

Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas - Coralí Aravena León - Rodrigo Araneda Pizarro - Ignacio Uribe Izquierdo - Liliana Silva Acuña - Alejandra Riquelme Castañeda - Valentina Araneda Villagra - María Filipa Méndez Arroyo - Daniel Gaete Véliz - Francesca Coghlan Orrego - Adriana Latorre Carvallo - Carlos Zepeda Suárez - Rodolfo Rivera Arriagada - Paulina Silva Torres - Rosa Emilia Sepúlveda Toro - Marcela Castillo Castillo - Paulina González Guzmán

# DERECHO MÉDICO III



Falmed es una institución fundada en 1994 por el Colegio Médico de Chile A.G., que se ha destacado como líder en la defensa y asesoramiento de médicos en el ejercicio de su profesión en base a sus pilares fundamentales, que son la defensa, la educación y la protección a los médicos.

A lo largo de su historia, Falmed ha fortalecido su rol como institución educativa, compartiendo conocimientos especializados en derecho médico y promoviendo una medicina acorde a la *lex artis* y a los principios éticos. Estrechamente vinculada al Colegio Médico de Chile, Falmed se posiciona como un referente en la prevención de la judicialización de la medicina y en la promoción de una medicina de excelencia, en línea con su compromiso de defender y asesorar a los médicos y médicas en el ejercicio de su profesión.





Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas - Coralí Aravena León - Rodrigo Araneda Pizarro- Ignacio Uribe Izquierdo - Liliana Silva Acuña - Alejandra Riquelme Castañeda - Valentina Araneda Villagra - María Filipa Méndez Arroyo - Daniel Gaete Véliz - Francesca Coghlan Orrego - Adriana Latorre Carvallo - Carlos Zepeda Suárez - Rodolfo Rivera Arriagada - Paulina Silva Torres - Rosa Emilia Sepúlveda Toro - Marcela Castillo Castillo - Paulina González Guzmán

# DERECHO MÉDICO III



FALMED



COLEGIO MÉDICO  
DE CHILE

DERECHO MÉDICO  
© FALMED

Registro de Propiedad Intelectual:  
2023-P-13727

1ª edición 2023

Tiraje: 1.000 ejemplares

Diseñado, diagramado, editado e impreso  
por Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

# ÍNDICE

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE <i>Dr. Patricio Meza Rodríguez</i> .....	9
PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN <i>Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas</i> .....	11
PRÓLOGO <i>Dra. Marta Colombo Campbell, Dr. Fernando Novoa Sotta</i> .....	13
JURISPRUDENCIA, UNA FUENTE DEL DERECHO <i>Abogado Juan Carlos Bello, Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas</i> .....	17
ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEX ARTIS Y LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO <i>Abogada Coralí Aravena León</i> .....	25
CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DERECHO A LA INFORMACIÓN <i>Abogado Rodrigo Araneda Pizarro</i> .....	33
EL P.A.D. (MODALIDAD LIBRE ELECCIÓN) COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO <i>Abogado Ignacio Uribe Izquierdo</i> .....	43
LA RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO MÉDICO, EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIONES MÉDICAS <i>Abogada Liliana Silva Acuña</i> .....	57

CASOS DE MEDIACIÓN <i>Abogada Alejandra Riquelme Castañeda</i> .....	67
FALSIFICACIÓN DE LICENCIAS MÉDICAS <i>Abogada Valentina Araneda Villagra</i> .....	79
INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN COMO PÉRDIDA DE UNA CHANCE U OPORTUNIDAD <i>Abogada María Filipa Méndez Arroyo</i> .....	91
LA RENUNCIA A PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS, FUNDAMENTADO EN MOTIVOS DE SALUD <i>Abogado Daniel Gaete Véliz</i> .....	103
EL ACOSO SEXUAL EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR: UN ANÁLISIS PRÁCTICO RESPECTO DE LOS BECARIOS <i>Abogada Francesca Coghlan Orrego</i> .....	115
EL ARTÍCULO 2329 DEL CÓDIGO CIVIL ES UNA CONFIRMACIÓN DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 2314 Y NO ES UNA FUENTE NORMATIVA AUTÓNOMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL <i>Abogada Adriana Latorre Carvallo</i> .....	129
APLICACIÓN DE LA LEY 19946 SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LA ACTIVIDAD MÉDICA PRIVADA <i>Abogado Carlos Zepeda Suárez</i> .....	135
MÉDICOS Y MÉDICAS DEMANDADOS POR FALTA DE SERVICIO ¿FAST TRACK A CONDENAS INDEMNIZATORIAS? <i>Abogado Rodolfo Rivera Arriagada</i> .....	151
LA FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA DEL MÉDICO, EN SU CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO, EN LA DEMANDA POR FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA <i>Abogada Paulina Silva Torres</i> .....	165
NO PERSEVERAR VERSUS SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO <i>Abogada Rosa Emilia Sepúlveda Toro</i> .....	179

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DELITO HOMICIDIO IMPRUDENTE <i>Abogada Marcela Castillo Castillo</i> .....	187
IMPUTACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA: ANÁLISIS Y COMENTARIO JURISPRUDENCIAL <i>Abogada Paulina González Guzmán</i> .....	195





## PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE

Dr. Patricio Meza Rodríguez

Desde sus orígenes, en el año 1994, nuestra Fundación de Asistencia Legal ha buscado ser un aporte desde nuestro gremio a una mejor práctica médica, con apego a la *lex artis*, para ejercer una medicina más segura, en beneficio de nuestros y nuestras pacientes y de quienes ejercemos esta profesión.

Es por ello que, no sólo se ha dedicado a la defensa legal de médicos y médicas, sino también a la educación y formación en estos temas que son tan relevantes, y no sólo para nuestros colegiados y colegiadas, que se ven beneficiados por esta protección profesional y especializada, sino que también para abogados y jueces, que son los encargados de litigar los casos que terminan judicializándose.

Y es en esta misión donde el Área de Docencia de FALMED ha cumplido un rol fundamental, generando constantemente espacios y herramientas destinadas a difundir el conocimiento y la *expertise* que nuestra fundación y sus profesionales han acumulado a lo largo de sus casi 30 años de historia.

Es así como en esta oportunidad nos presentan el libro Derecho Médico III, donde profundizan el análisis de las normativas que afectan el ejercicio de nuestra profesión, temas abordados en los tomos anteriores, pero esta vez a través de una revisión de la jurisprudencia y los principales casos que les ha tocado litigar, poniendo a disposición de miles este valioso conocimiento.

En nombre de la Mesa Directiva Nacional, quiero agradecer este enorme trabajo a nuestra Fundación de Asistencia Legal, por intermedio de su presidente, el Dr. Jaime Sepúlveda; de su Abogado Jefe, Juan Carlos Bello; de su Gerente General, Felipe Benavides; y de todos quienes hicieron posible este documento

que es un aporte para una mejor medicina, en beneficio de nuestros y nuestras pacientes.

Esperamos que esta valiosa herramienta para el abordaje del derecho médico, logre la mayor difusión y que quienes tengan este libro en sus manos, le saquen el mayor provecho posible. No nos cabe duda la enorme dedicación puesta en cada una de sus páginas y que cada tema incorporado ha sido seleccionado con el fin de aportar a un mejor entendimiento jurídico de estos casos.

Finalizo mis palabras extendiendo este reconocimiento a toda la labor que realiza nuestra Fundación de Asistencia Legal, más allá de este documento, porque sabemos que es enormemente valorado por nuestros colegiados y colegiadas, porque sabemos que el ejercicio de la medicina no está exento de errores, pero tener este respaldo serio e integral nos da más tranquilidad para poder trabajar, sabiendo que no sólo tendremos una defensa adecuada, sino que se nos entregan numerosas herramientas para informarnos y prevenir cualquier forma de mal *praxis* en nuestro desempeño profesional.

Las y los invitamos a aprovechar los distintos insumos, capacitaciones y actividades que realiza FALMED y nuestro Colegio Médico, que nos ayudan a construir un mejor gremio, a cuidar el prestigio de nuestra profesión y a ser mejores profesionales para nuestros y nuestras pacientes.

Un abrazo fraterno.

Dr. Patricio Meza Rodríguez  
Presidente  
Colegio Médico de Chile

## PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Hace algunos años nos planteamos el desafío de poner a disposición de la comunidad médica y de todos quienes se interesen, material de apoyo especializado elaborado como fruto de nuestro trabajo, que permitiera comunicar, formar y prevenir la judicialización en el ejercicio de la profesión médica.

Es así como nace el año 2021 el primer libro “Derecho Médico”, título bajo el cual, en el futuro, deberíamos incluir los nuevos volúmenes que publicaríamos.

Este año, luego de dos exitosos tomos anteriores, que fueron reconocidos y elogiados tanto en el ámbito médico como jurídico, presentamos una nueva publicación.

El primer tomo buscaba traspasar desde una perspectiva eminentemente jurídica la experiencia y trabajo de años de nuestro equipo de abogados y de la fundación; el segundo tomo buscó acercar el derecho médico a los profesionales de la salud, en particular, a los que ejercemos la medicina; nuestro tercer tomo recoge la experiencia y conocimiento basados en fallos, los cuales analizados por las abogadas y abogados de la fundación, expertos en la materia, se transforman en conocimiento pertinente y útil para el buen ejercicio del trabajo médico.

En este texto –en el que se abordan principalmente materias de derecho médico desde la Jurisprudencia– ofrecemos un amplio análisis de fallos en casos judiciales acerca de la responsabilidad médica, profundizando en materias relevantes como mediaciones y el deber de informar a los pacientes, entre otros contenidos jurídicos relacionados con el ejercicio de la medicina.

Por lo anterior, como presidente de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, FALMED, es muy grato poder presentar y compartir con ustedes este tercer libro de Derecho Médico.

Por cierto, relevamos la importancia de la *lex artis* médica como estándar de actuación profesional, lo que se traduce en la salvaguarda del propio médico durante su vida profesional; y cómo los contextos de riesgos médico legales redundan en la judicialización de la medicina.

Creemos que esta publicación, al igual que las anteriores, será valorada y de gran ayuda para los profesionales de la salud, del derecho, así como también, para estudiantes de medicina y académicos interesados en el análisis de la responsabilidad médica.

Agradecemos este gran trabajo académico que nuestro equipo jurídico pone a disposición de los médicos y médicas. Estamos convencidos de que esta nueva publicación será un gran aporte a su quehacer y es una muestra más del compromiso visionario que el Colegio Médico de Chile adquirió hace casi 30 años al crear nuestra fundación, para defender y asesorar a los médicos en el ejercicio de su profesión, prevenir la judicialización de la medicina y promover las buenas prácticas médicas.

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Presidente

Fundación de Asistencia Legal  
del Colegio Médico de Chile Dr. Kléber Monlezun Soto

## PRÓLOGO

Dra. Marta Colombo Campbell

Dr. Fernando Novoa Sotta

Desde la antigüedad la labor del médico ha sido objeto de un estricto control por parte de la sociedad. Las presuntas faltas en el ejercicio de la profesión son denunciadas, y en el caso de comprobarse verdaderas, reciben duros castigos. La presente publicación de FALMED demuestra que esta conducta de parte de la sociedad se mantiene hasta ahora –incluso ampliándose el abanico de las conductas consideradas como eventuales faltas, tales como son la omisión del consentimiento informado, licencias insuficientemente justificadas, etc.– y que, además, el número de médicos sometidos a juicios se ha incrementado significativamente.

Nuestra medicina occidental, la más compleja, tecnicada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la Tierra, enfrenta un problema adicional de antigua data y tradición histórica: las demandas y quejas de los enfermos por la atención recibida por el médico tratante.

La población, al haber superado la condición de infantilismo a la que fue sometida por el paternalismo imperante durante siglos y haber logrado una mayor conciencia de sus derechos, ha conseguido la paradoja que nunca como ahora había tenido la medicina: tanta tecnología y tan excelentes resultados y, sin embargo, tantas acciones legales en contra de los médicos.

Por estos motivos, frente a esta realidad, ha sido necesario contar con un instrumento que asegure a los médicos un “debido proceso”, el cual consiste en el conjunto de formalidades esenciales que deben observarse en cualquier procedimiento legal, para asegurar los derechos y libertades de toda persona acusada de cometer un delito.

Las primeras referencias a mala *praxis* médica se remontan al año 1750 a.C, cuando el rey babilonio Hammurabi dictó el Código de Hammurabi, un conjunto de leyes que incluye varias que regulan la actividad médica. En ellas se establecen una serie de derechos y obligaciones para los profesionales y se imponen las penas en caso de que este provoque algún daño a su paciente.

También en el antiguo Egipto había reglas precisas que regulaban la actividad de los médicos. Estos debían ceñirse a los métodos terapéuticos definidos en el Libro Sagrado. Así, si el médico cumplía estrictamente con lo estipulado, aunque el resultado del tratamiento del paciente no fuera el esperado, no cabía responsabilidad ni pena alguna. Es interesante notar cómo hace siglos ya se destacaba la importancia de cumplir con la *lex artis*, tema sobre el cual se insiste en la presente publicación de FALMED.

Los motivos para este riguroso control externo a la profesión médica por parte de la sociedad es la intrínseca vulnerabilidad de la persona en situación de enfermedad, que al experimentar dolor y sufrimiento tiene menos libertad para aceptar o rechazar la alternativa terapéutica propuesta, en comparación a cuando se solicita otro tipo de servicios. Por esta razón, la persona enferma requiere de especiales medidas de protección para prevenir cualquier forma de abuso.

Posteriormente al cumplimiento de la normativa legal, en el desarrollo de la medicina se incorporó al trabajo profesional del médico la ética médica. Esta última puede definirse como la autoimposición de una norma de conducta aceptada de manera autónoma en el ámbito de la profesión médica,

El padre de esta nueva disciplina fue Hipócrates (460-370 a.C), quien con su Juramento Hipocrático estableció un compromiso autoimpuesto para aquellos que ejercen la profesión médica y que impone un nivel de exigencias mayor al que ordenan las leyes para el común de los ciudadanos, ya que antepone el bien del enfermo ante cualquier otro tipo de interés. De hecho, el espíritu de este juramento de 25 siglos de antigüedad fue reafirmado en la Declaración de Ginebra por la Asociación Médica Mundial en 1948.

A diferencia de la ética médica, cuya observancia depende de la conciencia y valores morales, el derecho es una obligación heterónoma impuesta por la autoridad. En su contexto más simple, la ley se puede definir como el conjunto de normas establecidas por una autoridad superior que regula la convivencia de las personas dentro de una sociedad. La observancia de estas reglas puede justificar métodos coercitivos para su cumplimiento y deben estar garantizadas por algún tipo de sanción dirigida contra los infractores de las normas.

Pero, además, los médicos están regidos por ciertas reglas estipuladas en el código de ética establecido por la propia agrupación de estos profesionales. Juntas, las leyes y las exigencias éticas, forman el marco normativo de la práctica de la medicina, cuya violación puede dar lugar a responsabilidades penales, civiles o éticas del comportamiento.

Por lo tanto, existen dos niveles diferentes, pero relacionados, que regulan los actos médicos: la normativa legal vigente y la ética médica. La primera es resorte de los tribunales ordinarios de justicia y la segunda es competencia de los tribunales de ética médica.

Es necesario considerar que tanto el derecho como la ética médica son dinámicos y se encuentran en estado de transformación constante en el tiempo, debido al cambio de las circunstancias y valores sociales. Así, la nueva legislación y las decisiones judiciales dan lugar a modificaciones en la ley. Además, surgen nuevos problemas éticos en respuesta a los desafíos creados por nuevas tecnologías, leyes u otras circunstancias. La interacción de la ley y la ética en la medicina, a pesar de sus roles distintivos, implica una superposición en muchas áreas. De hecho, es difícil disociar la base legal y ética de los deberes profesionales de los médicos.

Como conclusión, ante esta realidad el médico deberá capacitarse para actuar, teniendo en cuenta la legalidad vigente en temas abordados en la presente publicación de Falmed, tales como la información necesaria para obtener un consentimiento informado válido, requisitos para otorgar una licencia médica, en qué consiste el homicidio imprudente, etc. También el profesional deberá tener presente las consideraciones éticas necesarias para beneficio de sus pacientes y de su propia seguridad.

Para Sócrates, la verdad se identifica con el bien moral. Esto significa que quien conozca la verdad no podrá menos que practicar el bien. Saber y virtud coinciden; por lo tanto, quien conoce lo recto actuará con rectitud y el que hace el mal es por ignorancia.

Teniendo presente que lo afirmado por el filósofo es sólo parcialmente correcto, en los últimos años la enseñanza del derecho y la ética en la medicina ha surgido como un plan de estudios básico, tanto en pregrado como posgrado, en muchos países desarrollados. La investigación y discusión de artículos sobre ética clínica e informes sobre medicina legal constituyen ahora una contribución significativa a la expansión de la literatura médica, que han enriquecido el conocimiento en las áreas con alcances cada vez mayores.



Ahora se espera que los médicos tengan conocimientos y comprensión de los principios de la ética médica y las responsabilidades legales de la profesión. Ellos también deben tener la capacidad de reconocer problemas legales complejos y cuestiones éticas que surgen de la práctica clínica y contar con habilidades de toma de decisiones para resolverlos.

Dra. Marta Colombo Campbell

Neuropediatra

Profesora titular Universidad de Chile

Profesora Universidad de Valparaíso

Dr. Fernando Novoa Sotta

Neuropediatra

Academia de Medicina

Profesor Honorario Universidad de Valparaíso

# JURISPRUDENCIA, UNA FUENTE DEL DERECHO

Juan Carlos Bello<sup>1</sup>  
Abogado Jefe Nacional Falmed

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas<sup>2</sup>  
Presidente Directorio Falmed

## INTRODUCCIÓN

La Justicia, en su enunciación primaria, y con ello nos referimos a la definición aristotélica, consistía en dar a cada uno lo suyo. Y si el problema entonces era definir qué es lo suyo, deberemos estar a lo que los tribunales determinen como tal.

Si bien nuestro derecho, heredero del derecho continental, otorga a las sentencias de los tribunales fuerza relativa, entendemos que el mandato del artículo 3° del Código Civil nos permite afirmar con algún grado de certeza que la jurisprudencia en Chile constituye al menos una fuente material del derecho.

Por supuesto, el artículo 3° del citado cuerpo legal establece que:

---

1 Abogado Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal Universidad Diego Portales, mención en Derecho Procesal Penal. Es Diplomado en Reforma Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado y cuenta con una especialización en la Universidad de Harvard sobre “Teoría y Herramientas del Proyecto de Negociación de Harvard”. Se desempeñó como Asesor Jurídico de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico de Chile entre 2004 y 2005. Desde ese año y hasta la fecha, es el abogado Jefe del Área Jurídica de Falmed. Docencia y exposición permanente de cursos en Chile y en el extranjero sobre derecho médico. Participación en la defensa de más de 5.000 juicios en la materia. Participó como compilador y autor del primer libro “Derecho Médico” de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (2021) y del libro “Derecho Médico II”, de la misma fundación (2023).

2 Médico Especialista en Salud Pública, Tesorero Nacional del Colegio Médico de Chile. Presidente Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Vicedecano de la Facultad de Medicina de la Universidad de San Sebastián sede Concepción. Profesor de salud pública.

*“Sólo le toca al legislador explicar o interpretar la ley de modo generalmente obligatorio.*

*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.*

Esto se nos enseña como el “efecto relativo de las sentencias” y, por ende, es un lugar común decir que en Chile la jurisprudencia no constituye obligación, y que el precedente jurisprudencial no obliga.

Si bien, en términos generales, pareciera que lo recién aseverado no admite discusión, al disgregar, definir y explorar más el asunto, no podemos soslayar que al menos el tratamiento de la jurisprudencia en nuestro país y su relevancia requiere algunas precisiones. Veamos.

La palabra jurisprudencia en lo que al derecho concierne está circunscrita a varias acepciones que conviene precisar antes de poder afirmar si es tan relevante como proponemos y, en consecuencia, puede ser un componente necesario de estudio para el derecho y específicamente para el derecho médico, esta rama del derecho que, siendo nueva y dispersa, requiere como el que más, el estudio de la jurisprudencia.

Siguiendo el preclaro raciocinio del profesor Squella, podemos decir en general que la palabra jurisprudencia tiene inicialmente dos acepciones:

Una como la producción de los y las estudiosas del derecho, ergo como conocimiento o saber jurídico; y otra como los fallos y sentencias de los órganos jurisdiccionales.

## LA JURISPRUDENCIA COMO SABER JURÍDICO

La primera acepción que llamaremos actividad de los jurisconsultos, ha sido categorizada, a su vez, de dos maneras, las cuales, si bien son parecidas, no significan necesariamente lo mismo.

**CIENCIA DEL DERECHO:** Por una parte, si hablamos de jurisprudencia como estudio del derecho, se entiende que se hace referencia a la actividad propia de los juristas al estudiar y explicar el derecho positivo vigente, de manera tal que en el caso que nos compete (derecho médico) será jurisprudencia, por ejemplo, lo que nos dicen sobre el artículo 491 del Código Penal que sanciona el cuasidelito de negligencia médica. Es decir, los estudiosos nos deberán explicar cuál es el verbo rector de dicha norma, quiénes son o pueden ser los sujetos activos y

pasivos del mismo, etc., de tal suerte que podamos entender de mejor manera tanto la conducta prohibida como sus consecuencias jurídicas. Este tipo de jurisprudencia es lo que se conoce como Ciencia del Derecho.

**FILOSOFÍA DEL DERECHO:** No obstante, en la misma acepción de jurisprudencia como estudio del derecho, encontramos una segunda forma de manifestación de la misma, y que dice relación con la actividad de los juristas, no ya para explicar tal o cual norma positiva, sino para desentrañar desde los textos jurídicos vigentes, en una época y lugar determinados, principios que puedan ser aplicados a todo ese ordenamiento jurídico, es decir, la jurisprudencia en este caso consiste en estudiar el derecho, analizarlo y encontrar en él principios que sean válidos para todo el sistema normativo. Para el derecho médico, un principio válido que podríamos extraer es que el dolor y mal causado a un paciente, mediante una acción médica destinada a mantener o recuperar la salud, no puede ser mayor al mal que se quiere evitar. En este caso, la jurisprudencia adquiere el nombre de Filosofía del Derecho.

## LA JURISPRUDENCIA COMO ACTIVIDAD DE LOS TRIBUNALES

No obstante lo anterior, y como lo indicamos inicialmente, existe una segunda gran acepción de jurisprudencia, que entendemos es la idea más expandida sobre jurisprudencia, y que se refiere a la actividad de los órganos que administran justicia, esto es los tribunales. En esta acepción, la jurisprudencia está constituida ya no por lo que pudieran aportar los estudiosos del derecho, ni las o los expertos, sino que precisamente se sustenta en los pronunciamientos que emiten los organismos jurisdiccionales.

Ahora bien, en este orden de ideas, la llamada concepción clásica de jurisprudencia también puede volver a clasificarse, y es así como podemos encontrar tres formas conceptuales de jurisprudencia.

**JURISPRUDENCIA DE UN TRIBUNAL:** En primer lugar se habla de jurisprudencia en aquellas ocasiones en que nos referimos al conjunto de fallos que un tribunal en específico, cualesquiera que este sea, ha emitido respecto de un asunto o materia puesto a su decisión. En esta variante, entonces, podemos afirmar que todos los tribunales de la república son creadores de jurisprudencia, pues prescindiendo de su importancia, de su ubicación geográfica u organizacional en el entramado jurisdiccional del poder judicial, dictarán fallos atinentes a sus competencias sobre una determinada materia y eso nos permitirá hablar de "jurisprudencia". Así las cosas, y a modo de ejemplo, podemos decir que el Tercer

Juzgado Civil de Calama, respecto de responsabilidad médica, tiene la siguiente jurisprudencia (cúmulo de fallos en esta materia).

**JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES SUPERIORES EN UNA MATERIA:** También, como actividad jurisdiccional, la jurisprudencia puede entenderse, y es quizás la forma más común de llamarla, como fallos y/o sentencias de los tribunales superiores de justicia, y que recayendo sobre una materia determinada, son concordantes en sus racionios jurídicos, (parte considerativa de la sentencia) y en sus dictámenes (parte resolutive de la sentencia). Aquí, la jurisprudencia ya no solo emana de un tribunal cualquiera, sino precisamente de aquellos superiores (de apelación o casación). Es del caso en cuanto al derecho médico que encontramos jurisprudencia en esta variable cuando reconocemos que en materia de cirugía plástica estética se ha fallado iterativamente, que la obligación del médico es de resultado y no de medios.

Por supuesto, entendemos que la discusión está abierta sobre la existencia de obligaciones de medio y de resultado puras, pero para fines de nuestra exposición podemos decir que los tribunales superiores de justicia han establecido jurisprudencia concordante en que el médico, en estos casos, se obliga no solo a ocupar los medios idóneos para alcanzar el objetivo prometido—una mejora estética— sino que se obliga derechamente a alcanzar la mejora estética prometida. Por supuesto, postulamos desde ya que todo acto médico, aún aquellos cuya finalidad sea meramente estética, son siempre actos que conllevan una obligación de medios y no de resultados, claramente por cuanto el resultado final, acto médico al final del día, depende de tantas variables imponderables que obligar a un resultado contraviene la propia esencia de la medicina.

Conviene aclarar, en este punto, que en nuestro ordenamiento jurídico los fallos dictados no obligan ni vinculan a los fallos que en la misma materia puedan dictarse en el futuro. No obligan a otros tribunales, pero tampoco al propio tribunal que los dictó. He ahí una diferencia fundamental con el sistema jurídico conocido como *common law*, o anglosajón, en donde derechamente los fallos dictados en tal materia son específicamente vinculantes, constituyen precedentes jurídicos a los que el sentenciador está obligado a seguir, de tal suerte que en tales sistemas adquiere preponderancia lo antes dicho por los tribunales que incluso lo dicho por la propia ley, es así como se estudian los precedentes y se pondera la opción procesal desde el prisma de los fallos dictados. En otras palabras, se deberá estar, y por ende, conocer qué han dicho los tribunales por sobre lo que dice la ley, para definir la pertinencia jurídica de lo alegado.

Habiendo dicho lo anterior, tampoco es posible omitir la relevancia que en nuestro derecho tienen los fallos dictados de manera conteste por los tribunales superiores de justicia al momento de resolver los casos en particular. Por variadas razones, cuya explicación no viene al caso, sabemos quienes litigamos que lo resuelto de manera más o menos concordante por los tribunales superiores, permite tener una noción bastante aproximada de lo que podrían resolver los tribunales en el futuro, o al menos nos sirve de argumento fuerte en escritos, audiencias y alegatos para recordarle al juzgador del caso en cuestión, que así han resuelto sus pares o sus superiores, lo que a nuestro entender tiene el mismo fundamento fáctico y normativo. Si la justicia es tratar a los iguales igual y a los diferentes diferente, los fallos que se dicten en materias iguales debieran tener sustento en la misma razón y en la misma disposición.

**JURISPRUDENCIA COMO FALLO ESPECÍFICO:** Finalmente, hay una tercera forma de entender jurisprudencia como actuación de los tribunales de justicia y esta es la sentencia individual que cada juez o juzgado dicta en el caso concreto. Esto es el laudo individualmente considerado. Aunque se ha discutido si el dictar sentencia es un acto de mera aplicación de la ley o si el mismo constituye un acto creador de derecho; concordamos con aquellos juristas que entienden que la dictación de un fallo en una materia en particular constituye la forma más específica de creación de derecho, pues hasta ese instante la norma es solo una abstracta enunciación que adquiere relevancia material en la decisión de la *litis*.

## LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Punto aparte, por su relevancia y características especiales, merece el abordaje de la jurisprudencia administrativa. Con ello nos referimos a los diversos dictámenes emanados de las autoridades administrativas con facultad para definir materias, y especialmente de la Contraloría General de la República (cabe hacer presente que, excepcionalmente, también los tribunales ordinarios de justicia pueden generar jurisprudencia administrativa, sobre todo dada la aún pendiente implementación de los tribunales en lo contencioso-administrativo). Si bien todos los órganos superiores de administración pública que tienen facultad de dirección están llamados a dictar normas administrativas para sus administrados, es la Contraloría el ente por antonomasia que la genera en el ámbito del derecho médico, ya sea para resolver un conflicto o para precisar el sentido y alcance de una norma positiva. Así es, pues, si bien es cierto, este órgano está destinado al control de legalidad de los actos de administración y de

fiscalización de los fondos públicos, específicamente mediante el acto de toma de razón, sus facultades se han expandido mediante la potestad dictaminante que ostenta.

La relevancia de esta situación está dada por la peculiaridad de los alcances y consecuencias de la jurisprudencia administrativa en el derecho chileno, pues a diferencia de la que emana de los tribunales ordinarios, es posible afirmar que la jurisprudencia administrativa es vinculante (debe estarse a lo que se ha resuelto en el caso en concreto para lo sucesivo), es obligatoria y es de alcance general, lo que nos permite insinuar que en cuanto al valor de la jurisprudencia en derecho administrativo, nuestro ordenamiento jurídico se comporta como un verdadero sistema de la Ley Común o de *Common Law*.

## CONCLUSIÓN

Como podemos observar entonces, en cualquiera de sus acepciones la jurisprudencia ha sido, es y será siempre un componente esencial del derecho, desde los tiempos de la ley de las XII Tablas hasta nuestros días.

Desde los albores del derecho, tanto la actuación de juristas como la de los tribunales permitió (y en algunos casos determinó) implementar la norma sustantiva y llegar a la resolución de conflictos.

Pues bien, si ello es relevante en el derecho en general, en aquellas ramas del derecho que se perfilan novedosas y prolíferas (como el derecho médico), la jurisprudencia resulta vital para comprender la magnitud, los alcances, las lagunas jurídicas y las propias normas que ese derecho médico conlleva. No es posible hoy entender el derecho médico sin conocer, ni re-conocer la jurisprudencia que sobre él se ha dictado.

Como explicamos en anteriores trabajos, el derecho médico (esto es aquel conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de una sociedad, en tanto las personas realizan actos médicos, y cuya observancia puede ser impuesta por la fuerza) se constituye de variadas instituciones que le son propias, como la *lex artis*, el consentimiento informado, entre otros, pero no es posible omitir el hecho que su generación está también en gran medida determinada por la jurisprudencia que a su respecto se haya dictado o se haya estudiado y enunciado.

Claramente, a la luz de los fallos en estas materias y al estudio de los mismos tendremos, más y mejor conocimiento de las normas que regulan el acto

médico, de las consecuencias jurídicas de dichos actos y de cómo enfrentar entonces el creciente fenómeno de la judicialización de la medicina.

Nunca antes la jurisprudencia jugó un rol tan decisivo en la interpretación, creación e implementación del derecho médico.

## BIBLIOGRAFÍA

Squella Agustín (2014), *Introducción al Derecho*, Legal Publishing Chile.

Varios Autores (2021), *Derecho Médico*, Falmed.

Varios Autores (2023), *Derecho Médico II*, Falmed.





## ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA *LEX ARTIS* Y LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

Coralí Aravena León<sup>3</sup>

Abogada Falmed Arica y Parinacota

### SUMARIO

Inexistencia de infracción a la *lex artis* médica en la elección y ejecución de una cirugía, ni en tratamientos ni cirugías posteriores que tuvieron por objeto resolver las complicaciones y deterioro de la salud de la paciente, que se encontraban dentro de los riesgos que aceptó en la primera cirugía. No existe omisión alguna en la aplicación de la anestesia. Ficha Clínica. No existe prueba pericial que dé cuenta de incumplimiento del anestesista del protocolo que utilizó con la demandante. No existe falta de disponibilidad del médico cirujano para resolver los problemas del postoperatorio y curaciones y controles posteriores después de una cirugía, las que pueden realizarse, por regla general, por otros profesionales de la salud. Necesidad de que los documentos privados emanados de terceros sean reconocidos por quienes fueron emitidos, en calidad de testigos.

Juzgado de Primera Instancia: Primer Juzgado de Letras de Arica

Causa Rol: C-1004-2019

Fecha sentencia: 14/05/2022

Materia: Incumplimiento de contrato e Indemnización de Perjuicios por responsabilidad contractual.

Corte de Apelaciones de Arica

Rol N° 289-2022 Civil

Fecha sentencia: 27/10/2022

---

<sup>3</sup> Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Especialidad profesional: Derecho civil, laboral, familiar y penal.

## HECHOS

- 1.- Paciente N.R.M. interpone demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones profesionales de los médicos D.M.V. cirujano y de V.M.P.S. anestesista.
- 2.- El diagnóstico pre operatorio era Hernia Umbilical y Hernia Epigástrica. Cirujano propone a paciente realización de una cirugía de hernioplastía con mallas, mínimamente invasiva con instrumental de laparoscopia; paciente acepta y cirujano informa a paciente de los eventuales beneficios, riesgos y complicaciones que podían incluir, entre otros, dolor, hemorragia, infecciones, necrosis umbilical y seromas. Paciente acepta la proposición del médico y firma consentimiento informado.
- 3.- Intervención quirúrgica realizada con fecha 27 de septiembre de 2017 de hernioplastía con inserción de dos mallas Progrid con técnica de laparoscopia por médico D.M.V., y finalizada sin incidentes.
- 4.- Paciente dada de alta el 30 de septiembre de 2017 con indicación de seguir tratamiento ambulatorio (analgesia, faja y reposo) y citada para control. Primer control sin fiebre y drenajes evidenciaban que los apósitos fueron serohemáticos, habitual en una cirugía de pared abdominal. En siguiente control, 12/10/2017, el médico detectó un hematoma sobre el ombligo y paciente refiere que la tenía hace 15 días y es citada a curaciones, en una de las cuales se le propone realización de una punción por una enfermera universitaria, emanando sangre de color negro concordante con el diagnóstico de seroma asociado a hematoma.
- 5.- Médico diagnostica necrosis umbilical con seroma y propone a paciente segunda cirugía el día 6 de noviembre de 2017, para reseca tejido necrótico y aspirar el seroma acumulado mediante la instalación de VAC.
- 6.- Paciente sostiene que la anestesia otorgada por el médico V.M.P.S. en la segunda cirugía fue mal aplicada, estuvo consciente durante todo el transcurso de la intervención, escuchando a médicos y resto del equipo médico que se burlaban de ella con comentarios denigrantes, otorgándole un trato vejatorio y reñido con el respeto y trato digno y que médico V.M.P.S. le habría realizado tocaciones en sus partes íntimas (pechos), sin su consentimiento y al finalizar la intervención le dio cachetadas para despertarla.
- 7.- Se programa tercera cirugía realizada el 09/11/2017 para cambio de VAC. Paciente sin signos de infección con ombligo vital y sin secreción con color

leve EVA 3/10, sin fiebre, sin taquicardia y cultivos arrojaron inexistencia de sepsis y es dada de alta.

- 8.- Paciente asiste a control el 14/11/2017, constatándose que la herida secretaba líquidos serohemáticos, se le solicita TAC para cuantificar el líquido y revisados sus exámenes cirujano propone instalación de drenajes de Penrose, realizándose esta intervención.
- 9.- En nuevo control realizado a la paciente el 16/11/2017, médico cirujano apreció la existencia de un nuevo hematoma sin evidencia de necrosis y se le propuso continuar con el tratamiento para manejo de seromas.
- 10.- Con posterioridad, no continuó con las atenciones y tratamiento del médico cirujano que la intervino sino con un tercero.

Sentencia de primera instancia fue dictada con fecha 14/05/2022 y rechaza, en todas sus partes, la demanda de indemnización de perjuicios en contra de los dos médicos demandados.

## A MODO DE SÍNTESIS

- 1.- Desde los considerandos primero a duodécimo, la sentencia se pronuncia sobre las objeciones documentales formuladas por los médicos demandados, rechazándolas todas;
- 2.- Desde los considerandos decimotercero a decimosexto, se pronuncia sobre las tachas deducidas por los demandados, rechazándolas todas, a excepción de la formulada en contra del testigo M.A.A., acogiendo a su respecto la causal del artículo 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil;
- 3.- Desde los considerandos decimoséptimo a vigésimo tercero, se pronuncia acerca de la excepción anómala de cosa juzgada opuesta por uno de los médicos, rechazándolas en su totalidad;
- 4.- Desde los considerandos vigésimo cuarto en adelante, la sentencia se pronuncia sobre el fondo de la controversia;
- 5.- Desde los considerandos vigésimo octavo al vigésimo noveno, la sentencia se pronuncia sobre la excepción formal opuesta por los demandados relacionada con la inexistencia de un contrato entre las partes y rechazada por el sentenciador;
- 6.- Desde los considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo, la sentencia se pronuncia sobre las faltas a las obligaciones de trato digno,

concluyendo la falta de prueba suficiente rendida por la actora con una prueba testimonial de oídas y otorgando mayor valor probatorio a los testigos de los demandados, entre ellos, el segundo cirujano y testigo presencial de los hechos que negó la falta a dicha obligación. En un considerando aparte, consigna que este raciocinio favorece también al médico D.M.V.

- 7.- Desde los considerandos trigésimo tercero a trigésimo cuarto, la sentencia no dio por acreditadas las existencias de sepsis, infección y fiebre como consecuencia de la primera cirugía y otorga mayor valor probatorio a la Ficha Clínica que a los asertos de un testigo de oídas, ya que la Ficha Clínica no da cuenta de ninguno de estos síntomas.
- 8.- Desde los considerandos trigésimo quinto el sentenciador aborda la falta de disponibilidad del médico D.M.V. para resolver los problemas del post operatorio, estimando que no existe infracción a la *lex artis*.
- 9.- Desde los considerandos trigésimo sexto a cuadragésimo, desestima parte de las pruebas de la actora para acreditar las otras infracciones a *lex artis* alegadas por la paciente, entre ellos, un informe médico del facultativo que continuó con el tratamiento de la paciente, por no haber sido ratificado en estrados, concluyendo que carece de valor probatorio y en cuanto a las fotografías acompañadas concluye que tampoco tienen valor probatorio al tratarse de evidencia material que debió incorporarse a través de una prueba testimonial.
- 10.- Desde los considerandos cuadragésimo primero a cuadragésimo tercero, el juez de la causa establece que la obligación de los médicos es una obligación de medios, que el incumplimiento de las obligaciones que alega respecto del médico anestesista V.M.P.S., no ha sido acreditada y que, entonces, la demanda no puede prosperar a su respecto y que la única probanza rendida sobre la falta a *lex artis* alegada es una prueba testimonial de oídas y contradicha por un testigo presencial del segundo cirujano, quien observó que la paciente no fue sometida a tratos vejatorios ni reñidos con la moral, además de no haber existido incidentes en cuanto a la aplicación de la anestesia que proporcionó el médico V.M.P.S. y que, sin bien podrían existir estados de semiinconsciencia durante la intervención, la paciente despertó sola, sin haber apreciado golpes del anestesista a esta, como tampoco percibió alteración de sus signos vitales que indicara algún cuadro causado por la anestesia, de lo contrario, no podría haberse seguido con la intervención y, entonces, concluye que no se advierte omisión alguna en la aplicación de la anestesia.

- 11.- Desde los considerandos cuadragésimo cuarto a cuadragésimo quinto, analiza la prueba de descargos del médico cirujano D.M.V., otorgándole mayor valor probatorio porque aquella se trataba de prueba testimonial de médicos cirujanos y por conformarse mejor con el resto de la prueba.
- 12.- La decisión del sentenciador es la conclusión que no existió infracción a la *lex artis* y que la demanda queda sin sustento jurídico ni fáctico, resultando, entonces, innecesario abocarse al análisis de la existencia de los perjuicios.

Demandante recurre de apelación en contra de la sentencia de primer grado y funda el agravio que la sentencia recurrida le causa en la exclusión de prueba relevante que, a su juicio, no debió ser excluida y, por haberse dictado en contra del mérito del proceso.

Conociendo de los arbitrios de la recurrente, la Corte de Apelaciones de Arica con fecha 27/10/2022 reproduce la sentencia en alzada y confirmó la sentencia apelada.

Los juzgadores de segunda instancia acordaron adicionar que el fallo que el análisis y la ponderación de los medios de prueba realizado por el juez de la instancia, permitió al sentenciador estimar que la prueba rendida por la actora era insuficiente para acreditar los hechos de sus pretensiones y, que, por el contrario, la prueba rendida por los demandados, a quienes correspondía acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, fue apreciada conforme a las reglas de la prueba tasada, en cuanto reunió mayor entidad y calidad y, aunque se hubiera valorado el testimonio del testigo cuya tacha fue acogida y quien entrega un testimonio sobre los malestares posteriores de la demandante, tampoco resultaron suficientes para dar por establecida una falta a la *lex artis*.

## CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

En el caso analizado, el juez de la instancia estableció la existencia de un contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre la demandante y los dos médicos demandados, con descripción de las obligaciones que contrajo cada médico, además, de la obligación de otorgar seguridad a la paciente y de brindarle un trato digno, en los términos del artículo 4° y 5° de la Ley N° 20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ley N° 20.854, artículos 4 y 5.

Sobre las obligaciones que emanan del contrato médico, confirma la regla general en esta materia, al singularizar las obligaciones del médico como una obligación de medios y el carácter de ciencia no exacta de la medicina, debiendo el médico hacer lo que se debe hacer conforme a la ciencia médica, para obtener un resultado, empleando los procedimientos adecuados correspondientes a su ciencia, y que el médico no puede asumir como obligación sanar o curar al paciente. A su respecto, resulta interesante el considerando cuadragésimo segundo del fallo de primera instancia al expresar lo siguiente: “CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, en este punto de la sentencia, es importante dejar asentado que, para este sentenciador las obligaciones que emanan de un contrato de prestación de servicios médicos cuyo objeto es una cirugía como procedimiento de curación de una enfermedad, son obligaciones de medios, y ello por la propia naturaleza de la ciencia médica, que no es una ciencia exacta, como la física o las matemáticas, dado los enormes imponderables que conlleva el ejercicio de la medicina, por lo que no puede el profesional médico asumir como obligación la efectiva, permanente e indubitada sanación de su paciente, sino que su obligación está limitada a realizar todas las acciones que su arte le impone para intentar logra (sic) que su paciente se cure de sus males físicos, y en la medida que ello resulte posible de acuerdo a los avances de la medicina.

En efecto, que se trate de una obligación de medios tiene como consecuencia que el facultativo no está obligado a obtener un resultado dado, sino que en la actividad que desarrolla, dígame también, en el cumplimiento del contrato y al prestar los servicios médicos, emplee los procedimientos adecuados a la *lex artis* vigente al momento de la prestación de aquellos”.

En forma adicional, este sentenciador recoge el concepto de *lex artis*, entendida como se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema: “Retomando las ideas relacionadas con las obligaciones que genera el contrato de prestación de servicios médicos para los profesionales de la salud, adelantó, la regla general, es que aquellas obligaciones de acuerdo a *lex artis*, puesto que el deber profesional es aplicar conocimiento y capacidades servicio de la contraparte paciente, pero, no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por esa contraparte”<sup>5</sup>, y asoma el criterio adecuado, que es el deber del facultativo, objeto de la acción, probar la corrección de su obrar de acuerdo a las reglas de su

---

<sup>5</sup> Rol N° 38151-2016, “Eulalia Campos Jiménez con servicio de Salud del Maule”, Corte Suprema, 25 de abril de 2017.

arte. Lo anterior como ha sido recogido y aplicado por la Corte Suprema<sup>6</sup>. Tanto el diagnóstico, el tratamiento propuesto y la técnica quirúrgica utilizada por el cirujano D.M.V. fueron correctas, así como el tratamiento empleado en el post operatorio, atendidas las complicaciones que presentó la paciente. Enseguida realiza el reconocimiento expreso que las complicaciones, que fueron objeto de la información entregada por el facultativo, previa la primera intervención de hernioplastia y materia del consentimiento informado, no fueron una consecuencia de una mala *praxis*, sino de un riesgo inherente al procedimiento, y que aun cuando utilizara la correcta *lex artis*, en cierta cantidad de casos es inevitable prevenir las complicaciones de este tipo de cirugía. En resumen, la actuación del médico se ajustó a la *lex artis* médica, incluso la actual, y no se apreciaron en su actuar infracción a la ley médica.

No podemos dejar de mencionar que es el propio sentenciador, quien en su análisis, también destaca la importancia de la ficha clínica de la paciente, que es un registro clínico que contenía todos los datos y condiciones de la paciente, la que se contrapone a la apreciación subjetiva de la paciente, y que permitió descartar la sepsis también alegada por la paciente, máxime si dicho análisis resulta coincidente con el concepto propuesto por el autor Pablo Ignacio Eterovic Barreda en su obra “Acceso a la Ficha Clínica en el Derecho Chileno”<sup>7</sup>, definida como un documento escrito, sin importar su soporte. Desarrollado obligatoriamente por el facultativo, que emana de la relación comunicacional médico-paciente, donde constan las interpretaciones subjetivas del médico y el conjunto de análisis objetivo de exámenes, con el objeto de establecer, a lo largo de un proceso asistencial, los distintos estados de evolución del paciente, su ingreso, tratamiento, pronóstico y estado hasta el alta, garantizando el ejercicio de la autonomía del paciente a través de la toma de decisiones informada y el correcto ejercicio de la profesión”; y en la que operan los principios rectores como la materialidad de la ficha clínica, la irrelevancia del soporte, el carácter de obligatorio de la práctica médica, que se construye a partir del diálogo con el paciente, distingue las anotaciones subjetivas del médico y los datos objetivos que se aportan en ella, como exámenes, imagenología reflejando la historia clínica del paciente y que, en el caso en comento, es otro de los elementos que permitieron al sentenciador arribar a una correcta y fundada decisión cuando se

---

6 Durson con Basauri (2013) Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2013.

7 Eterovic Barreda, Pablo Ignacio, *Acceso a la Ficha Clínica en el Derecho Chileno*. Parte I. Antecedentes de la Investigación, primera edición año 2019, pp. 31 a 38.



han cuestionado las acciones de dos médicos, corroborando que se traduce en el elemento probatorio de máxima relevancia.

Por último, la sentencia de primera instancia, objeto de este análisis y comentarios, recoge una regla procesal de valoración de la prueba al considerar un documento consistente en un informe emanado de un tercero que habla de los defectos que observó en el procedimiento del médico D.M.V. en las intervenciones a la paciente, el que no puede tener valor probatorio alguno si aquel tercero no comparece a los estrados del tribunal.

## BIBLIOGRAFÍA

Ley N° 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Rol N° 38151-2016, “Eulalia Campos Jiménez con servicio de Salud del Maule”, Corte Suprema, 25 de abril de 2017.

Durson con Basauri (2013). Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2013.

Eterovic Barreda, Pablo Ignacio, *Acceso a la Ficha Clínica en el Derecho Chileno*. Parte I. Antecedentes de la Investigación, primera edición año 2019, pp. 31 a 38.

# CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

ANÁLISIS DE SENTENCIAS CAUSA ROL 3499-2016  
DE PRIMER JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA Y  
CAUSA ROL ILTMA. CORTE 106-2021 ILUSTRÍSIMA CORTE DE  
APELACIONES DE ANTOFAGASTA

Rodrigo Araneda Pizarro<sup>8</sup>

Abogado Falmed, Jefe Zonal Norte Grande

## INTRODUCCIÓN

El consentimiento informado puede ser definido como la culminación de un proceso gradual en el seno de la relación médico-paciente en virtud del cual el último acepta o no someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico. En este proceso, el médico ha debido informar en cantidad y calidad suficiente sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del procedimiento, así como sus posibles alternativas, entendiéndose que el propósito del consentimiento informado es la participación informada del paciente y no la obtención de un documento de salvaguardia (Pacheco, 2001). El consentimiento informado debe ser entendido como un proceso, no como un hecho aislado, el cual tiene la característica de ser de tracto sucesivo, no agotándose en un solo acto, el cual conlleva la obligación del médico de informar al paciente, además de una segunda obligación la cual dice relación con la obtención de su aprobación.

---

<sup>8</sup> Abogado, Universidad Católica del Norte. Áreas de práctica: Derecho civil y derecho penal. Diplomado en Estructura Administrativa, Gestión y Control de los Organismos de Salud, Universidad Santo Tomás. Diplomado en Responsabilidad Legal y Social Médica, Universidad Santo Tomás. Magíster (c) en Derecho y Gestión en Salud con Mención en Responsabilidad Médica, Universidad Santo Tomás.

## HECHOS

Demanda interpuesta con fecha 16 de agosto de 2016, por I.A.R., en la cual solicita indemnización de perjuicios en sede contractual y subsidiariamente en sede extracontractual en contra del médico cirujano G.E.M. con especialidad en ginecología, R.P.R. como segundo cirujano y en contra de la de Clínica C.D.N.

Paciente I.A.R. acude a la consulta del Dr. G.E.M. el día 6 de febrero del año 2013, por un diagnóstico preoperatorio de “MIOMATOSIS UTERINA-QUISTE OVARICO BILATERAL”; consta en la ficha que la paciente acude ante los dichos de otro profesional, quien le habría señalado que padecía de ovarios multiquísticos. Ese mismo día se le indica realizar una ecografía en forma posterior a su regla y se programa cirugía.

El día 6 de marzo registra otra atención con el Dr. G.E.M., en donde se toma conocimiento de los exámenes preoperatorios, protombina, glicemia, urocultivo, recetándole cefradoxilo 500 mg. cada 12 horas por siete días y tomar otro urocultivo antes de la cirugía.

El día 13 de mayo, la paciente, ingresa a la Clínica conforme da cuenta la ficha de ingreso N° 32752, para LAPAROSCOPIA –Teratoma ovario derecho–, procedimiento que se realiza el mismo día 13 de mayo, previa suscripción de consentimiento informado.

El protocolo operatorio da cuenta de haberse efectuado una “punción umbilical de 11 milímetros y fosas iliacas 5 mm., y suprapúbica de 5 mm. Salpingectomía derecha y quistectomía ovárica derecha. Aseo. Puntos intradérmicos Monocryl 30”. El día 27 de mayo, se realiza un tercer control –postoperatorio donde se tiene a la vista el informe anatomopatológico del Dr. Aguirre, el cual da cuenta de: “Salpingectomía Derecha; Salpingitis Aguda edematosa, congestiva y hemorrágica. Fragmento de tejido fibroconjuntivo con focos de endometriosis. Quiste de tipo mesotelial sin atípicas”. Es decir, se ratifica el diagnóstico pre-operatorio y se da cuenta de la extracción del quiste ovárico que aquejaba a la paciente.

El día 14 de agosto del año 2014, paciente acude a consulta del Dr. G.E.M., con ecografía realizada en la Clínica Loa de Calama, con diagnóstico de endometrioma ovárico derecho; se le explica el carácter crónico y recidivante de su patología, y se le indica eco transvaginal. El 20 de agosto se confirma endometrioma bilateral de eco realizada el 19 de agosto, se explica a la paciente sobre la alternativa quirúrgica, y que la operación debía ser abierta. Se programa Histerectomía y/o Quistectomía.

De esa manera, el día 28 de agosto del 2014 la paciente ingresa nuevamente a la Clínica C.D.N., con diagnóstico de Endometriosis de Útero, indicación de cirugía de Histerectomía Total realizada el mismo día, previo consentimiento informado.

El protocolo da cuenta de efectuarse los siguientes procedimientos: “Abertura de peritoneo ovarios aumentados de tamaño y adherencias a pared posterior que se liberan. Histerectomía subtotal por proceso adherencial en cuello. Quistectomía ovárica bilateral. Aseo, conteo de compresas. Cierre pared por planos. Aponeurosis Vicryl 1.0 Piel Monocryl 3.0”.

En la hoja de evolución de enfermería, se distingue que la paciente el día 28 de agosto del 2014 es atendida por personal de enfermería a las 15:00, 18:00 y 23:00 horas. El día 29 de agosto fue atendida a las 07:00 hrs. (signos vitales normales, duerme bien y sin molestias), a las 09:00 hrs. (constan orinas claras); a las 15:00 hrs.; 19:00 hrs.; 21:00 hrs.; y 23:00 hrs.

El día 30 de agosto se revisó a la paciente a las 07:00 hrs., se le da el alta, entrega de carnet de alta y entrega de exámenes pre-operacionales; a las 11:50 hrs. la paciente se retira en compañía de una amiga; previamente el Dr. explica la dificultad operatoria y la decisión de convertir el procedimiento

Con fecha 15 de octubre de 2014, la paciente concurre a la consulta del Dr. G.E.M. a control, en el cual se constata que la herida operatoria se encuentra cerrada, se revisa biopsia y se explica nuevamente la cirugía, con la biopsia en mano, indicándole que se le había realizado una histerectomía sub-total, por las razones aludidas en el operatorio.

El día 9 de julio del año 2015, paciente asiste a la consulta del Dr. G.E.M., señalando que había sido estafada por habersele efectuado un procedimiento de histerectomía sub-total, y no total como se programó en un principio, exigiendo el pago de todo lo gastado en su cirugía y entablado, además, una querrela por estafa, la cual se investigó por el Ministerio Público bajo el rótulo de estafa.

La demanda plantea tres eventos imputables a los demandados; el primero de ellos consistiría en falta a la *lex artis* la no detección de un tumor que ya se encontraba desarrollado a la época de practicarse la primera intervención. La segunda de ellas radica en una supuesta “mala fe” en la ejecución de la segunda cirugía, por haberse practicado una distinta a la originalmente indicada; en efecto, se indicó la práctica de una Histerectomía Total que se convirtió a Sub-Total; y, por último, se atribuye una infracción al deber de información.

La demandante para acreditar los hechos rindió prueba documental, y provocó la confesional de los demandados G.E.M. y R.P.R. Por su parte, los demandados, para desvirtuar las imputaciones, rindieron prueba documental y testimonial, además de provocar la prueba confesional de la demandante y la exhibición del documento denominado Carnet de Alta.

## DERECHO

El elemento relevante que podemos destacar de ambos fallos que se analizarán discurre respecto al derecho a la información, presupuesto que forma parte del denominado consentimiento informado.

El consentimiento informado del paciente, por regla general, demarca el ámbito dentro del cual una intervención o procedimiento médico pueden considerarse jurídicamente justificados. El cumplimiento del deber de informar supone que los antecedentes entregados al paciente satisfagan determinadas cualidades, que le permitan conocer el procedimiento y riesgos asociados al que se someterá; en este sentido, en Chile la Ley de Derechos y Deberes del Paciente (LDDP) exige que la información sea suficiente, adecuada y comprensible, según lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 20.584. (Hernández Paulsen G. &., 2021).

Así las cosas, la sentencia de primer grado atribuye una infracción a la obligación de informar, porque esta se entregó de forma distorsionada e incompleta, concluyendo además en términos contradictorios que la responsabilidad de acreditar esta obligación le correspondía al demandado en atención a la norma del artículo 1698 del Código Civil, en relación a lo previsto por el artículo 1547 del mismo cuerpo, ya que según el Fallo en su CONSIDERANDO VIGÉSIMO SEXTO, el médico debía acompañar, a lo menos, el respectivo “informe legible” que diera cuenta de haberse proporcionado la información necesaria a la paciente.

Contrariamente a lo resuelto en primera instancia, se puede establecer que efectivamente la información prestada a la paciente (respecto a que el procedimiento finalmente realizado correspondió a una Histerectomía Subtotal y no total), fue en forma posterior a su intervención, lo que en los hechos hace aplicable efectivamente la norma del artículo 11 de la Ley N° 20.584, que establece el derecho de toda persona a recibir, por parte de su médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de

exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir. Este estándar se cumple esencialmente con el documento denominado Epicrisis, en el cual constan las enunciaciones señaladas en la ley. Adicionalmente, las mismas anotaciones constan en el Carnet de Alta, y con ambos antecedentes de debió tener por cumplido lo dispuesto en la norma, recordando además que el Consentimiento Informado no se agota en un solo acto aislado, sino que tiene como característica el de ser de tracto sucesivo.

Cabe hacer presente que el fallo de primer grado se sirve de las conclusiones del peritaje del SML N° 358, que rola a folio 67 de la carpeta digital, que sólo determina que “el protocolo operatorio es poco legible, cuestión que de forma alguna puede ser imputada a la demandante”. Agrega el fallo que: “De esta forma, atendido que correspondía a la demandada probar el cumplimiento de su obligación de proporcionar información oportuna y veraz a la paciente sin que la prueba rendida, ya detallada, permita acreditar el cumplimiento de este deber, se tendrá por establecido el incumplimiento del contrato de prestación médica en relación a esta obligación”. No obstante, se aleja totalmente de sus propias conclusiones, puesto que el “Protocolo Operatorio”, no es el documento idóneo mediante el cual se le informa al paciente sobre las cuestiones señaladas en el artículo 11 de la Ley N° 20.584, en consecuencia, de ello no puede condenarse al médico, meramente por no escribir en forma clara en un documento que no es idóneo para informar a su paciente, razón que era más que suficiente para rechazar la demanda.

A mayor abundamiento, la demandante nada acreditó en cuanto al supuesto incumplimiento de la obligación de informar, más allá de los propios dichos de la paciente, no considerando el sentenciador de primer grado que el Carnet de Alta indica el procedimiento efectuado, su tratamiento y los datos de contacto del médico, además de la existencia de una epicrisis y un consentimiento informado, por lo que debió tener por cumplida la obligación de informar, además de no analizar la confesión de la demandante de folio 126 de la carpeta digital, señalando que el Dr. “usaba muchos términos que yo no entendía, por lo que le pedí que me explicara y ahí me señaló lo dicho en mi respuesta anterior”.

Por estas consideraciones no cabe sino compartir los razonamientos del sentenciador de segundo grado que rechaza la demanda al señalar principalmente en su CONSIDERANDO SEXTO, que: “por lo tanto ha sido la demandante quien se ha alejado de las normas básicas del entendimiento humano, al no comprender como tampoco leer, el carnet de alta en la referencia, a lo que dice relación con terapia quirúrgica que fue objeto y que por lo demás se ratifica con su propia

confesión cuando, no pudo retener ni advertir el lado del ovario afectado, como asimismo reconocer de no entender algunas palabras, en consecuencia, habiéndose cumplido con las normas de la Lex Artis, padecido un tratamiento que si bien no fue eficaz estaba dentro de los procedimientos semiconservadores para evitar mayores riesgos, ningún perjuicio se ha ocasionado que haya de vincularse con la decisión y la información entregada a la paciente”. Nos encontramos frente a un caso de análisis, en el cual se cumplieron todas las actividades tendientes a informar a la paciente respecto de los riesgos de la cirugía, los efectos adversos que esta podría producir, las técnicas a realizar y las características de la recuperación, como sus complicaciones por medio de la entrega de un Consentimiento Informado, una Epicrisis y el correspondiente Carnet de Alta, no siendo imputable al facultativo el no comprender dichos documentos por parte de la paciente.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA EN ROL 3499-2016 DE PRIMER JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA

El fallo de primer grado acoge la demanda, sólo en cuanto se condena a G.E.M. a pagar a I.A.R. la suma de \$8.000.000, rechazándola en todo lo demás, descarta las primeras dos imputaciones, concentrándose en la tercera, indicando en el CONSIDERANDO VIGÉSIMO TERCERO: “Que, tal como ha sostenido inalterablemente nuestra Corte Suprema, las obligaciones emanadas de un contrato de prestación de servicios médicos son múltiples, de distinta naturaleza y con propósitos diversos, pero todas ellas forman parte del contenido obligacional asumido en virtud del referido contrato”. Y en el CONSIDERANDO VIGÉSIMO CUARTO señala: “Que, en cuanto a las dos primeras infracciones imputadas, a saber, la no detección del tumor antes de la primera cirugía y la negligencia en la ejecución de la segunda operación, lo cierto es, que, según se desprende de la prueba rendida, en particular la deposición de los testigos, además de la ficha clínica de la paciente, en conjunto con lo consignado en el peritaje efectuado por el Servicio Médico Legal en el procedimiento penal motivado por los mismos hechos, éstas, no se configuran en los términos expuestos por la actora”. En este sentido, el fallo impugnado razona sobre la base de que no era posible atribuir negligencia al Dr. G.E.M.

Luego, en el CONSIDERANDO VIGÉSIMO QUINTO, el fallo impugnado señala que: “Sin perjuicio de lo expuesto, la demandante además atribuye infracciones a los deberes de información que recaían sobre el médico tratante, porque no otorgó de forma oportuna y veraz la información sobre la segunda intervención

quirúrgica practicada y las consecuencias postoperatorias de ésta. Al respecto, resulta clarificador lo establecido por el artículo 10 de la Ley N° 20.584, el cual dispone que: [toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda presentar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional]. La recién citada disposición necesariamente ha de relacionarse con lo dispuesto por el artículo 11 de la misma ley, que establece el derecho de toda persona a recibir, por parte de su médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir”.

Por lo anterior, el demandado G.E.M. recurre de apelación con fecha 19 de enero de 2021, entendiendo que el razonamiento del Tribunal de Primer Grado resulta errado en virtud de que no existiría un incumplimiento de la obligación de informar por parte del médico, tanto sobre el diagnóstico, su intervención y tratamiento. Señala que el deber de información se presenta generalmente en forma previa a la aplicación de cierto tratamiento, y se materializa fundamentalmente con el documento denominado CONSENTIMIENTO INFORMADO (acompañado a folio 67 de la carpeta digital); en dicho documento se lee que “otorga su consentimiento para ser sometida al procedimiento anteriormente especificado y a las acciones que sean necesarias para el caso de surgir complicaciones durante el procedimiento”; existe entonces la posibilidad de que se presenten eventos adversos que alteren las decisiones en el intraoperatorio y el paciente acepta esa posibilidad, no pudiendo desconocer luego falta de información, lo cual hace aplicable el artículo 11 de la Ley N° 20.584 y que condice con EL CARNET DE ALTA (acompañado a folio 143 de la carpeta virtual), en el cual queda constancia de su diagnóstico y las indicaciones que debe seguir luego del alta.

## SENTENCIA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA ROL 106-2021

Que, conociendo del recurso la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta revoca sin costas, la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de



noviembre de 2020 en cuanto acogió la demanda ordenando pagar una suma de dinero con reajustes e intereses, y en su lugar declara el rechazo de la misma.

Dentro de los fundamentos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta para revocar la sentencia de primer grado destaca el CONSIDERANDO SEXTO, que señala: “En suma, puede concluirse sin duda alguna, que la actora tenía de larga data un endometriosis bilateral según el demandado, cuyo tratamiento fue el adecuado y la terapia quirúrgica semiconservadora, que trajo beneficio disminuyendo riesgos, cuyo resultado, exigió nuevos tratamientos para evitar dolores y recuperar la salud, pero sin que ninguna de las actitudes y actuaciones médico-quirúrgicas hayan desconocido la Lex Artis o los procedimientos que la ciencia y técnica establece, por lo que desde ya, la información del médico no puede vincularse causalmente con los daños que se dicen haber sufrido y en lo esencial, la imputación de defectos en la información, no han sido la fuente de los dolores y padecimientos de la demandante, sino su enfermedad de larga data, cuyos tratamientos reconocen terapia semiconservadora que evitó, indefectiblemente, riesgos mayores, por lo que desde ya, no cabe acceder a la demanda por este concepto, pues no hay daño moral que pueda tener como fuente un tratamiento médico adecuado y la aparente desinformación en estos términos, solo es causal putativa conforme a las conclusiones del libelo, pero no con la concatenación de los hechos analizados a la luz de las normas médicas-obstétricas ponderadas propuestas por entendidos, sin que por lo demás exista siquiera una prueba que establezca lo contrario.

Por último, tampoco en el hecho ha existido mala fe o desinformación trascendente, desde que se dejó establecido en la sentencia, que tanto en el carnet de alta, como en el protocolo operatorio, se dejó la constancia de la decisión de los médicos, congruente con la Lex Artis, de optar por una histerectomía subtotal y no la completa, justamente en beneficio de la salud de la paciente para evitar riesgos mayores en atención a una terapia semi conservadora, por lo tanto ha sido la demandante quien se ha alejado de las normas básicas del entendimiento humano, al no comprender como tampoco leer, el carnet de alta en la referencia, a lo que dice relación con terapia quirúrgica que fue objeto y que por lo demás se ratifica con su propia confesión cuando, no pudo retener ni advertir el lado del ovario afectado, como asimismo reconocer de no entender algunas palabras, en consecuencia, habiéndose cumplido con las normas de la Lex Artis, padecido un tratamiento que si bien no fue eficaz estaba dentro de los procedimientos semiconservadores para evitar mayores riesgos, ningún perjuicio se ha ocasionado que haya de vincularse con la decisión y la información entregada a la paciente; lo primero porque responde a las normas generales

de procedimiento y lo segundo, porque no puede vincularse causalmente con el daño que se dice producido y que representa la situación física y anatómica de la demandante como consecuencia de sufrir graves molestias a propósito de quistes uterinos”.

Por su parte en lo respecta al daño moral el CONSIDERANDO SÉPTIMO, señala que: “debe tenerse presente que su concepto no es pacífico en la doctrina y que la jurisprudencia no es del todo precisa, por lo que es más conveniente utilizar el concepto amplio dado por Carmen Domínguez Hidalgo en su libro “El daño moral” cuando expresa que está “constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se obligaba a respetarlo” (Editorial Jurídica de Chile Tomo I noviembre 2000, págs. 84). Sobre esta categoría o tipo de daño el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, lo que significa que está elevado a la categoría constitucional el derecho de la persona a mantener su integridad psíquica y, por lo tanto, para el ordenamiento jurídico representa un interés que debe ser protegido, de manera que cualesquiera acción desplegada por persona o agente alguno que provoque o atente contra esta integridad, constituye un perjuicio y por ende, un daño que el derecho debe restablecer, sea efectiva o alternativamente. Así el daño moral indemnizable debe tener un vínculo causal entre la acción u omisión que genere una situación determinada y el resultado en cuanto al agobio o padecimiento, que en este caso proviene de la enfermedad que padecía y no de la decisión médico obstetra, de efectuar una histerectomía subtotal y no total, como tampoco de una aparente desinformación que en nada puede trascender respecto de los padecimientos o dolores físicos que ha sufrido la paciente demandante y que proviene única y exclusivamente de su condición física que generaron dolores pélvicos persistente y alteraciones menstruales”.

## CONCLUSIONES

- El día 28 de agosto del 2014 la paciente fue sometida a procedimiento de Histerectomía Total, que se convierte a sub-total por decisión intraoperatoria de los demandados ante un cuadro adherencial entre el cuello del útero y la vejiga y recto, que hacía más riesgosa la cirugía.
- La paciente es dada de alta sin complicaciones, explicándole el demandado sobre el resultado de la cirugía, de lo cual da cuenta también el hecho que examinaron el resultado de la biopsia. Todo lo cual se enmarca

dentro de una debida diligencia, especialmente el cumplimiento del deber de vigilancia o cuidado que debe mantener el facultativo para con su paciente, al tomar las decisiones correctas previendo la posibilidad de un resultado dañoso para la paciente.

- En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelación de Antofagasta. en fallo 1155-2012, que confirma el fallo de Primera Instancia en causa ROL: C1480-2010 del Cuarto Juzgado de Letras, caratulados “Mendizábal con Cornejo”, reconoce que el médico al interrumpir un procedimiento para no dañar al paciente, obra precisamente dentro de LEX ARTIS, en cuanto expresa: “En lo referente a la vulneración del deber de cuidado en el manejo de asuntos ajenos que se le encuentran encomendados y discutiendo sobre si la obligación del profesional es de medios o de resultado, la sentenciadora da por establecido que en el caso se trató de una obligación de medios pues la acción del demandado sólo se reducía a realizar un examen de Colangiografía, el que intentó realizar el día 22 de mayo de 2015, pero que de acuerdo al mérito del proceso, interrumpió, cumpliendo de esa manera su obligación de tratar adecuadamente a su paciente, ya que no resultaba conveniente para ella que se insistiera en ingresar con el equipo en la vía biliar por las razones que expresan los testigos del demandado” (CONSIDERANDO SEGUNDO).
- Finalmente, queda asentado en el juicio que se confeccionaron y llenaron todos los documentos exigidos por ley, se dejó a la paciente citada a control, el médico dejó indicaciones, se estableció una Epicrisis y un Carnet de Alta, y que la paciente al absolver posiciones, confesó que no comprendía lo que el médico le señalaba, cosa que no es imputable al facultativo, lo cual no fue desvirtuado por ningún medio de prueba.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Hernández Paulsen, G. & Chahuan Felipe, Z. (2021). Acta Bioethica 2021; 27 (1): 17-25. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2021000100017>. *Consentimiento Informado en las Prestaciones de Salud*.
2. Pacheco, I. M. (2001). *El Consentimiento Informado: una forma de entender la relación médico-paciente*. Revista Médica Clínica Las Condes, 12(4). Recuperado el 10 de mayo de 2022, de <https://www.elsevier.es/es-exportar-rifX0716864001319254>.

## EL P.A.D. (MODALIDAD LIBRE ELECCIÓN) COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO

Ignacio Uribe Izquierdo<sup>9</sup>

Abogado Falmed, Jefe Zonal Intermedio Maule

### SUMARIO

Es menester apuntar que, para efectos de determinar la generación de responsabilidad contractual, es necesario asentar la existencia de un vínculo jurídico respecto de los demandados, a fin de comprobar la obligación que se dice incumplida. Sobre este punto, la carga de la prueba recae sobre el demandante, conforme las reglas generales, de conformidad a lo señalado por el artículo 1698 del Código Civil, consta a fojas 84 pago por la atención efectuada a la paciente Claudia Rojas Labbé, seriado con el N° 77, el que indica que el monto que le corresponde a la doctora Gineco-Obstetra por las atenciones prestadas bajo modalidad pago asociado a diagnóstico. Ahora bien, en torno al médico anesthesiologo, consta en la causa diligencia de absolución de posiciones de fojas 253 vuelta, declaración confesional al tenor del pliego de posiciones de fojas 256, donde indicó que es médico cirujano y anesthesiologo, profesión que ejerce desde el año 1975 y que efectivamente atendió a la demandante XXXXXXXXXXXXXXXX el 27 de junio de 2008, con ocasión de un parto. Es menester apuntar que, para efectos de determinar la generación de responsabilidad contractual, es necesario asentar la existencia de un vínculo jurídico respecto de los demandados a fin de comprobar la obligación que se dice incumplida. Así las cosas, la RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE MEDICO Y PACIENTE, CONSIDERA COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN LA MODALIDAD LIBRE ELECCIÓN (DTO. 369/85) artículo 12, Ley 18.469, artículos 6, 8, 9, Ley 16.781.

---

<sup>9</sup> Abogado de la Universidad Central. Diplomado en Pedagogía para Educación Superior.

## INTRODUCCIÓN

En causa seguido ante el Primer Juzgado de Letras de Curicó, Rol:1576-2010, se demandó a dos médicos del hospital de Curicó, indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra de una Gineco-Obstetra y Anestesiólogo a fin de que sean condenados a pagar la suma de \$80.000.000.- a cada uno de los demandantes o la suma que el Tribunal se sirva fijar en definitiva, por concepto de indemnización del daño patrimonial y moral que les causó la negligente administración de la analgesia en el momento del tercer parto de la compareciente, en la cual se le ocasionó una Arachnoiditis Cauda Equina. Luego, y basados en los mismos hechos, los demandantes también demandaron por responsabilidad extracontractual a los mismos médicos.

La señalada sentencia en definitiva absolvió a los médicos, siendo confirmado el fallo de primera instancia por la I. Corte de Talca.

Ahora bien, lo interesante de este fallo es cómo logra determinar el vínculo contractual entre uno de los médicos tratantes y la paciente demandante.

## LOS HECHOS

El día 27 de junio del año 2008, la demandante XXXXXXXXXXXXX ingresa al Hospital de Base de Curicó cursando un embarazo de treinta y nueve semanas en trabajo de parto. A las 12.45 horas, con dilatación de cuatro a cinco centímetros, se le aplica anestesia Peridural. A las 13.00 horas se asiste parto y a las 15.15 horas nace R.N. en buenas condiciones, de 4310 gramos, en un parto sin incidentes. Según consta en la ficha clínica de la paciente, se trató de un parto de carácter espontáneo, con alumbramiento natural. Añaden que, una vez realizado el parto, el día 30 de junio del 2008, la paciente es dada de alta, sin ningún tipo de observación, retirándose del hospital por sus propios medios. La paciente hace ingreso hospitalario el 29 de agosto de 2008, con diagnóstico principal meningitis no especificada. Además, se constata en la historia médica de ese día que la paciente refiere antecedente de parto reciente de fecha de junio de 2008, indicando sintomatología de cuadro febril y adormecimiento de extremidades, con posterioridad al alumbramiento.

Por otra parte, es de notar que dicho antecedente aparece corroborado respecto de la información ginecológica con fecha de hospitalización de fecha 28 de agosto, la que da cuenta que la paciente refiere anestesia progresiva en zona de muslos que actualmente compromete abdomen inferior hasta borde superior de rodilla.

La paciente estuvo hospitalizada entre el 28 de agosto de 2008 al 25 de septiembre de ese año, indicándose el diagnóstico para los días 8 al 11 de septiembre de meningitis espinal. Luego, con fecha 12 de septiembre de 2008 de la hoja de indicaciones, se reporta como diagnóstico de Arachnoiditis Cauda Equina.

## EL DERECHO

### 1.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Previo a analizar el razonamiento que se hace en el fallo es necesario recordar las fuentes de las obligaciones. Se entiende por fuentes de las obligaciones los hechos o actos de donde las obligaciones surgen<sup>10</sup>.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1437, determina las fuentes de las obligaciones, señalando que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*.

El artículo 1438 del mismo cuerpo legal, *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.*

Ahora bien, el tribunal en su sentencia determinó que existió un vínculo contractual entre la Gineco-obstetra y la paciente, pero no con el médico anes-tesiólogo, tal como reflexiona el tribunal en su sentencia de primera instancia, confirmada por la I. Corte de Talca.

### 2.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

*“RESPECTO DE LA ACCIÓN INCOADA EN LOS AUTOS ROL 1576- 2010.*

*DÉCIMO: Que, conforme lo alegado por las partes en sus escritos de discusión, son hechos no controvertidos los siguientes:*

---

<sup>10</sup> Peñailillo, Arévalo Daniel, p. 95.

1.- Que el día 27 de junio de 2008 la demandante XXXXXXXXXXXXXXXX ingresa al Hospital Base de Curicó cursando embarazo de 39 semanas en trabajo de parto. A las 12,45 horas de ese día se le aplica anestesia. A las 13.00 horas se asiste parto y a las 15.15 de ese día nace el recién nacido con 4310 gramos, siendo un alumbramiento natural. La modalidad de atención fue a través de la libre elección de la demandante respecto de la doctora .....

2.- El día 31 de junio de 2008 se da de alta a la demandante XXXXXXXXXXXXXXXX  
 DECIMO PRIMERO: Que los requisitos para que opere la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, son los siguientes: a) Vinculación jurídica, negocio, convención o contrato; b) Obligaciones que dan origen a prestaciones que debe satisfacer el deudor al acreedor; c) Incumplimiento de la obligación previamente establecida o cumplimiento imperfecto o tardío de la misma; d) Hecho de la imputación del incumplimiento o culpabilidad; e) Perjuicios; f) Relación de causalidad entre incumplimiento y perjuicios, g) Ausencia de causales de justificación, exención y extinción de responsabilidad del deudor, y f) Mora del deudor. (Corte Suprema de Justicia, rol 3929-2010).

DECIMOSEGUNDO: Que respecto a la configuración del primero de los requisitos en estudio esto es, la existencia de un vínculo contractual de la actora XXXXXXXXXXXXXXXX con las partes demandadas, es de señalar que se trata de un punto discutido por éstas. En efecto, se ha negado la ligazón contractual aducida por la parte demandante, apuntándose que mediante la fórmula de atención de la demandante XXXXXXXXXXXXXXXX en el Hospital de Curicó, esto es, mediante la modalidad de libre elección, no se crea el vínculo alegado respecto a los médicos tratantes. En torno a este punto, es un hecho no controvertido por parte de las demandadas la situación de haberse atendido aquella por la modalidad de libre elección o pago asociado a diagnóstico la actora por trabajos de parto respecto de la médico doña..... Por otra parte, consta a fojas 84 pago por la atención efectuada a la paciente XXXXXXXXXXXXXXXX, seriado con el N° 77, el que indica que el monto que le corresponde a la doctora ..... por las atenciones prestadas bajo modalidad pago asociado a diagnóstico. Ahora bien, en torno al médico don....., consta en la causa diligencia de absolución de posiciones de fojas 253 vuelta, declaración confesional al tenor del pliego de posiciones de fojas 256, donde indicó que es médico cirujano y anestesiólogo, profesión que ejerce desde el año 1975 y que efectivamente atendió a la demandante XXXXXXXXXXXXXXXX el 27 de junio de 2008, con ocasión de un parto. Es menester apuntar que, para efectos de determinar la generación de responsabilidad contractual, es necesario asentar la existencia de un vínculo jurídico respecto de los demandados a fin de comprobar la obligación que se dice incumplida. Sobre este punto, la carga de la prueba recae sobre el demandante, conforme las reglas generales, de conformidad a lo señalado por el artículo 1698 del Código Civil. Así, surge al efecto lo consignado por el artículo 141 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del

*Ministerio de Salud, el que prescribe que: “Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgan por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental. Las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados”. En este sentido, el artículo 142 del mismo cuerpo legal, prescribe la facultad del beneficiario del régimen indicado para elegir libremente el facultativo para la prestación solicitada, indicando al efecto que: “No obstante lo dispuesto en el artículo 141, los afiliados y los beneficiarios que de ellos dependan, podrán optar por atenderse de acuerdo con la modalidad de “libre elección” que se establece en el artículo siguiente, caso en el cual gozaron de libertad para elegir al profesional o el establecimiento e institución asistencial de salud que, conforme a dicha modalidad, otorgue la prestación requerida”. Por último, el artículo 143 de dicha normativa prevé, en lo pertinente que: “Los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del Régimen, en la modalidad de “libre elección”, deberán suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en alguno de los grupos del rol que para estos efectos llevar el Fondo. Dicha modalidad se aplicará (sic) respecto de prestaciones tales como consultas médicas, exámenes, hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas y obstétricas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos y demás que determine el Ministerio de Salud, formen parte o no de un conjunto de prestaciones asociadas a un diagnóstico. Estas prestaciones serán retribuidas de acuerdo con el arancel a que se refiere el artículo 159, cuyos valores serán financiados parcialmente por el afiliado, cuando corresponda, en la forma que determine el Fondo Nacional de Salud. La bonificación que efectúe el referido Fondo no excederá el 60% del valor que se fije en dicho arancel, salvo para las siguientes prestaciones: “De la lectura de los preceptos anteriores, contenidas en el libro II, de la regulación indicada, respectivo a la creación del régimen de prestaciones de salud, en específico respecto, insertas en el título II, que contiene las prestaciones a que pueden acceder los beneficiarios de dicho régimen”. Ahora bien, si bien es efectivo que tal apartado contiene regulaciones determinadas acerca de la prestación de servicios médicos por parte de instituciones públicas, tal como lo es el Hospital de Curicó, ocurre que la modalidad indicada de atención de la señora XXXXXXXXXXXXXXX, la que crea una prestación destinada de manera particular respecto del demandado ....., debe regirse por las normas de entidad contractual en torno a la determinación de la responsabilidad del acto que se le imputa como negligente. En efecto, de conformidad al artículo 142 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, la médica de la especie es elegida de manera particular por parte de la paciente, creándose obligaciones específicas emanadas de esta*



*ligazón particular, determinada por la aplicación de la modalidad en que se prefiere de manera individual al médico, para la prestación del parto llevado a cabo en el Hospital de Curicó. Así, la jurisprudencia ha ido en línea con tal prospecto, indicándose al efecto 2.- Que estas hospitalizaciones se hicieron bajo la modalidad de libre elección del sistema de protección a la salud pública, creado por el art. 13 de la Ley 18.469 de 1985, modificado por la Ley 19.650 de 1999, conforme al cual los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del régimen, en la modalidad de libre elección, deberá suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en alguno de los grupos del rol que, para estos efectos, llevar el Fondo.*

*3.- Que en este caso el médico psiquiatra tratante, fue el Dr. Alvaro Cavieres Fernández quien, por instrumento privado de 23 de abril de 1999 que corre de fojas 55 a fojas 58, suscribió el convenio para la atención de pacientes particulares en Hospitales del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, con el Hospital de El Salvador de este puerto, en el cual se deja constancia que en los pacientes beneficiarios de la ley 18.469, modalidad de libre elección, que optan por ser atendidos particularmente por un profesional autorizado, las prestaciones se pagarán tanto al profesional como al establecimiento mediante la entrega de la respectiva orden de atención y/o programa de atención médica normada por el Fonasa, estipulando que la responsabilidad civil y penal que pudiera derivarse de las prestaciones de salud realizadas respecto del paciente o de terceros, empecerá exclusivamente al profesional y no comprometer al Establecimiento.*

*4.- Que de este pacto no puede deducirse que el mismo exonere al Hospital del deber de cuidado y vigilancia de un paciente psiquiátrico ingresado a pensionado, ni de prestar los servicios de vigilancia inherentes al estado de un enfermo que precisamente se interna para evitar que sus inclinaciones suicidas acaben con su vida, pesando sobre la Entidad toda la nomenclatura legal aplicable a los Establecimientos de Salud Pública.*

*5.- Que acerca del tema de las reglas que disciplinan la internación de las personas con enfermedades mentales, es preciso aludir, en primer término, al Reglamento de los Servicios de Salubridad Mental, el Decreto 68 de 10 de marzo de 1927, cuyo art. 8 determina que en las construcciones o habitaciones de manicomios se contemplarán esencialmente la seguridad personal de los enfermos y la facilidad de vigilarlos; y a su turno el Decreto 570 de 14 de julio de 2000, Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan, en su art. 29 dispone que cuando se interne al paciente en una sala de aislamiento, que es lo que aconteció en este caso, la observación continua en aislamiento debe efectuarse en una pieza que cuente con las comodidades necesarias para evitar riesgos y daños al paciente, al cual se le deber privar de cualquier elemento que pudiese permitirle*

*autolesionarse. Añade que mientras la persona permanezca en observación continua en aislamiento, deber destinarse a un miembro del personal del Centro que mantenga una observación del paciente, al menos cada 15 minutos, registrándose su evolución. A su vez, el art. 35 de este Reglamento expone que todo paciente tendrá derecho a que se resguarde su seguridad personal.*

*6.- Que, también, resulta conveniente manifestar en qué consiste un pensionado en el cual fue ingresada la paciente de autos, respuesta que la proporciona el art. 173 del Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, el Decreto 42, de 9 de diciembre de 1986, el cual ha sido reemplazado por el Decreto 140, de 21 de abril de 2005. Así el art. 173 primitivo preceptó a que se entiende por pensionado aquellas camas de hospitalización que ofrecen una mayor privacidad, confort o bien habitaciones complementarias, y el inciso 3 letra a) de igual art. consagra un principio relevante estatuyendo que siempre el pensionado depende de la Subdirección Médica, en cuanto a su dirección y funcionamiento, lo que significa que los dependientes del Servicio de Salud que laboran en el sistema de libre elección no dejan de cumplir obligaciones públicas ni se transforman en empleados particulares, ni que la relación entre el paciente y el Servicio de Salud pase a tener únicamente una importancia contractual, pues los funcionarios de salud siguen siendo funcionarios públicos con los mismos deberes públicos, que son indelegables, y siempre afectos a la disciplina propia del sector público. (Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 704-2005).*

*De acuerdo con lo anterior, dicho vínculo de entidad contractual respecto a la doctora ..... , engendra, entonces, un vínculo determinado con la paciente por haberse asentado la prestación por el régimen de libre elección. Dicho esto, no cabe señalar otro tanto en orden a la situación que se asevera del doctor..... Efectivamente, no se aportó otro antecedente que diere cuenta que entre este y la paciente XXXXXXXXXXXXXXXX existiere algún tipo de contrato o convención para la realización del parto del cual indica que se generó la actuación negligente por parte de aquél. Por lo dicho, no ha se cumplimentado por parte de la actora el hecho de acreditar dicho contrato generador de las obligaciones de que se trata respecto de dicho demandado, de modo que la responsabilidad contractual alegada respecto de éste debe ser rechazada, siguiendo sólo el examen necesario para determinar la alegada en torno a la doctora.....-*

*DECIMO TERCERO: Conforme lo asentado en el considerando anterior, es de precisar que, ya comprobada la relación contractual por parte de la demandante, corresponde a la demandada comprobar el cumplimiento diligente de las obligaciones a que se encontraba supeditada cumplir.*

*La doctrina ha puntualizado este respecto que “Con todo no puede negarse que, si bien es posible sustentar que corresponde al médico-deudor- acreditar el cumplimiento de la*

*obligación y, por ende, la diligencia, debe considerarse que el daño, cuya indemnización se reclama, debe estar conectado con el incumplimiento culpable, pues resulta imprescindible el vínculo causal como un elemento esencial de la responsabilidad contractual (Pizarro Wilson, Carlos. La Responsabilidad Civil Médica. Legal Publishing. Santiago. 2017, p. 18).*

*Luego, precisando la norma legal en que reposa la carga probatoria que debe ser asumida por parte de la demandada, se ha dicho que el daño moral puede reclamarse “por incumplimiento del contrato médico y, además, el acreedor-paciente-no tiene la carga de acreditar la culpa del médico si invoca el régimen contractual, pues conforme lo indica el artículo 1547 inciso 3 del Código Civil “el deudor debe probar la diligencia debida”; en la especie, el médico, es él a quien se le imputa haber actuado en forma diversa a lo que dicta su lex artis” (Pizarro. 2017, p. 19).*

*En este sentido, resulta atinente indicar lo preceptuado al efecto por el artículo 1547 del Código Civil, el que señala “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza lo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

*Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.*

*En la arista contractual que nos toca, el estándar de diligencia que se cierne sobre las partes viene definido por un criterio normativo establecido por el legislador, específicamente, en el artículo 44 del Código Civil. En lo pertinente, dicho patrón de comportamiento que dirige las relaciones contractuales para un tipo de acto bilateral como el de marras, encuentra su sustento en lo insertado en su inciso tercero, el que indica que “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”.*

*DÉCIMO CUARTO: Definido lo anterior, es necesario detenerse en la prueba rendida al efecto para efectos de determinar el cumplimiento diligente de las obligaciones que se cernían sobre la parte demandada.....”*

## RESOLUCIÓN

.....Conforme el estudio indicado de la ficha clínica respecto del periodo de aparición de la patología de aracnoiditis, efectivamente esta se presenta transcurridos mas de dos meses de la punción epidural, específicamente, indicándose la primera prescripción de tal diagnostico el día 12 de septiembre de 2008.

Sin embargo, el diagnóstico cambia para los días 19, 20 y 21 de septiembre de 2008, pues se registra meningitis, reapareciendo como reportada la patología aracnoiditis, para el 22 de septiembre de 2008. Sin perjuicio de lo anterior, la sintomatología y diagnóstico de dicha enfermedad resulta presente en epícrisis que da cuenta la fecha de ingreso al Hospital de Curicó, el 2 de octubre de 2008, y egreso el 6 del mismo mes y año, efectuada por el médico tratante XXXXXXXXXXXXXXXX ..... En torno a los fundamentos de diagnóstico se observa aracnoiditis lumbosacra en remisión, se indica que mediante nueva muestra demuestra mejora en todos los parámetros y que no hay infección hospitalaria, con indicación de alta dependiente.

Según dichos antecedentes médicos, y en directa relación con lo preceptuado por el informe médico, respecto a que no es posible correlacionar la aparición de la patología referida con el parto de junio de 2008, resulta que no hay constancia en las atenciones médicas que la referida patología se hubiere desarrollado a propósito de la punción de anestesia en virtud del parto asistido por la doctora.....en junio de 2008. Efectivamente, no existe una ligazón determinada en los antecedentes clínicos que demuestre una mala *praxis* médica en la aplicación de la anestesia durante el desarrollo del protocolo médico observado en el alumbramiento precitado. Si bien la historia clínica demuestra en agosto de 2008 la aparición de sintomatología por parte de la paciente respecto a presencia de adormecimiento en la región inferior del abdomen, cefalea y cuadros febriles, para posteriormente, en septiembre de ese año, indicarse la generación de la enfermedad de aracnoiditis, resulta que ninguno de tales diagnósticos surge conectado a la aplicación de la mala técnica achacada al protocolo de parto indicado. En efecto, no hay elementos de prueba que establezcan que, a propósito del suministro de la anestesia por parte del facultativo encargado y del tratamiento de parte de la médica, señora....., se haya iniciado la patología que achaca la actora a la negligencia de que se trata. Por otro lado, es efectivo que en el año 2010 existe constancia de ingreso de fecha 26 de marzo de 2010, de la paciente XXXXXXXXXXXXXXXX al Hospital de Curicó, con motivo de ingreso síndrome febril. En la anamnesis próxima se indica que

paciente posee antecedente de aracdoinitis cauda equina conocida desde hace dos años con vejiga neurogenica secundaria cateterismo intermitente. Refirió en últimas 48 horas compromiso estado general, sensación febril, inicialmente con orina no alterada, se inicia tratamiento con medicamentos. En el apartado de diagnóstico número 1, se da cuenta de síndrome febril etiología no precisada, con un diagnóstico de Aracnoiditis crónica y número 3, vejiga neurogénica.

Sin embargo, de estos hechos no se detecta la conexión indicada por parte de la actora en orden a que la manifestación y permanencia de la patología indicada, fuere asociada a la mala *praxis* médica indicada. Del análisis de los procedimientos médicos insertados entre los años 2008 a 2010, pormenorizados en lo anterior, si bien se han comprobado los detrimentos físicos indicados por la actora en torno al cateterismo intermitente para extraer su orina desde agosto de 2008, disminución de la movilidad a partir de esa data, como da cuenta la ficha clínica al respecto y las epicrisis ya indicadas, lo cierto es que tales consecuencias, si bien se presentan en conjunto con la generación de la patología indicada, ocurre que no se determina de manera fehaciente que ello haya sido a causa de la mala técnica médica desarrollada en el parto, pues los exámenes practicados no demuestran lo apuntado en tal sentido ni tampoco el informe médico pericial ya anotado lo destaca, pues descarta la presencia de una mala técnica médica en los procedimientos estudiados.

Del estudio de los escritos de discusión era determinante para el efecto pretendido por la demandante que se detectara una infracción a la *lex artis* médica de los facultativos demandados en la aplicación de la anestesia en el parto indicado y, además, que existiera quebrantamiento del deber de diligencia en la aplicación del tratamiento post alumbramiento. Sin embargo, el ya citado informe médico emitido por el Servicio Médico Legal descarta la vulneración a alguna regla de la *lex artis* de los médicos demandados en las actuaciones practicadas a la paciente en los hechos anotados por la actora y, de la ficha clínica, incluso, se detecta que se aplica anestesia peridural a la actora XXXXXXXXXXXXXXXX y no raquídea como se señala en la demanda y en que reposaba la negligencia indicada respecto de los facultativos.

De esta forma, excluida entonces este necesario vínculo entre la generación de la enfermedad indicada por la actora, que efectivamente que esta ha padecido desde el mes de septiembre de 2008, con la mala *praxis* denunciada, por no haberse determinado en esta sede de conformidad a la prueba rendida, ocurre que no ha se configurado el requisito previsto para determinar la responsabilidad civil de los demandados, consistente en el incumplimiento culpable de la demandada de una obligación emanada del contrato.

DÉCIMO OCTAVO: Que, conforme lo señalado, no habiéndose configurado el requisito del incumplimiento culpable respecto de los demandados de una obligación contractual, por haberse determinado que los facultativos demandados se ciñeron a los presupuestos exigidos en los diversos tratamientos efectuados a la paciente XXXXXXXXXXXXXXX, sólo cabe rechazar la demanda en estudio a su respecto, lo que se dirá en lo resolutivo.

### EN CUANTO A LA DEMANDA SUBSIDIARIA INCOADA EN LOS AUTOS ROL 1148-2012

En virtud de lo expuesto, como se asentó pretéritamente, la relación contractual respecto de la demandada doctora..... ya es un hecho asentado en la causa y es a través de tal vínculo que la actora ha alegado el incumplimiento de las obligaciones que sobre ella se cernían. De esta forma, resulta improcedente jurídicamente determinarse o extender el análisis de la responsabilidad propuesta por la actora y que determina la actuación del Tribunal de acuerdo al marco jurídico que esta supone, una vez ya elegido el estatuto indicado. Por ende, habiéndose desechado por el Tribunal la determinación de responsabilidad conforme a las reglas de la responsabilidad contractual respecto de los facultativos indicados, no cabe sino desestimar la demanda indicada de responsabilidad extracontractual por haberse establecido la inconcurrencia de la existencia de un incumplimiento de obligaciones contractuales, ya habiéndose escogido por la actora el estatuto indicado por el cual entendió como vulnerado por parte de los demandados.

VIGÉSIMO: Aun determinado lo anterior, aun incluso si se hiciera el soslayo de la situación jurídica anterior, resulta determinante asentar que, de estudiarse la concurrencia de la responsabilidad extracontractual, en específico, respecto del anestesista doctor....., tampoco resulta configurada la vulneración al estándar de comportamiento que le era exigido en la atención médica indicada. Al respecto, cabe señalar que, si bien la delimitación de la configuración de un estatuto de responsabilidad para el caso en concreto, los deberes de diligencia, ya en un caso u otro, presentan una identidad en torno a los deberes que se ciernen respecto a los profesionales médicos en torno a la atención brindada a los pacientes.....

En consecuencia, tampoco en la arista extracontractual el Tribunal puede determinar la actuación reprochada como culpable por parte de las demandadas, atendida la prueba rendida al efecto, que, por una parte no asienta la

necesaria conexión entre la mala punción de anestesia achacada al facultativo señor ..... y la aparición de la patología indicada; además, tampoco existe la corroboración necesaria entre la atención médica imputada a la doctora ..... en orden a que, por una mala atención post parto se haya ocasionado a la actora los defectos físicos provenientes de la patología ya mencionada. Por consiguiente, siendo la concurrencia de un hecho imputable a culpa por parte de las demandadas un requisito inexorable de la responsabilidad extracontractual propuesta, sólo cabe rechazar la demanda en este punto, siendo innecesario entrar en conocimiento de los daños indicados, atendido la inexistencia de la negligencia reprochada.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la restante documentación aportada en autos en nada altera la decisión que se ha expresado en los motivos anteriores. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1437, 1438, 1489, 1545, 1547, 1558, 1698, 1700 y 1702 del Código Civil, artículos 144, 160, 170, 254, 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil, Ley 19.966 y Decreto Supremo N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud; y demás disposiciones citadas, se declara:

I. Que se rechaza en todas sus partes la demanda incoada a fojas 1 de los autos rol 1576-2010, en contra de los demandados ya individualizados.

II. Que se rechaza en todas sus partes la demanda incoada en los autos rol 1148-2012, acumulada a la causa primitiva ya indicada.

III. Que no se condena en costas a los demandantes por estimarse que tuvieron motivo plausible para litigar.

Rol C-1576-2010 y C-1148-2012, acumulada.

## CONCLUSIÓN

El fallo establece, en cuanto a la formación del vínculo contractual, una excepción a la regla general; en efecto, dentro de las alegaciones realizadas por la defensa, en la etapa de la discusión, fue negar la existencia de cualquier tipo de contrato de salud con los actores, pues la atención realizada en el Hospital de Curicó fue de urgencia, por cuanto los demandados se encontraban allí. Pero el Tribunal consideró que se acreditó la existencia de un contrato por el sólo hecho de que a la Gineco-Obstetra se le pagó a través del Hospital de Curicó la atención a la demandante, lo que no sucedió con el médico anestesiólogo.

El “Contrato de prestaciones médicas” es aquel en cuya virtud el médico, en su calidad de profesional liberal, presta sus servicios a un enfermo, sea por

requerimiento de este o sus representantes, o de un tercero. En el primer caso, el contrato se presenta en forma pura y simple; en el segundo se crea la relación contractual médico-paciente por medio de la estipulación a favor de otros<sup>11</sup>.

Los requisitos del contrato médico, para que tenga efecto y validez en el mundo del derecho, según lo ordena el artículo 1445 del Código Civil, son: Capacidad, Consentimiento, Objeto lícito y Causa lícita.

Pero una de las características esenciales del contrato de prestaciones médicas, es que son innominados, es decir, un contrato atípico, que no está reglamentado en nuestra legislación, por lo que se debe encuadrar, como señala el profesor Jorge López Santa María, en alguno de los tipos establecidos en la ley, por eso se habla que este tipo de contratos se encuadran en el de prestación de servicios (artículo 2118 del Código Civil).

Ahora bien, la sentencia comentada, viene en cambiar la clásica regla de la formación del consentimiento y crea un vínculo contractual establecido por ley, siendo una excepción al carácter de este tipo de contratos, esto es ser un contrato *intuito-personae*; en efecto el fallo concluye que : estas hospitalizaciones se hicieron bajo la modalidad de libre elección del sistema de protección a la salud pública, creado por el art. 13 de la Ley 18.469 de 1985, modificado por la Ley 19.650 de 1999, conforme al cual los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del régimen, en la modalidad de libre elección, deberán suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en alguno de los grupos del rol que, para estos efectos, lleva el Fondo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Peñailillo, Arévalo Daniel, *Obligaciones*, Editorial Jurídica, primera edición, p. 95.
- Carreño B., Marcela Paz; Lagos C., Amalia Verónica; y Catalán A., Marcelo Hernán, *Responsabilidad civil médica*, Editorial el Jurista, p. 49.
- Derecho Médico I y II Falmed.

---

<sup>11</sup> Carreño B., Marcela Paz; Lagos C., Amalia Verónica; y Catalán A., Marcelo Hernán, *Responsabilidad civil médica*, Editorial el Jurista, p. 49.





## LA RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO MÉDICO, EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIONES MÉDICAS

Liliana Silva Acuña<sup>12</sup>

Abogada FALMED, Concepción

El 6 de junio de 2014 el juez *a quo* del Tercer Juzgado Civil de Concepción<sup>13</sup> rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual interpuesta por una paciente en contra de su médico tratante, fundada en el incumplimiento del contrato de prestaciones médicas celebrado entre las partes, por el olvido de material quirúrgico dentro de su cuerpo tras una cesárea, acogiendo el tribunal de primera instancia la excepción de falta de legitimación pasiva entablada por la defensa letrada de nuestra Fundación.

Acto seguido, la perdidosa apeló ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción<sup>14</sup>, confirmando esta magistratura la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia.

Finalmente, la actora decide recurrir de casación en el fondo, argumentando que se habían infringido los artículos 1545, 1546 y 1547 del Código Civil, ya que la sentencia había obviado la existencia de un contrato bilateral de prestación de servicios médicos suscrito entre ambas partes, siendo estos autos resueltos por

---

12 Liliana María Silva Acuña, Abogada FALMED Concepción, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magíster (c) en Derecho Procesal de Familia de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Postítulo en Procedimientos Especiales de la Universidad de Concepción, Curso de Debido Proceso en la Universidad de Chile, Curso de Responsabilidad Legal Sanitaria en la Universidad del Desarrollo y Curso Iberoamericano de Responsabilidad Civil en la Universidad de Champagnat, Buenos Aires, Argentina.

13 C-8696-2012.

14 C-1355-2014.

la Excelentísima Corte Suprema en el fallo rol 8235-2015, de fecha 9 de marzo del año 2016, el que será a continuación objeto de nuestro análisis.

El juicio se inició con la demanda de una paciente en contra del médico ginecólogo que le practicó una cesárea en el año 2007, fundando su pretensión de indemnización de perjuicios en que tras dicha operación sufrió una serie de malestares en la zona abdominal, los que describió como “*fuertes puntadas al pararse o acostarse*”, lo cual fue oportunamente informado al médico tratante, quien habría indicado que dichas molestias eran consecuencias normales de la intervención quirúrgica a la que se había sometido. Sin embargo, con el pasar de los años, estos dolores no cesaron e incluso fueron en aumento, procediendo la paciente a realizarse diversos exámenes, dentro de los cuales se barajó incluso la posibilidad de la presencia de un quiste en el riñón.

A la postre, durante el año 2012 la demandante se somete a una intervención quirúrgica, en la que se le detectó en su interior un cuerpo extraño, en específico, una gasa, la cual presuntamente habría sido olvidada durante la cesárea realizada por el demandado.

La demandante funda su petición indemnizatoria en el incumplimiento del contrato de prestaciones médicas celebrado entre las partes, considerando que el olvido de material quirúrgico implica un cumplimiento imperfecto de la obligación contraída por el médico tratante, quien no sólo se obligó a realizar la cesárea, sino a todas las demás cuestiones que emanan de la naturaleza de esta obligación, dentro de las que se encontraría el conteo y retiro del material quirúrgico utilizado durante el procedimiento.

Ante ello, la parte demandada solicita el rechazo del libelo, fundando su defensa, entre otras excepciones, en la de falta de legitimación pasiva, puesto que, dentro de las obligaciones contraídas por el demandado, quien en los hechos actuó como primer cirujano durante la cesárea, no se encuentra el conteo del material quirúrgico, función específica a cargo de quien se desempeña como arsenalero dentro de un pabellón. Siendo esta persona la responsable de entregar el material e insumos necesarios para llevar a cabo un procedimiento quirúrgico, y quien al término de este, realiza el conteo. Indicando además que el primer cirujano no da por concluida la intervención, sino hasta que el o la arsenalera señala a viva voz “*recuento de compresas ok*”, de lo cual se deja constancia en la ficha clínica, cuestión que en la cesárea de autos ocurrió, tal como se probó mediante la incorporación de la ficha clínica respectiva al juicio.

Despejada por la defensa la variable de quién es responsable del conteo del material quirúrgico, la parte demandada sostuvo que, en el caso de marras, la

arsenalera era una funcionaria pública del Hospital Regional de Concepción, quien no fue convocada ni elegida por el demandado, sino directamente proporcionada por el recinto Hospitalario. Refiere también que el lugar en donde se llevó a cabo la cesárea fue elegido libremente por la paciente, quien celebró un contrato bilateral diverso con el Hospital, que le permitió el uso de las dependencias del nosocomio a cambio del pago de los aranceles preestablecidos.

Así, entonces, pueden distinguirse claramente dos vínculos jurídicos diferentes: por una parte, el contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre las partes del juicio, mediante el cual el demandado se obligó a realizar la prestación de salud indicada, en este caso, una cesárea de conformidad a la *lex artis*, y la paciente a pagar los honorarios del profesional; y por otra, el contrato celebrado entre la paciente y el Hospital Regional de Concepción, a través del cual el recinto de salud permite el uso de sus dependencias, ofrece sus instalaciones, materiales e insumos médicos y proporciona personal, como pabelloneras y arsenaleras de turno, bajo la modalidad de libre elección o pensionado, obligándose la paciente a pagar el respectivo bono o arancel.

De este modo, la demandada establece en su tesis de defensa que la demanda debió entablarse en contra de quien es responsable de que existiera un cuerpo extraño dentro del cuerpo de la paciente, es decir, de quien realizó mal el conteo de las compresas, por lo que la acción en esta causa habría sido mal incoada.

Con todo, el tribunal de primera instancia rechazó en todas sus partes la demanda interpuesta, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva, al concluir que la responsabilidad del daño producido por el olvido de material quirúrgico, en específico una compresa en el abdomen de la actora, no es del médico, sino de la arsenalera, funcionaria dependiente del Hospital Regional, respecto de quien el demandado no tuvo ninguna injerencia en su designación. Siendo confirmada sin modificaciones dicha sentencia por los ministros de segunda instancia.

Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fondo determinó la normativa aplicable, señalando que se estaba frente al régimen de responsabilidad contractual, atendido que la acción *sub lite* deriva del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre la paciente y su ginecólogo, según lo dispuesto en el artículo 1437 de nuestro Código Civil.

Vale recalcar que, en el caso en comento, no se intentó en contra del médico demandado una acción por responsabilidad extracontractual, creemos por el

tiempo transcurrido entre la primera y la segunda cirugía, además cabe mencionar que el único demandado de autos era el médico tratante, sin haberse interpuesto la acción en contra de otro sujeto que pudiere haber resultado responsable.

A continuación la sentencia de alzada realiza la enunciación de las normas aplicables al caso *sub lite*, entre ellas los artículos 1545 y 1547 del Código Civil, determinando el régimen de responsabilidad aplicable, en este caso, aquel que emana del contrato y la diligencia a la cual se había obligado el demandado, indicando expresamente en su considerando OCTAVO, que el médico de autos estaba obligado a actuar con el cuidado que el común de las personas emplea en sus negocios propios (culpa leve), atendido que el contrato de prestaciones médicas celebrado era bilateral, puesto que ambas partes eran acreedoras y deudoras de beneficios recíprocos. *“La culpa contractual se manifiesta cuando el deudor, por desidia o negligencia, no cumple íntegramente una obligación preexistente o la cumple tardíamente. Y ella será leve cuando denote la falta de cuidado que el común de las personas emplea en sus negocios propios”*.

En relación con lo anterior, resulta llamativo que, a pesar de tratarse de una causa con origen en una presunta negligencia médica, no se hizo la clásica mención a la clasificación entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, muy propia de esta materia. Posiblemente porque, como veremos más adelante, el objeto principal de este juicio no fue probar que el actuar del médico especialista en ginecología fue acorde a la *lex artis*, atendido que fue la propia paciente quien en su demanda indicó que la cesárea había sido exitosa.

También cabe destacar que en el fallo sobre el recurso de casación se cita la obra de destacados juristas, como Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodánovic, en búsqueda de la definición de la responsabilidad contractual, para concluir el Excelentísimo Tribunal en sus palabras que la responsabilidad contractual es *“la aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir las consecuencias de sus actos, de manera que es responsable aquel que, frente a un daño proveniente de su actividad (activa o pasiva), está forzado a repararlo, si ello obedece al incumplimiento de una obligación preexistente que en materia contractual siempre estará dada por el vínculo jurídico que genera el contrato”*.

Posteriormente, el fallo hace un guiño a lo que la doctrina tradicional ha establecido como los requisitos para la procedencia de la indemnización de perjuicios en materia contractual: *“a) la infracción de la obligación, sea por no haberse cumplido o porque se ha cumplido en forma imperfecta o tardía (artículo 1556 del Código Civil), b) la imputabilidad de los perjuicios al deudor, o sea, que ellos se daban*

*a su culpa o dolo y no a hechos extraños, como la fuerza mayor o el caso fortuito, c) la interpelación hecha por el acreedor al deudor, esto es, que lo haya constituido en mora, y d) que la infracción de la obligación origine perjuicios al acreedor*". Demostrando de esta forma, que la solución a la disputa jurídica traída a su conocimiento sería resuelta lisa y llanamente utilizando los criterios tradicionales, sin caer en innovaciones jurisprudenciales.

Así, podemos distinguir que la sentencia es una expresión de la aplicación práctica y concreta de uno de los principios rectores en el estudio del derecho de los contratos, esto es, el *efecto relativo de los contratos*, ya que para la resolución de la contienda se empleó una excepción que nace al amparo de esta construcción doctrinaria, la excepción de legitimación pasiva. Este principio postula en términos muy generales, que el contrato únicamente puede ser fuente de derechos y obligaciones para las partes, esto es, para quienes concurren —sea personalmente o representados— con su voluntad a celebrarlo<sup>15</sup>.

En ese orden de ideas, la demanda fue rechazada por haberse acogido la excepción de legitimidad pasiva, en otras palabras, por no ser el demandando el sujeto respecto del cual debió interponerse la acción, por lo que el máximo Tribunal procedió en su considerando SEXTO a indicar que: *"la legitimidad de la calidad de obrar no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia. Así, si de los antecedentes de la causa no resulta legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, no porque haya sido mal deducida sino porque la acción no corresponde al actor o en contra del demandado*.

*En efecto, en toda obligación existe un sujeto activo o acreedor que es el beneficiario de ella, pudiendo exigir su incumplimiento; y un sujeto pasivo o deudor, que es la persona que deberá efectuar la prestación convenida", quienes conforman el elemento subjetivo de la obligación (Gastón Salinas Ugarte, "Responsabilidad Civil Contractual", Tomo I, Editorial Legal Publishing Chile, 1ª Edición, noviembre 2011). De esta manera se puede sostener que la culpa contractual, al emanar del incumplimiento de la obligación contraída con ocasión de la celebración de un contrato, requiere que ese incumplimiento corresponda a un hecho personal del deudor. Por consiguiente, si el incumplimiento es obra de un tercero no habrá culpa personal, salvo que el deudor se haya hecho reemplazar por un tercero, pero allí responderá por sus propios actos y no por culpa ajena*".

Nos resulta bastante interesante el razonamiento con que el tribunal de alzada determina que el objeto de este juicio no es otro que el de esclarecer si

---

<sup>15</sup> Alcalde R., Enrique; Boetsch G., Cristian (2021). *Teoría general del contrato. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, p. 640, Tomo II.

el médico demandado estaba o no obligado a realizar el conteo del material quirúrgico utilizado en la cesárea, o en su defecto, si es posible atribuirle algún grado de responsabilidad o participación en dicha labor. Demostrando con lucidez que la cuestión jurídica de autos sería resuelta de manera categórica, mediante una interpretación y aplicación acuciosa de la ley.

Cabe tener presente que la Excelentísima Corte Suprema tomó conocimiento de este asunto mediante un recurso de casación en el fondo, por lo que no correspondía la revisión de los hechos, los que ya habían sido establecidos y demostrados mediante la prueba rendida durante el pleito, sino que sólo procedía la revisión de la aplicación correcta del derecho. Por esta razón, el fallo en su considerando SÉPTIMO, se refiere al argumento que utilizó el juez de primera instancia para rechazar en su totalidad la demanda, señalando: *“Que, como se adelantó en los fundamentos que preceden, los jueces acogieron la excepción de falta de legitimación pasiva por estimar que las obligaciones del médico no comprometen el recuento del instrumental, compresas y gasas utilizadas durante la intervención quirúrgica efectuada a la actora, sino que corresponden a la arsenalera. De esta manera, estimaron, como anteriormente se dijo, que el daño no fue causado por el médico demandado, sino por otro profesional de la salud, dependiente del Hospital Regional Guillermo Grant Benavente, respecto de quien el demandado no tuvo ninguna injerencia en su designación al haber optado por un médico profesional que realizó una cesárea particular en un determinado recinto hospitalario del cual no forma parte del staff médico”*.

Al haberse establecido como hecho probado de la causa que quien realizó el conteo del material instrumental no fue el médico, sino un profesional de la salud diverso, necesario y específico dentro del pabellón, el tribunal de alzada razonó su fallo teniendo como supuesto irrefutable, que el olvido de la compresa dentro del cuerpo de la demandante había tenido su origen en un actuar negligente de la arsenalera, razón por la cual correspondía a los ministros establecer únicamente si las normas del régimen de responsabilidad contractual contenidas en nuestro Código Civil habían sido correctamente aplicadas, debiendo determinarse necesariamente si el obrar de la arsenalera estaba o no comprendido dentro de las obligaciones que había contraído el médico tratante.

En consecuencia, durante el considerando NOVENO se señala lo siguiente: *“...En esta línea de pensamiento, si el daño es causado por un tercero, entendiendo por tal a una persona distinta de la contraparte, el demandado carece de legitimación pasiva ya que, tratándose del régimen jurídico en estudio, el sujeto pasivo no responde del hecho ajeno, sino de su conducta en tanto no diere cumplimiento o cumpla defectuosamente con las obligaciones pactadas”*.

*La doctrina considera que “cuando el hecho que imposibilita el cumplimiento de la obligación proviene de un tercero por el cual legalmente no responde el deudor, a éste no le cabe responsabilidad. Esta hipótesis entraña una verdadera fuerza mayor o caso fortuito” (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Jurídica”).*

La Excelentísima Corte Suprema establece, de manera tajante, que en materia contractual no existe la culpa por hecho ajeno o, en otras palabras, que sólo se responde por las acciones u omisiones personales.

Al respecto, parece relevante mencionar lo desarrollado por el jurista Álvaro Vidal Olivares en su libro sobre responsabilidad civil médica, en el cual se desarrolla de manera clarificadora las diversas consideraciones que se deben tener en cuenta cuando se produce un daño a un paciente con origen en la actividad de un miembro del equipo de médicos que interviene en la atención de salud, pero que es distinto del médico tratante. Así, el profesor Vidal señala: *“La cuestión es la siguiente: si el daño que padece el paciente tiene origen en la acción u omisión, no del médico (deudor), sino en alguno o algunos de sus auxiliares, ¿quién responde ante la víctima (el acreedor)? ¿El médico o sus auxiliares? Y la pregunta se justifica porque quien incurre en el hecho constitutivo de culpa y causa daños no es el médico sino un tercero o terceros jurídicamente ajenos para el paciente. Y para dar respuesta, hemos de distinguir dos supuestos: 1) El propio médico que contrata con el paciente elige o selecciona a los profesionales que le auxiliarán en la ejecución de los servicios médicos objeto del contrato, y 2) Aquel en que el médico se le impone por la clínica o establecimiento de salud, total o parcialmente, el equipo que le auxiliará en la prestación de servicios”<sup>16</sup>.*

En esta obra el autor utiliza como criterio diferenciador la responsabilidad en la elección de los auxiliares, entendiéndolo que esta puede recaer en el propio médico tratante o en el recinto de salud. Siendo esto último lo ocurrido en el caso de marras.

En consecuencia, pareciera que resultó relevante en la decisión de los tribunales de justicia, no sólo la prueba sobre quién era responsable del conteo de las compresas, sino que además, lo aportado con la finalidad de probar quién era responsable de la presencia de la arsenalera durante la cirugía en cuestión. En otras palabras, si el demandado había elegido personalmente a su equipo médico, este podría haber estado obligado a responder por los errores que alguien del equipo médico cometiera. En cambio, en el caso de que la presencia

---

<sup>16</sup> Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Editorial DER, p. 34.



del auxiliar de salud dentro del quirófano fuese debida a que el propio Hospital ofreció, dentro del contrato celebrado con la paciente, el proporcionar arsenalero para la realización de la intervención, entonces no cabía duda de que no hay responsabilidad del médico en el obrar de dicho funcionario, por no haber participado en su elección ni designación.

Creemos que lo anterior llevó al abogado de nuestra Fundación a probar, no sólo la falta de negligencia personal del médico por el olvido de material, mediante testigos y distinta prueba documental, entre ellas el *“Manual de Organización, Funciones y Descripción de Cargos de la Unidad de Pabellón Central y Recuperación del Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisne Brouss”*, con la finalidad de probar cuáles eran las obligaciones y funciones que desempeñan normalmente los distintos profesionales de la salud dentro del pabellón quirúrgico. Sino también, la imperiosa necesidad de probar que en el caso de marras, la elección de la arsenalera no había sido realizada por el demandado, sino que había sido el Hospital Regional de Concepción quien había puesto a disposición a dicha funcionaria, tras haber celebrado un contrato directamente con la paciente.

A la postre, el propio fallo incorpora la siguiente cita: *“Sobre lo que se anota el profesor don Carlos Pizarro Wilson en un artículo denominado “La Responsabilidad médica por el hecho ajeno”, señala: “Sólo en el evento que los auxiliares hayan sido introducidos por el médico tratante para la ejecución de su obligación contractual podría exigirse responsabilidad al médico por el hecho de un auxiliar médico. En caso contrario el paciente podrá dirigir su acción contra la Clínica o directamente contra el auxiliar culpable”.*

Todo lo anteriormente analizado nos permite destacar la importancia que tiene que nuestros médicos seleccionen adecuadamente el equipo con el que van a trabajar y que las instituciones de salud proporcionen un equipo médico adecuado y capacitado, toda vez que se concluye en este trabajo, como un criterio afianzado de nuestra Excelente Corte Suprema, que la posibilidad de elección de los miembros del equipo quirúrgico determinará a posteriori el juicio de imputación que se llevará a cabo en contra del médico, es decir, al momento de determinar si resulta o no responsable de las acciones u omisiones constitutivas de daño ocasionados al paciente por miembros auxiliares en una atención de salud.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde R., Enrique; Boetsch G., Cristian (2021). *Teoría general del contrato. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile.
- Código Civil de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Editorial DER.



## CASOS DE MEDIACIÓN

Alejandra Riquelme Castañeda<sup>17</sup>  
Abogada Falmed, Unidad de Mediación

### INTRODUCCIÓN

#### ACUERDOS DE MEDIACIÓN Y LA IMPORTANCIA DE LA FICHA CLÍNICA

La mediación es una alternativa de resolución de conflicto<sup>18</sup>.

La Ley 19.966 establece que la mediación en salud es un procedimiento de carácter previo y obligatorio para el paciente/pariente que afirma haber sufrido un daño como consecuencia de un acto médico.

Cuando no se llega a un acuerdo entre las partes, la mediadora emite un certificado de mediación frustrada, que habilita al reclamante a ejercer acciones civiles contra los médicos reclamados de ese proceso de mediación.

Por otro lado, la ficha clínica<sup>19</sup> es el medio probatorio por excelencia ante los tribunales de justicia que, según la Ley 20.584 y la doctrina, debe cumplir con los requisitos de ser obligatoria, completa, ordenada, actualizada, inteligible, inviolable, verás y confidencial.

---

<sup>17</sup> Abogada de Unidad de Mediación FALMED. Titulada Universidad Diego Portales 2010. Diplomado "Alternative Dispute Resolution: Mediation and Negotiation". University California Santa Barbara. EEUU.2011. Diplomado "Mediación Familiar" Universidad Católica. 2021.

<sup>18</sup> Salas Gómez, Isabel, *Mediación en salud*, Derecho Médico FALMED, p. 221 y ss.

<sup>19</sup> Hansen Cruz, Pedro Pablo, *Ficha clínica*, Derecho Médico FALMED, p. 243 y ss.

En consideración a estas premisas, la mediación es una oportunidad para revisar, junto con el médico, si la ficha clínica cumple con los requisitos exigidos por la ley y, mejor aún, si prueba o sustenta la interpretación que él tiene del acto médico que se cuestiona. Según cumple o no, nos permite valorar el riesgo del caso y de acuerdo con ello, negociamos un acuerdo económico o bien damos explicaciones objetivizadas al paciente.

*“No se trata de explicar al paciente lo que el médico dice que hizo, sino de lo que la ficha clínica registra que el médico hizo en el acto que se está cuestionando”.*

A continuación, presentaremos tres acuerdos de mediación de carácter económico, que por temas de confidencialidad no podemos revelar mayor detalle.

Para su conocimiento, en todos y cada uno de estos procesos, en la primera audiencia, el mediador(a) explica los principios de la mediación y reglas del procedimiento para luego dar paso a los reclamantes a presentar sus reproches y pretensiones. Los reclamados, en esta primera audiencia, damos completo protagonismo al paciente/pariente que reclama ya que la contención emocional, la empatía y la escucha activa, también son parte importante de la resolución de un conflicto. Al final de la relación de los hechos, solicitamos la pretensión económica concreta y siempre pedimos copia de la ficha clínica.

## HECHOS: CASO 1

Mujer menor de 30 años con antecedentes de disfunción patelofemoral asociado a pie plano bilateral se atiende en clínica privada con especialista de pie. Paciente no presentaba mejoras con tratamientos médicos que hasta ahora había tenido con otro profesional y presentaba graves dificultades para realizar actividades diarias. Traumatólogo recomienda corrección de pie plano bilateral con un procedimiento quirúrgico tipo artrorraxis. Paciente manifiesta su deseo de volver a caminar pronto y solicita agendar cirugía dentro de la semana.

El procedimiento se agenda a los pocos días de la primera consulta. El día de la cirugía se firmaron los consentimientos informados, se le explicó a la paciente y su familiar de los riesgos y las complicaciones de este tipo de procedimiento, para luego revisar los exámenes preoperatorios que estaban OK, y se ingresó a la paciente para hospitalización.

El procedimiento de artrorraxis se realizó sin inconvenientes. Se instalaron prótesis de medidas standard bajo radioscopia que verificaron la correcta posición de estos. La paciente evolucionó bien durante su post operatorio

inmediato y por lo tanto se le dio de alta el mismo día con las indicaciones médicas escritas.

La paciente dentro del mes concurrió a sus tres controles post operatorios, todos bien, sin signos de complicaciones. Comentó que caminaba sin bastones aun cuando expresó haber sentido cierta molestia. Precisó que el médico le indicó kinesioterapia y reeducación de la marcha y que asistió a todas las terapias recomendadas.

A los meses, la paciente precisa que se contactó nuevamente con el médico y le informó que había tenido un retroceso en su evolución. Le explicó que fue evaluada por un tercer especialista y que este habría cuestionado el procedimiento que se había realizado, comentándole que la artrorrrisis era para menores de 12 años, que, si bien los implantes estaban bien posicionados, las imágenes evidenciaban la presencia de esclerosis alrededor de ellos y que lo más probable era que los mismos implantes estaban comprimiendo el talus cuando caminaba y que, por lo tanto, ese era el motivo de su dolor. La nueva indicación médica era retirar los implantes.

El abogado de la paciente nos informó que su clienta tuvo que extraerse los implantes y que en la actualidad continuaba con dolores en sus pies por lo que no podía realizar actividades diarias. Concluyó que el daño se le habría producido por una lesión en sus nervios producto de los implantes. Calificó de temeraria la conducta del médico, al operar no habiendo realizado un procedimiento más conservador previamente, y no realizar exámenes de imágenes previo a la cirugía, que confirmaran el diagnóstico e indicación quirúrgica, limitándose a tomar RX en el pabellón. Evaluó el tratamiento médico como inadecuado toda vez que su clienta era una mujer de 30 años y reprochó la falta de información que se le proporcionó a la paciente en relación con los riesgos y complicaciones del procedimiento.

El abogado expresó una pretensión de treinta millones de pesos.

## DERECHO: ANÁLISIS Y NEGOCIACIÓN DEL CASO 1

Reunidos los antecedentes y la literatura médica *ad hoc*, procedimos a evaluar los reproches del caso. El retiro de los implantes por dolores en la sinus tarsi estaba dentro de las complicaciones descritas. De hecho, uno de cada tres pacientes debe removérselo por intolerancia. El procedimiento de artrorrrisis es adecuado, tanto en niños como en adultos. Los antecedentes indicaban que la paciente era conocida de la clínica y había estado en tratamientos previos con

otro traumatólogo, quien, ante la falta de una respuesta favorable a los tratamientos conservadores, decidió interconsultar con nuestro representado. No hay consenso internacional para el diagnóstico de pie plano con radiografías u otro método imagenológico, y las radiografías tomadas en pabellón pre e intraoperatoria fueron realizadas con el fin de confirmar la correcta posición de los implantes y no la confirmación del diagnóstico.

Respecto de la lesión del nervio producto de los implantes, se pidió acompañar un informe médico o de imagen que lo evidenciara, ya que los informes de exámenes que se compartieron claramente indicaban que los implantes estaban bien posicionados. Los reclamantes acompañaron un informe de kinesioterapia que indicaba falta de musculatura en ambas piernas de la paciente, pero nada respecto de una lesión en nervio de sus pies.

Nuestra conclusión era que teníamos respaldos suficientes en la literatura nacional e internacional para dar respuestas válidas a los reproches formulados en contra del médico.

En relación con la ficha clínica, había ciertos puntos que nos inquietaban.

Un consentimiento informado genérico sin indicación clara de los riesgos y complicaciones particulares de este procedimiento, evidentemente no era de gran ayuda para demostrar a los tribunales que la paciente conocía la información, especialmente considerando que la literatura médica afirma que uno de cada tres pacientes que se realizan este procedimiento solicitan removerse los implantes por los dolores en la sinus tarsi. ¿Podría el Tribunal considerar que la información contenida en este consentimiento era insuficiente, especialmente considerando la alta probabilidad de extracción del implante?

Respecto de la primera evaluación de la paciente, el traumatólogo reclamado no dejó registro de ella en la ficha clínica ambulatoria. El profesional que solicitó la interconsulta lo llamó presencialmente a su box y sólo dejó constancia de la derivación.

En cuanto a la cirugía, esta se realizó dentro de la semana de la primera evaluación no existiendo ninguna otra necesidad más que el interés de la paciente. Si a esto le sumamos, en una nota personal, que la ficha clínica ambulatoria contenía registros básicos de las evoluciones médicas/kinesiológicas de la paciente, entonces, ¿podría el Tribunal, cuestionar la premura?

Se decide en conjunto con la clínica hacer una propuesta de devolución de los montos pagados, a cambio de la renuncia de acciones judiciales contra ambos reclamados.

Durante la segunda audiencia, se produjeron un par de incidentes que causaron incredulidad de parte de los reclamantes a la información que se les estaba proporcionado. Cuando le explico a la paciente que su IMC de 29 podría haber acentuado los dolores de sus pies, la paciente reaccionó inmediatamente, argumentando jamás haber tenido un IMC en ese rango. Se justificó la información en los datos de la ficha clínica y se continuó con la relación. Luego, a propósito de los tratamientos kinesiológicos cuyos informes no acompañaron, se les preguntó en qué centro médico de su ciudad se la había realizado; la paciente nuevamente sorprendida y molesta, afirmó que “nunca ha vivido fuera de Santiago”. Se les pidió disculpa a los reclamantes por los imprecisiones del relato y de igual forma se les presentó la contrapropuesta de devolución de los honorarios médicos y gastos de hospitalización.

La paciente y su abogado, no satisfechos con las explicaciones ni la propuesta realizada, deciden suspender la audiencia para evaluarlo privadamente.

Por nuestra parte, ¿por qué hubo discrepancia entre la información de la ficha y la información proporcionada por la paciente en la audiencia? La respuesta a esta pregunta nos obligó a reevaluar el riesgo del caso. La ficha clínica de la paciente contenía datos de otra paciente. ¡Un *copy paste!*

A los pocos días, el abogado de la paciente presentó nueva pretensión económica, esta vez de quince millones de pesos.

## RESOLUCIÓN: CASO 1

Cerramos el acuerdo por la suma única y total de once millones.

## HECHOS: CASO 2

Paciente adulta mayor concurre con su hija al servicio de urgencia de un establecimiento de salud de mayor complejidad público. Consulta por cuadro de cinco días de compromiso de estado general, decaimiento, inapetencia, poliuria y disgeusia. Niega vómito, diarrea, fiebre, tos y cefalea. Antecedentes de Diabetes Mellitus tipo 2. Refiere mala adherencia a terapia farmacológica. Al examen físico, paciente vigil, orofaringe congestiva levemente mucosas secas, Fascie pálida CSPA ventilados sin requerimiento de oxígeno. Diagnóstico: Diabetes Mellitus tipo 2 descompensada. Se solicitaron exámenes de laboratorio y RXTX. Paciente ingresa con HGT HI que disminuye con sueroterapia. Médico de turno, previo a alta, ordena nuevo glucosa en sangre y espera informe del radiólogo. Termina turno y deriva paciente al médico reclamado.



Nuevo profesional revisa exámenes de sangre, descarta signos de cetoacidosis, toma un par de HGT normales, el informe de RXTX no evidencia condensación, derrame ni otro descompensante y por tanto ordena alta. Médico educa a la paciente y familiar acerca de hábitos y adherencia a terapia, reposo relativo, régimen bajo en sal y azúcar estricto y ordena mantener farmacoterapia en horario y posología estricta.

Mientras se tramitan los documentos del alta, una enfermera toma el examen de control de glucosa en sangre solicitada por el primer médico que evaluó a la paciente. Paciente se retira del establecimiento de salud a las 12.30 pm.

El mismo día, a las 19.00 horas, paciente ingresa al servicio de urgencia de un establecimiento de salud privado, mal perfundida, taquipneica, con respiración de Kussmaul y compromiso cualitativo de conciencia. Los exámenes compatibles con cuadro de cetoacidosis severa. Se inicia volemicización, carga de potasio y BIC de insulina, además de bicarbonato. Se trasladó a UCI para continuar con manejo. Paciente tras reanimación inicial se mantiene estable, sin conflicto perfusional, inicialmente con monitorización invasiva en UPC que luego se mantiene con monitorización no invasiva.

Paciente es dada de alta a los seis días de su ingreso con insulino terapia y sin otra complicación.

Médico reclamado recibe citación y contacta a FALMED. En la primera entrevista, manifiesta su preocupación ya que no encuentra HGT tomados previos al alta, que debían estar en la ficha de papel de la paciente, y halla examen de glucosa en sangre que se había tomado después de su indicación de alta, cuyo resultado era de 351 mg/dl (60-100), que de haberse conocido en su oportunidad habría indicado hospitalizar a la paciente para monitoreo.

Frente a estos hechos, se contacta al abogado del Hospital que se compromete a buscar los HGT.

En la primera audiencia, la familia reprocha el alta prematura de la paciente. Explicaron que la madre no estaba bien y que no comprendieron por qué el primer médico les había informado que probablemente quedaría hospitalizada y luego el reclamado la enviara para la casa.

Comentaron que la paciente se descompensó en el hogar a las pocas horas de haber llegado. Decidieron esperar. No querían volver a la urgencia para que la enviaran nuevamente a la casa. Agregaron que la madre estaba cada vez peor y por lo tanto decidieron llevarla al servicio de urgencia de la clínica más cercana. No quisieron volver al establecimiento de salud público correspondiente.

Nos detallan que la madre llegó muy mal, los médicos le dijeron que el diagnóstico era grave. Se emocionan y nos cuentan que los primeros días fueron de gran angustia. Luego agradecen la pronta atención de los médicos, la excelencia del servicio de la clínica y la fortaleza de su madre. Agregan que fue dada de alta a los pocos días y precisan que no tiene ninguna otra secuela, más que la insulinoterapia.

Se les consulta respecto de sus pretensiones, y expresan requerir disculpas de los reclamados y una compensación económica de treinta millones de pesos.

## DERECHO: ANÁLISIS Y NEGOCIACIÓN CASO 2

Conociendo que teníamos dos factores de riesgos importante en la ficha clínica, a saber, la ausencia de HGT y la existencia de un examen de sangre de glucosa alta, se les consulta por el motivo del monto solicitado, especialmente considerando que ellos mismos relataron que la madre no había sufrido ninguna otra consecuencia más que tener que comenzar con tratamientos de insulina.

La hija explica que tiene mucho miedo por la cuenta de la clínica... “somos una familia humilde y sabemos que no podremos pagar” y agrega que el tratamiento de la insulina tiene un costo mensual muy alto para ellos.

Les pregunto por la facturación y la abogada de las reclamantes explica que la burocracia de los sistemas no les ha permitido obtenerla y que, según les adelantaron, la cuenta demoraría, al menos, un par de meses más en estar lista.

Propongo contactar al abogado de la clínica y ver si a través de él podemos aligerar el proceso. Las reclamantes y la mediadora agradecen la propuesta y ofrecen colaborar en lo que sea necesario para obtener la información.

Pido copia de la ficha clínica y solicito correo de respaldo con autorización de la abogada reclamante para gestionar diligencia ofrecida. Ponemos término a la audiencia.

Me contacto con el abogado de la clínica y le explico la situación. Colega rápidamente ofrece contactarse con el departamento de facturación y se compromete a entregar la información tan pronto esté disponible.

A los días llama el abogado de la clínica e indica que, por tratarse de un caso de Ley de Urgencia y ser una paciente institucional, adulto mayor, la cuenta de la clínica sería de cargo de FONASA y que el copago de la paciente era casi costo cero.

## RESOLUCIÓN CASO 2

Frente a la información proporcionada, se conversa con el médico y el abogado del hospital y en conjunto se acuerda proponer la suma de dos millones de pesos de parte del médico, bajo concepto de indemnización y las dosis de insulina necesarias según indicación clínica con acceso expedito a controles en APS.

Reclamantes aceptan los términos propuestos.

## HECHOS: CASO 3

El paciente menor de un año y medio, cuya madre afirma que existió un error en el examen físico de su hijo(a) durante las atenciones de control sano.

Paciente se atiende con el pediatra reclamado desde los primeros días de vida. Madre explica que concurrió a todos sus controles mensuales de modo regular hasta la edad de siete meses de vida. Que a partir de entonces su hijo(a) comenzó con alergias alimentarias que la obligaron a consultar periódicamente con una gastroenteróloga infantil, y que, si bien las visitas con el pediatra habían disminuido, este siguió siendo su médico tratante hasta la edad de un año y medio.

La madre comenta que un día observando a su hijo(a) notó una capa transparente en su ojo izquierdo. Asustada, decidió consultar inmediatamente con un oftalmólogo infantil de un establecimiento distinto.

En la primera consulta, el médico le dijo que el diagnóstico no era bueno. Debían descartar un Retinoblastoma. A los días, el menor se realizó una foto-coagulación laser que confirmó el diagnóstico indicado, obligando a los padres a decidir practicarle una enucleación e instalación de un implante orbitario a su hijo(a) de 18 meses.

La madre evidentemente afectada, expresó su molestia por la falta de prolijidad del médico. Agregó que tenía copia de la ficha clínica y constató que el médico nunca había dejado constancia de haber revisado los ojos de su hijo(a).

La pretensión de la reclamante era de quince millones de pesos.

## DERECHO: ANALISIS Y NEGOCIACIÓN CASO 3

Se pidió autorización para revisar la ficha y efectivamente constatamos que el galeno se había limitado a consignar las evaluaciones antropométricas del

menor, dejando fuera los registros de las evaluaciones de piel, cardiopulmonar, abdomen, genitoanal, neurológica, ortopédica y oftalmológica. Si el médico había realizado el examen en la práctica, no teníamos como probárselo al tribunal.

En la evaluación de riesgo de este caso, además de la ausencia de evaluaciones oftalmológicas del paciente en la ficha clínica, debíamos sumar lo siguiente:

Las guías clínicas del MINSAL<sup>20</sup> expresamente instruyen la evaluación de los ojos dentro de los exámenes preventivos en los controles sanos, la inmediata derivación al especialista oftalmológico y la activación del AUGE.

Aprendimos que el examen es relativamente fácil. El médico podía utilizar un oftalmoscopio, un otoscopio sin ventana e incluso una linterna. Y en el caso particular, la clínica contaba con oftalmoscopio en todas las consultas pediátricas.

Respecto del tumor<sup>21</sup>, la literatura médica nos indicaba que la presencia de retinoblastoma en niños menores de un año es de un 5%. Que la ubicación en el polo posterior del ojo estaba dentro del 33% de los casos y que es una ubicación que facilita sospechar de su presencia mediante el examen del rojo pupilar. Y que por tratarse de un tumor equivalente al 50% del globo ocular, los oftalmólogos tratantes afirmaban que su presencia era de larga data.

Frente a este escenario, se acuerda con el abogado de la clínica proponer un acuerdo económico.

Se estudian resoluciones judiciales por diagnósticos tardíos y pérdidas de oportunidad y se encuentran dos sentencias que acogen la demanda<sup>22</sup>, una por la suma de cinco millones de pesos, y otra<sup>23</sup> por quince millones, ambas sancionan el hecho que el demandado privó al paciente de tener un diagnóstico oportuno y por ende un tratamiento, que, de haberse otorgado, habría mejorado las probabilidades de ese paciente.

*“Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la*

---

20 Norma Técnica para la supervisión de niños y niñas de 0 a 9 años en la Atención Primaria de Salud, p. 51.

21 Arturo Trincado M. y otros (2008). *Retinoblastoma en pediatría, experiencia en un hospital pediátrico*. Revista chilena de pediatría.

22 Corte de Apelaciones de Temuco. Recurso de Apelación. Rol 813-2019.

23 Corte Suprema. Recurso de casación en el Fondo. Rol 41890-2017.

*hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...]En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor” (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 267).*

### RESOLUCIÓN CASO 3

El acuerdo se firma por la suma de nueve millones de pesos.

### CONCLUSIONES

Sabemos que la ley exige que la Ficha Clínica sea **completa**, es decir, que “contenga los actos médicos relevantes realizados con el paciente dentro de los que se encuentran: anamnesis, examen físico, diagnóstico, tratamiento, detalles de la evolución clínica, consentimiento informado e identificación por parte del médico o médica que asiste y que efectúa las evaluaciones”<sup>24</sup>, y **ordenada y actualizada**, esto es que “contenga la evolución en el tiempo de todos los acontecimientos y actos médicos que se realizan con el paciente, debidamente fechados con identificación de las personas y lugar en que se realiza”<sup>25</sup>, entre las otras ya mencionadas. Si consideramos que los médicos tienen tiempos limitados y muchos pacientes que atender, entonces la pregunta relevante es ¿qué y cuánto debemos consignar en la ficha? La respuesta no es unívoca. En relación con los casos descritos, nuestras recomendaciones son las siguientes:

- o Los interconsultores deben hacer una primera evaluación detallada del paciente que reciben, con indicación de los motivos de la derivación y posibles tratamientos a seguir, especialmente si la indicación que va a dar es quirúrgica.

---

24 Hansen Cruz, Pedro Pablo, *Ficha clínica*, Derecho Médico FALMED, p. 245.

25 Ídem.

- o Los médicos deben revisar que los datos que se registran en la ficha clínica sean los correspondientes al paciente que se está atendiendo. ¡Cuidado con los *copy paste*!
- o El médico debe evitar atender a pacientes en tiempos o lugares donde no pueden dejar registros de la atención médica. No se recomiendan las atenciones entre pasillo, los sobrecupos que no permitan abrir ficha clínica o atenciones en el box de otro médico.
- o En los consentimientos informados genéricos, se sugiere al médico responsable, completar a puño y letra los riesgos y complicaciones de mayor relevancias que se le haya informado al paciente, y los tratamientos alternativos a los que tuvo derecho a optar.
- o En la especialidad de traumatología, cuando el tratamiento kinesiológico es relevante para la recuperación del paciente, se sugiere dejar registro de sus evoluciones, solicitar informes y dejar constancia de la no adherencia del paciente. Especialmente en aquellos pacientes que toman un tiempo de recuperación mayor al promedio.
- o Se sugiere dejar registro en la ficha clínica de los resultados de exámenes rápidos que puedan tomar al paciente, especialmente si no hay registro de respaldo en el laboratorio (HGT).
- o A los médicos que tengan la indicación de otorgar el alta, se les recomienda evaluar al paciente primero y verificar que se hayan tomado todos los exámenes pendientes.
- o A los pediatras se les pide dejar registro de las evaluaciones de piel, cardiopulmonar, abdomen, genitoanal, neurológica, ortopédica y oftalmológica, además del peso, talla y la circunferencia de cráneo.
- o Finalmente, dejen registro de haber cumplido con los exámenes preventivos de los programas del Ministerio de Salud.

¡Que la experiencia... nos enseñe!

## BIBLIOGRAFÍA

Ley 19.966. Establece un régimen de garantías en salud.

Ley 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en Salud.

Bello P, Juan Carlos y otros (2021). *Derecho Médico FALMED*. Rubicón Editores.

Trincado M., Arturo y otros (2008). *Retinoblastoma en pediatría, experiencia en un hospital pediátrico*. Revista chilena de pediatría.

Norma Técnica para la supervisión de niños y niñas de 0 a 9 años en la Atención Primaria de Salud. Editora: Dra. Heather Strain Henkes. 2014.

Resolución Corte de Apelaciones de Temuco. Recurso de Apelación. Rol 813-2019.

Resolución Corte Suprema. Recurso de casación en el Fondo. Rol 41890-2017.

# FALSIFICACIÓN DE LICENCIAS MÉDICAS

Valentina Araneda Villagra<sup>26</sup>

Abogada Falmed, Santiago

## INTRODUCCIÓN

La presente publicación tiene por objeto analizar los criterios considerados por nuestros tribunales al momento de resolver sobre la existencia de los delitos de “Emisión, certificación o falsificación de licencias médicas”, previsto en el artículo 202, en relación con el artículo 193 N° 4, ambos del Código Penal, y el delito previsto y sancionado en el artículo 168 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, ambos denunciados por las Isapres desde el año 2021 a la fecha de esta publicación, y que darían lugar a decretar el sobreseimiento definitivo en la base a la determinación anterior.

## LOS HECHOS

En causa sobre emisión, certificación o falsificación de licencias médicas previsto en el artículo 202 en relación con el artículo 193 N° 4, ambos del Código Penal<sup>27</sup>, y el delito sancionado en el artículo 168 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de

---

<sup>26</sup> Abogada, Universidad Pedro de Valdivia; Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca – Universidad Pompeu Fabra. [varaneda@falmed.cl](mailto:varaneda@falmed.cl)

<sup>27</sup> Artículo 202 Código Penal: “El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.



Salud<sup>28</sup>, un conjunto de Isapres presentó una querrela contra diversos médicos y en contra de todos aquellos que resulten responsables, como autores, cómplices o encubridores de los delitos señalados previamente, en calidad de reiterados.

Producto de la interposición de esta querrela, se inició una investigación por parte del Ministerio Público—ente persecutor dentro del proceso penal—la que, a la fecha de esta publicación, aún se encuentra pendiente de resultado.

## RESOLUCIÓN QUE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Ahora bien, dentro de este procedimiento penal, un médico en particular solicitó su sobreseimiento definitivo<sup>29</sup> en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letra “a” del Código Procesal Penal, esto es, aquella hipótesis en que el hecho investigado “no fuere constitutivo de delito”.

Al conocer y ponderar los antecedentes y alegaciones esgrimidos por el querellante, Ministerio Público y también de la defensa, en un fallo único hasta ese momento dentro del referido procedimiento penal, el tribunal decretó el sobreseimiento definitivo del médico solicitante, dando su veredicto de forma oral, razonando al respecto:

---

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.

28 Artículo 168: “Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de este Libro; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior”.

29 “El sobreseimiento es el acto jurídico procesal del tribunal que pone término (sobreseimiento definitivo) o suspende (sobreseimiento temporal), total o parcialmente, en procedimiento penal en los casos y con los requisitos que establece la ley”. MATURANA MIQUE, Cristian. *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Santiago (Chile). Editorial Thomson Reuters, Segunda edición. 2012. p. 711.

“Vistos y oídos los intervinientes:

1. Que los delitos por los cuales se está querellando en este caso las Isapres que presentaron la querella, que sería el artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, el delito que sale ahí, lo que está en el artículo 202 del Código Penal y en relación con los 193 N° 4<sup>30</sup>, entendiéndose entonces que, el delito del artículo 168 del DFL 1 habla de la falsificación ideológica de licencias médicas...Entonces cuál es el hecho que se le imputa en la querella, el hecho que se le imputa en la querella reconocido por todas las partes incluido el fiscal, es que ella otorgó más días de licencia médica de los que están justificados, es decir, hay días de licencia médica que otorgó en estas 405 licencias médicas que le han sido cuestionadas, cuál es el único cuestionamiento en la querella, es que ella otorgó más días de reposo que los que la Isapre a través de un médico contralor dice que correspondía; y da números, la querella dice que de 7040 días dados de reposo en las 405 licencias médica cuestionadas que dio entre el año 2017 y el año 2021; ella dio 3900 días de reposo injustificados o excesivos, quién dice que son excesivos, lo dijo un médico contralor que trabaja para las Isapre XXXXX, esos son los términos de la querella.

En la querella presentada esos son los antecedentes fácticos de la imputación, días injustificados de reposo, más días de reposo, quién lo dijo, el médico contralor que trabaja para las Isapres, esos son los hechos fundantes de la querella; todo lo demás que se alegó en esta audiencia respecto de que no hay boletas de honorarios que respalden la emisión de licencias médicas, por los antecedentes que proporcionó la propia defensa, que proporcionó un número bastante grande de boletas de honorarios que se le pidieron y dentro de eso señalaron que un número bastante grande de licencias médica no tiene asociado un documento tributario, por lo tanto se está dudando de si hubo un **acto médico**<sup>31</sup> que

---

30 Artículo 193 CP: “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

4º Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales”.

31 “El **acto médico** se refiere a lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual) y a la sociedad (Ética Médica Social). Los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de la Ética General, la misma que permite juzgar los actos de cualquier persona. Es toda acción o disposición que el médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico así como los que se deriven directamente de éstos.

se haya pagado por el paciente, por lo tanto van más allá de lo que dice la querrela. Pero tal como ya estábamos adelantando, a mi juicio y al juicio del también del Ministerio Público, y por supuesto del defensor, es que tiene que haber una **congruencia**<sup>32</sup> entre la imputación que se hace en la querrela y lo que se quiere llegar en una futura formalización y posterior acusación, tiene que haber una congruencia. Si los querellantes, durante la investigación se dan cuenta que podría existir otro tipo de fundamentos fácticos para constituir tal vez este mismo delito, pero con otros fundamentos fácticos, eso tienen que verlo con una ampliación de querrela o con una querrela posterior, etcétera.

Pero los fundamentos fácticos para esta querrela están dados solamente por los días injustificados, que son los que están haciendo como elemento fáctico para la imputación de la norma del artículo 168 N° 1 inciso final, esto bien justificado, presuponen a mi juicio un acto médico, porque eso no lo cuestionaron en la querrela, presupone un acto de la médico, una consulta, ahora de lo que recuerdo de la audiencia anterior que todas las fichas clínicas que acompañó la defensa a la carpeta investigativa que respaldan estas licencias cuestionadas, en que aparece el diagnóstico, y ciertas menciones que hace la médico para otorgar esta licencia, menciones de carácter clínico que en algún momento en la audiencia anterior señalaron los querellantes que esos esos antecedentes que contiene las fichas clínicas son demasiado básicos y que falta más antecedente que ella tendría que haber puesto en esa ficha; eso es algo que no está cuestionado en la querrela, en el sentido de que de que tal vez no hubo ficha clínica o fueron una ficha clínica tipo como formulario, y que

---

Las características del acto médico son: a) la Profesionalidad, sólo ejecutable por el profesional médico; sujeto a las normas de excelencia profesional vigentes (lex artis ad hoc), teniendo en cuenta el desarrollo científico, complejidad del acto médico, disponibilidad de equipo y medios de trabajo, y las circunstancias específicas de la enfermedad del paciente; b) Beneficencia: búsqueda del bien del paciente". VERA CARRASCO, Oscar. *Aspectos éticos y legales en el Acto Médico*. Revista Médica La Paz, versión On-line ISSN 1726-8958. Consulta: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S172689582013000200010#:~:text=El%20acto%20m%C3%A9dico%20se%20refiere,sociedad%20\(%C3%89tica%20M%C3%A9dica%20Social\)](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S172689582013000200010#:~:text=El%20acto%20m%C3%A9dico%20se%20refiere,sociedad%20(%C3%89tica%20M%C3%A9dica%20Social))

32 El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define al Principio de Congruencia al siguiente tenor: 1.- Proc. Argumentación o fundamentación en que se basa la parte dispositiva de una sentencia, ajustándose a las pretensiones sostenidas por las partes y respondiendo a la fundamentación establecida en los escritos procesales de las mismas. Consulta: <https://dpej.rae.es/lema/congruencia>

de alguna forma denotan que hay una duda de que haya existido una consulta médica en que la médico haya tenido el paciente físicamente o por último virtualmente. Eso tampoco aparece en la querella que esté cuestionado, por lo tanto, los hechos cuestionados en la querella que son días injustificados de reposo, presuponen que ella realizó el acto médico de la consulta médica, que analizó los antecedentes de lo que ella pudo rescatar de esa consulta médica, de los antecedentes clínicos que pudo escuchar de la narración de los paciente y que de estos antecedentes clínicos que tuvo en una consulta médica ella llegó a la conclusión de que tenía que otorgar una licencia por una incapacidad laboral temporal del paciente por cierto número de días.

2. Lo otro importante, es como es cómo saber si realmente dio más días de reposo que lo que corresponde. Lo que tenemos es un dictamen de un médico contralor que dijo que ella dio muchos más días de reposo de lo que corresponde respecto del parámetro que tiene el médico contralor de la Isapre, porque de lo que estamos ciertos y lo que ratificó el defensor, que no fue desvirtuado por el querellante, es que no existe una legislación, ni tampoco una reglamento que esté ejecutando una norma legal que dé un listado de enfermedades, diagnósticos y días de reposo<sup>33</sup>, que corresponde y que no se puede pasar de ellos, no existe, porque son tratamientos con un respaldo clínico del conocimiento médico que tiene el profesional y del criterio médico que tiene el profesional, de lo que considera más o menos conveniente. Por lo tanto, no hay una reglamentación que diga que con tal enfermedad o con tales síntomas son X días de reposo y no pasarte tantos días de reposo, no existe esa reglamentación, eso es una decisión que toma el médico profesional de acuerdo a lo que él está viendo y al pronóstico que viene de lo que puede pasar más adelante, y al diagnóstico que tiene ahí en su poder al momento que está examinando al paciente; por lo tanto, determinar que ella incurrió en facilitar medios para unas personas que no tenían calidad de beneficiarios de licencia médica o que esas personas por engaño al sistema obtuvieran un beneficio mayor que el que les corresponda, que ella haya facilitado los medios para la comisión de esos delitos, que haya habido un engaño de parte de la médico a la institución de salud que es la que tiene que

---

33 Sólo existe una guía referencial en el Decreto N° 7 del Ministerio de Salud del año 2013. El referido decreto puede ser consultado en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1052956>

pagar en definitiva, para que un paciente obtenga un beneficio mayor que el que le corresponde, que ella facilitó los medios para ello, aquí no tenemos ningún parámetro objetivo como para llegar a esa conclusión; o al menos dudar que podría pasar eso, que podría ser que ella facilitó los medios para se diera un mayor beneficio que el que correspondía a una paciente mediante engaño, engaño que se supone le hace el paciente a la Isapre en este caso, y que la facultativa facilitó los medios para ello. Que antecedentes tenemos para decir que ella dio tales días de licencia, ayudó a que el paciente engañara a las Isapre, que antecedente tenemos para concluir que la facultativa participó de este engaño a la Isapre, dando más días de reposo que los que correspondía o en el fondo mayor beneficio de lo que correspondía. Si la cantidad de días de reposo es un conocimiento y un criterio médico clínico, que no está regulado por ninguna normativa, que hay un médico contralor contratado por la Isapre que dice que sí dio más, cuál es la base de él por la que nosotros tendríamos que decir que es determinante lo que él dice, que se pasó de día, y en ese sentido engañó a la Isapre, se obtuvieron mayores beneficios por los pacientes. Y ella facilitó los medios para ello, a mi juicio, así como está redactada la querrela y por los hechos que se le imputan en la querrela, no tenemos antecedentes con los que podamos llegar a la conclusión que ella ayudó a este engaño, no tenemos antecedentes de que haya engaño, son criterios clínicos y de conocimiento médico, por lo tanto cómo podría un juez determinar que ella efectivamente por dar los días que dio facilitó los medios a los pacientes para que engañen a la Isapre, si son criterios médicos, cómo podríamos nosotros decir no, ella no tiene que haber dado eso, o porque escuchamos un perito que diga no en realidad tendría que haber dado tantos menos días en este caso, tantos otros menos días en este otro caso, un **perito**<sup>34</sup>, que autoridad tiene un perito si no hay ninguna reglamentación objetiva que diga eso.

Por lo tanto concuerdo con lo señalado por el señor Fiscal y con lo alegado por el defensor de que los hechos por los cuales se imputan en la querrela, no hay antecedentes para señalar que hubo engaño, que ella facilitó

---

34 Perito: Experto en una materia a quien se le encomienda la labor de analizar desde un punto de vista técnico, artístico, científico o práctico la totalidad o parte de los hechos litigiosos. Deberá poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto de dictamen. También podrá solicitarse a academias o instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias objeto de pericia. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Consulta: <https://dpej.rae.es/lema/perito-ta>

medios para engañar a la clínica y para otorgar más beneficios de lo que correspondía a los pacientes, que serían los beneficiarios, o que había pacientes que no tenían derecho a ningún beneficio porque no estaban enfermos y ella facilitó los medios para engañar a la Isapre y otorgar licencias médicas por personas que no requerían licencia médica, o que si las requerían eran pacientes que no tenían derecho a tener los días de reposo que tuvieron; y que habiendo ese engaño, ella facilitó los medios para ese engaño. De todos los antecedentes vertidos en esta audiencia de sobreseimiento, y de los términos contenidos en la querrela y los delitos por los cuales se imputan, de los elementos fácticos que se señalan por el querellante para señalar que ella incurrió en el tipo del artículo 168 del DFL 1, que incurrió en una falsedad, que ella faltó a la verdad en la narración de hechos sustanciales en la licencia o en la fichas clínicas, para llegar a la conclusión de que de que eran menos días los que necesitaban de reposo a los pacientes, por lo tanto a mi juicio la médico XXXXX no incurrió en una falsedad del artículo 193 del N° 4, no se ve por dónde incurrió en ella, en relación con el 202 tampoco se ve que incurrió en falsedades para otorgar, obtener, o tramitar licencias médicas las falsedades del 193 N° 4 que es la que se le imputa, que faltó a la verdad en narración de hechos sustanciales para obtener beneficios que no correspondían, creo que tampoco incurrió en ese artículo y que tampoco facilitó medios para que pacientes que no eran beneficiarios obtuvieran beneficios del sistema de Isapres, o para que pacientes que sí eran beneficiarios del sistema de Isapres obtuvieran un beneficio mayor que el que le correspondía, quién puede decir eso y por lo tanto no incurrió en el hecho de que ella haya facilitado los medios para cometer alguno de estos delitos. En consecuencia, se da lugar al sobreseimiento definitivo en esta causa en relación a la imputada en conformidad al artículo 250 letra a) que los hechos imputados o por los que se han querellado no constituyen delito, en el caso de los hechos que se le imputan a la imputada que tenemos aquí en esta audiencia, con expresa condena en costas<sup>35</sup> (Lo subrayado es propio de la autora).

---

35 Transcripción textual certificada por el Ministro de Fe del Tribunal.

## DERECHO: ANÁLISIS NORMATIVO

Al leer el fallo recién transcrito, podemos advertir que el tribunal razona en base a tres hipótesis: la primera relacionada con el Principio de Congruencia, la segunda dice relación con el acto médico y peritaje que cuestiona la necesidad de reposo y, finalmente, a facilitar los medios para la obtención de beneficios previsionales.

### PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Advertimos que su fundamento basal es el “Principio de Congruencia” que debe existir dentro de un procedimiento penal y cuyo alcance comienza en el primer acto procesal, es decir, la presentación de la querrela hasta la dictación de la sentencia de término. En este sentido, nuestro máximo tribunal ha sostenido que “...dentro del procedimiento, el principio de congruencia tiene diferentes fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. En efecto, busca vincular a las partes y al juez al debate. Por el contrario, conspira en contra del necesario encadenamiento de los actos que lo conforman, pues pretende dotarles de eficacia y obsta a ella la falta de coherencia entre estas partes que conforman un todo. Surge así este principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos...”<sup>36</sup>. En consecuencia, el sustrato del Principio de Congruencia radica en que el debate sólo se limite a las acciones y defensas alegadas por las partes, lo que constituye un verdadero deber para el Juez del Fondo, quien debe estar a las pretensiones de las partes, y en el caso de análisis, de los intervinientes.

Esta es la razón por la que el fallo en cuestión, y que decreta el sobreseimiento definitivo, descansa en el tenor literal de la querrela, pues el debate necesariamente debe limitarse a los hechos contenidos en ella, es decir, la cantidad de

---

<sup>36</sup> Corte Suprema, Recurso de queja. Causa ROL 4553-2009. Considerando Quinto. Consulta: [https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsZmlydHVhbC5wanVklmNsiwiYXVkljoiaHRocHM6XC9CL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCslmlhdCI6MTY4MTcoMjE4NywiZXhwIjojNjg3LCJkYXRhIjojSmMrWVhhN3RZSoE5ZHVNYnJMXC8rSTJFUTFzQVRSZVozM3VteTl5TUxVVBHBHV5Rmc2ZmJ6QjA3bHdqMoM4dzNaalBrUEZZRWNNblVxNVVwNEJvUjlnK0JTMnd2SW1mZzVRU2o1OHdoMkpUK3UxczV2aGx5VFVrVllPek9pcmkRqMniOEeZzEp2ZTBqd3hoXC9QXC9Rdm1tQT09Ino.damBtbg75GpvvuXxiliDmeiROmmMVXra8YbvQRWqXdQ](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsZmlydHVhbC5wanVklmNsiwiYXVkljoiaHRocHM6XC9CL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCslmlhdCI6MTY4MTcoMjE4NywiZXhwIjojNjg3LCJkYXRhIjojSmMrWVhhN3RZSoE5ZHVNYnJMXC8rSTJFUTFzQVRSZVozM3VteTl5TUxVVBHBHV5Rmc2ZmJ6QjA3bHdqMoM4dzNaalBrUEZZRWNNblVxNVVwNEJvUjlnK0JTMnd2SW1mZzVRU2o1OHdoMkpUK3UxczV2aGx5VFVrVllPek9pcmkRqMniOEeZzEp2ZTBqd3hoXC9QXC9Rdm1tQT09Ino.damBtbg75GpvvuXxiliDmeiROmmMVXra8YbvQRWqXdQ)

días de reposo contenidos en la licencia y cómo esta constituye una forma de facilitar los medios para obtener beneficios previsionales.

### EXISTENCIA DEL ACTO MÉDICO Y NECESIDAD DE REPOSO

En otro orden de ideas, la sentencia reflexiona respecto de la existencia del acto médico y los peritajes que cuestionan los días de reposo. Al respecto se indica que el acto médico se acredita simplemente con la realización de la consulta, sea virtual o presencial, y que la misma no necesita demostrarse con instrumentos tributarios. Lo anterior resulta del todo lógico, principalmente porque la consulta médica puede realizarse gratuitamente por lo que no necesariamente se contaría con un instrumento de pago de la misma, sean bonos de atención o boletas de honorarios.

Dado que lo cuestionado en la querella es la cantidad de días de reposo, se presupone la existencia del acto médico (aplicación del Principio de Congruencia), por lo que no estaríamos en presencia de alguna de las hipótesis del artículo 202 en relación al artículo 193 N° 4, ambos del Código Penal, debido a que la necesidad de reposo es el resultado del acto médico, es decir, un criterio médico y no jurídico, siendo imposible concluir que el médico “falta a la verdad en la narración de hechos sustanciales” al indicar un determinado número de días de reposo, pues es él quien evalúa al paciente e indica el reposo correspondiente a la patología y condiciones que presenta en el momento de la consulta.

Así, también, el fallo indica que al no existir normativa vigente (reglamentos, decretos, circulares, etc.) que establezca el número de días de reposo que se requieran para una determinada patología, no estaríamos en presencia de un acto infraccional, pues como lo señalamos previamente, es el propio médico quien lo determina en la realización del acto médico, razón por la que este no puede ser cuestionado por un perito de la propia Isapre querellante.

### FACILITAR LOS MEDIOS PARA LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS PREVISIONALES

La sentencia analizada se enmarca dentro de un procedimiento penal que busca sancionar dos delitos diversos: el primero es el contemplado en el artículo 168 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, que castiga al que fraudulentamente obtiene beneficios previsionales y a quien facilita los medios para ello. El segundo delito es el contemplado en el artículo 202 del Código Penal, esto es, la emisión de licencias fraudulentas en relación al artículo 193 N° 4 del mismo



cuerpo normativo, es decir, quien en abuso de su oficio, falta a la verdad narrando hechos sustanciales.

El fallo cita textualmente el artículo 202 del Código Penal, incorporado por la Ley 20.585 sobre “otorgamiento y uso de licencias médicas”, publicada en el Diario Oficial el 11 de mayo del año 2012 y que configura como delito la “emisión, certificación o falsificación de licencias médicas”.

El delito mencionado mantiene una estructura típica común a los delitos de falsificación, todos ellos contemplados en los artículos 193 y siguientes del Código Penal, razón por la que se encuentra regulado en el Libro II, Título y Párrafo 6° “De la falsificación de pasaportes, portes de armas y certificados”.

Respecto a la figura que sanciona el inciso 1°, podemos señalar que la conducta típica consiste en “librar certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público”, como, por ejemplo, presentar un certificado médico para eximirse de realizar el servicio militar, vocal de mesa, entre otros, y es por ello que el delito no requiere de un resultado, sancionándose la emisión misma del documento.

De lo anterior podemos concluir que no requiere de un perjuicio para la consumación del delito, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 168 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, el que castiga a las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieron mediante simulación o engaño<sup>37</sup>, beneficios previsionales, o a aquellos que siendo beneficiarios obtuvieron un beneficio mayor, es decir, requiere de un daño patrimonial o perjuicio para el sistema previsional y de Seguridad Social, en el caso que nos convoca, a las Isapres querellantes.

En el caso del artículo 202 del Código Penal, el **sujeto activo** es un facultativo<sup>38</sup>, es decir, estamos en presencia de un delito especial, ya que sólo lo puede cometer un facultativo. Ahora bien, el término facultativo no se encuentra definido en el Código Penal, por lo que se entiende en sentido amplio: médico, dentista o enfermero matrócn; tampoco se distingue si es aquel que presta servicios en el servicio público o privado a diferencia de lo señalado en el artículo 168

---

37 Entendemos por engaño “la falsa representación de la realidad, manifestada o representada por el sujeto activo”.

38 “Sujeto activo de un delito es, como ya dijimos, quien lo lleva a cabo: normalmente puede ser cualquier persona natural: “el que...”; otras veces se restringe la descripción a determinadas personas: el “chileno”, “el empleado público”, “el facultativo”, “el prestamista”, “el eclesiástico”, etc”. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2° Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 186.

del D.F.L. N° 1, que en su inciso primero señala como sujeto activo a “los beneficiarios” del Sistema de Salud, es decir, deben tener dicha calidad. No obstante, en su inciso segundo no requiere que el sujeto activo tenga alguna calidad especial, pues sanciona a “las personas” que faciliten los medios para la comisión de este delito, por lo que no se requiere ser médico para cometerlo.

La emisión de licencias fraudulentas es un delito doloso, es decir **requiere de dolo directo**<sup>39</sup>, por lo que el sujeto activo, médico en el caso que nos convoca, debe tener conocimiento de la excusa o justificación señalada en el artículo 202 inciso 2° del Código Penal, y de la intención de obtener beneficios previsionales en el caso del artículo 168 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud.

Continuando con el análisis de la normativa penal, es necesario señalar que el artículo 202 del Código Penal es un delito especial impropio y la conducta típica requiere que se cometa alguna de las falsedades del artículo 193 del Código Penal en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez y, en este caso en particular, la forma habitual de cometer este delito es la señalada en el N° 4, esto es, **“Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales”**. Circunstancia o hecho que en la investigación no se pudo acreditar y es por esto que la sentencia analizada establece que en el contexto de un acto médico, es el propio médico quien describe el examen clínico.

El delito de emisión de licencias fraudulentas no requiere de un resultado y el **bien jurídico protegido** es la fe pública, a diferencia del artículo 168 del D.F.L. N° 1, en donde se protege al Sistema de Seguridad Social. En efecto, lo que se busca proteger es la confianza en el Sistema de Seguridad Social, toda vez que la licencia médica tiene valor probatorio y la confianza se deposita en el mismo instrumento público, licencia, certificado, etc.

## CONCLUSIONES

A juicio de la suscrita y del análisis fáctico-normativo de la sentencia que decreta el sobreseimiento definitivo del médico en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letra “a” del Código Procesal Penal, es decir, cuando el hecho investigado “no fuere constitutivo de delito”, se ajusta a Derecho, toda vez que la

---

<sup>39</sup> El artículo 44 del Código Civil indica: “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

descripción de los hechos señalados en la querrela de la Isapre, presuponen la existencia del acto médico al indicar que se otorgaron más días de reposo que los justificados, circunstancia que sólo puede ser determinada por el profesional que evalúa al paciente al momento de emitir la licencia.

Al no existir normativa vigente y vinculante que determine parámetros en la necesidad del reposo, esta no puede ser cuestionada por un médico contralor o “perito” contratado por la misma Isapre, pues no es quien ejecuta el acto médico y, por tanto, no le es posible determinar efectivamente cuántos días de reposo requiere el paciente, ya que este realiza un análisis posterior contando con otros elementos tenidos a la vista, en la especie, antecedentes a los cuales sólo las Isapres tienen acceso. Así tampoco le corresponde a un Tribunal de la República, pues estamos en presencia de un criterio médico y no jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Politoff; Matus y Ramírez (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2° Edición, Santiago, p. 186.
- Vera Carrasco, Oscar, *Aspectos éticos y legales en el Acto Médico*. Revista Médica La Paz, versión On-line ISSN 1726-8958.

# INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN COMO PÉRDIDA DE UNA CHANCE U OPORTUNIDAD

COMENTARIO A SENTENCIA EN CAUSA ROL 29094-2019  
PRONUNCIADA POR LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA CON  
FECHA 01 DE JUNIO DE 2020<sup>40</sup>

María Filipa Méndez Arroyo<sup>41</sup>

Abogada Falmed, Rancagua.

## INTRODUCCIÓN

El deber de información es una de las obligaciones que contrae el médico derivado de la relación médico-paciente, que se materializa con el denominado Consentimiento Informado. Si bien las acciones civiles derivadas de responsabilidad médica abogan principalmente por establecer la negligencia del profesional, la falta al deber de información cobra especial importancia para los jueces al momento de decidir si un determinado perjuicio es indemnizable. El presente trabajo constituye un análisis jurisprudencial, que tiene por objeto determinar las implicancias de acreditar la falta de información en juicio, en particular si no se ha logrado probar por su parte la infracción a la *lex artis*. A su vez, se analizarán las consecuencias de asimilar dicha falta como una pérdida de oportunidad.

## HECHOS

Los hechos que motivan la acción consisten en que la paciente de iniciales Y.F.C., fue intervenida quirúrgicamente por el médico cirujano de iniciales H.G.G.,

---

40 Sentencia en causa N° 29094-2019, (Civil) Casación Fondo, Corte Suprema –sala Tercera Constitucional, 01-06-2020, caratulada FRANZINETTI CABRERA YAZMIN CON HOSPITAL CLINICO DE LA FUERZA AEREA. Identificador Vlex 844847286.

41 Abogada Universidad de Concepción, año de titulación 2014. Diplomado en Responsabilidad Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2019. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2022.

en el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea, con fecha 09 de septiembre del año 2014. La cirugía consistió en una Hipertrofia mamaria reconstructiva, cuyo objetivo era la reducción mamaria bilateral.

En el postoperatorio inmediato, la paciente evolucionó con necrosis del borde de la areola del pezón izquierdo, por lo que con fecha 07 de octubre del mismo año debió ser sometida a una segunda intervención, en la que sufrió la amputación de areola y pezón de la mama izquierda, con evidente pérdida de tejidos, quedando con una cicatriz vertical y una diferencia radical de tamaño entre ambas mamas.

Por estas razones, la paciente acciona en contra el médico cirujano y en contra del Hospital Clínico de la Fuerza Aérea. La actora refiere que los hechos descritos le causaron un abrupto daño estético y psicológico y, además, alega haber padecido dolor físico por más de 27 días. Se reprocha el actuar del médico, en cuanto no consideró la necrosis como un riesgo probable de la intervención, ya que dicha patología no fue incluida dentro del Consentimiento Informado firmado por la actora, tampoco fue mencionado verbalmente por el médico de forma previa a la cirugía y tampoco se dieron indicaciones al alta que pudieran advertir a la paciente de su ocurrencia. Este último punto es relevante, por cuanto la demora en la segunda intervención produjo que el daño ocasionado fuera irreparable, lo que se habría evitado si la paciente hubiese tenido conocimiento de la posibilidad de acontecimiento de dicha patología en particular.

## DERECHO

El libelo invoca el régimen común de responsabilidad civil extracontractual en conformidad al Código Civil, persiguiendo que los demandados sean condenados de forma solidaria al pago de la suma de \$80.000.000.- a título de indemnización de perjuicios por el daño moral causado por lo descrito en el acápite anterior.

El juicio fue tramitado por el 24° Juzgado Civil de Santiago<sup>42</sup>, que acogió la demanda sólo en cuanto se condenó a sendas demandadas a pagar de forma conjunta o mancomunada la suma única y total de \$4.000.000, más reajustes e intereses, por concepto de daño moral sufrido. Elevados los autos a la Corte

---

42 La primera instancia del juicio se tramitó bajo el rol C-13611-2015 del 24° Juzgado Civil de Santiago, dando fin a ella por sentencia definitiva de fecha 05 de marzo de 2018.

de Apelaciones de Santiago<sup>43</sup>, se confirmó la sentencia de primera instancia, haciendo suyos los argumentos plasmados en ella.

## RESOLUCIÓN

La sentencia analizada se pronuncia respecto al recurso de casación en el fondo deducido por el médico cirujano demandado, que fue demandado en autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, derivado de la atención médica practicada a la paciente demandante.

En contra del fallo de segunda instancia, el médico demandado interpone recurso de casación en el fondo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, para su conocimiento por la Excelentísima Corte Suprema. Cabe mencionar que el Hospital demandado, representado por el Consejo de Defensa del Estado, no recurrió contra la sentencia de la mencionada Corte de Apelaciones, entendiéndose de esta forma su conformidad con el resultado del juicio.

Los fundamentos principales del recurso incoado por el médico los podemos clasificar de la forma siguiente:

- a) El primer capítulo del recurso discurre respecto a la infracción a los artículos 44 de la Ley N° 18.575<sup>44</sup>, 38 de la Ley N° 19.966<sup>45</sup>, y a los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 inciso primero, todos del Código Civil<sup>46</sup>. Argumenta que las normas mencionadas se encontrarían vulneradas porque el libelo pretensor habría invocado el régimen común de responsabilidad civil

---

43 La segunda instancia del juicio fue tramitada bajo el rol 5892-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que terminó con sentencia definitiva de fecha 04 de junio de 2019.

44 Artículo 44 de la Ley N° 18.575: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

45 Artículo 38 de la Ley N° 19.966: "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".

46 Las normas citadas son la base de la responsabilidad civil extracontractual. En particular, el artículo 1437 del Código Civil contiene las fuentes de las obligaciones. El artículo 2314 del Código Civil se refiere a la obligación de indemnización que pesa sobre el que ha causado un daño a otro y el 2329 del mismo cuerpo legal se refiere a la conocida regla de reparación integral del daño.

extracontractual, es decir, las normas contempladas en el Código Civil, siendo que el actor debió haber invocado derechamente el régimen de responsabilidad del Estado, haciendo valer las normas contempladas en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 y el artículo 38 de la Ley N° 19.966, reglas que no fueron aducidas por la demandante.

En relación a dicha alegación, la sentencia objeto de este estudio rechazó los fundamentos expuestos, ya que la responsabilidad que se hace valer respecto del médico demandado se sustenta en su obrar negligente y en la que incurrió por su propia actuación, lo que constituye un ilícito civil a la luz de lo preceptuado en los artículos 1487, 2314 y 2329 del Código Civil, no siendo excluyente de la responsabilidad estatal, que puede ser demandada y acreditada en un mismo juicio.

- b) El recurso también acusa la infracción a las mismas normas esgrimidas en el punto anterior, atendido a que habría falta de causalidad entre la conducta desplegada por el demandado recurrente y el daño que se le imputa haber provocado a la actora. La sentencia analizada rechaza el referido argumento, ya que los jueces de las respectivas instancias se hacen cargo de dicho requisito de responsabilidad, estableciendo que ni el médico demandado ni el personal del Hospital de la FACH informaron a la actora los posibles riesgos que la operación implicaba, infringiendo la obligación de informar, consecuencias que efectivamente acaecieron, lo que le produjo dolor y daño psicológico, de lo que deriva que efectivamente existe relación causal entre el incumplimiento del deber de información.
- c) Finalmente, el impugnante de nulidad denuncia infracción a los artículos 42 de la Ley N° 18.575, 38 de la Ley N° 19.966 y los artículos 1437, 2284, 2314 y 2319 inciso primero(sic)<sup>47</sup>, todos estos últimos del Código Civil. Asienta sus dichos aseverando que el disvalor que se imputa al profesional demandado es no haber informado a la paciente la posibilidad de presentar necrosis, no obstante, expresa, que la necrosis es un riesgo que no reúne los requisitos para ser incluida en el documento denominado “consentimiento informado”, y por ende, ello no puede constituir una infracción al

---

47 El artículo 2284 del Código Civil se refiere a la fuente de las obligaciones que generan responsabilidad extracontractual. El artículo 2319 del mismo cuerpo legal fue mencionado erróneamente por el recurrente, ya que no tiene relación con los hechos de la causa. Las demás normas fueron tratadas en pies de página anteriores.

deber de cuidado, puesto que los que deben informarse son aquellos más graves o frecuentes, o usuales o esperados, y que en el caso de la necrosis se trata de un riesgo no frecuente que tampoco tiene la entidad suficiente para ser agregado en el documento de consentimiento informado. En este sentido, a juicio del médico, no siendo una obligación incluir dicha patología en el Consentimiento Informado, no puede considerarse su omisión como falta a las buenas prácticas médicas.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el último punto sometido a pronunciamiento de nuestro Excelentísimo Tribunal, y que será analizado pormenorizadamente en los siguientes acápite.

Nuestra Corte Suprema de Justicia frente a la tercera alegación mencionada en el epígrafe anterior, que fue esgrimida por el impugnante, resolvió lo siguiente:

En el Considerando 5° del fallo estudiado, se mencionan los hechos que fueron acreditados en primera y segunda instancia del juicio, entre los cuales constan los siguientes: *“d) Que **no ha podido quedar establecido y justificado en autos que se haya producido una negligencia y una falta a la lex artis del médico tratante, tanto en la intervención a la actora como en el post-operatorio**; e) Que **el demandado no informó a la actora, en forma oportuna y comprensible, el riesgo de sufrir necrosis y la pérdida de la areola y pezón de alguna de sus mamas**; no apareciendo en el consentimiento informado que se le hizo firmar, que podría sufrir las aludidas consecuencias; f) Que la demandante ha sufrido un daño psicológico y social por las secuelas físicas de su operación de mamas, que se han manifestado en llanto continuo, bajas de ánimo y dificultades para relacionarse en sociedad, como también una depresión reactiva; g) **Que parte del dolor de la actora por las secuelas que sufrió a causa de su operación de mamas provino de la falta de información completa de las posibles consecuencias de la operación que en definitiva padeció**”.*

En definitiva, los jueces de las respectivas instancias dieron por acreditados los requisitos de responsabilidad extracontractual, pero no por una falta de cuidado o infracción a la *lex artis* médica, cuya existencia no fue acreditada en la causa analizada, sino que fundan el hecho dañoso, exclusivamente, en la falta al deber de información en relación a la necrosis padecida. Es decir, como se establece en el Considerando 6° de la sentencia de casación, *“tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda que confirmó la anterior, concluyeron que los demandados incumplieron el deber de información que les impone la ley N° 20.584, ya que atendidas las circunstancias particulares de la paciente, no se le detallaron los riesgos que podría conllevar una intervención de esa envergadura; lo cual constituye una conducta*



*negligente de los demandados respecto de su obligación de informar en forma completa y adecuada a la paciente”.*

Lo anterior, que ya es de suyo relevante, cobra aún más importancia por cuanto la sentencia en su Considerando 12°, asimila la infracción al deber de información que pesa sobre el profesional médico, a una pérdida de oportunidad o de chance de la paciente, porque pudo haber optado por no someterse a la intervención quirúrgica o bien pudo haber buscado otros tratamientos alternativos, teniendo en consideración su obesidad, tabaquismo y su residencia en otra ciudad.

En este punto, dicho Considerando dispone que: *“...En efecto, si bien es cierto —como concluyó el fallo de primera instancia— que la intervención quirúrgica por sí misma se ejecutó correctamente y tal acto no constituyó infracción a la lex artis— como sí lo constituyó, en cambio, la infracción al deber de informar—, no es menos cierto que al no haberse informado a la paciente sobre el riesgo que la operación conllevaba y sobre el cual se ha hablado extensamente más arriba, esta **perdió la oportunidad o posibilidad de optar** por no someterse a aquella, o buscar otros tratamientos alternativos para su dolencia. Así, la doctrina ha señalado que si el paciente ha sido informado de la posible ocurrencia del riesgo, y éste se verifica, el médico queda liberado de toda responsabilidad, siendo tal riesgo un efecto desgraciado de la intervención, sin que haya reproche a la lex artis médica. Por el contrario, **si el médico no informa del riesgo y este acaece, debe indemnizarse por la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta a la intervención, consintiendo la víctima en la ignorancia del riesgo”.***

Es dable mencionar que ninguna de las partes en sus respectivas alegaciones y defensas, se refirió a la pérdida de oportunidad o de una chance en los presentes autos, siendo una aplicación del derecho efectuada por los jueces de la instancia y por el tribunal de casación.

La vinculación que realiza nuestro tribunal supremo entre la falta de información por parte del médico y la pérdida de la oportunidad del paciente, tiene importantes consecuencias jurídicas, conclusión a la que podremos arribar luego de recordar los conceptos que se tratarán en los apartados siguientes.

## DEBER DE INFORMACIÓN. NORMATIVA APLICABLE

Sabemos que la obligación propia del médico que nace de una atención profesional, consiste en enmarcar su actuación en conformidad a la *lex artis* del caso clínico en particular. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina y jurisprudencia, con estricto apego a la ley, han incorporado una serie de obligaciones a la

labor médica, cuya observancia no puede ser omitida para que la atención sea considerada óptima e idónea para la resolución del caso médico. Es así como el deber de información constituye una carga que no puede ser obviada y que debe quedar estampada de forma expresa en el llamado Consentimiento Informado.

El marco legal de la obligación de informar se encuentra contenida principalmente en el artículo 10° de la Ley N° 20.584, que establece que: *“Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”*.

La norma anterior tiene sustento en la autonomía de la voluntad de los pacientes, ya que la ley que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, recién citada, tiene como objeto resguardar la autodeterminación de las personas<sup>48</sup>. Es así que podemos señalar que el consentimiento informado es el instrumento propicio para ejercer el riguroso respeto a la decisión y libertad de los pacientes.

El profesor Álvaro Vidal, señala que: *“El consentimiento informado es un mecanismo de protección de la autodeterminación del paciente, y cuando hablamos de este consentimiento hacemos referencia a dos aspectos diferenciados, empero complementarios: i. Que el paciente tenga conocimiento de las implicancias y riesgos que envuelve la intervención o tratamiento de que se trate, y ii. Que a partir del tal conocimiento decida someterse o no a tal intervención o tratamiento. Cumplidas ambas condiciones, podemos afirmar que el paciente, junto con aceptar someterse a la prestación médica, asume sobre sí el riesgo que implica su ejecución. Así las cosas, el consentimiento informado es el fruto de la conjunción de la observancia del deber de información del médico y el consentimiento del paciente”*<sup>49</sup>.

En definitiva, el consentimiento informado es el mecanismo mediante el cual el médico cumple con su deber de información en la cadena de actuaciones que constituyen una buena práctica médica. Dicho deber entonces, que se

---

48 Artículo 14 de la Ley N° 20.584: “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”.

49 Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, p. 46.

encuentra integrado en el referido consentimiento, tiene como objeto que el paciente tenga información precisa y veraz sobre las causas, procedimiento y efectos del tratamiento o intervención médica a la que será sometido y de los riesgos involucrados en dicha prestación. Esto último resulta relevante, ya que, **mediante el cumplimiento del deber de informar, se traspasan al paciente los riesgos que el tratamiento conlleva, asumiendo este último los efectos de su contingencia.** Lo aseverado no sólo se trata de un planteamiento doctrinal, sino que estas conclusiones han sido recogidas en incommensurables ocasiones por nuestros tribunales superiores de justicia<sup>50</sup>. Por su parte, el profesor Álvaro Vidal, refiere que: *“El deber de información tiene por finalidad que la decisión del paciente de someterse a una intervención o tratamiento médico sea adoptada considerando los riesgos que ella envuelve”*<sup>51</sup>.

De esta forma, la información debe ser completa, puesto que si el médico no especifica la totalidad de los riesgos del tratamiento, se entiende que el consentimiento adolecería de un vicio por no haberse otorgado con el conocimiento íntegro del paciente, por lo que se constituiría una vulneración al mencionado deber de informar.

### PÉRDIDA DE UNA CHANCE U OPORTUNIDAD

Existen muchísimas ocasiones en juicios de responsabilidad civil en que no se logra acreditar con certeza que la negligencia o culpa del demandado, constituye la efectiva y directa causa del daño, pero sí existe en cambio, una razonable creencia de que la conducta del demandado impidió una oportunidad de evitar dicho resultado dañoso<sup>52</sup>.

Lo anterior no es ajeno a la responsabilidad civil médica, lo que ocurre, por ejemplo, si un galeno omite ordenar un examen, privando al paciente de la oportunidad de conocer un determinado padecimiento y en consecuencia privándolo de la chance de un tratamiento. Puede darse también en el caso

---

50 Sólo a modo de ejemplo, podemos nombrar: Sentencia de Corte Suprema de 2011 bajo el Rol N° 5849-2011; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del año 2012 bajo el Rol N° 7408-2009; Sentencia de Corte Suprema tramitada bajo el rol N° 5396-2014; y Sentencia de Corte Suprema del año 2017, Rol N° 89635-2016.

51 Vidal Olivares, Álvaro, *Responsabilidad civil médica*, p. 49 cit (n. 10).

52 Tapia Rodríguez, Mauricio (2012). *Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena*. Revista de Derecho Universidad de Chile. Escuela de Postgrado n° 2, Santiago, pp. 251-263.

de demora en una respectiva prestación médica, cuya tardanza impide que el paciente pueda recibir una atención oportuna. En estos casos, no existe la certeza absoluta en cuanto a que, si la conducta hubiese sido distinta, se hubiese evitado producir menoscabo al paciente, pero lo que sí es cierto, es que este es despojado de la opción o posibilidad de una atención médica idónea.

Para que proceda esta institución, lo que debe haber es un bien aleatorio en juego para una persona, que, en el régimen de responsabilidad en estudio, consiste en recobrar la buena salud. El profesor Mauricio Tapia señala que: *“es un bien aleatorio—y esto es relevante para discernir su régimen jurídico—porque de todas formas, aun sin haber cometido el agente negligencia alguna, la víctima podría no haber obtenido el beneficio o evitado el perjuicio”*<sup>53</sup>. Lo que ocurre finalmente es que *“el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja”*<sup>54</sup>.

Cabe mencionar que la llamada pérdida de una oportunidad no tiene regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, ha cobrado fuerza en la jurisprudencia de los últimos años. En un principio, esta partida de daño era tratada como una mera conjetura de perjuicio, con mucho esfuerzo fue considerada como “daño eventual” o como lucro cesante imperfecto, y por estas razones, fue calificada como de baja frecuencia y en definitiva fue excluida de reparación.

Como se viene diciendo, la jurisprudencia de los últimos 20 años ha evolucionado, recogiendo esta institución y precisamente es en los casos de responsabilidad médica, donde ha tenido mayor acogida. Lo anterior, ya que en este tipo de juicios es muy difícil determinar con certeza, teniendo en cuenta que la medicina no es una ciencia exacta, que la negligencia médica sea la causante inmediata y directa de la agravación o la muerte del paciente, pero sí es posible demostrar que tal actuación destruyó sus chances de sanar o sobrevivir.

---

53 Tapia Rodríguez, Mauricio, *Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena*, p. 252. cit (n. 13).

54 Tapia Rodríguez, Mauricio (2011). *Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?* Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar. (Coord.) Fabián Elorriaga de Bonis. Legal Publishing Chile, p. 650.

## IMPLICANCIAS DE CONSIDERAR LA FALTA AL DEBER DE INFORMACIÓN COMO PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD

El Considerando 12° del fallo objeto de este trabajo, cuyo texto ya fue expuesto anteriormente, establece que al encontrarse acreditada la infracción al deber de información respecto al riesgo de necrosis en la cirugía practicada por el facultativo, se configuraría para la paciente, la pérdida de oportunidad de la opción de no someterse a ella o buscar tratamientos alternativos que fuesen menos riesgosos para su salud. A este respecto, cabe preguntarse entonces, ¿qué consecuencias legales derivan de dicha aseveración?

Al respecto, el profesor Carlos Pizarro Wilson, señala que “*si el paciente ha sido informado de la posible ocurrencia del riesgo, y éste se verifica, el médico queda liberado de toda responsabilidad, siendo tal riesgo un efecto desgraciado de la intervención, sin que haya reproche a la lex artis médica. Por el contrario, si el médico no informa del riesgo y este acaece, debe indemnizarse por la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta a la intervención, consintiendo la víctima en la ignorancia del riesgo*”<sup>55</sup>.

Por su parte, el profesor Álvaro Vidal, señala en esta materia que: “*En concreto, en el caso del deber de información, su incumplimiento impide al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento de su enfermedad, por lo que la privación de esta posibilidad de elegir es lo que fundamenta la indemnización; el daño objeto de la misma es la pérdida de una chance u oportunidad*”<sup>56</sup>.

Así las cosas, existe claridad respecto a que la infracción al deber de información de riesgos probables en que incurre el médico, da derecho al paciente a ser indemnizado por el profesional, estableciéndose de esta manera una **nueva partida de daño a reparar**.

Ahora bien, no obstante que la pérdida de oportunidad constituye un detrimento indemnizable, **el monto a compensar es indubitadamente menor al que hubiese sido condenado el médico demandado en autos si es que la infracción a *lex artis* en la cirugía propiamente tal y en el postoperatorio inmediato a dicha intervención, hubiese sido comprobada en juicio**. La reducción

---

<sup>55</sup> Pizarro Wilson, Carlos (2017). *La responsabilidad civil médica*, Editorial Thomsom Reuters, Santiago, pp. 50-51.

<sup>56</sup> Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, p. 71.

del monto demandado (de \$80.000.000 a \$4.000.000.-)<sup>57</sup>, tiene fundamento en que el deber de información, si bien es una obligación que pesa sobre el profesional, es siempre accesoria a la obligación principal de dar cumplimiento a la *lex artis* médica del caso en concreto.

## CONCLUSIONES

- En juicios civiles por responsabilidad médica, no sólo resulta relevante acreditar que la respectiva prestación médica fue realizada conforme a la *lex artis* del caso y a los protocolos médicos vigentes al momento de los hechos. En este sentido, existen una serie de obligaciones para el profesional que son accesorias al cumplimiento de la atención médica propiamente tal y que tienen su base legal, esencialmente, en la Ley 20.584.
- Dentro de dichas obligaciones se encuentra el deber de información que recae sobre el profesional, que consiste, en términos sencillos, en dar a conocer al paciente los riesgos de someterse a un determinado tratamiento médico.
- Con la infracción al deber de información se configura una pérdida de oportunidad o chance del paciente, lo que implica una nueva partida de daño indemnizable, que corre de forma absolutamente independiente al probable daño causado por negligencia, imprudencia o impericia en la atención médica otorgada por el facultativo.
- La pérdida de una oportunidad puede ser invocada tanto por el paciente demandante como por el médico demandado. Para el primero, servirá si es que hay dificultades para acreditar la imprudencia, negligencia o impericia propiamente tal del médico, ya que la prueba de la pérdida de la chance requiere menos esfuerzo, pues se agota con el establecimiento de la pérdida del bien aleatorio. Para el segundo, en cambio, servirá como defensa para reducir de forma considerable la cuantía del daño a reparar. En todo caso, como ocurrió en el presente caso, es posible que sea el propio tribunal quien haga aplicación de la señalada institución.

---

<sup>57</sup> Considerando 44° de la sentencia de primera instancia, que se entiende incorporado en fallo de segunda instancia.

- Finalmente, cabe hacer presente que el Consentimiento Informado debe ser un instrumento que se baste por sí mismo para acreditar que el deber de información se ha cumplido.

## BIBLIOGRAFÍA

- Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago.
- Tapia Rodríguez, Mauricio (2012). *Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena*. Revista de Derecho Universidad de Chile. Escuela de Postgrado n° 2, Santiago, pp. 251-263.
- Tapia Rodríguez, Mauricio (2011). *Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?* Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar. (Coord.) Fabián Elorriaga de Bonis. Legal Publishing Chile.
- Pizarro Wilson, Carlos (2017). *La responsabilidad civil médica*. Editorial Thomsom Reuters, Santiago.

## LA RENUNCIA A PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS, FUNDAMENTADO EN MOTIVOS DE SALUD

Daniel Gaete Véliz<sup>58</sup>

Abogado Falmed, UDELAM, Santiago

### INTRODUCCIÓN

Los problemas que afectan a las médicas y médicos en procesos de formación de especialidades (léase becarios y comisionados de estudios) han sido históricamente poco “populares” para las autoridades que dirigen y gestionan estos procesos, a pesar de que una de las políticas centrales en materia de salud es, precisamente, la formación de especialistas.

Decimos esto porque, a pesar que la actual legislación reguladora de esta etapa profesional contempla varios aspectos en cuanto a la postulación, estudios y, finalmente, la etapa de devolución (Período Asistencial Obligatorio); no es menos cierto que, durante este ciclo pueden darse circunstancias que no son posibles de prever y que afectan directamente al médico, quien ya debe soportar condiciones normativas no sistematizadas, con sanciones altas y, en ocasiones, una falta de información y conocimiento por parte de las entidades encargadas de la materia.

No es nuestra intención desconocer el compromiso que estos profesionales adquieren al momento de adjudicarse un cupo para especializarse con financiamiento estatal. Sin embargo, los propios reglamentos a los cuales estos

---

<sup>58</sup> Abogado de FALMED desde el año 2014. Diplomado en Responsabilidad Legal y Social Médica, Diplomado en Estructura Administrativa, Gestión y Control de los Organismos de Salud, Diplomado en Derecho de la Salud, y Magíster en Derecho y Gestión en salud, con mención en Responsabilidad Médica; todos de la Universidad Santo Tomás. Se desempeñó hasta el año 2018 en la Unidad de Derecho Civil de FALMED y desde dicho año, hasta la actualidad, como abogado de UDELAM, especializado en materias de formación de especialistas, calificaciones funcionarias, responsabilidad administrativa, entre otras.



profesionales se someten, han debido actualizarse con el correr de los años, justamente para dar cabida a situaciones que, originalmente, no fueron contempladas, a pesar de parecer de toda lógica hacerlo.

Por ello, por medio de este artículo se pretende dar a conocer esta problemática, analizando el ejercicio práctico de las normas reguladoras en la materia, identificando las probables mejoras que se pueden hacer sobre este aspecto necesario de analizar en el proceso de formación de especialistas.

## HECHOS

Dentro de las asesorías que FALMED ha podido desarrollar en la materia, es posible verificar una serie de situaciones que hacen que las modificaciones reglamentarias sigan siendo insuficientes para los médicos que renuncian a sus programas de formación debido a problemas de salud.

En la actualidad, esta hipótesis legal requiere de dos requisitos copulativos:

1. Que la renuncia se fundamente en situaciones de salud que afecten al médico o a alguno de sus familiares que dependan de él.
2. Que dichos motivos de salud sean incompatibles con las actividades académicas del profesional.

Bajo dicho contexto normativo, FALMED, a través de la Unidad de Defensa Laboral Médica (UDELAM), asesoró a una médica, quien tomó la decisión de renunciar a su programa de especialización, invocando la causal de salud contemplada en el inciso final del artículo 25 del Decreto N° 507, de 1990, del Minsal.

En su carta de renuncia, la profesional señaló que los problemas de salud que sufrió se desencadenaron debido a situaciones de discriminación, hostigamiento, xenofobia y maltrato, ejecutados por médicos docentes de la beca, lo cual afectó su rendimiento académico. Lo anterior la llevó a tomar la decisión de no continuar con el proceso de especialización, ya que no le resultó posible cumplir con las actividades del programa sobrellevando su situación actual. En la comunicación escrita se detallaron situaciones absolutamente fuera de lugar por parte de los médicos docentes, en muchos casos siendo humillante para la ex becaria, lo que desencadenó en problemas de salud mental que se acreditaron mediante antecedentes de salud y certificados suscritos por sus médicos tratantes.

El primer problema generado en este caso, se dio debido a que el Servicio de Salud encargado de aceptar la renuncia, no cumplió con la derivación que

debía hacer a la Subsecretaría de Redes Asistenciales de los antecedentes de salud mencionados, resolviendo de inmediato que la profesional debía restituir una suma cercana a los cien millones de pesos, por concepto de estipendios, matrículas, aranceles y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%, por el tiempo de permanencia, como lo dispone la fórmula aplicable para este tipo de casos. Lo anterior supuso un desconocimiento grave del reglamento por parte del Servicio, que de inmediato nos generó dudas respecto a cómo se aplican las modificaciones reglamentarias descritas en los párrafos anteriores.

Por otro lado, llamó la atención que el Servicio de Salud en cuestión no hiciera ninguna gestión con el campo clínico ni con el centro formador, con tal de pedir a la autoridad correspondiente que instruyera el inicio de una investigación que buscara acreditar la responsabilidad administrativa de los docentes involucrados, debido a la gravedad de los motivos que llevaron a la profesional a tomar la decisión de poner término anticipado a su programa de especialización.

Sin perjuicio de lo anterior, el error de procedimiento del Servicio fue subsanado luego de la presentación de un recurso de reposición en contra de la resolución que hacía efectivo el cobro de los gastos efectuados durante su programa de estudios, estableciéndose, en definitiva, que los antecedentes de salud pasarían a la Subsecretaría de Redes Asistenciales para que esta resolviera si se harían efectivos dichos cobros.

## DERECHO

Una de las modificaciones más importantes que se han hecho en estos reglamentos ha sido el establecer la posibilidad de renunciar a estos programas debido a motivos de salud, estableciendo una excepción respecto a los cobros que la autoridad puede realizar al médico para, de alguna forma, recuperar la inversión realizada en el profesional, y que es la regla general en materia de renunciadas a programas de formación de especialistas. En dicho contexto, veremos que, a pesar de los avances en la materia, la ejecución de estas alternativas sigue teniendo pendiente una correlación con las normas generales, contempladas específicamente en la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, y, asimismo, un mecanismo de evaluación objetivo de los antecedentes de salud por parte de la autoridad, sobre todo en casos en donde se denuncian situaciones de maltrato efectuados por médicos docentes.

Desde el punto de vista práctico, debemos adelantar que la mayoría de las renunciaciones que los médicos en procesos de formación presentan, se fundamentan en aspectos de salud mental que se desarrollan durante los programas académicos<sup>59</sup>.

Al respecto, lo primero que debemos recordar es que el proceso de formación de especialistas se encuentra regulado en el artículo 43 de la Ley N° 15.076, para los médicos que postulan a través de concursos a cupos de especialización en calidad de becarios; y en el artículo 10 de la Ley N° 19.664, para médicos que optan a cupos de especialización dentro de la Etapa de Destinación y Formación, en calidad de comisionados de estudio. En el primero de estos casos, el reglamento aplicable es el Decreto N° 507, de 1990, y en el segundo caso, el Decreto N° 91, de 2001 (que también rige, para estos efectos, a médicos que se desempeñan en la atención primaria de salud), ambos del Ministerio de Salud.

Ya hemos señalado que los reglamentos mencionados no contemplaron en su texto original la posibilidad de fundamentar en situaciones de salud una eventual renuncia para así poner término de forma anticipada a los estudios de especialización. En este sentido, el artículo 25 original del Decreto N° 507 disponía que, si la renuncia a la beca se producía después de los 30 días de iniciada esta, el médico era inhabilitado para ser contratado o designado en cualquier cargo de la Administración del Estado, hasta por un lapso de seis años, además de hacerse efectiva la garantía que los profesionales deben constituir al inicio de sus programas con el Servicio de Salud que los financia.

Si la situación descrita parece desproporcionada, en lo referente al Decreto N° 91 el escenario era aún más complejo, puesto que el texto original ni siquiera contemplaba la posibilidad de renunciar al programa de formación.

Es recién en el año 2018 que la autoridad ministerial, en conjunto con el Colegio Médico, establecieron una mesa de trabajo para actualizar los reglamentos, debido a situaciones que afectaban a los médicos que se encontraban en etapas de especialización, y que los dejaban en un escenario bastante injusto, debiendo soportar sanciones administrativas y pecuniarias por situaciones que no eran posibles de considerar al momento de acceder a los cupos de formación. Es en este contexto que se agregaron los motivos de salud para terminar

---

<sup>59</sup> Dentro de los motivos que desencadenan el diagnóstico de salud mental, es posible establecer que la mayoría de ellos se producen por la relación entre el médico docente y el médico en formación. Más allá de la debida exigencia que estos programas deben tener, existen situaciones de maltrato que llevan a los residentes a tomar la decisión de renunciar.

anticipadamente los programas, fijando la posibilidad de eximirse del cobro de la garantía pactada y de la restitución de gastos efectuados por el Servicio de Salud, pero estableciendo que la decisión final quedaría en manos de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

## RESOLUCIÓN

Volviendo al caso que se analiza, una vez que la Subsecretaría recepcionó los antecedentes de la profesional, demoró cerca de un año y medio en resolver el caso, disponiendo que se ponía término a la beca con obligación de reembolsar gastos de la formación profesional. Dentro de los fundamentos que la entidad ministerial consideró para tal decisión se indicó que *“Impresiona como causa primaria de los síntomas la reacción al mal rendimiento académico y al riesgo de eliminación. El informe médico aportado no entrega elementos de gravedad, detalles de evolución ni otros que indiquen que debe abandonar el programa”*, agregando que los antecedentes médicos *“no tienen información específica de funcionalidad, razones para la renuncia al programa, tratamiento implementado y respuesta al tratamiento”*. Finalmente, se señaló que los antecedentes ponderados por la autoridad *“... no permiten justificar que la situación de salud informada, se vislumbre como incompatible con la especialización que cursaba en los términos que exige la norma”*.

En otras palabras, la Subsecretaría de Redes Asistenciales consideró que los hechos que motivaron la renuncia de la médica becaria no eran incompatibles con el desarrollo del programa de especialización que cursaba, pues el diagnóstico de salud mental descrito por sus médicos tratantes no era de gravedad.

## OBSERVACIONES AL PROCEDIMIENTO APLICADO POR LA SUBSECRETARÍA DE REDES ASISTENCIALES

### I. ACERCA DE LAS SITUACIONES DE MALTRATO POR PARTE DE DOCENTES

Una primera observación que podemos hacer respecto a la decisión entregada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, es a propósito de la situación de maltrato que la doctora en cuestión expresó como motivo de su renuncia. En la actualidad, para nadie es una sorpresa el hecho de que en los programas de formación de especialistas que financia el Ministerio de Salud, a través de su red de

Servicios de Salud, existen situaciones absolutamente fuera de lugar, respecto al trato que los médicos docentes tienen con los médicos residentes.

De acuerdo a nuestra experiencia, es concluyente señalar que existe una “cultura del maltrato” durante la especialización del médico en formación y que, lamentablemente, no ha existido una real disposición de la autoridad sanitaria para frenar este tipo de abusos, a pesar de ser una situación conocida por todos los intervinientes de esta vital etapa en la carrera profesional de un médico.

Al respecto existen diversos estudios internacionales sobre la materia. Una de las primeras investigaciones en la materia fue la realizada por Silver HK, quien concluyó que la actitud de los médicos hacia sus pacientes, podrían ser resultado del trato hostil y punitivo recibido en la escuela de medicina<sup>60</sup>.

Para Albert Bandura “... la mayor parte de la conducta humana se aprende por observación mediante modelado. Observando a los demás formamos las reglas de conducta, y esta información codificada sirve en situaciones futuras de guía para la acción”<sup>61</sup>. Por su parte, Dursi y Millenaar plantean que “... las residencias pueden ser analizadas como “esquemas culturales”, son procesos sociales y psicológicos que moldean la conducta de los individuos (...) operan como ‘modelos de’ y ‘modelos para’, desarrollan un conjunto de prácticas que intervienen en la configuración de un nuevo estatus, el de ‘médico’ (...) puede decirse entonces que la experiencia de las residencias no sólo permite una formación como especialistas médicos, sino que vuelve a los graduados de medicina en ‘médicos’. Es decir, se aprenden los códigos y conductas esperadas y respetadas por el público en el campo”<sup>62</sup>.

Para el caso concreto, y a través del relato de nuestra representada, más los antecedentes médicos que pusimos en conocimiento de la autoridad, lo que correspondía era tomar contacto con el Hospital y con la Universidad para dar cuenta de la situación, con la finalidad de que se investigaran los hechos denunciados de suma gravedad. Ante el argumento de que la becaria no denunció formalmente la situación, la verdad indica que es el campo clínico, a través de sus jefaturas, quien debe velar permanentemente para que las condiciones de

---

60 Galli A. *Maltrato en la formación médica: situación en las residencias de cardiología*. Área de Docencia de la Sociedad Argentina de Cardiología, p. 51.

61 Bandura A. (1977). *Teoría del aprendizaje social*. Espasa-Calpe. Madrid, p. 68.

62 Dursi, C., Millenaar V. Ministerio de Salud. *Motivaciones, expectativas y experiencias en la formación como especialistas de jóvenes médicos*. Informe de Investigación. Provincia de Buenos Aires. La Plata. Febrero 2017, p. 48.

trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios y velar por el cumplimiento de las normas y protocolos<sup>63</sup>.

Lamentablemente, el hecho de no haber valorado la situación con un sentido de realidad, hizo que la autoridad considerara que el motivo del diagnóstico de salud mental de la médica no era de gravedad, y que la situación descrita no le impedía seguir con sus estudios.

## II. MANEJO DE DATOS SENSIBLES

Un punto del cual no se habla mucho, pero que es de suma importancia para los médicos que toman la decisión de renunciar a sus becas, es acerca del uso que durante el procedimiento se hace de los antecedentes médicos que fundamentan la carta de renuncia, en el contexto normativo que protege esta información.

Desde el punto de vista legal, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, define los datos sensibles como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

En la práctica, el procedimiento establece que en el caso que un médico becario decida poner término anticipado a su programa de formación, deberá manifestarlo por escrito ante la dirección del Servicio de Salud, acompañando los antecedentes de salud que fundamenten su petición de ser eximido del cobro de los gastos de formación, tal como lo dispone actualmente el inciso final del artículo 25 del Decreto N° 507, y el inciso final del artículo 14 del Decreto N° 91, ambos del Minsal. Sin perjuicio de ello, los médicos no saben quiénes son los encargados de revisar estos antecedentes, ni menos por cuántas personas pasan, lo que claramente vulnera la protección que la ley ha establecido para este tipo de información.

## III. INSTANCIA TÉCNICA DE LA SSRA

Uno de los aspectos que mayor problema ha generado en la asesoría de estas materias es lo que dice relación con la instancia técnica que la Subsecretaría de

---

<sup>63</sup> Artículo 64, Estatuto Administrativo.

Redes Asistenciales creó para el análisis de las renunciaciones a los programas de formación por motivos de salud.

La experiencia de los casos asesorados nos muestra que existe una demora tremenda en la resolución de estos casos, lo cual en ocasiones ha generado perjuicios a los médicos involucrados, desde el punto de vista de la oportunidad laboral. Al parecer, esta situación no ha sido valorada por la autoridad, pues en rigor, esta demora constituye una vulneración a los principios básicos que rigen a los procedimientos en donde interviene la Administración del Estado.

En efecto, la Ley N° 19.880 establece el principio de celeridad, por el cual se entiende que el procedimiento administrativo se impulsará de oficio en todos sus trámites, agregando que las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión. En esta misma línea, la misma regulación establece el principio de economía procedimental, por el cual la Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley N° 18.575, previene, en su inciso primero, que los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.

En base a lo señalado, es posible advertir que la autoridad aún no ha podido establecer tiempos de respuesta adecuados para este tipo de peticiones, pues es fácil determinar que estos demoran, en promedio, un año.

Otro de los puntos que ha generado conflicto, respecto a la instancia técnica encargada de revisar las renunciaciones a los programas de formación, tiene que ver con su conformación, la cual es desconocida para los médicos. En la práctica se desconoce si, ante argumentos relacionados con la salud de las personas (en este caso de médicos residentes), la Subsecretaría de Redes Asistenciales conoce de estos a través de personal técnico especializado en temas médicos.

Ya se ha indicado que la mayoría de las renunciaciones a los programas de formación se fundamentan en diagnósticos de salud mental. Ante esto, se hace absolutamente necesario contar con una instancia técnica especializada en aspectos de salud que tenga la posibilidad de analizar los casos con un

conocimiento teórico-práctico y con imparcialidad, pues la normativa que regula esta instancia se resume en un inciso de un artículo perteneciente a un Reglamento, quedando bajo una discrecionalidad absoluta la resolución del conflicto que se somete a la autoridad.

Si se analizan la mayoría de las respuestas que la Subsecretaría de Redes Asistenciales ha dado sobre la materia, es posible verificar que los argumentos para rechazar la solicitud de eximirse del cobro de gastos de formación contienen, muchas veces, opiniones técnicas que no se sabe de quién provienen. A mayor abundamiento, la entidad ha cuestionado el parecer de los médicos tratantes de los becarios, a pesar de ser estos últimos quienes manejan el historial del paciente y el análisis clínico que es posible efectuar. En base a esto, pareciera que la situación descrita resta objetividad al proceso, pues, por una parte, el médico becario da a conocer una situación de salud que le afecta, argumentándolo en antecedentes médicos suscritos por un especialista; pero, por otra, la Subsecretaría de Redes Asistenciales tiene la posibilidad de restar validez a esta información, insisto, sin un sentido de realidad y sin que se conozca la profesión o especialidad de quienes conforman la instancia técnica creada al efecto.

## CONCLUSIONES

En base al caso analizado, es posible concluir que, a pesar de los esfuerzos de la autoridad en materia reglamentaria para establecer condiciones más justas y objetivas para los médicos que postulan a programas de formación de especialistas, quedan aún aspectos de procedimiento que es necesario plasmar en la normativa. Al respecto, las leyes generales entregan herramientas para mejorar el conocimiento y resolución que rigen en materia de renunciaciones de médicos residentes; sin embargo, da la impresión de que la autoridad no lo aplica, en ocasiones, por simple desconocimiento de los aspectos legales que regulan su actuar.

Asimismo, y con la finalidad de aportar objetividad a este tipo de casos, se requiere que la autoridad disponga del recurso humano especializado para apreciar antecedentes tan delicados como son los que dicen relación con la salud de los médicos en etapa de especialización. Nuevamente, es la propia ley quien en situaciones similares ha establecido la posibilidad de que una entidad técnica manifieste una opinión, dándole el nivel de requisito esencial para la toma de una determinada decisión final.



Es lo que sucede, por ejemplo, con la facultad de la autoridad de declarar vacante un cargo por salud incompatible del funcionario. El Estatuto Administrativo se hace cargo de esta materia, y es la Contraloría General de la República quien ha manifestado que “... el pronunciamiento de la COMPIN acerca de la condición de irrecuperabilidad de la salud del funcionario es determinante para que el alcalde o el jefe de servicio respectivo pueda ejercer posteriormente la atribución de declarar el cese de funciones por salud incompatible con el desempeño del cargo, siendo así dispensable que la COMPIN emita tal pronunciamiento, pues de lo contrario impide el ejercicio de la atribución antes referida”<sup>64</sup> <sup>65</sup>. En consecuencia, es posible imaginar que esta misma regulación se pueda hacer extensiva a la materia de renunciaciones a los programas de formación, fundamentadas en situaciones de salud, pues daría una mejor respuesta a este tipo de conflictos que conlleva, en definitiva, la obligación o la eximición de desembolsar altísimas sumas de dinero para el profesional afectado.

Por último, no es menos importante señalar que, en la mayoría de estos casos, el origen de estos conflictos se suscita por situaciones de maltrato que todos los intervinientes de estos procesos conocen; por lo tanto, se hace necesario generar políticas tendientes a evitar y, en su caso, sancionar este tipo de actos, estableciendo instancias de educación y perfeccionamiento, lo cual iría en directa correlación con el objetivo final que es la formación y mantención de especialistas en el sector público de salud.

---

64 Dictamen N° 7.154 de 2020, Contraloría General de la República.

65 La Excma. Corte Suprema, conociendo de recursos de protección de garantías constitucionales, ha manifestado una opinión similar, respecto a la función técnica y especializada que posee una entidad como la COMPIN, indicando que la autoridad superior no posee dicho conocimiento, por lo tanto, debe tomar decisiones de acuerdo a lo que el órgano especializado informe.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Bandura, A. (1977). *Teoría del aprendizaje social*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, p. 68.
2. Decretos N° 507, de 1990, del Minsal; N° 91, de 2001, del Minsal.
3. Dictamen N° 7.154 de 2020, Contraloría General de la República.
4. Dursi, C., Millenaar V. Ministerio de Salud. *Motivaciones, expectativas y experiencias en la formación como especialistas de jóvenes médicos*. Informe de Investigación. Provincia de Buenos Aires. La Plata. Febrero 2017; p. 48.
5. Galli, A. *Maltrato en la formación médica: situación en las residencias de cardiología*. Área de Docencia de la Sociedad Argentina de Cardiología; p. 51.
6. Leyes N° 15.076, 18.575, 18.834, 19.628, 19.664, 19.880.



# EL ACOSO SEXUAL EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR: UN ANÁLISIS PRÁCTICO RESPECTO DE LOS BECARIOS

Francesca Marina Coghlan Orrego<sup>66</sup>

Abogada FALMED, Udegen, Santiago

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un acercamiento práctico de la normativa del acoso sexual en la educación superior, a través del análisis de un caso en particular que se da entre dos becarios. Se realizará un análisis de los elementos que resultan de mayor interés y se efectuará una aproximación a dicho proceso. Además, haremos una comparativa en algunos puntos con la legislación laboral y la jurisprudencia judicial y administrativa vinculada. Lo dicho resulta de gran interés dado que este proceso es relativamente nuevo y recién en septiembre de 2022 las instituciones de educación superior se han visto obligadas a ajustar sus protocolos a la reciente Ley 21.369, que regula el acoso sexual, la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior.

## 2. HECHOS

Realizaremos nuestro análisis refiriéndonos a un caso práctico acontecido en un contexto universitario, en el cual se dio aplicación al protocolo de prevención y enfrentamiento al acoso sexual, con motivo de hechos ocurridos entre dos becarios. En el caso ocurre que se presentan dos hechos fundamentales que

---

<sup>66</sup> Abogada, Universidad Adolfo Ibáñez. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomada en Prevención y protección contra la Violencia, Universidad de Los Andes. Curso de Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile.

fueron denunciados y probados en el proceso: El primer hecho se suscita fuera del ámbito universitario, en una reunión informal en un bar restaurante entre colegas, en el que el agresor toca sin su consentimiento a la víctima, por encima de la ropa, frente a sus colegas y de manera disimulada. El segundo hecho ocurre en el contexto universitario, dentro del campus, y se compone de diversos actos que, en su conjunto, buscan amedrentar a la víctima haciendo reiterativas alusiones a la situación vivida, siendo el episodio cúlmine aquel ocurrido en la sala de clases, en que el agresor hace alusión de manera disimulada al episodio ocurrido, generando ello un ambiente hostil e intimidante para la víctima. Ante dichos hechos, la víctima decide denunciar a las autoridades de la Universidad. Si bien el protocolo que se aplicó data de fecha anterior a la dictación de la Ley 21.369, se realiza el proceso investigativo, presentándose una serie de principios que, a esta fecha, ya son transversales a los procesos universitarios regidos por la Ley 21.369, aquellos del sector público y también del sector privado, en el ámbito de la investigación del acoso sexual.

### 3. DERECHO

#### 3.1. ACOSO SEXUAL EN CONTEXTO UNIVERSITARIO

En este contexto, se define el acoso sexual como: *“cualquier acción o conducta de naturaleza o connotación sexual, sea verbal, no verbal, física, presencial, virtual o telemática, no deseada o consentida por la persona que la recibe, que atente contra la dignidad de una persona, la igualdad de derechos, su libertad o integridad física, sexual, psíquica, emocional, o que cree un entorno intimidatorio, hostil o humillante, que pueda amenazar, perjudicar o incidir en sus oportunidades, condiciones materiales o rendimiento laboral o académico, con independencia de si tal comportamiento o situación es aislado o reiterado”*.

Podemos apreciar que tal definición es concordante a aquella señalada en el artículo 2° del Código del Trabajo, realizando una definición más minuciosa y adaptándolo al contexto académico.

#### 3.2. SUJETOS

Doctrinariamente cuando se habla de acoso sexual laboral se distingue entre sujeto agresor y sujeto pasivo, agredido o víctima, siendo primero quien comete el hecho de acoso sexual y el segundo quien recibe el hecho mismo.

En este contexto, el sujeto agresor puede ser cualquier persona que curse programas de pre o postgrado en la universidad, aquellos que desarrollen labores docentes, de administración, investigación o cualquier otra labor vinculada con la institución de educación superior. En el mismo sentido, el sujeto pasivo, agredido o víctima puede ser cualquiera de los sujetos señalados.

### 3.3. REQUISITOS DEL ACOSO SEXUAL EN INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Si bien, a la fecha, la doctrina no ha determinado con claridad los elementos del acoso sexual en las instituciones de educación superior, podemos realizar un análisis tomando como referencia aquellos elementos que típicamente se han señalado propios del acoso sexual laboral, pero trasladando los mismos al entorno de la educación superior, guiándonos, además, por la letra de la ley.

- A) Conducta de connotación sexual: como se señaló en la definición tratada en el punto 3.1, es menester que se presente una conducta de carácter sexual, lo que puede desprenderse de, por ejemplo, comentarios o hechos relativos al cuerpo y expresamente a la sexualidad, intenciones o comentarios sexuales, no siempre siendo actos evidentes, pueden manifestarse de forma sutil.
- B) Realizado por cualquier medio: al igual que el acoso sexual laboral, como vimos, esta conducta puede manifestarse de diversas maneras, como es lo es de manera verbal, no verbal, física, presencial, virtual o telemática. En relación al acoso sexual laboral, se ha señalado, por ejemplo, que este puede manifestarse a través de acercamientos físicos, tocaciones directas o indirectas, por ejemplo, a través de jalar la ropa, roces, espionaje de lugares privados como camarines o baños, etc. Además, las bromas o juegos también pueden constituir acoso sexual cuando tengan dicho carácter.
- C) Falta de consentimiento: la falta de consentimiento debe ser entendida en su sentido natural<sup>67</sup>, es decir, no debe existir conformidad con el hecho de carácter sexual para que nos encontremos ante un caso de acoso sexual. Este elemento también se encuentra presente en la definición

---

<sup>67</sup> La Real Academia de la lengua española ha definido el consentimiento como la “acción de consentir” y, a su vez, consentir se ha señalado que constituye “Permitir algo o condescender en que se haga”. *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed. [versión 23.6 en línea]: <https://dle.rae.es/consentir> [09-04-2023].

de la ley, lo que implica que, si los hechos ya descritos se producen con consentimiento de todas las partes involucradas, no constituirán acoso sexual. Para ello resulta relevante que el consentimiento sea expreso, es decir, no basta con que la víctima se quede en silencio ante el hecho de requerimiento sexual, sino que se requiere su expresa afirmativa, la que debe ser libre.

Es relevante considerar que la doctrina<sup>68</sup> ha señalado que la mayor parte de las víctimas de acoso sexual no manifestará una negativa, ya que la situación le puede producir *shock*, miedo a represalias, entre otras. Esta misma situación debe entenderse para el acoso sexual en la educación superior ya que, como vimos, este puede provenir de parte de docentes, lo que resulta especialmente riesgoso para la víctima, quien ante una negativa puede tener temor de, por ejemplo, ser mal evaluada y terminar expulsada de la beca.

- D) Acto realizado por una única vez o de forma reiterada: basta que se cometa un solo hecho para que se configure el ilícito.
- E) Resultado: el artículo 2° de la ley en comento señala que debe existir un resultado, ya sea atentando contra su dignidad, la igualdad de derechos, la libertad o integridad física, sexual, psíquica, emocional, o bien, que cree un entorno intimidatorio, hostil o humillante, o que pueda amenazar, perjudicar o incidir en sus oportunidades, condiciones materiales o rendimiento laboral o académico. Así, la norma resulta ser más amplia y específica que aquella referida al acoso sexual laboral, donde es la doctrina y jurisprudencia administrativa la que se ha encargado de señalar que los padecimientos psicológicos con motivo de un acoso sexual laboral generarán en la víctima una amenaza o perjuicio en su trabajo, puesto que incidirán en su desempeño laboral<sup>69</sup>, ya que la definición del resultado es más escueta y se agota en “que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”<sup>70</sup>, en cambio, la Ley 21.369 específica que el daño emocional o psíquico en sí mismo es un resultado suficiente para encontrarnos ante una conducta de acoso sexual sancionable en materia universitaria. Es por ello que debemos agotar todos los medios de prueba para probar este resultado, independientemente

---

68 Walker, E., Sarmiento, C., García, W., & Lagos, C. (2022), *Acoso sexual, acoso moral y discriminación en contexto laboral*, Academia Judicial de Chile.

69 Dirección del Trabajo, Ordinario 4354/59 (2009).

70 *Código del Trabajo*. Artículo 2°. (Última edición 2023).

de cuál sea la afectación producida, un típico elemento probatorio para estas situaciones son los informes psicológicos; sin embargo, también podrían existir grabaciones, conversaciones por mensajería instantánea, entre otros, que puedan dar cuenta de que la situación ha afectado su rendimiento académico o laboral.

Respecto del caso en análisis, se presentó como medio probatorio del resultado un informe psiquiátrico, que daba cuenta de la afectación que causó la situación vivida en la víctima, además de una licencia médica de carácter psiquiátrica, que tuvo que ser extendida a la víctima y prueba testimonial, siendo todos los elementos probatorios evaluados por la sentenciadora, que en sus conclusiones señala:

*“Que desde XXXXX de XXXX, los estudiantes del mentado programa de formación han observado un decaimiento en el ánimo y salud de la denunciante; g) Que, de manera generalizada, los estudiantes del programa manifiestan estar muy afectados con esta situación y que el ambiente se encuentra deteriorado”.*

F) Contexto y lugar de ocurrencia: comúnmente respecto del acoso sexual laboral, se exige que el hecho sea realizado con ocasión del trabajo, es decir, el acto debe enmarcarse en las relaciones laborales, dado que dicho marco es el margen de responsabilidad que tendrá el empleador respecto de los trabajadores<sup>71</sup>.

En el caso en comento, uno de los hechos ocurre en un contexto extra universitario y de ambiente de camaradería y festivo entre dos alumnos, en un bar restaurante, y, el otro hecho de relevancia ocurre en un contexto universitario, por lo que debemos preguntarnos cuál es el ámbito de aplicación que tendrá esta ley. En principio, como se señaló, el acoso sexual laboral debe ocurrir dentro de un contexto laboral<sup>72</sup>; podemos observar que si bien el primer hecho de acoso sexual denunciado, efectivamente ocurre fuera del ámbito universitario y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de sanciones del protocolo vigente de la universidad hasta ese momento, aquellas conductas sí pueden servir de

---

<sup>71</sup> Palavecino, C. (2006), *El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno*, *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 1.

<sup>72</sup> Así lo ha sostenido la doctrina, quienes han señalado que el acoso sexual laboral debe ocurrir dentro del contexto laboral, delimitándose al espacio de trabajo, pero extendiéndose también a las actividades organizadas con ocasión del trabajo. En este sentido, Walker, E., Sarmiento, C., García, W., & Lagos, C. (2022), *Acoso sexual, acoso moral y discriminación en contexto laboral*, Academia Judicial de Chile.



contexto para la acreditación de los hechos. La fiscal a cargo de la resolución del caso señala:

*“Que, de esta forma, si bien este sentenciador no puede sancionar aquellas conductas que se habrían verificado en actividades extrauniversitarias, como lo serían aquellas conductas que se reclama habrían ocurrido en las actividades celebradas los días 12 de noviembre de 2021 y 17 de diciembre de 2021, lo relatado por ambas partes al respecto sí sirve para ofrecer contexto a los hechos ocurridos dentro de las dependencias universitarias”.*

Con todo, la ley señala que: *“la potestad de las instituciones de educación superior para investigar y sancionar de conformidad con esta ley se extenderá a los hechos o situaciones que se enmarquen en actividades organizadas o desarrolladas por instituciones de educación superior o por personas vinculadas a ellas de conformidad con el inciso anterior, ocurran o no en espacios académicos o de investigación (...)”.*

Lo anterior nos da a entender que, si bien los protocolos deberán aplicarse fundamentalmente en casos ocurridos en la universidad, pueden extenderse a otros contextos siempre que las actividades sean organizadas por la universidad, académicos e incluso estudiantes, por lo que podría existir una apertura a aquellas actividades extra curriculares, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del acoso sexual laboral en que la doctrina ha sido clara en señalar que debe ser un contexto laboral o con ocasión del trabajo. Si bien en el caso en comento dicha acusación fue rechazada por estimarse que escapa del ámbito universitario, entendemos que la Ley 21.369 abre la puerta para que los nuevos protocolos contra el acoso sexual contemplen situaciones más amplias, según señala la normativa, como fiestas universitarias, reuniones de estudios, entre otras.

Es relevante que en el protocolo utilizado en el caso en comento data de anterioridad a la dictación de la Ley 21.369, la que ordena que, en el plazo de un año desde la publicación de la misma, deban adaptarse los protocolos universitarios a la ley, es decir, al 15 de septiembre de 2022, y contemplaba la ocurrencia de hechos en recintos y lugares que utilice la universidad para cumplir sus funciones o actividades, o fuera de ellos, tratándose de actividades académicas de extensión, deportivas o cualquiera otra en que participen alumnos, siempre que sean actividades autorizadas por la universidad, supuestos en que no se encuadran los hechos que fueron denunciados.

En la misma línea, debemos tener presente que previo a la dictación de la Ley 21.369, la Corte Suprema, si bien reconoció la autonomía de las universidades para investigar hechos de acoso sexual dentro de su plantel universitario,

limitó el ámbito de acción únicamente a los fines y proyectos institucionales, reprochando a la UACH el haber ampliado la competencia para el reconocimiento de hechos ocurridos fuera de las instalaciones y actividades universitarias, señalando que:

*“(...) el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria por la autoridad universitaria sólo puede recaer en hechos que tengan una vinculación objetiva con el plantel, ya sea determinada por la actividad o por el lugar—el recinto universitario—. No resulta suficiente, entonces, la sola conexión personal, esto es, la mera circunstancia de estar involucrados en los hechos personas relacionadas con la universidad por algún vínculo docente o funcionario o de otra naturaleza análoga, porque, precisamente, las potestades que derivan de la autonomía universitaria se extienden, como lo dispone la norma transcrita, hasta donde alcancen sus fines y proyectos institucionales”<sup>73</sup>.*

Por lo que, si bien podríamos señalar que previo a la implementación de los nuevos protocolos universitarios que ordena la Ley 21.369 la competencia de las universidades se limitaba a las actividades académicas o de extensión de la misma, la nueva legislación permite una competencia más amplia a otro tipo de actividades organizadas por la universidad, docentes o sus estudiantes, debiendo las universidades generar protocolos que permitan un margen de actuación que les confiera mayor amplitud. Así se ha pronunciado la Super Intendencia de Educación, quien es la encargada de interpretar la referida ley, y que señaló en su Circular 01 de 08 de julio de 2022 que el ámbito de aplicación se extenderá según lo indicado en la ley, es decir, no limitándose a dependencias universitarias e incluso tampoco existiendo limitación a un contexto o actividad organizada con motivo universitario, estando claramente dentro, por ejemplo, los campos clínicos, las reuniones, salas de estudio, estacionamientos, fiestas organizadas por estudiantes, entre otras.

### 3.4. PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA

Si bien la ley no contempla con exactitud el procedimiento que deberá realizarse, sí señala algunos lineamientos, entre los que podemos destacar:

- A) Brindar apoyo a la víctima y a afectados: la ley indica que las instituciones de educación superior deberán contemplar apoyo psicológico, médico,

---

<sup>73</sup> Ilustrísima Corte Suprema, “Rivera con Universidad Austral de Chile” (2019): Recurso de apelación, Sentencia de 01 de julio del año 2019, de la tercera sala constitucional, Rol 5453-2019.

social y legal para las víctimas y para la comunidad educativa, en caso de verse afectada<sup>74</sup>.

- B) Prohibición la revictimización: la ley señala que las instituciones que estén realizando una investigación por acoso sexual deberán evitar la exposición reiterada e injustificada de la denunciante y, así mismo, prohíbe la revictimización durante el proceso<sup>75</sup>. Lo anterior se condice con evitar la llamada revictimización de las denunciantes. Esta ha sido definida como la respuesta que da el sistema a una víctima, generando que vuelva a vivir la situación traumática, por ejemplo, a través de entrevistas reiteradas, repetición de preguntas, dilación excesiva del proceso, juzgar a la víctima por su comportamiento, minimización de la experiencia vivida, entre otras.
- C) Debido proceso: la ley señala que el procedimiento de denuncia y de investigación deberá estar investido de debido proceso y de los principios de proporcionalidad e igualdad.
- D) Medidas de protección a la víctima: son aquellas medidas que velan por la seguridad de la víctima, amparándola en su derecho de desempeñarse en un medio libre de violencia. La ley señala que deben adoptarse dichas medidas durante el procedimiento, entre las que se encuentran suspensión de funciones del denunciado, prohibición de contacto entre partes involucradas, adecuaciones laborales o curriculares, entre otras, que pudieran resultar adecuadas al caso en concreto. En este caso en particular, durante el transcurso del procedimiento se realizó una separación de espacios física a través de la implementación de clases virtuales, no sin una ardua insistencia de parte del alumnado. Además, posterior a la apelación de la resolución definitiva del proceso, se adoptó por parte de la universidad la medida de separación de espacios físicos curricular y también de campo clínico, adaptando las clases y el campo clínico del denunciado.

---

74 Ley 21.369 *Regula el acoso sexual, la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior*. Artículo 4° (2021).

75 Ley 21.369 *Regula el acoso sexual, la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior*. Artículo 6° (2021).

## 3.5. LA PRUEBA

### 3.5.1. La importancia de la prueba

Por regla general, el que alega debe probar. Muchas veces esto puede ser malinterpretado por el médico o médica a quien estamos asesorando, pensando que se duda de la verosimilitud de su relato, por lo que este punto que pudiera resultar baladí para los letrados, es, en realidad, una cuestión comunicativa de relevancia y que debe ser abordada con cautela al momento de comunicarse dicha necesidad a la persona que sufrió la situación de acoso sexual. Muchas veces, estas situaciones se viven en soledad, sin que otros funcionarios, trabajadores o estudiantes se percaten de la situación, por lo que la prueba puede resultar dificultosa y, exponer la necesidad de la existencia de la prueba, puede ser un duro golpe de realidad para el afectado.

Es importante, entonces, que comuniquemos por qué surge esta necesidad de prueba y todos los medios de prueba de los que podemos disponer para probar los hechos.

Recordemos que el fiscal a cargo de un sumario administrativo o investigación sumaria, por regla general, debe recabar antecedentes para probar los hechos denunciados y, para ello, puede disponer de cualquier medio de prueba, siempre que no sea contrario al ordenamiento jurídico<sup>76</sup>. A continuación, analizaremos algunas pruebas que nos parecen de importancia en este proceso.

### 3.5.2. Uso de mensajería instantánea

Como se analizó, el acoso sexual laboral puede cometerse de distintas maneras, incluyendo mensajes de texto y correos electrónicos. Incluso, ahora los medios tecnológicos permiten el envío de audios, videos e imágenes a través de mensajería instantánea. Al revestir, en general, una conversación que se realiza entre dos personas, podríamos cuestionarnos si existe una suerte de protección a lo que allí se expone. Como revisamos, como regla general, los hechos podrán probarse a través de cualquier medio de prueba que no sea contrario al ordenamiento jurídico. Es por ello que la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República ha señalado que pueden utilizarse los audios o capturas de pantalla de conversaciones y los mensajes o imágenes de redes sociales. Para concluir ello, la Contraloría General de la República ha considerado que en los casos de acoso sexual o laboral las conductas atentatorias, muchas veces, se

---

<sup>76</sup> Contraloría General de la República, Dictámenes N° 55.075 (2012) y N° 94.425 (2014).

generan en el marco de la intimidad o soledad, por lo que la prueba puede ser escasa e incluso, en algunos casos, los mensajes privados sean el único medio de prueba al que puede recurrir el denunciante. Adicionalmente, señala que los emisores y remitores de dichos mensajes o audios no pueden tener una expectativa de confidencialidad al enviarlos, subirlos o remitirlos, pese a que se generen en un ambiente de intimidad o confidencialidad, dado que el interviniente en la conversación que las aporta al proceso pasa a ser un interesado y puede hacer uso razonable de los mismos, entre los que estaría contemplado entregarlos como medios de prueba en un proceso sumarial, considerándose medios necesarios e idóneos para lo fines del proceso<sup>77</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en causa rol N° 4504 de 2021 de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema, señalando que los registros de *Whatsapp* no constituyen una prueba ilícita cuando estos son entregados en procesos judiciales por uno de los incumbentes.

En relación a ello, en el fallo analizado, observamos que se valoró prueba consistente en capturas de pantalla de *Whatsapp*, las cuales fueron aportadas por la víctima.

### 3.5.3. Los Testigos

En el caso se presentaron un total de seis testigos de parte de la denunciante, cuyas declaraciones resultaron esenciales para la prueba de los hechos. Es relevante que no existen testigos inhábiles y que la prueba testimonial fue valorada y dio cuenta de los hechos denunciados ocurridos en las dependencias de la universidad.

### 3.5.4. Los informes psicológicos y psiquiátricos

Como analizamos, resulta relevante probar un resultado respecto de la conducta de acoso sexual. En este caso, sirvieron para ello los testigos y el informe psiquiátrico presentado, junto a la licencia médica respectiva que da cuenta de una evidente afectación de la integridad psíquica respecto de los hechos.

---

77 Contraloría General de la República, Dictamen N° E288163 (2022).

#### 4. RESOLUCIÓN

Si bien la ley no señala cuáles deben ser las sanciones que se deben aplicar en casos de acoso sexual, sí indica que se deberán definir las conductas de acoso sexual y sus sanciones, las que deberán ajustarse a las características de los hechos sancionados y, así mismo, deberán señalar las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad. En el caso no encontramos elementos de este tipo en el protocolo existente, pero sí las sanciones que van desde la amonestación, la suspensión y la expulsión, para estudiantes, contemplándose el descuento de remuneración, traslado de puesto de trabajo y terminación del contrato de trabajo, para los trabajadores. La ley indica que estas sanciones deberán ser *además* de aquellas previstas en el Código del Trabajo y en el Estatuto Administrativo, y que además se podrán contemplar otras sanciones como la pérdida de distinciones honoríficas.

De la letra de la ley entendemos, entonces, que se deberán aplicar las sanciones del Estatuto Administrativo y del Código del Trabajo, según corresponda, en el caso de docentes, administrativos u otros sujetos a dicha normativa, además de aplicarse las sanciones del protocolo universitario.

En el caso, al tratarse de dos estudiantes, se aplicó una suspensión de cinco días para el estudiante infractor, que fue sancionado por la conducta de “hostigamiento” y, además, una sanción accesoria aplicada con posterioridad a la apelación que contemplaba dicho protocolo, según señaló la autoridad:

*“A través del presente nos permitimos informar que en el contexto de tomar las medidas de resguardo necesarias para evitar el encuentro físico entre Ud. y el Dr. Xxxxxxx en las actividades académicas que aún les quedan por desarrollar, se realizaron las coordinaciones pertinentes para que este último realice las rotaciones pendientes del Hospital Xxxxxxx, en el dispositivo XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX*

*Posteriormente las rotaciones que debe realizar tanto Ud. como el Dr Xxxxxxx, se desarrollan en campos clínicos externos donde no coincidirán.*

*Esperamos que con estas medidas pueda Ud. continuar con el desarrollo de su proceso formativo de la mejor manera posible. De todas formas, tenga seguridad que estaremos supervisando el cumplimiento de lo anterior y que el cuerpo directivo del Programa muestra similar disposición”.*

## 5. CONCLUSIONES

Los nuevos protocolos de acoso sexual en la educación superior regidos por la Ley 21.369 deben adaptarse a la misma y orientarse respecto de los principios que dicho cuerpo legal indica, constituyendo esta un gran avance para la protección de las víctimas en los procesos por acoso sexual, dado que el procedimiento contemplado en el Estatuto Administrativo, en general, otorga poca protección a las víctimas, ya que fue diseñado para sancionar faltas funcionarias y no para dar protección a las víctimas. Previo a la dictación de la Ley 21.369, los estudiantes que sufrían estas situaciones se encontraban limitados por la existencia o no de protocolos eficaces de su institución, lo que, evidentemente, los ponía en una situación desventajosa. Como observamos, si bien en el caso expuesto el protocolo es anterior a la puesta en marcha del nuevo protocolo que ordena la ley, el mismo ya cuenta con algunas características similares a la misma, pero no siendo suficiente, estimándose por esta parte que la sanción determinada así como el proceso llevado a cabo fue insuficiente, por cuanto se debió generar una alta insistencia de parte de la víctima y el alumnado para que se adoptaran medidas de resguardo, debiendo incluso llegar a la apelación dentro de dicho procedimiento, sin que fueran contempladas en primera instancia. Los principios que actualmente contempla la ley son aquellos que eran necesarios para que el procedimiento fuera eficaz y protector con las víctimas, reconociéndose la importancia de sancionar las conductas de acoso sexual de una manera que sea reparadora para la víctima y evite la revictimización, cuestión que beneficia un ejercicio y desarrollo profesional libre de violencia de género para los médicos y médicas becarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- DFL 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del trabajo (Última versión 2023).
- DFL 29, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo (Última versión 2022).
- Ley 21.369, Regula el acoso sexual, la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior (2021).
- Superintendencia de Educación Superior, Circular 01 (2022).
- Dirección del Trabajo, Ordinario 4354/59 (2009).

- Contraloría General de la República, Dictamen N° 55.075 (2012).
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 94.425 (2014).
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E288163 (2022).
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E311061 (2023).
- Sentencia definitiva en Causa Rol 5453-2019 de la Ilustrísima Corte Suprema.
- Flores-Bernal, R. (2019). *Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile*. Educación y Educadores, 22(3), 343-358. DOI: <https://doi.org/10.5294/edu.2019.22.3.1>
- Iuspa Santelices, Carla (2021). *La autonomía de las universidades chilenas para sancionar hechos de violencia contra las mujeres*. Polis (Santiago), 20(60), 229-252. DOI: <https://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2021-n60-1595>
- Palavecino, C. (2006). *El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno*, Revista de Derecho, Vol. XIX N° 1 (Valdivia) 19(1), 105-123 DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100005>
- Valdivia, J. (2022). *Informe en derecho: Acoso sexual y derecho administrativo*, Secretaría Técnica de Igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial, Chile.
- Walker, E., Sarmiento, C., García, W., & Lagos, C. (2022). *Acoso sexual, acoso moral y discriminación en contexto laboral*, Academia Judicial de Chile.





## EL ARTÍCULO 2329 DEL CÓDIGO CIVIL ES UNA CONFIRMACIÓN DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 2314 Y NO ES UNA FUENTE NORMATIVA AUTÓNOMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Adriana Latorre Carvallo<sup>78</sup>

Abogada Falmed, Jefe Zonal Valparaíso

### INTRODUCCIÓN

Sentencia de casación asienta la doctrina en orden a que, para la procedencia de la acción indemnizatoria de responsabilidad civil en sede extracontractual, necesariamente debe el actor probar en juicio todos los elementos determinantes de la responsabilidad: acción u omisión, factor de imputabilidad, daño y nexo causal. No basta para que proceda la acción de indemnización una mera referencia al artículo 2314 o 2329 del Código Civil, sobre la reparación integral del daño, puesto que como sostiene el fallo analizado sin la prueba de los elementos determinantes de la responsabilidad civil extracontractual, cabe el rechazo de la acción indemnizatoria.

### HECHOS

J.A.B. de 24 años demanda indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, en sede extracontractual, a la ginecóloga M.S.P. y a un centro médico privado por la atención clínica realizada a la paciente en la consulta médica de la doctora, donde se desarrollaba la atención médica de la especialidad, se produjo la atrición de los dedos de la demandante en la mesa ginecológica, la que se desarmó mientras la paciente se subía a esta para que la médica le efectúe el examen físico de la especialidad, sufriendo una amputación

---

<sup>78</sup> Jefa Zonal Valparaíso, Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Responsabilidad Médica - Derecho Médico y Salud, de la Universidad Diego Portales.

parcial de la falange distal del dedo medio derecho y fractura expuesta y herida a colgajo del dedo medio derecho.

## DERECHO

En primera instancia, se hizo lugar a la demanda y se condenó solidariamente a ambos demandados al pago de la suma de \$25.000.000.- más reajustes conforme a la variación del IPC desde la fecha de notificación de la demanda hasta su pago efectivo, intereses y costas. Ambos condenados recurrieron de casación en la forma y apelaron en subsidio, siendo confirmada la sentencia de primer grado con declaración de que reduce el concepto indemnizatorio a la suma de \$10.000.000.- por daño moral, más reajustes conforme a la variación del IPC entre la fecha de la sentencia de segundo grado y su pago efectivo e intereses, sin costas.

Reurre de casación en el fondo la Dra. M.S.P., invocando las siguientes infracciones de ley:

- A. Infracción a la ley del contrato, artículos 1445 y 1545 del Código Civil.
- B. Infracción a las normas para establecer la responsabilidad extracontractual, falta de elementos constitutivos de ésta, artículos 2314 y 2329 del Código Civil.
- C. Infracciones a leyes reguladoras de la prueba y de la carga de la prueba, artículos 1698, 1702, 1704, 1710 y 1712 todos del Código Civil y los artículos 341 y 346 del Código de Procedimiento Civil.

RESOLUCIÓN: SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DEL 18 DE ABRIL DEL 2018 EN CAUSA ROL N° 38.810-2017

El recurso de casación es acogido, según se explicará más adelante, dictando sentencia de reemplazo que revoca la sentencia respecto de la médica M.S.P. y se confirma respecto a que debe pagar el centro médico la suma de diez millones de pesos a la demandante con los reajustes e intereses señalados en el fallo de primer grado.

La Excma. Corte Suprema, conociendo el recurso de casación en el fondo, centra su análisis en la segunda causal invocada, esto es que la sentencia de fecha 03 de agosto de 2017 pronunciada por la Quinta Sala de la Ittma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en ingreso corte N° Civil 921-2017, vulnera el derecho al otorgar al artículo 2329 del Código Civil el carácter de fuente normativa

autónoma de responsabilidad civil extracontractual sin necesidad de referirse al artículo 2314 del mismo cuerpo legal, contraviniendo a su vez dicha norma.

En síntesis, el problema a dilucidar por el Excmo. tribunal superior de justicia radica en si sólo basta invocar y fundar la condena en la norma del artículo 2329 del Código Civil o si, por el contrario, es necesario fundarla siempre en la vulneración de otra norma reglamentaria, carga probatoria que por regla general corresponderá siempre al demandante, no pudiendo el sentenciador—como erróneamente lo hizo el tribunal de primera y segunda instancia en el caso analizado—presumir la autoría del daño ni exigir una diligencia especial por parte del médico, sin justificar dicha diligencia en norma reglamentaria alguna.

A partir del considerando Quinto se sustenta la tesis que se inclina por la segunda de las teorías en pugna, toda vez que, en dicho considerando se señala: *“QUINTO: Que en el contexto de la controversia sublite, resulta pertinente recordar que para la procedencia de la acción contenida en el artículo 2314 del Código Civil se requiere que el demandante demuestre a través de los medios de prueba legales la existencia de un delito o cuasidelito civil, la culpabilidad del demandando en su comisión, la existencia de daño o perjuicio en la víctima y la relación de causalidad entre la acción culposa y los daños que se reclaman.*

*El legislador exige como elemento necesario de la responsabilidad extracontractual la existencia de un hecho voluntario antijurídico pero además requiere que dicha conducta cause efectivamente un daño. Entonces, para que surja la responsabilidad civil debe verificarse un hecho voluntario, ilícito, imputable, que ha sido la causa de un daño a las personas. La omisión de cualquiera de estos elementos lleva al rechazo de la acción”.*

De esta forma en la doctrina establecida en este considerando la ECS se asienta que para que nazca la responsabilidad civil extracontractual no basta la mera ocurrencia del hecho, del daño y una ambigua referencia al artículo 2329, como lo había señalado el sentenciador de instancia y ratificado la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sino por expresa mención de la Excm. Corte Suprema se requiere una conducta probatoria activa del demandante, tendiente a demostrar a través de los medios de prueba legales, la existencia de un delito o cuasidelito civil, la culpabilidad del demandado en su comisión, la existencia del daño perjuicio en la víctima y la relación de causalidad entre la acción culposa y los daños que se reclaman.

*“NOVENO: Que la controversia gira en torno a determinar si existe un hecho reprochable a la demandada que haya tenido la virtud jurídica de causar el daño que reclama la actora. En la especie, del mérito del proceso no aparece cuál es el hecho ilícito de la*

*demandada que haría aplicable las normas de la responsabilidad aquiliana. No se advierte cuáles son los supuestos de hecho específicos y concretos que imponen la obligación de responder. No se estableció en el proceso, de qué forma, la demandada habría violado el deber genérico de no dañar a otro, puesto que más allá del hecho material de la ocurrencia del accidente, no se acreditaron las circunstancias de una conducta negligente en su actuar”.*

*“DECIMO : Que conforme a las motivaciones que preceden cabe concluir que los jueces recurridos han violado las disposiciones legales citadas y denunciadas en el recurso, con evidente influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, pues de haberlas aplicado correctamente no se habría dado lugar a la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual respecto de la demandada SP, por lo que este arbitrio sustantivo debe ser acogido resultando innecesario emitir pronunciamiento sobre otras disposiciones aducidas que objeta la sentencia por otros fundamentos...”.*

La jurisprudencia de nuestros tribunales generalmente interpreta el artículo 2329 del Código Civil como una confirmación de la regla del artículo 2314 del citado cuerpo legal<sup>79</sup>, de acuerdo al cual se exige al demandante, o víctima del daño, probar la culpa del demandado, o victimario, en materia de responsabilidad extracontractual. No obstante lo anterior, existe una línea jurisprudencial minoritaria, entre la cual se encuentra el fallo de primera de instancia<sup>80</sup> ratificado por la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que reconoce en el artículo 2329 del Código Civil una disposición normativa autónoma, de acuerdo a la doctrina de Alessandri Rodríguez, quien sostiene que tal norma contiene una presunción general de culpa por el hecho propio<sup>81</sup>.

## CONCLUSIONES

- 1.- La sentencia de casación sostiene que la sentencia de primer grado y la de segunda instancia infringieron la ley al tener por determinada una culpabilidad de la médica M.S.P, en circunstancias que jamás determinó en qué consistió la conducta cuasidelictual que se le atribuyó, citó la norma

---

<sup>79</sup> Así también lo hace la doctrina clásica de don Luis Claro Solar y en años más recientes Ramón Meza Barros.

<sup>80</sup> Sentencia de fecha 26 de agosto de 2016 en rol 1729-2012 del Primer Juzgado Civil de Viña del Mar.

<sup>81</sup> En este mismo sentido se pronuncia Enrique Barros Bourie y Carlos Ducci para hipótesis de daños producidos en actividades peligrosas.

legal o reglamentaria que infringió o detalló la conducta que se supone debió haber adoptado para eximirse de ser considerada culpable.

La infracción de derecho consistió en otorgar al artículo 2329 del Código Civil el carácter de fuente normativa autónoma de responsabilidad civil extracontractual, sin necesidad de referirse al artículo 2314 del mismo cuerpo legal, contraviniendo a su vez dicha norma de paso. Se da a este artículo una interpretación más amplia que lo literal de la disposición, sosteniendo una presunción de culpa y de relación causal por hechos propios, que concurriría en el caso de marras, en tanto el desperfecto mecánico que sufrió la camilla propiedad del centro médico ( que causó la atrición de los dedos de la demandante antes que la Dra. M.S.P. la examinara) por sí mismos denotarían culpabilidad o porque las circunstancias en que se produjo este suceso, permiten presumir la culpa que, supone el fallo, debió ser desvirtuada por los demandados.

En concreto, a la Dra. M.S.P. se le estaba presumiendo como autora del daño de la demandante, exigiéndole una diligencia especial (que consistía en asegurarse que los implementos de la consulta médica propiedad de centro médico codemandado se encontraban aptos para su uso), sin justificar dicha diligencia especial en normativa alguna, porque no existe ninguna disposición, a nivel legal, reglamentario, como protocolo interno, como costumbre o como parte de la *lex artis* médica, que obligue al médico a revisar el estado en que se encuentra el instrumental o el mobiliario que empleará en el posterior acto médico.

- 2.- La interpretación jurisprudencial mayoritaria, y a nuestro juicio correcta, de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que recoge el fallo comentado, otorga certeza a los operadores jurídicos, toda vez que obliga al demandante/víctima del daño a probar todos los elementos de la responsabilidad aquiliana de la misma forma que en el caso de la responsabilidad contractual, de acuerdo a los medios de prueba legal.
- 3.- Establecer un régimen de responsabilidad especial en base a una presunción de culpabilidad por el hecho propio, dando una interpretación del artículo 2329 del Código Civil como la que hace don Arturo Alessandri y la que hacían el fallo de primera y segunda instancia en el caso en comento, en búsqueda de facilitar la justificación de las sentencias condenatorias en un ánimo de justicia material o pro víctima, puede distorsionar el sistema de responsabilidad general de nuestra legislación.

- 4.- Exigir a las personas naturales o jurídicas que ejercen una actividad regulada, como lo es la medicina, una diligencia especial amparada en la mera remisión al artículo 2329 del Código Civil, interpretándolo como una presunción de culpa y relación causal por hechos propios, sin remisión a una fuente normativa expresa que haya sido vulnerada, sólo contribuye a la incertidumbre jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Schiele, Carolina y Tocornal, Josefina. *Artículo 2329 del Código Civil: La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia*. Revista Chilena de Derecho (on line), vol. 37, n. 1, 2010, pp. 123-139. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO718-34372010000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-34372010000100006&lng=es&nrm=iso)
2. Claro, Luis (1937). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Imprenta Nascimento, edición de 1977, volumen XI, Santiago, p. 812.
3. Ramos, René (2006). *De la responsabilidad extracontractual*. Santiago, Lexis Nexis, p. 151.
4. Alessandri, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago, 716 p.
5. Barros, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 1230.
6. Ducci, Carlos (1936). *Responsabilidad civil (ex-contractual)*. Memoria de prueba de la Universidad de Chile. Empresa Periodística El Imparcial, Santiago, p. 228.

# APLICACIÓN DE LA LEY 19.946 SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LA ACTIVIDAD MÉDICA PRIVADA

Carlos Zepeda Suárez<sup>82</sup>

Abogado Falmed, Unidad Civil, Santiago

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 19.946 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante “LPDC”) regula las relaciones jurídicas entre consumidores y proveedores, quienes se vinculan mediante lo que se denomina como “acto mixto”, es decir, aquel que tiene naturaleza comercial para el proveedor y civil para el consumidor. Esta simple ecuación que determina la aplicación de la LPDC se torna bastante sinuosa cuando se advierte que la propia ley en sus artículos 2 y 2 bis consagra una serie de excepciones y contraexcepciones que obligan a los operadores jurídicos a realizar un detallado ejercicio hermenéutico para determinar la aplicabilidad de la LPDC (y la consecuente competencia judicial) a una situación litigiosa.

En ese orden de ideas, en lo que compete al presente trabajo, la hipótesis contenida en el artículo 2 letra f) de la LPDC ha suscitado el interés dogmático de los eruditos en derecho de consumo, quienes constantemente realizan esfuerzos interpretativos para lograr un incremento en el ámbito de competencia de la LPDC y la actividad médica no ha sido ajena a dichos esfuerzos. Dicho lo anterior, parece bastante deseable para los operadores jurídicos que esperan ser demandantes en temas relativos a la responsabilidad civil médica, pasar sus

---

<sup>82</sup> Diplomado en Nuevas Tendencias en Contratos y Daños, año 2018, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho de Daños, 2021, Universidad Adolfo Ibáñez. Candidato a Magíster en Derecho Privado 2020-2021, Universidad de Valparaíso. Cursando Magíster en Derecho de Daños, 2023-2023. Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor de Derecho Civil, Universidad Finis Terrae. Coordinador Diplomado Universidad de las Américas. Miembro del Colegio de Abogados.



pretensiones bajo el halo protector de la LPDC, por razones sustantivas como procesales. Desde el punto de vista sustantivo, la LPDC es un estatuto eminentemente protector, y pese a que no se menciona en la norma, se ha elaborado un auténtico principio “pro consumidor” que resulta extremadamente atractivo para los pacientes que pretenden reclamar daños por supuestas negligencias. Asimismo, la existencia del artículo 23 de la LPDC, que funciona como un “bolsillo de payaso”, permite alegar como vulneración a los derechos del consumidor básicamente cualquier circunstancia. Desde el punto de vista procesal, vinculado con lo sustantivo, la carga de la prueba pesa generalmente sobre el proveedor, y sumado a la facultad que la LPDC otorga al tribunal para la determinación de cargas dinámicas, entre otras ventajas, erigen al estatuto del Derecho de Consumidor como una alternativa favorable para reclamar daños en contra de prestadores de salud en contra del escenario actual que los obliga a dirigir sus acciones en juicios civiles en los que la asimetría de las partes resalta bastante.

Finalmente, una prevención. Antes de los comentarios sobre el caso, es menester delimitar nuestro campo de acción. El presente trabajo únicamente se referirá al ejercicio de la medicina en el ámbito privado, ya sea que el médico se desempeñe en una clínica privada o bien, de forma independiente. Con esto quiero señalar que no serán materia del comentario, los casos en que un médico se desempeñe en contexto de servicios públicos de salud.

## 2. HECHOS

En virtud de lo anterior, es especialmente relevante analizar la forma en que los Juzgados de Policía Local (en adelante JPL) han resuelto conflictos de relevancia jurídica en que se alega la responsabilidad contravencional y civil de prestadores de salud en aplicación de la LPDC. Dentro del análisis propuesto, el presente trabajo comentará la sentencia de fecha 11 de marzo del 2021, del Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, que en su causa ROL 16584-2019, rechazó de una querrela infraccional y demanda civil interpuesta por un paciente en contra del prestador institucional privado R.S. y en contra del Dr. J.R.R., un médico afiliado a FALMED.

Los hechos de la demanda consisten en que el 30 de octubre del 2019 el paciente C.B.G. ingresó a dependencias del demandado persona jurídica R.S. con ocasión de una herida abdominal provocada por un perdigón. Señala que fue atendido por el médico demandado J.R.R., quien lo sometió a un procedimiento quirúrgico menor y ambulatorio para extraer el perdigón, el que habría

resultado exitoso, entregándole el objeto extraído en un frasco. Señala el demandante que desde la entrega del frasco, dudó de su contenido ya que era más similar a un “coagulo” que a un perdigón, duda que motivó la realización de una radiografía abdominal el 14 de noviembre del 2019, en cuyo resultado se advirtió que el perdigón aún se encontraba alojado en su interior. En virtud de los hechos narrados, interpone querrela infraccional por vulneración del “artículo 2 letra f), y de las obligaciones del proveedor de artículos 12 y 23, invoca el art. 24 sobre multa aplicable, y también invoca y cita los arts. 43, 50 A y 50 B de dicha Ley”. Seguidamente, en el primer otrosí de su demanda, interpone demanda civil indemnizatoria solicitando \$20.488.017, por concepto de reparación de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

### 3. DERECHO

A su turno, en el escrito de contestación de la demanda, la defensa del médico demandado interpuso excepciones de incompetencia absoluta del Tribunal y de falta de legitimación pasiva. Además, se discutió la existencia del incumplimiento que demanda.

Uno de los aspectos que trata la sentencia comentada a propósito de la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por las defensas, es determinar si entre el paciente y los prestadores demandados existió lo que se denomina “relación de consumo”. Dicha vinculación jurídica ha recibido abundante tratamiento por parte de la doctrina en derecho de consumidor, por ejemplo, para Francisca Barrientos la relación de consumo tiene un enfoque eminentemente subjetivo, por cuanto se analizan las calidades de las personas involucradas, vale decir, que las partes de dicha relación sean sujetos que de conformidad a la ley puedan denominarse como “consumidores” y “proveedores”<sup>83</sup>. En la misma línea, la misma doctrina señala que la relación de consumo excede a la mera existencia del “acto mixto”<sup>84</sup>, y que estaríamos frente a una relación que no es de carácter estrictamente contractual dado que involucra a otros sujetos externos al contrato de consumo, afectando, en muchos casos, a agentes que participan en otras instancias de la cadena de consumo como, por ejemplo,

---

83 Barrientos (2019), pp. 3 y ss.

84 Lo que denomina como “aspecto objetivo” de la relación de consumo y que en opinión de Francisca Barrientos, siguiendo a Rodrigo Momberg, se trataría de una aspecto superado y de nula aplicación actual. Véase Barrientos (2019), pp. 3 y ss; y Momberg (2004), pp. 41-62.

el fabricante, importador o distribuidor, y en toda la extensión del “iter” de consumo, alcanzando instancias pre o post contractuales<sup>85</sup>. De ahí que resulte más preciso e inclusivo hablar de “relación de consumo” y no de “acto” de consumo<sup>86</sup>.

Versus la relación de consumo, debemos revisar la llamada “relación médica” o “relación entre médico – paciente”. Lo distintivo de esta vinculación es que ha sido estudiada tanto por el derecho como por la medicina, lo que nos permite revisar dos puntos de vista, de dos disciplinas distintas. Dentro del derecho ha sido su rama civil la que más ha dedicado trabajos a la relación jurídica médico-paciente. En un acercamiento contemporáneo, se ha analizado dicha relación desde la contractual, es decir, tomando en consideración la existencia de un concurso de voluntades entre el médico y el paciente. Así las cosas, parte de la dogmática nacional ha equiparado a la relación médico-paciente con el “contrato médico”<sup>87</sup>. En ese sentido, Pizarro Wilson señala que *“de manera imperceptible se anuda esa relación contractual, ya sea por la mera llamada telefónica para concertar la cita o, menos frecuente, por la llegada a la consulta. O, incluso, si el paciente contacta con el médico a través de la clínica, también concurrirá un vínculo contractual con el facultativo médico. No es necesario recurrir a la idea de estipulación a favor de otro para aceptar dicha calificación. Se generan obligaciones recíprocas entre el médico y el paciente, aunque haya sido generado el vínculo a través de la clínica, sin perjuicio de la responsabilidad de esta por sus propias obligaciones relativas a infraestructura o de hostelería y aquellas por el hecho del médico, si estuviere comprendida en su prestación de servicios”*<sup>88</sup>. La misma doctrina en un análisis más específico señala que la relación médica – paciente, siendo de carácter contractual, sería *sui generis* o como dirían los clásicos autores del derecho civil, se trataría de un contrato “atípico”<sup>89</sup> y que se nutre además de otros insumos, como las leyes (y normativa en general) que se han dictado en la materia, preminentemente la Ley N° 20584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes y la Ley 19946 sobre Garantías Explícitas de Salud, lo que refuerza el carácter de atípico y *sui generis* del contrato médico<sup>90</sup>.

---

85 Barrientos (2019), pp. 3 y ss.

86 Momberg (2013), pp. 3-13.

87 Pizarro (2014), p. 827.

88 Pizarro (2017), p. 20.

89 Vidal (2020), p. 21.

90 Vidal (2020), p. 22 y 23.

La mirada complementaria de la relación médica es la que la propia medicina ha brindado. Para algunos médicos la relación con el paciente constituye la “piedra angular del quehacer médico” y enfatizan en los cambios que dicha relación ha experimentado en los últimos 25 años. Se destaca el paso desde el paternalismo absoluto “medicocentrista” a la autonomía del paciente, que reconoce sus decisiones y se imponen a los prestadores fuertes deberes (u obligaciones) de información<sup>91</sup>, pero que al final siempre el objetivo es el mismo, este es, aliviar al paciente y propender a su curación. La medicina, ciertamente ajena a los conceptos estrictamente jurídicos, ha brindado una mirada más desde la bioética a la relación, y principalmente se basa en los cambios que dicha relación ha experimentado con ocasión de los cambios sociales, industriales y tecnológicos de los últimos 200 años, pero principalmente en las últimas décadas. Para la bioética y la medicina, la relación entre el médico y el paciente del siglo 21 está fuertemente influenciada por el contexto. Nos encontramos frente a una relación menos asimétrica y más colectiva, en la cual intervienen elementos externos a la mera existencia del prestador individual y el paciente, tales como otros sujetos ajenos, dígase familia o amigos, o bien elementos tecnológicos como el internet, *smartphones* y aplicaciones de salud<sup>92</sup>. De la mano con dichos cambios sociales, la estructura actual de trabajo ubica al prestador individual como un elemento más dentro de la cadena de intervinientes que operan en las prestaciones de salud de un paciente, por lo general aglutinados y organizados por servicios públicos de salud o bien, clínicas privadas.

Ahora bien, la pregunta que corresponde responder es si la relación médica puede ser calificada como una relación de consumo en los términos que la LPDC señala, específicamente en el caso de la sentencia comentada.

En mi opinión, el problema de determinación de la supuesta relación de consumo depende única y exclusivamente de si es posible comprender al prestador individual de salud como “proveedor”. Digo lo anterior porque en mi opinión no hay duda de que el paciente puede ser comprendido como un “consumidor”, si comparamos la definición de consumidor que otorga la LPDC con un paciente, en la práctica encontraremos que comparten casi todos sus elementos. Si atendemos a la definición de consumidor que entrega el artículo 1 de la LPDC, esta es, que son consumidores “personas naturales o jurídicas que, por cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales,

---

91 Celedon (2016) p. 53.

92 Beca-Infante (2018), p. 210.

bienes o servicios”, podemos perfectamente observar que el paciente que acude a una clínica privada es una persona natural que mediante el pago de una tarifa o precio adquiere y disfruta como destinatario final de un servicio médico. Asimismo, en mi opinión no hay duda de que estamos frente a un acto mixto, por cuanto el paciente celebra un acto que para él es civil mientras que para la clínica privada es mercantil, por aplicación de las normas contenidas en el Código de Comercio. Dicho eso, en la relación triangular que se da en casos como en el que estamos comentando (paciente – clínica – médico) la calidad de proveedor (si es que alguien la tiene) esta más cercana al prestador institucional privado. En primer lugar, porque es quien más se ajusta con la calidad definida por la ley. Es la clínica privada la que, en estos casos triangulares, es una persona jurídica que habitualmente desarrolla una actividad de comercialización de bienes y prestaciones de servicios a cambio de una tarifa o precio. Con todo, este modelo triangular en principio es el más común en materia de prestaciones privadas de salud, mas no es el único, dado que no podemos descartar que un prestador individual trabaje de manera independiente y cobre directamente el precio o tarifa, ya sea que cuente con un lugar físico o “consulta” o bien que arriende espacios para tales efectos. En cualquiera de los casos, la primera alegación que podría darse para desvirtuar una eventual calidad de “proveedor” por parte del médico, es la existencia del inciso segundo del artículo 1 N° 2 de la LPDC, que expresamente excluye de la calidad de prestadores a *“personas que posean titulo profesional y que ejerzan su actividad de forma independiente”*, pero se observa que dicha independencia se comprende en relación con el paciente más que en lo tocante a la vinculación entre el médico y una clínica privada. Dicho de otra forma, el ejercicio independiente que exige la norma para la exclusión alude a que el profesional ejerza su profesión por sí mismo y en directa relación con el consumidor, sin mediar la participación de un tercero, como, por ejemplo, una clínica privada. Las razones de esta exclusión apuntan principalmente a que los profesionales independientes celebran, por regla general, contratos de prestaciones de servicios, acto que, al homologarse con el mandato, se le considera principalmente de carácter civil, y por ende, la relación de un “consumidor” con dichos profesionales escaparía del acto mixto exigido por la LPDC y, derechamente, sería una relación civil para prestador y servidor, idea que se encuadra con la primera doctrina sobre “el acto de consumo”, siendo un enfoque estrictamente objetivo que, de conformidad a lo explicado anteriormente, la dogmática de consumo estima que ha sido superado por una idea subjetiva donde prima la calidad de las partes para la determinación. De esta forma, se advierte que un adecuado análisis realizado por un operador jurídico y un Juzgado de Policía Local que esté dispuesto a aplicar

realismo jurídico podría perfectamente incluir a la actividad médica como una “relación de consumo” si advierte la reunión copulativa de los requisitos de las figuras de “consumidor” y “proveedor”, como hemos explicado anteriormente. De ahí es que nace la necesidad de que el presente trabajo analice argumentos que escapen de la mera exclusión formal del artículo 1 N° 2, inciso segundo de la LPDC.

En el caso analizado el médico J.R.R. ejercía sus funciones para el codeemandado prestador institucional R.S. bajo la modalidad de contratación a honorarios, es decir, no se trataba de un dependiente bajo subordinación de Red Salud, sino que prestaba servicios en su calidad de médico independiente directamente a la clínica emplazada, emitiendo la respectiva boleta de honorarios. Lo anterior resultaba relevante para la correcta consideración jurídica del médico J.R.R., no como proveedor, sino que como un “mero intermediario material” en una prestación de servicios ofrecido por el codeemandado R.S. Con todo, la calidad de “intermediario” está expresamente tratada en la LPDC, específicamente en su artículo 43, norma que consagra una equiparación del intermediario con el proveedor de prestación de servicios para los efectos del incumplimiento de las obligaciones frente al consumidor; sin embargo, en el caso del médico J.R.R. su intermediación es estrictamente material, es básicamente la persona que materializa la prestación ofrecida por el prestador institucional. Este desmarque y evasión jurídica por parte del médico a la situación del artículo 43 de la LPDC se sostiene en que la ley no define expresamente que se entienda por “intermediario” y por aplicación de las normas de interpretación legal contenidas en el Código Civil, las palabras que no han sido definidas por el legislador deberán ser conceptualizadas conforme al sentido natural y obvio, lo que en nuestro derecho equivale al significado que otorga la Real Academia de la Lengua Española (RAE). La palabra “Intermediación”, para el diccionario de la RAE, consiste en “actuar poniendo con relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo”, en lo pertinente. Pero, “intermediario” significa: “Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías”. De lo anterior es posible colegir que entre “intermediación” e “intermediario”, para la RAE, existen diferencias. La voz “intermediación” alude a aquella actividad encaminada a poner de acuerdo la voluntad de personas distintas. En cambio, la expresión “intermediario” se refiere, especialmente, a las personas que facilitan el intercambio de bienes entre dos sujetos distintos. La diferencia está, respectivamente, entre una labor relativa a confluir voluntades, y a participar de la cadena de intercambio de bienes<sup>93</sup>.

---

93 Contardo, Juan Ignacio (2013), p. 889.

Esta distinción, a nuestro entender, es relevante para determinar quién es intermediario para los efectos de la ley. Así, en derecho es posible encontrar personas que facilitan la labor de intermediación (como lo define la Real Academia), como los corredores mercantiles y en general los mandatarios; o bien, personas que se dedican al intercambio de bienes, como sería el caso de personas que compran bienes para venderlos.

Así las cosas, en aplicación de lo que se ha señalado en el párrafo anterior, en el caso objeto de la sentencia comentada, el demandante (paciente/consumidor) no celebra un contrato de prestación de servicios en materia de consumidor con el prestador individual. El actor acudió a dependencias del prestador institucional R.S. con la finalidad de obtener la prestación de un servicio médico, y es la clínica la institución que cobra una tarifa por aquella. Ahora bien, por razones lógicas, la personalidad jurídica de la clínica (y las personas naturales con facultades de representación) no pueden desempeñar el servicio ofrecido, por lo que deriva a un tercero fuera de la relación contractual de consumo, que es el médico. La doctrina nacional en materia de consumo ha sido clara en señalar que situaciones como la del médico demandado en el caso comentado, no lo constituyen efectivamente como prestador del servicio o como proveedor en sí mismo, calidad que podría detentar el prestador institucional que ofrece y cobra por ese servicio.

En casos como el del médico demandado, atribuirle la calidad de proveedor, en los términos de la LPDC, llevaría a situaciones absurdas como constituir (y demandar) de manera conjunta a empresas de *retail* y a uno de sus vendedores, quien no advirtió el desperfecto que sufría el bien vendido, o por ejemplo, demandar conjuntamente como proveedores a un supermercado y al carnicero que no advierte la mala calidad del producto. En estos casos las acciones de consumo se dirigen en contra del *retail* y del supermercado, y es absurdo pretender demandar como un proveedor más a quien no solamente no tiene dicha calidad, sino que además es simplemente un agente que intermedió materialmente entre lo ofrecido y su cumplimiento.

A su turno, nuestro derecho nacional en materia de consumo ha elaborado un esquema para casos de intermediación de servicios. Se han distinguido:

- a) Una empresa celebra con un consumidor un contrato de prestación de servicios que se realizará por un dependiente de la misma empresa;
- b) **Una empresa celebra con un consumidor un contrato de prestación de servicios que se cumple materialmente por un tercero no dependiente de la empresa, contratado a honorarios;**

- c) Una empresa celebra con un consumidor un contrato de prestación de servicios que se cumple materialmente por una empresa subcontratada por el proveedor;
- d) Una empresa celebra con un consumidor un contrato de prestación de servicios en el que se promete que otra empresa cumplirá con lo pactado<sup>94</sup>.

En este esquema propuesto, los médicos como el demandado J.R.R. se encuentra en la situación b), esto es, **que una empresa (el prestador institucional privado) celebra con un consumidor un contrato de prestación de servicios que se cumple materialmente por un tercero no dependiente de la empresa, contratado a honorarios**. Sobre esta situación, la misma doctrina ha señalado: “*la prestación del servicio la realiza un tercero distinto de la empresa con quien había contratado el consumidor. Desde el punto de vista del pago de la obligación, el acreedor-consumidor no puede repudiar el pago. **Ahora, si no se cumpliera, ¿a quién demanda? Claramente al deudor, que es la empresa prestadora de los servicios.** Por tanto, en este caso no nos encontramos en una situación que plantee intermediación. **Sólo se ha subcontratado a un sujeto para la prestación del servicio, pero la órbita de cumplimiento del deudor se mantiene en él, no en terceros**”<sup>95</sup>.*

Desde una perspectiva procesal, la vía para alegar esta situación no solamente podría ser la incompetencia absoluta del tribunal, sino que, como la sentencia comentada señala, se puede encuadrar dentro de una falta de legitimación pasiva, institución que define como la calidad que corresponde a quien se imputa por el demandante la titularidad pasiva del derecho o situación jurídica controvertida<sup>96</sup>. Consiste en la posición que determina que, en juicio, efectivamente se encuentra la persona titular del derecho u obligación que se demanda.

Ahora bien, la manera de entender la legitimación en el proceso chileno ha variado de acuerdo con las diversas posturas planteadas por nuestro derecho. Así las cosas, desde una perspectiva sustancial, se identifica la legitimación con la titularidad del derecho con relación al objeto del juicio y, por otro lado, con la causa de pedir del juicio, como sujeto de la pretensión incoada de acuerdo a sus propias exigencias. En el primer caso, es decir, desde la perspectiva del objeto de

---

94 Contardo, Juan Ignacio (2013), p. 889.

95 Contardo, Juan Ignacio (2013), p. 889.

96 Rodríguez Josse, Cristian (2019), p. 91.



la causa, en el caso de la sentencia comentada, se tiene la expectativa de que el médico demandado es sujeto de una infracción por contravención a la Ley 19496 y que, por consiguiente, podría ser condenado a una reparación civil con ocasión de la demanda indemnizatoria interpuesta sucesivamente. A su turno, desde la perspectiva de la causa de pedir, hemos de atender a la acción en sí misma, que como ya dijimos es primeramente una acción contravencional que se interpone de un consumidor a un proveedor. En ese orden de ideas, descartada la idea de que el médico sea proveedor para los efectos de la Ley 19496, no cabe sino entender que en su calidad de no proveedor no puede ser infractor de normas que no están dirigidas a él, por ende, malamente podría ser sujeto de multa y con menor razón, condenado a una indemnización que está supeditada a que se verifique la responsabilidad infraccional. En otras palabras, el médico demandado al no ser proveedor no puede infringir las normas de la Ley 19496, y eso determina el fracaso absoluto de cualquier acción indemnizatoria en esta sede contravencional y en base a la LPDC.

Analizado el caso del médico que se desempeña en una clínica privada como “mero intermediario material” en la prestación del servicio ofrecido por ella, corresponde dedicar algunas líneas al profesional médico que de forma directa contrata con el paciente. Como ya se explicó anteriormente, por ahora, y sólo por ahora, la exclusión hecha por el artículo 1 N° 2 inciso segundo de la LPDC funciona como una barrera para que el paciente/consumidor no se dirija contra el médico en sede de consumo. Sin embargo, como se expuso previamente, es totalmente posible que en ciertos casos se pueda admitir una reclamación respecto de las prestaciones de salud en contra de un médico en virtud de la aplicación de la LPDC. Recordemos, además, que el paciente/consumidor no sólo tiene como dificultad la exclusión de los servicios independientes, sino que debe contemplar la existencia del artículo 2 letra f), que expresamente excluye de la aplicación de la LPDC a las prestaciones de salud en lo referente a la calidad. Respecto del primer escollo, esto es, la naturaleza independiente de los servicios de los médicos, como explicamos anteriormente, dicha norma se relaciona íntimamente con la exigencia del acto mixto, ya que por esencia se necesita que el acto sea mercantil para el proveedor. Ahora bien, una relectura del artículo 2 de la LPDC permitiría concluir que respecto de los contratos en que se contraten servicios del ámbito de la salud, no sería exigible el acto mixto. Lo anterior se puede decir si tomamos en consideración que la propia letra a) del artículo 2 señala que quedarán sujetos a la LPDC los actos que sean mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, y en principio esta sola mención debería haber sido suficiente para descartar el contrato de prestación de servicios médicos, que en Chile se

considera como civil. Sin embargo, el legislador prefirió insertar una letra f) en donde específicamente trata de los “contratos celebrados con ocasión de servicios en el ámbito de la salud”, realizando una distinción que en principio era innecesaria. De esta forma, se podría argumentar que los “contratos de salud” (por denominarlos de esa forma) no exigen la mercantilidad para el proveedor, en este caso, el médico. Dicho de otra forma, el legislador conociendo que en los “contratos de salud” no existe mercantilidad para el proveedor, igualmente los mencionó expresamente para incluirlos, *a priori*, en la aplicabilidad de la LPDC, de la misma forma en que la letra e) lo hace con los contratos de educación. Esta interpretación permitiría construir la siguiente hipótesis: la exclusión hecha por el artículo 1 N° 2 inciso segundo de la LPDC respecto a los profesionales que ejercen independientemente no incluye a los médicos, puesto que el artículo 2 letra f) expresamente los incluye dentro del ámbito de aplicación. De esta forma, se superaría la primera dificultad expuesta.

Con todo, la hipótesis formulada en el párrafo anterior estaría fuertemente cuestionada por el mismo artículo 2 letra f) que, dando paso al segundo escollo para el consumidor, consagra expresamente que, aunque los “contratos de salud” estén bajo la aplicación de la LPDC, no lo estarán en lo relativo a la **calidad** de las prestaciones de salud. No cabe duda de que una eventual demanda por negligencia médica se trata de un cuestionamiento a la calidad de las prestaciones. Con todo, como ha señalado la profesora Francisca Barrientos, nuevamente la LPDC realiza aclaraciones innecesarias y que permitían incluir en sede de consumo otras materias relacionadas con los “contratos de la salud”, diversas a la calidad de las prestaciones. La misma doctrina señala que este criterio fluye del texto de la letra f) señalada y del análisis sistemático de la Ley 19.496; en efecto, dicha letra f) señala que quedan sujetos a esa ley “Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales”; al usar el legislador la expresión actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, comprende todo acto vinculado a tales servicios o con motivo de los mismos, al efecto cabe recordar que la Real Academia Española define en sus dos primeras acepciones “ocasión” como “1.- Oportunidad que se ofrece para ejecutar algo. 2. Causa o motivo porque se hace o acaece algo”, lo que lleva a inferir que queda comprendida la prestación de salud que es ejecutada en virtud

del contrato del servicio de salud, la cual el texto pareciera querer excluir con la frase “con exclusión de las prestaciones de salud”, pero no es tal, por cuanto en seguida menciona ciertas materias de esas prestaciones, como la calidad de las mismas y su financiamiento para dejarlas nuevamente excluidas, es decir, el legislador explicita exclusiones de materias sobre tales prestaciones, lo cual no necesitaba hacer si realmente quería excluirlas, ya que se debían entender excluidas con la sola mención genérica de “prestaciones de salud”; de este modo, al decidir excluir ciertas materias de estas, por aplicación de la regla lógica de no contradicción, el legislador ha optado a la vez por incluir las otras materias de dichas prestaciones que no menciona la letra f) dentro de la esfera de la Ley 19.496<sup>97</sup>. Dentro de los aspectos que podrían, por este razonamiento, incluirse en la aplicación de la LPDC en relación con las prestaciones de salud, podríamos encontrar cuestionamientos sobre integración publicitaria o publicidad engañosa, elementos que por regla general no suelen ser utilizados por los médicos, salvo en un área específica: las cirugías plásticas estéticas, ámbito en donde la publicidad y las imágenes de resultados esperados son importantes para atraer a nuevos pacientes. De esta forma, en esta área específica de la medicina, un paciente podría alegar que contrata la realización de una intervención estética con un médico, dado que su página Web o en su perfil de Instagram o TikTok, dicho profesional publicitaba el resultado de sus intervenciones con imágenes que razonablemente generan en el paciente la expectativa de “quedar” de la misma forma o tolerablemente similar; o bien, cuando se ofrecen nuevos procedimientos con promesas de resultados extraordinarios. En ambos casos, la publicidad juega un rol importante, dado que en materia de consumidor la publicidad se integra al contrato y es exigible lo que ella promete o proyecta en el consumidor. En esos casos, creo que podría alegarse un incumplimiento de prestaciones médicas por aplicación de la LPDC, no apelando a la calidad, sino que al cumplimiento de otros aspectos. Obviamente lo dicho respecto a las cirugías estéticas podría ser aplicable a la medicina curativa, pensemos, por ejemplo, en ofertas de métodos médicos o aplicación de tecnologías para la curación de determinadas afecciones, ya en casos extremos que se “prometa” la sanación del paciente, algo que es extremadamente irresponsable y poco probable, pero ciertamente posible.

---

97 Barrientos (2018), pp. 133-152.

#### 4. RESOLUCIÓN

En cuanto a la sentencia, el JPL rechazó la querrela infraccional (y consecuen- cialmente, la demanda civil) en virtud de las siguientes razones:

- a) Acogió una excepción de incompetencia absoluta del tribunal interpues- ta por la defensa del médico J.R.R. señalando que la demanda versa sobre cuestiones relativas a la calidad de las prestaciones de salud, aspecto que está expresamente excluido de la aplicación de la LPDC en su artículo 2 letra f)<sup>98</sup>.
- b) Acogiendo una excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la defensa del médico J.R.R., dado que sus servicios estarían dentro de la ex- clusión que realiza el artículo 1, número 2, inciso segundo de la LPDC, que excluye del concepto de “proveedor” a profesionales que prestan servicios de forma independiente. En este punto señala que el médico J.R.R. no es “proveedor” frente al paciente C.G.B. quien “contrató” con el demandado R.S. respecto de prestaciones de salud, las que solamente fueron ejecu- tadas materialmente por el demandado J.R.R., en cumplimiento de las obligaciones que adquirió R.S. para con el demandante.

#### 5. CONCLUSIONES

Los párrafos anteriores dan cuenta de una situación latente. La relación médica se aproxima quizás a un último cambio generacional, influenciado precisamente por la lógica del consumo. De ahí es que dos áreas, en principio alejadas, como la medicina y el consumo se puedan anudar de diversas formas. En mi opinión, la exacerbación del modelo de la autonomía del paciente ha dado paso a un paciente que cada vez se siente más un consumidor, lo que genera todo un cambio cultural. De esa forma, encontramos a pacientes intolerables al más mínimo error, más demandantes y que no comprenden que la actividad médica es esencialmente aleatoria. Este cambio en la relación médica impactará direc- tamente en el ejercicio de la medicina privada, y probablemente aumenten las reclamaciones judiciales contra médicos en virtud de la LPDC, escenario que de alguna forma obliga a los médicos a brindar mayor atención a sus procesos de

---

<sup>98</sup> Cabe destacar que el Tribunal analiza detalladamente la tensión entre los artículos 2 letra f) y 23 de la LPDC, señalando que por aplicación de la segunda disposición sería posible reclamar respecto de otras materias relacionadas con las prestaciones pero diversas a su calidad, como por ejemplo, cumplimiento de sus aspectos publicitarios o integración publicitaria.

información y a la creación de documentos legales que permitan ordenar la relación jurídica con sus pacientes. Por ahora, y sólo por ahora, el estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacional ha leído a la LPDC de forma tal que los médicos están a salvo, y las defensas, como en el caso del médico del caso comentado, seguirán siendo eficaces, pero mientras más se instale el modelo del paciente como consumidor, es probable que por vía jurisprudencial se abra la puerta a la litigiosidad de prestaciones médicas en sede de consumo, y, por qué no, finalmente generar un cambio legislativo que termine por zanjar este asunto en favor del paciente consumidor, y situaciones como la del demandante del caso comentado tendrían una solución muy distinta.

## BIBLIOGRAFÍA

- Beca-Infante, Juan Pablo (2018). *La relación médico-paciente en el siglo 21*. Revista chilena de enfermedades respiratorias, 34(4), 209-211. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-73482018000400209>
- Barrientos Camus, Francisca (2019). *Lecciones de Derecho del Consumidor*, (Santiago, Thomson Reuters).
- Barrientos Camus, Francisca (2018). “¿Cómo se Insertan los Servicios Médicos en el Ámbito de la Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores?” (Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Número 73, año 2018, ISSN 0716-7725, pp. 133-152).
- Celedón L., Carlos (2016). *Relación médico paciente*. Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello, 76(1), 51-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-48162016000100007>
- Contardo, Juan Ignacio (2013). *Comentario al artículo N° 43*, Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores), Francisca Barrientos (coordinadora), en *Protección de los Derechos de Los Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 889 y ss.
- Momberg, Rodrigo (2004). *Ámbito de aplicación de la Ley N° 19946 sobre Protección de los Derechos de Los Consumidores*, en Rev. de Derecho (Valdivia), Vol. 17, pp. 41-62.
- Momberg, Rodrigo (2013). *Comentario al artículo 1 N° 1*, Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores), Francisca Barrientos (coordinadora), en *Protección de los Derechos de Los Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 3-13.

- Pizarro Wilson, Carlos (2014). *El Contrato Médico. Calificación, Contenido y Responsabilidad*, en Revista chilena de derecho, 41(3), 825-843. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000300003>.
- Pizarro Wilson, Carlos (2017). *Responsabilidad Civil Médica* (Santiago, Thomson Reuters).
- Rodríguez Josse, Cristian (2019). *Teoría General de la Legitimación en el Proceso Civil* (Santiago, Editorial Humarabi).
- Vida Olivares, Álvaro (2020). *Responsabilidad Civil por Negligencia Médica* (Santiago, Material Docente N° 5, Academia Judicial de Chile).



# MÉDICOS Y MÉDICAS DEMANDADOS POR FALTA DE SERVICIO ¿FAST TRACK A CONDENAS INDEMNIZATORIAS? ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Rodolfo Rivera Arriagada<sup>99</sup>  
Abogado Falmed, Zonal Maule

## INTRODUCCIÓN

Las Ciencias Jurídicas, rama derivada de las Ciencias Sociales, tiene como una de sus características principales responder a la dinámica evolutiva de las sociedades y de sus distintos llamados a la adecuación en vista de la modernidad.

Tal proceso es llevado a cabo por la Doctrina, Jurisprudencia y los propios abogados en el transcurso de los juicios y como tal, no está exento de interpretaciones que se pretenden instalar como verdades a través de, entre otras vías, acciones judiciales.

En este capítulo, analizaremos sentencias que se han pronunciado en virtud de procesos civiles firmes y ejecutoriados, llevados a cabo en contra de médicos demandados por falta de servicio, con la finalidad de obtener a través de una vía rápida sentencias condenatorias. Además, abordaremos cómo se elabora y entiende conceptualmente este sistema de responsabilidad, para finalizar con una breve conclusión acerca de las implicancias de la materia en estudio en los casos reseñados.

## LOS HECHOS

Los hechos discutidos en los fallos que pasaremos a analizar dicen relación con la asimilación que se hace en la demanda de la conducta médica de los demandados con los elementos propios de la falta de servicio, teniendo como

---

<sup>99</sup> Área de práctica: Civil-Mediación.



evidente pretensión que estos fueran condenados a través de este sistema de responsabilidad.

En la causa “TEJOS CON HOSPITAL BASE DE CURICÓ”, C-630-2015, DEL PRIMER JUZGADO DE LETRAS DE CURICÓ, FIRME Y EJECUTORIADA, el médico demandado fue objeto de esta acción dado que se imputa la eventual falta de análisis de los exámenes médicos realizados al ingreso del paciente al Servicio de Urgencia y que, dada esa situación, no fue posible evitar los efectos fulminantes y letales de un infarto agudo al miocardio.

En cuanto a la causa “ADASME CON HOSPITAL BASE DE CURICÓ”, C-885-2014, DEL SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DE CURICÓ, CONFIRMADA POR LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE TALCA 1229-2018, FIRME Y EJECUTORIADA, el profesional médico fue demandado por la eventual inacción en la atención de un paciente pediátrico que habría sufrido un accidente durante su jornada escolar. Se le pretende imputar responsabilidad por la falta de realización de exámenes específicos que permitieran establecer el real estado de salud del paciente, al cual retiran del centro hospitalario durante la atención.

## EL DERECHO

En los casos analizados se produjo debate respecto de los siguientes puntos:

### SOBRE LA RESPONSABILIDAD

En relación a la responsabilidad en su aspecto más amplio fue discutido desde la óptica sobre qué ha entendido la doctrina nacional respecto del concepto “responsabilidad”. Para el profesor Arturo Alessandri la responsabilidad civil es definida por su resultado y no por un fundamento de culpabilidad como se ha hecho en otras disciplinas; este resultado es el daño que se ha producido en una determinada persona, por tanto, responsabilidad puede definirse, según lo referido, como *“la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”*<sup>100</sup>. Seguido de lo anterior, es dable concluir que el elemento imprescindible para hablar de responsabilidad es el daño y así lo ha dispuesto nuestro Código Civil en los artículos 1437 y 2314, y el profesor Alessandri reitera la idea de que *“sin daño no hay responsabilidad”*.

---

<sup>100</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, p. 13.

Según el profesor Hernán Corral, el concepto responsabilidad se une al de libertad, pues sólo una voluntad libre será capaz de representar sus comportamientos, de esta forma, se define como “*la necesidad efectiva o eventual en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio*”<sup>101</sup>.

Para el profesor Enrique Barros, el derecho de la responsabilidad va a establecer criterios y requisitos para que los daños sean normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, y de esta forma se justifique el acceso a la reparación de la víctima<sup>102</sup>.

Teniendo entonces una primera aproximación al concepto de responsabilidad, recogeremos lo señalado por Bossi Trincado, quien señala: “*la responsabilidad contractual es aquella que nace ante el incumplimiento dañoso de una obligación que emana de un contrato. La extracontractual es la que se origina por haber causado daño fuera del ámbito de un contrato*”<sup>103</sup>.

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR

En cuanto al Estado Administrador, sabido es que éste es responsable de las actuaciones generadoras de daño en los particulares, cuando se han probado en sede judicial la existencia de cada uno de sus elementos configuradores y a partir de esta máxima ha existido una considerable discusión acerca de si esta responsabilidad es Objetiva o Subjetiva. En los siguientes puntos describiremos sumariamente cada una de ellas.

## ACERCA DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO

De forma muy resumida, podemos señalar que dentro del sistema objetivo el único requisito para acceder a una justa reparación es la existencia de un daño en los bienes jurídicos de una persona y, que, en cuanto a este, exista una relación de causalidad material (o natural) con una acción u omisión proveniente de

---

<sup>101</sup> Corral Talciani, Hernán (2002). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, p. 13.

<sup>102</sup> Barros Bourie, Enrique Gustavo (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, p. 16.

<sup>103</sup> Bossi Trincado, Marcelo (2021). Capítulo *Responsabilidad Civil*, p. 117, “Derecho Médico”, Varios Autores. Santiago, Chile.

la Administración; así las cosas, José Ignacio Martínez nos dice que no hay duda que la responsabilidad correspondiente a la Administración es objetiva, basándose por tanto en la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del órgano y un daño antijurídico, cobrando gran relevancia al plasmar que las relaciones jurídicas en las que participa el Estado Administrador con los particulares, precisamente se encuentran en un plano de desigualdad<sup>104</sup>.

Para Gustavo Fiamma, la base de este sistema de responsabilidad es la existencia de una víctima que ha visto lesionados sus derechos, sin ser relevante la ilicitud o licitud de la actuación del órgano y la culpa o el dolo del agente.

Finalmente, el profesor Hugo Caldera señala que la acción generadora del daño podrá provenir tanto de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos, omisiones, retardos, de un funcionamiento parcial, de actividades regulares y lícitas o de actividades irregulares o ilegales de la administración<sup>105</sup> y bastará para condenar al Estado la concurrencia de tres circunstancias: “a) que la conducta que causó el daño no pueda estimarse como desprovista de relación con el Servicio, b) que el agente o agentes que han actuado o debido actuar, tengan una relación de servicio con el Estado y c) para que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y el hecho invocado como origen de aquel”<sup>106</sup>.

## TRATAMIENTO NORMATIVO

Como apoyo a esta tesis, quienes la desarrollan entienden que el tratamiento normativo que da sustento a su posición está dado principalmente en los artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, a saber:

*“Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.*

---

104 Martínez Estay, José Ignacio (2002). *La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno*. En Derecho de Daños. Santiago, Chile, Lexis Nexis, p. 180.

105 Caldera Delgado, Hugo (1982). *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 204.

106 *Ibidem*, p. 207.

*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.*

*“Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.*

*“Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.*

*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.*

## ACERCA DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL ESTADO

En síntesis, la teoría de la responsabilidad subjetiva postula que es necesaria la existencia de un elemento adicional a la concurrencia de la actividad (u omisión), del daño y la relación causal. Este elemento será la falta de servicio que para algunos se manifiesta como “la culpa del órgano”. Se estima esta institución como indispensable, ya que la Administración no puede responder de todos los riesgos típicos de su gestión, pero tampoco disminuir ni dejar de realizar todas aquellas actividades impuestas por el ordenamiento jurídico; en este sentido el criterio de imputación estimula al servicio a actuar de forma diligente.

En términos simples, en la falta de servicio la comparación se efectúa entre la gestión efectuada por el órgano de la Administración y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública. Así las cosas, la falta de servicio se verificará toda vez que la Administración no actúa debiéndolo hacer, presta un servicio tardíamente o de forma defectuosa.

## TRATAMIENTO NORMATIVO

Para quienes sustentan esta posición, el tratamiento normativo está dado en los artículos 4° y 42 del DFL 1-19653 que FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.575, ORGANICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.

*“Artículo 4°. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”*

*“Artículo 42. Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.*

## SOBRE LA FALTA DE SERVICIO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Diferentes son las posiciones que han desarrollado los juristas respecto a la falta de servicio. De forma muy genérica se identifican dos grupos: el primero compuesto por aquellos autores que manifiestan que no es necesaria una “falta” para conceptualizar la falta de servicio (comúnmente se identifican con los partidarios de una responsabilidad objetiva del Estado); en este sentido, la noción se refiere a una omisión y no a la culpa del servicio<sup>107</sup>.

Para el segundo grupo, la “falla” se constituye como elemento central para definir la institución; este grupo admite subdivisiones; hay quienes consideran que la falta debe ser entendida como la culpa del servicio; para unos constituiría la no adecuación a deberes y finalmente para otros se relacionará con la infracción por cumplimiento inadecuado.

De esta forma, se ha desarrollado un concepto de falta de servicio por parte de la Doctrina y por la Jurisprudencia.

### CONCEPTO DOCTRINARIO

- Eduardo Soto Kloss señala que la falta de servicio constituye una “omisión”, más nunca la culpa del servicio. Para el autor; *“esta noción está referida invariablemente a una omisión de la debida prestación, o sea, a la*

---

<sup>107</sup> Carmona Quintana, Esteban Germán (2016). *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador*, disponible en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/3417.pdf>

*ausencia/incumplimiento de la debida obligación de mantención, fiscalización y/o señalización”.*

- Para Jorge Baraona, *“la falta de servicio es una noción que, si bien técnicamente no es asimilable a culpa, en los términos recogidos en el artículo 44 del Código Civil, al menos envuelve la constatación de una carencia o ausencia de actividad”.*
- Pedro Pierry expresa que han cometido un grave error quienes comprenden a la falta de servicio como una responsabilidad objetiva, la adecuada concepción es considerar a esta institución dentro de la responsabilidad subjetiva. Esta configura la *“culpa del servicio”* siguiendo a Mazeaud y Tunc, donde en definitiva debe probarse *“la mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración”.*
- Jorge López Santa María señala que la responsabilidad por falta de servicio es una manifestación contemporánea de la responsabilidad objetiva; en este sentido, *“la falta de servicio es un resultado, es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los Servicios descentralizados”.*
- Pablo Rodríguez Grez indica que la falta de servicio es un concepto normativo que corresponde a una nueva noción de culpa aplicable sólo a la Administración y existe cuando *“un órgano público, obrando contra derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado”.*
- Para Enrique Barros la falta de servicio *“denota el incumplimiento de un deber de servicio”*, el cual puede consistir en que no se ha prestado un servicio que el órgano estaba obligado a proporcionar, sea entregado tardíamente o de una forma deficiente.
- Cristián Román ha señalado que la institución en análisis es *“una deficiente organización o funcionamiento de la Administración”* y ella puede ser vista desde dos perspectivas, una interna y otra externa: *“La interna es la que advierte la propia Administración, que tiene relación precisamente con su deficiente organización o funcionamiento; en tanto que la externa es la que advierte el administrado: si la Administración ha cumplido o no con el estándar de actuación exigible, en otras palabras, si ha infringido o no sus deberes de cuidado o actuación”.*
- Raúl Letelier Wartenberg estima que la responsabilidad por falta de servicio *“es ante todo una responsabilidad abstracta en donde sólo se contrasta una conducta ideal con la que efectivamente ocurrió”.*

- Luis Cordero ha concluido que *“la falta de servicio o funcionamiento anormal puede dar origen a una multiplicidad de situaciones concretas que hacen difícil su contenido, y no como señala nuestra jurisprudencia que queda reducida a cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente”*.
- Para Jorge Bermúdez la falta de servicio es *“un concepto jurídico indeterminado, es decir, quien debe determinar cuando existe falta de servicio es el juez”*.

### CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

En este caso, los tribunales superiores de justicia han establecido tres criterios de interpretación y aplicación, el primer criterio lo ha desarrollado especialmente la Corte Suprema, que tradicionalmente ha seguido la concepción del autor francés Paul Duez, quien señala que *“existe falta de servicio cuando el órgano funcional mal, lo hace de forma tardía o no funciona”*. Múltiples son los fallos que hacen referencia a esta forma de entender el concepto. Un segundo criterio establece que la falta de servicio es el *“incumplimiento de estándares”*. Y un tercer criterio es entender la falta de servicio como *“una sustracción de las leyes del servicio”* en la que se establece un deber expreso impuesto a la Administración y una vez probado que esta ha incumplido tal exigencia, se constituye la falta de servicio.

### TRATAMIENTO NORMATIVO

Para quienes entienden consagrada la falta de servicio en nuestra legislación, esta se hace patente en tres diferentes cuerpos normativos: en primer lugar, en el DFL 1-19653 que FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.575, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, en su artículo 42.

*“Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.*

*No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Luego, en el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades:

*“Artículo 152.- Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.*

*No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Y, en el artículo 38 de la Ley de Garantías Explícitas en Salud.

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

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

*Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. 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”.*

## CARACTERÍSTICAS

Como señala Carmona Quintana, las principales características que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado en torno a la falta de servicio, son:

- a) No es necesario identificar al funcionario que la provocó.
- b) La falta de servicio debe ser probada.
- c) La calificación de la falta de servicio es una cuestión de derecho.
- d) Por regla general, cualquier “falta” puede constituir falta de servicio, pero en ocasiones la jurisprudencia ha dicho que es necesario que esta sea “grave”.
- e) Es un factor de imputación que debe apreciarse no de manera ideal, sino que concretamente.
- f) La falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público.
- g) Para configurar la falta de servicio debe existir la infracción a un deber legal.
- h) Para que exista falta de servicio en materia hospitalaria debe haber una infracción a la *lex artis*.



## RESOLUCIÓN

### “TEJOS CON HOSPITAL BASE DE CURICÓ”, C-630-2015, DEL PRIMER JUZGADO DE LETRAS DE CURICÓ, FIRME Y EJECUTORIADA

La sentencia en análisis es parte de un Juicio Civil de Mayor Cuantía que comenzó con una demanda presentada en contra de un hospital público y conjuntamente en contra de un médico, funcionario del mismo, bajo el sistema de responsabilidad conocido como falta de servicio.

El tribunal, luego de la tramitación efectuada por las partes, se pronunció a través de la sentencia definitiva, en la cual analiza someramente lo que entien- de por falta de servicio en su considerando Octavo, del siguiente modo:

*“OCTAVO: Que, al respecto, podemos señalar que, según se ha indicado por la doctrina y por la jurisprudencia, para que se configure una falta de servicio es necesario que la administración incurra en un acto u omisión que implique que el servicio no funcione, funcione mal o lo haga tardíamente. A lo anterior ha de añadirse que es necesario que la conducta o falta de ella sea antijurídica, esto es, que se desarrolle fuera de los límites de la legalidad. Asimismo, existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia, en que la falta de servicio ha de mirarse desde una perspectiva concreta, considerando los medios que la administración dispone.*

*Así, como bien sabemos, el Estado es responsable por la lesión de derechos que cause la Administración del Estado y sus órganos en el ejercicio de sus funciones. Así lo establece nuestra Constitución Política de la República en sus artículos 6to, 7mo y el inciso segundo del artículo 38. Por ende, integrando los hospitales y servicios públicos de salud pública la Administración del Estado, su régimen de responsabilidad es la falta de servicio.*

*Reitera el principio plasmado en la normativa constitucional, el artículo 4° de la ley 18.575, el que prescribe que [El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado]. Así mismo, el artículo 2 de la ley indicada, refundida en el DFL 1-19653, dispone que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal].*

*No obstante, lo anterior, para el caso de los ilícitos cometidos por hospitales o ser- vicios de salud públicos, se deben aplicar las reglas contenidas en la ley 19.966, conocida como “Ley Auge”, la que en su artículo 38, establece en sus incisos 1° y 2°:*

*“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”.*

Hecho lo anterior, la sentencia definitiva contiene el pronunciamiento acerca de la acción incoada en contra del médico en su considerando Vigésimo Segundo, el que establece:

*“VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en cuanto a la acción dirigida contra el médico don NNNNNNN AAAAAA AAAAAA, diremos que de la sola lectura del libelo se puede colegir que se ha demandado, tanto al Hospital San Juan de Dios de CCCCC, como al médico tratante ya mencionado, a través de la acción de falta de servicio. Que, habiendo explicado latamente lo que ha de entenderse por tal, en el considerando octavo del presente fallo, hemos de establecer que en la referida acción son legitimados pasivos los hospitales y servicios públicos de salud pública que integran la Administración del Estado. Es indiferente si la falta de servicio es del órgano o si se trata de una falta personal de alguno o algunos de sus funcionarios. Así, por su naturaleza, la falta de servicio dice relación con la actividad de los agentes de la Administración en su calidad de tales, pero no es posible que incurra en ella un particular, sin perjuicio del derecho del Estado de repetir en su contra, tal como lo establece el artículo 38 de la ley 19.996. En consecuencia, el funcionario o agente de la Administración no es legitimado pasivo en la falta de servicio. Así, no habiéndose fundado la demanda dirigida en contra del demandado don NNNNNNN AAAAAA AAAAAA en responsabilidad contractual o extracontractual, la demanda dirigida en su contra debe ser rechazada”.*

**“ADASME CON HOSPITAL BASE DE CURICÓ”, C-885-2014,  
DEL SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DE CURICÓ, CONFIRMADA  
POR LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE TALCA 1229-2018,  
FIRME Y EJECUTORIADA**

El segundo fallo en estudio corresponde también a un Juicio Civil de Mayor Cuantía, en un tribunal diverso al que dictó la sentencia anterior, por el cual igualmente se demanda a un médico y a un prestador público de salud.

En este caso, el tribunal explica en su considerando Décimo Octavo, lo siguiente:

*“DÉCIMO OCTAVO: Que, siendo la materia de autos una acción por falta de servicio, amparada en la LOC 18.575, siendo por tanto dirigida contra la*

*Administración del Estado, no procede enderezar la misma contra la médico funcionaria del Hospital, doña Nora Espinoza Martínez, estimándose que no se configura a su respecto legitimación pasiva.*

*La falta de legitimación activa o pasiva en la causa debe declararse de oficio por el tribunal en la sentencia de fondo y en caso de existir dicha falta la sentencia debe declarar la existencia de ella y omitir el pronunciamiento sobre el conflicto promovido (Cristián Maturana Miquel, “Disposiciones Comunes a todo Procedimiento”, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, mayo 2003, páginas 63, 66 y 67).*

*Que, de conformidad con lo reseñado, si el que solicita la protección jurídica no tiene la legitimación (activa), o se deduce la acción en contra de un sujeto sin legitimación (pasiva), esa petición de tutela jurisdiccional no puede prosperar.*

*Ello, porque como ya se dijo, la legitimación tiene como único objetivo jurídico el determinar quiénes tienen la calidad de justa parte en el proceso, o sea, las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.*

*Si no concurre la legitimación—activa o pasiva—faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial, toda vez que su carencia mira al fondo de la acción deducida.*

*En efecto, nuestra doctrina señala “Por lo mismo, en la práctica, lo realmente importante respecto de la responsabilidad de la AMS será determinar si el daño se produjo en ejercicio (o con ocasión del ejercicio) de las funciones que el Servicio le impone y, si el funcionario actuó con culpa grave o dolo. Si el daño no se produce (al menos) con ocasión del ejercicio de las funciones que la prestación del servicio le impone al funcionario, el Estado no responderá. Por el contrario, si el daño se produce (al menos) con ocasión de la prestación del servicio, el Estado responderá por falta de servicio, aunque podrá ejercer la acción de repetición contra el funcionario que haya actuado con culpa grave o dolo”. (Responsabilidad Médica Estándares Jurisprudenciales de La Falta de Servicio, pág. 148, Legal Publishing Chile, año 2011).- De modo que aquí tiene aplicación la acción de repetición de la administración en contra del personal médico-sanitario, no siendo procedente que se entable la acción a la par en contra de ambos sujetos.-”*

## CONCLUSIONES

De lo ya mencionado, y vinculado con los fallos en análisis, es posible concluir que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que el sistema de responsabilidad basado en la falta de servicio tiene aplicación exclusivamente en relación a hechos derivados de las actividades del Estado en su dimensión de administrador y ninguna mención ni teoría existe respecto a que los funcionarios que la integran sean calificados como sujetos pasivos de las acciones derivadas de situaciones cubiertas por este estatuto de responsabilidad.

Concebimos que estas acciones han sido impetradas de tal manera con una finalidad procesal específica, que radica en que la carga probatoria que les pesa sea la menor posible, ya que entienden de manera errada que probando la falta de servicio y la existencia del eventual daño, no es necesario un factor de imputación concreto en contra del médico/a demandado, lo que simplifica la obtención de las pretensiones pecuniarias, cuestión que, por lógica jurídica, ha sido desestimada por los tribunales en los pronunciamientos expuestos, invalidando la vía rápida o *fast track* a condenas indemnizatorias.

Las sentencias definitivas recaídas en los procesos judiciales originados por esta peregrina postura, han dejado de manifiesto la aplicación de todos los presupuestos que tanto juristas como Tribunales de Justicia han desarrollado a lo largo del tiempo, entendiendo que los demandados carecen de legitimación pasiva al ser personas naturales, distintas al Estado administrador, interpretación que entendemos debe mantenerse imperecedera hacia futuras contiendas judiciales en las que se demanden médicos y médicas a través de estos subterfugios interpretativos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, p. 13.
- Corral Talciani, Hernán (2002). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, p. 13.
- Barros Bourie, Enrique Gustavo (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, p. 16.
- Bossi Trincado, Marcelo (2021). Capítulo *Responsabilidad Civil*, p. 117, "Derecho Médico", Varios Autores. Santiago, Chile.

Martínez Estay, José Ignacio (2002). *La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno*. En Derecho de Daños. Santiago, Chile, Lexis Nexis, p. 180.

Caldera Delgado, Hugo (1982). *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 204.

Carmona Quintana, Esteban Germán (2016). *La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador*, disponible en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/3417.pdf>

# LA FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA DEL MÉDICO, EN SU CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO, EN LA DEMANDA POR FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA

Paulina Silva Torres<sup>108</sup>

Abogada Falmed, Unidad Civil, Santiago

## INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas se ha manifestado una creciente y paulatina judicialización de la medicina, con la interposición de acciones legales tanto contra prestadores de salud individuales como institucionales. Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, se ha demandado bajo los distintos regímenes, pretendiendo una indemnización, ya sea, por un eventual incumplimiento contractual o por la comisión de un hecho ilícito civil, cuya elección ha correspondido básicamente a la parte demandante.

Ambos regímenes de responsabilidad comparten elementos comunes de configuración, esto es, una acción u omisión, culpabilidad, daño y un nexo causal entre estos.

Además, dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual, se ha planteado un régimen mucho más específico, la responsabilidad del

---

<sup>108</sup> Abogada, Universidad Católica de Temuco. Diplomado en Derecho Tributario y Litigación, Universidad de La Frontera (2016-2017). Diplomado de Actualización Jurídica por Instituto de Estudios Judiciales (2017). Curso de Actualización Problemas Actuales de Contratos y Responsabilidad Extracontractual, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2018). Seminario sobre Tendencias Actuales de Responsabilidad Civil (2019). Diplomado de Litigación en derecho Administrativo Sancionador, Universidad de Chile (2020).

Curso Taller de Litigación Técnicas y Destrezas de Litigación en Materia Penal (2020). Pre Falmed. Docente curso "Medicina Legal" dirigido a estudiantes de quinto año de medicina de la Universidad de La Frontera.

Áreas de Práctica: juicios civiles, mediaciones, defensas en materia penal, gestiones administrativas.

Estado, estatuto de Derecho Público, por la eventual falta de servicio, y en la temática analizada, esta “falta de servicio” es atribuida a un prestador de salud institucional de carácter público, esto es, al hospital público o al servicio de salud respectivo.

Sin embargo, en el universo de demandas presentadas por eventual responsabilidad médica o sanitaria, no son aislados los casos en que se deduce acción civil por falta de servicio, de forma “solidaria” o conjunta contra el hospital y el médico—por su actuación en calidad de funcionario público de un servicio determinado—, no siendo procedente ni compatible acoger una demanda deducida en tales términos.

Así lo han entendido algunos tribunales inferiores de justicia, como el caso que se plantea a continuación, no sin antes precisar que, muchas veces que se plantea una demanda de esta naturaleza, y el tribunal de primera instancia acoge la excepción de falta de legitimidad pasiva alegada respecto de la defensa del médico demandado, por falta de servicio, acogiendo la demanda sólo respecto del hospital o servicio de salud, por lo general, la parte demandante al obtener alguna indemnización, que satisface su pretensión, lógicamente no apela de la sentencia<sup>109</sup>, razón por la que, no siempre esta discusión llega a los tribunales superiores de justicia, sin embargo, como se verá más adelante, parece no ser un tema zanjado.

## HECHOS

### Causa Rol C- 382-2017 del Juzgado de Letras de Angol (anonimizado)

El presente caso que se plantea, dice relación con la demanda por indemnización de perjuicios, a título de responsabilidad extracontractual por falta de servicio en juicio ordinario, interpuesta por doña María (madre), don Hernán (hermano) y doña Javiera (hermana), en contra de la Municipalidad XXXX,

---

109 En este mismo sentido, Sentencia en Causa Rol C-22001-2012 del 18° Juzgado de Letras de Santiago, cuya sentencia definitiva de fecha 24.06.2016 no fue apelada, en virtud de la cual se demanda a una médico y a un servicio de salud, resolviendo el tribunal condenar sólo al servicio de salud, por los hechos acaecidos en el hospital; rechazando la demanda respecto de la médico, comprendiendo que actuó como parte del equipo médico del hospital en cuestión, perteneciente a la red pública, por lo que, sostiene que actuó en su calidad de funcionaria pública, no siendo posible sostener su responsabilidad como único agente del hecho dañoso, máxime a la luz de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

el Hospital YYYY y el médico ZZZZ, por falta de servicio, con el objeto de ser condenados solidariamente a reparar los perjuicios ocasionados producto del fallecimiento del Sr. Manuel, hijo y hermano, respectivamente, de los demandantes, con fecha 30 de julio de 2015, solicitando una indemnización total de \$160.000.000.-

Los argumentos fácticos del líbello exponen que, con fecha 19 de julio de 2015 el Sr. Manuel manifestó síntomas y molestias propias de la influenza humana, con fiebre, dolor agudo de cabeza, dificultad respiratoria, dolor en el pecho, en la espalda al nivel de tórax, concurriendo al Cesfam WWW, dependiente de la Municipalidad XXXX, donde sólo fue atendido por auxiliar paramédico, quien inyectó Benzatina, entregó analgésicos y antihistamínicos.

El Sr. Manuel vuelve a concurrir ese mismo día, durante la noche, al mismo Consultorio, siendo atendido por la misma auxiliar paramédico, quien le inyecta antipirético y aumenta la dosis de paracetamol, indicándole volver a su domicilio.

El día 22 de julio de 2015, consulta por tercera vez en el mismo consultorio, donde nuevamente es inyectado con antipirético y derivado a su domicilio sin ser atendido por profesional médico.

Ese mismo día, durante la madrugada, el paciente concurre al Hospital YYYY, donde fue atendido por el médico ZZZZ, quien al examinarlo, plantea una infección de tipo viral respiratoria, de acuerdo a sintomatología, indicando antigripal, ibuprofeno y mantener reposo domiciliario.

El día 23 de julio de 2015 el paciente vuelve a consultar en el Consultorio, siendo atendido por un paramédico, luego un asistente de kinesiólogo y finalmente por un kinesiólogo del mismo consultorio, quien coordina su traslado urgente en ambulancia al Hospital YYYY, donde es atendido por otro facultativo de turno, le realizan exámenes y hospitalizan con diagnóstico de neumonía.

El día 24 de julio de ese mismo año, el paciente es ingresado a UTI del mismo hospital, donde se continúa agravando, por lo que se coordina su traslado hasta un centro de mayor complejidad con UCI, donde finalmente se le diagnostica Influenza H1N1, falleciendo el día 30 de julio de 2015.

La demanda funda su acción por la falta de servicio, respecto del consultorio dependiente de la municipalidad demandada, por incumplir el artículo 141 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 42 de la Ley 18.575, al no recibir atención médica en el centro de salud familiar, pese a concurrir en cuatro oportunidades distintas.



Por su parte, sostiene que la legitimidad pasiva del hospital autogestionado y del médico, se funda en los artículos 31 y 36 del DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, agregando que, respecto del médico demandado, hubo negligencia y abandono de funciones al no haber diagnosticado el H1N1 en el paciente; y que, los demandados deben responder solidariamente, de conformidad al artículo 2317 del Código Civil.

Tanto la municipalidad como el hospital y el médico, contestan la demanda y solicitan el rechazo de la misma, en todas sus partes con costas.

En cuanto a la defensa del médico, se alega, además, la falta de legitimidad pasiva para ser demandado por falta de servicio.

Al respecto, en términos muy generales, y sin perjuicio de argumentar no haberse incurrido en una infracción de cuidado por parte del facultativo, se señala que el médico carece de legitimidad pasiva para ser demandado por falta de servicio, porque en dicho régimen desaparece el elemento de culpabilidad, esto es, dolo o culpa del funcionario, para los efectos de determinar la responsabilidad de la administración; y que en tal caso, la responsabilidad se objetiviza, lo que no significa que estemos frente a un tipo de responsabilidad objetiva, debiendo, en consecuencia, probarse el funcionamiento anormal del organismo público, ya sea por no haber actuado, por haber actuado mal o de forma tardía.

Precisando que el funcionario público no tiene injerencia ni participación, pues no se requiere que la falta se individualice en el agente, sino que basta que la conducta de la organización sea imputable a un mal funcionamiento general de ella.

Se cita, además, la Ley 19.966 que establece el Régimen de Garantías de Salud, que en su Título III se refiere a la Responsabilidad en Materia Sanitaria, y en su artículo 38 señala que los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL, en lo que respecta a la falta de legitimidad pasiva alegada, respecto del médico, para ser demandado por falta de servicio.

*“DÉCIMO SÉPTIMO: Que se encuentra acreditado y no controvertido que el demandado don ZZZZ, actuó como parte del equipo médico del Hospital YYYY, perteneciente a la red pública de salud, por lo que actuó en su calidad de funcionario público, aplicable a su respecto lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, por lo que no es dable aplicar a su respecto la responsabilidad por falta de servicio demandada por los actores, en*

*atención a las singulares características y requisitos que se conjugan en la dicha especie de responsabilidad, sin perjuicio del derecho de repetir el Estado en contra del mismo, por lo que del análisis que realizó anteriormente este Tribunal estima esta sentenciadora que no se dará lugar a la demanda en contra del mismo en los términos solicitados”.*

[...] Luego, “se declara:

*I.- Que, no ha lugar a la demanda en los términos solicitados en contra de don ZZZZ (médico), por lo analizado en el considerando décimo séptimo de la sentencia.*

*II.- Que ha lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio, deducida a folio 1, en cuanto se condena a la ILUSTRE MUNICIPALIDAD XXXX y al HOSPITAL YYYYY, por concepto de daño moral causado a los actores por la suma total de \$120.000.000 (ciento veinte millones de pesos), \$60.000.000 para la madre del occiso, doña María y \$30.000.000 a cada uno de los hermanos del occiso”.*

## DERECHO

El caso expuesto es relevante para analizar la falta de legitimidad pasiva del funcionario público, precisamente porque se le demanda al médico por no haber proporcionado un diagnóstico certero en su calidad de funcionario público, en un recinto hospitalario público de salud, deduciéndose demanda no sólo contra él, sino también, en contra del hospital en donde es funcionario el aludido médico, y además, contra un consultorio, dependiente de una municipalidad —a la cual, a su vez, se le aplica otra normativa equivalente—, y cuyos fundamentos facticos y circunstancias son distintas, sin embargo, en la cronología de hechos, sostienen que se ha producido una “falta de servicio” respecto de todos los demandados; ilustrando de este modo, a través del caso en comento, los hechos respecto de los cuales se ha demandado al órgano público y al facultativo médico, en su calidad de funcionario del primero, suponiendo la procedencia del cúmulo de responsabilidad en el ámbito sanitario, al punto de ser demandados en forma “solidaria”.

Si bien este tribunal de primera instancia comprende que una demanda en los términos solicitados no es procedente contra el médico, porque actúa como parte del equipo médico del hospital, perteneciente a la red pública de salud, en calidad de funcionario público, y, en consecuencia, le es aplicable la

normativa administrativa especial, de modo que el tribunal reconoce “la falta de legitimidad pasiva del médico, en su calidad de funcionario público para ser demandado por falta de servicio”.

Sin embargo, y aun cuando parece lógico y evidente lo anterior, nuestros tribunales superiores de justicia no siempre lo han entendido así, existiendo fallos<sup>110</sup> en que aberrantemente se han acogido demandas planteadas en similares términos, condenando al médico y hospital por la falta de servicio, admitiendo, en consecuencia, un cúmulo de responsabilidades que son totalmente incompatibles; y más aún, se ha aceptado por nuestro máximo tribunal el cúmulo de responsabilidades de forma “solidaria”, lo que constituye un completo yerro<sup>111</sup>.

Además, es necesario precisar que, aún cuando se ha comprendido la falta de legitimidad pasiva, en los términos expuestos, cuando se le demanda por falta de servicio, se ha hecho sólo en atención a normas más generales de un estatuto especial, como el artículo 42 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y no aplicando **la normativa especialísima y posterior** para este tipo de materia, esto es, el Título III “De la Responsabilidad en Materia Sanitaria” de la Ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías para la salud, publicada en el diario oficial el 03 de septiembre de 2004, precisamente como ocurrió en el caso anterior, pese al hecho de haber sido invocada.

Para comprender este planteamiento, de la falta de legitimidad pasiva, del médico en su calidad de funcionario público en la demanda por falta de servicio, es necesario abordar un marco doctrinario, normativo y jurisprudencial.

---

110 En Corte Suprema, 01 de julio de 2020, Rol N° 29.094-2019, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo deducido por defensa del médico demandado, en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 04.06.2019, dictada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que a su vez confirma la sentencia de primer grado de fecha 05.03.2018 que acoge demanda sólo en cuanto condena a ambos demandados –un médico y hospital– a pagar, en forma simplemente conjunta, por concepto de daño moral, la suma única y total de \$4.000.000, más reajustes e intereses a contar que quede ejecutoriado el fallo, rechazándose en todo lo demás, sin costas. La cual ignora por completo el estatuto especial previsto en los artículos 42 de la Ley 18.575 y 38 de la Ley 19.966, que prima sobre el derecho común.

111 Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de octubre de 2022, Rol N° 49.746-2021.

## I. LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

El profesor Jorge Bermúdez<sup>112</sup>, dentro del Capítulo XV “Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado”, se refiere en un punto 2. a la “Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado”, señalando al respecto, “La doctrina de la responsabilidad del Estado Administrador tiene su origen en el Derecho Administrativo francés, específicamente en el conocido fallo o Arrêt Blanco<sup>113</sup> (siglo XIX). Este fallo se ha convertido, para muchos, en la piedra angular del Derecho Administrativo y, obviamente, en el punto de partido de este tipo de responsabilidad, donde se distingue por primera vez entre falta personal del funcionario y falta de servicio a partir del Derecho que le es aplicable.

De esta forma se empieza a configurar un punto importante en el Derecho Administrativo y en el Derecho público en general, el cual significó avanzar desde la irresponsabilidad del Estado a la responsabilidad del mismo frente a los particulares por determinados daños o menoscabo. Esta doctrina ha tomado a lo largo del tiempo diversas modalidades”.

Una de estas modalidades es la teoría de la responsabilidad por falta de servicio, la cual surge con normas especiales, entendiéndose que radicaba en la falta o falla en el servicio, opuesta a la falta personal, y en la que se rechaza la aplicación de las normas del Código Civil.

“La falta en el servicio tiene su origen en una mala organización o mal funcionamiento por parte del aparato administrativo. En otras palabras, se habla de un comportamiento anormal de la Administración, que ha causado daño a un particular y, por lo tanto, debe hacerse responsable, cuestión que no es sino una manifestación del hecho común a nuestra civilización occidental judeocristiana en que todo daño debe ser reparado. Se trata, entonces, de una responsabilidad anónima, donde el causante del daño es el Estado, sin ser relevante la determinación del funcionario que ha ocasionado el perjuicio. De esta forma, se distingue entre la falta personal del funcionario y la falta o falla del aparato público, que se traduce en la culpa o falta de servicio”<sup>114</sup>.

---

112 Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Editorial Thomson Reuters, tercera edición, pp. 610-647.

113 A partir del cual se estableció “que la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares”.

114 Bermúdez, p. 613.

Es necesario precisar que, si bien se distingue la responsabilidad personal funcionaria para ser subsumida por una falta del servicio, como un estatuto de responsabilidad distinto, ello se produce porque el funcionario actúa dentro de su esfera de función pública, excluyéndose aquellas situaciones en que el funcionario actuara dolosa y deliberadamente contrariando la esfera de función pública. Todo lo anterior es sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, penales y éticas que siempre serán personales; además que el Estado tiene la posibilidad de repetir contra el funcionario cuando es condenado al pago de una indemnización por falta de servicio atribuible al actuar funcionario, bajo ciertas circunstancias, que establece la misma normativa especializada.

*“La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, afirmamos que ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente por ser suficiente para comprometerla, la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la “falta de servicio”<sup>115</sup>.*

En este mismo sentido, el profesor Oelckers<sup>116</sup> señala: *“Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que esta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público”.*

Tanto dentro de la doctrina y la jurisprudencia, se ha establecido que se produce la falta de servicio cuando el ente estatal no obró debiendo hacerlo, actuó mal o en forma defectuosa o lo hizo tardíamente.

---

115 Pierry Arrau, Pedro, *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*. Revista de Derecho Público, Vol. 1996 (Nº 59), pp. 287-309.

116 Dr. Osvaldo Oelckers Camus, Profesor de Derecho Administrativo, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, pp. 345-352 (1998).

## II. MARCO NORMATIVO

El marco regulatorio en esta materia surge a partir de disposiciones de rango constitucional y legal. Así tenemos en primer término los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política de la República, normas a partir de las cuales surge el principio de responsabilidad, y más específicamente, “la Responsabilidad del Estado” al infringir el principio de juridicidad.

Dentro de la misma Carta Fundamental, el artículo 38, inciso 2° señala: *“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”.*

Luego, tenemos la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, refundida, coordinada y sistematizada por DFL 1-19653, la cual contempla en su artículo 4° *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.*

Artículo 42 (art. 44 en Ley 18.585): *“Los órganos de Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.*

*No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.*

Ya, en un terreno mucho más específico, el año 2004 se publica la Ley N° 19.966, más conocida como “Ley Auge”, que consagró un régimen de garantías de la salud, dedicando un título a la responsabilidad en materia sanitaria.

El artículo 38 contempla: *“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”.*

Volviendo a la sentencia planteada anteriormente, no hace referencia a la norma especialísima sobre esta materia, que surge y se inserta en un título específico “De la Responsabilidad en materia sanitaria”.

### III. REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA

Por su parte, en la causa de la Corte Suprema Rol 29.094-2019, aludida también previamente, y que, en definitiva, confirma la sentencia de segunda y primera instancia, que acoge demanda –parcialmente– condenando al médico y al hospital, en forma simplemente conjunta, a pagar indemnización por daño moral, parece ignorar esta norma especial, al establecer un aberrante cúmulo de responsabilidad funcionaria y del ente estatal, en este caso, un hospital. Salvo por el voto en contra del ministro señor Muñoz, quien fue del parecer de acoger el recurso de casación deducido por la defensa del médico demandado, revocar el fallo apelado y rechazar la acción interpuesta respecto del facultativo, haciendo un completo análisis de su disidencia, ahondando incluso en la historia fidedigna de la normativa especializada.

Al efecto, el Ministro Sr. Muñoz sostiene que una acción conjunta contra el servicio y el médico radican en distintos estatutos que regulan la materia, así el del hospital demandado radica en la responsabilidad del Estado administrador, estatutos de Derecho Público; y en lo que respecta al funcionario específico que realizó material y directamente tal prestación de servicio, radica en el Derecho Civil, no siendo posible mantener una compatibilidad que permita acceder a la demanda en tales términos. *“Determinación diversa se podría adoptar en el evento que las acciones fueran subsidiarias”.*

Agrega que, la responsabilidad del Estado y del Estado administrador en particular, surge de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República; 4° y 42 de la Ley 18.575, análisis que queda radicado en las normas legales, por cuanto la referida ley fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, restableciendo su artículo 1° el ámbito de aplicación, regulando en definitiva, legalmente la responsabilidad general del Estado administrador, haciendo un mayor análisis por la historia de la ley y al precedente positivo en la Ley de Municipalidades<sup>117</sup>.

---

117 D.L. N° 1289 de 1976, Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 62, inciso final, señala: *“La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que*

Agrega el hecho de haberse desestimado la posibilidad de definir la falta de servicio, ya que ello podría provocar dificultades en la aplicación de la norma, entregando a la jurisprudencia determinar cuándo se configura la falta de servicio, ya que son numerosos y complejos los casos en que dicha situación puede producirse.

En cuanto a la carga probatoria, el afectado debe acreditar que el servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, que ha funcionado de forma tardía o deficiente; y que lo anterior ha causado un daño, estando en posición de exigir indemnización al Estado.

Precisa que la responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la administración pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, y que la responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

Luego, la Ley N° 19.966, promulgada el 25 de agosto de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que reglamentó la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, haciendo también una revisión en la historia fidedigna de la ley, revisando ciertos episodios en la discusión del proyecto al interior de la Comisión de Salud del Senado, contando con la presencia y asesoría del profesor Pierry, así como las indicaciones de los Honorables Senadores Ruiz-Esquide y Viera-Gallo, para finalmente sostener que *“Conforme a los antecedentes reseñados respecto del artículo 38 de la Ley en estudio, puede establecerse que desde la presentación de la primitiva indicación del ejecutivo, pasando por la discusión en general, en sala y en particular, en la comisión de salud, la materia sólo sufrió como modificaciones en relación a la indicación inicial, la eliminación del inciso segundo del artículo 27 (actual 38) que establecía la definición para falta de servicio, **la que se fundó en la recomendación de dejar en manos de los tribunales de justicia determinar cuándo ésta se configura** (página 550). Asimismo, **se desechó la idea de establecer la responsabilidad estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios y que tales servidores pudieran ser demandados en conjunto con el servicio.***

*Como puede observarse, se abordó por parte del legislador el tema de la responsabilidad sanitaria del estado, sin querer innovar respecto de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 18.575, sino por el contrario, sólo se buscó reafirmar el factor de*

---

*sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente”.*



**imputación de responsabilidad, como lo es la falta de servicio, en similares términos a los consagrados en dicha normativa.**

De esta manera, **la Administración deberá repetir en contra del funcionario en un juicio posterior**, resultando determinante al efecto los términos empleados por el legislador: “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**””. Lo destacado es nuestro.

Finalmente, el Ministro Sr. Muñoz, en su disidencia, señala que corresponde acoger el recurso de casación del demandado en esta parte, “*por contrariar las disposiciones que impiden el cúmulo de responsabilidad jurídica de la Administración, sustentada en las leyes 18.575 y 19.966, con la del facultativo, impetrada conforme a los términos del Código Civil*”.

## CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico establece claramente un Régimen de responsabilidad por falta de servicio, y más aún, desde el año 2004, a través de la Ley Auge, se incorpora un Título específico respecto a “La Responsabilidad en Materia Sanitaria”, responsabilidad que se funda en normas de derecho público y es distinta a aquella regulada por nuestro Código Civil, siendo la norma más especial en la materia, siendo además, posterior a los regímenes generales.

En atención a lo anterior, es improcedente el cúmulo de responsabilidad jurídica de la Administración del Estado basada en las Leyes N° 18.575 y N° 19.966 del ente público sanitario, ya sea un hospital o servicio de salud, por una parte, y a su vez, la del médico, como co-demandado, en calidad de funcionario público, sustentada a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, como ya hemos visto, esto no siempre ha sido comprendido por nuestros tribunales de justicia.

El médico que actúa dentro del ámbito de la función pública y es demandado por falta de servicio, ya sea en forma exclusiva, conjunta o solidariamente, carece de legitimidad pasiva, por lo que debe ser alegado en el proceso.

La falta de servicio no está definida por ley, se ha entregado su determinación a la jurisprudencia a fin de no limitar su concurrencia, sin embargo, en términos generales, se ha sostenido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que procede cuando el Estado o servicio público no ha actuado debiendo hacerlo, ha actuado tardíamente o de forma defectuosa.

La falta de servicio no constituye un tipo de responsabilidad objetiva, la procedencia del elemento subjetivo, –culpabilidad– está objetivado bajo ciertos parámetros que admiten su concurrencia y son aquellos señalados en el párrafo anterior.

La carga de la prueba, de conformidad al artículo 1698 el Código Civil para acreditar la falta de servicio, incumbe al demandante, quien “*deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio*”, así ha quedado establecido expresamente en el artículo 38 de la Ley N° 19.966. En este sentido, el profesor Barros Bourie<sup>118</sup> ha sostenido “*para acreditar la falta de servicio se requiere, por regla general, que se compare el servicio efectivamente prestado con el que se tenía derecho a esperar de la Administración*”.

Cuando la Administración del Estado sea condenada en juicio en materia sanitaria, podrá repetir contra el funcionario, sin embargo, se ha establecido un alto estándar para su procedencia, esto es, que el funcionario “*haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones*”, y ello se acredite en un juicio, en el cual se ejerza la acción de repetición, estableciéndose también un plazo limitado para deducirla.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Editorial Thomson Reuters, tercera edición, pp. 610-647.
- Pierry Arrau, Pedro, *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*. Revista de Derecho Público, Vol. 1996 (N° 59), pp. 287-309.
- Oelckers Camus, Osvaldo, Profesor de Derecho administrativo, Revista Chilena de Derecho, Número Especial (1998), pp. 345-352.
- Barros Bourie, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, segunda edición actualizada, pp. 521-563; Tomo II, pp. 742-749.
- Constitución Política de la República.

---

<sup>118</sup> Barros Bourie, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, segunda edición actualizada, p. 558.

- Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 19.966 (2004), Establece un Régimen de Garantías de Salud.
- D.L.N° 1289 de 1976, Ley Orgánica de Municipalidades.
- Código Civil.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia Rol C-382-2017 del Juzgado de Letras de Angol.
- Sentencia Rol C-22001-2012 del 18° Juzgado de Letras de Santiago.
- Sentencia Corte Suprema, 01 de julio de 2020, Rol N° 29.094-2019.
- Sentencia Corte Suprema, 20 de octubre de 2022, Rol N° 49.746-2021.

# NO PERSEVERAR VERSUS SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Rosa Emilia Sepúlveda Toro<sup>119</sup>

Abogada Falmed, Causas penales, Valparaíso

## INTRODUCCIÓN

Causa iniciada por querrela: se trata de una lactante que antes de los veinte días de nacida, se le produce en su ombligo una infección que al parecer se produce por la falta de asepsia del Hospital de San Antonio. La infección compromete gravemente la salud de la menor, la que debe ser sometida a varias cirugías y se mantiene por meses hospitalizada en distintos centros hospitalarios; la madre responsabiliza al pediatra por no haber detectado a tiempo la fascitis necrotizante que tuvo en riesgo vital a su hija.

## HECHOS

Con fecha 27 de noviembre de 2014 doña Lilian F. G., interpone querrela ante el Tribunal de Garantía de San Antonio por el delito culposo de lesiones simplemente graves o negligencia médica en contra de mi representado, pediatra de la Clínica San Antonio por los siguientes hechos:

La querellante indica que el 6 de diciembre de 2012 nació su hija de iniciales M.O.F en el Hospital Claudio Vicuña de la ciudad de San Antonio, sana y en perfectas condiciones de salud, a pesar de la falta de asepsia del pabellón.

---

<sup>119</sup> Abogada de la Universidad de Valparaíso. Trayectoria laboral: Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, sección civil-laboral. Abogada Asistente de la Fiscalía Local de Valparaíso. Abogada Secretaria del Colegio de Abogados de Valparaíso A.C y Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la V Región.

Con posterioridad, la madre junto a su hija concurre a la consulta particular del pediatra para los primeros controles de niño sano, siendo atendida en dos oportunidades por el profesional médico. La primera, a los seis días de nacida, y la segunda, a los veintiún días de vida de la lactante. En esas dos consultas, indica la querellante que le manifestó a mi representado su preocupación, dado que ella notaba el vientre de la menor abultado, que se quejaba y lloraba demasiado, y que además, no se desprendía su cordón umbilical. El doctor le señala que no se preocupara, que eso era normal y esperable en un recién nacido, que se trataba de cólicos del lactante, y le dio medicación para aliviar los síntomas. La querellante indica que además le consultó al doctor si era necesario practicar algún examen, respondiendo el facultativo que no era necesario y que volviera para el próximo control de niño sano. Sin embargo, la querellante señala que, el día 2 de enero del 2013, al mudar a su hija se percató que la piel del ombligo presentaba un color negro, por lo que concurre de forma inmediata a la urgencia del Hospital Claudio Vicuña, donde se le diagnostica a su hija una onfalitis celulitis umbilical que rápidamente evoluciona en una **“fascitis necrotizante”**, que es una grave enfermedad que afecta a la piel, que se habría originado al momento de haber nacido por la falta de asepsia del pabellón del hospital. Por esta grave infección, estuvo la menor internada durante cinco meses en los centros hospitalarios de mayor complejidad de la V Región, Hospital Carlos Van Buren y Hospital Gustavo Fricke, siendo sometida a tratamientos de antibióticos y diversos tratamientos quirúrgicos; se tuvo que retirar el ombligo y la pared abdominal para poder manejar la infección; la escasa inmunidad de la lactante y la gravedad de esta infección bacteriana, provocaron que se desarrollara *shock séptico*, que la mantuvo en riesgo vital.

La madre imputa negligencia médica en el pediatra por estimar que no fue capaz de detectar oportunamente la infección bacteriana, a pesar de haber examinado dos veces a su hija, sin prestar atención a los síntomas que en su opinión eran evidentes, sin dar importancia a sus inquietudes, limitándose a diagnosticar sólo cólicos del lactante.

Se solicitan diversas diligencias al fiscal, las que se realizaron todas, entre ellas se evacúa un peritaje por la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal de Santiago, el que concluye que no existió en estos hechos mala *praxis*, porque la patología que presentaba la menor fue una urgencia dermatológica, que tiene un diagnóstico esencialmente clínico y cuyo primer signo, el ombligo de color negro, aparece, según indica su propia madre, a los veintisiete días de nacida. Agrega el peritaje que antes de esa fecha no había ningún signo,

que este tipo de infección por bacterias evolucionaba rápidamente, en horas, que estadísticamente tiene una ocurrencia muy baja en la población, y que el desarrollo de la enfermedad se vio favorecido por las características inmunológicas de la recién nacida.

## DERECHO

En consideración a la opinión de la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal de Santiago, que estima que no existió mala *praxis*, el fiscal decide finalizar la investigación, mediante decisión de no perseverar en el procedimiento, haciendo uso de la facultad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, por estimar que no existen antecedentes suficientes para acusar al imputado.

## RESOLUCIÓN

Existiendo peritaje favorable para la defensa en la carpeta de investigación, solicito audiencia de sobreseimiento definitivo por encontrarse acreditada la inocencia del imputado, según lo dispuesto en los artículos 250 letra b) y el artículo 93 letra f), ambos del Código Procesal Penal. En la audiencia respectiva, se oponen a mi solicitud el querellante y el fiscal, indicando que habría existido negligencia, porque si el doctor hubiese sido más receptivo con las inquietudes de la madre de la paciente, y hubiese ordenado exámenes de sangre en la segunda consulta de control de niño sano, quizás la menor hubiese tenido una mayor chance de diagnóstico precoz, lo que, a juicio del ente persecutor, hubiese evitado el daño en la salud de la lactante y la situación del riesgo vital.

El juez de garantía, conociendo los argumentos de la defensa, no accede a mi solicitud de sobreseimiento definitivo, y la Fiscalía comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento a todos los intervinientes.

Decido apelar la resolución que rechaza el sobreseimiento definitivo.

## LA VISTA DEL RECURSO ANTE LA ICA DE VALPARAÍSO

Causa RIT O-6454-2014, RUC N° 1410038525-3 del Juzgado de Garantía de San Antonio, recurso de apelación deducida Rol de Corte N° 902-2018, contra la resolución de fecha 23 de abril del 2018, dictada por la jueza Sra. Leticia Morales Polloni, que rechazó el sobreseimiento total, solicitado por esta parte.

Para la vista del recurso se anuncia el Ministerio Público, alegando por la Fiscalía, doña Claudia Perivancci Hoyuelos, por el querellante el abogado Sr. Gabriel Sáez Vásquez, ambos confirmando la resolución recurrida. Esta parte se anuncia revocando.

Los alegatos se desarrollan ante la Primera Sala, integradas por el ministro don Mario Gómez Montoya, ministro suplente don Francisco Hermosilla Iriarte y el abogado integrante don Eduardo Morales Espinoza.

### ARGUMENTOS MANIFESTADO EN ESTRADO POR ESTA DEFENSA FALMED

Mi tesis fue que en los hechos imputados a mi representado no cabía responsabilidad alguna, primero porque era erróneo estimar negligencia en el actuar del pediatra atribuyéndole un mal diagnóstico, puesto que los mismos hechos deban cuenta que mi representado había atendido a la lactante en sólo dos oportunidades en el contexto de control de niño sano. Que en ambas fechas de atención, cuando la menor tenía seis y veintiún días de nacida, lo único que pudo constatar el pediatra fue que la hija de la querellante era una lactante sana a esa fecha, que gozaba de perfecto estado de desarrollo y salud, según reflejan las anotaciones de la ficha clínica, no presentaba signo alguno del grave cuadro infeccioso que apareció en el organismo de la menor a la semana siguiente, esto es, el 2 de enero del 2013, a seis días del último control efectuado por mi representado.

La infección bacteriana que desarrolló la menor es una enfermedad dermatológica, que tiene sólo diagnóstico clínico, es decir, deben aparecer de manera copulativa los síntomas y signos físicos, es decir, precisamente que la zona del ombligo presentara coloración oscura o de color negro. Si tal condición física no existía al momento de ser examinada por el doctor, si no presentaba fiebre, si además tenía abdomen blando depresible al tacto, y el único antecedente que refería la madre, al momento de la consulta, era que su hija tenía el vientre abultado, estaba inquieta y solía presentar llanto, características habituales en recién nacidos que están iniciando su etapa de lactancia materna, era imposible para el pediatra sospechar que la menor estaba afectada por la patología que sufrió. Lo anterior es el mismo razonamiento lógico al cual arriba la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal de Santiago, que señala en su conclusión: *“La fascitis necrotizante es una importante condición clínica de evolución muy rápida eventualmente mortal en el período neonatal que puede presentarse aislada*

*o asociada a un shock tóxico y donde la precocidad y agresividad del tratamiento fundamentalmente quirúrgico suele ser la clave del éxito, como lo fue en esta recién nacida logrando la sobrevida de la niña.*

*De modo que se concluye que en el manejo de esta recién nacida no se faltó a la *lex artis*”.*

Así la cosas, existía mérito más que suficiente en la investigación para dictar el sobreseimiento definitivo, puesto que no existió en el actuar del pediatra, falta a la *lex artis*, como requiere la configuración de un cuasidelito, siendo además categórico y contundente en tal sentido el informe emitido por la U.R.M. del SML, en cuanto a entender que no existió mala *praxis*, informe que fue confeccionado por un neonatólogo forense, que es la opinión experta en la materia.

Además, no se puede soslayar que el requisito de previsibilidad del resultado tiene como base el establecimiento de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles. El pediatra actuó como hubiese hecho cualquiera de sus pares en la misma situación, siguiendo los principios y protocolos generalmente aceptados por la experiencia médica. En definitiva, a ningún médico, como a ninguna persona, se le puede exigir infabilidad, sólo se puede exigir que la conducta se ajuste a un estándar promedio, nada por debajo ni por encima, porque la medicina no es una ciencia exacta. Por lo que ni siquiera se podría entender que hubo un error en el diagnóstico, puesto que es completamente imposible para cualquier doctor descubrir o sospechar una enfermedad que aún no se manifiesta en un paciente, por lo que se solicitó la revocación de la resolución recurrida y el sobreseimiento definitivo del doctor, fundado en la letra b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, que dispone: “ El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo...letra b) Cuando apareciera claramente establecida la inocencia del imputado.

#### FALLO DICTADO POR LA PRIMERA SALA

Terminados los alegatos se resuelve, visto y oído:

“Atendido el tiempo transcurrido desde que se inició la presente causa, el mérito del informe pericial referido en estrados y constando que el Ministerio Público ha ejercido la facultad del artículo 248 letra C) del Código Procesal Penal, aparece establecido que el imputado no tiene responsabilidad penal respecto de los hechos materia de autos y de conformidad con lo prevenido en el artículo 370 del Código Procesal Penal, se **revoca** la resolución de fecha 23 de abril del



2018 dictada por el Juzgado de Garantía de San Antonio respecto del imputado, pediatra, y en su lugar se declara que se decreta a su favor el sobreseimiento definitivo por la causal de la letra b) del artículo 250 del Código Procesal Penal”.

Acordada con el voto en contra del ministro Sr. Gómez, quien estuvo por confirmar la resolución, en virtud de sus propios fundamentos (los que no son indicados).

## CONCLUSIONES

Los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se caracterizan por emitir un pronunciamiento que sólo hace referencia a la decisión de la sala, sin desarrollar en la sentencia de segunda instancia los fundamentos de hecho y de Derecho. Y a su vez, algunos jueces de garantía de la región son bastantes reacios a decretar sobreseimientos definitivos en las causas sobre negligencia médica, donde las víctimas sean lactantes o menores de edad, y es por ello que los fiscales tienen a inhibirse de solicitar el sobreseimiento definitivo, para evitar generar debate con los jueces.

Como ya señalé, aunque el fallo de segunda instancia es más bien escueto, y no hace un desarrollo en detalle de los motivos estrictamente jurídicos que tuvo para revocar el fallo del tribunal aquo, es evidente que acogió la tesis de esta defensa cuando indica que se debe considerar especialmente el peritaje, por lo que estimó correcta la aplicación de la causal de la letra b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, la que era procedente por no existir nexo causal entre la atención brindada y la enfermedad que desarrolló la paciente. Lo anterior, teniendo presente que en este tipo de figuras culposas, como son las negligencias médicas, deben siempre considerarse los elementos propios de la esencia de estos delitos, donde además de la infracción del deber de cuidado, en las actuaciones que pudiese entenderse como negligentes o imprudentes, se configuran dos deberes, que deben ser analizados siempre para realizar la imputación, como son los deberes de la previsión y la evitabilidad del resultado lesivo.

El deber de previsión, el deber de cuidado y la evitabilidad, son la base de los delitos culposos, consistiendo el primero :”en la precaución de representarse un resultado al momento de realizarse un comportamiento determinado”, en definitiva, sería la no observancia de deberes de cuidado que ordena controlar riesgos, es una exigencia para el facultativo de verificación de los mismos. La doctrina entiende que los requisitos para que la previsibilidad configure

una imprudencia son, a saber: a) Que exista un comportamiento voluntario del agente; b) Que ese acto humano, acción u omisión origine un resultado antijurídico; c) Que ese resultado sea previsible; d) Que exista la obligación de preverlo y e) Que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.

En cuanto a la evitabilidad, que es otro rasgo constitutivo de la culpa, que en materia del actuar médico debe analizarse siempre el concepto de evitabilidad individual, significa que la conducta debe haberle sido inevitable al autor concreto, es decir, que incluso con la mejor voluntad el agente, no habría podido evitar el comportamiento.

Así las cosas, la punibilidad en estos casos, está, en definitiva, determinada por un resultado lesivo no querido que es fruto de la infracción de deberes de cuidado cuya matriz es no haber evitado lo que podía y debía evitar, entendiendo así imprudente la conducta.

En el caso en comento, el deber de previsión no fue vulnerado por el doctor puesto que en las dos oportunidades que examinó a la lactante, aún no se manifestaban los signos propios de la infección bacteriana que padeció, según lo consignado en la ficha clínica de la paciente. Del mismo modo, al no poder prever o poder representarse el resultado dañoso, podemos descartar la infracción al deber de evitabilidad, dado que era completamente imposible que el doctor hubiese desplegado alguna conducta de cuidado del quehacer médico, que impidiera la infección que se desarrollaba en el organismo de la paciente, si la misma aún no era visible, no sólo para mi representado, sino que también para la propia querellante, quien señala que a la semana siguiente del último control su hija presentó recién de color negro la zona del ombligo, siendo diagnosticada de forma inmediata como onfalitis celulitis, derivando el cuadro a la compleja infección bacteriana que provocó el resultado dañoso en la salud de la lactante.

El caso demuestra la importancia, de verificar, analizar y explicar estos elementos constitutivos de la culpa, que este caso en concreto, sirvieron para exculpar al doctor de toda responsabilidad penal.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Bustos Ramírez, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, pp. 45-48.
2. Córdoba, Fernando, *Dolo y evitabilidad individual*, en <http://www.derecho.uba.ar/...en--/dolo-y-evitabilidad-individual>.
3. Luzo Peña, Diego M. (2002). *Enciclopedia penal básica*. Granada, Comares, p. 797.
4. Cancio Melia, Manuel (2007). *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en *La imputación normativa del resultado de la conducta*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 27.

# ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DELITO HOMICIDIO IMPRUDENTE

SENTENCIA DICTADA POR TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE  
RANCAGUA. CAUSA RIT 640-2021, SEIS DE OCTUBRE DE 2022

Marcela Castillo Castillo<sup>120</sup>

Abogada Falmed, Jefa Zonal Rancagua

## INTRODUCCIÓN

La elección de esta sentencia en particular dice relación con la consideración del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua de elementos técnicos que no son parte de la legislación, al menos no en su parte taxativa. Esto es, protocolos internos o guías clínicas vigentes en un recinto de salud.

El hacerlos parte de la sentencia implica que fueron consideradas para la tan amplia importancia que en FALMED le damos a la *lex artis* o la ley para el caso concreto.

Además, se trata de una sentencia reciente, lo que la hace interesante en términos de que los tribunales cada vez se han visto exigidos a interiorizarse en las causas médico legales.

## HECHOS

Los padres de un niño de dos años nueve meses, a la fecha de los hechos, ocurridos en noviembre de 2015, deciden acudir a clínica privada de la capital regional ante un cuadro respiratorio consistente en tos, coriza y acompañado de fiebre, además de vómitos y alimentación regular. Aquel día fue diagnosticado

---

<sup>120</sup> Abogada de la Universidad Gabriela Mistral. Diplomado en Derecho de Familia, Universidad Alberto Hurtado. Diplomado en Responsabilidad Médica, Universidad Finis Terrae. Área de Práctica: Juicios penales y mediaciones. Diplomado en Negociación con mención en Mediación, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2022.

de bronquitis y manejo inicialmente con Berodual en nebulizaciones y dado de alta con Berodual puff y paracetamol en caso de urgencia.

Dado que el cuadro no cedió, al día subsiguiente en horas de la tarde noche, acuden nuevamente con el niño por el mismo motivo de consulta a la misma clínica. En ese momento, el niño ingresa al servicio de urgencias estable, afebril, con requerimiento de oxígeno. Después del examen de ingreso, fue examinado por médico residente de la urgencia pediátrica, quien constata al examen pulmonar disminución de murmullo del hemicampo izquierdo y crépitos a izquierda asociados a sibilancias y abundantes estertores, retracción positiva, y sin cianosis. El facultativo luego ordena, entre otros, exámenes infecciosos, esto es, hemograma, PCR y gases, electrolitos plasmáticos y, radiografía de tórax. Además, indica administración de medicamentos, a señalar corticoides (hidrocortisona) endovenosa y nebulizaciones de salbutamol por tres veces.

Pocos minutos más tarde, el médico acude al llamado de enfermera, quien refiere paciente descompensado en contexto de administración de medicamentos indicados, hidrocortisona, se suspende infusión y se evalúa que presenta signos de *shock*, esto es, palidez, taquicardia, hipotensión y compromiso de conciencia, por lo que se pasa a box de reanimación y se administra bolo de suero fisiológico y se contacta a residente de piso de hospitalización.

El niño presenta convulsión por lo que se administra dosis de benzodiacepina y evoluciona con hipotensión y desaturación que no mejora, con ventilación a presión positiva y oxígeno asociado a bradicardia, llegando a paro cardio respiratorio.

Se procede a realizar protocolo de reanimación cardio pulmonar, paciente persiste en asistolia apoyándose con drogas vasoactivas con lo que se logra estabilidad hemodinámica para su traslado a la unidad de cuidados intensivos, donde continúa su manejo.

Paciente con mala evolución, finalmente fallece en el mismo centro médico.

## DERECHO

Sin perjuicio del relato previo, y a lo largo de la investigación del ministerio público, se logra establecer que el actuar, tanto de la enfermera y la técnico en enfermería, no se ajustaron a los protocolos internos de la clínica, ni tampoco a la práctica médica habitual.

El médico tratante del niño, al entregar las indicaciones de toma de exámenes y administración de medicamentos, se retira del box y acude a la atención médica de otros pacientes en el servicio de urgencia. Por lo que la enfermera acude a la preparación de los medicamentos en jeringas separadas, pero sin rotular, es decir, sin identificar los medicamentos que cada una de ellas contenía. Al momento de puncionar para sacar sangre, también instalan una vía mariposa para el paso del suero indicado. Para tomar la muestra de sangre, solicita ayuda a la técnico en enfermería, se logra la extracción de las muestras de sangre y la enfermera sale del box para dejarlas en el lugar destinado a ello en la clínica, pero previo a la salida del box se percata que el suero no está pasando; la técnico en enfermería verifica la permeabilidad de la vía venosa y luego toma una de las jeringas e inyecta parte de su contenido, lo que ella pensaba era el suero. Mientras pasaba el medicamento, entra la enfermera, quien presencia la actividad de la técnico en enfermería y le dice que deje de hacerlo; ante ello la técnico aspira o extrae lo administrado hasta que sale sangre. Según lo que se señala en el contenido de la sentencia, habría pasado 1 cc del contenido de una de las jeringas, pero tal como se señaló previamente, las jeringas no estaban rotuladas con especificidad de los medicamentos que ellas contenían. Por lo tanto, no hay certeza de si lo administrado fue el salbutamol y el suero o la hidrocortisona. Sin perjuicio de lo anterior, y acto seguido, se administra igualmente el contenido de la segunda jeringa.

El paciente se descompensa, la enfermera indica a la técnico en enfermería que traiga un monitor al box, se monitorea y se da aviso al médico de la descompensación, mas no de la cuestionada administración de medicamentos.

La enfermera no cumple, no sólo con las indicaciones médicas, sino tampoco con los protocolos vigentes en la clínica a la fecha de los hechos, tanto para el personal de enfermería, lo mismo ocurre con los protocolos vigentes y orientaciones para los técnicos en enfermería.

Desde un punto de vista de las responsabilidades, el estándar médico deseable en una atención de salud, o también conocido como *lex artis* y según la definición que podemos encontrar en la misma sentencia, es “aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”, definición que se analiza y además menciona y lo hace parte de la misma. Se plasma en ella qué se entiende por este concepto, pero además también se considera parte de la ley del arte médico a las guías y protocolos vigentes vinculadas al caso concreto.

Se argumenta por el sentenciador que el actuar negligente ocurre no sólo por la acción misma, infracción al deber de cuidado, habiendo faltado a este deber no se percató, o habiéndose percatado no lo comunica.

El deber de cuidado en este caso no sólo se entiende a partir de la esperada práctica médica, deseable para el caso concreto, sino también en los protocolos vigentes, en este caso para el profesional médico relacionado con su área de expertise, también se extiende a las enseñanzas recibidas en su formación profesional y ética.

En específico, esta clínica además de estar acreditada en calidad desde el año 2014, disponía de un protocolo llamado “Protocolo para la prevención de errores de medicación”, cuyo contenido, según se explica, pretende disminuir el riesgo de eventos adversos asociados a procesos asistenciales, específicamente a la administración de medicamentos. Además de ello, las orientaciones pertinentes al efecto y que se acredita en el proceso de investigación y durante el juicio que ambas participaron en ello. Y también, en este mismo contexto, ante un error en el actuar médico o en el contexto de la salud, se debía proceder a la notificación del evento adverso.

En lo atinente a este análisis de los incumplimientos de protocolos vigentes, hace responsable a la enfermera de los “cuatro yo”, esto es: yo preparo los medicamentos, yo administro los medicamentos, yo registro los medicamentos (rotulo) y yo monitoreo al paciente; y los “cinco correctos”, esto es: paciente correcto, medicamento correcto, dosis correcta, vía correcta, momento adecuado; y a la técnico en enfermería al incumplimiento respecto de su actividad sólo asistencial y que sólo le permite excepcionalmente la administración de medicamentos en algunos casos, pero que en el particular no le estaba permitido.

## RESOLUCIÓN

En concepto del Tribunal Oral en lo Penal se logran acreditar en juicio tres conductas cuestionables:

1. La preparación de un medicamento sin rotular por parte de la enfermera.
2. La administración del contenido de una jeringa, sin haberla preparado, por lo tanto, desconociendo su contenido, y además sin estar facultada para ello, por parte de la técnico en enfermería.

3. No comunicar ninguna de las acusadas el evento adverso al personal médico que trabajaba en la reanimación del paciente.

A criterio del tribunal se configura en este caso el delito de homicidio imprudente y para ello cita la sentencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 7070-2007.

Dicho esto, en el apartado décimo quinto de la sentencia, el Tribunal Oral en lo Penal establece la responsabilidad de las acusadas, no sólo en base a la ley específica para el caso concreto o *lex artis*, sino que da argumentos de por qué se tuvieron en cuenta reglamentos y protocolos atinentes al caso, hubo una infracción al deber de cuidado.

Para ello cita a Juan Ignacio Rosas Oliva, quien da una definición de *lex artis*: “aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”... en la doctrina hay quienes le reconocen cierta función orientativa del contenido de la *lex artis* a los códigos de ética profesional, a los protocolos clínicos y a las guías médicas... Atendida la diversidad de supuestos y condiciones en las que se puede ejecutar un tratamiento médico-quirúrgico, la infracción del deber de cuidado no puede identificarse a priori con el solo apartamiento de las reglas técnicas que reconoce la comunidad científica médica (*lex artis*), y tampoco excluirse tal infracción por darse cumplimiento a las mismas” y explica que finalmente hubo de parte de las acusadas una falta al deber de cuidado al no ceñirse a lo establecido en los protocolos conocidos por ellas, pero no sólo a ellos sino que hace referencia, además, a que la norma del artículo 492 del Código Penal, la que debe extenderse a las instrucciones y similares de un arte o ciencia contenidas en un texto escrito, y para ello se cita a Lautaro Contreras Chaimovich y su publicación del año 2019.

De esta forma, el tribunal explica la institución de la imputación objetiva del daño causado, señalando que la infracción a la *lex artis* aplicable al caso, configura la infracción al deber de cuidado ocasionado, por el hecho de ser ellas pertenecientes a un *staff* de *expertise*, debido a los conocimientos profesionales de su área, ocasionando un daño irreparable y, por lo tanto, sancionable jurídicamente.

Luego, en el apartado décimo octavo, explica en términos de la pedagogía legal, qué se entiende por relación de riesgos o imputación objetiva del resultado. Para ello explica que deben darse tres requisitos y así configurar que la acción del autor pueda imputarse a él en relación al resultado.



En primer lugar, que el resultado haya sido causado por el actor, que su actuar esté íntimamente ligado al resultado;

Segundo, que el actor con su actuar haya ocasionado peligro o incrementado un riesgo jurídicamente cuestionado o sancionado en el ordenamiento jurídico;

Y, por último, que el resultado sea consecuencia directa del riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, si quien comete el acto con resultado cuestionable jurídicamente, aun cuando se considera riesgoso y se realiza y se produce el resultado cuestionable, entonces se imputa a quien lo realizó.

En el caso concreto, el sentenciador analiza qué hubiese sucedido si las acusadas hubiesen cumplido con el deber de cuidado.

Si las acusadas hubiesen dado cumplimiento a lo preceptuado en el protocolo de la clínica, protocolo de prevención en la administración de medicamentos, se hubiese obtenido un resultado distinto a la muerte del paciente o se trataría de un riesgo indebido e igualmente castigable, pero en la esfera de lo tolerable, es decir, un actuar culposo.

Por otro lado, si fuera altamente probable que el resultado típico no hubiese ocurrido, si las acusadas hubiesen actuado en base al deber de cuidado, entonces es dable concluir que el daño es atribuible al actor/actoras por no haber cumplido con el cuidado debido.

A propósito de la consideración de la exclusión de imputación en casos de riesgo permitido, Remix señala que aun cuando se haya creado el concepto de riesgo jurídicamente relevante, la imputación debería excluirse si se trata de un riesgo permitido.

Distintos sectores de la doctrina lo han analizado, y no hay consenso ni claridad absoluta, sólo grises.

Algunos hablan de la adecuación social y exclusión del tipo (Welzel), esto es, que las acciones que se realizan en el ámbito ético social de la vida en comunidad, y que son socialmente adecuadas, no pueden subsumirse en el tipo. Y da, entre otros, el ejemplo de que la entrega de un pequeño regalo de fin de año a un cartero, no debe ser considerado como un tipo penal, por ser una conducta socialmente aceptada. Esta teoría ha cambiado en el tiempo, incluso el mismo autor la ha considerado como base de justificación del derecho consuetudinario, y luego nuevamente como restricción del tipo penal. En el ámbito jurídico penal sólo es causal una conducta que es tendencia general a provocar el resultado típico.

Otros hablan del consentimiento en el actuar imprudente, esto es, el provocar a otro a realizar una conducta imprudente o riesgosa, y el otro por su parte toma la decisión de hacerlo. ¿Es castigable el incitador por su intención? Según esta tendencia, no (derecho alemán).

La consideran también como un principio estructural común de diversas justificaciones, por ejemplo, el caso del médico que viene regresando de un viaje contagiado de una enfermedad y, sin embargo, no toma las precauciones para verificar su diagnóstico y abstenerse de realizar atenciones médicas. Consecuencia de ello resultan contagiados de la misma enfermedad otros médicos y personal de salud. Aquí vemos un riesgo no permitido y que genera consecuencias castigables por el acto imprudente.

Otras no consideran el riesgo permitido en caso de delitos cometidos con dolo, considerándosele sólo en los casos de delitos imprudentes o negligentes.

La sentencia habla de los riesgos permitidos y considera la actividad médica, la industria farmacéutica y otras como actividades de riesgo pero que sin las cuales no sería posible la vida social. Claro ejemplo de ello es la actividad profesional desplegada durante los años 2020 y 2021 con la pandemia mundial del COVID por la medicina mundial y que sigue teniendo consecuencias hasta ahora, pero que sin ellos la salud de la población mundial sería muy distinta.

Remix a su vez trata la realización del riesgo no permitido y la teoría del incremento del riesgo, que a su vez fue considerado en el apartado décimo octavo de la sentencia. Señala que la discusión está dada a propósito de si se debe adjudicar el resultado de una conducta, si el actor hubiese adoptado una actitud distinta a la realizada y, consecuencia de ello, el resultado es altamente probable que hubiese sido evitado.

## CONCLUSIONES

En la sentencia se concluye finalmente, en esta parte, que si tanto la enfermera como la técnico en enfermería hubiesen dado cumplimiento a las normas del caso, entonces el resultado no habría sido la muerte del niño.

No se cuestionan en parte alguna las decisiones médicas adoptadas por el médico pediatra. Él fue representado por FALMED, asesorado en lo jurídico desde el inicio de la investigación y hasta la realización del juicio oral en lo penal.

El tribunal concluye que durante la estadía del niño en la clínica y antes de las conductas cuestionadas, no hubo antecedentes médicos de empeoramiento en el estado de salud más allá del motivo de ingreso, esto es, el cuadro respiratorio además de tos y fiebre.

Se marca un antes y un después a contar del actuar de las acusadas en relación con la condición médica del paciente y su desenlace.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Civitas Ediciones.

# IMPUTACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA: ANÁLISIS Y COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Paulina González Guzmán<sup>121</sup>

Abogada Falmed, Unidad Penal, Udegen, Santiago

## INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas hemos sido testigos de una marcada tendencia hacia la judicialización de los conflictos suscitados en sociedad, donde el ejercicio de la medicina no ha quedado exento de ello, lo que puede constatarse en el creciente número de acciones judiciales seguidas contra facultativos, tanto en sede civil como penal, a través de la presentación de demandas o querrelas y denuncias, respectivamente. Lo anterior ha traído como consecuencia una serie de desafíos para el ejercicio de la medicina y cambios en la relación médico-paciente.

Ante este escenario, el presente comentario de jurisprudencia tiene por objeto analizar el tipo penal imputado en materia de negligencia médica y los elementos que lo integran, con el propósito de establecer un marco teórico conceptual que servirá de base para establecer cómo nuestros Tribunales de Justicia han aplicado estas normas en sus resoluciones, a la luz del análisis de una sentencia.

---

121 Área de práctica: Unidad Penal, Negligencia Médica y Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad Adolfo Ibáñez, Mención en Derecho Penal. Diplomado en Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Penal Sustantivo Parte General, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Litigación Penal Avanzada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Alegatos en Tribunales Superiores de Justicia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Debido Proceso, Universidad de Chile. Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación, se analizará una sentencia absolutoria dictada en juicio oral, seguido por cuasidelito de homicidio cometido por profesionales de la salud; primero se hará una síntesis de los hechos para contextualizar el caso, para posteriormente realizar una revisión de los aspectos jurídicos más relevantes a tener en consideración y, por último, se ofrecerán conclusiones en relación a lo estudiado.

## HECHOS

Paciente de seis años de edad que consulta por dolor abdominal persistente en un consultorio donde fue atendida por médico general, quien dispone inicialmente hidratación y observación; la paciente se mantenía con dolor, por lo que se indica administración de viadil, una ampolla y media, es decir, 50 cc, suero solución salina 250 cc, no obstante, persiste la misma sintomatología, por lo que se dispone el traslado de la paciente a un centro de mayor complejidad para realizar exámenes de urgencia, elaborándose la respectiva hoja de interconsulta, donde se informa en concreto diagnóstico de dolor abdominal en estudio de aproximadamente cinco horas de evolución, observación de apendicitis aguda, sin otra sintomatología asociada.

Alrededor de 40 minutos más tarde, la paciente ingresa al Servicio de Urgencias del hospital al que fue derivada con la respectiva hoja de interconsulta, siendo atendida en ese contexto por el médico que se encontraba de turno, contra quien se sigue el proceso en el caso en estudio. Tras ser evaluada por el facultativo, se consigna en el dato de atención de urgencia que la menor se encontraba sin fiebre, vómitos ni diarrea, abdomen blando, depresible, blumberg negativo, indicándose como tratamiento la administración de viadil dos ampollas y 200 cc de suero fisiológico. Posteriormente la paciente es dada de alta a su domicilio con indicación de viadil forte en caso de dolor.

Dos días después, en horas de la madrugada, la paciente vuelve al mismo centro asistencial donde ingresa fallecida. Se realiza autopsia por el Servicio Médico Legal, la cual determinó que la causa de muerte correspondía a una enterocolitis aguda hemorrágica, de tipo infeccioso y septicemia.

A juicio del Ministerio Público los hechos recién descritos se enmarcaban en un cuasidelito de homicidio, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 490 N° 1, 490 inciso primero, en relación al 391 N° 2, todos del Código Penal,

atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor, según lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

En lo pertinente, señala el Tribunal en su fallo lo siguiente, “*Los persecutores, según se desprende de la acusación, le atribuyeron al encartado, como infracciones a la práctica médica habitual en la atención a la menor: a.- No practicarle exámenes de ningún tipo, tal como venía sugerido en la hoja de interconsulta, realizando solo un examen clínico, b.- Haber suministrado a la menor, el fármaco Viadil, no obstante habersele previamente proporcionado este medicamento. Asimismo, haberle suministrado dosis mayores del mismo o por sobre lo que recomienda el fabricante para la edad de la paciente, de modo que el medicamento habría ocultado la hemorragia y los síntomas del cuadro que estaba cursando aquella, c.- No haber derivado a la víctima a un Hospital de mayor complejidad, y d.- Haber dado de alta a la paciente de forma prematura*”.

## ANÁLISIS JURÍDICO

El ordenamiento jurídico penal chileno contempla figuras imprudentes asociadas a la responsabilidad médica, así puede mencionarse en primer término el artículo 491 inciso primero del Código Penal, el cual contiene la figura típica de cuasidelito de negligencia médica, que se encuentra regulado a partir de lo dispuesto en el artículo 2 del recién mencionado cuerpo legal, norma del siguiente tenor “*las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importaría un delito, constituyen cuasidelito solo si hay culpa en el que las cometiera*”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 490, que a su turno establece que “*el que por imprudencia temeraria, ejecutara un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito será penado...*”, es decir, se trataría de una figura penal especial, que en el ámbito de la imprudencia, sancionaría la inobservancia del autor de un deber de cuidado especial, esto es, sin que medie dolo o malicia. En el contexto del ejercicio de la medicina, el recién aludido deber de cuidado se encuentra determinado por la denominada *lex artis*.

En el fallo sometido a estudio, el Tribunal ofrece una definición de qué puede entenderse por *lex artis*, elemento clave en el tipo penal en estudio y fundante de la atribución de responsabilidad, señalando al respecto “*Se entiende por lex artis, según los autores, la suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos, que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico sanitaria. No obstante, este concepto es ambiguo, ya que en medicina es difícil determinar en cada caso qué es una actuación correcta, dado que no es una ciencia exacta, y siempre puede surgir*

*lo imprevisible y lo fortuito. Por lo tanto, se trata de un concepto eminentemente dinámico, sometido a un constante proceso de evolución y cambio, porque continuamente se está redefiniendo lo que es científicamente correcto.*

*Por lo tanto, determinar si un médico en un caso concreto, actuó o no ajustándose a la lex artis médica, es un juicio técnico que supone conocimientos en dicha ciencia”.*

Se aprecia también en el cuasidelito que examinamos, que aplica a un sujeto activo especial, es decir, podrán ser autores únicamente “*el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona*”, quienes serán responsables si causaren un mal por negligencia culpable en el desempeño de su profesión.

Continuando con el estudio de esta figura culposa, corresponde referirse brevemente a su penalidad, el inciso primero del antes mencionado artículo 491 hace una remisión a lo prescrito en el artículo 490, el cual establece la sanción general aplicable a los cuasidelitos o delitos culposos, que importan crimen o simple delito. El precepto recién aludido realiza distinciones para efectos de determinar la pena aplicable a un supuesto u otro, pudiendo establecerse que, si el mal causado debido a la negligencia culpable en el desempeño profesional constituyese un crimen, como ocurriría en el caso de muerte o lesiones graves, la pena aplicable corresponde a reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, vale decir, un rango de tiempo que oscila entre 61 días a tres años. Si en cambio el mal causado fuese de aquellos calificados como simples delitos por el código, como sería el caso de las lesiones leves, la sanción aplicable será la de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, esto es, 61 a 540 días.

Todo lo señalado anteriormente se traduce en una serie de consecuencias desde la perspectiva procesal, ya que conforme a los rangos de penas antes descritos, en la práctica por operación de distintas reglas del sistema, resulta improbable la aplicación de la pena en su mayor magnitud o incluso de una pena privativa de libertad cuyo cumplimiento sea efectivo, especialmente si se tiene en cuenta la concurrencia de circunstancias atenuantes, de lo que resulta en la práctica que tenga lugar la aplicación de una pena sustitutiva en verificación de lo dispuesto en la Ley N° 18.216, esto enfrentados a un escenario de juicio cuyo veredicto sea condenatorio, toda vez que nuestro sistema procesal penal establece la posibilidad de dar curso a una serie de salidas alternativas que ponen término de forma anticipada a la persecución penal en este tipo de delitos.

Luego de estas consideraciones generales sobre la materia, corresponde pasar al análisis concreto sobre la imputación del injusto en la responsabilidad

profesional médica, para determinar qué han entendido nuestros tribunales en relación a la pregunta de qué es lo que se imputa y cuáles son los requisitos y estándares establecidos para subsumir una conducta y un resultado a la figura típica cuasi delictual.

Resulta evidente que en el área de la responsabilidad médica se torna difícil determinar lo antijurídico, entendido este concepto como la contravención del derecho o lo mandatado por la norma, sumado a la inexistencia de causales de justificación, y la afectación del bien jurídico protegido, en el caso de los cuasidelitos que se analizan este corresponde a la vida humana independiente, la salud o integridad corporal.

La dificultad antes esbozada surge a partir de la consideración de la actividad médica como inherentemente riesgosa, no obstante, dichos riesgos se asumen en virtud de la función curativa perseguida por el acto médico, en este sentido y como se verá a continuación, nuestros tribunales han establecido una serie de requisitos con el propósito de determinar cuándo estaremos frente a una circunstancia que excede la esfera del riesgo permitido, así la Corte Suprema, en un pronunciamiento de 15 de septiembre de 2008 (Rol: 7070-2007), determina que para la configuración del tipo penal se requiere: *“comportamiento voluntario; “resultado antijurídico”; previsibilidad del resultado; obligación de preverlo y relación causal entre la conducta y el “resultado típico”.*

El ente juzgador señala en lo pertinente sobre este punto *“Que primeramente se hace necesario subrayar la complejidad que la doctrina reconoce respecto de los tipos penales culposos, complejidad que descansa en el hecho que, a diferencia de los tipos penales dolosos, y citando al efecto una autorizada opinión en la materia (Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, septiembre 2005) no suponen la descripción de un hecho aislado sino tan sólo de situaciones inculinatorias que, fundadas en necesidades sociales y de justicia, producto de la vida de relación, “cumple(n) la tarea de precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de dirección final de que el hombre medio es capaz, a causa de la cual debe considerársela injusta”.*

Para delimitar el ámbito de lo juzgado el tribunal en el fallo citado establece en su considerando sexto lo siguiente *“Que la figura contemplada en el artículo 491 del Código Penal, contiene el llamado cuasidelito de los facultativos, que exige para su configuración una negligencia culpable en el desempeño de sus profesiones al médico, cirujano, flebotomiano o matrona y que por ello causaren un mal a las personas. Sujeto activo son exclusivamente las personas señaladas. Desde el punto de vista subjetivo, basta la “negligencia culpable” en su inciso 1° y “descuido culpable” en el segundo. Cabe*



*preguntarse qué quiso decir el legislador con “negligencia culpable”; dentro del sistema jurídico penal toda negligencia es una forma de culpa, vale decir, toda negligencia es culpable”.*

En síntesis puede establecerse que para incurrir en la figura culposa que se analiza se requiere que concurren una serie de circunstancias, así al tratarse de un tipo penal especial es necesario que el autor tenga el título de médico cirujano y que el hecho se haya cometido en el ejercicio de su profesión, es menester también que dicho actuar cause un mal fuera de la esfera del riesgo permitido, es decir, un resultado que debe haber sido previsible y ocurrir como consecuencia de la infracción de un deber de cuidado, a causa de un actuar negligente del facultativo o impericia, y que medie entre ambos, esto es, acto culposo y resultado, una relación de causalidad directa y precisa, debiendo excluirse la posibilidad de que otros factores hayan incidido en la producción del mal, todo lo cual debe ser consecuencia además de un comportamiento que falte a la *lex artis* médica.

En estos términos se ha planteado igualmente por la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N° 6585-2006, estableciendo que son requisitos copulativos del tipo penal en análisis: 1.- *Que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión*, 2.- *Que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente*, 3.- *Que el médico haya actuado con negligencia culpable* y 4.- *Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante*.

En el plano de la tipicidad objetiva, los tipos culposos requieren una infracción de un deber de cuidado, a través de una acción u omisión culposa que excede la esfera del riesgo permitido y se concreta en un resultado. La *lex artis* médica es un elemento central en el tipo objetivo en estos delitos. En cuanto a la imputación objetiva, se requiere que esta pueda atribuirse normativamente al actuar imprudente, para determinar este aspecto puede recurrirse a una supresión mental hipotética, por medio de la cual podrá establecerse si el resultado es consecuencia de la acción del agente, lo que ocurrirá al constatarse que de haberse observado el cuidado exigido por la Ley, el resultado no se hubiese verificado.

En el fallo que analiza este comentario jurisprudencial, el tribunal se hace cargo de cada uno de los elementos recién esbozados para efectos de arribar a su decisión absolutoria, señalando *“Que aquí, parece necesario recordar que el tipo penal en análisis precisa **la infracción de un deber de cuidado**, dirigido en el caso del artículo 491, inciso primero del Código Penal, a personas que, por ejercer una profesión en sí misma riesgosa, están sometidos a un deber más estricto de evitar las consecuencias indeseables que pudieran derivar de la práctica de aquella. Dicho concepto de negligencia*

*o descuido culpable, se identifica en el área de la responsabilidad médica, con una infracción a la **lex artis***".

Nuestros tribunales superiores de justicia han ofrecido también definiciones del concepto *lex artis*, pudiendo citarse al efecto a la Excma. Corte Suprema, "Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlos. En otra forma el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y por tanto la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica" (Excma. Corte Suprema, 19 de enero 2005, Rol: N° 9-2003).

Pasando a otro de los requisitos señalados en los fallos antes transcritos, corresponde ahora referirse a la imputación del resultado, para lo cual se exige la concurrencia de una relación de causalidad, es decir, no basta la mera producción de un resultado, sino que se necesita que sea producto de la creación de un riesgo no permitido, debe mediar entre ambos una relación directa no sólo desde lo fáctico, sino que también en el plano jurídico.

En relación a la imputación del resultado, se observa otro requisito adicional en los fallos estudiados, esto es, la previsibilidad asociada al mismo, de forma tal que puede sostenerse que la infracción de un deber objetivo de cuidado por sí sola, —aunque se concrete en un resultado— no logra satisfacer las exigencias de imputación en el contexto de la imprudencia, requiriendo adicionalmente que este fuese susceptible de ser previsto por el autor.

Lo anterior puede verse ilustrado en el razonamiento manifestado por el tribunal en uno de los fallos analizados, al señalar en su considerando undécimo lo siguiente: "el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto. La previsibilidad, en efecto, es el límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es el suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario". De esta forma, puede establecerse que, si un médico no prevé las consecuencias lesivas que pueden derivarse de su actuar, siendo estas de aquellas que efectivamente eran previsibles, es posible imputarle su producción.

En otros términos, no existirá un deber subjetivo de cuidado en la medida en que el facultativo no cuente con la posibilidad de conocer los riesgos de su actuación. Para entender lo recién señalado de mejor manera puede citarse a la Excma. Corte Suprema Rol 2285-10, de fecha 10 de marzo de 2011, donde se

expresa: “La prudencia consiste en actuar con reflexión y precaución para evitar posibles daños, dispone la razón práctica para discernir el bien y elegir los medios justos para realizarlos. Ante una situación concreta se debe antes que todo reflexionar, analizar y tomar luego la decisión correcta. Si se actúa con prudencia, se controlan los riesgos, pues se actúa razonando y usando la lógica, de esta manera se medita y prevén los posibles actos perjudiciales que puedan surgir. Prever es la capacidad de ver con anticipación el resultado futuro aproximado de una acción ejecutada. Prevenir es tomar todas las medidas necesarias para que un resultado dañoso no se produzca. La imprudencia, según RAE, temeraria, inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, lleva a ejecutar hechos que, de mediar malicia en el actor, constituirían delitos. En medicina la imprudencia temeraria es una acción que se realiza a pesar o sin considerar el resultado adverso, lo que ocasiona el daño en el enfermo. Según **Raúl Sepúlveda Olivares**, (Los cuasidelitos penales, Univ. Catol. Concep. 2003) si las reglas de la *lex artis* como la reglamentación específica dada por la autoridad, se observan, no habrá responsabilidad por imprudencia, cuando el riesgo o más bien el daño se verifiquen”.

En el razonamiento de los jueces esta circunstancia aterrizada al caso en concreto se manifiesta de la siguiente manera, “Que, por otro lado, y a mayor abundamiento, aun cuando el tribunal hubiese tenido por acreditado que la conducta del médico constituyó una infracción a la *lex artis*, tampoco se encuentra probado fehacientemente la previsibilidad del resultado típico, por cuanto de las conclusiones de las pericias médicas con las que se contó, se obtuvo que los padecimientos que determinaron el fallecimiento de la víctima, fueron **imprevisibles**, no teniendo el acusado al momento de su actuación, posibilidad alguna de representarse aquel cuadro, siendo apreciada por los expertos, como una situación atípica”.

Otro de los elementos que resulta oportuno revisar dice relación con el necesario vínculo causal que debe mediar entre la acción desplegada por el facultativo y el resultado lesivo, en el caso en estudio el tribunal prescinde del establecimiento del nexo causal al haber descartado la concurrencia de un actuar negligente y la estimación de que el resultado no era previsible, como se observa en la siguiente cita: “Que, así las cosas, además de no probarse que el acusado estaba en posición de prever el resultado típico, es decir la muerte de la paciente, de acuerdo a la prueba rendida, se puede concluir que tampoco pudo concebir o representarse las afecciones que finalmente causaron su fallecimiento. De este modo, no habiéndose acreditado un actuar negligente y culpable de parte del acusado, sumado a que tampoco era previsible el resultado típico, inútil resulta buscar una relación de causalidad con dicho resultado mortal”.

Cabe destacar que cobra especial importancia en este tipo de delitos la prueba pericial, en tanto, este se presenta como el elemento probatorio que

por antonomasia determina la concurrencia o no de faltas a la *lex artis* en un caso concreto, para valorar la conducta de un médico y su responsabilidad profesional. Así se aprecia en el considerando décimo tercero al expresar los sentenciadores *“Que por definición la prueba pericial consiste en el dictamen de personas versadas en una ciencia, en un arte, o en un oficio con el objeto de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no puede ser demostrada sino por medio de conocimientos científicos o técnicos. Y en este juicio los peritos médicos han tenido especial trascendencia, precisamente por ser los especialistas en la materia discutida, y quienes han aportado esos conocimientos de los que precisa este tribunal para tomar su decisión”*.

Es menester señalar que acorde a lo dispuesto en nuestro Código Procesal Penal las pruebas serán valoradas con libertad por el tribunal, con los límites establecidos en el artículo 297 del recién mencionado cuerpo legal, sobre esto los sentenciadores señalan en su considerando décimo tercero en relación al caso enjuiciado y la valoración de la prueba pericial rendida que *“se ha advertido que los peritajes de la defensa se han efectuado con seriedad; por personas idóneas; que sus conclusiones tienen justificación técnica, obedecen a un razonamiento lógico y fueron expuestas con claridad; apreciándose imparciales. Con respecto a este último aspecto, el Fiscal esbozó que los peritos que declararon por la defensa obraron con “una solidaridad mal entendida”, sin embargo, ello no pasó de ser una afirmación carente de prueba, manifestada, se entiende, porque todos los peritos, al igual que el acusado, son médicos; pero ello no los descalifica per sé, debiendo detenerse el tribunal a razonar en torno a la rigurosidad de sus pericias, las que, como se dijo, se erigieron como informes confiables, que en definitiva consiguieron instalar en el tribunal una duda razonable que impide condenar”*.

## RESOLUCIÓN

El tribunal arriba a una decisión absolutoria por considerar que no se acreditaron con la prueba rendida la concurrencia de los elementos antes descritos, no pudiendo derrotarse por el persecutor la presunción de inocencia que recae sobre el acusado, en tanto las imputaciones contenidas en la acusación no se probaron más allá de toda duda razonable en los términos exigidos en el ordenamiento jurídico penal nacional; al respecto destaca lo manifestado por los juzgadores en el considerando undécimo al señalar que *“así las cosas, considerando que la prueba de cargo incorporada en el juicio no ha logrado vencer el estándar de convicción contenido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, acorde con el cual nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una*

*participación culpable y penada por la ley y existiendo dudas importantes basadas en la razón, que surgen tanto de las contradicciones existentes en la prueba y la falta de ésta, debe decidirse a favor del acusado, por cuanto una condena exige que el tribunal esté convencido tanto respecto de la comisión del hecho punible como de la participación que en él le ha cabido a aquel, lo que en este caso no ocurre. Así las cosas, como lo ha señalado la doctrina, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la presunción de inocencia establecida en la ley, en la Constitución y en los tratados internacionales, todo ello en virtud del principio in dubio pro reo, como manifestación de la presunción de inocencia”.*

## CONCLUSIONES

De lo recién expuesto puede mencionarse, a modo de conclusión, que surgen dificultades relevantes a la hora de determinar el cuidado debido en la práctica en un caso concreto, especialmente si se considera la multiplicidad de factores que inciden en dicha determinación; en la realidad interfieren circunstancias como los recursos con que se disponga en el centro asistencial, la dificultad asociada al establecimiento de un diagnóstico desde la perspectiva de la sintomatología presentada por el paciente, las particularidades de la atención misma, sea esta programada o de urgencia, son algunos de los ejemplos que dan cuenta de esta situación. Para la determinación de este estándar en el caso de los delitos asociados al ejercicio profesional médico es indudable el rol fundamental que juega la prueba pericial como mecanismo para delimitar el deber de cuidado en el caso concreto.

Definir cuál es el cuidado debido y la *lex artis* aplicable es una cuestión de resolución “casuística” en alguna medida, y que por tanto debe determinarse en función del caso en particular, atendiendo a cada circunstancia involucrada; para explicar esto con mayor claridad puede recurrirse a la jurisprudencia comparada, en particular a lo señalado por el Tribunal Supremo español en su sentencia del 11 de marzo de 1992, que circunscribe cuáles son los lindes ontológicos de la llamada *lex artis*, donde se afirma lo siguiente: “*Que se entiende por lex artis ad hoc, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina—ciencia o arte médica—que tienen en cuenta las especiales características de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos—estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma institución sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios*

*prestados y, en particular de la posible responsabilidad de su autor/ médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)...”*

Del examen de los fallos antes citados y la doctrina, es posible establecer en suma, que en el ámbito de la responsabilidad médica para efectos de la imputación, habrán de verificarse una serie de elementos, que constituyen requisitos de carácter copulativo, a saber, conducta típica, resultado lesivo, existencia de una relación de causalidad entre ambos, de conformidad al supuesto previsto en el tipo penal, lo que a su vez deberá concretarse en la creación de un riesgo prohibido que exceda el ámbito determinado por el cuidado debido, fijado en la materia por la *lex artis*, de tal entidad que afecte o vulnere el bien jurídico protegido por la norma, todo lo cual debe haber sido previsible, en términos de que no corresponda a un caso fortuito.

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, RUC N° 1200280858-5, RIT: 188-2018, 26 de diciembre de 2018.
- Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1600838058-2, RIT N° 10273-201615 de septiembre de 2022.
- Juzgado de Garantía de Coyhaique, RUC N° 1610035008-8, RIT N° 2318-2016, 27 de enero de 2021.
- Juzgado de Garantía de Chillán, RUC N° 1310035098-4, RIT N° 6868-2013, 16 de junio de 2017.
- Excma. Corte Suprema, Rol 7070-2007, 15 de septiembre de 2008.
- Excma. Corte Suprema, 19 de enero 2005, Rol: N° 9-2003.
- Tribunal Supremo español, 11 de marzo de 1992.
- Excma. Corte Suprema Rol 2285-10, de fecha 10 de marzo de 2011.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cury Urzúa, Enrique (1981). *Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos*. Revista de Ciencias Penales.
- Garrido Montt, Mario (1986). *Responsabilidad del médico y la jurisdicción*. Revista Chilena de Derecho. T. XIII, pp. 281-288.

- Kunsemüller, Carlos (1986). *Responsabilidad penal del acto médico*. Revista Chilena de Derecho. T. XIII, pp. 259-269.
- Puppe, Ingeborg (2006). *División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*. Traducción de Nuria Pastor. InDret, N° 4, 13 p.
- Vargas Pinto, Tatiana (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Van Weezel, Alex (1999). *Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes*. Revista Chilena de Derecho. N° 2. Vol. 26, pp. 323-336.
- Politoff L, Sergio / Matus A., Jean Pierre / Ramírez G., María Cecilia (2003). *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustos, Grisolía y Politoff, *Derecho Penal Chileno Parte Especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile.







FALMED

[www.falmed.cl](http://www.falmed.cl)

La Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A. G. en sus casi 30 años, ha sido un pilar fundamental en la defensa de los médicos y médicas de nuestro país. Esta experiencia la reflejamos en nuestras anteriores publicaciones Derecho Médico I y II, y ahora en nuestra nueva obra, Derecho Médico III. Este libro es una obra que examina la jurisprudencia relacionada con el ejercicio de la medicina.

Nuestros autores, todos abogados pertenecientes a Falmed, abordan temas cruciales como la responsabilidad del médico, el consentimiento informado, las obligaciones médicas, entre otros. Cada caso se examina desde múltiples perspectivas legales y éticas, proporcionando una visión completa de los temas jurídicos en el ámbito de la medicina.

Esta nueva publicación es lectura imprescindible para todos los médicos y médicas que deseen profundizar en la comprensión de las implicancias legales en el ejercicio médico y se convierte en una herramienta valiosa para el análisis crítico de la jurisprudencia, permitiendo una mayor claridad en la aplicación del derecho en el campo de la medicina.

*"Desde sus orígenes, en el año 1994, nuestra Fundación de Asistencia Legal ha buscado ser un aporte desde nuestro gremio a una mejor práctica médica, con apego a la lex artis, para ejercer una medicina más segura, en beneficio de nuestros y nuestras pacientes y de quienes ejercemos esta profesión".*

**Patricio Meza Rodríguez**

Presidente  
Colegio Médico de Chile A.G.

*"El primer tomo buscaba traspasar, desde una perspectiva eminentemente jurídica, la experiencia y trabajo de años de nuestro equipo de abogados y de la fundación. El segundo tomo buscó acercar el derecho médico a los profesionales de la salud, en particular, a los que ejercemos la medicina, y nuestro tercer tomo recoge la experiencia y conocimiento basado en fallos, los cuales, analizados por las abogadas y abogados de la fundación, expertos en la materia, se transforman en conocimiento pertinente y útil para el buen ejercicio del trabajo médico".*

**Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas**

Presidente  
Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile Dr. Kléber Monlezun Soto

*"...el médico deberá capacitarse para actuar, teniendo en cuenta la legalidad vigente en temas abordados en la presente publicación de Falmed, tales como la información necesaria para obtener un consentimiento informado válido, requisitos para otorgar una licencia médica..."*

**Dra. Marta Colombo Campbell**

Neuropediatra  
Profesora titular Universidad de Chile  
Profesora Universidad de Valparaíso

**Dr. Fernando Novoa Sotta**

Neuropediatra  
Academia de Medicina  
Profesor Honorario Universidad de Valparaíso



FALMED

[WWW.FALMED.CL](http://WWW.FALMED.CL)