tanto no debía haberse mencionado lo que el Derecho Civil entiende por “responsabilidad objetiva” (en oposición, claro está, a la responsabilidad subje-

²² La responsabilidad (que nosotros denominamos) “objetiva civil” es tratada por Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 193-205.

²³ El Código Civil da ejemplos de la responsabilidad “objetiva civil” fundados en el “riesgo creado” en sus artículos 2327 y 2328. Si se quisiera analogar la responsabilidad “objetiva civil” a la responsabilidad “constitucional u objetiva”, resultaría forzoso igualar, por ejemplo, la responsabilidad del dueño (creador de un riesgo) de un animal fiero (que no reporta utilidad para la guarda o servicio del predio) por el daño que causa este a otra persona, con la responsabilidad del Estado Administrador.

tiva). Tan improcedente es que ni siquiera la denominada responsabilidad por "falta de servicio" se basa directamente en una concepción civilista.²⁴

Los puntos anteriormente vistos tienen un denominador común: hacen aun más difícil el correcto entendimiento de la materia por los senadores.

2.2. Sentido e intención del artículo 39 (actual 38) en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado

a) Luego de enfocarnos en algunos de los argumentos del profesor Pierry, los cuales (volvemos a reiterar) fueron esgrimidos con anterioridad a que los parlamentarios siquiera conocieran el texto de la indicación propuesta por el Presidente de la República en la materia, se verán los principales argumentos para consagrar el artículo 39 (actual 38) en este Primer informe de la Comisión Salud del Senado, el cual señala:

"En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal.

"El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal.

"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".

Con la sola lectura del artículo se hace evidente la adopción, en este momento, de la "teoría de la falta de servicio" por el legislador. Analicemos algunos argumentos que nos hacen concluir lo antedicho.

Al fijar la atención en el inciso primero del artículo 39, se observa que el fundamento de la responsabilidad del Servicio de Salud es el condicionamiento a un factor de imputación, a razón del concepto "falta de servicio" y su igualación a "culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio". Esto se obtiene tras reparar en la analogía entre la frase antedicha (falta de servicio) con la culpa o el dolo del funcionario.

Esto se ve reafirmado por el argumento del profesor Pierry, quien dice:

"(...) precisando el contenido del concepto de falta de servicio, expresó que

²⁴ Para apreciar la diferencia, véase la primera página del presente artículo.

consiste en que el Estado responda por sus funcionarios cuando estos actúan con culpa o dolo, cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, o cuando funciona mal, sin que en estas dos últimas hipótesis se exija culpa o dolo del funcionario (...).²⁵

Lo que claramente se pretende que se consagre es la concurrencia de un requisito *sine qua non*, ya sea del servicio o del funcionario, la falta de cuidado ordinario en el cumplimiento de la obligación de no dañar, en este caso, al paciente. Cabe hacer notar la convergencia con el condicionamiento a la procedencia de la responsabilidad subjetiva del Código Civil en materia extracontractual (la exigencia de una actuación calificada por la motivación del que ocasiona un daño), de la que evidentemente nace, pero jamás se independiza.

Ratifica esto la segunda parte del inciso 1° del artículo 39 (actual 38) ya citado, en el que se señala:

"(...) No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal".

La expresión "no obstante" refleja que se separa la primera parte, que se refiere al fundamento de la responsabilidad o "por qué el Estado debe responder", de la segunda, referida a "quién debe responder", no dejando lugar a dudas que no se refiere a la responsabilidad constitucional u objetiva.

Además es necesario reparar en el inciso 2° del artículo 39 (actual 38) ya citado, que señala:

"El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal".

Por tanto, el cumplimiento de los protocolos funciona como límite de los casos en que se responderá o no por el Estado; esto lo analizaremos con ocasión del Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado.

b) Teniendo suficientemente claro que se opta por plasmar la teoría de la "falta de servicio", cabe preguntarse: ¿Cuál fue la razón del establecimiento de esta teoría en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado?

Citemos nuevamente un extracto de este Primer Informe:

²⁵ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), p. 83.

“El señor Pierry inició su intervención explicando que el número de demandas por responsabilidad médica en contra del Estado ha aumentado en forma explosiva en los últimos años (...) En relación con el proyecto en informe, expresó que la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos (...)”.²⁶

Se advierte que la motivación al consagrar positivamente la responsabilidad “por falta de servicio” es la preocupación por el aumento de las acciones judiciales por responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, en este caso, de los Servicios de Salud.

Esto no sólo se observa en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, sino que en otras instancias²⁷ en donde se aprecia reiteradamente el ánimo de limitar el ejercicio de un derecho constitucional.

Ahora, ¿es legítimo que una indicación presidencial (o cualquier acto administrativo) tenga por objeto el *impedir el libre ejercicio* de un derecho reconocido por la Constitución Política de la República?, ¿pero no es que la Carta Fundamental consagra completamente lo contrario?

El artículo 19 N° 26 garantiza a todas las personas:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Al exigirse la concurrencia de ciertos *requisitos* por la mentada “falta de servicio”, llámese culpa o negligencia, llámese mal funcionamiento, e incluso

²⁶ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83 y 84.

²⁷ A modo de ejemplos, el Senador Viera-Gallo señala “(...) Por último, se ha logrado un avance muy sustantivo en lo referente a la responsabilidad extracontractual del Estado, a fin de evitar la judicialización de la medicina, que subiría enormemente los costos, haría que los médicos fueran reticentes a ejercer su profesión, exigiendo mayor número de exámenes, y al final llevaría a una paralización del sistema, como ocurre en otros países (...)”. http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_190504.pdf, discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004), p. 37. Y “(...) esta es una innovación importante, porque debiera dar satisfacción a una inquietud médica y de todos los establecimientos, públicos o privados, que tratan a los pacientes, con respecto al peligro de que los conflictos de salud originen juicios que a su vez den lugar a indemnizaciones que podrían entorpecer el otorgamiento de los servicios (...)”. http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_part_040804.pdf, discusión en particular del proyecto en Sala del Senado (4.8.2004), p. 46.

al condicionar²⁸ la responsabilidad del Estado a un criterio de “gravedad del daño”, que ni la Constitución ni la Ley 19.966 ni ningún otro cuerpo legal o reglamentario establece, se está al mismo tiempo violando un presupuesto del Estado de Derecho, cual es, “el pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, cuando –en su artículo 1° inciso 4°– manda al Estado ponerse al servicio de la persona humana y propender al bien común.

Como pasaremos a comprobar, la motivación que en un inicio se tuvo para instaurar este Título (la limitación de la responsabilidad de los Servicios de Salud, en pro de la marginación de los derechos fundamentales) no se va a llegar a plasmar en el texto definitivo del artículo 38.

3. Informe complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004)

El Presidente de la República, a fin de plasmar en el proyecto en informe los acuerdos previamente reseñados, con fecha 17 de mayo de 2004 formuló una indicación al artículo 39 cambiando su numeración a artículo 37 (actual 38), el cual queda redactado de la siguiente forma:

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

“Se entenderá que hay falta de servicio cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funcione, funcione mal o funcione tardíamente.

“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.

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria que sean condenados en juicio, por la concurrencia de culpa o dolo de los funcionarios en el

²⁸ El autor señala: “(...) La falta de servicio, como ya se ha señalado, admite graduaciones. En realidad la cuestión es a la inversa: no toda falta es sinónimo de falta de servicio, que consiste precisamente en aquella falta que es susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado. La falta misma que puede constituirla admite graduaciones y, en algunos casos, la falta de servicio sólo existe cuando la falta cometida ha revestido ciertas características de gravedad. Esta distinción es de enorme importancia tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad médica (...)”.

Además menciona: “(...) La situación en la graduación de la falta entre grave y simple es similar. Tratándose de la responsabilidad médica donde se exige falta grave para comprometerla, si la falta no es de carácter grave, ello no significa que no exista la falta, ya que sí existe. Lo que ocurre es que ella no comprometerá la responsabilidad del Estado. En la falta del funcionario, si ella no es de gravedad como para constituir una falta personal, podrá haber falta disciplinaria, pero no comprometerá la responsabilidad del funcionario (...)”. Pedro Pierry Arrau *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1 (2000), pp. 17-27.

*ejercicio de sus funciones o habiendo utilizado elementos proporcionados por el servicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario”.*²⁹

Si bien, en este instante, se pretende reafirmar el fundamento dado en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, la redacción en este Informe Complementario sufre variaciones.

Por un lado se define la falta de servicio, por otro se elimina el anterior inciso primero que era absolutamente claro en cuanto a analogar la “falta de servicio” como “culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio”.³⁰ Tampoco se aprecia que el cumplimiento del protocolo médico exonere de la responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal, pero que sí lo hace el cumplimiento de las leyes o reglamentos que rigen la materia (ya que interpretando a contrario sensu el inciso segundo del artículo 37, no habría “falta de servicio” en tal caso).

4. Discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004)

Luego del Primer Informe complementario de la Comisión Salud del Senado, en la discusión en general del proyecto no se genera un debate que convenga ser destacado, salvo en cuanto a la intervención del senador Jorge Martínez Busch, el que plantea el tema acerca de la carga probatoria en materia sanitaria-pública.³¹

“(…) Señor Presidente, es indudable que éste es un gran esfuerzo que se hace para mejorar la atención de salud de la gran masa de nuestros compatriotas; pero, en esta discusión general de la iniciativa, me asalta una duda en cuanto a los alcances de su Título III, “De la responsabilidad en materia sanitaria”, en un sentido práctico, de cómo va a operar. Porque, en el inciso segundo del artículo 37, se define “falta de servicio” como el incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad. Esto presupone que los usuarios del sistema deben estar informados acerca de cuáles son esas normas legales y reglamentarias. Lo anterior resulta fundamental para determinar los alcances de una falta de servicio”.

²⁹ http://www.bcn.cl/histley/19966/ic_salud_170504.pdf, Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004), pp. 19 y 20.

³⁰ En el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado, el artículo 39 inciso 1° señalaba: “*En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal*”.

³¹ Este tema es analizado profusamente por Eduardo Soto Kloss, *Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia, a propósito de la llamada “falta de servicio”*, en IP 17 (2006), pp. 85-96.

“Frente a esta situación, es necesario imaginarse el escenario en el cual va a funcionar la disposición, para evitar que sea un precepto escrito sin visualización de los procedimientos. Resulta evidente que para exigir la acción de las personas, sobre todo en materia de responsabilidad financiera, se requiere saber cómo va a operar la norma. De lo contrario, no tendría sentido. Ella lanza o plantea una señal que puede entusiasmar, pero después nos podemos encontrar con que no es factible aplicarla. Esto afectaría lo que yo llamo “credibilidad del servicio” y “credibilidad de la idea”, cuestión importante”.

“La norma establece que el particular “deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano”. ¿Cómo va a acreditar el daño el ciudadano común y corriente que recurra al sistema?”.

“Lo planteo por si es posible que en la discusión particular aparezca alguna forma de solución o clarificación al problema (...)”.³²

La alteración de la carga de la prueba ante el daño ocasionado por el Servicio de Salud, es el resultado concreto e inmediato de la teoría de la “falta de servicio”, ya que el Servicio de Salud respectivo no tendrá la obligación de probar que él no lo cometió, sino que el particular tiene que demostrar que mediante la “culpa, mal funcionamiento o negligencia del Servicio” se le ocasionó el perjuicio.

5. Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado (21.7.04)

En esta oportunidad se decidió aprobar el artículo 38 como sigue:

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

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

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

³² http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_190504.pdf, discusión general del proyecto en Sala del Senado (19.5.2004), pp. 56 y 57.

A diferencia del Primer Informe y el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado relativo a este proyecto de ley, en esta ocasión la discusión de las indicaciones realizadas por los senadores al proyecto no da lugar a mayor comentario.

Eso sí, es menester analizar profundamente una indicación al proyecto y constatar la forma en que fue modificado el artículo 38 (anterior 37 y actual 38).

“(…) La indicación N° 95, de los Honorables Senadores señora Matthei y señor Espina, propone incorporar la siguiente frase final al inciso segundo: “Tampoco serán indemnizables los daños en aquellos casos en que se haya dado cumplimiento a los respectivos protocolos médicos. (...) El Honorable Senador señor Espina hizo presente que esta idea se encuentra comprendida en el artículo 37 ya aprobado, debido a que los protocolos están incluidos entre las disposiciones reglamentarias que rigen la actividad médica (...)”.³³

Además de la reiterada intención de limitar el ejercicio de un derecho esencial a pretexto de evitar la “judicialización de la medicina”, en nuestra opinión existe otra motivación (igualmente improcedente) para consagrar la teoría de la responsabilidad “por falta de servicio” en materia sanitaria. Ésta es la sujeción de la responsabilidad del Estado Administrador a un hecho propio del Estado: las leyes y reglamentos que rigen la actividad o los protocolos médicos.

Para comprobar esto, analicemos las opiniones vertidas por el Dr. Hernán Sandoval y el Profesor Pedro Pierry Arrau en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado y la indicación realizada en el Informe Complementario de la Comisión Salud por el Senador Viera-Gallo en consideración a dos pasajes de la redacción de los artículo 38 en etapas anteriores.

“(…) El doctor Hernán Sandoval, Secretario Ejecutivo de la Comisión de Reforma de la Salud, hizo presente que, en derecho comparado, se exime de responsabilidad al médico y al servicio cuando se han cumplido los protocolos de tratamiento. El señor Pierry concordó con lo anterior y añadió que, al cumplirse los protocolos, no hay falta de servicio, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan provenir de errores en los protocolos mismos (...)”.³⁴

“(…) El Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo presente la conveniencia de reincorporar el inciso segundo del artículo 39, que disponía que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio

³³ http://www.bcn.cl/histley/19966/i2_csalud_210704.pdf, Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado (21.7.2004), p. 62.

³⁴ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisora_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004), p. 86.

al acto médico propiamente tal, y propuso discutir el punto con ocasión del segundo informe (...)”.³⁵

El anterior artículo 39 disponía:

*“El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal (...)”.*³⁶

El anterior artículo 37 (actual 38) a su vez señalaba:

*“Se entenderá que hay falta de servicio cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad (...)”.*³⁷

Especialmente sinuosa resulta la redacción de estos pasajes, al confundirse la exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, en razón de “cumplirse los protocolos médicos”,³⁸ y la exoneración de la responsabilidad del médico propiamente tal.

Nos encontramos frente a dos posibles hipótesis:

Primero, que el cumplimiento de los “protocolos médicos” exonere al Servicio de Salud de los daños ocasionados por sus funcionarios en cumplimiento de ellos.

Segundo, que el cumplimiento del protocolo médico sólo exonere al médico como persona natural de su responsabilidad administrativa.

Es ésta última hipótesis la que nos parece la adecuada. Sin embargo, si consideramos las opiniones vertidas por el profesor Pierry y el Dr. Hernán Sandoval, para ellos (y hasta el Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado) el cumplimiento del “protocolo médico” por los funcionarios exonera la responsabilidad del Servicio de Salud.

³⁵ http://www.bcn.cl/histley/19966/ic_csalud_170504.pdf, Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004), p. 20.

³⁶ En el inciso primero del artículo 39 (actual 38) en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004).

³⁷ En el inciso segundo del artículo 37 (actual 38) en el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado (17.5.2004).

³⁸ Los protocolos médicos son definiciones y pautas que tienen por fin guiar la práctica frente a un determinado problema médico. Tales documentos están contenidos en resoluciones del Ministro de Salud denominadas “Normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud de la Ley 19.966”. Estas resoluciones consagran, por tanto, estándares de calidad, normas técnicas y reglas para la ejecución de hechos físicos y obras materiales e inmateriales a que deben sujetarse los órganos de la Administración en la prestación de sus servicios.

Yendo al fondo del asunto, es nuestro parecer que condicionar la responsabilidad del Estado Administrador a un hecho propio (las leyes y reglamentos que rigen la actividad, entiéndase los "protocolos médicos" contenidos en estos instrumentos) es la más peligrosa de las afirmaciones.

Si bien el médico, como persona natural, se podría eximir de la responsabilidad Administrativa al cumplir estos protocolos, el Servicio de Salud no se podría escudar apriorísticamente en el cumplimiento cabal de leyes y reglamentos que contienen la especificación de las condiciones y formas de tratar una enfermedad para evitar responder a la víctima por el daño que le causó.³⁹

Pero ¿qué sucedería si nos acogiésemos a la tesis contraria, es decir, si asumiéramos como posible que el Servicio de Salud esgrima como argumento para su absolución el cumplimiento de los protocolos médicos por parte de sus funcionarios?

Primero, *la actividad médica se desvirtuaría*, ya que sería preferible cumplir los parámetros singularizados en los protocolos antes que realizar un acto no contemplado en ellos que pudiera ser más efectivo a la hora de sanar al paciente.

"(...) el AUGE prioriza soluciones costo-efectivas (la mayor efectividad posible para resolver un problema de salud al menor costo), expresadas a través de protocolos, los que en teoría deben considerar para enfrentar cada patología aquellas soluciones que tienen la mejor relación efecto-costo. Lo anterior nuevamente es un gran cambio, ya que ahora la utilización de protocolos pasa a ser mucho más imperativa que antes de la reforma y "presiona" para que las soluciones que apliquen los profesionales sean aquellas que están protocolizadas e incorporadas en el AUGE".⁴⁰

Si bien el concepto económico es correcto, al tratarse de una actividad en la que el Estado Administrador satisface una necesidad pública esencialmente ligada a la persona humana, no puede dejar de considerarse que, aun cuando se cumplan estos criterios de costo-eficiencia, no necesariamente se adoptará la mejor decisión técnica al seguirse el tenor literal de un protocolo. Esto

³⁹ Por tanto el Servicio de Salud no podría aludir el cumplimiento de la reglamentación que se ha hecho a partir de la aplicación de la Ley 19.966. El Decreto N° 44 (9.1.2007) que "Aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud" (este Decreto detalla las "condiciones y formas en que se garantizará el acceso, oportunidad, calidad y financiamiento" de un sinnúmero de "problemas de salud"), además de esto, existen las llamadas normas técnico médico y administrativo, para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud.

⁴⁰ Héctor Sánchez Rodríguez (Instituto de Políticas Públicas y Gestión en Salud, Universidad Andrés Bello). *Implicancias del AUGE en medicina y cirugía. Ley de Garantías Explícitas*, en *Revista Chilena de Cirugía*, Volumen 58, N° 6 (2006), pp. 397 a 399.

sería elevar los protocolos a la categoría de verdad absoluta y transformar al médico en un mero tramitador de una instrucción, la cual es inoponible para el particular.

*Segundo, la responsabilidad del Estado quedaría degradada a simples actos reglamentarios, emitidos por el propio Estado responsable. Al extremo que, si cumple con los parámetros que él mismo estableció, no quedaría obligado a los daños que genere.*⁴¹

Para terminar, no podría decirse que los protocolos eximen, exoneran o siquiera atenúan la responsabilidad del Servicio Público de Salud, ya que al observar la redacción del artículo en este Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado y en lo sucesivo, no existe elemento alguno que nos lleve a señalar tal afirmación.

Si bien la actividad médica puede regirse por protocolos médicos, los cuales pueden contener una probable ordenación de los pasos a seguir frente a determinada patología, jamás procedería que se convirtieran en elementos que limiten la procedencia de la responsabilidad. Por tanto, cumplir los protocolos médicos no puede ser la fórmula de exoneración de responsabilidad del Estado.

En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado (3.8.04), no hubo modificaciones a este artículo, ni a la materia.

6. Discusión particular del proyecto de ley en Sala del Senado (4.8.04)⁴²

En la discusión en particular, se aprueban reglamentariamente cada uno de los artículos concediéndose a los senadores cinco minutos para exponer sus ideas. No se presentaron intervenciones relativas a la materia, a excepción de la del Senador Viera-Gallo, quien señala:

“(…) La falta de servicio es un concepto suficientemente precisado en la doctrina jurídica y en el Derecho Administrativo (…)”.⁴³

Ineludible resulta el eco de la exposición realizada por Pedro Pierry Arrau en el Primer Informe de la Comisión Salud del Senado,⁴⁴ la cual aunque de gran

⁴¹ A modo de ejemplo, el cumplimiento de las normas técnicas de construcción de viviendas sociales exonerará a los responsables a cargo de su ejecución ante el derrumbe de ellas...

⁴² En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado (3.8.04) no hubo modificaciones a este artículo, ni a la materia.

⁴³ http://www.bcn.cl/histley/19966/disc_part_040804.pdf, en la discusión en particular del proyecto en Sala del Senado (4.8.2004), p. 45.

⁴⁴ http://www.bcn.cl/histley/19966/of_crevisoras_150103.pdf, Primer Informe de la Comisión Salud del Senado (30.4.2004), pp. 83-86.

trascendencia, no engloba necesariamente a la "doctrina jurídica" en Chile (tal como el mismo aclaró en parte).⁴⁵

7. Tercer trámite constitucional. Aprobación con modificaciones en la Cámara de Diputados

No existe discusión ni cambios al artículo 38. Es con este último trámite que finalizan las etapas de elaboración de la ley, restando únicamente el envío de la misma al Presidente de la República (10.8.2004).

8. Texto actual de la Ley 19.966. Promulgación (25.8.2004) y publicación (3.9.2004).

El texto definitivo y actual del artículo 38 quedó como sigue:

"Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

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

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

Como podemos apreciar, en la redacción definitiva del texto se eliminan las siguientes consideraciones, contempladas con anterioridad:

- La igualación del requisito de la culpa del funcionario con la "culpa, negligencia o mal funcionamiento" del Servicio de Salud a objeto que el Estado responda de la lesión causada al particular.
- La exoneración de responsabilidad por cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen la actividad, como de los protocolos médicos.
- La definición de falta de servicio como "culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio".

⁴⁵ Ver el 2.1 de este artículo.

III. Conclusiones

1. La introducción de la “falta de servicio” al régimen de responsabilidad establecido por la Ley 19.966 sólo concierne al tema de la imputabilidad (o el quién debe responder), precisando ciertos elementos que deben concurrir, si el Estado quiere repetir en contra del funcionario que cometió el daño. Se limita solo a eso.

En efecto, la evolución de la redacción del artículo 38 es concluyente en cuanto a que en un primer momento (en el Primer Informe y en el Informe Complementario de la Comisión Salud del Senado) el significado de la expresión “falta de servicio” era realmente el de “culpa, negligencia o mal funcionamiento del servicio” otorgándosele una correspondencia total y absoluta con el fundamento o por qué de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero esto cambia radicalmente. Tal es así, que desde el Segundo Informe de la Comisión Salud del Senado en adelante, los incisos tendientes a consagrar tal teoría fueron eliminados, por tanto también se deberán entender eliminadas las consideraciones para establecerlos.

Sin agregarse algún elemento que haga pensar que nos encontramos frente a un estatuto jurídico consagrador de la “falta de servicio” como fundamento de un estatuto jurídico propio. Al concordar el texto actual del artículo 38 con sus versiones previamente desechadas, cabe decir que no existe modificación al estatuto jurídico general de la responsabilidad del Estado Administrador. Esta, por tanto, conserva sus rasgos de ser constitucional u objetiva (si hay un daño antijurídico, habrá necesidad de repararlo).

Por tanto, la falta de servicio corresponderá entonces a lo que se interpreta en la Ley N° 18.575 en su artículo 42, esto es, una omisión mancomunada del Servicio al ser imposible identificar al funcionario que ocasionó el daño. Por lo anterior, la única consecuencia que acarrea es la imposibilidad del ejercicio de la acción de repetición en favor del Estado.

2. Aun más, tras analizar la evolución y repensar los argumentos dados por la teoría de la “falta de servicio” como “culpa, negligencia o mal funcionamiento del Servicio”, se refuerza la convicción que esta resulta en todo improcedente al ordenamiento jurídico chileno, al imponer requisitos y condiciones que ni la Constitución ni la ley señalan en materia alguna. Tal es así que se olvida del artículo 1° inciso 3°, que consagra el principio de servicialidad, además de oponerse palmariamente a los artículos que configuran el estatuto jurídico de la responsabilidad constitucional y muchos otros.⁴⁶

⁴⁶ Artículos 7° inciso 3 (al crear un estatuto jurídico diverso al que un cuerpo normativo de mayor jerarquía ya ha establecido), 19 número 1 en relación al 19 número 24 (al no garantizar que ante un daño en el “ser” de la persona procederá la indemnización de perjuicios correspondiente), 19 número 2 (al

En este punto, el presente artículo se suma a los múltiples análisis hechos en la materia por otros autores que ratifican lo expuesto.⁴⁷

Es nuestra opinión, la teoría “por falta de servicio” riñe con el ordenamiento jurídico chileno. En el evento que una ley la consagre positivamente no podría aplicarse a razón de su finalidad, *el mantener la indemnidad patrimonial del vicimario que lesiona a la víctima*,⁴⁸ cuando el propósito debiera ser radicalmente inverso, máxime si el primero tiene como fin último el mandato constitucional de servir y reparar a quien ha lesionado.⁴⁹

hacer diferencias arbitrarias entre los regímenes de responsabilidad aplicables al Estado distinguiendo arbitrariamente en relación a la actividad que esté ejerciendo), 19 número 9 (paradójicamente, al coartar los derechos de las personas que se atiendan en un Servicio de Salud a diferencia de las que los hacen en el sistema privado), 19 número 26 (al limitar el libre ejercicio de los derechos por razones extrajurídicas) 38 inciso 2° (al no considerarlo como una norma vinculante, sino como una disposición material).

⁴⁷ Andrés Vásquez Rogat, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial Jurídica Conosur (1999), pp. 49-51. Gustavo Fiamma Olivares, *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N° 2, julio-agosto (1989), pp. 430-440. Osvaldo Oelkers Camus, *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, en Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), N° 37-38, (1985), pp. 365-375, y en *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho, número especial, (Pontificia Universidad Católica de Chile) (1998), pp. 345-352. Jorge López Santa-María, *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística Chilena reciente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, parte primera, sección Derecho (1997), pp. 31-46.

⁴⁸ Ilustra este hecho la exposición del ex Ministro de Salud Sr. Pedro García Aspíllaga, al proponer la incorporación de un proyecto de ley que consagre la teoría de la “falta de servicio” en materia sanitaria. En su opinión de la responsabilidad constitucional u objetiva a su juicio “(...) se pueden seguir situaciones que igualmente son inequitativas como 1) Un colapso del sistema sanitario (...) 2) Los criterios jurisprudenciales pueden terminar dependiendo de pericias forenses (...) 3) La transformación en un sistema de seguridad social (...) que indemniza al pobre en su pobreza y al rico en su riqueza”. Dr. Pedro García Aspíllaga, exposición en el seminario *La judicialización de la medicina*, Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo) 9 (2003), pp. 391-392.

⁴⁹ Se hace indispensable, finalmente, dar mi más sincero agradecimiento a los profesores Iván Aróstica Maldonado y José Manuel Díaz de Valdés Juliá, como a la ayudante del Departamento de Investigación Macarena Urzúa Valenzuela, por los consejos en la realización del presente artículo.