

RESPONSABILIDAD POR FALTA
DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA
Y LEY RICARTE SOTO.
UN ANÁLISIS DOGMÁTICO
Y JURISPRUDENCIAL

RESPONSIBILITY FOR LACK OF SERVICE
IN HEALTH REGULATIONS
AND RICARTE SOTO LAW.
A DOGMATIC
AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

*Luis Acevedo Espínola**
*Esteban Carmona Quintana***

RESUMEN: La falta de servicio implica que el Estado debe responder por casos en los que no actúe debiendo hacerlo, lo haga mal o en forma tardía, y producto de ello, provoque un daño. Ello aplica en materia sanitaria, lo cual no solo se relaciona con la prestación médica propiamente tal, sino, también, con toda la actividad relacionada a ella. La Ley Ricarte Soto pretende solucionar problemas de cobertura, por lo que la transgresión a los deberes establecidos en ella puede configurar una falta de servicio. La jurisprudencia, no obstante, es inexistente, solo encontrándose fallos de recursos de protección.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad del Estado, materia sanitaria; Ley Ricarte Soto.

ABSTRACT: Lack of Service implies that the State must respond for cases in which it does not act by having to do so, does it badly or late, and as a result,

* Abogado. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Profesor USACH, UAR y UNAB. Postulante al Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Correo electrónico luishacevedoe@gmail.com

** Abogado de la Universidad de Chile. Ambos son Postulante al Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Correo electrónico carmona.derechouchile@gmail.com

damage is caused. This is applicable in health regulations, not only covers the medical benefit itself but also the activity related to it. The Ricarte Soto Law pretend coverage for certain illnesses that, if not complied with, it may result in a lack of service. However, jurisprudence is not existent in this regard, only finding protection appeals sentences.

KEYWORDS: State liability, health regulations; Ricarte Soto Law.

I. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR Y FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA

1. Sobre la institución de la falta de servicio en general

En palabras de Pedro Pierry

“La falta de servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo”¹.

Es decir, la falta de servicio se refiere en primer término a un funcionamiento defectuoso de la Administración del Estado o, bien, a un defecto de organización, aunque la noción de funcionamiento defectuoso es variable según las características del servicio y la gravedad de la falta, de modo que –según el autor– no todo mal funcionamiento que genere daño tendrá que ser indemnizado, cuestión de por sí ilusoria y, agregamos, riesgosa para las arcas fiscales.

Se distingue, en todo caso, entre la falta de servicio de la que responde el órgano de la Administración del Estado, de la falta personal, que compete al funcionario que provocó el daño. En este sentido, si el acto es ajeno absolutamente al servicio, la persona solo compromete su propia responsabilidad, pero si su actuación se encuentra vinculada al servicio, su actuar hará responsable al Estado, sin perjuicio del derecho de este último para repetir en contra del funcionario, según sea el caso.

Más en detalle, Pablo Rodríguez indica:

“Hay falta de servicio cuando un órgano público, obrando contra Derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha fun-

¹ PIERRY (1996), p. 2.

cionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado”²,

de modo que el autor se adscribe inmediatamente en una postura claramente identificada, cual es que solo la actividad ilícita genera la responsabilidad del Estado, bien sea material o formal, pero no así la responsabilidad por actividad lícita, pues si se actúa conforme a derecho no puede, en palabras de este autor, generar responsabilidad.

Así, por ejemplo, lo entendió la Corte Suprema en el año 2006, al señalar:

“Para que concurra falta de servicio es menester que exista una obligación legalmente consagrada, respecto de determinado órgano de la Administración, de prestar alguno concreto y específico. Entonces, la responsabilidad operará cuando el servicio a que por ley esté obligado no se preste, se cumpla en forma tardía o de manera insuficiente, y luego exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación, o cumplimiento tardío o inadecuado, y el daño producido”³.

A mayor abundamiento, sostuvo la misma Corte:

“Si bien el legislador no definió lo que debe entenderse por falta de servicio, para la doctrina y la jurisprudencia esta se configura cada vez que un servicio no funciona, no obstante la normativa legal le impone el deber de hacerlo, o lo hace en forma tardía o deficiente y, a raíz de ello, se causa un daño a terceros”⁴.

Se aclara que, en todo caso, en aquellas situaciones en las que existe daño por actividad lícita, de acuerdo con el citado autor, no es la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado, sino que es un asunto de distribución de las cargas públicas, en el sentido del art. 19 n.º 20 de la Constitución, originándose una obligación legal de compensación de una carga especial, a fin de resguardar la igualdad ante las cargas públicas.

Ciertamente esta corriente de pensamiento nos sirve por el momento como marco referencial conceptual de lo que entenderemos por falta de servicio, es decir, la obligación de responder pecuniariamente por parte del Estado cuando no actúa debiendo hacerlo, lo hace en forma tardía o defectuosa y, por ello, provoca daño.

² RODRÍGUEZ (2011), p. 27.

³ *Revista Fallos del Mes*, n.º 573, p. 2373.

⁴ Causa rol n.º 2477-2007. En el mismo sentido, causas rol n.º 5909-2010, 3561-2008, 6210-2008, 2986-2009, 3172-2008 y 7109-2007.

La doctrina ha profundizado en diversos puntos sobre la materia, entre otros, el fundamento de la responsabilidad del Estado, la historia, el derecho comparado, sus características y la prescripción, pero más allá de eso, en este trabajo estimamos pertinente centrarnos en su sustento fáctico y en los elementos que deben concurrir para configurar la responsabilidad del Estado.

En este sentido, siguiendo el régimen jurídico general de la responsabilidad civil extracontractual, se debe acreditar el hecho –actuación u omisión– (el órgano de la Administración no obró debiendo hacerlo, obró en forma tardía o defectuosa), el daño, la relación de causalidad entre ambos elementos, la culpa (falta de servicio) y, además, dar cuenta de la antijuridicidad de la conducta.

Así, tenemos que los tribunales de justicia han señalado como elementos de la responsabilidad del Estado Administrador la falta de servicio, el daño y la relación de causalidad⁵. En algunos casos se ha establecido que la responsabilidad del Estado es subjetiva, debiendo probarse el factor de imputación o que es lo mismo, acreditar la falta de servicio⁶, mientras que en otros bastaría la causalidad material entre el daño y la acción, indicándose que la responsabilidad es de tipo objetiva⁷. Sin embargo, desde aproximadamente el año 2007, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha decantado por señalar que la responsabilidad del Estado por actuaciones de la Administración, es de naturaleza subjetiva.

2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria desde la jurisprudencia

En materia de responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria, según se desarrollará, el factor de atribución también es la falta de servicio. Por mencionar un ejemplo, en causa rol n.º 21599-2017 la Corte Suprema sostuvo:

“La falta de servicio se presenta 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 [...] (art. 42 Ley N°18.575) [...] en materia sanitaria, el 03/09/2004 se publicó la Ley N°19.966 que establece un régimen de garantías en salud, cuerpo normativo que introduce el art. 38 [...] igual que la Ley N°18.575”⁸ (destacado es nuestro).

⁵ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, rol n.º 4769-2005.

⁶ Véanse causas rol n.º 6274-2007, 4998-2008, 3151-2007, 5667-2006, 4092-2007 y 41-2004, Corte Suprema.

⁷ Véanse causas rol n.º 1650-2007, 1768-2007, 1496-2007, 4871-2006, 6118-2005 y 1559-2005, Corte Suprema.

⁸ Causa rol n.º 21599-2017, Corte Suprema.

Como ya vimos, los elementos de la responsabilidad, que también se aplican a este ámbito, son:

- a) la conducta (acción u omisión);
- b) el daño;
- c) la relación causal y
- d) el criterio de imputación.

Dicho esto, vamos mencionando ejemplos jurisprudenciales en los que se observa y describe cada uno de los elementos:

En primer lugar, en cuanto a la conducta, el art. 38 de la Ley n.º 19966 establece que “el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano”, contemplando como hipótesis el obrar mal, en forma tardía o el omitir obrar debiendo hacerlo.

Como ejemplo del caso en que el servicio *obró mal*, se puede citar la causa rol n.º 99898-2016, en la que la Corte Suprema sostiene:

“En la especie, se administró Misotrol a la demandante durante 12 días, en circunstancias que los documentos analizados contemplan un lapso máximo de 72 horas para el tratamiento completo de evacuación uterina en caso de aborto retenido. El exceso de tiempo aludido configura una infracción a la *lex artis*”⁹.

Acá claramente se observa como hipótesis el obrar mal, pues la indicación médica excedió la dosis recomendada según la *lex artis* médica, provocando con ello el daño en el afectado.

Como ejemplo del caso en que el servicio *obra en forma tardía*, encontramos el caso rol n.º 29089-2014, en el que la Corte Suprema resuelve:

“En la especie [...] una adecuada vigilancia antenatal es la base de todas las estrategias destinadas a disminuir la morbilidad y mortalidad perinatal [...] el servicio de salud funcionó tardíamente con las consecuencias que de ello se observaron [...] impidió una detección oportuna”¹⁰.

Como se observa, el caso se refiere a una hipótesis de pérdida de la chance, pues la vigilancia debió ser oportuna, con lo cual se hubiera detectado el problema y evitado un daño.

Finalmente, como ejemplo del caso en que el servicio *no obra derechamente*, debiendo hacerlo por mandato legal, encontramos la causa rol n.º 1287-2014, donde la Corte Suprema señaló:

⁹ Causa rol n.º 99898-2016, Corte Suprema.

¹⁰ Causa rol n.º 29089-2014, Corte Suprema.

“Resulta evidente que la cadena de faltas atribuidas al personal de enfermería y médico del Hospital Von Buren, privó al sr. de la oportunidad de evitarse el daño resultante”¹¹,

hechos que se traducían en lo que era definitivamente una serie de omisiones del servicio debiendo obrar, que provocaron el daño definitivo en el paciente.

El segundo elemento es el daño, el cual en materia sanitaria mayormente reviste criterios de gravedad y que atentan directamente contra la integridad del paciente e, incluso, contra su vida. Observando ejemplos jurisprudenciales, la Corte Suprema se ha pronunciado en materia de daño de responsabilidad sanitaria, en el contexto de falta de servicio, en el sentido de que la indemnización cubre el principio de reparación integral del daño, incluyendo en él tanto el daño emergente como el lucro cesante y el daño moral.

Ahora bien, han existido dos conceptos que han sido debatidos a este respecto, como son la teoría de la pérdida de la chance, por un lado, y la cobertura del daño moral, por el otro. Respecto de lo primero, la Corte Suprema ha sostenido:

“La pérdida de la chance se hace indemnizable solo 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”¹²,

de modo que, en general, este daño no es indemnizable, pero sí lo será cuando se afecta realmente la probabilidad de quedar en mejor condición, sea porque obtiene algo o por suprimir un riesgo.

Por otro lado, en cuanto al segundo punto, la Corte Suprema, en causa rol n.º 47936-2016, sostuvo:

“Si es que se debe reparar la pérdida de oportunidad de sobrevivir, el Juez no puede condenar al médico a establecer una indemnización igual a la que debería si él hubiera realmente matado al enfermo [...] la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida. Para efectuar la referida estimación, el Tribunal acude al Baremo Jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte”¹³,

de modo que en materia de determinación del monto de daño moral, en caso de pérdida de la chance, distingue entre si se provocó o no el resultado, pues

¹¹ Causa rol n.º 1287-2014, Corte Suprema.

¹² Causa rol n.º 11526-2017, Corte Suprema.

¹³ Causa rol n.º 47936-2016, Corte Suprema.

es diferente la ventaja esperada a la pérdida efectivamente sufrida. Para ello, en la práctica, se acude al Baremo Jurisprudencial.

En tercer lugar, se debe acreditar la relación causal entre la conducta y el daño, cuestión que representa cierta dificultad. Observando la jurisprudencia, la Corte Suprema, consciente de esta mayor dificultad, sostuvo en causa rol n.º 2378-2018:

“En este caso, los sentenciadores establecieron el nexo causal, para determinar el factor de imputación, falta de servicio, sobre la base de presunciones judiciales que construyeron a partir de la prueba documental, testimonial y confesional rendida en juicio”¹⁴,

siendo por tanto válido el medio de prueba de las presunciones, pues la prueba directa es algo bastante más complejo en esta materia.

Por su parte, y en un sentido similar, la Corte Suprema, en causa rol n.º 15257-2014 sostuvo:

“En materia sanitaria la certidumbre sobre la causalidad es difícil de establecer, de suerte que se ha señalado que en estos regímenes de responsabilidad muchas veces solo será posible efectuar una estimación de probabilidad de que el daño se deba a un hecho por el cual el demandado deba responder”¹⁵.

De este modo, puede admitirse con mayor flexibilidad las presunciones e, incluso, considerarlas como un estándar de convicción, que se configura como un examen de probabilidad más que de certeza absoluta o más allá de toda duda razonable¹⁶.

En cuarto lugar, el siguiente elemento es el criterio de imputación –falta de servicio– al cual ya hemos hecho referencia, rescatando que en la historia de la aplicación de dicho instituto existieron posiciones contradictorias¹⁷.

Ahora bien, en la jurisprudencia se ha observado también otros dos aspectos problemáticos: por un lado, la situación de la falta personal, y, por otro lado, el cómputo de la prescripción. En relación con lo primero, la Corte Suprema ha sostenido:

¹⁴ Causa rol n.º 2378-2018, Corte Suprema.

¹⁵ Causa rol n.º 15257-2014, Corte Suprema.

¹⁶ Sin perjuicio de lo señalado, podría estudiarse en otra oportunidad si estos dos fallos son mayoría en la jurisprudencia de la Corte Suprema y así también si corresponden, efectivamente, a una alteración de las reglas probatorias, pues las presunciones en general se admiten, por un lado, y el estándar de convicción en materia civil en general es el de probabilidad, a diferencia del estándar en materia penal de convicción más allá de toda duda razonable.

¹⁷ Véanse notas al pie n.ºs 6 y 7.

“Cuando [...] la falta personal se encuentra vinculada con el servicio, sea porque se ha cometido en el desempeño de la función o con ocasión de la misma, o con los medios proporcionados por el servicio, el Estado también responde, sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra el funcionario por la totalidad del monto que el Estado ha debido desembolsar. Se dice aquí que hay cúmulo de responsabilidad sin cúmulo de falta, por cuanto tanto el Estado como el funcionario son responsables –cumulo de responsabilidad– pero únicamente hay una falta personal y no una falta de servicio, o sea, no existe cúmulo de faltas”¹⁸.

Si existe una falta personal, y esta no es totalmente separable del servicio, el Estado igualmente deberá responder, confiriéndose al Estado en esos casos la posibilidad de repetir contra el funcionario.

Por su parte, en relación con la prescripción, el art. 40 de la Ley n.º 19966 señala que la acción contra el Estado prescribe en cuatro años desde la actuación u omisión, mientras que, de acuerdo con el art. 38 inciso final de la misma ley, la acción de repetición prescribe en dos años desde la sentencia firme y ejecutoriada que condena al Estado por falta de servicio. No obstante, se presenta el problema en aquellos casos en que el daño se manifiesta con posterioridad a la conducta, es decir, es diferido en el tiempo e, incluso, luego de los cuatro años que prevé la ley.

De seguir una interpretación literal, claramente la acción en este último caso nace prescrita, pero si formulamos una interpretación conforme a exigir la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad para efectos de computar la prescripción, la prescripción tendría que contabilizarse desde el daño, no así desde la acción u omisión.

Al respecto, la Corte Suprema, en causa rol n.º 83397-2016, sostuvo:

“El inicio del cómputo del término de prescripción no puede, en este caso, considerar única y exclusivamente la fecha de la operación errada, por cuanto el error no fue conocido por la paciente sino hasta ser examinada por otros facultativos en un establecimiento distinto, al cual se vio obligada a concurrir ante la persistencia de sus síntomas. Por tanto, la extinción de la acción no puede sino comenzar a contarse desde la manifestación del daño, pues es tal circunstancia la que hace nacer la pretensión indemnizatoria”¹⁹.

¹⁸ Causa rol n.º 37438-2017, Corte Suprema.

¹⁹ Causa rol n.º 83397-2016, Corte Suprema.

3. *Algunas notas acerca del procedimiento de mediación*

Pues bien, abordados en forma sucinta todos los elementos de la responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, con los últimos dos puntos que ponen en cuestión asuntos que en ocasiones son controvertidos, en este apartado explicaremos brevemente un aspecto procesal exigible por regla general como requisito de la acción de responsabilidad, a saber, la mediación previa.

En efecto, el art. 43 de la Ley n.º 19966 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 [...]”,

aunque se presenta como problema aquellos servicios que no son ni de red asistencial ni instituciones privadas, como ciertos consultorios. Así también, hay algunas instituciones que se eximen de este trámite como ocurre con el hospital de la Fach, por ejemplo.

Abordando un poco más el punto, corresponde señalar que la mediación es un proceso en el que las partes, con el auxilio de un tercero, intentan resolver su controversia extrajudicialmente, en el plazo de sesenta días prorrogables a ciento veinte por mutuo acuerdo, de modo que en caso de llegar a acuerdo sobre el fondo del asunto, se evita la acción judicial, mientras que en caso de terminar en mediación frustrada, la vía judicial queda posibilitada.

Un aspecto sumamente relevante en términos prácticos es que, durante el proceso de mediación y conforme lo señala el inciso final del art. 45 de la dicha ley, el plazo de prescripción se suspende, tanto en relación con las acciones civiles como penales.

Otro punto relevante es que conforme al art. 51 todas las declaraciones y actuaciones efectuadas durante el procedimiento de mediación serán secretas, y la infracción a esta reserva origina la responsabilidad penal por el delito establecido en el art. 247 del *Código Penal*.

Finalmente, los montos totales posibles de indemnizar vía acuerdo en mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, están previamente fijados por el Ejecutivo, a diferencia de la mediación con instituciones privadas ante la Superintendencia. Naturalmente, dichos montos varían según el tipo o gravedad del daño en cuestión, siendo mayores aquellos que proceden por muerte del paciente, seguidos de invalidez total, parcial, etcétera.

II. ALGUNAS CUESTIONES DOCTRINARIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR EN MATERIA SANITARIA

1. Sobre el alcance de la expresión “materia sanitaria”

Como se señaló anteriormente, el art. 38 de la Ley n.º 19966, establece la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, indicando, asimismo, que el factor de atribución de responsabilidad por aquellas actuaciones u omisiones es la falta de servicio.

Uno de los primeros aspectos que resulta pertinente dilucidar, a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de este estatuto jurídico, es el alcance de la expresión “materia sanitaria”.

El *Diccionario de la lengua española* (RAE) define ‘sanitario’, en su primera acepción, como aquello “perteneiente o relativo a la sanidad”. Por su parte, en lo que respecta al vocablo ‘sanidad’, la tercera acepción lo define como aquel “conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud del común de los habitantes de la nación, de una provincia o de un municipio”²⁰.

La jurisprudencia nacional, especialmente de la Corte Suprema, ha entendido que el estatuto de responsabilidad en esta materia genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que estos sufran a consecuencia de la actuación de los servicios de salud del Estado²¹.

Sin embargo, estimamos que la expresión “materia sanitaria” es más amplia que la actividad que efectúan los servicios de salud, entendiendo por tales aquellos órganos de la Administración de tipo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, a los que les corresponde:

“La articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud, como también la rehabilitación y cuidados paliativos de las personas enfermas”²².

Del mismo modo, la expresión en estudio tampoco puede reducirse a la actividad médica propiamente tal, es decir, a las prestaciones que realiza

²⁰ *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., versión 23.4. Disponible en <https://dle.rae.es> [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2020].

²¹ Causa rol n.º 9554-2012, c. 11º, Corte Suprema.

²² Según el art. 16 del decreto con fuerza de ley n.º 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.º 2763, de 1979 y de las Leyes n.º 18933 y n.º 18469. En el mismo sentido, el art. 1.º del decreto supremo n.º 140, del Ministerio de Salud de 24 de septiembre de 2004, que fija el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud.

un facultativo de la salud (negligencias médicas), a pesar de que dichas actuaciones constituyen un gran número de casos que acarrearán la responsabilidad del Estado en esta área por su cercanía con el usuario y la habitualidad.

Por todo lo anterior, para los efectos de este trabajo la definición que consideramos más comprensiva es la que proporciona Fabián Huepe, quien señala que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria es:

“La obligación jurídica que pesa sobre el Estado y sus organismos de reparar los daños causados a los particulares por las acciones y omisiones ocasionadas con motivo de las prestaciones de salud efectuadas por dichos órganos, *tales como* consultorios, hospitales públicos, y en general, el Servicio de Salud”²³.

En similar sentido, se ha escrito que la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria se refiere en general a

“La responsabilidad patrimonial que pesa sobre los órganos estatales que tienen encomendada la misión de brindar tratamiento médico a la población”²⁴.

También, se ha señalado que estamos ante un régimen especial que se aplica, de acuerdo con el espíritu de la Ley n.º 19966, a todo organismo administrativo que intervenga en materia sanitaria, y no solo a los hospitales integrantes de la red asistencial pública de salud²⁵.

Como se aprecia, atendido el uso de la expresión “tales como”, no se establece –ni tampoco corresponde hacerlo– una enumeración taxativa de organismos por los cuales responde la administración sanitaria del Estado. Es más, dichas aproximaciones resultan conciliables con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º del decreto con fuerza de ley n.º 1, de 23 de septiembre de 2005, del Ministerio de Salud, en tanto la protección, promoción, recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma, compete a todos los órganos públicos que se crean y regulan en el libro I de dicha ley, entre otros, el Ministerio de Salud, los Servicios de Salud, los establecimientos de autogestión en red y los de menor complejidad; el Fondo Nacional de Salud (Fonasa), el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast).

En definitiva, como se verá más adelante, el concepto amplio de “materia sanitaria” permite también aplicar el estatuto especial de responsabilidad del Estado que prevén el art. 38 y siguientes de la Ley n.º 19966, res-

²³ HUEPE (2012), p. 133.

²⁴ CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 7.

²⁵ VALDIVIA (2019), p. 216.

pecto de las actuaciones u omisiones de la autoridad sanitaria que infrinjan los deberes legales establecidos en la Ley n.º 20850²⁶ (Ley Ricarte Soto) y que, en definitiva, afecten o lesionen causalmente a los beneficiarios de dicho sistema.

2. Naturaleza del estatuto de responsabilidad

Podemos señalar brevemente que, al igual que el estatuto general, en un primer momento tanto la doctrina como la jurisprudencia consideraron que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria era de tipo objetiva, esto es, siguiendo la clásica posición de Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma, un estatuto en el que se prescinde de la culpa de un agente y de la licitud o ilicitud de la actuación, bastando la causalidad material y un resultado dañoso (lesión) para ordenar al Estado la debida reparación pecuniaria^{27, 28}.

Sin embargo, con la dictación de la Ley n.º 19966, cuyo título III se denomina, precisamente, “De la responsabilidad en materia sanitaria” y que establece expresamente la falta de servicio; ya con mayor firmeza la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado este estatuto especial de responsabilidad como uno de tipo subjetivo en el que se requiere la determinación de un factor o criterio de atribución asimilable a la “culpa del servicio”, entendida clásicamente como un defecto en la actuación del órgano o una infracción a un deber de actuación, sea por que el servicio no actuó debiendo hacerlo o, bien, lo hizo tardía o imperfectamente²⁹. Lo anterior significa que la responsabilidad ya no se verifica de forma “automática” cuando existe un daño, sino que previamente el juez debe determinar, mediante las pruebas rendidas en juicio, la existencia de un deber legal de actuación y cómo este ha sido infringido. La jurisprudencia que sostiene lo contrario, esto es, la responsabilidad objetiva, es cada vez más escasa, no encontrándose ninguna luego del año 2007.

3. Clasificación doctrinaria de la responsabilidad del Estado en materia sanitaria

La doctrina nacional, en un esfuerzo sistematizador y pedagógico, ha elaborado algunas clasificaciones de la responsabilidad del Estado y la falta de servicio

²⁶ La Ley n.º 20850, crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a Luis Ricarte Soto Gallegos.

²⁷ SOTO (1981), pp. 39-45; SOTO (2008), p. 401 y FIAMMA (1989), p. 434.

²⁸ Para un estudio profundizado de las posturas acerca de la naturaleza de la responsabilidad del Estado Administrador, véase CARMONA (2016), p. 36 y ss.

²⁹ Entre otros, CÁRDENAS (2008), p. 804.

en materia sanitaria, las cuales resultan útiles para ubicar y caracterizar las actuaciones u omisiones dañosas que provengan a causa de la infracción a las normas de la Ley n.º 20850.

En primer término, Fabián Huepe proporciona la siguiente clasificación³⁰:

- a. *Falta de servicio producida por una "falla estructural del servicio"*. De acuerdo con el autor, aquí lo determinante es que el hecho dañoso se haya producido porque:
 - a) ha fallado la infraestructura del servicio;
 - b) falta de equipamiento necesario para la atención o
 - c) faltan las condiciones necesarias para la atención del paciente.
- b. *Falta de servicio producida por una "falla en la organización"*. El autor nos indica que lo relevante es que el hecho dañoso provenga de un elemento humano (entendido como error en la organización y no como una conducta individual). Se refiere a la falta de servicio producida, entre otras, por:
 - a) falta de cuidado del personal médico o auxiliar,
 - b) mal disposición de los turnos,
 - c) demoras en atención producidas por una errónea organización de las medidas de contención.
- c. *Falta de servicio producida por una "falta personal"*. En este caso, lo determinante es la actuación negligente de un médico o funcionario individualizado, que hace responder al Servicio.

Por su parte, José Miguel Valdivia³¹ ofrece la siguiente clasificación, distinguiendo claramente dos ámbitos:

- 1) responsabilidad médica, es decir, la que surge por la participación de un médico (o facultativo) en la ejecución de prestaciones médicas, y
- 2) los demás casos en que intervienen otras personas o simplemente el daño proviene del funcionamiento del servicio³².

a. Falta de servicio en el campo médico:

- a.1 *Errores o defectos de diagnóstico*: señala que la jurisprudencia exige que se demuestre la infracción a la *lex artis*, como un comportamiento positivo del médico en la práctica del diagnóstico, por ejemplo, en la omisión de averiguaciones o exámenes pertinentes

³⁰ HUEPE (2012), pp. 137-147.

³¹ VALDIVIA (2019), pp. 231-241.

³² Según el autor, la importancia de la distinción es la aplicación de los estándares de la *lex artis*, aunque no se traduce en la existencia de regímenes distintos de responsabilidad, pues en ambos casos rige la responsabilidad por falta de servicio.

o por apartarse de (no tomar en cuenta) los antecedentes técnicos disponibles.

Según el autor, no podría establecerse la falta de servicio en este ámbito a partir del hecho de que el médico no haya detectado la dolencia que aqueja al paciente (obligación de medio). Tampoco estaría dentro de este supuesto las irregularidades administrativas que derivan en una no comunicación de un diagnóstico o de una comunicación errónea, o demoras en los procedimientos (responsabilidad no médica).

- a.2 *Materialización de un tratamiento (incluidas las intervenciones quirúrgicas)*: aquello ocurre, por ejemplo, cuando un paciente es operado en otra zona, es sometido a un tratamiento distinto al programado o cuando se opera sobre la base de los antecedentes de otro paciente. Acá la culpa médica puede consistir en la falta de pericia de un profesional (intervención genera mayores problemas o se olvidan insumos dentro del cuerpo del paciente).

b. Falta de servicio en el campo no médico

- b.1 *Culpas del personal no médico*: el autor identifica este rubro con los cuidados brindados al paciente, en general por inobservancia de estándares prudenciales cuyo establecimiento no requiere calificaciones técnicas complejas. Por ejemplo, curaciones, traslados del paciente. También se incluyen los defectos de vigilancia de los pacientes (por ejemplo, huida de pacientes psiquiátricos) y de su estado de salud.
- b.2 *Las gestiones administrativas*: tienen relación con irregularidades imputables globalmente a la organización del Servicio como, por ejemplo, extravío de antecedentes relacionados con el paciente, desórdenes en la entrega de exámenes o resultados e inadecuación de los medios (deficiencia o insuficiencia de los medios con que cuenta un establecimiento).

De acuerdo con las categorías mencionadas, tenemos que las infracciones a la Ley n.º 20850 pueden ser clasificadas como faltas o fallas administrativas en el campo no médico, según la propuesta de José M. Valdivia, y como una falla en la organización del servicio, atendido lo señalado por Fabián Huepe, en el entendido de que estas provendrían del no inicio o seguimiento a los procedimientos establecidos en la mencionada ley, a los efectos de incorporar al fondo que allí se regula, tratamientos o medicamentos de alto costo.

4. Algunos aspectos doctrinarios de la falta de servicio en esta materia

La doctrina nacional constata que la noción de falta de servicio en materia sanitaria coincide con la del estatuto general de responsabilidad establecido en el art. 42 de la Ley n.º 18575, cuya caracterización jurisprudencial coincide con la “no prestación de servicio debiendo prestarse o cuando prestándose, se realiza en forma deficiente o tardía”, y que, además, en tanto elemento de imputabilidad subjetivo requiere de prueba por parte de quien la alega –es decir, la víctima–, de conformidad a la regla establecida en el art. 1698 del *Código Civil*³³.

Sin embargo, existen posturas doctrinarias que reconocen particularidades de este instituto en materia sanitaria. Así, por ejemplo, se ha escrito que, si bien la jurisprudencia aplica de modo ortodoxo la falta de servicio, la adapta a las singularidades de la salud pública, de este modo

“La falta de servicio depende fundamentalmente de la conjugación de dos factores: la índole técnica de las prestaciones sanitarias y la categorización de prestaciones correspondientes a distintos tipos de instituciones”³⁴.

Otro ejemplo que postula diferencias con el régimen general es la tesis de Pedro Pierry, quien respecto a la falta de servicio en materia sanitaria, pero específicamente a las actuaciones u omisiones médicas, estima que debe aplicarse el tratamiento que el derecho francés ha dado al instituto, esto es, debe asimilarse a un régimen jurídico de falta grave, es decir, a una “falta manifiesta y de particularidad gravedad”. Aquello, como se aprecia, constituye una alteración a la regla general que el autor justificaría por la particular dificultad de la actividad estatal en estas materias, conciliando de esta forma los derechos del Estado con los de los particulares³⁵.

Precisamente, a juicio del autor, la dificultad intrínseca de la actividad médica genera que ciertas faltas puedan ser excusables. Entonces, una carencia normativa de graduación (entre falta grave y simple) unida a la creencia de que cualquier tipo de falta compromete la responsabilidad estatal, podría impedir que la Administración actuara eficaz y prontamente, para no poner en riesgo su responsabilidad.

Debemos precisar que dicha postura doctrinaria aplicaría, según el propio autor, únicamente a la actividad médica, entendiendo como tal aquella que solo puede ser ejecutada por un médico cirujano o por un auxiliar

³³ PIZARRO (2010), pp. 192-195.

³⁴ VALDIVIA (2019), p. 221.

³⁵ PIERRY (2002), p. 68.

bajo el control directo de un médico, y no a toda la actividad que va asociada a la atención y tratamiento del paciente.

Por tanto, en aquellas actuaciones que no constituyen actos médicos, para el referido autor volveríamos a la regla general de la “falta simple”, tal como ocurre con los daños provenientes de una mala organización o funcionamiento del servicio, por ejemplo, en la utilización de artefactos defectuosos, insuficiente vigilancia del paciente, retardos en la atención, ausencia de personal calificado y, entre nosotros, aquellas actuaciones u omisiones lesivas que derivan de la inobservancia a los deberes establecidos en la Ley n.º 20850.

Sin perjuicio de que aquella postura es atendible, consideramos que la falta de servicio en materia sanitaria merece una especial revisión en lo que respecta a sus aspectos probatorios. En efecto, estamos ante un ámbito altamente técnico en el que resulta notoria la asimetría de información entre el agente del daño y el afectado. Aquello provoca grandes dificultades a la víctima del daño para probar, tal como lo establece la regla general del art. 1698 del *Código Civil*³⁶, que el órgano estatal incurrió en una falta imputable, aspecto que a nuestro juicio debe ser morigerado o corregido mediante una interpretación pro persona.

En tal sentido, parece aconsejable que en este ámbito el juez de la causa acuda a la institución de las presunciones o, bien, se incorpore a este ordenamiento sectorial reglas como la carga dinámica de la prueba³⁷.

Sobre el particular, existen sentencias de los tribunales superiores de justicia que han dado por acreditada la falta de servicio utilizando presunciones judiciales.

En efecto, y a mayor abundamiento, en un caso en que el afectado alegó que el tribunal de alzada había vulnerado el art. 1698 del *Código Civil*, alterando con ello el *onus probandi* a favor del Servicio de Salud, toda vez que no le correspondía probar que los paños o compresas encontrados dentro de su cuerpo provenían del hospital El Salvador y de esta manera tampoco era su obligación el demostrar que tales apósitos habían causado la infección padecida, la Corte Suprema resolvió:

“Que tales hechos acreditados constituyen indicios suficientes que permiten presumir la falta de servicio alegada así como la relación de causalidad existente entre ésta y el daño sufrido por el actor. En efecto, correspondía al Servicio de Salud demandado acreditar que los elemen-

³⁶ El art. 1698 inciso primero del *Código Civil*, establece: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

³⁷ Sobre el particular y en mayor profundidad, CARMONA (2016), p. 248 y ss.

tos o cuerpos extraños encontrados [...] no fueron introducidos en su organismo en la cirugía que le precedió [...]”³⁸ (destacado es nuestro).

En otro ejemplo, un mal diagnóstico médico sumado a que la paciente no contó con una hospitalización rápida y adecuada para su estado de salud, permitieron a la Corte de Apelaciones de Concepción probar la falta de servicio mediante presunciones judiciales. En efecto, la sentencia señaló:

“[...] puede colegirse que en la especie concurren una serie de hechos y circunstancias que permiten al tribunal extraer presunciones, que por reunir los requisitos del artículo 1712 inciso 3° del Código Civil, se deben estimar suficientes para constituir plena prueba [...] el error de diagnóstico en que incurrió el médico de turno [...] obedeció a una falta de diligencia de su parte, o dicho de otra manera, a una impericia en el análisis de la sintomatología que presentaba la paciente, que trajo como necesaria consecuencia un erróneo tratamiento médico posterior, lo que se agudizó por el hecho de haber sido hospitalizada durante la noche y parte de la mañana en una silla y en el pasillo del centro asistencial, por falta de camas en ésta [...]”³⁹ (destacado es nuestro).

Para corregir de forma efectiva la desigualdad de las partes en este tipo de procedimientos contenciosos, y posibilitar así la obtención de una sentencia más justa, urge que el legislador prevea instituciones como la carga dinámica de la prueba, esto es, facultar al juez para requerir de las partes, con prescindencia de su interés o posición procesal, antecedentes probatorios de conformidad a la facilidad, disponibilidad y circunstancias del caso o, bien, hacerlo respecto de quien se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarlos⁴⁰.

En esta materia el art. 294 inciso segundo del *Proyecto de Código Procesal Civil*, aún en tramitación en el Congreso Nacional⁴¹, propone:

“El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”.

³⁸ Causa rol n.º 9140-2009, c. 3º, Corte Suprema.

³⁹ Causa rol n.º 469-2012, c. 17º, Corte de Apelaciones de Concepción.

⁴⁰ GONZÁLEZ (2012) p. 365.

⁴¹ *Boletín* n.º 8197-07, en segundo trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Estimamos que las dos instituciones antes señaladas pueden constituir una adecuada solución al problema probatorio de la falta de servicio en materia sanitaria, sobre todo si se impone jurisprudencialmente la postura doctrinaria de Pedro Pierry, que, como vimos, pretende elevar la gravedad de la falta para hacer responsable al Estado lo que se refiere actos médicos, tesis que además sostiene la admisión restringida de presunciones de falta de servicio en aquel específico ámbito⁴². Otro punto podría debatirse en cuanto al estándar de convicción.

III. LEY N.º 20850, LEY RICARTE SOTO Y JURISPRUDENCIA

La Ley n.º 20850, conocida popularmente como “Ley Ricarte Soto”, crea un sistema de protección financiera para el otorgamiento de diagnóstico y tratamiento de alto costo que declare el Ministerio de Salud mediante decreto supremo, conforme al art. 1, indicando en dicho acto administrativo las enfermedades que estarán cubiertas por este sistema de protección.

Para lo anterior, la ley crea un fondo de tratamiento de alto costo, constituido, conforme al art. 20 de la ley, por:

- a) un aporte fiscal anual;
- b) donaciones, herencias y legados;
- c) aporte internacional y
- d) rentabilidad que provenga de la inversión de recursos.

En términos de aplicación y procedimiento, conforme al art. 5 de la ley, la enfermedad debe estar indicada en el decreto supremo y siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre otros, que los tratamientos o medicamentos sean más costosos que el umbral determinado por el Ministerio de Salud y de Hacienda en conjunto, conforme los parámetros indicados en el art. 6.

Luego, si el diagnóstico en cuestión incorpora la situación del paciente dentro de esas enfermedades o patologías, aún se exigen ciertas condiciones, como:

- a) que el diagnóstico y tratamiento tengan una evaluación científica favorable, es decir, que pueda mejorarse, conforme al art. 7;
- b) que sea asimismo recomendado conforme al art. 8 y
- c) incorporados de acuerdo con el art. 9.

Cumplándose todos y cada uno de los requisitos señalados, el Estado tiene el deber de, a solicitud del ciudadano, abrir el procedimiento y tra-

⁴² PIERRY (2002), p. 69.

mitarlo conforme a la ley, revisando los requisitos y, en su caso, otorgar la cobertura si los cumple, rechazándolo en caso contrario. De no cumplir con este deber o de hacerlo en forma tardía o, bien, defectuosa, estimamos que podría verificarse una hipótesis de falta de servicio, cumpliéndose el primero de los requisitos indicados en el primer acápite de este trabajo.

Si bien a la fecha no hemos encontrado alguna sentencia de los tribunales superiores de justicia que se refieran directamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones u omisiones de la Ley n.º 20850 y que constituyan una falta de servicio, ni tampoco hemos tomado conocimiento de la tramitación de alguna demanda de responsabilidad en primera instancia; existen múltiples fallos de la Corte Suprema en sede de protección.

Cabe advertir que las causas de que conocen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en sede de protección nunca tendrán las características de un contencioso de plena jurisdicción, pues solo constituyen un remedio urgente para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de las personas en lo que se refiere a la amenaza, perturbación o privación de ciertas garantías constitucionales. En efecto, en esta sede no puede solicitarse ni resolverse la reparación pecuniaria a un daño producido por un agente, lo que es privativo de un proceso de lato conocimiento, que en nuestro ordenamiento se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario ante los tribunales civiles.

Sin perjuicio de lo anterior, analizar la jurisprudencia referida a los recursos de protección es de utilidad para efectuar una prognosis respecto al tema que nos convoca, por cuanto en ella pueden establecerse criterios o algunos estándares acerca de los deberes del Estado en materia de financiamiento de fármacos o tratamientos de alto costo, los que seguramente serán recogidos por los tribunales de primera instancia al conocer de las eventuales demandas de responsabilidad.

Sobre el particular, corresponde referirnos brevemente a un completo estudio que sobre esta materia realizó el Observatorio Judicial⁴³. El informe señala que, si bien entre 2014 y 2018 de manera incipiente las personas acudieron a los tribunales superiores de justicia para solicitar del Estado el financiamiento de tratamientos y medicamentos de alto costo (principalmente Soliris, Spinraza y Vinzimin), durante el año 2019 se observa una notable expansión de los recursos de protección interpuestos, aumentando en 6,6 veces en comparación a 2018 y, asimismo, el universo de tratamientos o fármacos requeridos.

⁴³ OBSERVATORIO JUDICIAL (2020).

En efecto, se constata que durante el año pasado se interpusieron ante las Cortes de Apelaciones un total de ochenta y siete recursos, de los cuales un 53 % fue acogido y un 47 % rechazado, mientras que en la Corte Suprema, conociendo de las apelaciones, un 85 % de las veces ordenó al Estado financiar el tratamiento o medicamento requerido.

En cuanto a los argumentos, el estudio señala que, en términos generales, el voto de mayoría identifica que el derecho a la vida tiene un rango constitucional superior a las finanzas públicas o condiciones económicas del Estado, mientras que el voto de minoría apunta a la existencia de una normativa que regula el financiamiento de tratamientos de alto costo, y que acoger la pretensión del recurrente implicaría interferir en políticas públicas de salud.

Hacia el final, el estudio concluye que el costo para el Estado, a consecuencia de las sentencias estimatorias que ordenan el financiamiento del tratamiento o medicamento, ascendería a un total de USD 19830216.

A continuación revisaremos algunos casos cuyas sentencias han sido dictadas durante el año en curso. En términos metodológicos nos referiremos sucintamente a los hechos, al veredicto de la Corte Suprema y luego a un consolidado de los argumentos para acoger y rechazar las acciones de protección en esta materia.

En el primer caso⁴⁴, se recurrió en favor de una niña diagnosticada con una rara enfermedad denominada “Lipofuscinosis Neuronal Ceroida Tipo” o “CLN2”, que provoca degeneración progresiva y muerte prematura. Los recurrentes señalaron que, atendido el avance de la enfermedad para tratar y detener eficazmente la sintomatología, era necesario el suministro del fármaco “Brineura”, aprobado por la Agencia Americana de Alimentación y Fármacos (FDA) y por la Agencia Europea del Medicamento (EMA) en abril de 2017, cuyo valor es de aproximadamente USD 27000 cada dos semanas, es decir, un promedio de USD 486000 al año.

Aquí la Corte Suprema revocó la sentencia apelada, declarando que se acoge la acción de protección deducida, ordenando la cobertura y financiamiento del fármaco requerido “mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento indicado”. En el voto de mayoría concurrieron los ministros Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval y. Ángela Vivanco, y el abogado integrante Julio Palavicini. En contra votó el abogado integrante Pedro Pierry.

En un segundo caso⁴⁵, se interpone acción de protección a favor de un niño que sufre de Mucopolisacaridosis tipo IV-A, enfermedad crónica,

⁴⁴ Causa rol n.º 11195-2020, Corte Suprema.

⁴⁵ Causa rol n.º 68195-2018, Corte de Apelaciones de Santiago. Confirmada por Corte Suprema en causa rol n.º 31818-2019.

multisistémica y progresiva, que tiene como único tratamiento posible para frenar el empeoramiento de su salud la terapia de reemplazo enzimático sobre la base de Vimizim, cuyo costo ascendería a sesenta millones de pesos al mes, medicamento que Fonasa negó proporcionar, y que respecto a su solicitud el Ministerio de Salud no dio respuesta.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en forma unánime⁴⁶, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que había resuelto ordenar a las recurridas Fonasa y Ministerio de Salud:

“Otorgar sin más trámite la cobertura para la hospitalización y suministro del tratamiento de reemplazo enzimático denominado Vimizim, requerido por los recurrentes, de conformidad la prescripción médica de sus médicos tratantes; debiendo cesar de inmediato en los actos u omisiones que han incurrido que ha privado a los menores de la señalada cobertura”.

En un tercer caso⁴⁷, la requirente deduce protección en favor de un menor que sufre de Atrofia Muscular Espinal tipo 2, enfermedad que requiere la administración de “Spinraza”, en el más breve plazo, para combatir el deterioro que acompaña a la muerte de motoneuronas. Se trata de una enfermedad neurodegenerativa que se caracteriza por una debilidad y atrofia muscular generalizada que comienza en las extremidades inferiores, extendiéndose luego al tronco y las superiores, pudiendo afectar la respiración y la deglución. Dicho fármaco tendría un costo de 169.500 millones de pesos.

Respecto a la decisión, la Corte Suprema, con el voto en contra de la ministra Andrea Muñoz⁴⁸, confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que junto con acoger el recurso de protección incoado, ordena a Fonasa y al Ministerio de Salud:

“Otorgar cobertura por la Atrofia Muscular Espinal que le afecta AME Tipo 2, financiando el costo del medicamento denominado ‘SPINRAZA’ (NUSINERSEN), incluyendo su hospitalización y el procedimiento respectivo para hacer factible dicho tratamiento por el tiempo que su médico tratante estime necesario”.

⁴⁶ Esta vez la Tercera Sala estuvo compuesta por el ministro Sergio Muñoz, las ministras María Eugenia Sandoval y Ángela Vivanco, y los abogados integrantes Rafael Gómez y Ricardo Abuaud.

⁴⁷ Causa rol n.º 68243-2019, Corte de Apelaciones de Santiago. Confirmada por Corte Suprema en causa rol n.º 33329-2019.

⁴⁸ En esta oportunidad la Tercera Sala estuvo compuesta por el ministro Sergio Muñoz, las ministras María Eugenia Sandoval y Andrea Muñoz, y los ministros (S) Mario Gómez y Jorge Zepeda.

Revisado en extenso el contenido de las sentencias dictadas sobre esta materia, es posible sintetizar los siguientes argumentos de las Cortes tanto para acoger como para rechazar las acciones de protección deducidas.

a) Argumentos que señalan las Cortes para acoger los recursos de protección

- Las Cortes acuden a informes de médicos tratantes, recetas expedidas e informes a instituciones especializadas, con el fin de determinar si el recurrente puede lograr una mejoría con el medicamento/tratamiento o si estos son necesarios para que viva.
- Establecen que, si bien las consideraciones económicas constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, aquellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, la que prevalece sobre las normas citadas por los recurridos.
- La negativa de proporcionar el fármaco es arbitraria y amenaza el derecho contemplado en el art. 19 n.º 1 de la Constitución, pues en la práctica se niega el acceso a un medicamento único, exclusivo y necesario para la sobrevivencia o mejoría de una persona, y que la recurrente no puede costear. Además, en los casos en que se afectarían niños, las Cortes suelen realizar un control de convencionalidad respecto de las actuaciones de los órganos de salud, en contraste con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.
- De acuerdo con lo señalado en el art. 20 de la Constitución, se indica que las Cortes pueden adoptar las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Por tanto, en sede cautelar puede disponerse que la autoridad lleve a la práctica ciertas actuaciones específicas y determinadas, como la adquisición y suministro de cierto fármaco.
- Finalmente, se indica que aun cuando la imposición de medidas como la resuelta corresponden a una manifestación de las atribuciones del tribunal, aquello no alcanza, ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esa Corte, y corresponde a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a ese tribunal.

*b) Argumentos que señalan las Cortes
para rechazar los recursos de protección*

- Medicamento solicitado no se encuentra dentro de la oferta, por lo que el acogimiento del recurso supondría pasar por encima de las prioridades establecidas por la autoridad de salud.
- La ley le encarga a la autoridad de salud la fijación de prioridades y racionalizar la distribución presupuestaria. Asimismo, las prestaciones del régimen general –es decir, aquellas que no forman parte del conjunto de garantías explícitas–, se otorgan con los recursos físicos y humanos disponibles, lo que significa que la Administración solo puede encontrarse obligada en la medida que dichos recursos físicos y humanos sean suficientes.
- Las autoridades no han incurrido en un acto arbitrario o ilegal, toda vez que han dado cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley n.º 20850, el cual permite evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia.
- La acción de tutela judicial no puede pasar por sobre las políticas preestablecidas, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que probablemente recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo. La sentencia que falla el recurso de protección no puede crear, aun parcialmente, situaciones de privilegio.

IV. CONCLUSIONES

1. La falta de servicio es un instituto que recibe aplicación respecto a la responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria, lo cual incluye no solo actuaciones médicas (negligencia médica propiamente tal) o actos de los servicios de salud u hospitales, sino que de forma amplia a todos los organismos públicos que, conformidad a la ley, tengan funciones relacionadas con la promoción y rehabilitación de la salud. Esta falta de servicio, al igual que en el régimen general, se verifica cuando el organismo no obró debiendo hacerlo, o lo hizo en forma tardía o defectuosa. Esto incluye en la clasificación de Fabián Huepe:
 - a) falla personal,
 - b) falla estructural de servicio,

- c) falla de organización, mientras que en la clasificación de José M. Valdivia, incluye
 - a) errores o defectos de diagnóstico,
 - b) tratamiento defectuoso,
 - c) culpa de personal no médico y
 - d) gestiones administrativas defectuosas.
- 2. Para comprometer la responsabilidad del Estado se necesita verificar todos y cada uno de sus elementos, esto es, la concurrencia de una actuación u omisión, el criterio de atribución, el daño y la relación causal.
- 3. Hay algunos puntos, sin embargo, conflictivos, como son la prueba y el estándar probatorio, y la prescripción, que en materia sanitaria –por la afectación de bienes como la vida y la salud– su revisión requiere de especial atención. Respecto de lo primero, sostenemos que se admite la prueba de la falta de servicio u otros elementos de la responsabilidad sobre la base de presunciones judiciales, se debe solucionar el peso de la prueba mediante la inclusión normativa de la carga dinámica, y que el estándar de convicción para el juez es el de la probabilidad. Sobre lo segundo sostenemos que la prescripción debe contabilizarse considerando al daño como uno más de los elementos de la responsabilidad, pues en caso contrario la acción podría nacer prescrita.
- 4. Para proceder en esta materia se exige el procedimiento de mediación previa, el cual se lleva ante el Consejo de Defensa del Estado, siendo un procedimiento asistido por un mediador al objeto de llegar a acuerdo entre las partes. En esas negociaciones opera el secreto y en caso de llegar a acuerdo, se evita la vía judicial. Hay también, en estos casos, montos máximos de reparación. Como aspecto problemático se observa que hay algunas instituciones que quedan excluidas, como es el hospital de la Fach, en circunstancias de que en nuestro parecer debiesen estar incluidas.
- 5. La Ley Ricarte Soto, que establece un fondo y deber de cobertura del Estado a ciertas enfermedades de alto costo, en caso de que se cumplan todos y cada uno de los requisitos, debiendo dar curso al procedimiento cuando este es solicitado y a la cobertura en caso de cumplir los requisitos, es llamativa la ausencia de jurisprudencia en relación con la falta de servicio, aunque sí la hay respecto de recursos de protección, donde el debate se centra básicamente en la posibilidad o no de sujetar el derecho a la vida a las condiciones presupuestarias del Estado.
- 6. En esta materia, mayoritariamente, las Cortes conceden los recursos de protección, verificándose un aumento en su interposición, lo cual

pone ciertamente en entredicho los recursos fiscales del Estado. Ahora bien, queda pendiente para futuras investigaciones determinar si existe en este específico tema una especie de activismo judicial o no, analizando cualitativamente los fallos en cuestión. Sobre el particular, nos permitimos enunciar algunas interrogantes: ¿Hay acaso intromisión de las Cortes en las facultades del Ministerio de Salud u otros órganos en materia sanitaria? ¿Es legítimo ello? ¿Es válido considerar implicancias económicas o políticas para negar el procedimiento y amenazar el derecho a la vida?

7. Finalmente, y también como pregunta para una futura investigación, ¿acoger un recurso de protección implica la configuración automática de la falta de servicio –considerando que se ha determinado por una Corte que el órgano actuó ilegal y arbitrariamente o, bien, aquello deberá ser configurado efectivamente en un procedimiento de lato conocimiento?

Como hipótesis base para un posterior estudio, sostenemos que la falta de servicio en esta materia se configuraría:

- a) en caso de que el ciudadano solicite la apertura de un procedimiento para el financiamiento de un tratamiento o medicamento de alto costo y la autoridad sanitaria no lo lleve a efecto, provocando daño;
- b) en caso de que cumpliéndose los requisitos, el servicio no conceda la cobertura o
- c) en caso de que concediéndose la cobertura, luego, en su ejecución, el servicio no cumpla con el tratamiento, lo haga en forma tardía o en forma deficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Jaime MORENO MOLINET (2011). *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2008). “La responsabilidad patrimonial de la administración médico-sanitaria. Cuestiones y proyecciones”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (coord.). *Estudios de derecho civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Valparaíso, 2008*. Santiago: Legal Publishing.
- CARMONA QUINTANA, Esteban (2016). “La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 64.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1989). “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n.º 2.

- GONZÁLEZ COULON, María De Los Ángeles (2012). “La carga dinámica de la prueba”. *Revista de Derecho Procesal*, n.º 22, Proyecto de Código Procesal Civil, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2012). “La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria”, en Raúl LETELIER WARTENBERG (coord.). *La falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- OBSERVATORIO JUDICIAL (2020). “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019”. *Informe* n.º 27. Disponible en <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/> [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2020].
- PIERRY ARRAU, Pedro (1996). “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, adaptación de artículos por el mismo autor en *Revista de Ciencias Jurídicas*. n.º 5, 1975; *Anuario de Derecho Administrativo*, n.º 1, 1975-1976; Ediciones Revista de Derecho Público. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCII, n.º 2 mayo-agosto 1995; *Revista de Derecho Público*, n.º 59, enero-junio 1996.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2002). “La falta de servicio en la responsabilidad médica”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n.º 8.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2010). “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”, en Íñigo DE LA MAZA GAZMURI (comp.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, colección Derecho Privado, vol. VI.
- Revista Fallos del Mes*, n.º 573, septiembre 2005-2006.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2011). “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”. *Actualidad Jurídica*, año XII, n.º 23, enero.
- THOMSON REUTERS EQUIPO EDITORIAL (2018). *Jurisprudencia sobre negligencias médicas*, 2ª edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1981). “Responsabilidad administrativa municipal”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXVIII.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2008). *Derecho administrativo 120 años de cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2019). “La responsabilidad por falta de servicio en administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho*, vol. 87, n.º 246.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario (2011). *Constitución Política de la República de Chile sistematizada con jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.

Legislación

Constitución Política de la República

Ley n.º 18575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley n.º 19966 sobre Régimen de Garantías en Salud

Ley n.º 2.850 sobre Protección Financiera para Diagnóstico y Tratamiento de Alto Costo, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, el 6 de junio de 2015.

Boletín n.º 8197-07, Congreso Nacional.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA, rol n.º 41-2004.

CORTE SUPREMA, rol n.º 1559-2005.

CORTE SUPREMA, rol n.º 6118-2005.

CORTE SUPREMA, rol n.º 4871-2006.

CORTE SUPREMA, rol n.º 5667-2006.

CORTE SUPREMA, rol n.º 1496-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 1650-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 1768-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 2477-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 3151-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 4092-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 6274-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 7109-2007.

CORTE SUPREMA, rol n.º 3172-2008.

CORTE SUPREMA, rol n.º 3561-2008.

CORTE SUPREMA, rol n.º 4998-2008.

CORTE SUPREMA, rol n.º 6210-2008.

CORTE SUPREMA, rol n.º 2986-2009.

CORTE SUPREMA, rol n.º 9140-2009.

CORTE SUPREMA, rol n.º 5909-2010.

CORTE SUPREMA, rol n.º 9554-2012.

CORTE SUPREMA, rol n.º 1287-2014.

CORTE SUPREMA, rol n.º 15257-2014.

CORTE SUPREMA, rol n.º 29089-2014.

CORTE SUPREMA, rol n.º 47936-2016.

CORTE SUPREMA, rol n.º 83397-2016.

CORTE SUPREMA, rol n.º 99898-2016.

CORTE SUPREMA, rol n.º 11526-2017.

CORTE SUPREMA, rol n.º 21593-2017.

CORTE SUPREMA, rol n.º 21599-2017.

CORTE SUPREMA, rol n.º 37438-2017.

CORTE SUPREMA, rol n.º 2378-2018.

CORTE SUPREMA, rol n.º 11195-2020.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, rol n.º 4769-2005.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, rol n.º 469-2012.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 68195-2018.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 68243-2019.