

DEMANDAS POR RESPONSABILIDAD MÉDICA EN CHILE. ANÁLISIS DE MONTOS, CONDENAS Y DURACIÓN*

MEDICAL LIABILITY CASES IN CHILE.
ANALYSIS OF THE DAMAGES AWARDED, JUDGEMENTS AND LENGTH
ACTIONS EN JUSTICE PAR RESPONSABILITÉ MÉDICALE AU CHILI.
ANALYSE DE MONTANTS, CONDAMNATION ET DURÉE

FRANCISCO MIRANDA SUÁREZ**

RESUMEN

El artículo realiza una revisión de una muestra de sentencias en casos de responsabilidad civil médica, que se ingresaron y resolvieron por la Corte Suprema, entre los años 2002 y 2011, seleccionando 137. Se determina qué porcentaje de las acciones judiciales iniciadas tienen como sujeto pasivo a prestadores públicos y privados; cuáles son los montos pretendidos en acciones judiciales, entre los diversos tipos de daños; cuál es la correlación de dichos montos pretendidos con los montos concedidos a los demandantes en sentencias definitivas firmes o ejecutoriadas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad médica – Sistema público salud – Sistema privado salud – Montos de daños

ABSTRACT

The article reviews a selection of 137 cases on medical liability decided by the Supreme Court between 2002 and 2011. It establishes which percentage of the claims are brought against public and private healthcare providers. It also determines how much victims sue in these claims including all heads of damages, and how these sums correlate with the sums awarded by the court's final judgements.

KEYWORDS: Medical liability – Public healthcare system – Private healthcare system – Awards on damages

RÉSUMÉ

Cette chronique fait une étude des arrêts concernant la responsabilité civile médicale, qui ont été résolus par la Cour Suprême, parmi les années 2002 et 2011, dont on a choisi 137 pour l'analyse. On a étudié quelle pourcentage des actions judiciaires sont du domaine de prestataires publics ou privés; quels sont les montants prétendus par les différents types de dommages; quelle est la relation des montants du dommage avec les indemnisations octroyées par les arrêts.

MOTS CLÉS: Responsabilité médicale – Système public de santé – Système privé de santé – Montant de dommages

* Artículo recibido el 15 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2015.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad Católica de Chile. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correspondencia a: Correo electrónico mirandasuarez.francisco@gmail.com. Este trabajo forma parte del Proyecto Regular Fondecyt N° 1130171, en el que el autor es co-investigador.

INTRODUCCIÓN

Las cuestiones vinculadas a la responsabilidad profesional e institucional en salud han tenido un importante desarrollo en las últimas décadas en nuestro país, que ha visto crecer la litigiosidad y la denominada judicialización de la medicina, generando un aumento en el número, complejidad, efecto y repercusiones de las reclamaciones y acciones judiciales. Lo anterior no es, en todo caso, un fenómeno particular en el ámbito de la atención de salud, sino que una realidad presente en nuestra sociedad en general.

Hay diversas posibles causas que han generado este escenario. Unas son propias del desarrollo actual de la medicina y su forma de ejercicio, en tanto otras están vinculadas al entorno legal o al contexto social actual. El cambio en el enfoque de la relación profesional-paciente-enfermedad; el deterioro de las relaciones interpersonales entre el profesional de salud y el paciente o sus familiares; el exitismo de la medicina; la excesiva especialización actual con apoyo de sofisticados medios tecnológicos; la insatisfacción con los resultados de la atención de salud, entre otros, son factores que influyen en dicha litigiosidad¹. Por su parte, los pacientes están más conscientes de sus derechos y de su posibilidad de exigir, reclamar y/o accionar judicialmente, disponiendo de diversos medios y acciones, sean civiles, penales, administrativas o incluso del ámbito de la protección al consumidor, sumado a expectativas de compensación económica, todo ello en un contexto social y comunicacional que promueve y alienta la difusión de estos casos y urge por medidas destinadas a evitar su reiteración y sus secuelas².

¹ En este sentido, GOIC GOIC, Alejandro (2000). *El fin de la medicina*. Santiago: Editorial Mediterráneo, p. 22, sostiene que la medicina “deslumbrada y, al mismo tiempo, enceguedida por el cientifismo, la tecnología y el nihilismo moral, puede convertir el ejercicio profesional en una relación despersonalizada que considera al paciente como un objeto, con el riesgo de precipitarse al abismo de su decadencia y tal vez de su fin”; GOLUB, Edward (1993). *Los límites de la medicina*. Santiago: Editorial Andrés Bello, p. 261. Este autor sostiene, de forma autocrítica, “todos hemos sido culpables, por habernos dejado arrastrar a creer en promesas y expectativas milagrosas por parte de la medicina científica. Los científicos han prometido curaciones maravillosas como resultado de la investigación básica, los médicos han prometido postergar la muerte y el sufrimientos con la especialización y la tecnología de punta, la industria farmacéutica advierte que si merman sus beneficios cesará la producción de nuevas drogas salvavidas, la prensa informa sin pausa de nuevos milagros en este campo y los pacientes los presionan a todos, con desesperada necesidad de creerles”; BUSTOS DOMÍNGUEZ, Reinaldo (1998). *Las enfermedades de la medicina: el sacrificio del sujeto en las prácticas médicas modernas*. Santiago: Ediciones ChileAmérica CESOC, p. 11, aludiendo a las contradicciones o paradojas de la práctica médica planteadas por MALHERBE, J.F. (1992) *En Pour une éthique de la Médecine*. Bruselas: Ciaco, señala que son contradicciones o paradojas que se pueden reunir en una contradicción mayor: en su evolución histórica la medicina moderna, paralelamente a la incorporación del conocimiento científico y de una mayor eficacia técnica, ha ido perdiendo su finalidad última, que es simplemente cuidar a las personas. Concluye que si la modernidad se ha construido utópicamente como realizadora de los ideales humanos, la medicina ha asumido la utópica tarea de desterrar el sufrimiento, la enfermedad y la muerte como expresión concreta de los “sueños” modernos.

² En este sentido TIRONI, Eugenio (2006). “La sociedad impaciente. Los cambios de los chilenos y de la salud”. En: *La desconfianza de los impacientes. Reflexiones sobre el cuidado médico y la gestión de riesgos en las instituciones de salud*, MAÑALICH MUXI, Jaime y CHOMALÍ GARIB, May (Coords.), Santiago: Editorial

Antes los actores en el ámbito de la Medicina y la Salud no habían estado tan expuestos y enfrentados a la problemática de los riesgos médico jurídicos, a la amenaza de acciones judiciales y de un evento patrimonial adverso como en nuestros días³.

Debemos asumir que la responsabilidad profesional e institucional en salud es una realidad insoslayable y omnipresente, que crece en progresión aritmética tanto en número como en complejidad de casos, en el contexto de una sociedad contemporánea que ha variado sus expectativas, en cuanto pretende la evitación del daño antes de que se consume, y cuando se produce, busca el inmediato resarcimiento de aquél. Ante cualquier disminución patrimonial, ante cualquier dolor, no se inclina ante la desgracia, y pugna por que sea reconocido su derecho a la reparación por parte de quien considera responsable.

1. LA JUDICIALIZACIÓN EN ATENCIÓN DE SALUD Y SUS CIFRAS

Pese a que se sostiene y percibe el incremento de las demandas por mala praxis o resultados adversos contra los médicos y establecimientos hospitalarios, públicos o privados, aún no se dispone de estudios confiables que permitan determinar su magnitud sobre la base de datos objetivos y comparables. Se suele recurrir a las cifras emanadas del Servicio Médico Legal para estimar la magnitud de las cifras, no obstante dicha información refleja sólo una parte del universo de las acciones judiciales, en este caso, aquellas en que se ha solicitado informe a dicho ente pericial, en investigaciones penales a propósito de los cuasidelitos previstos

Mediterráneo. Sostiene que el mundo de la medicina y la salud no han quedado ajenos a las grandes transformaciones económicas, sociales y políticas que han cambiado profundamente el rostro de la sociedad chilena, y que la relación con aquel “paciente” pasivo, que miraba a la institución y a sus profesionales como poseedores de un saber divino, que se resignaba a cualquier trato o calidad de servicio, que no protestaba en los extramuros, probablemente está en vías de desaparecer. Señala que el paciente se transforma en consumidor, que se muestra informado, exige que se le den antecedentes y se le destine tiempo, exige un buen servicio, lo que se relaciona con la infraestructura y, sobre todo, con el trato, y desde luego, no tiene el menor escrúpulo en llevar los problemas fuera de los marcos de la institución, a la prensa si es necesario. En suma, sostiene Tironi, la lógica del consumidor ha colonizado nuevas áreas y una de ellas es la salud; ACOSTA RAMÍREZ, Vicente (1990). *De la responsabilidad civil médica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 20, consideraba entre las razones del auge de la responsabilidad médica, la superación de prejuicios de tiempos pasados; la desaparición de la relación médico familiar-paciente; la indagación de la relación causal; paciente y médico se informan de sus derechos; y la deshumanización de la medicina.

³ Sobre el particular, PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “Responsabilidad profesional médica: pronóstico y perspectivas”. *Revista Médica de Chile*, Vol. 136, Nº 4, pp. 539-543; BUERES, Alberto (2006). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 33 y ss., analiza el incremento de los procesos judiciales por la reparaciones de daños originados en actos médicos, que atribuye a la remoción de obstáculos jurídicos que impedían responsabilizar a los médicos; la transformación de los presupuestos de la responsabilidad civil en la era actual y el cambio de enfoque en torno al fundamento de la responsabilidad civil; LORENZETTI, Ricardo (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 13 y ss., destina un capítulo a los cambios en la medicina en la responsabilidad.

y sancionados en los artículos 490 al 492 del Código Penal⁴⁻⁵. La finalidad de dicho informe es determinar si la conducta profesional se ajustó o no a las normas clínicas vigentes del cuidado médico o especialidad, que conforman la *lex artis*⁶. Establecer con precisión la magnitud de la judicialización en el ámbito civil es una tarea compleja, dada la escasa o nula disponibilidad de fuentes fiables, datos relevantes y actualizados emanados del Poder Judicial u otras entidades. No obstante, es posible inferir un aumento de los casos, a partir de los informes estadísticos públicos emanados del Consejo de Defensa del Estado y de la Superintendencia de Salud, entidades a cargo de la mediación prejudicial obligatoria de daños en salud, implementada por la ley N° 19.966 y en vigencia en nuestro país desde marzo del año 2005. La normativa vigente obliga a recurrir a dicha instancia de mediación cuando se pretende la reparación de perjuicios atribuibles al proceso de atención

⁴ PIZARRO WILSON (2008), aludiendo a estadísticas del Servicio Médico Legal, señala que durante el año 2003 se ingresaron en tribunales 508 casos de responsabilidad médica; RENCORET SILVA, Gustavo (2003). "Auditoria médica: demandas y responsabilidad por negligencias médicas. Gestión de calidad: riesgos y conflictos". *Revista Chilena de Radiología*, Vol. 9, N° 3, pp. 157-160, señala que las cifras que proporcionan las estadísticas del Servicio Médico Legal dan cuenta de un crecimiento exponencial, ya que en los inicios de los años 80 se reportaban 5 casos por año para peritaciones derivadas de casos de supuestas o reales negligencias médicas, llegando a 50 casos por año en los albores de la década de 1990, y a 500 casos por año en el inicio del año 2000. Los anuarios estadísticos del Servicio Médico Legal, desde el año 2000 al 2005 dan cuenta de ingreso para todo el periodo referido de un total de 1.862 nuevas causas para informe pericial, por lo que podemos estimar del orden de 310 nuevos ingresos al año. Información disponible en: <http://www.sml.cl/sml/index.php?option=com_content&view=article&id=149&Itemid=127>.

⁵ El artículo 491 del Código Penal contempla el denominado cuasidelito de negligencia médica, sancionando con las penas que indica al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión.

⁶ Bajo la expresión *lex artis* (*leges artium*, *legis artis* o reglas del arte), se alude al contenido de la libre y diligente actuación profesional, esto es, aquella serie de actitudes y conocimientos aplicables a su ejercicio que conllevan una buena práctica médica, un modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas propias de la medicina. Como ha dicho la Corte Suprema, ella "está referida a los conocimientos, aptitudes, destrezas, habilidades, técnicas, procedimiento, medicinas, en fin tratamientos que deben desarrollarse para realizar las acciones que salud que tienen por objeto preservar la vida y la salud de las personas". Corte Suprema, 10 de marzo de 2011. La *lex artis* se aplica en consideración al caso concreto en que tiene lugar la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, erigiéndose en "*lex artis ad hoc*". Se ha dicho que "La *lex artis* ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Que las acciones de salud corresponde sean desarrolladas conforme a la *Lex Artis Médica*, implica que dichas prestaciones se realicen en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que se eleva cuando se está ante un especialista, puesto que en este caso se evalúa como un especialista promedio. En todas las acciones de salud en que toma parte, su conducta se valora desde un punto de vista de un profesional o especialista prudente, diligente, perito en su especialidad y que actúa observando los reglamentos que le son exigibles, teniendo presente las circunstancias del caso, especialmente de tiempo y lugar. La *lex artis* en medicina es conocimiento, es experiencia, es estudio, es práctica, es actualización periódica, es respeto de los reglamentos y es, incluso, capacitación en el manejo de los instrumentales de apoyo". Corte Suprema, "Viveros Viveros con Correa Galaz", 27 de diciembre de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 8983-2010, véase especialmente voto de minoría del Ministro Sr. Sergio Muñoz.

de salud⁷. Las cifras que emanan de dichos informes acreditan un incremento relevante de los reclamos contra prestadores de atención de salud⁸. En efecto, de un total de 8.886 solicitudes de mediación presentadas a nivel nacional entre los años 2005 y 2011, 6.566 casos (73,9%) correspondieron al sistema público y 2320 casos (25%) al sistema privado. Mientras que el año 2005 se presentaron 396 solicitudes de mediación en el Consejo de Defensa del Estado, durante el año 2011 se ingresaron 1.191 solicitudes, es decir, aproximadamente un 300% de incremento. En tanto, en el caso de la Superintendencia de Salud, la actividad se incrementó desde 67 solicitudes el año 2005 a 529 solicitudes el año 2011, lo que representa un aumento de los reclamos superior al 700%. Dichas cifras permiten estimar un promedio anual de ingreso 1.270 solicitudes de mediación, o 105 solicitudes mensuales⁹.

Un estudio efectuado por la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado y publicado en noviembre de 2011, plantea como conclusión el efecto “desjudicializador” de la mediación para el sector público, conteniendo información relevante en relación con los ingresos de demandas por responsabilidad sanitaria en el ámbito público¹⁰. Se concluye que sólo un 10,7% de los reclamantes cuyas mediaciones habían terminado sin acuerdo, y que corresponde a 3.595 solicitudes, habían ejercido acciones legales en el periodo 2005-2010. Es decir, de ese total, a

⁷ Conforme al artículo 43 de la ley N° 19.966, establece un régimen de garantías en Salud, *Diario Oficial*, 3 de septiembre de 2004, el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio, o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54. En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada. Tanto la ley N° 19.966 como su Reglamento contenido en el decreto N° 47 del Ministerio de Salud de fecha 23 de junio de 2005, señalan que la mediación es un procedimiento de carácter obligatorio, y su característica principal es ser no adversarial. Tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia; En este sentido, BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro (2005). “Mediación por daños en salud del CDE: Aporte a la cultura de la Paz”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 14, pp. 105-189; y, GUTIÉRREZ, María José (2008). “La mediación en salud y el acceso a la justicia”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 111-137.

⁸ En el caso del Consejo de Defensa del Estado, las estadísticas del Servicio de Mediación por Daños en Salud, pueden ser consultadas en su sitio web institucional, disponible en: <<http://www.cde.cl/portal>>. En el caso de la Superintendencia de Salud, las estadísticas de mediación con prestadores privados pueden ser consultadas en: <<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-propertyvalue-3775.html>>.

⁹ Las cifras y promedios presentados son elaboración propia sobre la base de las estadísticas del sistema de mediación prejudicial en salud emanadas del Consejo de Defensa del Estado y de la Superintendencia de Salud.

¹⁰ El estudio puede ser consultado en: <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/88070669-6e24-4095-9e30-dc43fc98d42/ESTUDIO+DESJUDICIALIZACION+version+definitiva+nov+2011.pdf?MOD=AJPERES>>.

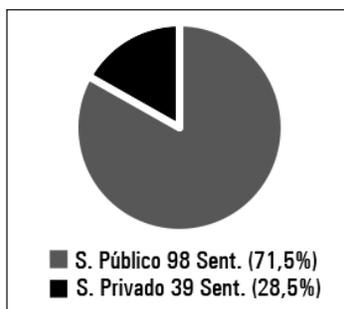
la fecha de cierre del estudio, sólo 386 reclamantes habían ejercido acciones jurisdiccionales de carácter civil, por lo que podemos estimar un ingreso del orden de 77 demandas nuevas promedio por año. Dicho estudio concluye la existencia de un aumento anual sostenido de demandas indemnizatorias para el periodo 2005 y 2009, con una disminución en el año 2010 que atribuye a diversos factores¹¹.

Ahora bien, no sólo la magnitud de la actividad jurisdiccional en relación con la atención de salud en el ámbito civil no ha sido estimada a la fecha, sino que otros aspectos de la mayor relevancia no han sido abordados. Qué porcentaje de las acciones judiciales iniciadas tienen como sujeto pasivo a prestadores públicos y privados; cuáles son los montos pretendidos en acciones judiciales bajo los diversos rubros que considera nuestro derecho civil, a saber daño emergente, lucro cesante y daño moral; cuál es la correlación de dichos montos pretendidos con los montos concedidos a los demandantes en sentencias definitivas firmes o ejecutoriadas. Determinar, asimismo, el porcentaje de sentencias condenatorias, el tiempo promedio de tramitación de las demandas civiles en sus diversas instancias o etapas, como asimismo el daño o secuela invocado, entre otros aspectos, resulta de la mayor relevancia.

2. MATERIAL Y MÉTODO

Se efectuó la revisión y análisis de una muestra de sentencias en casos de responsabilidad civil médica, que se ingresaron y resolvieron por la Corte Suprema, entre los años 2002 y 2011, seleccionando finalmente 137 de ellas, correspondiendo 98 sentencias (71,5%) al sistema público, y 39 sentencias (28,5%) al sistema privado, conforme se describe en la Fig. 1, porcentajes que representan cierta proporcionalidad con aquellos que hemos consignado a propósito de las solicitudes de mediación respecto de los sistemas público y privado de salud.

FIG. 1 TOTAL SENTENCIAS N=137



¹¹ Véase gráfico que se inserta en dicho estudio a propósito de la interrogante ¿Ha aumentado el número de demandas en materia de salud? Muestra un aumento de demandas indemnizatorias para el periodo 2005 y 2009, pasando de 7 a 122, con una fuerte baja en el año 2010, que puede atribuirse según los autores entre otras causas, a los efectos del terremoto 27/E, o bien a la estabilización del número de reclamos en mediación que traería como consecuencia un menor número de demandas.

El trabajo significó una revisión de las sentencias de primera y segunda instancia, como asimismo de la decisión de la Corte Suprema en relación con los recursos de casación interpuestos, arrojando cifras y conclusiones de gran relevancia, tanto en relación con los montos demandados, porcentaje de demandas acogidas, monto de las indemnizaciones fijadas, tipo de daños reclamados, tiempo promedio de duración de los juicios en total como en cada una de sus diversas instancias, entre los aspectos más relevantes.

3. RESULTADOS

3.1. Montos demandados

Uno de los aspectos que causa más inquietud, cuando se analiza el fenómeno de la judicialización de la medicina, es determinar en qué forma esta situación impacta en los costos en salud, existiendo al respecto menciones y estimaciones en diversos artículos¹²⁻¹³. El antes citado estudio sobre Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado, señala que al inicio del sistema de mediación, esto es, marzo de 2005, el monto total demandado por daños sanitarios ascendía a 40 mil millones de pesos, cantidad que –según se sostiene–, de haberse acogido en los juicios podría haber puesto en peligro la implementación de las Garantías Explícitas en Salud.

No encontramos ninguna publicación referida en particular a los rubros y conceptos pretendidos en las demandas de indemnización de perjuicios contra prestadores públicos y privados, por lo tanto estimar dichos montos era especialmente relevante, como asimismo confrontar dichos montos pretendidos con aquellos que finalmente concedieron las sentencias judiciales que hicieron lugar a las demandas en los casos analizados.

El total de los montos pretendidos en los casos analizados era de \$ 41.553.772.353.-, englobando los rubros daño emergente, lucro cesante y daño

¹² RENCORET SILVA (2003), señala que una de las consecuencias derivadas de las demandas por negligencias médicas es el aumento sideral de los costos y pérdidas financieras originadas en reclamaciones por asistencia sanitaria tanto en el ámbito internacional como nacional, y que en Chile se estima que las demandas que debió enfrentar el sector público de salud los años 2001 y 2002 ascenderían a la suma de US\$ 40 a 50 millones por año.

¹³ Véase “Costos de Negligencias en Salud triplican deuda hospitalaria”, disponible en: <<http://www.libertadydesarrollo.cl/noticias/costos.html>>, estudio dado a conocer por el Instituto Libertad y Desarrollo, que recopiló antecedentes de negligencias médicas y administrativas y falta de prioridad en los establecimientos públicos de salud entre 1998 y 2003, concluyendo que por concepto de negligencias médicas se han generado pérdidas al Fisco por \$ 15.185 millones durante todo el período, estudio que se basa en publicaciones de prensa. Destaca que “el monto de las querellas por negligencias médicas para el 2002 alcanza a los \$ 13.000 millones de los cuales el 46,9% se concentra en la V región”.

moral¹⁴. De esa cifra total, \$ 34.566.009.023.- (83,2%), corresponde a montos demandados respecto del sistema público, mientras que \$ 6.987.763.330.- (16,8%) respecto de prestadores privados.

a. Daño moral o extrapatrimonial

De los montos demandados, respecto de prestadores públicos y prestadores privados, llama la atención la relevancia del concepto daño moral¹⁵. En efecto, los montos demandados por este concepto ascienden a \$ 33.707.000.000.-, en el caso del sistema público y \$ 5.668.004.111.- en el caso del sistema privado de salud, representando los porcentajes sobre el total del monto demandados que se indica en las Figs. 2 y 3. Esos montos representan en conjunto para ambos sistemas, nada menos que un 94,7% del total demandado.

¹⁴ Como sostiene BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 220, el Código Civil no contiene una definición general de daño y en materia de responsabilidad contractual, se limita a clasificar los daños patrimoniales (artículo 1556 que señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante), mientras que en el título de delitos y cuasidelitos civiles, se hace referencia simplemente al daño. Sostiene que en general la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante y se entiende que la hay cuando una persona sufre “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”. Agrega que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado casi unánimemente en este sentido y se ha fallado que “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”.

¹⁵ Como señala BARROS BOURIE (2006), p. 287, en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, en su opinión, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo que el daño moral es el daño extrapatrimonial o no patrimonial. Tradicionalmente la doctrina ha concebido el daño moral en términos amplios, de un modo que comprende todos los intereses no patrimoniales que puedan verse afectados por el hecho de un tercero. Cita dicho autor a Alessandri que lo definía como el “dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”, concluyendo que la jurisprudencia ha reiterado estas ideas en diversas formulaciones que expresan la amplitud de su protección. Sobre el daño moral, ver la completa obra de DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Sobre la extensión del daño moral y sus posibles categorías CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición. En este sentido, BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 1, pp. 85-106, para quien considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial y no solo por el dolor o sufrimiento que se padece. Para este autor la visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada: hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Señala asimismo este autor que BARRIENTOS ZAMORANO (2008), p. 288, los daños morales son inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor, agregando que son razones de justicia correctiva y de prevención, las que hacen preferible reconocer una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos a dejar daños relevantes sin indemnización alguna.

FIG. 2 SISTEMA PÚBLICO TOTAL
\$ 34.566.009.023

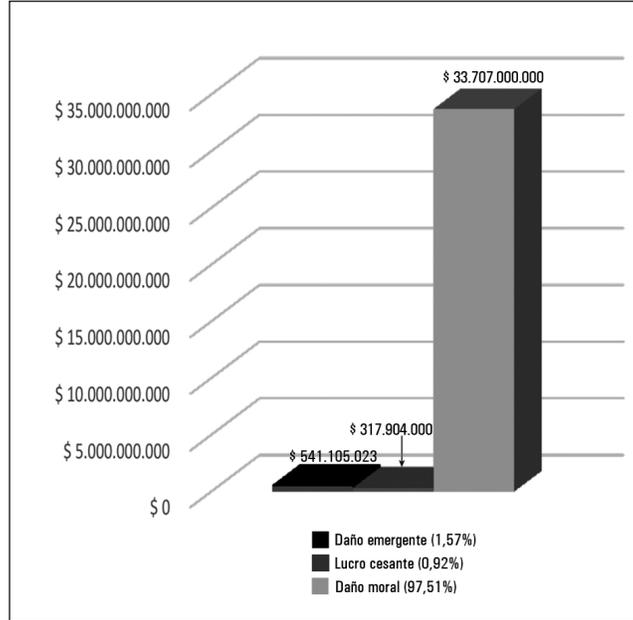
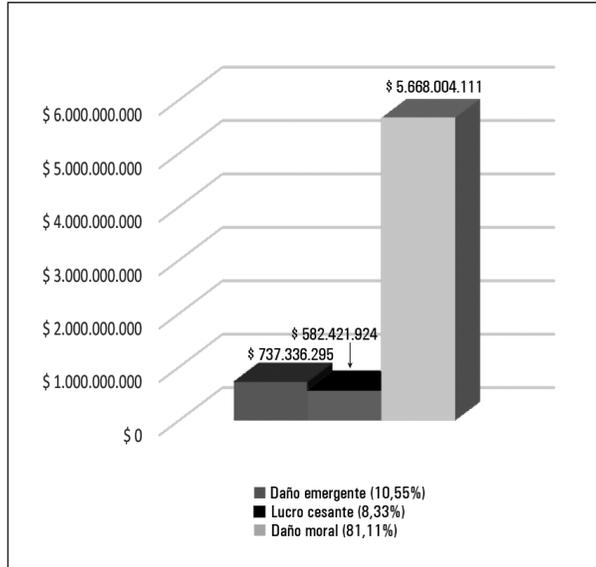


FIG. 3 SISTEMA PRIVADO TOTAL
\$ 6.987.763.330



Dichas cifras acreditan que el daño moral ha adquirido una presencia exorbitante dentro de los rubros de indemnización en relación con los daños patrimoniales, con un promedio demandado por juicio de \$ 287.408.789.-, mientras

que el daño emergente y lucro cesante no tienen mayor incidencia en el monto global pretendido.

b. Daños patrimoniales o materiales

El daño emergente, representado por costos de reintervención, tratamiento o rehabilitación, interconsultas, medicamentos, insumos, etc., no es solicitado en todos los casos. Fue demandado respecto del sistema público en 32 de los 98 casos analizados (33%) por montos indicados en la Fig. 2. Respecto de prestadores privados se demandó en 25 de los 39 casos revisados (64%) por montos indicados en la Fig. 3. El monto total demandado respecto de prestadores públicos y privados de salud ascendía en total a \$ 2.178.767.277.- por concepto de daños patrimoniales, \$ 1.278.441.318.- por daño emergente y \$ 900.325.924.- por lucro cesante, conforme cifras que resultan de la suma de los montos consignados en Figs. 2 y 3¹⁶.

En cuanto al lucro cesante, representado fundamentalmente por las remuneraciones o ingresos no percibidos por la víctima como asimismo ingresos futuros que podría haber percibido la víctima durante su vida laboral, tiene una presencia marginal, siendo demandado en apenas 8 casos (8%), respecto de prestadores públicos, y una incidencia mayor en relación con prestadores privados, en 9 casos (23%), todo ello por los montos indicados en Figs. 2 y 3.

3.2. GRAVEDAD DEL DAÑO O SECUELA INVOCADO

Otro aspecto relevante fue determinar la gravedad del daño o secuela referido en las demandas y atribuido a la acción u omisión culposa del prestador. La complejidad de las secuelas o daños a la integridad corporal o psíquica que derivan de la responsabilidad médica es objeto en estos días de interés y amplio debate en el ámbito de las tendencias sobre valoración del daño corporal y resarcimiento del daño a las personas, llegando a la elaboración y adopción de baremos generales y específicos para dicha valoración¹⁷.

¹⁶ Son daños patrimoniales como señala BARROS BOURIE (2006), p. 231, aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Se traduce en una disminución del activo (destrucción o deterioro de una cosa, gastos en que la víctima debe incurrir o por cualquier otra pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral). La disminución del activo da lugar a daño emergente y la imposibilidad de que se incremente, a un lucro cesante. Sostiene que la distinción entre daño emergente y lucro cesante proviene de una breve referencia en el Digesto, donde se entiende por daño "lo que he perdido o dejado de lucrar". CORRAL TALCIANI (2003), p. 148, sostiene que el daño es patrimonial, cuando consiste en una pérdida pecuniaria, en un detrimento del patrimonio. Distingue el daño emergente (pérdida actual en el patrimonio) y el lucro cesante (frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso).

¹⁷ En relación los efectos patrimoniales del daño corporal como asimismo daño moral que sigue al daño corporal, ver BARROS BOURIE (2006), pp. 275 y ss.; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995). "Configuración,

El daño o lesión a la integridad física o psíquica es la consecuencia más típica en el ámbito de la responsabilidad médica. Por ello, cobra especial relevancia el concepto de daño corporal o perjuicio físico, biológico o psicológico, como aquel que se le causa a la persona en su organismo y que, tal como dice ELORRIAGA DE BONIS, se trata de un daño que afecta la integridad psicosomática del individuo, de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar del individuo, que tiene entidad propia, requiere de indemnización y que normalmente no ha sido considerado, derivándose de él perjuicios económicos y no económicos¹⁸⁻¹⁹.

Las definiciones y categorías de daños de nuestro derecho sustantivo parecen ser insuficientes para entender fundamentalmente los daños corporales, que son característicos de la mala praxis médica o del riesgo terapéutico. La autonomía del daño físico no ha sido reconocida por regla general en la doctrina y jurisprudencia que consideran el daño físico como un perjuicio material, confundiendo el daño corporal con sus consecuencias económicas, a saber, la incapacidad de la víctima para generar y proveerse de ingresos. Como bien ha señalado ELORRIAGA DE BONIS, en el mejor de los casos las sentencias consideran que el daño físico es una forma de daño moral, ya que produce un sufrimiento o padecimiento que cuadra bien con la amplísima noción de daño moral que rige en Chile²⁰. Se hace necesario en consecuencia, avanzar hacia otros criterios o clasificaciones²¹.

Referirse a la gravedad del daño o secuela invocado ha pasado a ser relevante desde el momento que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria del Estado, a partir de la vigencia del artículo 41 de la ley N° 19.966, la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado, atendido su edad y condiciones físicas, pasan a ser parámetros que el juez debe considerar en la

consecuencias y valoración de los daños corporales”. En: *Cuadernos Jurídicos N° 1*, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar; y especialmente la obra más completa sobre la materia LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (2000). *Droit du dommage corporel*. Paris: Daloz, 4^e édition, que destina un capítulo íntegro a *l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*.

¹⁸ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006). “El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas”. *Revista Anales Derecho UC Temas de Responsabilidad Civil*, Santiago: Legis, pp. 231-256; ACOSTA RAMÍREZ (1990), p. 391, aludía décadas atrás a lo que denominaba “perjuicios somáticos”, como aquellos sufridos por el mismo paciente, cuando por una actuación descuidada del médico, se producen agravaciones del estado del enfermo, aparición de complicaciones, trastornos más o menos graves, pudiendo asumir las más diversas formas: lesiones, quemaduras, intoxicaciones u otras manifestaciones, puede tratarse de una lesión sin mayor importancia o bien puede llegar a causar la muerte del perjudicado.

¹⁹ Coincide la noción de que el daño corporal no es una categoría diferente del daño moral y de daño patrimonial, sino que tendría efectos o alcances tanto patrimoniales como extrapatrimoniales con lo señalado por BARROS BOURIE (2006).

²⁰ BARROS BOURIE (2006), p. 234.

²¹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2001). “La indemnización del daño corporal”. En: *Seminario responsabilidad civil y seguros: Actuales tendencias y desafíos*, *Revista Colegio de Abogados de Chile AG*, Santiago, p. 19, propone una clasificación de daños, en patrimoniales y no patrimoniales, incluyendo en éste, los que denomina personales (lesión a la persona humana o a sus atributos) y no personales, conforme a lo cual el daño corporal y el daño moral serían especies dentro del género daño no patrimonial personal.

regulación del daño moral. Es primera vez que nuestro legislador entrega criterios al juez para evaluar la indemnización que corresponde por este rubro de daño extrapatrimonial. Conuerdo con PIZARRO WILSON, en el sentido que este doble tratamiento, es decir, diferenciar si el acto fue ejecutado en un hospital público –que considera ahora parámetros de regulación–, o bien, tuvo lugar en el marco de la profesión liberal o respecto de un prestador privado, no se justifica. No existe razonamiento válido que justifique el tratamiento desigual existente, que de paso crea una incertidumbre que afecta la seguridad jurídica, en cuanto en relación con la atención médica en el sistema privado, no existe norma semejante que fije tales parámetros²²⁻²³.

Para efectos de nuestro estudio, hemos identificado el daño a la integridad física o psíquica, distinguiendo entre los casos de muerte, invalidez total, invalidez parcial, otras secuelas físicas y daño psicológico²⁴⁻²⁵. En el caso de las demandas contra prestadores públicos, llama la atención el alto índice de casos en que la muerte es el daño principal que se invoca. En efecto, en 53 casos del total de 98 sentencias revisadas, conforme se aprecia en Fig.4, el daño principal es la muerte, lo que representa un 54,1% del total, seguido de otras secuelas físicas en 21 casos (21,4%), invalidez total en 14 casos (14,3%) daño psicológico en 8 casos (8,2%) e invalidez parcial en 2 casos (2%).

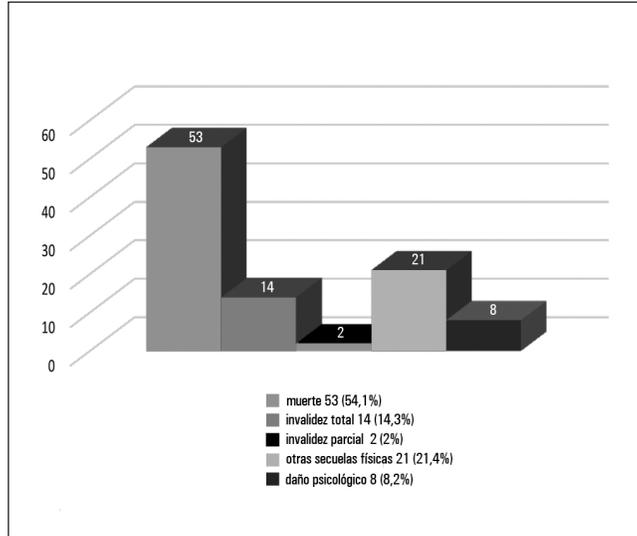
²² PIZARRO WILSON, Carlos (2010). “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”. En: *Responsabilidad Médica, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VI*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 187-198, para quien estos parámetros debieron tener por finalidad alcanzar una evaluación más objetiva y uniforme del daño moral por los jueces, aunque constata que no ha habido un cambio, pero se ha avanzado en una definición más comprensiva. Un análisis respecto del alcance de la norma en PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley del auge en perspectiva civil”. En: *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué*, Santiago: LexisNexis, pp. 401-420.

²³ En el ámbito de la mediación prejudicial obligatoria del sistema público, se aplica la Resolución Exenta N° 142 de 2005, *Diario Oficial*, 8 de abril de 2005, dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.966, que establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos, hasta 3.500 UF en caso de muerte; 3.300 UF por gran invalidez; 2.500 UF por invalidez total; 2.000 UF por invalidez parcial y hasta 1.000 UF por otros daños.

²⁴ La ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968, considera en su artículo 39 inválido total a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanentemente igual o superior a un 70%, en tanto que de acuerdo al artículo 34 se considera inválido parcial a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, igual o superior a un 15% e inferior a un 70%.

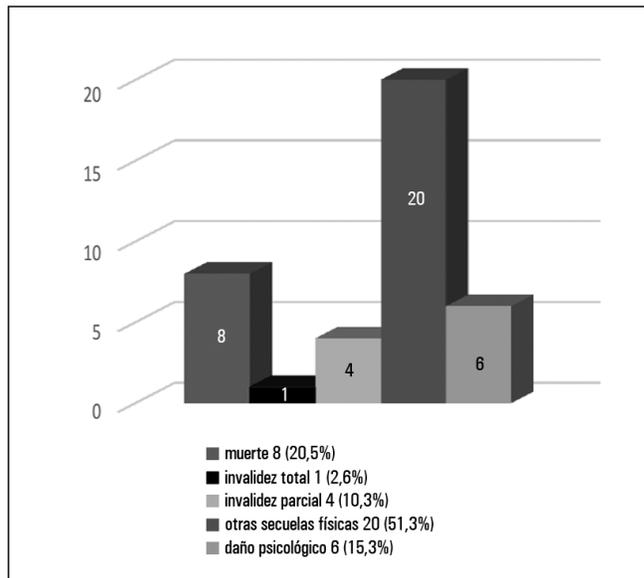
²⁵ El único estudio público al que hemos tenido acceso y que analiza el daño principal invocado, ya sea en mediación o en juicio, es el antes referido Estudio sobre Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado, ver N° 10, conforme al cual, la muerte es notificada como daño principal en un 30% de las solicitudes de mediación, mientras que ella era el resultado del incidente reclamado en 47,3% de los juicios iniciados, representando un 46% de los casos con condenas y avenimientos (15 de 36 demandas), y un 54% de los casos con sentencias absolutorias (20 de 38 demandas).

FIG. 4 SISTEMA PÚBLICO.
DAÑO O SECUELA DEMANDADO



En tanto en el caso de demandas contra prestadores privados, conforme se aprecia en la Fig. 5, los casos con mayor porcentaje se referían a: otras secuelas físicas en 20 casos (51,3%); muerte en 8 casos (20,5%); daño psicológico en 6 casos (15,3%), invalidez parcial en 4 casos (10,3%) y finalmente invalidez total en 1 caso (2,6%).

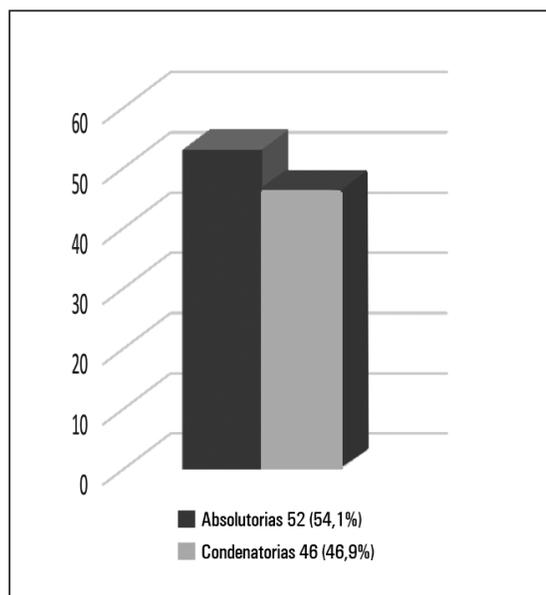
FIG. 5 SISTEMA PRIVADO.
DAÑO O SECUELA DEMANDADO



4. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS VERSUS SENTENCIAS CONDENATORIAS

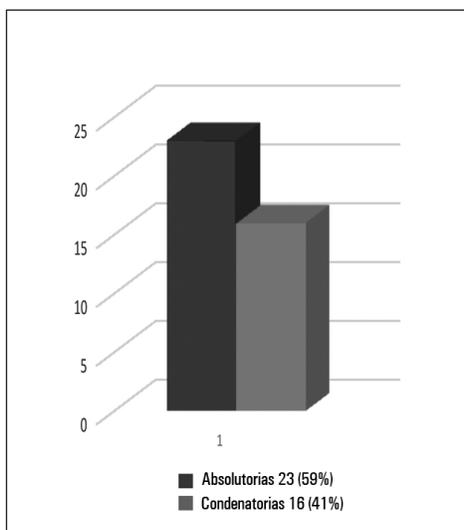
Uno de los aspectos de especial interés dice relación con el porcentaje de demandas civiles por responsabilidad médica que son acogidas por tribunales. A la fecha, sólo se dispone de información estadística emanada del Servicio Médico Legal, referida al ámbito penal, bastante desactualizada en la medida que no se dispone de anuarios estadísticos posteriores al año 2005. Si bien dichos datos se refieren al resultado de las pericias médico-legales efectuadas por dicho organismo, permiten inferir una probable tasa de condenas en causas criminales por cuasidelito de negligencia médica. En efecto, en el periodo 2000-2005, los casos provenientes del sistema público y privado en los cuales el Servicio Médico Legal estimaba que el diagnóstico y/o tratamiento se apartaba de la *lex artis*, pasaron de un 30,11% el año 2000 a un 12,63% el año 2005²⁶.

FIG. 6 SERVICIO PÚBLICO.
TOTAL 98 SENTENCIAS



²⁶ Para el año 2000, en el caso de los establecimientos públicos los informes periciales concluían que el diagnóstico y/o tratamiento se apartaba de la *lex artis* en un 33,08% de los casos contra un 22,14% respecto de prestadores privados, mientras que al año 2005 fue de 11,95% y 14,93% respectivamente. Considerando todo el periodo 2000-2005, el Servicio Médico Legal, en 959 pericias clínicas respecto de la *lex artis* de profesionales del sistema público, estimó que 207 casos (21,6%) se apartaron de ella y 52 casos (78,4%) se ajustaron a ella. En relación a prestadores privados, en el mismo periodo, en 377 pericias estimó que 74 casos (19,6%) se apartaron de la *lex artis*, mientras que 303 casos (80,4%) se ajustaron a ella. Todas estas cifras y porcentajes son elaboración propia en base a información de los anuarios estadísticos del Servicio Médico Legal de los años 2000 a 2005. Disponible en: <<http://www.sml.cl/portal>>.

FIG. 7 SERVICIO PRIVADO.
TOTAL 39 SENTENCIAS



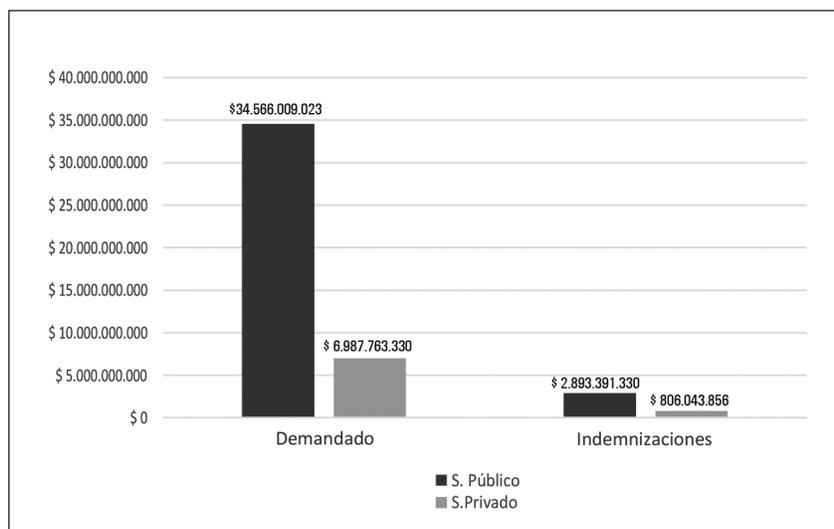
En nuestra revisión, del total de 137 sentencias analizadas, 62 de ellas, esto es, 45% fueron condenatorias, correspondiendo 46 de ellas al sistema público y 16 a prestadores privados, conforme se aprecia en las Figs. 6 y 7, representando un alto porcentaje en relación al total de las demandas analizadas por sector. Ello permitiría estimar una tasa de condena de 46,9% respecto del sistema público y de 41% respecto del sistema privado de salud. No obstante, es preciso considerar que la tasa de sentencias condenatorias que se presenta dice relación con procesos judiciales que han concluido su tramitación en sus diversas instancias y respecto de las cuales luego se ejercieron recursos ante la Corte Suprema. Luego, no considera demandas interpuestas que hayan podido concluir por abandono del procedimiento, o respecto de las cuales no se hayan interpuesto recursos, quedando ejecutoriadas, todo lo que puede hacer subestimar dichos porcentajes. Es posible, además, que determinados procesos judiciales con sentencia condenatoria o absolutoria de primera instancia hayan podido concluir por transacción y/o desistimiento. La diferencia en relación con los resultados emanados de las conclusiones de las pericias del Servicio Médico Legal, para el ámbito penal, se explica por cuanto éstas sólo analizan si la conducta del profesional en relación con el diagnóstico y/o tratamiento se ajustó o no a la *lex artis*, en tanto que el ámbito de las acciones civiles por responsabilidad contractual o extracontractual abarca aspectos diversos tales como obligación de seguridad, factores organizacionales, de recursos humanos, equipamiento, como causa del daño cuya reparación se solicita.

5. MONTOS DE INDEMNIZACIÓN CONCEDIDOS

Ahora bien, determinado el porcentaje de casos con condena, preciso es abordar la tarea de determinar los montos de las indemnizaciones concedidas, teniendo

en consideración la magnitud de los montos pretendidos analizados previamente. Conforme se aprecia en la Fig. 8, en el caso de los prestadores públicos, en que como señalamos, un 46,9% de las demandas fueron condenatorias, el total de las indemnizaciones fijadas ascendió a la cantidad de \$ 2.893.391.330.-, cifra que representa apenas un 8,4 % del total demandado. De esa suma total, la cantidad de \$ 2.874.722.000.- (99,4%), corresponde a daño moral, mientras que \$ 18.669.330 (0,6% del total otorgado) a daño emergente. Ninguna de las sentencias condenó a la indemnización del lucro cesante pretendido. En tanto, en el caso de los prestadores privados, en que un 41% de las demandas fueron condenatorias, el total de las indemnizaciones fijadas ascendió a la cantidad de \$ 806.043.856.-, que equivale a un 11,5% del total demandado, correspondiendo \$ 795.600.000.-, a daño moral (98,7%), \$ 8.443.856.- a daño emergente (1,0%), y \$ 2.000.000.- a lucro cesante (0,2%)²⁷.

FIG. 8 MONTOS DEMANDADOS VS. INDEMNIZACIONES



En definitiva, los montos concedidos en sentencias ejecutoriadas en la serie de casos revisada, representan apenas el 7% del monto total demandado, lo que demuestra lo exorbitante de las pretensiones indemnizatorias en general, y en par-

²⁷ El único caso en que se condenó a la indemnización del lucro cesante corresponde a juicio del 18° Juzgado Civil de Santiago, “Leiva Sáez con Dipreca Fondo Hospital”, 11 de mayo de 2010 (indemnización de perjuicios), rol N° 2739-2009, que señala “12°) que con la prueba testimonial rendida en autos por el demandado a fojas 73 y siguientes en que deponen tres testigos contestes en los hechos y sus circunstancias dando suficiente razón de sus dichos así con las boletas de honorarios N° 19 a 21 acompañadas en el tercer otrosí de la demanda, se encuentra acreditado que el actor tuvo que dejar de trabajar mientras se recuperaba de las lesiones faciales que sufrió a raíz de accidente de autos, durante cuatro meses dejando de percibir la suma total de \$ 2.000.000, por lo que se accederá también a lo solicitado por lucro cesante”.

ticular en el caso del daño moral²⁸. Los daños patrimoniales, en tanto, representan montos insignificantes que podrían explicarse en la ausencia de medios probatorios conforme las sentencias revisadas que lo rechazan, pero que en el caso del lucro cesante alcanza niveles preocupantes, que demuestran un problema de enfoque o de concepto que sienta sus raíces en la doctrina y jurisprudencia nacional, conforme pudimos apreciar en la revisión de sentencias, asentada sólidamente en la noción de daño hipotético o eventual aludiendo a su incertidumbre, en clara oposición con el daño emergente²⁹⁻³⁰.

²⁸ A propósito VERGARA BEZANILLA, José (2000). “La mercantilización del daño moral”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, pp. 67-79, sostiene “piensan los demandantes –y no siempre sin razón– que los tribunales se sentirán inclinados a concederles un porcentaje de lo que cobran. Por eso, no vacilan en elevar sus pretensiones a cifras fuera de toda realidad. La audacia juega un rol importante en el resultado y la indemnización pasa a constituirse en una fuente de lucro o ganancia que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación. Poco importa especular con la desgracia. La sociedad, conmovida por el infortunio, ampara al especulador. Los que así proceden, suelen tener éxito, dependiendo éste también de la mayor o menor capacidad de dramatizar el daño y sus efectos que tenga el redactor de la demanda o los testigos que depongan en el juicio por el actor”. Agrega: “Poco importa que la indemnización demandada sea exorbitante: hay que aprovechar la oportunidad para sacar de ella el mayor provecho posible, aunque se le desvíe de su finalidad natural y de su razón de ser. Como si el dinero fuera el universal dispensador de la felicidad”.

²⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1939). *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Zamorano y Caperán, p. 37, a propósito de los daños patrimoniales posibles, señalaba que “sin duda alguna, el más importante es el daño emergente, y lo es porque supone una pérdida real, efectiva y manifiesta en el patrimonio del acreedor. No sucede lo mismo con el lucro cesante, que es algo hipotético, que es algo que anda en el terreno de las suposiciones; y de ahí, la gran dificultad que hay en la práctica para establecerlo”. Se trata entonces de un rubro difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que lo transformaría en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbre.

³⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2006), pp. 237 y ss., aludiendo a la jurisprudencia chilena en materia de lucro cesante, cita diversas sentencias que acreditan que por años los tribunales hayan tenido una posición reticente a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización a título de lucro cesante, por estimarlo incierto, hipotético. Señala que esa concepción del lucro cesante está francamente abandonada por la moderna doctrina y jurisprudencia comparadas, no discutiendo que el lucro cesante para ser indemnizado debe ser cierto, pero esta certeza, señala, por la naturaleza de este capítulo indemnizatorio, es de carácter necesariamente relativa y fundada en antecedentes objetivos, requiriendo de un juicio de probabilidad en cuanto a su existencia y cuantía, sin que deba ser seguro, matemático, exacto o infalible. En relación con nuestro estudio podemos mencionar: Corte de Apelaciones de Santiago, “Retamales Soto con Servicio de Salud Metropolitano Norte”, 25 de junio de 2009 (indemnización de perjuicios), rol N° 8585-2006, “13°) Que la indemnización reclamada por concepto de lucro cesante se hace consistir en las sumas de dinero que la víctima habría podido percibir y proporcionar a su familia, si hubiera vivido hasta los 65 años. Sin embargo, siendo menor de edad, no hay antecedentes de que la víctima percibiera ingresos, ni se ha aportado prueba que permita establecer, sobre la base de daños ciertos, el monto del perjuicio que por este capítulo se reclama”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Gatica Illanes con Instituto de Seguridad del Trabajo”, 13 de marzo de 2009 (indemnización de perjuicios), rol N° 608-2008, “Octavo: Que el daño, para ser indemnizado, debe ser cierto o real, con lo que se quiere decir que debe consistir en un menoscabo o lesión que se ha producido o que con certeza se producirá. Aun cuando en materia de lucro cesante el daño necesariamente se sustenta en una contingencia o hipótesis, pero con una probabilidad cercana a la certeza de que va a ocurrir (Enrique Barros Bourie, op. cit., pág. 237), como lo es que el occiso, de 23 años al morir, habría generado ingresos provenientes de un desempeño laboral de haber continuado viviendo; tal grado de certeza no alcanza a cubrir la mera conjetura de que el actor, padre del trabajador fallecido, a futuro hubiera dependido económicamente de su hijo, y como ninguna prueba se

Finalmente, en la serie de casos revisada el monto promedio de indemnización fue de \$ 59.668.309.-, promedio algo mayor en el caso de los prestadores públicos, en que ascendió a \$ 62.899.812.-, en tanto respecto de los prestadores privados, llegó a \$ 50.377.741.-³¹.

6. TIEMPO DE DURACIÓN DE LOS JUICIOS

La dilación de los procesos judiciales es uno de los grandes problemas que enfrenta nuestro sistema jurisdiccional, el cual presenta altos niveles de retraso con un altísimo número de causas que aumentan exponencialmente año a año³². Como se señala en el mensaje del Proyecto de Ley que establece un nuevo Código Procesal Civil: “el actual modelo civil de respuesta jurisdiccional, se caracteriza por la existencia de procedimientos innecesariamente múltiples, excesivamente formalistas, escriturados y mediatizados –obstaculizando la relación directa entre el juzgador, las partes y los demás intervinientes–, con rigideces probatorias y un sistema recursivo injustificadamente amplio que sólo contribuye al retraso del iter procesal y dan cuenta de su obsolescencia”³³.

rindió conducente a acreditar las condiciones objetivas que permitan establecer como probable esa circunstancia, el lucro cesante que se demanda debe ser desestimado”.

³¹ El estudio Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado, antes referido, entre cuyos objetivos estaba comparar el proceso de mediación de salud con el proceso judicial de indemnización por daños en cuanto a montos indemnizatorios, analizó 36 juicios terminados con condena o avenimiento, referidos a 17 servicios de salud, determinando un monto total pagado de \$ 1.264.590.868.-, con un promedio pagado de \$ 35.127.524.- por juicio. Son especialmente relevantes las conclusiones de dicho estudio al comparar el total pagado en indemnizaciones en 36 juicios en el periodo 2005 al 2010, con los acuerdos en mediación alcanzados ante dicha entidad que ascendieron a 309 acuerdos indemnizatorios por un total de \$ 2.395.961.092.-, representando un promedio pagado por caso de \$ 7.753.919.- por mediación.

³² Véase GARCÍA, José Francisco y LETURIA, Francisco Javier (2006). “Justicia Civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 2, pp. 345-384, quienes evidencian, en base a las estadísticas de la Corporación de Administrativa del Poder Judicial, que sólo entre 2000 y 2005 el aumento de los ingresos civiles fue de 58%. Es decir, de casi 630.000 ingresos se llegó a prácticamente 985.000. Respecto de las causas de este progresivo y sostenido aumento en el número de ingresos civiles, sostienen estos autores que el actual diseño institucional puede tener una responsabilidad importante. En este sentido, la falta de racionalidad (costos e incentivos) para utilizar o no el sistema judicial; la creación y dispersión de recursos y acciones; la falta de tasas y costas efectivas; la impredecibilidad de las sentencias y por lo mismo el resultado del pleito (aun existiendo casos previos similares) y la nula responsabilidad de abogados y jueces, parecen ser todas buenas razones para sobreutilizar los tribunales civiles. MERY NIETO, Rafael (2003). “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”. En: Documento de Trabajo N° 7, CEDIEM (Universidad Diego Portales), Santiago, pp. 13-26, elabora algunas hipótesis que podrían explicar el fuerte aumento de los ingresos de causas civiles en los últimos años, entre ellas, el desarrollo y crecimiento económico, la conciencia y democratización ciudadana, la explosión demográfica, el proceso de modernización del Estado y el aumento en el número de abogados.

³³ Mensaje 004-360 del 12 de marzo de 2012, Boletín N° 8197-07.

Algunos estudios dan cuenta de la demora en la tramitación de un juicio ordinario, que se ha señalado tardaría 821 días promedio en ser resuelto, mientras que otro informe concluye que el promedio de resolución de controversias es de 4,5 años en Chile *versus* 1,7 años promedio en los países de la OCDE³⁴.

Nuestra revisión de sentencias judiciales permitió determinar los tiempos de duración promedio de las demandas de indemnización de perjuicios contra prestadores públicos y privados de salud, medidos desde la fecha de ingreso de la demanda al tribunal de primera instancia hasta la fecha de la sentencia de la Corte Suprema. En el caso de las demandas contra prestadores públicos la duración promedio del juicio fue de 1.916 días (959 días en primera instancia; 560 días ante Cortes de Apelaciones; y 397 días ante la Corte Suprema), destacándose 11 casos en que la extensión del juicio sobrepasó los 8 años³⁵. En el caso de las demandas contra prestadores privados la duración promedio del juicio fue de 2.094 días (866 días en primera instancia; 759 días ante Cortes de Apelaciones; 469 días ante la Corte Suprema), llegando uno de ellos a abarcar un lapso de nueve años.

CONCLUSIONES

No obstante la limitación de datos disponibles, es posible constatar un incremento significativo en los reclamos y acciones judiciales en el ámbito de la responsabilidad profesional e institucional en salud, confirmando una tendencia creciente hacia la judicialización de los conflictos en esta área.

La revisión de una serie de casos basada exclusivamente en procesos judiciales civiles que han llegado a término por la interposición de recursos ante la Corte

³⁴ Véase Informe de Doing Business 2011, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, disponible en: <<http://www.doingbusiness.org>>. GARCÍA y LETURIA (2006), a propósito de los tiempos de duración de los juicios, citan un estudio realizado por el Ministro Carlos Cerda a comienzos de los años 90 que intentó medir la duración de los juicios ordinarios en los juzgados de Santiago, basado en información de 1989 a partir de una muestra aleatoria de 685 expedientes de ocho juzgados civiles de la capital, concluyendo que la duración media de ambas instancias, en un procedimiento civil ordinario, era de 1.009 días. Los mismos autores citan una investigación de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y que consistió en el análisis de 186 causas tomadas aleatoriamente de 13 juzgados civiles de Santiago que se encontraban archivadas por diversos motivos entre los años 1998 y 2002. El promedio de la duración de los procedimientos ordinarios *fue de 2009,4 días*, cifras que incluyen la duración desde que la causa ingresó al Tribunal hasta que termina por sentencia definitiva o algún equivalente jurisdiccional, o se archiva por abandono de procedimiento.

³⁵ El estudio Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado, antes referido, señala que del total de 386 juicios vinculados a una mediación, han concluido 100 (26%) y el promedio de duración es de 814 días (2 años y ochenta y cuatro días). Concluye que se podría haber esperado una larga duración de los juicios por daños en salud y como el promedio de duración de 814 días no lo corroboró, se pensó que esta extensión podría haber estado determinada por la cantidad de juicios finalizados por abandono del procedimiento (20%), aunque según el estudio al calcular el tiempo de duración, sin considerar los juicios terminados por abandono, el promedio aumenta en 193 días. En este escenario entonces, juicios con condena, la duración de los juicios es de 1007 días, es decir 2 años y 277 días.

Suprema, si bien ofrece limitaciones, permite apreciar que el porcentaje de sentencias condenatorias es alto, no obstante reconocer que se carece de series de casos o estudios respecto de los cuales efectuar una comparación. En efecto, 47% de las demandas analizadas resultaron ser condenatorias respecto de prestadores públicos, en tanto que 41% lo fueron respecto de prestadores privados. Llama la atención en la serie de casos revisada, la severidad del daño o secuela invocada en relación con la víctima, representando la secuela de muerte un alto número de casos, en particular, en el sistema público. En el mismo sentido, la severidad de determinadas secuelas parece ser determinante, conforme a lo analizado en revisión de sentencias, tanto para el ejercicio de acciones judiciales como para la decisión posterior de acoger la demanda, en particular, en el ámbito público.

En relación con los montos de indemnización de perjuicios pretendidos, ellos no guardan relación alguna con aquellos montos que finalmente son concedidos por los tribunales de justicia, representando las indemnizaciones apenas un 7% del total de perjuicios invocados. Ello permite desde ya desechar la hipótesis de la incidencias de los casos de responsabilidad médica profesional o institucional en los aumentos de los costos en salud, habida consideración de que los montos de las condenas parecen marginales en relación con los presupuestos del sector salud público y privado en nuestro país.

El daño moral representa la cifra más relevante, no solamente respecto de los montos demandados, sino también respecto del monto total regulado como indemnización, representando el 98% de éste. Llama la atención que el daño patrimonial, en particular el lucro cesante, no sólo es raramente demandado en juicio, sino además resulta ser desestimado en la generalidad de los casos.

La relevancia del daño moral acredita que las pretensiones de indemnización por este concepto no se ajustan a criterio alguno de prudencia, precedentes o experiencia, reflejando una disparidad de montos ante idénticas hipótesis de daño moral, que justifica la noción de lotería judicial acuñada en relación con el daño extrapatrimonial, siendo este rubro el componente y detonante principal de la percepción de los altos costos de la litigiosidad en esta área, pero que no necesariamente, como veremos, se refleja o recoge luego en las sentencias judiciales. Estas se traducirán en el pago de una suma de dinero por dicho concepto, cuya fijación está entregada a la decisión prudencial o discrecional del juez, sobre cuyos hombros recaerá el peso de la tarea de actuar con buen criterio para hacer efectivo el derecho a la reparación.

No obstante, las cifras demuestran que los jueces actúan con prudencia, pero con un alto grado de discrecionalidad y libertad para evaluar el daño moral, que redundará en falta de uniformidad en los montos para casos análogos en la serie de casos revisada. Es así como en casos en que la muerte era el daño principal invocado, en sólo 6 de ellos la condena sobrepasó los \$ 100 millones, mientras que en otros 14 casos llega a un monto de indemnización no mayor de \$ 50 millones. En

suma, indemnizaciones en rangos que fluctuaban desde los \$ 15 millones hasta los \$ 300 millones.

La constatación amerita avanzar en la adopción de medidas que tiendan a proveer al juzgador de elementos más objetivos que discrecionales a la hora de analizar la procedencia y estimación del daño moral, siendo elementos a considerar no sólo la mayor disponibilidad de información emanada de bancos de datos judiciales que permitan seguir criterios y montos aplicables a situaciones equivalentes. Se hace necesario asimismo, desde el punto de vista legal y reglamentario, uniformar criterios aplicables a cualquier controversia derivada de la atención en salud, sea en el ámbito público o privado, en la línea de lo establecido por la ley N° 19.966, que estableció parámetros que el juez debe considerar en la regulación del daño moral, a saber, la gravedad del daño o secuela invocada, la modificación de las condiciones de existencia del afectado, atendido su edad y condiciones físicas, etc.

Los daños patrimoniales ordenados indemnizar representan montos insignificantes que en el caso del daño emergente dicen relación normalmente con la ausencia de medios de prueba para acreditarlo, o bien no se demanda en todo los casos, o los montos pretendidos no son cuantiosos. Respecto del lucro cesante, su presencia en las pretensiones indemnizatorias es anecdótica en la serie de casos revisada correspondiente al ámbito público, y poco relevante en las demandas contra prestadores privados. Esto se explicaría por reticencia de los tribunales de justicia a la hora de pronunciarse sobre su procedencia, sea desechando la simple estimación de la vida laboral de la víctima para inferir lo que se deja de percibir, frente a eventualidades tales como enfermedad, despido u otras, o calificando como hipotéticos, inciertos o meras expectativas, ingresos o beneficios esperados.

En la serie de casos revisada el monto promedio de indemnización fue de \$ 59.668.309.-, promedio algo mayor en el caso de los prestadores públicos de (\$ 62.899.812.-) respecto de los prestadores privados (\$ 50.377.741.-). Dicho monto promedio aumenta en función de la severidad de la secuela. En caso de fallecimiento de la víctima, la indemnización promedio por caso fue de \$ 107.162.642.-, respecto de prestadores públicos, y de \$ 83.333.333.-, respecto de prestadores privados.

No cabe duda que la gravedad o entidad de la secuela es un factor determinante a la hora de acoger una demanda en estos casos y fijar el monto de una indemnización, lo que permite reiterar la necesidad de uniformar criterios. En los casos en que la muerte es el daño principal, y que representaban 53 casos (51%) del total de demandas analizadas respecto del sistema público, se concedieron indemnizaciones en 27 casos por un total de \$ 2.893.391.330.- (sobre un total demandado de \$ 20.029.822.205.-). Ello representa una indemnización promedio por caso de \$ 107.162.642.-, bastante superior a los restantes casos con daños o secuelas diversas. En tanto, respecto de prestadores privados el monto total demandado en 8 casos en que el daño principal invocado era la muerte, ascendía a \$ 2.482.408.033.-,

mientras que 3 sentencias fueron condenatorias, regulando indemnizaciones por un total de \$ 250.000.000.-, lo que representa una indemnización promedio de \$ 83.333.333.-.

En los casos de las denominadas negligencias médicas, que en sede civil se tramitan como un juicio ordinario de indemnización de perjuicios, se aprecia una importante demora en el conocimiento y juzgamiento de estos casos. En efecto, los tiempos de duración promedio de las demandas de indemnización de perjuicios contra prestadores públicos y privados de salud, medidos desde la fecha de ingreso de la demanda al tribunal de primera instancia hasta la fecha de la sentencia de la Corte Suprema, resultaron ser en extremo excesivos, con 1.916 días respecto de los primeros y 2.094 días respecto de los segundos. No cabe duda que la excesiva prolongación del proceso judicial posee la capacidad de influir negativamente en la propia eficacia práctica de la norma sustantiva, desalentando muchas veces a quien es titular de un derecho a acudir a los estrados para requerir el amparo que el mismo merece. Tal vez ese sea hoy en día, además de la mediación prejudicial obligatoria, un factor que influye en las tasas de desjudicialización a que se hizo referencia en este estudio, en cuanto desalienta la interposición de acciones judiciales de lato conocimiento, sin perjuicio de los incentivos que esta situación genera para abusar del litigio como parte de una estrategia de negociación, tornando más precarios los derechos y debilitando el imperio de la ley.

Deberemos esperar a la conclusión del proceso de reforma a la justicia civil y a su implementación para analizar si ello redundará en un aumento de los casos de responsabilidad médica profesional o institucional en conocimiento de los tribunales, o en mayores tasas de condena de los prestadores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA RAMÍREZ, Vicente (1990). *De la responsabilidad civil médica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1939). *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Zamorano y Caperán.
- BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro (2005). “Mediación por daños en salud del CDE: Aporte a la cultura de la Paz”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 14, pp. 105-189.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 1, pp. 85-106.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BUERES, Alberto (2006). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi.

- BUSTOS DOMÍNGUEZ, Reinaldo (1998). *Las enfermedades de la medicina: el sacrificio del sujeto en las prácticas médicas modernas*. Santiago: Ediciones ChileAmérica CESOC.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995). “Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales”. En: *Cuadernos Jurídicos N° 1*, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2001). “La indemnización del daño corporal”. En: *Seminario responsabilidad civil y seguros: Actuales tendencias y desafíos*, Revista Colegio de Abogados de Chile AG, Santiago.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006). “El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas”. *Revista Anales Derecho UC Temas de Responsabilidad Civil*, Santiago: Legis, pp. 231-256.
- GARCÍA, José Francisco y LETURIA, Francisco Javier (2006). “Justicia Civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 2, pp. 345-384.
- GOIC GOIC, Alejandro (2000). *El fin de la medicina*. Santiago: Editorial Mediterráneo.
- GOLUB, Edward (1993). *Los límites de la medicina*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- GUTIÉRREZ, María José (2008). “La mediación en salud y el acceso a la justicia”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 111-137.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (2000). *Droit du dommage corporel*. Paris: Daloz, 4^e édition.
- LORENZETTI, Ricardo (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MALHERBE, J.F. (1992) *En Pour une éthique de la Médecine*. Bruselas: Ciaco.
- MERY NIETO, Rafael (2003). “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”. En: Documento de Trabajo N° 7, CEDIEM (Universidad Diego Portales), Santiago, pp. 13-26.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley del auge en perspectiva civil”. En: *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, Santiago: LexisNexis, pp. 401-420.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “Responsabilidad profesional médica: pronóstico y perspectivas”. *Revista Médica de Chile*, Vol. 136, N° 4, pp. 539-543.

- PIZARRO WILSON, Carlos (2010). “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”. En: *Responsabilidad Médica, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VI*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 187-198.
- VERGARA BEZANILLA, José (2000). “La mercantilización del daño moral”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, pp. 67-79.
- RENCORET SILVA, Gustavo (2003). “Auditoria médica: demandas y responsabilidad por negligencias médicas. Gestión de calidad: riesgos y conflictos”. *Revista Chilena de Radiología*, Vol. 9, N° 3, pp. 157-160.
- TIRONI, Eugenio (2006). “La sociedad impaciente. Los cambios de los chilenos y de la salud”. En: *La desconfianza de los impacientes. Reflexiones sobre el cuidado médico y la gestión de riesgos en las instituciones de salud*, MAÑALICH MUXI, Jaime y CHOMALÍ GARIB, May (Coords.), Santiago: Editorial Mediterráneo.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Gatica Illanes con Instituto de Seguridad del Trabajo”, 13 de marzo de 2009 (indemnización de perjuicios), rol N° 608-2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Retamales Soto con Servicio de Salud Metropolitano Norte”, 25 de junio de 2009 (indemnización de perjuicios), rol N° 8585-2006.
- 18° Juzgado Civil de Santiago, “Leiva Sáez con Dipreca Fondo Hospital”, 11 de mayo de 2010 (indemnización de perjuicios), rol N° 2739-2009.
- Corte Suprema, “Viveros Viveros con Correa Galaz”, 27 de diciembre de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 8983-2010.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968.
- Ley N° 19.966, establece un régimen de garantías en Salud, *Diario Oficial*, 3 de septiembre de 2004.