

SEPARATA: RESPONSABILIDAD MÉDICA

LA FALTA DE SERVICIO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

Pedro Pierry Arrau*

La falta de servicio, como ya se ha señalado, admite graduaciones¹. En realidad la cuestión es a la inversa: no toda falta es sinónimo de falta de servicio, que consiste precisamente en aquella falta que es susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado. La falta misma que puede constituirlo, admite graduaciones y, en algunos casos, la falta de servicio sólo existe cuando la falta cometida ha revestido ciertas características de gravedad. Esta distinción es de enorme importancia tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad médica.

En el Código Civil, toda falta, incluso ligera, basta para comprometer la responsabilidad propia, según los términos de su artículo 2314, y por el hecho ajeno, según el artículo 2320. En relación con ciertas actividades administrativas, en cambio, el derecho administrativo, particularmente el francés, subordina la responsabilidad del Estado, y por lo tanto la "falta de servicio", a la existencia de una falta grave. El derecho francés habrá de tomarse particularmente en consideración, ya que la institución de la falta de servicio, que es el régimen de la responsabilidad del Estado que se ha dado Chile, tiene precisamente su origen en la institución francesa.

El régimen jurídico de la falta grave, tratándose de la actividad médica ha evolucionado en Francia, desde la exigencia, a mediados del siglo XX de una "falta manifiesta y de una particular gravedad", a la simple necesidad de la existencia de una falta grave. No una falta de servicio grave, sino que mejor dicho, como ya hemos señalado, para que exista falta de servicio en actividad médica, la falta ha de ser grave.

La exigencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado se utiliza en diversos tipos de actividades estatales, como la actividad penitenciaria, cierta actividad de control, lucha contra incendios, actividad material de policía, esta última con varias limitaciones, y actividad médica. Nos referiremos únicamente a esta última, debiendo señalar que esta alteración de las reglas generales obedece a la particular dificultad de la actividad estatal en estas materias, siendo esencial la necesidad de no coartar dicha actividad, conciliando de esta forma los derechos del Estado con los de los particulares.

La jurisprudencia francesa distingue entre aquellas actividades donde siempre será necesaria la existencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado, y aquellas, como la actividad de policía, donde habrá de estudiarse caso a caso si se exige una falta grave o basta una falta simple. En el caso de la actividad médica no es posible apreciar si la actividad realizada que causó el daño, ofrecía o no dificultad, siendo siempre necesaria una falta grave.

La exigencia de una falta grave para la responsabilidad del Estado por actividad médica requiere de importantes precisiones, ya que esta especie de presunción de derecho de la dificultad de la actividad que justifica la existencia de una gravedad en la falta, sólo se aplica, aunque parezca redundante, a la actividad médica misma, y no a toda la actividad que va asociada al tratamiento y atención de un paciente en un establecimiento médico. El Consejo de Estado francés ha sido muy riguroso sobre este punto entendiendo por actividad médica aquella que realizan los hospitales públicos a través de "actos médicos", que corresponden a aquellos que sólo pueden ser ejecutados por un médico cirujano, o por un auxiliar médico, bajo el control directo de un médico; en el caso de Francia, de acuerdo con la norma oficial reglamentaria que los establece.

La jurisprudencia francesa estableció primero la necesidad de falta grave para la responsabilidad del Estado por la actividad de los hospitales públicos y, posteriormente, precisó que ello ocurría únicamente en caso de actos médicos, definidos reglamentariamente de acuerdo a lo propuesto por la Academia Nacional de Medicina.

La exclusión de la exigencia de falta grave para todos aquellos actos que causen daño, ejecutados por los

hospitales y que no constituyen actos médicos hace aplicable a ellos la regla general de la presencia de una falta simple, para considerarla como falta de servicio, y por lo tanto, para comprometer la responsabilidad del Estado.

Ello ocurre principalmente tratándose de daños provenientes de una mala organización o funcionamiento del servicio hospitalario, como utilización de artefactos defectuosos, insuficiente vigilancia, retardos en la atención, ausencia de personal calificado, etc. La extensión de este concepto permite comprender la importancia de la distinción entre los actos propiamente médicos y aquellos que no tienen ese carácter, ejecutados por los hospitales.

También se incluye la omisión de obtener el consentimiento del paciente para los tratamientos, o la falta de información proporcionada acerca de los riesgos de determinados tratamientos que impliquen riesgos de peligro o complicaciones excepcionales.

Se ha extendido también la regla de exclusión de la exigencia de falta grave a los casos de daños provenientes de actos de curación. Se trata aquí de consecuencias anormales provenientes de los actos médicos. En estos casos, además, opera en el derecho francés la institución de la presunción de falta.

Por último, también se excluye la exigencia de falta grave en los casos de actos médicos llevados a cabo en condiciones irregulares.

En todas las situaciones señaladas precedentemente, la responsabilidad del Estado procede por falta simple.

De acuerdo a lo anterior, entonces, es necesario precisar que por responsabilidad por actividad médica se debe entender, en una concepción amplia, aquella proveniente tanto de los actos médicos propiamente tales, como de aquella actividad desarrollada por los establecimientos hospitalarios en relación a un usuario y que no se califiquen técnicamente de actos médicos; y en una concepción restringida, aquella proveniente de "actos médicos" propiamente tales.

El concepto mismo de falta grave, en relación con la falta simple, no puede estar definido legalmente, sino por lo que la jurisprudencia vaya estableciendo, siendo por ello que la distinción es difícil de precisar, particularmente para Chile, donde no ha existido ninguna aplicación de la institución. Sin embargo, su justificación resulta evidente y necesaria, y la relación entre una y otra es paralela a la distinción que formula la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado entre la falta de servicio y la falta personal. Recordemos que la falta personal se define únicamente por la gravedad de la conducta de un funcionario, pudiendo una conducta acreedora de sanción disciplinaria no ser considerada como falta personal, sino que como falta de servicio, atendido que no reviste caracteres de extrema gravedad.

La situación en la graduación de la falta entre grave y simple es similar. Tratándose de la responsabilidad médica donde se exige falta grave para comprometerla, si la falta no es de carácter grave, ello no significa que no exista la falta, ya que sí existe. Lo que ocurre es que ella no comprometerá la responsabilidad del Estado. En la falta del funcionario, si ella no es de gravedad como para constituir una falta personal, podrá haber falta disciplinaria, pero no comprometerá la responsabilidad del funcionario.

La existencia de la distinción entre falta grave y falta simple encuentra su justificación en que ella permite al juez reconocer la existencia de una falta, sin llegar a establecer la responsabilidad civil, lo que de otra manera no podría hacer sin recurrir a negar simplemente la existencia de la falta, lo que podría resultar a todas luces absurdo, pero a lo que el juez podría inclinarse, atendida la dificultad de la actividad del órgano público.

Es precisamente la dificultad de la actividad médica, al igual que las otras actividades donde se aplica la distinción, lo que hace que ciertas faltas puedan ser excusables. La no existencia de la distinción entre falta grave y simple y el aceptar la responsabilidad del Estado por cualquier tipo de falta, podría impedir que la Administración actuara eficaz y prontamente, para no poner en riesgo su responsabilidad civil.

Otro aspecto importante a destacar en materia de responsabilidad médica es el tema de presunción de falta, al que nos hemos ya referido² y que debe jugar un rol particularmente importante tratándose de la responsabilidad médica, ya sea en general o en lo relativo a los actos médicos.

La presunción de falta opera dentro del campo de la noción de responsabilidad por falta y permite exonerar a la víctima de la necesidad de prueba. Como no nos encontramos aquí en materia de responsabilidad objetiva, permite sin embargo a la Administración exonerarse de la responsabilidad, probando que no existió falta, o que esta no fue grave, tratándose de actos médicos. Cabe señalar aquí, particularmente, el efecto exoneratorio de la fuerza mayor.

En nuestra opinión la presunción debe jugar en forma muy amplia tratándose de la actividad hospitalaria no constitutiva de actos médicos. Tratándose de actos médicos, la presunción de falta debe también admitirse aunque en forma más restrictiva. En estos casos lo que existiría sería una presunción de falta grave, sin perjuicio de la exoneración posterior si se prueba que no hubo falta o que esta era simple³.

* PEDRO PIERRY ARRAU. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad de Chile.

1 Pedro Pierry. "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. N° 59. Enero-junio, 1996. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCII N° 2. Mayo-agosto, 1995.

2 Pierry Arrau, op. cit.

3 Esta presentación ha sido hecha tomando como base lo expuesto en la obra de René Chapus. Droit Administratif Général. Editorial Montchrestien, Paris, Tomo I, quinta edición.

Revista de Derecho, N° 8 (agosto 2003).
