

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil doce.

**Vistos:**

En estos autos rol 9440-2009, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados "Ballón Ramírez Sandra con Servicio de Salud de Iquique", la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Iquique que revocó la de primer grado y rechazó la demanda por responsabilidad civil derivada de falta de servicio.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que por el recurso se denuncia, en primer término, la infracción de los artículos 1, 6, 7, 19 N° 1, 7 y 9, y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República; artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575; artículos 1, 2, 4, 11, 38 incisos primero y segundo, 41 y 42 inciso segundo de la Ley N° 19.966; artículo 1 N° 11 y 14 de la Ley N° 19.937; artículo 1 N° 5 del Decreto N° 170, que Aprueba Garantías Explícitas en Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005; artículos 1, 3, 8 letra a) inciso final y letra b), 10 y 11 del D.F.L. 1 del Ministerio de Salud del año 2006.

Expone el recurrente que don Hugo Ballón se encontraba amparado en la Ley N° 19.966 y demás normas que configuran el nuevo sistema de salud que establece la Garantía Expresa

en Salud (GES), y que yerran los jueces al dejar de aplicarla.

Agrega que la sentencia señala erróneamente que la responsabilidad del Servicio es subjetiva, pero que la Ley N° 18.575 abandona el concepto de responsabilidad basado en las nociones de dolo o culpa, propios del derecho privado, y lo sustituye por el concepto de falta de servicio, que supone una responsabilidad administrativa objetiva, sin que sea un elemento de ella la negligencia o la culpa. Sostiene que la institución de la responsabilidad administrativa objetiva por falta de servicio fue regulada específicamente en materia de salud por la Ley N° 19.966, que no fue aplicada por el fallo, al igual que las normas de la Ley N° 19.937 y el D.F.L. N° 1 de Salud, pese a que ellos constituyen el nuevo marco en materia sanitaria.

**Segundo:** Que, a continuación, el recurso señala que la sentencia infringe los artículos 341, 342 n° 2 y 384 n° 6 del Código de Procedimiento Civil, normas estas que refiere como reguladoras de la prueba.

Respecto de los artículos 341 y 342 N° 2 sostiene que la sentencia recurrida vulneró prueba legal tasada, por haber omitido instrumentos públicos que amparan la demanda y que acreditan que en la prestación realizada a don Hugo Ballón no se cumplió el acceso, oportunidad y tratamiento establecido en el Decreto N° 170 del Ministerio de Salud. Alude, en particular, al documento "Protocolo Auge Manejo

de Pacientes con Infarto Agudo del Miocardio con Elevación del Segmento ST", de fecha 23 de diciembre de 2003, y a la "Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia", publicado el año 2005, y que fueron acompañados por su parte.

A propósito del artículo 384 n° 6 del Código antedicho, alega que éste fue infringido al haberse omitido parte de las declaraciones prestadas por testigos de la demandada, Sergio Pulgar Campos y Raúl Romero Lamas, médicos estos a quienes se les exhibió la ficha clínica y al ser contrainterrogados señalaron que en el servicio que debía prestarse a don Hugo Ballón no se cumplieron protocolos y guías médicas que establecían la patología garantizada por la Ley Auge.

**Tercero:** Expone la recurrente, en cuanto a la manera en que las infracciones denunciadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, que de no haberse omitido por el sentenciador las normas específicas que fundan la acción, o de haberse hecho aplicación correcta de la ley, se habría concluido que la normativa aplicable al Estado en materia de salud configura una responsabilidad objetiva, conforme a la cual los requisitos que deben concurrir para que prospere la acción serían: la existencia de falta de servicio y la existencia de daños; y verificándose éstos, la relación de causalidad encuentra su fundamento en la norma legal, es decir, se tendrá una

relación de causalidad toda vez que exista falta de servicio y producto de ello se cause un daño.

**Cuarto:** Que conviene primeramente dilucidar si se ha producido o no una eventual infracción a normas reguladoras de la prueba, las que cabe entender vulneradas cuando los sentenciadores invierten el onus probandi o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere.

**Quinto:** Que cabe precisar que aunque el recurrente se esmera en presentar parte de sus alegaciones como dirigidas a la denuncia de infracción de leyes reguladoras de la prueba, lo cierto es que del tenor del recurso es posible advertir que lo que se impugna es la valoración que los jueces del fondo hicieron de la que se rindió en el proceso.

En efecto, no se denuncia ninguna de las circunstancias mencionadas en el considerando anterior, sino que acerca de la presunta transgresión de los artículos 341 y 342 N° 2 del Código de Procedimiento Civil se limita a aseverar que la sentencia omitió instrumentos públicos que acreditan que en la atención del señor Ballón no se cumplió con el acceso, oportunidad y tratamiento establecido en el Decreto N° 170 del Ministerio de Salud,

publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005. Lo anterior revela que lo cuestionado en este acápite del recurso es la ponderación que hicieron los jueces de la instancia de las probanzas rendidas por su parte, que corresponde a una facultad que le es exclusiva y que no puede ser revisada a través de este arbitrio de derecho estricto.

Que a propósito del artículo 384 N° 6 del mismo Código, que también se reclama como vulnerado, basta señalar que éste no tiene el carácter de ley reguladora de la prueba, de modo que aun de aceptarse su infracción no permite modificar los hechos.

**Sexto:** Que descartada la infracción de leyes reguladoras de la prueba, se debe consignar que la sentencia de segundo grado, revocatoria de la de primera instancia, estableció que tanto la prueba instrumental como la testimonial rendida por la actora resulta insuficiente para justificar el hecho controvertido, esto es, la efectividad de haber existido falta de servicio por parte de la demandada en el fallecimiento de don Hugo Ballón, pues únicamente da cuenta que el señor Ballón estuvo internado en el Hospital Regional desde el 17 de enero de 2006 por una cardiopatía coronaria, falleciendo el 20 de octubre de 2007, por fibrilación ventricular, cardiopatía coronaria e infarto anteroapical e inferoapical. Agrega el fallo que dichas probanzas no demuestran la existencia de

una falla en el funcionamiento del órgano administrativo y que ella fuera la causa del fallecimiento del paciente, no pudiendo tenerse por acreditado ningún supuesto fáctico que permita dar por establecido alguno de los rubros en que se fundamenta la falta de servicio invocada por el actor.

Asimismo y sobre la base de la prueba rendida por el demandado, la sentencia consignó que, en la especie, se brindó al paciente Ballón la atención médica acorde a su estado de salud, no acreditándose que algún profesional dependiente hubiera faltado a la lex artis o el Servicio hubiere negado, retardado o ejecutado mal algún procedimiento clínico.

**Séptimo:** Que como puede advertirse, la demanda fue rechazada porque no quedó demostrado que el daño alegado haya sido consecuencia de la actuación del Servicio de Salud demandado.

De ello se infiere que el recurso de casación presentado carece de los antecedentes de hecho que autorizarían aplicar los preceptos que se denuncian como infringidos y sobre los cuales se sustentaría la pretendida aplicación de las normas de responsabilidad del Estado en materia sanitaria.

**Octavo:** Que en esta clase de recurso está vedado a esta Corte emitir pronunciamiento acerca de los hechos probados por las partes, a menos que previamente se haya acogido el recurso por infracción a las leyes reguladoras

de la prueba, lo que en la especie no ha ocurrido. En consecuencia, no es posible establecer la falta de servicio atribuida a la demandada ni la relación de causalidad necesaria entre aquélla y el detrimento sufrido por la actora, para así dar aplicación a las normas sobre responsabilidad y acceder a lo pedido.

En tales condiciones, la sentencia impugnada carece de los presupuestos fácticos que permitirían emplear los aludidos preceptos sobre responsabilidad del Estado, por lo que no es posible verificar si los errores de derecho acusados han tenido lugar.

**Noveno:** Que por lo expresado, razonado y concluido, el recurso de nulidad de fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en el primer otrosí de la presentación de fojas 512 contra la sentencia de veinticinco de junio de dos mil nueve, escrita a fojas 429.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Muñoz, que estuvo por acoger el recurso, invalidar el fallo impugnado, y dictar sentencia de reemplazo que confirme la de primer grado, por las siguientes consideraciones:

**PRIMERO:** Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los

cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano - germánico y religioso. La preocupación fundamental en todos ellos ha sido el establecimiento o creación de los principios, normas y reglas de Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en su aplicación en las decisiones particulares de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano - germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento.

La evolución de las familias de los sistemas jurídicos se orienta en decisiones convencionales que se encausan en diversos aspectos, pudiendo citar entre los más relevantes, a los efectos de la decisión del presente caso, en el establecimiento del sistema de fuentes del derecho y la determinación de los destinatarios de tales disposiciones. En el sistema de fuentes el mayor progreso se producirá al



reconocer que éste se encuentra piramidalmente estructurado.

En efecto, en la Teoría del Estado, surge la supremacía individual en las declaraciones de derechos de las personas, en que el individuo constituye la preocupación central del Estado, que tiene un hito singular en la Carta Magna y la supremacía constitucional como estructura normativa de un sistema de fuentes, las que reconocerán una jerarquía entre todas ellas basada en los valores y pilares fundamentales del mismo Estado, cuya evolución se inicia con la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento.

No obstante esta gran diferencia entre ambos sistemas, ambos concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en la esfera jurisdiccional, en que el sustento primero será el derecho al proceso, reconocido con diferentes particularidades y principios. En la asignación de la competencia a los tribunales y con motivo del restablecimiento del absolutismo, se podrán comprender todas las diferencias éste y el Estado democrático. Del

mismo modo se podrán advertir las diferencias de posición en el litigio, pero que al regular las prerrogativas de que gozan las partes en el procedimiento la idea fundamental es la igualdad de derechos y trato entre ellas, como en la relación con el tribunal.

Se conjuga en este desarrollo el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cual es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantidos por la Constitución, como, además, que esa interpretación debe ampliar la esfera de los derechos y libertades, nunca restringirlas, teniendo como norte siempre amparar a las personas en su condiciones

individuales, por lo que en todo el bloque constitucional deben incorporarse las determinaciones jurisprudenciales que nacional e internacionalmente robustecen el sistema. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

Corresponde expresar que ya la Revolución Francesa permitió pasar de un Estado de Policía a un Estado de Derecho, entre cuyos efectos más importantes está la conformación de un sistema normativo que tiene por objeto regular la organización administrativa, sus funciones y potestades, como también, las limitaciones y responsabilidades de sus autoridades y agentes públicos.

**SEGUNDO:** Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla "The king can do no wrong" (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos como de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, que contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad, se llega a sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo e incluso aplicando sanciones. En

un primer estadio se excluye de control de oportunidad, mérito y/o conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislator y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855), España (1869), Alemania (1979) e Italia. El cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

**TERCERO:** Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", sentencia de 11 de enero de 1908 y "Lapostol con Fisco", sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en "Hexagón con Fisco", de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco.

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de "falta de servicio" que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad general de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

**CUARTO:** Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de

derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que se ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. "Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado" (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. "La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la

Administración." "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea "lesionada en sus derechos por la Administración del Estado".

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y funcionarios, en que su objeto es la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización correspondiente.



**QUINTO:** Que establecida la responsabilidad del Estado por daños de carácter patrimonial a las personas, en nuestro país la jurisprudencia ha tenido una labor determinante, pero mesurada. Se ha radicado la observación principalmente del Estado Administrador, pero no se debe ignorar la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado Juez, como también la responsabilidad internacional del Estado. Continuaremos con el análisis respecto del Estado Administrador.

En efecto, no obstante seguir en la doctrina civilista a la doctrina francesa, no ocurre lo mismo en lo relativo a la responsabilidad con un carácter permanente, observando iniciales esfuerzos, pero que, con motivo de la norma del artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley", se produjo un retroceso, debiendo evolucionar tanto la legislación como la jurisprudencia desde la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad particular establecida por ley y hasta llegar a la aceptación sin prevenciones de ésta. El problema actual es el régimen que se ha implantado en nuestro país. Todos

sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios, la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración. Luego se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración y los segundos la incluyen. Surge aquí la conceptualización de la responsabilidad de la Administración como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (faute de service), pero esta también produce divergencias. Simplificando el problema - podrá decirse que inmotivadamente - se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en qué parte radica su acreditación. Una concepción objetiva dirá que existe un deber de cuidado general de la Administración, por el innegable carácter de garante que tiene en el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de

responsabilidad ética, política y de bien común, a lo cual se agrega su deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por lo que dicho deber de cuidado impone un comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular. Esta misma concepción radica en la Administración la carga de probar que no le asiste responsabilidad en el daño al ajustarse a un actuar normal. La diferencia entre la concepción objetiva de la responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio está en que en la primera responde de todo daño y debe probar una eximente de responsabilidad, pues incluso le corresponde asumir los daños por la actividad lícita. Sin embargo, en la segunda acreditando un comportamiento normal, en concreto, corresponde excluir su responsabilidad. En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la administración que acredite que su obrar fue diligente.

La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la Administración, único evento en el que responde, pero en este caso corresponde al administrado que ha sido dañado probar el defecto en el obrar de la Administración tanto por acción como por omisión, surgiendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción

de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos exigen no solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa del derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción.

**SEXTO:** Que para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el análisis de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece el ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que el "Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones". Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°,

estipula que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio".

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional ([www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) <http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl>) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: "Más adelante el título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo."

"Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir."

"Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza civilmente a los funcionarios por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal." (Página 12)

El proyecto contempla la siguiente disposición: "ARTICULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que

integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material."

"Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal."

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: "La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por "falta de servicio", así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades -decreto ley N° 1.289, de 1976-, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.".

"Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido lo que se entiende por "falta de servicio público", disponiendo, al efecto, que la hay cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar;

cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía." (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: "1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizarán comparativamente los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.

b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta naturaleza que rige en nuestro país y que debe cumplir, por lo mismo, con una finalidad de orientación general. A los principios de la jerarquía, unidad, responsabilidad y

eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.

f) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a las responsabilidades civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable.” (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente “Artículo 3º: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el “Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”



"En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables."

"Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía." (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: "Artículo 4° Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil." (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego respecto del artículo 45, se señala: "Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4° del proyecto ya se habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, esta norma se refiere a un aspecto más concreto aun. Detrás de ella hay

toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.”

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso.”

“Por otra parte, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha

considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse." (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

**a.- La responsabilidad como principio general.** La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia "al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración".

**b.- Sistema general de responsabilidad.** La Administración debe observar el principio de responsabilidad, puesto que el Estado "será responsable por los daños que causen" sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en "ejercicio de sus funciones", sin desconocer que puedan existir otros sistemas. Expresamente se hace referencia al principio general de "responsabilidad del Estado", el cual tiene

lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

**c.- Concepción pro administrado y distinta de la existente.** Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.

**d.- Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad.** En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad se indica es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se "está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades".

**e.- Responsabilidad funcionaria.** Extiende la responsabilidad a los funcionarios, a quienes

responsabiliza civilmente por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el cual responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra.

**f.- Nuevo Sistema de responsabilidad.**

1.- Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera "claramente" como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como "responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio".

2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicios comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es cuando los servicios "no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.

4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

5.- Solamente se exige "que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado".

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.

7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

**SEPTIMO:** Que, el 25 de agosto de 2004 se promulga la ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, este cuerpo normativo reglamentó la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, para dichos efectos, según se establece en la historia fidedigna de la ley (<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19966/HL%2019966.pdf>),

el ejecutivo incorporó mediante una indicación al proyecto despachado por la Cámara de Diputados, un Título IV, lo que marca el inicio de la discusión parlamentaria respecto de la materia, consignándose, como antecedentes relevantes:

I.- Discusión del proyecto al interior de la Comisión de Salud del Senado, justamente ante ella se expone la indicación del ejecutivo de incorporar el mencionado Título IV de "Responsabilidad del Estado en materia Sanitaria", en la primera sesión se contó con la presencia del profesor Pierry, quien explicó la necesidad de regular la materia, sosteniendo que "si no se establecen reglas especiales, deben aplicarse las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuerpo normativo cuyo artículo 4° consagra la responsabilidad del Estado por daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El artículo 44 del mismo texto legal precisa que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal". Reconoció que "esta interpretación ha sido puesta en duda por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes argumentan a favor de su posición fundándose en la modificación introducida por la ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, al artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la

República”, así aclaró que “este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad”. En relación con el proyecto, expresó que “la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos”. (Página 549).

A continuación se procedió a analizar la indicación del Ejecutivo, siguiendo la numeración de los artículos propuestos por ella.

El Artículo 50 (pasó a ser artículo 39) establece la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, por los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El inciso segundo define la falta de servicio, y al efecto señala que se configura “cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente.” (Página 550).

El profesor Pierry sugirió eliminar el segundo inciso, que define la falta de servicio. Hizo presente que “puede existir falta de servicio aun cuando se cumpla con la ley y los reglamentos, sugiriendo entregar la determinación de su alcance al juzgador”. Además, recomendó “agregar al primer inciso una disposición que consagre la responsabilidad



estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios" (falta personal).

La Comisión, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, acordó acoger el inciso, modificándolo, en el sentido de establecer que los órganos de la Administración del Estado, en materia sanitaria, serán responsables también por la culpa o dolo de sus funcionarios, y que el Estado tendrá derecho a repetir en contra de éstos, si han incurrido en falta personal.

Resolvió, asimismo, eliminar el inciso segundo propuesto por la indicación y sustituirlo por otro, que dispone que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal".

En consecuencia, luego del primer análisis por parte de la comisión de salud, el artículo 39 quedó del siguiente tenor: *"En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal.*

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

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

II.-Así se emite el Primer Informe Comisión de Salud Senado, que señala respecto de la materia, que “El Título IV incorporado al texto por la Comisión, “De la Responsabilidad en Materia Sanitaria”, tiene carácter de Ley Orgánica Constitucional, porque desarrolla para dicho ámbito las reglas de los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado” (Página 458).

III.- En el mensaje del informe complementario de la Comisión de Salud, temas pendientes que conviene profundizar, entre ellos el relativo a la responsabilidad estatal por falta de servicio en materia sanitaria, que requiere algunas precisiones de técnica legislativa que reflejen la intención del Ejecutivo en orden a que ninguno de los preceptos del proyecto de ley sea propio de ley orgánica constitucional. (Página 618)

Luego, en éste informe complementario, se consigna que el Presidente de la República, con fecha 17 de mayo de 2004, formuló indicación que modifica el proyecto previamente aprobado por la Comisión del Salud. Respecto de la responsabilidad en materia sanitaria recae la indicación N° 15 que incide en el artículo 39, el cual se propone. La Comisión de Salud acoge la indicación y modifica en los

términos, en consecuencia, el Título IV de la Responsabilidad en Materia Sanitaria, pasó a ser Título III, y el artículo 39, pasó a ser artículos 37 y 38, los que quedan del siguiente tenor:

*"Artículo 37.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

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

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

*Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria que sean condenados en juicio, por la concurrencia de culpa o dolo de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o habiendo utilizado elementos proporcionados por el servicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario.*

IV.- Luego en el boletín de indicaciones para el artículo 37, se consignan las siguientes:

"89) Del Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, para sustituirlo por el siguiente: "Artículo 37.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán

responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

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

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

90) De los Honorables Senadores señores Ruiz-Esquide y Viera-Gallo, para sustituir el inciso tercero por el siguiente: “El particular deberá acreditar que el daño se produjo como consecuencia de la falta de servicio del órgano.” (Página 716).

V.- En el segundo informe de la Comisión de Salud, respecto de la discusión en particular, se consigna respecto de las indicaciones expuestas en el número anterior:

- Respecto de la N° 89, se aprueba sin modificaciones.

- Respecto de la N° 90, "el Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo ver que las disposiciones propuestas dejan meridianamente en claro que, para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios, basta acreditar la relación de causa a efecto entre la falta de servicio y el daño sufrido.

- Ambas indicaciones fueron aprobadas refundidas, la N° 89 sin enmiendas y la N° 90 con modificaciones.

En consecuencia, el proyecto que se aprueba de forma definitiva y que se convierte en ley, establece en su texto actual: *"Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

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

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

*sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.”.*

**OCTAVO:** Que, conforme a los antecedentes reseñados respecto del artículo 38 de la Ley en estudio, puede establecerse que desde la presentación de la primitiva indicación del ejecutivo, pasando por la discusión en general, en sala y en particular, en la comisión de salud, la materia sólo sufrió como modificaciones en relación a la indicación inicial, la eliminación del inciso segundo del artículo 27 (actual 38) que establecía la definición para falta de servicio, la que se fundó en la recomendación de dejar en manos de los tribunales de justicia determinar cuándo ésta se configura (página 550). Asimismo, se desechó la idea de establecer la responsabilidad estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios.

Como puede observarse, se abordó por parte del legislador el tema de la responsabilidad sanitaria del estado, sin querer innovar respecto de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 18.575, sino por el contrario, sólo se buscó reafirmar el factor de imputación de responsabilidad, como lo es la falta de servicio, en similares términos a los consagrados en dicha normativa.

**NOVENO:** Que clarificados los presupuestos de la Responsabilidad del Estado Administrador, se establece que la definición de mayor entidad se encuentra en la opción del legislador por el factor de imputación, el que lo sitúa

en la falta de servicio, excluyendo toda posibilidad de reconducción al Código Civil y de adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó, como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario. Del mismo modo, con tal definición excluye la posibilidad de exigir la individualización del funcionario, solamente debe acreditar la conducta del servicio, pues es de él quien reclama, además de carecer de acción en contra del funcionario, el cual resulta indiferente en su identidad y determinante en su conducta, pero como expresión de la actuación de toda la Administración o del servicio en particular.

De esta forma, más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto. Se acude así a dos factores diversos. Por una parte se toma el criterio de normalidad del sistema que solamente exige la prueba que el daño sea producto de la actuación de la Administración, debiendo ésta probar las causales de

exclusión producto de su actuar normal o exento de reproche y del mismo modo que el daño sufrido por el particular queda comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otra, se acude a la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

La ponderación objetiva y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estarse a la situación precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En cambio, la apreciación en objetiva en concreto precisamente pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio, las que compara con aquellas en que efectivamente se hizo, ello debido a los criterios de cuidado, confianza, tutela y garantía que pesan sobre el Estado Administrador, el que debe ser examinado no solamente en las causas próximas o inmediatas, si no en todas aquellas que derivaron en la producción del daño, las que pueden estar radicadas en una cadena de determinaciones y no solamente en la final.

Ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir



las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponible para actúa correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar. Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata solamente de aplicar esta normativa, sino que, además, los principios que la inspiran, los que han estado vigentes conforme al desarrollo de nuestra cultura jurídica, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se

encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

**DECIMO:** Que, como se indica en esta sentencia, fundamentalmente el reproche de la parte demandante al fallo de la Corte de Apelaciones se sustenta, en primer término en la vulneración de los artículos 341 y 342 n° 2 del Código de Procedimiento Civil, al no otorgar a la prueba agregada a los autos el valor que el legislador les asigna, todo en un sistema de prueba legal o tasada en este aspecto. Específicamente esgrime que se omitió reconocer a los instrumentos públicos la facultad de probar que en la prestación de salud entregada a don Hugo Ballón no se cumplió con el acceso, oportunidad y tratamiento que la reglamentación disponen para el cuadro clínico que presentaba, conforme se establece en el Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud. Hace referencia igualmente al "Protocolo AUGE Manejo de Pacientes con Infarto Agudo del Miocardio con Elevación del Segmento ST", de fecha 23 de diciembre de 2003, y a la "Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia", publicado el año 2005, todos los cuales disponen el deber de actuación que fue omitido.

**UNDECIMO:** Que la parte demandante, en síntesis, efectúa el siguiente relato para sustentar su acción:

- Don Hugo Nelson Ballón Henríquez sufrió un infarto agudo al miocardio (IAM) en el mes de febrero de 2006,

ingresando al Servicio (Posta) de Urgencia del Hospital Regional de Iquique, por cuya patología fue ingresado al programa de Acceso Universal de Garantías Explícitas de salud (AUGE), sin obtener mayores tratamientos que su estabilización.

- El 2 de septiembre de 2006 don Hugo Ballón sufrió un segundo infarto agudo al miocardio, ingresando a la UTI, con riesgo vital, por lo que se dispuso su traslado urgente al Instituto Nacional del Tórax de Santiago, para lo cual se le otorgó hora el 16 de noviembre de 2006 para hacerle una "coronariografía" conforme a la cual se determinaría el tratamiento posterior de implantación de By-pass coronario o Angioplastia Coronario Percutánea. Entre los procedimientos que debía hacerse se encontraba un test de esfuerzo, exámenes de sangre y electrocardiograma.
- Al presentarse a la consulta en el Instituto Nacional del Tórax de Santiago se le practicó la "coronariografía", pero al omitir acompañar los resultados del test de esfuerzo al remitir la ficha clínica el Hospital Ernesto Torres Galdámez de Iquique, se determinó que el cuadro presentado por el señor Ballón se tratara en Iquique en donde se contaba con todos los antecedentes. Al ser atendido por el médico Víctor Pérez León concluye "se sugiere realizar estudio de inducción de isquemia y viabilidad

miocárdica para definir eventual terapia endovascular”.

- Se le otorgó hora para cumplir con la orden de Poli Comité de Traslado Cardiología, que consiste en la citación a un comité de la especialidad de cardiología. Concurrió el señor Ballón y su hora le fue reagendada el 29 de diciembre de 2006; 1 de enero de 2007; 24 de julio de 2007; 28 de agosto de 2007; 9 de septiembre de 2007; se agendó para el 16 de noviembre de 2007, pero por los hechos que se indicarán a continuación se dispuso que se realizara el 9 de octubre de 2007, la cual tampoco se efectuó.
- Al presentar dolores en el pecho concurrió al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Iquique el 17 de septiembre de 2007 y luego el 3 de octubre de 2007, ocasión en que se dispone su hospitalización, en donde a los ocho días sufre nuevamente un infarto, razón por la que es derivado a la UCI hasta el 13 de octubre de 2007 en que se le traslada a medicina hombres.
- El día 11 de octubre de 2007, con los exámenes a la vista y dada la condición del señor Ballón se dispuso nuevamente su traslado a Santiago, el que sería efectuado de urgencia. El día 16 del mismo mes se consulta por este traslado, indicándose que se seguía esperando.

- Don Hugo Nelson Ballón Henríquez fallece el 20 de octubre de 2007.

La señora juez de primera instancia resume la pretensión señalando que consiste: "primero, en la tardanza por más de un año y nueve meses para la presentación garantizada en la ley en un plazo no mayor a 30 días desde su primer alta médica; segundo, no se pudo realizar la operación en la ciudad de Santiago por el hecho de haber llegado la ficha del padre de la demandante incompleta, pese a que los exámenes que se requerían para la operación se habían realizado, es decir, según lo indicado por la demandante, no se tomaron el tiempo de incorporar estos exámenes a la carpeta del paciente para ser enviada a la ciudad de Santiago; tercero, debido a lo anterior, el padre de la demandante debió volver a la ciudad de Iquique, sin solución alguna señalándosele que en esta ciudad se le citarían ante el Consejo Médico del Hospital Ernesto Torres Galdámez, a fin de determinar lo que el paciente requería, ya sea un BYPASS o una Angioplastia, sin embargo nunca se llevó a efecto este consejo médico, hasta que en definitiva el padre de la demandante falleció a la espera de dicha junta.". Por su parte la Corte de Apelaciones reitera estos conceptos, al sostener que la falta de servicios se hace consistir en: 1º) Tardanza en la prestación del servicio médico garantizado en la denominada ley AUGE, 2º) La no operación del señor Ballón en el Instituto Nacional del

Tórax en la ciudad de Santiago, por no llevar completa la carpeta con los antecedentes clínicos del paciente, y 3°) La no celebración del Consejo Médico del Hospital Ernesto Torres Galdámez para decidir si al paciente se le practicaría un Bypass o una Angioplastía.

**DUODECIMO:** Que los jueces de la instancia enuncian y exponen la prueba de las partes, señalando:

a) Considerandos vigésimo noveno, trigésimo sexto a trigésimo noveno de la sentencia de primera instancia prueba documental de la demandante;

b) Fundamento trigésimo primero del fallo de primer grado prueba documental de la demandada;

c) Motivaciones trigésima de la decisión de primer grado prueba testimonial de la actora;

d) Argumentaciones trigésima segunda a trigésima quinta de la determinación de la juez del tribunal civil de Iquique, se refiere a la prueba testimonial de la demandante;

e) En los apartados décimo quinto y décimo sexto de la determinación de la Corte de Apelaciones se hace referencia a la prueba documental y testimonial de la actora;

Con estos antecedentes se establecen como supuesto fácticos:

a) Que de las declaraciones de los testigos Adela Karina Orozco Plaza y Víctor Oliver Hidalgo Moreno rolantes a fojas 322 a 328 presentados por la parte demandante, se

desprende que conocen a la demandante, conocen las circunstancias que rodearon la muerte del padre de la demandante, que sufrió infartos al miocardio, que fue derivado a la ciudad de Santiago a fin que se le practicaran algunos exámenes y los documentos que se remitieron a Santiago iban incompletos, devolviéndose a Iquique donde deberían tratarlo, pero hubo tardanza en el tratamiento que se le dio, debido a que nunca se reunió la comisión del traslado al efecto de dar diagnóstico y establecer la intervención que debía realizarse. Señalan que la demandante se encuentra en un estado de depresión por la muerte de su padre, lo que se relaciona con los documentos que se leen a fojas 314 y 315 evacuados por los profesionales Bárbara Fuenzalida Soumastre y Carlos Cáceres C. (Considerando vigésimo octavo del fallo de primera instancia);

b) Que, tanto la prueba instrumental como la prueba testimonial rendida por la actora, resulta insuficiente para justificar el hecho controvertido, pues únicamente dan cuenta que el señor Hugo Ballón Henríquez estuvo internado en el Hospital Regional desde el 17 de febrero de 2006, por una cardiopatía coronaria, falleciendo el día 20 de octubre de 2007, por fibrilación ventricular, cardiopatía coronaria e infarto antero apical e inferoapical (Fundamento décimo séptimo de la sentencia de segunda instancia).

En el mismo apartado concluye que "dichas probanzas no demuestran la existencia de una falla en el funcionamiento del órgano administrativo y que ella fuera la causa del fallecimiento del paciente, por lo que, al no haber acreditado la actora ningún supuesto fáctico que pudiera dar por establecido alguno de los tres rubros -reseñados en el motivo 14°- en que fundamenta la supuesta "falta de servicio", la demanda debe ser desestimada.

El sentenciador de segundo grado expresa en los motivos décimo octavo, décimo noveno y vigésimo:

Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, y en abono de la apreciación de estos sentenciadores, hay que tener presente que la demandada, en relación al punto en análisis, rindió la siguiente documental:

- a) En el primer otrosí del libelo de fojas 121, la Ficha Clínica N° 95396 del Hospital local, correspondiente al paciente Hugo Ballón Henríquez.
- b) El Memorandum N° 60, de fecha 14 de mayo de 2008, suscrito por el Dr. Hernán Pulgar Campos, Jefe del Servicio de Medicina del Hospital "Dr. E. Torres G." -agregado a fojas 329.
- c) Informe del paciente Hugo Ballón Henríquez, suscrito por el Dr. Raúl Romero Lamas ( fojas 332)
- d) Informe de procedimiento del Servicio de Hemodinamia (Instituto del Tórax de Santiago), evacuado por el Dr. Víctor Pérez León, que da cuenta que el 16 de noviembre de



2006 se le practicó a don Hugo Ballón Henríquez, de 74 años, una Corononariografía + ventrículo, y señala como Factores de Riesgo: HTA, Dislipidemia e IAM antiguo y señala como Conclusión: Enfermedad coronaria ATE. ADA lesión moderada en tercio medio y severa en segmento distal. Puente muscular ADA segmento medio. Oclusión proximal de CD. Lesión severa origen de ramo segmentario de OM1. Agrega: Se sugiere realizar estudio de inducción de isquemia y viabilidad miocárdica para definir eventual terapia endovascular.

Que la demandada rindió la testimonial siguiente:

A) Don Sergio Hernán Pulgar, (fs. 336) quien expresa que como médico atendió en el hospital al señor Ballón desde que se inició su enfermedad hasta el fallecimiento, siendo tratado de acuerdo a la norma GES, se le hizo test de esfuerzo que dio negativo por insuficiencia de riesgo coronario, que tenía hipertensión arterial, hipercolesterolemia sobrepeso, Dislipidemia, dos infartos previos, enfermedad coronaria de tres vasos, no susceptible de corrección quirúrgica. Todo se registró en la ficha clínica, teniendo mal pronóstico. El día 17 de febrero (2006) ingresó entre las 13,30 y 14 hrs., y el tratamiento se inició a las 14,45 hrs., egresó de alta el 27 de febrero de 2006, próximo control el 8 de enero de 2007, se pidió. En septiembre de 2006 fue nuevamente internado en el Servicio de Urgencia por un nuevo infarto al miocardio, es

enviado a Santiago para estudio coronario que indicó lesiones no susceptibles de efectuar procedimiento de revascularización miocardiaca, debiendo continuar tratamiento médico con un control estricto de los factores de riesgo que presentaba. Fue hospitalizado nuevamente en el Servicio de Urgencia, en septiembre de 2007, fue luego trasladado a la UTI por presentar nuevo infarto al miocardio, falleciendo finalmente producto de una arritmia (fibrilación ventricular). Señala como conclusión que se trataba de un paciente de 75 años, con factores de riesgo coronario, hipertensión arterial, Dislipidemia. Obesidad, dos infartos al miocardio de pared inferior, con enfermedad coronaria de tres vasos, no susceptibles de corrección quirúrgica, pronóstico ominoso, y que en todas las ocasiones en que solicitó asistencia médica de urgencia fue hospitalizado y atendido de acuerdo a las normas del tratamiento. Reconoce como suya la firma estampada en el informe de fojas 329,

B) Don Raúl Romero Lamas, manifiesta -a fojas 339-, que el señor Ballón no fue su paciente, pero el es Jefe de Unidad de Paciente Crítico, y el señor Ballón fue tratado con los mejores protocolos existentes (añade que fue íntimo amigo de su padre), en relación al daño coronario expresa que era portador de una enfermedad coronaria severísima y avanzada, ingresó a la Unidad en distintos periodos, era un paciente de muy alto riesgo, con mal pronóstico vital

para cualquier procedimiento invasivo o quirúrgico, recibiendo las medidas habituales para este tipo de enfermedad. Reconoce que evacuó el informe agregado a fojas 332.

C) Don Pedro Iriondo Correa declara a fojas 386, que trató al señor Ballón en primera consulta en el Servicio de Urgencia el 17 de septiembre de 2007, por dolor al pecho, desconociendo el actuar del Servicio de Salud en relación a la salud y fallecimiento del señor Ballón.

Que la referida prueba instrumental y testimonial no hacen más que corroborar la conclusión a que arriban estos sentenciadores, en cuanto a que no ha existido una falta de servicio del órgano público Servicio de Salud de Iquique, sino que por el contrario la demandada probó que se brindó al paciente Ballón la atención médica acorde a su estado de salud, pero se trataba de un paciente de alto riesgo por los factores ya mencionados y la medicina no es una ciencia exacta que asegure resultados positivos para los usuarios, no acreditándose que algún profesional dependiente hubiera faltado a la Lex Artis o el servicio hubiere negado, retardado o ejecutado mal algún procedimiento clínico.

**DECIMO TERCERO:** Que en lo referente al error de derecho planteado respecto de la prueba documental, se puede establecer que este concurre por las siguientes circunstancias:

a) En ningún momento se sostuvo, por lo que no es posible que se probara que el señor Hugo Ballón Henríquez permaneciera hospitalizado "desde el 17 de febrero de 2006", con lo cual se transgrede el mérito probatorio de la prueba documental referida por la señora juez de primer grado como por la misma Corte de Apelaciones;

b) El documento referido por el fallo de primer grado en el motivo trigésimo noveno, deja constancia: "que se agregó al proceso a fojas 197, oficio remitido por la Dirección Regional Norte de Fonasa, por el cual don Wlado Pizarro Marchant Director Regional Norte (S) del Fondo Nacional de Salud remite Cartola Auge del beneficiario Sr. Hugo Nelson Ballón Henríquez, Rut. N° 3.087.138-3 quien fue ingresado al hospital Ernesto Torres Galdámez de Iquique, el día 02 de septiembre de 2006 por la patología GES, Infarto Agudo del Miocardio", por lo que no resulta efectiva la afirmación que "únicamente" se encuentra acreditada la internación del señor Hugo Ballón el 17 de febrero de 2006, pues también este documento acredita la internación que da cuenta, cuyo mérito probatorio ha sido desconocido;

c) La consideración décimoquinta de la sentencia de la Corte de Apelaciones, específicamente la letra e) da cuenta de "Dos formularios "Citación de Paciente" de fecha 28 de agosto de 2007 (fs.346) y 25 de junio de 2007 (fs. 347, de la Sección de Orientación Médica del Hospital local, para consulta integral espec", cuya reproducción parcial omite

hacer constar que se refieren a don Hugo Nelson Ballón Henríquez, RUT 3.087.138-3, Especialidad: Poli Traslado Cardiología; Médico: Poli Comité Traslado; Prestación: 0101113 Consulta Integral Espec.; en que se señala como día de atención 24/07/2007, 28/08/07 y 09/10/2007, 10:00 horas. Documental ignora por el sentenciador de la instancia, que acredita que el señor Ballón no se encontraba internado en el Hospital, por el contrario comprueba que efectivamente fue citado en reiteradas oportunidades para realizar la consulta de especialidad médica que afirma la actora y que, también, reiteradamente no fue atendido.

d) Igualmente el mismo fallo de segunda instancia, en el fundamento décimo octavo expresa que la demandante acompañó, entre otra prueba documental, letra d) "Informe de Procedimiento, del Servicio de Hemodinamia (Instituto del Tórax de Santiago), evacuado por el Dr. Víctor Pérez León, que da cuenta que el 16 de noviembre de 2006 se le practicó a don Hugo Ballón Henríquez, de 74 años, una Coronariografía + ventrículo, y señala como Factores de Riesgo: HTA, Dislipidemia e IAM antiguo y señala como Conclusión: Enfermedad coronaria ATE. ADA lesión moderada en tercio medio y severa en segmento distal. Puente muscular ADA segmento medio. Oclusión proximal de CD. Lesión severa origen de ramo segmentario de OM1. Agrega: Se sugiere realizar estudio de inducción de isquemia y viabilidad miocárdica para definir eventual terapia

endovascular". Del mismo modo se acredita que el señor Ballón viajó a Santiago, siendo atendido en el Hospital del Tórax el 16 de noviembre de 2006 y que se dispuso un tratamiento a seguir el cual no existe constancia que se realizara, precisamente, por la derivación continua para nuevo día y hora acreditado en la letra anterior. Por ello no es efectivo que "únicamente" se encuentre justificado el hecho a que alude el sentenciador de mérito.

En tales circunstancias concurre el error de derecho sostenido por la recurrente, esto es la infracción a los artículos 341 y 342 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, al desconocer el mérito probatorio de una prueba expresamente enunciada por el legislador, como es la documental, como al ignorar la documental consistente en copias emitidas con los requisitos dispuestos por el legislador por un funcionario público, cuyas objeciones fueron expresamente desechadas por los jueces de la instancia.

**DECIMO CUARTO:** Que así las cosas, esto es, establecido el error de derecho, al infringirse leyes reguladoras de la prueba, corresponde determinar que tal vicio influye substancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que sobre la base de ese razonamiento se concluyó en la inexistencia de los supuestos fácticos de la responsabilidad del estado por falta de servicio, llegando a afirmar que la demandada probó que se brindó al paciente

Ballón la atención médica acorde a su estado de salud, en circunstancias que ésta fue eludida por más de un año. Esta sola infracción permite la invalidación de la sentencia.

**DECIMO QUINTO:** Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados una serie de hechos, los que analizados en su conjunto, son suficientes para tener por configurada la falta de servicio, consagrada normativamente en el artículo 38 de la Ley 19.966, pues claramente el Servicio de Salud, a través de su red hospitalaria - Hospital Regional de Iquique Ernesto Torres Galdámez- no otorgó al paciente Hugo Néstor Ballón Henríquez, la atención de salud de manera eficiente y eficaz, por cuanto claramente omitió entregarla, reaccionó en forma tardía ante una clara complicación del estado de salud del mismo.

Hay una falta de servicio evidente y directa, puesto que el padre de la demandante estuvo por más de un año esperando ser atendido por especialistas no obstante haber sufrido dos paros cardiacos con anterioridad, situación que ameritaba actuar con rapidez, conforme lo dispone la reglamentación vigente para este tipo de cuadros clínicos la misma autoridad de salud, mediante reglamentos e instructivos de actuación. Al conocer los antecedentes debió llevar a los facultativos a tomar la pronta decisión de realizar el procedimiento más adecuado y con un carácter urgente, pues ello es lo esperable de un Servicio de Salud

que funcione correctamente, no siendo admisible, se establezcan protocolos de actuación, los que en casos concretos son ignorados, sometiendo a los pacientes a tiempos de esperas irracionales, que alargan innecesariamente su angustia y sufrimiento de los pacientes y su familia. Ninguna actividad, esperable de una Institución Moderna, fue desplegada, por el contrario, tal como lo declaran los testigos Adela Karina Orozco Plaza y Víctor Oliver Hidalgo Moreno, el padre de la actora sufrió infartos al miocardio, fue derivado a la ciudad de Santiago a fin que se le practicaran algunos exámenes, y los documentos no fueron remitidos a esa ciudad, devolviendo al paciente a Iquique donde debería ser tratado, sin que se reuniera la comisión de especialistas, existiendo tardanza en la determinación del diagnóstico y así establecer el tratamiento a realizar.

Las circunstancias de hecho establecidas por los propios sentenciadores, según se lee en el motivo vigésimo octavo, reproducido por el fallo de segundo grado, dejan en evidencia la falta de servicio en la que se incurrió, pues claramente, se retardó la atención especializada, y cuando ésta se adopta, el paciente se encuentra en un estado de gravedad extrema, falleciendo cuando espera su traslado nuevamente a Santiago.

**DECIMO SEXTO:** Que sobre la base de los antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la



presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que se desarrollan en el contexto de la prestación de un Servicio Público, a través de agentes que se desempeñan en un hospital estatal, los que en ejercicio de sus funciones deben proveer las prestaciones medicas necesarias al paciente, de forma tal que se debe evitar exponerlos a riesgos innecesarios, sin escatimar en esfuerzos para ello, sobre todo, porque se cuenta con equipo técnico y profesional para llevar a cabo tal labor. Así, se deben tomar todas las medidas, para evitar que se produzcan resultados dañosos en la prestación del servicio de salud que brindan a los usuarios del sistema.

De esta forma, "acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado", lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa de la ley 18.575).

Afirmar una doctrina diversa importa sostener o afirmar un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4°, 42 de la Ley 18.575 y 38 de la Ley 19.966.

**DECIMO SEPTIMO:** Que, sentado lo anterior, son los propios testigos de la demandada quienes refuerzan las conclusiones de este disidente, al expresar a fojas 336, el testigo Sergio Pulgar Campos, manifestó que controló y evaluó a don Hugo Ballón, y que el paciente ingresó al Servicio de Urgencia el 17 de febrero de 2006, con el diagnóstico de un infarto en la pared inferior.

Sostuvo que el ingreso se produjo entre las 13:30 y las 14:00 horas de ese día, y que el protocolo de trombólisis se inició a las 14:45 horas. Manifestó que luego de efectuada la trombólisis se le trasladó a la Unidad de Pacientes Críticos a las 15:50 horas. Depuso, además, que el primer electrocardiograma se realizó ese día a las 14:40 horas, y que al paciente se le practicaron otros dos electros post trombólisis a las 15:20 y 15:25 horas, en los que se confirma el infarto de la pared inferior. Preciso que el paciente fue dado de alta el 27 de febrero de 2006.

Declaró que el señor Ballón sufrió un segundo infarto el 2 de septiembre de 2006, y que a raíz de este segundo evento, se le indicó traslado a Santiago, para estudio coronario. Sobre el particular, expresó que el procedimiento de coronariografía fue realizado en el Instituto Nacional del Tórax el 16 de noviembre de 2006. Agregó que luego del regreso del señor Ballón desde

Santiago, desconoce si se reunió el comité de traslado que debía determinar su tratamiento.

Indicó que con posterioridad al 24 de julio de 2007, el paciente fue evaluado por el doctor Pablo Gaete, Jefe de la Unidad de Cardiología, sin que consten nuevos controles por dicha Unidad hasta su nuevo ingreso al Servicio de Urgencia.

Concluye expresando que al paciente le correspondía ser ingresado al sistema AUGE debido a la patología de infarto que sufrió el 17 de febrero de 2006, y que tiene conocimiento de la Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia, del año 2005.

Por su parte, el testigo Raúl Romero Lamas, a fojas 339, depuso que su labor era la de Jefe de la Unidad de Pacientes Críticos, y que evaluó al señor Ballón en conjunto con el equipo médico de otra unidad. Refirió que el paciente era portador de una enfermedad coronaria severa y avanzada, que su corazón presentaba daño y que se encontraba en el grupo de pacientes de muy alto riesgo. Declaró que ignoraba si después del regreso del señor Ballón desde Santiago, se reunió el comité de traslado para establecer su diagnóstico y tratamiento.

Agregó que producto del infarto sufrido con fecha 17 de febrero de 2006, correspondía al paciente ser ingresado

al Plan Auge por tratarse de una enfermedad contemplada en ella, y resguardada como patología GES.

Concluyó indicando que estaba en conocimiento de la Guía Clínica Infarto Agudo del Miocardio y Manejo del Dolor Torácico en Unidades de Emergencia, del año 2005.

**DECIMO OCTAVO:** Que a propósito de la reglamentación que establece los parámetros a observar en la atención de pacientes con patologías como las sufridas por el padre de la demandante, se debe tener presente que el Decreto Supremo N° 170 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005, sobre "Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud", contempla en su artículo 1 número 5, que en caso de un infarto agudo del miocardio, y para efectos de diagnóstico, se debe practicar al paciente un electrocardiograma dentro de 30 minutos desde la atención médica de urgencia en el Servicio.

El precepto aludido no fue observado por el Servicio demandado, desde que el primer examen practicado al padre de la actora, se le realizó a las 14:40 horas, habiendo ya transcurrido el lapso de 30 minutos que el mencionado Decreto N° 170 establece.

Es un hecho de la causa que el primer infarto sufrido por el paciente ocurrió el 17 de febrero de 2006, y que el segundo infarto tuvo lugar el 2 de septiembre de 2006, ingresándosele al sistema AUGE recién esta última fecha,

según consta a fojas 198, en circunstancias que por tratarse de una patología comprendida en el régimen de Garantías Explícitas en Salud, debió formar parte de dicho sistema apenas se verificó el primer infarto, esto es, el 17 de febrero de 2006, demostrándose así un nuevo incumplimiento por parte del Servicio demandado. En efecto ya sea por aplicación de la Ley 19.966 o Ley 19.937 correspondía proporcionar la atención especializada al padre de la actora, con mayor razón si tenía clasificación "B" de Fonasa que importa gratuidad, que implica una evaluación pretérita.

**DECIMO NOVENO:** Que a mayor abundamiento, el demandado no logró acreditar que se hubiese reunido la Junta Médica que debía evaluar al señor Ballón luego de su regreso desde Santiago, toda vez que la reunión antedicha no consta en la ficha clínica del paciente, y los propios testigos del Servicio desconocen esa circunstancia.

**VIGESIMO:** Que asimismo, y en cuanto a la condición de paciente de alto riesgo del señor Ballón, resulta necesario precisar que tal condición se le atribuye con posterioridad al acaecimiento de los infartos sufridos por éste el año 2006 y el año 2007, y que además, el demandado no acreditó haber proporcionado el tratamiento adecuado, considerando el historial del salud del paciente.

**VIGESIMO PRIMERO:** Que los elementos de convicción antes descritos y las circunstancias anotadas, reflejan de

manera prístina, como así lo estimó el juez de primera instancia, que no se entregó a don Hugo Ballón el tratamiento idóneo, y que no se desarrolló a su respecto la vigilancia clínica necesaria, considerando la condición del alto riesgo que el propio demandado le atribuye.

Como se ha dicho, en la situación concreta de autos, se debe inferir que el demandado no tuvo la diligencia adecuada en el tratamiento otorgado, ni la reacción oportuna para revertir las complicaciones físicas que había experimentado el padre de la demandante.

**Por** consiguiente, además del error de derecho por transgresión de las leyes reguladoras de la prueba, la sentencia que se revisa ha hecho una falsa aplicación del precepto que conforma el estatuto jurídico de la responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia sanitaria, esto es, el artículo 38 de la Ley N° 19.966, en razón que la situación fáctica asentada evidencia que faltó la debida diligencia en la recuperación de la salud del paciente al no haberse actuado conforme a las técnicas y prácticas que unívocamente aconsejaba la ciencia médica para la situación clínica que le afectaba, debiendo ser jurídicamente calificada como falta de servicio, por tratarse de un servicio tardío y defectuoso que tuvo como consecuencia la muerte del paciente.

**VIGESIMO SEGUNDO:** Que en este orden de ideas, conforme se expuso en la primera parte de esta disidencia,

correspondía al demandado acreditar en el proceso que prestó el servicio adecuado, y no lo hizo, reafirmando así su responsabilidad, y el derecho de la demandante a ser resarcida por los perjuicios generados.

**VIGESIMO TERCERO:** Que este nuevo yerro por parte del fallo recurrido en la aplicación de la norma del artículo 38 de la Ley 19.966, tuvo, igualmente, influencia substancial en lo decisorio, porque condujo a rechazar una demanda que debió ser acogida, y por lo mismo, obligaba a su invalidación.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Gorziglia y de la disidencia, su autor.

Rol N° 9440-2009.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por estar con permiso y la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 29 de agosto de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de agosto de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.