



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

Tesina correspondiente a la carrera de Derecho

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA
POR LA ERRÓNEA
ADMINISTRACIÓN DE
MEDICAMENTOS

Autor: Christopher Andrés Sánchez Grundt

Profesor guía en la investigación: Juan Rodrigo Barría Díaz

Santiago – Abril del 2013

ÍNDICE GENERAL

| | Pág. |
|--|----------|
| Introducción..... | 1 |
| | |
| Capítulo I: Aspectos generales de la responsabilidad civil médica | |
| A/ El vínculo entre el paciente y el médico o centro de salud..... | 3 |
| B/ La naturaleza del contrato de prestaciones médicas..... | 5 |
| C/ Un tipo de contrato especial: estipulación en favor de otro..... | 7 |
| D/ Obligaciones del médico ¿de medio o de resultado?..... | 9 |
| E/ La culpa contractual del médico..... | 11 |
| F/ Mal praxis..... | 12 |
| | |
| Capítulo II: La errónea administración y prescripción de los medicamentos | |
| A/ Reglas para la correcta administración y prescripción de medicamentos..... | 15 |
| B/ Tipos de errores sobre la administración de medicamentos y sus respectivas responsabilidades médicas..... | 19 |

| | |
|---|-----------|
| 1. El error sin que medie un contrato de prestaciones médicas (Responsabilidad Extracontractual)..... | 20 |
| 2. El problema del cúmulo de responsabilidades médicas..... | 24 |
| 3. El error en uno de los miembros del equipo médico..... | 27 |
| 3.1. El error del auxiliar..... | 28 |
| 3.2. El error de otro médico que actúa en equipo..... | 31 |
| 4. El error en las clínicas privadas..... | 32 |
| 5. El error en los hospitales públicos..... | 33 |
| 5.1. La falta de servicio..... | 34 |
| 5.2. Acción de repetición en contra del médico – funcionario.... | 39 |
| 5.3. Procedimiento especial de mediación..... | 40 |
| Conclusión..... | 42 |
| Bibliografía citada..... | 44 |
| Jurisprudencia citada..... | 47 |
| Otros datos..... | 48 |

INFORME DE LA TESINA

En mi calidad de profesor guía, me corresponde informar la tesina titulada “La responsabilidad médica por la errónea administración de medicamentos”, presentada por don Christopher Andrés Sánchez Grundt. Al respecto, tengo el agrado de manifestar a usted la opinión que este trabajo me merece.

La tesina del alumno individualizado está dividida en dos partes: la primera, concerniente a “Aspectos generales de la responsabilidad civil médica”, en tanto que la segunda trata de la responsabilidad civil por la errónea administración de medicamentos. Ambas partes contienen diversas secciones que tratan en detalle la materia abordada por el autor, además de apartados especiales dedicados a la Introducción y las Conclusiones del trabajo.

En la primera parte de su trabajo, el autor se dedica a analizar someramente las principales características de la responsabilidad civil médica. Así, da un repaso a problemáticas tales como la naturaleza contractual o extracontractual de esta forma de responsabilidad, los deberes médicos como obligaciones de medios o de resultados y el rol de la culpa del médico. El objetivo de este capítulo, logrado por lo demás, es construir un contexto general que sirva de marco para el posterior análisis de un aspecto específico como es el problema de la negligente aplicación de medicamentos.

Esta materia está tratada en el Capítulo II de la tesina, en el cual el autor profundiza en las principales aristas de su tema. De este modo, conceptualiza el error en la prescripción y en la administración de medicamentos; trae a colación la normativa reglamentaria aplicable a facultativos y centros de salud en esta faceta de su actividad; tipifica las manifestaciones de esta forma de daño y los campos de la actividad sanitaria en que se puede presentar; y, finalmente, explica la responsabilidad que puede recaer en médicos y centros hospitalarios debido a esta forma de negligencia.

Los méritos del trabajo emprendido por don Christopher Sánchez pasan, en primer lugar, por su interés en desarrollar un tema de permanente interés e importancia, no sólo para la responsabilidad civil como apartado del Derecho

Civil, sino también para la actividad médica general. En este sentido, la revisión a la interesante bibliografía utilizada, demuestra que su investigación ha abarcado los trabajos más importantes que destacados autores nacionales han dedicado a esta forma de responsabilidad. Asimismo, esa guía ha sido de evidente utilidad para que el autor haya incorporado en su tesina los aspectos más relevantes del tema, que no podían dejarse de lado al decidirse a enfrentarlo, como lo es el régimen general de la responsabilidad civil médica, así como su preocupación en desarrollar áreas más específicas y de origen concreto, como lo es la negligencia en la administración de medicamentos. Se trata, desde ese punto de vista, de una investigación amplia e informada.

A lo anterior debe agregarse que el autor no ha dejado de lado el análisis de la jurisprudencia más significativa que se puede encontrar sobre la materia en los últimos años. En este sentido, es necesario resaltar que los fallos de nuestros tribunales, si bien son abundantes en lo que dice relación con la responsabilidad médica en general, no lo son tanto en los casos de responsabilidad por mala administración de medicamentos, por lo que constituye un mérito innegable del tesista el poder extraer ciertas conclusiones a partir de un material no tan frondoso.

Rescatable es también el intento del señor Sánchez por analizar su tema desde una perspectiva comparatista. Si bien no se trata de referencias frecuentes, si es cierto que aporta pinceladas de utilidad para comprender esta problemática a través de la racionalidad de otros ordenamientos jurídicos, particularmente los anglosajones. Por otra parte, es justo mencionar que tampoco el material al que pudo acceder el autor le permitió profundizar en realidades más allá de nuestras fronteras, al tratarse de un campo muy específico, lo que pone de relieve sus intenciones de realizar un trabajo lo más completo posible.

A modo de corolario, sólo me queda por comentar que en su globalidad el señor Sánchez ha realizado un trabajo sobresaliente, de cuya sola lectura se desprende seriedad y acuciosidad en la labor, así como conocimientos profundos no sólo respecto del tema elegido, sino de la responsabilidad civil médica en general. Se trata de una aportación importante a la labor de investigación jurídica, por la calidad del producto final como por lo interesante y novedoso del tema tratado.

Para los efectos de su calificación, cabe señalar que el señor Sánchez realizó dos entregas de informes de avance, correspondiendo a cada uno la nota seis (6,0), y un informe final y definitivo, que se evalúa también con nota seis (6,0).

Dr. Rodrigo Barría Díaz
Profesor de Derecho Civil

RESUMEN

Frecuentemente no suele ocurrir que entre un médico y un paciente se celebre un contrato de prestaciones médicas (debido a que este último es trasladado de urgencia a un centro de salud, por lo que es imposible obtener su consentimiento para recibir los requeridos servicios), por lo cual la obligación que contraería el profesional es de medios, es decir, los deberes que tiene con el enfermo no consisten necesariamente en llegar a un resultado concreto (como sería la curación completa), sino más bien en desplegar la actividad de la manera más cuidadosa posible, acatando las reglas de la *lex artis* que rige su profesión. Para saber si el médico incurrió en una *mal praxis*, lo cual generaría un daño al paciente, determinándose su responsabilidad civil, se deberá comparar su real actuación con un estándar ideal del ejercicio de la profesión, lo que se conoce como *culpa objetiva*, y que deberá ser probada por quien lo alega (la víctima). Lo anterior se da igualmente cuando es un funcionario de un hospital público quien haya ocasionado un perjuicio al enfermo, generándose la figura de la *falta de servicio*.

INTRODUCCIÓN

El día 07 de agosto de 2012, el noticiero de Televisión Nacional de Chile mostró el caso de Catalina Soto Vejar¹, una menor de tres años de edad que ingresó, el 02 de agosto al Consultorio Cardenal Silva Henríquez de Pudahuel para ser tratada por una simple gripe que padecía. En un principio, los profesionales de salud del consultorio indicaron que el fármaco que debía ser entregado para su tratamiento, y así descongestionar tal resfriado, era la “*Clorfenamina*”; sin embargo, por algún error, el personal del recinto hizo entrega del medicamento “*Clorpromazina*”, que es utilizado para pacientes psicóticos y, en algunos casos, para pacientes con crisis de epilepsia. Además, la dosis que fue entregada superaba considerablemente a lo que le correspondía a una niña de su peso, es decir, Catalina ingirió un 66% más de lo que debió haber tomado. Como consecuencia, los padres narraban que la pequeña Catalina dormía profundamente y que cuando le abrían los ojos,

¹ TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE. Disponible en Internet: <<http://www.24horas.cl/nacional/error-de-medicamento-casi-mata-a-menor-256383>> [Fecha de consulta: 28 de enero de 2013]

estos se cerraban inmediatamente “como si estuviese en estado vegetal”. Posteriormente, Catalina estuvo hospitalizada durante cuatro días en el Hospital San Juan de Dios, donde los médicos explicaron que la pronta reacción de sus padres conllevó a que la menor pudiera salir ilesa, ya que solo le suministraron una pastilla de “*Clorpromazina*”, y si hubiese sido administrada con dos o más porciones, los resultados hubiesen sido más complejos. No obstante, no se podría descartar que en el futuro se presente nuevos daños neurológicos.

El caso descrito evidencia que los profesionales de la salud ejercen sus labores en beneficio del cuidado de la integridad física y psíquica de sus pacientes, y que por lo mismo, se trata de una actividad riesgosa, debido a que si bien no necesariamente se encuentran obligados a volver al paciente al estado anterior al padecimiento de la enfermedad o dolencia, sí es cierto que deben emplear todos los resguardos que estén a su alcance para “intentar” sanar al individuo que confía en sus capacidades técnicas y en sus conocimientos. Un error o torpeza en sus facultades profesionales puede traer consigo peligrosas consecuencias al paciente, desde la pérdida de funcionalidad de una parte del organismo hasta su muerte.

El asunto de la responsabilidad médica es amplísimo, abarcándose una variedad de temas, donde se analizan distintos puntos de vista a nivel doctrinario y jurisprudencial, se observan cada una de las regulaciones existentes en materia contractual y extracontractual, en las clínicas privadas y en centros de salud públicos, se explican las consecuencias legales que implica un trabajo llevado a cabo por el médico a nivel individual o por un equipo de profesionales y especialistas, se distinguen cada una de las obligaciones que contraen o cargan los médicos con respecto a sus pacientes, entre otras aristas que podrían ser abordados en centenares de páginas.

Sin embargo, esta investigación se enfocará en una de sus temáticas, que consiste precisamente en las situaciones donde, por un vicio en la etapa de tratamiento, se le administra de manera errónea un fármaco al paciente, ya sea porque la dosis que le fue suministrada al destinatario del servicio no correspondía en consideración a su estado de salud, tamaño, peso u otra particularidad presente en su organismo (cantidad ínfima o exagerada a la requerida) o en razón a que la especie de producto aplicado era el incorrecto.

De esta forma, explicaremos cuáles pueden ser sus posibles consecuencias jurídicas, planteándose en cada una de las hipótesis que pueden darse en el ámbito médico sanitario: lo que ocurre a partir de la celebración de un contrato entre el paciente y el médico, cuando el error recae en uno de los profesionales que integran el “equipo médico”, o recae en uno de sus auxiliares, o recae en un médico que presenta algún grado de especialización, o cuando se da en hospitales estatales, o cuando no ha existido algún contrato de por medio. Además indicaremos la existencia de una regla especial que rige para los médicos y otros auxiliares del servicio de salud, bajo la figura de la *lex artis*, sobre la manera procedimental en que deben hacer uso diligente y cuidadoso de los medicamentos con sus pacientes.

Pero antes señalaremos algunos puntos generales de la responsabilidad médica que son esenciales, bajo la finalidad de que este texto no sólo sea comprendido por profesores y estudiantes de Derecho, sino que también por parte de los médicos y demás auxiliares de la salud, para que tengan las precauciones al momento de ejercer libremente, pero a la vez mesuradamente, su profesión y, por qué no pensarlo así, destinándolo a los ciudadanos como potenciales pacientes de algún centro de salud, clínica u hospital público, o a quienes han sido víctimas de tales equivocaciones médicas.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

A/ EL VÍNCULO ENTRE EL PACIENTE Y EL MÉDICO O CENTRO DE SALUD

La discusión que en un comienzo se ha planteado a nivel doctrinario y jurisprudencial, en relación a la responsabilidad civil médica, ha sido sobre la naturaleza del vínculo que existe entre el médico (o el centro de salud respectivo) y el paciente al momento que el profesional presta directamente los servicios al enfermo que le solicita su intervención. En el fondo, la interrogante se centraba en si hay o no una relación contractual entre los dos sujetos o entidades.

La mayoría de la doctrina nacional arguye que, por regla general, la responsabilidad profesional de los médicos que se incurriría, en el caso de inferir algún daño, pertenece al ámbito contractual, ya que está generada a raíz de la celebración de una convención entre quien hace el encargo y quien presta el servicio². También se entiende la existencia de una responsabilidad médica de índole contractual cuando el paciente no celebra el contrato con un médico individualizado, sino con un hospital, clínica, institución de salud previsional (ISAPRE) o centro médico privado, y éstos asignan a un médico y/o el equipo que se encargarán de atenderlo³.

El contrato de prestación de servicios médicos consiste en un contrato innominado o atípico, ya que no existe alguna disposición legal que lo contemple y lo sancione⁴. Según Enrique PAILLÁS, *se trata de un contrato sinalagmático que pone a cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a éste a remunerar al profesional (si bien ese contrato puede ser gratuito) y, en todo caso, de no ir en contra de las prescripciones médico, sin advertírsele*⁵. En este contrato de prestación de servicios médicos existen dos partes: por un lado, se encuentra el médico, que es aquel individuo que se encuentra legalmente autorizado para ejercer la medicina de manera profesional; y por otro lado está el paciente, que es aquella persona que padece física y corporalmente, el doliente, el enfermo, quien sufre una alteración más o menos grave de la salud y que recurre a un facultativo determinado⁶.

Por lo tanto, el contrato de prestaciones médicas presenta las siguientes características⁷:

- a) es un contrato bilateral,
- b) es un contrato consensual: se perfecciona por el solo consentimiento entre el profesional y el paciente,
- c) es un contrato principal: subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención,
- d) puede ser gratuito u oneroso,

² BARROS (2007), p. 656

³ CORRAL (2003), p. 279

⁴ GUAJARDO (2005), p. 31

⁵ PAILLÁS (2002), p. 26

⁶ ACOSTA (1990), p. 82

⁷ GUAJARDO (2005), pp. 32 - 38

- e) es un contrato *intuitio personae*: es un contrato de confianza, celebrado en consideración a la persona del otro contratante, por lo menos en lo respectivo al vínculo del enfermo con el médico, en atención a sus condiciones personales y profesionales. Además, se puede resciliar unilateralmente, sobre todo por el paciente, ya que el médico asegura la continuidad de los cuidados y responde en las situaciones de urgencia⁸; y
- f) es un contrato de *tracto sucesivo* (de ejecución sucesiva): aquel contrato que deberá ser cumplido durante un lapso prolongado de tiempo⁹, con lo cual, sus efectos jurídicos no se agotarán en un solo acto¹⁰.

A todo lo anterior, es necesario agregar que rara vez se escrituran los contratos de prestaciones médicas, sino más bien se generan en forma tácita, ya que el profesional acepta el llamado de una persona a que se le presten sus servicios, con lo cual el facultativo contrae una obligación de hacer; y si la persona que solicita los servicios del médico promete entregar una remuneración, éste tiene una obligación de dar¹¹.

La no escrituración y la informalidad de este contrato también acarrea efectos negativos, pues difícilmente se podría acreditar en un proceso judicial la existencia del convenio en el caso que se tenga que demostrar el incumplimiento contractual del profesional sanitario, a esto se suma que, de acuerdo a los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, tratándose de una obligación de hacer y que debe consignarse por escrito no puede ser ésta probada por medio de testigos; entonces, al paciente no le quedaría otra opción que exhibir otros documentos que permitan su acreditación, como recetas médicas redactadas por el mismo médico, boletas o facturas emitidas por el centro de salud donde estuvo atendiéndose, boletas de honorarios, la ficha de ingreso a la institución asistencial, el contrato que se firma con una Institución de Salud Previsional, etcétera.

B/ LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE PRESTACIONES MÉDICAS

⁸ PAILLÁS (2002), p. 26

⁹ ABELIUK (1983), p. 98

¹⁰ PESCIO (1978), p. 37

¹¹ ACOSTA (1990), p. 77

Si consideramos que el contrato de prestaciones médicas no está estipulado expresamente en el Código Civil, ni mucho menos en algún otro cuerpo legal, debemos identificar a qué acto jurídico se asemeja. Antes que todo, es menester dejar por establecido que, como contrato innominado, se le aplicarán las normas generales de Derecho, por lo que en subsidio deberán regirse por las normas del texto redactado por Andrés Bello y que jamás debiera concebirse como un contrato de carácter comercial¹², debido a que la actividad médico – sanitaria no es un acto de comercio que se haya previsto en el artículo 3 del Código de Comercio.

En el contexto de este atípico contrato, podemos puntualizar que los servicios que prestan estos profesionales de la salud a los pacientes (incluidos los odontólogos, los psicólogos y otros especialistas) se sujetan a las reglas del mandato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2118 del Código Civil: *los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.*

Pese a lo anterior, en lo que no fueren contrarias a ese precepto, regirán supletoriamente las normas sobre el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, tal como lo contempla el artículo 2012¹³: *las normas del arrendamiento de servicio se aplican a las actividades comprendidas dentro del artículo 2118 en lo que no tuvieren de contrario a ellas.*

No obstante, hay que aclarar que una cosa es que se apliquen al contrato de prestaciones médicas las reglas del mandato y otra cosa es que se diga que sea un contrato de mandato propiamente tal, lo cual es una falsedad absoluta. Por una parte, el mandato conlleva a que el mandatario asuma la representación de su cliente, cosa que no sucede con el médico; y además, el mandato se caracteriza por la gestión de uno o más negocio por cuenta del mandante, situación que no se da en el contrato de prestación de servicios médicos, debido a que se pone al servicio del paciente la actividad intelectual del profesional a través de la realización de una obra material o inmaterial, por lo tanto, tendría un parecido al contrato de arrendamiento (relación arrendador – arrendatario)¹⁴.

¹² PAILLÁS (2002), pp. 26 - 27

¹³ ALESSANDRI (1943), p. 75

¹⁴ GUAJARDO (2005), pp. 40 - 41

Incluso existen autores, como el connotado Vicente ACOSTA, que consideran que del convenio celebrado entre el médico y el paciente surge un contrato laboral, bajo los términos de los artículos 7 y siguientes del Código del Trabajo, esto en la medida que el profesional se encuentra subordinado a las instrucciones y directrices del paciente (que vendría siendo su empleador) y que está en la posición de cumplir un régimen de horarios y de concurrir a un lugar determinado para la prestación de sus servicios, a cambio del percibimiento de una remuneración periódica¹⁵. Sin embargo, optamos por desestimar semejante teoría, ya que si consideramos la celebración de un contrato de trabajo, el médico no sólo debiese recibir de parte de su “paciente – empleador” otras retribuciones, como vacaciones, beneficios sociales y, además, que se le descuente de su remuneración mensual un cierto porcentaje destinado a las instituciones previsionales a las que se encuentra afiliado (AFP e ISAPRE), situación que no se da en la relación contractual en estudio.

Pero no siempre ocurrirá en los hechos que el profesional celebre un vínculo contractual con el paciente, ya que en la mayoría de las ocasiones, las enfermedades y dolencias que aquejan a un sujeto son imprevisibles y la necesidad de ser atendido por un facultativo de la salud se vuelve imperiosa, por lo cual requerirá de los servicios de manera urgente y no habría tiempo suficiente para pactarse un acuerdo cuyos términos se estipulen en forma calculada.

Por estas razones, si el médico incurre en alguna negligencia, impericia o mal cuidado en sus actuaciones, provocándole algún daño al enfermo, no respondería bajo las reglas de los artículos 1438 y siguientes del Código Civil, sino que por las normas del título XXXV del libro IV del comentado texto y de otras normas especiales, como la ley N° 19.966 (Ley AUGE) que analizaremos en los próximos capítulos.

C/ UN TIPO DE CONTRATO ESPECIAL: LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE OTRO

Suele acontecer que el paciente no esté en las condiciones óptimas de recurrir por su propia cuenta al médico en consideración al impedimento ocasionado por una enfermedad, dolencia o accidente; entonces, será otra

¹⁵ ACOSTA (1990), p. 98

persona la que se entenderá con el facultativo para atenderlo¹⁶. Por este motivo, surge la estipulación en favor de otro. Esta figura especial se encuentra consagrada en el artículo 1449 inciso 1° del Código Civil, y que señala: *cualquiera puede estipular a favor de una persona, aunque no tenga derecho para representarla pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.*

Es un contrato en el cual están involucradas tres personas: el estipulante, el promitente y el beneficiario. Los dos primeros sujetos son partes del contrato: el estipulante consiente en que los derechos que de él deriven se van a radicar en el patrimonio de un tercero (beneficiario), por lo cual se le privará de la acción para demandar el cumplimiento de lo contratado, y el promitente se obliga a cumplir una prestación a favor del tercero. Mientras que el beneficiario, que es ajeno al contrato, y que no ha intervenido en él ni lo ha aceptado, adquiere un derecho contractual que sólo éste lo puede exigir¹⁷

Bajo el análisis meramente médico, se entendería que el contrato entre el médico tratante o centro de salud y un profesional de la salud, que trabaja o presta su servicio al primero, contiene una estipulación a favor de todo paciente que es atendido, en el sentido que el facultativo tratante o jefe del equipo o centro de salud acepta que este derecho contractual se radique en el patrimonio del paciente una vez que el enfermo haya aceptado la estipulación, y el profesional de la salud (otro médico u auxiliar), en calidad de promitente, se obliga con un beneficiario, que no conoce ni ha contratado (que puede ser cualquier sujeto que solicite la atención sanitaria), para que preste sus servicios de manera diligente y cuidadosa, de lo contrario, deberá indemnizarlo por cualquier daño resultante a partir de la negligencia habida¹⁸.

Quien más ha sido partidario de esta doctrina es Arturo ALESSANDRI, indicando que *"en cuanto a los enfermos, si bien no contrataron con el profesional ni lo eligieron libremente, son los beneficiarios de una estipulación a favor de otro, ya que de tal puede estimarse la celebrada entre el respectivo establecimiento o empresa y el profesional, desde que, en virtud de ella, éste se obligó a prestar sus servicios a terceros, y el hecho de que los enfermos concurran al establecimiento y reciban los cuidados y*

¹⁶ GUAJARDO (2005), p. 42

¹⁷ RAMOS (1993), p. 10

¹⁸ ZELAYA (1997), p. 21

*atenciones que el profesional presta, importa una aceptación de derecho creado en su favor*¹⁹.

En conclusión, la estipulación en favor de un beneficiario, ajeno a un contrato celebrado entre el jefe médico o facultativo tratante y el profesional que fácticamente atiende al paciente, tiene su utilidad de contractualizar la responsabilidad que pudiere recaer en el sujeto que prestó, en los hechos, los servicios sanitarios, y que a raíz de su mala conducta contraria a las buenas prácticas profesionales le produjo alguna clase de daño; con ello, no habría necesidad de demandar al funcionario a través de las reglas de la responsabilidad extracontractual del derecho común ni demandar al médico tratante que no tenía los medios para vigilar, a cada momento, el comportamiento del médico – promitente.

D/ OBLIGACIONES DEL MÉDICO ¿DE MEDIO O DE RESULTADO?

Luego de haberse celebrado el contrato de prestaciones médicas por las dos partes vinculantes, se deberá dar cumplimiento y ejecución a sus obligaciones contenidas en los términos generales que se indican en el artículo 1456 del Código Civil: *los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.*

Dentro de las obligaciones generales que debiera cumplir el facultativo con su paciente se resumen las siguientes:

- a) La obligación de llevar a cabo la actividad tendiente a obtener un diagnóstico certero,
- b) La obligación de intervenir o tratar diligentemente al paciente y,
- c) La obligación de guardar secreto profesional²⁰.

La duda que aparece ahora es qué clase de obligación contractual asumirán los profesionales de la salud. En este sentido, el profesor y tratadista francés Jean DEMOGUE distingue, a partir de los artículos 1137 y 1147 del Código Civil galo, en el año 1928, dos categorías de obligaciones: obligación de

¹⁹ ALESSANDRI (1943), p. 77

²⁰ GUAJARDO (2005), p. 62

medios y obligación de resultados²¹. Serán *obligaciones de medio* cuando el deber consiste en aplicar todos sus conocimientos, ciencias, técnicas y capacidades en servicio de la contraparte, sin embargo, no asumirán un deber de proporcionar un beneficio en específico o un resultado final perseguido por la contraparte²². Mientras que se contraerán *obligaciones de resultados* en el caso que el profesional se comprometa a obtener y conseguir un resultado determinado y preciso por el paciente²³.

Por regla general, las obligaciones de los médicos profesionales serán de medios, por lo que usualmente se exigirá el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se consigue, dándose a lugar deberes de prudencia y de diligencia, y adoptándose todas las medidas de seguridad pertinentes, sin importar el éxito o fracaso de la meta anhelada²⁴. Dado lo anterior, no tendrá trascendencia que se logre sanar o curar de una enfermedad o dolencia al paciente. Excepcionalmente, a partir del contrato médico podría imponerse al facultativo un deber de resultado²⁵, y ello va a ocurrir cuando, de acuerdo a la naturaleza de la actividad sanitaria, el paciente tenga el legítimo derecho a esperar directamente el beneficio perseguido²⁶.

Casos en los cuales las obligaciones de los profesionales de la salud son de resultados se da en actividades u operaciones donde los riesgos a la salud tienden a ser complejos, y un hipotético error implicaría consecuencias desastrosas, e incluso fatales, perjudicando cabalmente a la víctima. Así por ejemplo ocurre en las cirugías plásticas estéticas, destinadas a corregir defectos físicos, ya que al profesional experto en esta ciencia le es impuesta una responsabilidad de resultado, y la persona consultante busca una seguridad de éxito (como borrar una cicatriz o modificar alguna parte anatómica); y si llegase a fracasar por falta de experiencia o de destreza, responderá del resultado que el paciente anhelaba²⁷. Lo mismo puede acontecer con la hemoterapia, la radiología y los análisis bioquímicos, en que lo contratado es un determinado fin²⁸.

²¹ PAILLÁS (2002), p. 17

²² BARROS (2007), p. 658

²³ Citado por ACOSTA (1990), p. 236

²⁴ BARROS (2007), p. 658

²⁵ PAILLÁS (2002), p. 21

²⁶ BARROS (2007), p. 662

²⁷ PAILLÁS (2002), p. 22

²⁸ CORRAL (2003), p. 281

E/ LA CULPA CONTRACTUAL DEL MÉDICO

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado, que puede suscribir el médico, mencionado en el reciente capítulo, tiene su interés para efectos de determinar la culpa, ante el incumplimiento de los deberes contraídos en el contrato de atención médica, y por sobre todo, su carga probatoria con la finalidad de establecer su responsabilidad civil.

Como contrato debemos puntualizar que si el médico, en su calidad de deudor, cae en mora, porque *no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado* (artículo 1551 inciso 1° del Código Civil), en principio su incumplimiento se presumirá culpable, por tanto, si quiere revertir semejante regla, eximiéndose de toda responsabilidad, deberá probar que fue diligente y cuidadoso en la ejecución de su obligación sanitaria frente al enfermo, o, de lo contrario, que hubo caso fortuito o fuerza mayor (art. 1547 inc. 1° y 3° del Código Civil).

Sin embargo, el referido articulado puede ocasionar ciertos inconvenientes jurídicos, en el sentido que sería injusta y gravosa para el médico y para esta misma actividad, ya que en la mayoría de los casos, no se obliga a sanar completamente al paciente. Es por ello que la doctrina ha hecho una separación entre obligaciones de resultado o determinadas y obligaciones de medios o generales de prudencia o diligencia²⁹.

Tratándose de las obligaciones de resultados que contrae el deudor, sólo bastaría su inejecución, vale decir, que no se haya alcanzado el resultado prometido (no se curó al enfermo) para dar por presumida su culpa y así ser responsable de eventuales daños³⁰. Como consecuencia, “el acreedor nada debe probar, pues al deudor de ellas le corresponde acreditar que se obtuvo el resultado prometido, y si él no ha tenido lugar, que no hubo culpa en este hecho”³¹. Mientras que en las obligaciones de medio, será el acreedor (el paciente) quien tendrá la carga de probar la culpa, o sea, tendrá que demostrar que el profesional no tomó las pertinentes precauciones ni empleó las diligencias que bajo los términos del contrato se le obligaba ejecutar³².

²⁹ COURT (1998), p. 279

³⁰ GUAJARDO (2005), p. 83

³¹ ABELIUK (1983), p. 181

³² GUAJARDO (2005), p. 83

Esto trae ciertas desventajas para la víctima, de tal envergadura que al momento de iniciar la demanda civil tiene la seguridad de que no será posible demostrar la negligencia del demandado. Se explica en razón a que el facultativo, como su prestación debida no es un hecho preciso y determinado, sólo deberá acreditar que fue diligente y que su conducta fue debida para torcer su presunción de culpa y establecer que por su lado hubo un cumplimiento contractual³³.

Así, al demandante no le quedará otra solución que comprobar que el facultativo desarrolló el procedimiento médico fuera de los estándares profesionales que le son exigibles para un sujeto de semejante cualidad, infringiendo, de este modo, su *lex artis*, tarea que no siempre se llevará a cabo tan fácilmente. Con lo cual, la distinción de ambas obligaciones no cobraría mucha relevancia en términos prácticos, salvo que el médico derechamente no preste la atención requerida por el paciente. Por estos motivos es que la mayoría de las víctimas de supuestas negligencias médicas optan por presentar demandas en contra de los posibles involucrados por responsabilidad de naturaleza extracontractual (en la que se discutirá si el facultativo cumplió o incumplió un deber general de cuidado en atención al ejercicio de su ciencia), y también, en los tribunales penales.

Concluido este análisis, ahora corresponde estudiar cuándo el profesional de la salud no actúa acorde a una prudente y debida atención frente a su paciente.

F/ MAL PRAXIS

En consideración a que el médico debe disponer de todos los recursos que estén a su alcance y explotar sus conocimientos y técnicas, a fin de atender adecuadamente al enfermo que confía en sus servicios, está, además, obligado a impedir resultados negativos y hasta fatales para el que está siendo atendido. Toda acción u omisión que se contraponga a esta serie de obligaciones es sinónimo de la infracción de la *lex artis* (las reglas del arte).

Para el médico, la *lex artis* es un conjunto de procedimientos, técnicas, herramientas, tratamientos y reglas generales de comportamiento que rigen su profesión, que le son exigidos en función al estado actual de avance de la

³³ BARROS (2007), p. 660

ciencia médica y a sus respectivos conocimientos, siendo aplicados en el desarrollo de su actividad, acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso³⁴. En síntesis, esto se traduce en buenas prácticas del facultativo, que no sólo implica en el hecho que proporcione un tratamiento adecuado o ejerza sus respectivas destrezas en consideración al caso en concreto, sino que dicho profesional se encuentre presente permanentemente en el diagnóstico y tratamiento del paciente.

Este estándar de cuidado debido, plasmado en estas específicas reglas de la ciencia y de las artes, tiene su utilidad para fines de identificar la culpa que pudiese cometer un facultativo en el caso que vulnere la *lex artis*, y con ello, ocasione algún daño injustificado al paciente, culminando con la determinación de su responsabilidad civil. Por ende, la culpa profesional se apreciará a partir de la comparación entre la real conducta llevada a cabo y un tipo o modelo abstracto, es decir, tratándose de un médico cuidadoso³⁵, que acate y ejecute los instructivos compatibles a la *lex artis*.

A *contrario sensu*, cualquier conducta que no concuerde con la *lex artis* del facultativo, mientras está prestando la atención sanitaria al paciente y considerando las circunstancias donde se efectúa el actuar, se conoce normalmente como *mal praxis*, vale decir, un ejercicio inadecuado de la profesión médica³⁶. Los autores hacen semejante referencia bajo diversas denominaciones; así en Francia y Suiza se le llama “desconocimiento de las reglas elementales del arte de curar”, mientras que los tribunales italianos se refieren a esta materia denominándola “falta grosera”, y los españoles lo consideran una “falta grave”, pero en el fondo de todas estas denominaciones está latente la idea del error del médico en el ejercicio profesional³⁷.

No obstante, averiguar cuál es la *lex artis* de un profesional e identificar en qué momento el facultativo ha realizado una *mal praxis* no es un trabajo sencillo, debido a que en muchos casos no se encuentran reglamentados, de modo que permita su accesibilidad para quienes no forman parte del gremio de la salud. A esto se suma las dificultades probatorias que suelen tener las víctimas, debido a la protección corporativa que impide tener testimonios de otros médicos acerca de aspectos técnicos más sutiles y entender si hubo o

³⁴ ACOSTA (1990), p. 380

³⁵ PAILLÁS (2002), p. 29

³⁶ ACOSTA (1990), p. 381

³⁷ MANTEROLA (1955), p. 256

no negligencia; entonces, la *lex artis* será demostrada por medio de la literatura médica y de algunas normas que están al alcance de todas las personas³⁸, y que se enumerarán en los siguientes párrafos.

Es posible que la culpa de los médicos sea infraccional, es decir, que la culpa del médico exista porque actuó con infracción a normas establecidas por la autoridad (leyes) o de reglamentos internos (redactados por centros hospitalarios). Si se infringen los protocolos, hay una señal para determinar que el actuar del profesional fue negligente y no actuó con el debido cuidado, vulnerando la *lex artis* tipificada. Por ende, quedaría establecida su responsabilidad, si y solo si el daño sufrido por el paciente puede ser la única consecuencia a esa infracción³⁹.

Algunos ejemplos de sistematización positiva de reglas que conforman la *lex artis* de los médicos son los siguientes:

- i. Ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud (“Ley AUGE”).
- ii. Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.
- iii. Reglamento de hospitales y clínicas privadas, del DS N° 161 de 1982 del Ministerio de Salud.
- iv. Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados, del DS N° 466 de 1984 del Ministerio de Salud.
- v. Código Sanitario (D.F.L N° 725).
- vi. Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G.
- vii. Decálogo de buena práctica médica del Colegio Médico de Chile A.G.
- viii. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el acceso a la atención médica.

³⁸ BARROS (2007), p. 673

³⁹ BARROS (2007), p. 674

CAPÍTULO II: LA ERRÓNEA ADMINISTRACIÓN DE MEDICAMENTOS

A/ REGLAS PARA LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS

El médico incumpliría o cumpliría imperfectamente el contrato de prestaciones médicas, por ende obraría en el acto profesional de modo negligente ante el otro contratante, cuando cometa algunas equivocaciones en su procedimiento, en los que se puede destacar la errónea administración de medicamentos como parte del tratamiento sometido al paciente.

Es importante señalar que un tratamiento consiste en un método que se emplea para curar enfermedades o defectos⁴⁰; y que esta forma de enfrentar una anomalía, dolencia o enfermedad es planificada por cualquier médico ante un diagnóstico que informa el padecimiento del paciente. La reputación o confiabilidad de un facultativo depende de su acierto en sus diagnósticos pero, sobre todas las cosas, en la conducción de un proceso terapéutico que debiera llevar a un resultado exitoso o, por lo menos, emplear todas las técnicas y conocimientos en forma cuidadosa y diligente para buscar la sanación del enfermo.

Si bien el diagnóstico y el tratamiento ejercido son los correctos, no así puede ocurrir, en ciertos casos, con el profesional que lo concreta, sea por una simple torpeza, por ignorancia sobre el modo apropiado de la administración del medicamento o porque directamente hubo un dolo en la generación del daño. En caso que el médico, al momento de suministrar un fármaco o prescribir un remedio, no considera la edad, el temperamento, el estado fisiológico y la resistencia del enfermo al momento de señalar su especie o su dosis, habrá actuado con negligencia si el enfermo no pudo resistirla⁴¹.

Según el National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention, la errónea medicación es “cualquier evento evitable que puede estar relacionado a la práctica profesional, productos de cuidado de salud, procedimientos y sistemas, abarcando inclusive la prescripción, comunicación, rótulos, envase y nomenclatura, dispensación, distribución,

⁴⁰ ACOSTA (1990), p. 275

⁴¹ ACOSTA (1990), p. 276

administración, educación, monitoreo y uso”⁴². Los factores que conllevan a estas equivocaciones son: la falta de atención, lapsos de memoria, deficiencias de la formación académica, inexperiencia, negligencia, problemas en el sistema de medicación.

En la mayoría de los casos, la designación de medicamentos se hace en una receta, redactada con una total ligereza que a veces llega a ser inentendible por los pacientes. Lo anterior no es intrascendente, puesto que la señalización del fármaco, su dosis de consumo periódico y su forma de uso son fundamentales en la evolución de la salud del enfermo que es atendido por el facultativo.

La Receta Médica ha sido entendido como “un instrumento extendido por un profesional de la salud en el ejercicio de su profesión y es legalmente extendida como un instrumento privado. Como documento, la receta médica es propiedad del paciente y tiene incorporada en su esencia la confidencialidad de los datos que en ella se contienen, por lo que los mismos no pueden ser difundidos o publicados de ninguna forma, salvo las excepciones legalmente establecidas”⁴³.

Además, la doctrina ha determinado ciertas situaciones en las cuales el médico debe hacerse responsable de todo error inexcusable que vaya en la receta médica, como fiel reflejo de su falta en su deber de diligencia contenido en la *lex artis*⁴⁴:

- a) **Escritura ilegible:** la mala letra del médico sería causa de una mala ejecución del tratamiento de parte de otro funcionario del equipo médico, del farmacéutico que hace entrega del componente químico o del mismo paciente que lo ingiere, trayendo peligrosas consecuencias para el organismo de este último. Una solución de este problema es que los médicos escriban las recetas en una máquina de escribir, o bien en un computador.

- b) **Lapsus calami:** ocurre cuando el médico prescribe un medicamento o una dosis diferente a la correspondida. Semejante error se explica por

⁴² DE BORTOLI *et al.* (2010), p. 86

⁴³ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS FARMACÉUTICAS Y PROFESIONES MÉDICAS. DIVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS SALUDABLES Y PROMOCIÓN – SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD. GOBIERNO DE CHILE (2010 a), p. 4

⁴⁴ ACOSTA (1990), pp. 278 - 280

la pésima costumbre del médico en la utilización de abreviaturas, y que sólo es posible impedir sus eventuales daños al paciente si es que el químico farmacéutico advierte la equivocación y hace la consulta respectiva al profesional de la salud que escribió la receta a fin que se aclaren las palabras contenidas en el papel.

- c) **Omisiones:** suele suceder, en el rubro médico, que haya una omisión de una palabra esencial de la sustancia, de su dosis o de su manera de ser suministrada, y cuyas consecuencias de tal negligencia conlleven a una responsabilidad civil en contra del profesional, pese a que oralmente haya realizado una correcta explicación al paciente.

Según la Organización Mundial de la Salud, el Uso Racional de los Medicamentos (URM) ocurre “cuando los pacientes reciben la medicación adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis correspondientes a sus requisitos individuales, durante un periodo de tiempo adecuado y al menor costo posible para ellos y para la comunidad”⁴⁵.

Bien es sabido que los medicamentos se administran dependiendo de sus formas farmacéuticas (cápsulas, comprimidos, jarabes, cremas, soluciones inyectables, entre otros.) y de acuerdo lo indicado por el médico en un plan terapéutico responsable y cuidadoso según sea lo señalado en los envases autorizados por los respectivos laboratorios. El plan terapéutico es el conjunto de acciones dirigidas a obtener resultados concretos en la salud del paciente sobre la base del diagnóstico al cual se enfrenta, y que el médico lo propone considerando ciertos aspectos: la edad del paciente, el sexo, la situación socio – cultural, otras enfermedades asociadas, los hábitos alimenticios, el consumo de otros medicamentos, el consumo de cigarrillos y/o bebidas alcohólicas, el sedentarismo, el estado medio ambiental donde habita, etc.

No obstante, se presentan ciertas recomendaciones generales para el personal de los centros de salud, con el fin de que tome resguardos profesionales, y a la vez le recomiende a sus pacientes o a quienes los tengan a su cargo⁴⁶:

⁴⁵ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS FARMACÉUTICAS Y PROFESIONES MÉDICAS. DIVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS SALUDABLES Y PROMOCIÓN – SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD. GOBIERNO DE CHILE (2010 b), p. 2

⁴⁶ *Ibíd.* p. 18

- Evitar el uso de medicamentos vencidos, deteriorados, dañados o sin sello, por lo que deben ser eliminados o destruidos prontamente, incluido sus envases.
- No cambiar los medicamentos de sus envases originales.
- Evitar la congelación o refrigeración de los medicamentos, salvo indicación expresa de los envases.
- No dejar ciertos tipos de medicamentos en un lugar donde hayan otros tipos de medicamentos, lo cual podría generar confusiones.
- Los medicamentos líquidos (como los jarabes) deben ser eliminados una vez finalizado el tratamiento, por lo que no deben almacenarse para usos posteriores ni reutilizar el envase.
- Si se presenta una señal de alerta o cambio en el medicamento, no debe ser usado. Asimismo, si hay señales de manipulación o pérdidas de los sellos de los envases, se debe evitar su uso.

Una infracción de estas pautas de parte de alguno de los personales sanitarios podría acarrear ciertos daños, incluso irreversibles, en los pacientes que se medican con aquellos fármacos del modo no debido, lo cual vulnera considerablemente su *lex artis*, incumpliendo de esta forma sus obligaciones médicas (a nivel contractual o extracontractual) con lo cual traerían serias consecuencias jurídicas.

De hecho, en la célebre causa *Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta* las partes demandantes hacen la observación de que la víctima, la señora Juana Baeza Rojas, advierte previamente en la solicitud de hospitalización en el Hospital Regional de Antofagasta que es alérgica a los fármacos *atropina* y *torecam*, y que cuando se realiza la intervención quirúrgica, a ella se le suministra el fármaco *atropina*, lo que trajo como consecuencia que sufriera un paro cardiorrespiratorio, luego fuera trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos de ese centro de salud y finalmente, a raíz de tamaño error, quedara absolutamente desvalida y postrada físicamente, siendo incapaz de controlar sus esfínteres, al igual que perdiera sus capacidades motrices y fonéticas⁴⁷. El anterior caso ejemplifica que las malas prácticas de los facultativos, con desatención a las reglas indicadas por su *lex artis*, como lo sería la información sobre ciertas incompatibilidades en el organismo que pudiese presentar el paciente al momento de suministrarle un determinado medicamento durante la etapa del tratamiento,

⁴⁷ *Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta* (2001). Citado en CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 104

implica un peligro físico para el enfermo y un daño difícil de repararse, tanto para él o ella como para sus familiares cercanos.

Mientras que en la causa *Cortés Cortés con Servicio de Salud de Viña del Mar – Quillota*, la madre de Jonathan Cortés llevó a su hijo al Hospital de Quilpué porque se encontraba enfermo, motivo por el cual el personal del centro asistencial le suministró *penicilina con benzatina* a través de la colocación de una inyección en su glúteo derecho, en lugar de haber sido aplicado por la vía intramuscular. A raíz de este hecho, el menor de edad tuvo un cuadro de obstrucción arterial aguda y parálisis ciático derecho secundario a trombosis arterial aguda de extremidad inferior derecha, lo cual implicó que fuera derivado de urgencia al Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar para que fuese tratado los problemas de su pierna derecha mediante múltiples operaciones que ocurrió durante largos años. Entre las nefastas consecuencias que ha padecido se destacan: su pierna ha quedado más corta, con extensas cicatrices, el pie equino varo, férulas en la pierna y el pie, con secuelas permanentes de lesión neurológica de extremidad inferior derecha, lo que le impide considerablemente la deambulaci3n normal y su incapacidad para permanecer con sus actividades habituales. Estas circunstancias han sido comprobadas por los tribunales de justicia y se conden3 al Servicio de Salud de Viña del Mar al pago de \$80.000.000 en favor del menor de edad⁴⁸.

De todas maneras, la Asociaci3n Americana de Farmac3uticos Hospitalarios ha se~alado algunas pautas 3tiles para la prevenci3n de errores de medicaci3n destinados a los pacientes y a profesionales, sobre todo cuando aquello ocurre en los hospitales, tales como la identificaci3n exhaustiva del paciente (estatura, peso, estado f3sico y psicol3gico, enfermedades y dolencias que padece), la verificaci3n de la prescripci3n antes de la administraci3n del medicamento, revisi3n de las prescripciones, verificaci3n de los resultados deseados para el paciente, duplicaciones terap3uticas y posibles interacciones medicamentosas⁴⁹.

B/ TIPOS DE ERRORES SOBRE LA ADMINISTRACI3N DE MEDICAMENTOS Y SUS RESPECTIVAS RESPONSABILIDADES M3DICAS

⁴⁸ *Cortés Cortés con Servicio de Salud de Viña del Mar – Quillota* (2006)

⁴⁹ DE BORTOLI *et al.* (2010), p. 93

A continuación, es menester analizar las responsabilidades civiles en el ámbito médico que pueden recaer cuando ocurren estos errores que contravengan las buenas prácticas en el manejo de los fármacos hacia los pacientes, bajo las siguientes aristas:

- i. El error sin que medie un contrato de prestaciones médicas
- ii. El error en los miembros del equipo médico (si recae o no en el jefe del equipo):
 - a. El error de los auxiliares
 - b. El error de otros médicos que actúan en equipo
- iii. El error en las clínicas privadas
- iv. El error en los hospitales públicos

1.- EL ERROR SIN QUE MEDIE UN CONTRATO DE PRESTACIONES MÉDICAS (RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL)

Suele ocurrir que anteriormente a que se le suministrara erróneamente un fármaco en el organismo del paciente no haya habido un acuerdo contractual entre la víctima y el médico tratante o jefe del equipo sanitario o centro de salud (hospital o clínica) donde es atendido. Por este motivo, frecuentemente se interpone una demanda civil de carácter reparatorio, invocándose normas sobre responsabilidad extracontractual, expresados en el título XXXV del libro IV del Código Civil.

La responsabilidad extracontractual, formalmente denominado *responsabilidad delictual o cuasidelictual civil*, “proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima y el autor del daño, y si la hay, éste se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción”⁵⁰.

Para que un hecho o una omisión, cometida por un profesional de la salud, engendre responsabilidad extracontractual, más allá de la inexistencia de un contrato con un paciente, debe reunir los siguientes requisitos⁵¹:

⁵⁰ ALESSANDRI (1943), p. 42

⁵¹ ALESSANDRI (1943), p. 359

1° Que su autor sea capaz de delito o cuasidelito: que sea un médico profesional y se encuentre en un acto de ejercicio profesional (art. 112 del Código Sanitario);

2° Que esa acción u omisión provenga de dolo o culpa;

3° Que cause un daño a la víctima, y

4° Que entre la acción o la omisión dolosa o culpable y el daño producido exista una relación de causalidad: la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia han aceptado la llamada “teoría de la equivalencia de condiciones”, que predica que cada condición es causa de todas las consecuencias, puesto que si se elimina una, el resultado no ha de existir⁵².

Los casos en que se contemplan responsabilidad aquiliana bajo el contexto de una negligencia médica son los siguientes⁵³:

- a) El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b) La atención del médico a un incapaz de hecho, sin poder comunicarse (a fin de obtener la autorización debida) con su representante legal.
- c) Cuando los servicios sean prestados por el médico en forma espontánea, sin intervención alguna de la voluntad del paciente (ejemplo: servicios de urgencia).
- d) La actividad del médico desarrollado en contra de la voluntad del paciente.
- e) Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa.
- f) Cuando la relación entre médico y paciente deriva de una estipulación en favor de otro sin que medie, posteriormente, aceptación o ratificación, ni siquiera tácita, del último.
- g) La responsabilidad médica derivada de la declaración de nulidad del contrato de prestación de servicios médicos, por vicios derivados de la culpa o dolo de una de las partes. Declarado nulo, se mirará el contrato como si nunca se hubiese celebrado, por ende, no puede haber responsabilidad contractual y si hubiera un daño médico se perseguiría por la vía extracontractual.

⁵² ACOSTA (1990), p. 398

⁵³ FLORES (2002), pp. 122 - 124

- h) Todo daño infligido a la víctima fuera de la órbita del contrato; por ejemplo, los perjuicios materiales o morales que sufre el paciente en el transcurso de una visita médica⁵⁴.
- i) Si con la muerte o las lesiones ocasionadas al paciente se causa un daño a un tercero; por ejemplo, a las personas que vivían a expensas de aquél, quienes en lo sucesivo se verán privados de su ayuda⁵⁵.
- j) Cuando el incumplimiento del contrato médico entraña un delito o cuasidelito penal⁵⁶.
- k) Si dichos profesionales causan un daño por dolo o culpa a quien presta sus servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, sin ningún fin de lucro⁵⁷.

La figura de la responsabilidad extracontractual se basa esencialmente en la culpa que, diferenciándose con la responsabilidad contractual, deberá ser acreditada por el paciente – víctima, por lo que tenderá a ser dificultoso por esta parte determinar la responsabilidad que pudiere cometer el facultativo de la salud en la causa del daño. Si se acreditan las circunstancias que son útiles para establecer una presunción legal (como la responsabilidad por el hecho ajeno indicado en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, o la responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del mencionado texto legal), quedará demostrada la culpa, con lo cual el médico deberá probar que empleó todos los cuidados y resguardos necesarios que estaban a su alcance, o, en otro sentido, que no hay causalidad entre la culpa presumida y el daño final.

Fuera del contrato, para el médico existen deberes de conducta que, si son incumplidos, pueden dar origen a la responsabilidad extracontractual. Para parte importante de la doctrina, “los deberes de cuidado o la conducta debida por el demandado, cuya omisión o transgresión dan origen al dolo o culpa tradicional, han dejado de ser el único criterio para atribuir a éste el deber de reparar el perjuicio causado”⁵⁸. Actualmente, la nueva ley N° 20.584 del año 2012 determina y regula los derechos para los pacientes en su atención de salud e identifica ciertos deberes generales de los médicos y de otros auxiliares en sus calidades de prestadores del servicio (tanto en el sistema público como en el privado): deber de información, deber de seguridad y de

⁵⁴ ACOSTA (1990), p. 373

⁵⁵ ACOSTA (1990), p. 373

⁵⁶ ACOSTA (1990), p. 371

⁵⁷ ALESSANDRI (1943), p. 77

⁵⁸ ZELAYA (1997), p. 30

vigilancia, deber de otorgar un trato digno, deber de facilitar la compañía y asistencia espiritual al enfermo, y deber de recibir el consentimiento informado

Por último, la particular ventaja de los pacientes – víctimas que tienen al momento de demandar al médico o centro de salud por responsabilidad aquiliana, entre otras que se abordará en el próximo capítulo, consiste en la procedencia de indemnizar por todo tipo de daño a la víctima (art. 2329 del Código Civil). Estos daños sujetos a indemnización son tres:

- a) **Daño Emergente:** detrimento patrimonial efectivo que experimenta una persona, lo que implica un empobrecimiento real, es decir, la desaparición, a partir del ilícito civil, de un bien que formaba parte del activo del patrimonio⁵⁹.
- b) **Lucro Cesante:** es un daño patrimonial futuro, correspondiente a la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia de un hecho ilícito, o sea, es una proyección en el tiempo sobre los obstáculos que impiden la percepción de un provecho económico que, por su naturaleza y razonabilidad, ha debido obtener la víctima del delito o cuasidelito civil⁶⁰.
- c) **Daño Moral:** lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho subjetivo cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella⁶¹. Bien señala Enrique PAILLÁS, al sostener que es necesario que dicho daño se indemnice bajo la pretensión de sobrellevar una existencia que es amarga, triste y que se proyecta en el tiempo, puesto que no cuenta con los recursos económicos que permitan aliviar en parte ese pesar que carga psicológicamente⁶². Solo esta clase de daño no se indemniza en el marco de la responsabilidad contractual, sino que en sede extracontractual; de hecho, es posible ser obtenida sin la necesidad de probar su real existencia ni su cuantía en razón a que “no puede

⁵⁹ RODRÍGUEZ (2002), p. 290

⁶⁰ RODRÍGUEZ (2002), p. 291

⁶¹ RODRÍGUEZ (2002), p. 308

⁶² PAILLÁS (2002), p. 50

tasarse con parámetros objetivos porque los intereses afectados comprometen elementos subjetivos propios de cada persona, que se ubican en lo que hemos llamado la esfera íntima del individuo”⁶³.

2.- EL PROBLEMA DEL CÚMULO DE RESPONSABILIDADES MÉDICAS

Surge la interrogante sobre si es posible que el paciente, en su calidad de víctima del daño provocado por el error médico, pueda demandar extracontractualmente contra el médico o el personal que incurrió en el ilícito sanitario, y exigir una acción indemnizatoria de esta naturaleza, en lugar de hacerlo por vía del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestaciones médicas o de hospitalización que acordaron ambas partes. Este fenómeno se conoce como *cúmulo de responsabilidades*, o más bien dicho, *opción de responsabilidad*, debido a que no se hacen valer la acción contractual y extracontractual en forma simultánea, sino que el paciente – víctima opta por la última vía en lugar de una acción nacida a partir de los daños derivados del contrato médico.

Este problema tiene su interés para la víctima, debido a que si fuese posible el cúmulo, invocaría la responsabilidad que más beneficie sus pretensiones: en el ámbito contractual, para acreditar la culpa del médico (deudor), el paciente (acreedor) sólo debiese probar su incumplimiento contractual, lo cual no resulta fácil considerando que, por regla general, la obligación del médico es de medios y no de resultados; y además, no puede demandar por perjuicios imprevistos (salvo que pruebe dolo), ni exigir indemnización por daño moral, ni invocar solidaridad si son varios los codeudores (salvo que se haya pactado o la ley lo establezca). Mientras que en el ámbito extracontractual, el paciente deberá probar el dolo o la culpa del médico, puede exigir indemnización por todo daño causado, incluso el de carácter moral, invocar solidaridad si los autores del hecho son varios (por lo que se puede dirigir la acción indemnizatoria contra todos o cualquiera de ellos por el total) y demandar responsabilidad por el hecho de los dependientes⁶⁴.

La mayoría de la doctrina nacional ha sostenido que resulta inadmisibles el cúmulo o la acción entre ambas responsabilidades, ya que si la víctima demandante está unida al demandado por un vínculo jurídico previo y

⁶³ RODRÍGUEZ (2002), p. 311

⁶⁴ ALESSANDRI (1943), p. 83

anterior al daño, no puede al interponer la demanda optar por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual, sino que tendrá que demandar la indemnización de perjuicios ejerciendo la acción de responsabilidad contractual⁶⁵.

Si se prueba que el paciente estaba unido contractualmente con el hospital o con el médico tratante demandado, éste no puede desentenderse del vínculo jurídico previo ni menos demandar en sede de responsabilidad extracontractual, debido a que haría caso omiso al contrato y faltaría a la obligatoriedad de todo contrato legalmente celebrado, siendo considerado una ley para las partes⁶⁶. No obstante, Arturo ALESSANDRI ha indicado que se acepta la idea del cúmulo de responsabilidades (que no significa que la víctima puede demandar por ambas responsabilidades en forma conjunta) solamente en dos situaciones:

- a) Cuando lo hayan estipulado las partes, y;
- b) Cuando la inejecución de la obligación contractual constituya al mismo tiempo un delito o cuasidelito de carácter penal, como es el caso previsto en el artículo 491 del Código Penal, vale decir, cuando *el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión [...]*⁶⁷.

Actualmente, la tesis de la prohibición del cúmulo de responsabilidades en el ámbito médico ha presentado sus debilidades. Es un hecho innegable que muchos de los daños causados al paciente, a raíz de la intervención médica, pueden constituir una infracción contractual y, al mismo tiempo, un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia). Cuando se infiere un daño a la vida, integridad física o la salud del paciente se hace complicado determinar en forma certera si la obligación infringida por el médico es contractual o a partir del deber general de no causar daño a otro, ya que los deberes de cuidado que asume el hospital o el facultativo suelen ser indeterminados o, por lo menos, difícil de determinarlos por estas razones⁶⁸:

⁶⁵ ALESSANDRI (1943), p. 84

⁶⁶ ZELAYA (1997), p. 25

⁶⁷ ALESSANDRI (1943), p. 91

⁶⁸ ZELAYA (1997), p. 26

- a) Los contratos de hospitalización o de prestaciones médicas suelen ser consensuales e innominados, cuyos derechos y obligaciones no están claramente establecidos por las partes, ni menos se escrituran, siendo forzado y muchas veces ficticio querer atribuirle el carácter de única fuente de todos los deberes de conducta que debe asumir el hospital y/o el profesional demandado;
- b) Muchas veces un paciente ingresa al centro de salud a través del servicio de urgencia y en un estado de inconsciencia, lo cual impide que haya un consentimiento, de parte del paciente, de parientes o de representantes, para la realización de la operación o el tratamiento médico que ocasionaría la negligencia;
- c) Si bien el paciente hubiese contratado con un médico, en la práctica, los servicios son prestados por otros facultativos y/o auxiliares que colaboran con la institución o el facultativo tratante y que, por lo demás, no contaron con el consentimiento del primero. En tales casos operaría la estipulación en favor del otro.

La doctrina extranjera ha aceptado que en algunos casos prácticos de índole hospitalaria se acepta que el paciente demande extracontractualmente, pese a la existencia de un contrato de prestaciones médicas o de hospitalización con el demandado, debido a que es confusa la diferencia entre los deberes de cuidados emanados del contrato y aquéllos que emanan del deber general de no causar daños a terceros, especialmente cuando los servicios de salud corresponden a una institución altamente organizada⁶⁹.

La jurisprudencia se ha inclinado en el último tiempo a la teoría de que la víctima puede optar por recurrir a las normas de la responsabilidad contractual o a aquellas de la responsabilidad extracontractual al momento de presentar la demanda contra el médico, y más aún contra una clínica – hospital privado, siendo estas últimas más favorables para las víctimas, dejando de lado el contrato que pudiese existir entre ambas partes⁷⁰. Es así que, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo emitido el 28 de enero de 1993, señaló que “*no altera las conclusiones referidas en los considerandos precedentes la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad*

⁶⁹ ZELAYA (1997), p. 28

⁷⁰ CANALES (2003), p. 19

extracontractual, toda vez que la relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y de existir dicha relación nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción de las pretensiones formuladas en la demanda”⁷¹.

3.- EL ERROR EN LOS MIEMBROS DEL EQUIPO MÉDICO

Dado el avance de la ciencia médica en los tiempos contemporáneos, sumado al creciente empoderamiento de los derechos de los ciudadanos en su calidad de paciente, y a lo complejo de las estructuras en los sistemas de salud (tanto en el ámbito público como en el privado), es que se hace imprescindible que las actividades médicas no se lleven a cabo individualmente, sino que se ejecute por varios facultativos y auxiliares de la salud, a través de los equipos médicos. La decisión sobre una posible intervención o determinado tratamiento en un paciente no son tomados por un solo hombre, sino que es el resultado de una confrontación de conocimientos, técnicas y criterios aplicados por varios integrantes, y allí está la explicación para que tales procesos se realicen en hospitales u otros centros de salud. Sin embargo, aquello trae una especial interrogante: si ocurriese un error grosero, como una incorrecta administración de fármacos en el paciente, de parte de uno de los miembros del equipo médico, y cuya consecuencia sea un daño irreversible en su organismo o, en casos más drásticos, su muerte, ¿en quién o en quiénes recae la responsabilidad civil correspondiente?, ¿recae solamente en el médico tratante que efectúa en calidad de jefe del equipo profesional o sobre todos y cada uno de sus miembros?

El médico tratante no cumple en solitario su obligación contenida en el contrato, sino que confía, total o parcialmente, en otros colaboradores del equipo médico que actúan en su nombre; en tal caso, la responsabilidad en que incurre, en su calidad de deudor ante el paciente, por un incumplimiento defectuoso, será por el hecho ajeno. Esta doctrina ha sido aplicada en el ámbito sanitario en relación con la responsabilidad del empresario o jefe de empresa por el hecho de sus subordinados⁷².

⁷¹ Citado por CUEVAS (2001), p. 179

⁷² PAILLÁS (2002), p. 41

No hay que olvidar que el facultativo, en su rol de jefe del equipo médico, está vinculado con el paciente a través del contrato de prestaciones médicas, ya que este último sujeto confía en las gestiones y técnicas empleadas, bajo la dirección de dicho profesional, con la finalidad de recuperar su salud; de manera que no conoce a quienes trabajarán conjunta y subordinadamente en los debidos tratamientos, ni menos ha contratado con cada uno de ellos⁷³. No obstante se ha buscado contractualizar el vínculo del enfermo con todos y cada uno de los miembros del equipo por medio de la *estipulación en favor del otro* (remitirse al subcapítulo donde se hace mención a esta figura jurídica).

3.1. EL ERROR DEL AUXILIAR

En cualquier acto médico, dirigido por un facultativo de la salud, encontramos un equipo compuesto por otros médicos (generales o especialistas) y por auxiliares que están sometidos a las órdenes e instrucciones del primero. Comenzaremos con la situación del auxiliar. Según Baltazar GUAJARDO, los auxiliares son “todos aquellos técnicos o profesionales que, permanentemente o transitoriamente presten ayuda al médico en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, estando bajo dirección”⁷⁴. Este significado no hace mención a su calidad profesional, sino al rol que cumple en el ejercicio de un acto médico, y dentro de este concepto se encuentra los enfermeros, la pabellonera, el nutricionista u otro médico de acuerdo a la función que cumpla en un tratamiento. Se excluyen a los anestesiastas, pues se consideran que gozan de una autonomía científica respecto del médico jefe (debido a su especialidad), a los médicos especialistas y al facultativo que recibe la delegación de funciones de otro colega, ya que hay un cambio de profesional y un sujeto no tiene el control sobre el otro⁷⁵.

Si a partir de la incorrecta administración de medicamentos la culpa ha sido cometida por un auxiliar médico, en la medida que sea su dependiente, se entenderá que fue realizado por el médico tratante que ha contratado

⁷³ GUAJARDO (2005), p. 129

⁷⁴ GUAJARDO (2005), p. 130

⁷⁵ GUAJARDO (2005), p. 130

directamente con el paciente, en razón a que si hubiese empleado la debida diligencia podría haberlo impedido⁷⁶.

Esta responsabilidad por el hecho de los auxiliares tiene su fundamentación contractual en el artículo 1679 del Código Civil, señalando que *en el hecho o culpa del deudor, que destruye el cuerpo cierto o especie que se debe, se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable*. Si bien es trascendental la culpa del auxiliar del deudor, es a este último quien le corresponde acreditar que no la hubo, porque en el sentido de la regla citada, ella está incluida en la suya, y que por cierto se presume⁷⁷. Pero para que esta presunción opere, debe probarse que fue el propio médico tratante quien introdujo a los respectivos auxiliares en la ejecución de la prestación médica⁷⁸.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que significa que el jefe del equipo médico no está vinculado con el paciente pero igualmente le presta los servicios de salud con otros profesionales o técnicos, encontramos el artículo 2320 inciso primero, que dice: *toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*. Semejante regla se justifica en el aspecto médico – sanitario cuando estamos en presencia de un jefe del equipo médico que supervigila los actos y hechos de quienes lo colaboran en la ejecución de su prestación médica; y que pudiese existir culpa, frente a un acto de negligencia que ocasiona un serio daño al paciente, en los casos en que se eligió mal al subordinado o por el hecho de no saber vigilarlo en la manera prudente⁷⁹.

Por un lado, el jefe del equipo médico tendrá exclusiva responsabilidad por el hecho de sus colaboradores cuando entregue órdenes e instrucciones que, en definitiva, son defectuosas e igualmente ejecutado por el auxiliar, ya que incurriría en una falta personal; y por el otro, también asumiría tal responsabilidad médica en el caso que el facultativo dé una correcta y oportuna instrucción, pero el auxiliar no lo cumple o lo ejecuta de modo imperfecto, siendo identificado como el autor material del daño, salvo que, atendida a las circunstancias del caso, y sólo en sede extracontractual, haya sido imposible para el facultativo ejercer la directa vigilancia sobre su personal auxiliar, bajo los términos del inciso final del artículo 2320 del

⁷⁶ ACOSTA (1990), p. 407

⁷⁷ GUAJARDO (2005), p. 136

⁷⁸ PIZARRO (1995), p. 5.

⁷⁹ ACOSTA (1990), p. 408

Código Civil⁸⁰: *pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.*

Igualmente el paciente – víctima deberá acreditar la acción u omisión culpable o dolosa del auxiliar (a pesar que la doctrina y la jurisprudencia chilena ha expresado que no hay necesidad de individualizar al dependiente que ocasionó concretamente el daño, puesto que en la práctica se hace complicado identificarlo⁸¹), el daño ocasionado, la relación de causalidad y el vínculo de subordinación entre el autor material de la infracción y el jefe médico, todo de acuerdo a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Indicado el hecho ilícito, la víctima se libera de acreditar la culpa del jefe del equipo médico, ya que ésta se presumirá legalmente.

En *Ríos Rodríguez con Servicio de Salud de Talcahuano*, el señor Venancio Castañeda Escárte falleció a raíz de un cáncer de laringe, y que debió ser tratado aquella enfermedad con una traqueotomía y luego con una quimioterapia, específicamente mediante una droga llamada *Mitomicina – C* en el Hospital Las Higueras de Talcahuano, sin embargo, durante la aplicación de aquel medicamento por vía endovenosa por parte de una enfermera de dicho centro asistencial, ocurrió una extravasación, causando un severo daño en la mano derecha del paciente que estuvo a punto de ocasionarle la amputación de su brazo o al menos sus tendones, pero que le generó imposibilidades para trabajar y, lo que fue peor, se interrumpió el recién iniciado tratamiento que buscaba combatir aquel cáncer. El Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, a partir de estos hechos comprobados en el proceso, condenó al Servicio de Salud de Talcahuano al pago de \$65.000.000 en favor de la viuda y de los dos hijos del occiso⁸².

Todo lo que se ha dicho en párrafos anteriores no presenta dificultad alguna cuando los auxiliares han sido elegidos, contratados y supervigilados por el mismo médico que tiene el vínculo, contractual o extracontractual, con el paciente. Sin embargo, en muchos casos ocurre que el facultativo haga uso de las instalaciones, servicios y recursos de una clínica o centro asistencial privado, además de sus auxiliares médicos, estos últimos son contratados y están subordinados al correspondiente instituto de salud (por ejemplo,

⁸⁰ ACOSTA (1990), p. 409

⁸¹ DE LA MAZA y PIZARRO (2008), p. 127

⁸² *Ríos Rodríguez y otros con Servicio de Salud de Talcahuano* (2008)

cuando el enfermo está afiliado a una ISAPRE se indica que debe practicarse la intervención en una clínica asociada), lo que no obsta a que estén sometidos a las órdenes e instrucciones técnicas del médico tratante exclusivamente en la ejecución de los actos médicos encargados por el paciente. ¿Quién respondería ante un daño ocasionado por algún auxiliar, el jefe del equipo o la clínica? Si fueron introducidos por el médico tratante (porque lo aceptó), éste responderá contractualmente por el hecho del auxiliar, pero si la incorporación del personal fue impuesto por aquel centro de salud, el paciente exigirá esa responsabilidad a la clínica, o bien contra el auxiliar culpable pero por el hecho propio de índole aquiliana⁸³.

3.2. EL ERROR DE OTRO MÉDICO QUE ACTÚA EN EQUIPO

En el caso que un médico participe, en el marco de la ejecución de un determinado tratamiento hacia un paciente, dentro de un equipo junto a otros facultativos, se tiende a cuestionar su subordinación ante el jefe del equipo, en virtud que todos son profesionales médicos, lo cual es relevante al momento de indicar a quién se le atribuye responsabilidad civil en la situación que exista un suministro incorrecto de fármacos al enfermo, durante el transcurso del tratamiento, y cuya consecuencia sean daños serios en su contra, si al médico en su calidad de autor material o el jefe del equipo por un hecho del primero en su posición de dependiente. Para aquello, es imperante analizar en cada caso el grado de autonomía o, de lo contrario, la dependencia que caracteriza el obrar profesional del médico como miembro del equipo.

Generalmente existen dos tendencias para analizar esta problemática⁸⁴:

- 1) **Concentrar la responsabilidad en el jefe del equipo**, lo que daría a entender que los otros médicos estarían subordinados a un facultativo en la realización de la actividad médica: se justifica por que el jefe médico tratante tiene una visión global en la intervención o tratamiento, coordinando técnicamente las actividades de los miembros del equipo. Como consecuencia jurídica, al médico tratante le sería aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho de sus trabajadores, sea en su sentido contractual o extracontractual.

⁸³ PIZARRO (1995), p. 9

⁸⁴ ACOSTA (1990), pp. 411 - 415

- 2) **Disociar la responsabilidad respecto de cada facultativo involucrado en el acto médico de equipo**, haciéndolo responsable respecto de sus propias faltas: esta tendencia ha capturado más adeptos en el último tiempo, bajo la tesis que cada profesional ejerce su actividad en conformidad a su *lex artis* de manera autónoma⁸⁵. El jefe médico carecería de la facultad de vigilar o de controlar a sus dependientes, más aún si entre ellos existen distintos tipos y grados de especialidades. En esta disociación de responsabilidad, cada médico sería responsable de los daños que infieran de acuerdo a las reglas de responsabilidad extracontractual, si es que no existe un contrato de prestación de servicios médicos con el paciente; de lo contrario, se aplicaría el régimen de responsabilidad contractual aun cuando el enfermo haya pactado el acuerdo sólo con el jefe del equipo, puesto que se aplicaría el artículo 1449, vale decir, la estipulación a favor de otro⁸⁶.

4.- EL ERROR EN LAS CLÍNICAS PRIVADAS

Se ha señalado que las clínicas privadas, en su condición de establecimiento médico, ofrecen un servicio al público en general, el cual acude a su personal confiando en que se le otorgará una atención eficiente⁸⁷. La responsabilidad de la clínica privada puede ser de dos clases⁸⁸:

- 1) **Directa**: aquello se puede verificar en forma independiente a la culpa de su personal médico o auxiliar que efectuaron materialmente el acto que implicó en el daño al paciente, imputándose la conducta imputable directamente a la institución de salud. Los casos de defectos en la organización interna (v.gr. medicamentos que se encuentran en mal estado y que de igual forma es suministrada al paciente que requiere de la receta), donde no se puede identificar bien al sujeto que provocó aquella negligencia, son ejemplos de hechos que se imputarían exclusivamente al centro de salud. Con ello, la víctima solo debería demandar por el total del daño causado, la cual responde por el hecho

⁸⁵ PIZARRO (1995), p. 9

⁸⁶ COURT (1998), p. 288

⁸⁷ PAILLÁS (2002), p. 74

⁸⁸ PIZARRO (1995), p. 15

propio y no subsidiariamente a los trabajadores dependientes, de hecho, éstos últimos involucrados podrían ser absueltos de todos los cargos en su contra, pero la clínica no correría la misma suerte⁸⁹.

- 2) **Por el hecho ajeno:** en esta situación es importante la existencia de una acción u omisión culpable de un dependiente, lo cual presumiría la culpa de la clínica de acuerdo a las reglas de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad contractual, sea en referencia a los auxiliares o a los médicos, en el mismo sentido a lo explicado en capítulos anteriores referidos a los equipos médicos, con la salvedad que la clínica es una institución con mayor capacidad patrimonial para cubrir o mitigar errores, participar en los procesos jurisdiccionales que se lleven en su contra, y hacerse cargo de las indemnizaciones pecuniarias en caso que se verifique su responsabilidad civil.

5.- EL ERROR EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS

Hasta hace unas décadas atrás, los tribunales de justicia hacían responsables al Estado por los daños ocasionados en los centros hospitalarios públicos a través de la aplicación al Fisco las reglas de la responsabilidad extracontractual contempladas en el Código Civil, en la que se configuraba una responsabilidad de la empresa a través de la calificación del personal sanitario negligente como dependiente y haciendo valer la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320. Para ello, se hacía una distinción entre los “actos de gestión”, de lo que el Estado respondía frente a los pacientes - víctimas, y los “actos de autoridad”, de los cuales el Estado no era responsable⁹⁰. Sin embargo, posteriormente se entendió que para el Estado y sus organismos no se aplicaría el Derecho Privado, sino que por normas especiales del Derecho Público.

La fundamentación básica de la responsabilidad administrativa, en términos generales, y más aún materia sanitaria, lo hallamos en el artículo 38 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile, que dispone lo siguiente: *cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante*

⁸⁹ DE LA MAZA y PIZARRO (2008), p. 130

⁹⁰ COURT (1998), p. 289

los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiera causado el daño.

Dicho precepto ha sido entendido, desde un principio en parte importante de la doctrina, como un principio de responsabilidad objetiva para la Administración, en el sentido que sólo se exigiría la lesión de un derecho de un administrado, sin importar que si el acto u omisión sea lícito o ilícito y, mucho menos, si ha habido o no culpa en el agente del Estado que lo llevó a cabo, vale decir, una mera relación de causalidad⁹¹. Pero para autores como Pedro PIERRY, dicha norma tiene como finalidad atribuir una competencia a los tribunales para conocer los actos de la Administración Pública, y por tanto, no busca consagrar un tipo de responsabilidad estatal⁹².

El sistema estatal que lleva a cabo las prestaciones médicas a la población que no posee los recursos para atenderse en una clínica privada, recae en los Servicios de Salud, que son personas jurídicas organizadas regionalmente y dotados de autonomía técnica, administrativa y patrimonial (D.L. N° 2763, de 1979). Y cuando se produce un daño a un paciente atendido por un centro de salud dependiente de alguno de estos servicios, se presenta la problemática de la responsabilidad del Estado en virtud de sus órganos o servicios⁹³. Se cuestiona sobre si es objetiva o subjetiva, y si responde por hecho propio personalmente o responde indirectamente por la acción u omisión de sus funcionarios.

5.1. FALTA DE SERVICIO

El concepto de “falta de servicio” se ha consagrado en los últimos años en el Derecho chileno, especialmente tratándose de casos en donde hay que imputar una conducta a un funcionario, órgano o servicio perteneciente a la Administración del Estado. Semejante calificación ha evolucionado últimamente en la legislación chilena. La primera vez que se contempló esta figura fue en la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, donde se establecieron reglas sobre la responsabilidad estatal ante los daños que incurra cualquier órgano de la Administración Pública (incluida aquellos destinados a la atención

⁹¹ RAMOS (2007), p. 124

⁹² PIERRY (2000), pp. 17 - 27

⁹³ CORRAL (2003), p. 284

sanitaria), como lo preceptuado en su artículo 4º: *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.*

Lo anterior ha consistido en una responsabilidad a nivel orgánico, es decir, que el sujeto pasivo de la acción indemnizatoria deberá ser siempre la Administración cuando ha causado un daño, y cuyo criterio de imputación es la “falta de servicio”, como lo ha dispuesto el artículo 42 del mismo cuerpo legal:

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.

Este mismo criterio de imputación de responsabilidad por falta de servicio se indica en el artículo 141 de la ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que expresa lo siguiente: *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.*

A partir de las normas citadas, parece desprenderse que esta responsabilidad administrativa exige culpa de parte de los órganos de la Administración que causen daños, puesto que el Estado puede repetir en contra “del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Por ende, está implícita la idea de falta o culpa⁹⁴.

Lo anterior se corrobora con la promulgación, en el año 2004, de la Ley N° 19.966 (Ley AUGE), especialmente en lo preceptuado en el inciso 1º y 2º del 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.

⁹⁴ PAILLÁS (2002), p. 90

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

La responsabilidad por falta de servicio cumple, en la actividad médica sanitaria que lleva a cabo la Administración Pública, una función análoga a la responsabilidad por culpa en el derecho privado⁹⁵. Esta responsabilidad exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público, y aquella calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar, es decir, supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que le era exigible.

La determinación de una falta de servicio en la actividad médica sanitaria realizada por los Servicios de Salud no es antojadizo, con lo cual, no será apreciada como aquel servicio que uno quisiera recibir en forma eficiente y no se hizo, sino que aquello que se tiene derecho a esperar y, a pesar de esto, se traspasaron los límites. Lo anterior está dado por expectativas normativas que entrega la comunidad que califican, en un tiempo y lugar, cuando estamos en presencia de un servicio normal entregado por la Administración⁹⁶.

Señalado lo anterior, no estamos en presencia de un juicio de reproche a la persona que realizó la acción u omisión, ya que, de hecho, no hay necesidad alguna de individualizar al agente público (médico o funcionario identificable) a quien le resultaría imputable el hecho que ocasionó el daño al paciente⁹⁷. Por esto es que se ha afirmado que la responsabilidad médico – sanitaria de parte de los Servicios de Salud es directa y personal, ya que éstos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio para asumir los costos de eventuales daños a los pacientes a raíz de su incorrecto funcionamiento; y, además, es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular⁹⁸.

Queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico nacional siempre se razona sobre la base de que alguien transgredió o incumplió un deber de conducta, con lo cual, ese carácter de reproche es calificado como una responsabilidad de la Administración Pública de tipo subjetivo⁹⁹. Por estas

⁹⁵ BARROS (2007), p. 485

⁹⁶ BARROS (2007), p. 511

⁹⁷ BARROS (2007), p. 486

⁹⁸ BARROS (2007), p. 496

⁹⁹ CÁRDENAS (2006), p. 805

razones es que el concepto de *falta de servicio* se asemeja a la culpa de cualquier empresa u organización, siendo catalogada jurisprudencialmente como *culpa en el servicio*¹⁰⁰.

La única diferencia entre la falta de servicio y la culpa es que, si bien en ambos casos se efectúa una analogía entre la conducta real y la conducta debida, en el derecho privado se busca un orden basado en la igualdad jurídica de las partes, mientras que en derecho público hay un deber de servir¹⁰¹, fundamentado a partir del principio del “Estado al servicio de la persona humana” descrito en el artículo 1 inciso 4° de nuestra Carta Fundamental.

Los requisitos óptimos para que pueda proceder una demanda, imputando a un servicio de salud, una responsabilidad médica por falta de servicio, de parte de la víctima en la intervención que le fue realizado por un médico, auxiliar o funcionario del hospital dependiente de un hospital, son los siguientes:

1. Que exista una norma de derecho positivo que obligue a la Administración a prestar el servicio
2. Que se acredite que la falta de servicio, a través del hecho de que tal servicio:
 - a) no se prestó,
 - b) se prestó inadecuadamente, ó;
 - c) se prestó tardíamente;
3. Que se pruebe el perjuicio;
4. Que se pruebe que el perjuicio o daño se produjo por la actividad o inactividad constitutiva de falta de servicio (nexo causal)¹⁰²; y
5. Que el causante del daño (médico o personal auxiliar) sea funcionario público y se haya originado el daño con motivo del ejercicio de sus funciones¹⁰³.

Con la ley AUGE, evalúa la conducta del órgano y de sus agentes, despejando definitivamente que no basta el daño para condenar al establecimiento de salud de que se trate¹⁰⁴. Es así que la “falta de servicio”

¹⁰⁰ BARROS (2007), p. 486

¹⁰¹ BARROS (2007), p. 487

¹⁰² RAMOS (2007), p. 136

¹⁰³ FLORES (2002), p. 258

¹⁰⁴ CASTRO y MANRÍQUEZ (2005), p. 351

tiene una especial importancia, ya que puede ocurrir que el hospital público logre probar que ninguno de sus médicos o auxiliares haya incurrido en culpa en el actuar frente al paciente, o bien que el propio establecimiento disponía de todas las medidas de protección y cuidado que la prudencia exigía en el caso concreto; pero el hospital sí podría llegar a ser civilmente responsable por cuanto, aunque disponía de dichas medidas o sistemas, no los utilizó íntegra, correcta u oportunamente, o los utilizó en forma deficiente o incompleta¹⁰⁵.

Uno de los casos que ha señalado la doctrina como una conducta lesiva, imputado bajo la calificación de “falta de servicio”, es precisamente en la existencia de falencias en los sistemas públicos de salud para evitar que se cometan errores en la administración de drogas o de medicamentos altamente peligrosos en los pacientes¹⁰⁶.

De hecho, para Hugo CÁRDENAS, dentro del tipo de falta de servicio se incluyen los supuestos en que se ha administrado un medicamento equivocado de acuerdo al estado de salud o a la condiciones fisiológicas del paciente, al igual que en aquellos donde el medicamento es suministrado de forma incorrecta, y que tales errores suceden con más frecuencia de los que se puede llegar a imaginar y que sólo en casos excepcionales, tales negligencias son litigadas y resueltas por los tribunales de justicia¹⁰⁷.

No obstante, la legislación nacional ha indicado que la falta de servicio no se presume, por lo que deberá ser probada por la víctima, labor que se hace dificultosa, ya que el hospital público demostraría su diligencia argumentando que por razones económicas o de fuera mayor no disponía del personal o del equipamiento suficiente, o en otros casos, que no contaban con los sistemas de control, comunicación y vigilancia eficaces al momento de incurrido el daño al paciente¹⁰⁸.

Pese a que en párrafos anteriores se ha insistido que la falta de servicio le corresponde a una institución en general, no se puede obviar en el hecho de que una negligencia médica de semejante envergadura en estudio está vinculada con la participación de alguien. Y si bien es cierto que el Servicio de Salud debe responder directa y personalmente por los daños ocasionados

¹⁰⁵ ZELAYA (1997), p. 43

¹⁰⁶ ZELAYA (1997), p. 45

¹⁰⁷ CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 104

¹⁰⁸ ZELAYA (1997), p. 46

al paciente, descartándose la tesis de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, existen herramientas jurídicas que permitirían que el sujeto que estuvo detrás de la negligencia asuma en parte su responsabilidad.

5.2. ACCIÓN DE REPETICIÓN EN CONTRA DEL MÉDICO – FUNCIONARIO

A partir de la imputación al Servicio de Salud por la falta de servicio incurrida al momento de ocasionar el daño al paciente, queda por establecida que su responsabilidad es una garantía, cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente el acto de uno o de varios agentes (médicos y/o auxiliares) que lo comprometen en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁹. *A contrario sensu*, la falta personal es la cometida por el funcionario estatal al margen del ejercicio de la función pública, lo que ocurrirá cuando el daño es provocado como consecuencia de una acción u omisión obedecida a móviles personales, sea en forma dolosa o culpable, por lo que no quedará circunscrita a la actividad estatal llevada a cabo¹¹⁰.

La acción de repetición en contra de un funcionario de un órgano de la Administración Pública cuando se declara al Estado como responsable por los daños causados a los administrados comienza a contemplarse en el artículo 42 de la ley N° 18.575 y en el artículo 142 inciso 2° de la ley N° 18.695 (de municipalidades). Sin embargo, aquella facultad estatal se precisa aún más en el ámbito de la salud pública ante posibles negligencias médicas.

Así entonces, el último inciso del artículo 38 de la ley N° 19.966 indica que *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.*

¹⁰⁹ BARROS (2007), p. 499

¹¹⁰ FLORES (2002), p. 192

La redacción del artículo 38 de la Ley AUGE otorga al concepto *falta de servicio* una potencialidad para contemplar todas las acciones u omisiones de aquellos funcionarios o directivos que tienen la facultad de comprometer la voluntad del Servicio de Salud, así como también las acciones u omisiones del personal médico - sanitario en la ejecución de sus actos puramente médicos. Incluso, podríamos argumentar que la falta de servicio abarca todos los daños provenientes de errores en la gestión del servicio que, sin poder reconducirse a una persona determinada, se encuentren en el origen de los daños que reclaman los pacientes - víctimas¹¹¹.

Por lo tanto, la falta incurrida por cualquier funcionario o personal de la salud pública en el ejercicio de sus funciones puede estar escondida o confundida con la falta de servicio que genera el mismo Servicio de Salud, debido a que semejante individuo personifica al órgano estatal en la realización del acto médico; lo que confirma que aquí hacemos referencia a una responsabilidad por el hecho propio, desligándose completamente de las reglas de los artículos 2320 y 2322 sobre responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno o de sus dependientes, justificándose, de ese modo, la acción de repetición del órgano de salud pública en contra de el o los funcionarios individualizados que cometieron dicha negligencia médica¹¹².

Pero puede ocurrir que exista falta de servicio y falta personal, lo que ha sido denominada como el “cúmulo de faltas”. En dicha situación, si se busca perseguir el cobro contra el Fisco, éste deberá pagarlo en su integridad, sin embargo puede repetir en contra del funcionario por el equivalente a su falta personal, vale decir, un 50% si el juez nada dice, o por la porción que se indique en el fallo condenatorio que corresponda a la falta de servicio y a la falta personal¹¹³.

5.3. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MEDIACIÓN

Con la ley AUGE, las víctimas de los daños ocasionados por alguna institución pública de salud y que deseen obtener su reparación, antes de presentar la discusión en un tribunal civil (a través de un juicio de Hacienda, del Título XVI del Libro III del Código de Procedimiento Civil), deberá someter

¹¹¹ CÁRDENAS (2007), p. 527

¹¹² CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 167

¹¹³ Torres Beltrán con Servicio de Salud de Concepción (2011)

su reclamo a un procedimiento de mediación no adversarial que lo lleva a cabo el Consejo de Defensa del Estado (CDE), institución que designará a un mediador para que propenda la comunicación directa entre las partes y a la búsqueda de una solución extrajudicial. El interesado deberá presentar el reclamo en el CDE (presentando sus datos personales, el motivo de su reclamo, sus peticiones concretas y sus antecedentes que lo respalden), y éste deberá citar a las partes a una primera audiencia. El plazo de duración de la mediación será de 60 días corridos (prorrogables hasta 120 días por acuerdo entre las partes) a partir del tercer día de la primera citación al reclamado, y mientras tenga su duración, se suspenderán los términos de prescripción para entablar acciones civiles o penales.

La comparecencia de las partes a las audiencias será personal, no obstante podrán designar a un apoderado facultado para transigir. Mientras que el mediador podrá citarlos a todas las audiencias que sean pertinentes para cumplir sus objetivos, sesionar con todos en forma conjunta o separada, solicitar todos los antecedentes, informes técnicos de expertos y pruebas que sean necesarios; efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, y proponer las bases para un eventual acuerdo, actuando bajo los principios de imparcialidad, igualdad, celeridad, voluntariedad y confidencialidad. Además, todas las actuaciones de la mediación, al igual que las declaraciones de las partes serán secretas, salvo los documentos e instrumentos públicos y privados que estén acompañados en el proceso, ya que podrán ser usados en un juicio posterior.

Esta mediación en el ámbito de la salud puede tener los siguientes finales:

- a) **Si alguna de las partes no desea continuarla:** se entenderá finalizado mediante un acta firmada por las partes y el mediador (si alguno de ellos no quiera o no pueda firmar, se dejará constancia de aquello). Con esto, la víctima podrá entablar una demanda civil en los tribunales ordinarios.
- b) **Si no hay acuerdo entre las partes:** se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta que conste de esta situación, siendo firmado por las partes (si alguno de ellos no quiera o no pueda firmar, se dejará constancia de aquello). Con esto, la víctima podrá entablar una demanda civil en los tribunales ordinarios.

- c) **Si hay acuerdo entre las partes:** se levantará un acta firmada por las partes y el mediador, describiéndose los términos del acuerdo, las obligaciones asumidas por las partes y la expresa renuncia del reclamante a cualquier acción judicial, teniendo ésta los efectos de un contrato de transacción.

CONCLUSIÓN

1. Al momento de analizarse la responsabilidad civil de un médico se tiene que analizar si existe un previo vínculo contractual entre el médico o centro médico y el paciente, si la obligación del facultativo es de medios o de resultados (más aún cuales son precisamente) y bajo qué reglas debe someter su comportamiento profesional.
2. El vínculo entre el médico, o centro de salud, y el paciente, al momento que el primero presta los servicios, puede ser contractual en caso que ambas personas consienten en sus derechos y obligaciones, al igual que si el enfermo pacta con una Institución de Salud Previsional que a la vez asigna a un médico o equipo que se encargue de atenderlo. El acuerdo que se suscribe es un contrato de prestación de servicios médicos, que tiene la cualidad de ser bilateral, consensual, principal, gratuito u oneroso, intuito personae y de tracto sucesivo. Sin embargo, rara vez se hace una escrituración de ella, sino que hay un acuerdo tácito, por el cual el facultativo contrae una obligación de hacer (prestar sus servicios), y el paciente una obligación de dar (remunerar).
3. Este contrato es atípico y se rige por reglas del mandato y supletoriamente por normas del arrendamiento de servicios. Pero en los hechos, el facultativo no tiene vínculo contractual con el paciente, ya que en muchas ocasiones la necesidad de que una persona sea atendida por una aquejada enfermedad es urgente y no habría tiempo para pactarse un acuerdo, rigiéndose las normas de la responsabilidad extracontractual del Código Civil y la ley AUGE (cuando se da en hospitales públicos). Pese a lo anterior, se ha buscado contractualizar el vínculo médico – paciente a través de la estipulación a favor de otro, en el cual el estipulante (médico tratante o clínica) consiente en los

derechos que deriven radicarán en el paciente (tercero beneficiario) y el promitente (médico subordinado) se obliga a cumplir la prestación.

4. La obligación que incurre el médico son, por regla general, de medios, es decir, aplicará todos sus conocimientos y técnicas para el paciente de manera cuidadosa; y excepcionalmente contraerán obligaciones de alcanzar un resultado concreto. Así, en la mayoría de los casos no tendrá trascendencia que se logre sanar o curar al paciente al momento de fijarse una responsabilidad médica en caso que se ocasione un daño al enfermo, sino más bien en el incumplimiento de estándares profesionales que le son exigibles, es decir, de la *lex artis* (reglas del arte); por lo tanto, para acreditar su culpabilidad se deberá probar que el facultativo no fue cuidadoso en la atención, haciéndose la comparación de la real conducta llevada a cabo con un modelo abstracto de buena atención, situación jurídica que no beneficia al paciente debido a que muchas pautas no están reglamentados y menos accesibles a la ciudadanía, y sólo deberá ser demostrada por medio de la literatura médica y de algunas normas generales que están al alcance.
5. Una de las reglas accesibles son las que hacen referencia a la correcta administración y prescripción de medicamentos, en los cuales se hace hincapié en que debe suministrar los fármacos a los pacientes en consideración a su estatura, peso estado físico y psicológico, y enfermedades o dolencias que padece previamente. Una infracción a estas pautas podría acarrear severos daños, incluso irreversibles, lo cual sería un sinónimo de una *mal praxis* cometida por un facultativo, incumpliendo sus obligaciones médicas, concluyendo en serias consecuencias jurídicas.
6. Estos errores en la administración de medicamentos a los pacientes se pueden dar en distintos contextos: cuando no hay un contrato de prestaciones médicas, cuando lo incurre uno de los miembros del equipo médico (sean auxiliares u otros médicos), cuando sucede en las clínicas privadas o se da en los hospitales públicos.
7. Si el error acontece cuando no hay un contrato entre médico o centro de salud y el paciente, deberá determinarse la responsabilidad del infractor en la medida que se compruebe que el autor es capaz del

delito o cuasidelito (si el médico profesional), que haya dolo o culpa, que haya un real daño a la víctima y existe una relación de causalidad entre el hecho y el resultado dañoso al enfermo. Con esto, la víctima podría pedir una indemnización por daño emergente, lucro cesante, y por sobre todo, por daño moral. Las reglas sobre responsabilidad extracontractual son más beneficiosas y flexibles para los pacientes, por esto es que en muchas ocasiones se invocan para pedir responsabilidad médica ante la prohibición del cúmulo de responsabilidad y la obligatoria opción de demandar contractualmente, con exigencias más dificultosas para determinar la culpabilidad del profesional de la salud.

8. Si el error es cometido por un auxiliar o un médico dependiente del médico tratante, este último deberá responder por los daños sufridos por el paciente, de acuerdo a las reglas de responsabilidad por el hecho ajeno siempre y cuando se verifique la relación empleador – empleado. Misma regla se aplicará en las clínicas sobre hecho de sus trabajadores.
9. Ahora bien, en los hospitales públicos, el criterio de imputación de una conducta médica que lleva a cabo un funcionario, y que daña al paciente, es la *falta de servicio*, entendida como una responsabilidad a nivel orgánico que lleva consigo la idea de culpa (*culpa en el servicio*), apreciado como aquel servicio que uno tiene derecho a esperar y, no obstante, no se prestó, se prestó inadecuadamente o se prestó tardíamente. Esta responsabilidad es directa y personal de un determinado Servicio de Salud, sin perjuicio que existe un derecho a repetir, de parte del Estado, contra el funcionario que fácticamente cometió la infracción.
10. Por último, hoy en día el paciente que ha sido víctima de un daño ocurrido en un hospital o centro de salud público, antes de entablar una demanda civil en un tribunal ordinario, deberá recurrir a una mediación ante el Consejo de Defensa del Estado para que se busque en esta instancia una solución a sus problemas. Este proceso ha buscado destrabar los conflictos entre las partes y que lleguen menores causas a un juicio de Hacienda, lo cual tiende a ser largo y costoso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (1983): *Las Obligaciones*, Segunda Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 368 pp.

ACOSTA, Vicente (1990): *De la responsabilidad civil médica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 661 pp.

ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria) 716 pp.

BARROS, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.

BAUER DE CAMARGO, Ana Elisa; CARDOSO, Thalyta; DE BORTOLI, Silvia; PERUGO, Simone; SILVIA, Aline; TREVISANI, Flávio (2010): "Identificación y análisis de los errores de medicación en seis hospitales brasileños" en *Revista Ciencia y Enfermería*, v. 16, N° 1, Concepción. Disponible en Internet: <http://www.scielo.cl/pdf/cienf/v16n1/art_10.pdf> [Fecha de consulta: 05 de marzo de 2013].

CANALES, Patricia (2003): "La responsabilidad civil médica en la doctrina y jurisprudencia". *Sección Estudios y Publicaciones. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, Santiago, pág. 19. Disponible en Internet: <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/2003/estudios_pdf_estudios/nro_277.pdf> [Fecha de consulta: 10 de febrero de 2013] 38 pp.

CÁRDENAS, Hugo (2007): "La acción de repetición del Fisco en contra del personal médico – sanitario", *Estudios de Derecho Civil 5* (Santiago, LexisNexis) 18 pp.

CÁRDENAS, Hugo (2006): "La responsabilidad patrimonial de la Administración médico – sanitaria. Cuestiones y proyecciones", en: *Estudios de Derecho Civil III (Jornadas nacionales de derecho civil)*, AA.VV (Santiago, LexisNexis) 18 pp.

CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime (2011): *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (Santiago, Legal Publishing Chile) 285 pp.

CASTRO, Adehemir y MANRÍQUEZ, Raúl (2005): "Responsabilidad del Estado en materia sanitaria. Modificaciones introducidas por la ley N° 19.966", *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, AA.VV. (Santiago, Ediciones Universitarias) 355 pp.

CORRAL, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 413 pp.

COURT, Eduardo (1998): "Responsabilidad Civil Médica", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XIX, Valparaíso, pp. 277 – 293 pp. Disponible en Internet <www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/416/389> [Fecha de consulta: 03 de febrero de 2013].

CUEVAS, Gustavo (2001): "Responsabilidad civil de los establecimientos de salud", en: *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, pp. 179.

DE LA MAZA, Íñigo y PIZARRO, Carlos (2008): *Responsabilidad civil. Casos prácticos*, Quinta Edición (Santiago, LexisNexis) 294 pp.

FLORES, Víctor (2002): *Responsabilidad Civil Médica* (Santiago, Sociedad Editora Metropolitana Ltda.) 125 pp.

GUAJARDO, Baltazar (2005): *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*, Segunda Edición (Santiago, Librotecnia) 264 pp.

MANTEROLA, Jorge (1955): *La responsabilidad cuasidelictual del médico*, Memoria para optar el título de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 204 pp.

PAILLÁS, Enrique (2002): *Responsabilidad Médica*, Cuarta Edición (Santiago, LexisNexis) 182 pp.

PESCIO, Victorio (1978): *Manual de derecho civil. Tomo II. Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 451 pp.

PIERRY, Pedro (2000): “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, año 1, N° 1, pp. 17 - 27.

PIZARRO, Carlos (1995): “La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno”. Disponible en Internet: <http://www.derechoysalud.udp.cl/articulos/Responsabilidad_civil_medica.pdf> [Fecha de consulta: 31 de enero de 2013].

RAMOS, René (1993): “De la estipulación en favor de otro” *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 193, año LXI, Concepción, pp. 7 - 35. Disponible en Internet: <www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2455> [Fecha de consulta: 03 de febrero de 2013].

RAMOS, René (2007): *De la responsabilidad extracontractual*, Tercera Edición (Santiago, LexisNexis) 151 pp.

RODRÍGUEZ, Pablo (2002): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 505 pp.

ZELAYA, Pedro (1997): “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 201, año LXV, Concepción, pp. 47 – 90. Disponible en Internet: <www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2590> [Fecha de consulta: 03 de febrero de 2013].

JURISPRUDENCIA CITADA

Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta (2001): 3° Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, 22 de mayo de 2001, ROL N° 42.152.

Cortés Cortés con Servicio de Salud de Viña del Mar – Quillota (2006): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27 de diciembre de 2006, ROL N° 1738 – 2006 (ratificado por la Corte Suprema, 29 de octubre de 2008, ROL N° 1620 – 2007).

Ríos Rodríguez y otros con Servicio de Salud de Talcahuano (2008): 2° Juzgado de Letras en lo Civil de Talcahuano, 19 de diciembre de 2008, ROL N° 1507 – 2000.

Torres Beltrán con Servicio de Salud de Concepción (2011): Corte Suprema, 13 de enero de 2011. ROL N° 6665 – 2008.

OTROS DATOS

DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS FARMACÉUTICAS Y PROFESIONES MÉDICAS. DIVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS SALUDABLES Y PROMOCIÓN – SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD. GOBIERNO DE CHILE (2010 a): *Guía para las buenas prácticas de prescripción: metodología para la prescripción de medicamentos*. Disponible en Internet: <<http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/8da216aac06faeebe04001011e01297c.pdf>> [Fecha de consulta: 02 de marzo de 2013].

DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS FARMACÉUTICAS Y PROFESIONES MÉDICAS. DIVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS SALUDABLES Y PROMOCIÓN – SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD. GOBIERNO DE CHILE (2010 b): *Uso Racional de Medicamentos: una tarea de todos*. Disponible en Internet: <http://salunet.minsal.gov.cl/pls/portal/docs/PAGE/MINSALCL/G_TEMAS/G_USO_RACIONAL_DE_MEDICAMENTOS/URM%20PROFESIONALES%20Y%20PERSONAL%20DE%20SALUD/USO%20RACIONAL%20DE%20MEDICAMENTO%20PERSONAL%20T%C3%89CNICO%20DE%20SALUD.PDF> [Fecha de consulta: 05 de marzo de 2013].

TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE. Disponible en Internet: <<http://www.24horas.cl/nacional/error-de-medicamento-casi-mata-a-menor-256383>> [Fecha de consulta: 28 de enero de 2013].