



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

Tocornal Cooper, Josefina
RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS
Revista Chilena de Derecho, vol. 37, núm. 3, 2010
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177016599004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS¹

NOSOCOMIAL INFECTIONS AND CIVIL LIABILITY

JOSEFINA TOCORNAL COOPER²

RESUMEN: Los establecimientos de salud tienen a su cargo la prevención y control de las infecciones intrahospitalarias. La tendencia de la jurisprudencia chilena ha sido proclive a indemnizar los daños ocasionados por este tipo de infecciones. Aunque se condene civilmente al establecimiento, en general no se lo hace a través de la instauración de una responsabilidad objetiva –aunque incluso erróneamente se le denomine así– sino mediante otros mecanismos jurídicos que benefician a la víctima y la favorecen en definitiva judicialmente, como un entendimiento objetivo de la culpa, el establecimiento de presunciones de culpa y relación causal, la invocación de la culpa infraccional o los criterios jurídicos *res ipsa loquitur* y *prima facie*. El daño no basta. Si jurídicamente no se establece de algún modo la culpa y la relación causal la víctima deberá soportar sus propios daños.

Palabras clave: Infecciones intrahospitalarias, infecciones nosocomiales, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, presunción de culpa, culpa infraccional, *res ipsa loquitur*, *prima facie*, evitable, previsible.

ABSTRACT: The Health Institutions are in charge of prevention and control of the Nosocomial Infections. The tendency of the Chilean jurisprudence has been to compensate damages caused by this kind of infections. Even though the Health Establishment might be condemned by a civil action, in general the rulings are not founded in strict liability standard –even if erroneously under that name– but by means of others judicial reasoning which benefit the victim and produce the same result, like an objective understanding of negligence, the establishing of presumptions of fault and cause-effect relationship, the breach of duty or the legal criteria *res ipsa loquitur* and *prima facie* evidence. To prove damages is not enough. If negligence or the cause-effect relationship between the illicit act or omission and the damages are not legally established or proved, the victim must bear his or her its own damages.

Key words: Nosocomial Infections, strict liability, liability, presumptive evidence, breach of duty, *res ipsa loquitur*, *prima facie* evidence, avoidable, foreseeable.

1. INTRODUCCIÓN

Se estima que en el mundo un 5% de los pacientes que ingresan a hospitalizarse adquieren una infección en el establecimiento de salud o como resultado de haber concurrido a él. Más aún, la tendencia indica que las infecciones intrahospitalarias³ aumentarán en el tiempo⁴. Las nuevas herramientas diagnósticas y terapéuticas, muchas de ellas invasivas, y el cambio del perfil demográfico con tendencia al envejecimiento de la población, han aumentado los riesgos de infecciones intrahospitalarias⁵. No es de extrañar entonces que los tribunales de justicia deban lidiar día a

día con juicios que involucran daños causados por estas infecciones, llamadas también infecciones nosocomiales.

En Chile desde 1982 existe un programa nacional dirigido por el Ministerio de Salud que tiene por objeto disminuir las infecciones intrahospitalarias y sus regulaciones se aplican a todos los establecimientos de salud, públicos o privados⁶.

Un médico experto en el tema se pregunta: “¿Es lícito que por falta de organización, negligencia o desaprensión temeraria, una persona que busca la mejoría o alivio de una dolencia contraiga otra enfermedad en el mismo establecimiento donde se supone su recuperación, incluso repercusiones para su salud, que eventualmente pueden llevarle a la muerte?”⁷.

Para la salud pública lo importante es reducir el riesgo de infecciones intrahospitalarias para proteger a los pacientes, empleados del establecimiento de salud⁸, estudiantes del área de la salud y visitas⁹. Para la ciencia jurídica el foco del asunto es otro. Dada ya una infección de este tipo con resultados dañosos. ¿Quién responde civilmente y por qué? ¿Tiene el paciente el deber jurídico de soportar dicho daño, siguiendo la regla general de la vida en sociedad donde cada uno se hace cargo de sus propios daños? ¿En qué situaciones debiera trasladarse ese deber jurídico al establecimiento de salud o incluso al médico?

Se analizará el concepto de infección intrahospitalaria para seguir con las cuestiones debatidas en doctrina sobre el derecho aplicable. Luego procederemos a analizar el fundamento, función y estructura que nos revela en este tema la responsabilidad civil, a la luz de la legislación y jurisprudencia nacional. A largo del trabajo nos referiremos a ciertas soluciones dadas en el extranjero como contrapunto a lo resuelto y legislado hasta ahora en Chile.

2. CONCEPTO DE INFECCIÓN INTRAHOSPITALARIA

2.1 DEFINICIÓN

La experta en enfermedades infecciosas Dra. Cristina Ajenjo define las infecciones intrahospitalarias como “aquellos procesos infecciosos que ocurren durante la hospitalización de un paciente (48-72 horas postingreso) o después del egreso, que no se encontraban presentes ni en incubación en el momento de la admisión, cualquiera que sea la causa que motivó la hospitalización. Este período incluye 30 días en caso de cirugía limpia, o hasta un año en caso de prótesis valvular u ortopédica siempre y cuando el agente causal sea compatible”¹⁰.

Desde la ciencia jurídica Barros define a las infecciones intrahospitalarias como las adquiridas por el paciente en la clínica u hospital con ocasión de una intervención médica, sin que sean atribuibles al desarrollo del riesgo terapéutico que supone esa operación o tratamiento. Afirma el autor que para los jueces el hecho que el paciente resulte dañado por una dolencia nueva y distinta a la que originó la visita a la institución, es una evidencia de la negligencia incurrida en el deber preventivo de cuidado que tiene toda clínica u hospital¹¹.

Podemos concluir entonces que las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias son toda afectación de la salud general o localizada

adquirida por microorganismos durante la concurrencia o permanencia de un enfermo en el hospital, sea que sus síntomas se manifiesten durante su hospitalización o cuidados o después de ellos. Como señala el Dr. Vivanco, el origen de los microorganismos¹² puede ser exógeno o endógeno y los más frecuentes son las bacterias, virus, hongos, rickettsias y protozoos¹³.

2.2. SUJETO RESPONSABLE DE LA INFECCIÓN

Los factores de riesgo de una infección intrahospitalaria están relacionados al hospedero (paciente), el ambiente físico y la atención hospitalaria¹⁴. Respecto del paciente los factores son difícilmente modificables ya que dicen relación con la edad, sexo, estado nutricional, nivel socioeconómico, peso al nacer, estilo de vida, etc. En cuanto al ambiente son fuentes potenciales de infecciones intrahospitalarias, entre otros, el aire, el agua, las superficies, los objetos y los desechos hospitalarios. Los factores ambientales si entran en contacto con un hospedero vulnerable pueden ocasionar este tipo de infecciones. La cuestión es que el ambiente físico y la atención hospitalaria pueden y deben modificarse por el establecimiento de salud, quien debe seguir las recomendaciones vigentes de la autoridad sanitaria en relación a la prevención y control de las IIH.

Las medidas de prevención y control son de cargo del establecimiento de salud, pues recaen en el personal del hospital o clínica. Estas precauciones en la atención de salud pueden ser estándares¹⁵ o específicas¹⁶. Las medidas estándares son el lavado de manos¹⁷, el uso de guantes, la protección ocular, el uso de delantal y la disposición adecuada de material cortopunzante. Las medidas específicas son tres: las denominadas de precaución aérea o respiratoria (el agente patógeno se esparce en partículas pequeñas), la precaución de gotitas (el agente patógeno se esparce en partículas grandes) y la precaución de contacto. La precaución aérea o respiratoria consiste en el aislamiento aéreo con habitación individual a puerta cerrada, aire en la pieza con presión negativa y uso obligatorio de mascarilla cada vez que se atienda al paciente¹⁸. La precaución de gotitas requiere pieza individual idealmente o, en caso de no ser posible, con separaciones por cortinas, se entiende que a una distancia superior de un metro entre una y otra cama. Dado que el alcance de estas partículas no va más allá de un metro, el uso de mascarilla solo es necesario cuando se está a menos distancia que esta del paciente¹⁹. La precaución de contacto se usa en pacientes infectados por microorganismos de contagio directo o indirecto y son epidemiológicamente importantes para el establecimiento de salud por ser multirresistentes; requiere el uso de guantes, delantal limpio y uso de instrumental exclusivo en la unidad de cada paciente²⁰.

El establecimiento de salud tiene en su seno dos de los tres agentes de las infecciones intrahospitalarias y además, los medios humanos y materiales para prevenir y controlar estas infecciones. Sin embargo, siempre debe tenerse presente el contexto y las condiciones particulares del caso, la culpa de la víctima o bien ciertas condiciones particulares del hospedero, que en definitiva pueden configurarse en causas ajenas a las acciones de salud de la institución o en concausas de las infecciones. En

un caso resuelto por la Corte Suprema se evidencia la importancia de estos factores. Se libera al prestador de salud de toda responsabilidad por no haberse acreditado el nexo causal entre la atención recibida y la muerte del trabajador por infección de una herida “tipo colgajo” en su dedo meñique. En efecto, el hecho que la herida se produjera en un ambiente de alta contaminación bacteriana como un matadero, el incumplimiento de la víctima de efectuarse curaciones diarias en la herida y su alcoholismo favorecieron el rechazo de la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por sus herederos contra el establecimiento de salud²¹.

Todo establecimiento de salud está obligado a emplear la debida diligencia en advertir los riesgos propios del hospedero y tomar las medidas necesarias para que el paciente sea reforzado o protegido, justamente para no contraer una infección de este tipo. Es distinto un paciente cuyo estado general es sano a uno inmunocomprometido²². El contexto del caso deberá llevar al juez a decidir si se tomaron las medidas de prevención adecuadas dado el estado de salud en que se recibió la paciente en el establecimiento. Es por ello sumamente relevante entender la ciencia médica en el caso antes de aplicar la ciencia jurídica.

El ambiente del hospital y la atención hospitalaria son de cargo del establecimiento de salud. Lo anterior no significa que no pueda existir personal del hospital o infractores individualizados que hayan atentado contra las normas de prevención o control. Sin embargo, frente a la víctima, debe responder el establecimiento de salud²³. Luego, de ser el caso y de conformidad al artículo 2325 del Código Civil, el establecimiento tendrá derecho a ser indemnizado por el infractor. La dificultad se encontrará en la relación causal, pues le será difícil acreditar al establecimiento que fue justamente la infracción del médico, enfermera u otro funcionario la que causó la infección en la víctima y su consecuente daño. Sin perjuicio de lo anterior, como veremos más adelante, los criterios objetivadores de la culpa, que juegan en contra del establecimiento frente a la víctima, pueden operar a su favor cuando sea demandante contra el funcionario infractor.

2.3 LO PREVISIBLE, LO EVITABLE Y EL CASO FORTUITO

2.3.1. La previsibilidad desde la ciencia médica

Las infecciones intrahospitalarias son para la ciencia médica previsibles y controlables. Tanto es así que los indicadores de IIH son considerados referentes de la calidad de la atención de salud prestada por el establecimiento²⁴.

Como señala el Ministerio de Salud “debe considerarse que el control de estas infecciones permiten mejorar simultáneamente la calidad de la atención y la productividad de los establecimientos, lo que las hace un muy buen indicador de la gestión de los hospitales”²⁵.

Ajenjo opina que “actualmente las IIH son consideradas como uno de los mejores indicadores de calidad de la atención debido a su frecuencia, la gravedad que conllevan, el aumento significativo de los costos que implica su ocurrencia y porque reflejan el resultado de acciones del equipo de salud, susceptibles de ser modificadas de acuerdo a estándares

vigentes. Se estima que un tercio de ellas pueden prevenirse con un programa adecuado de control de infecciones y de los casos médicos que generan acciones legales, hasta 25% puede corresponder a IIH”²⁶. En el mismo sentido, los infectólogos americanos Edmond y Wenzel señalan que de acuerdo a lo estudiado sobre eficacia de control de infecciones intrahospitalarias en hospitales americanos, se considera que hay un 32% menos de estas infecciones en establecimientos con programas activos de prevención en comparación con hospitales sin estos programas²⁷.

No se trata de un imprevisto imposible de resistir, es más, se tienen bastante claro los factores de riesgo y las precauciones más efectivas para impedir su aparición o controlar su evolución. Se trata de aquellas variables tan sensibles a las buenas prácticas que es un indicador de la calidad de atención de salud. En este sentido es ilustrativo lo que señala Pyrek²⁸ en cuanto a que en los últimos años se ha comprobado que la cifra de un tercio de IIH que pudieran prevenirse es mucho mayor, en especial, en aquellas áreas donde más se presentan estas infecciones: herida quirúrgica, ventiladores asociados a *pneumonia*, líneas centrales en enfermedades del torrente sanguíneo e incluso en infecciones por *staphylococcus aureus* donde la tasa de prevención se ha visto en 50%, 80% e incluso 90%.

Es por razones de salud pública deben declararse como *combatibles* estas infecciones, pues declarar lo contrario –que son *incombatibles*– eliminaría en los hospitales los incentivos para implementar regulaciones internas de prevención, control y erradicación de las mismas.

El estado actual de la ciencia médica nos indica, entonces, que si bien no son completamente evitables, son mucho más evitables de lo que se estimaba. Muchas veces el asunto pasa por decisiones económicas del establecimiento de salud ya que “en apariencia” invertir en prevención y control de IIH no es tan rentable como otros destinos de inversiones²⁹.

2.3.2. LA PREVISIBILIDAD DESDE LA CIENCIA JURÍDICA

El artículo 45 del Código Civil define el caso fortuito o fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Si para la ciencia médica las infecciones intrahospitalarias son previsibles y pueden en gran medida ser prevenidas y controladas nos encontramos en la ciencia jurídica ya fuera de la posibilidad de calificarlas como caso fortuito o fuerza mayor³⁰.

¿Cómo saber si la infección de un paciente era de aquellas que se podían evitar? La cuestión es relevante por la limitación de indemnización a que se refiere el inciso segundo del artículo 41 de la mencionada Ley AUGE³¹, que en su título III denominado “De la responsabilidad en materia sanitaria”, establece “que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos”³².

Las infecciones intrahospitalarias son previsibles, pero también es cierto que no son completamente evitables. Una consecuencia legal de la previsibilidad es que el daño moral que ocasione una IIH es indemnizable en sede contractual según las reglas generales³³.

La Corte Suprema ha considerado las infecciones intrahospitalarias como previsibles y, por tanto, combatibles. Por una parte, se considera previsible que un paciente, dadas sus características, pueda contraer una infección intrahospitalaria y, por otra, se consideran también previsibles determinados daños que pueden asociarse al paciente de estas infecciones³⁴.

Ahora bien, la previsibilidad del evento de la IIH –exigencia que sirve para calificar de culposa la conducta del establecimiento– no debe confundirse con la previsibilidad del daño que causa. Como señala Barrientos³⁵, no son lo mismo.

2.3.2. Previsibilidad y evitabilidad

No es el análisis de la previsibilidad el que es determinante para configurar la responsabilidad civil por las IIH, desde que la ciencia médica las considera previsibles. La cuestión es que previstas ellas y tomadas todas las medidas de prevención, qué sucede jurídicamente si ellas resultan inevitables.

Para calificar una IIH de inevitable, y con ello mantener a la víctima con el deber jurídico de soportar sus propios daños, el tribunal debe formarse la convicción que el establecimiento actuó diligentemente dada las circunstancias. Como veremos, el entendimiento de la culpa se ha objetivado en ciertos eventos aliviando la carga probatoria de la víctima, siendo en estos casos de “culpa evidente” el establecimiento el que deberá probar su diligencia.

Nuestra opinión es que la cuestión de quien debe asumir la responsabilidad civil por las IIH debe ser dejada a la apreciación judicial del caso. El tribunal deberá estudiar los antecedentes médicos y ponderar los distintos factores.

La culpa de la víctima debe tenerse en consideración al momento de conceder o determinar el monto de una indemnización, pues de conformidad al artículo 2330 del Código Civil la apreciación del daño está sujeta a reducción si quien lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

La gravedad de la víctima a la fecha del ingreso al hospital es una moneda de dos caras. En efecto, si un paciente ingresa ya grave tiene debilitado de por sí su sistema defensivo, siendo extremadamente vulnerable a las infecciones³⁶. El establecimiento deberá obrar con la prolijidad que el enfermo requiere, pero habiendo sido atendido el paciente con un proceso de atención de salud impecable no puede imputarse negligencia a la clínica u hospital por el hecho de su muerte o daños relevantes por una IIH, por cuanto si bien se previnieron adecuadamente los riesgos actuando diligente y concordantemente a las características de riesgo del paciente no se pudo evitar el daño.

Por otra parte, debe tenerse en consideración el cumplimiento o incumplimiento por parte del establecimiento y del personal que de él depende de todas las normativas y regulaciones destinadas a prevenir y controlar las IIH, las que estimamos deben considerarse como parte de la *lex artis*. Si no se cumplió la normativa aplicable al caso, incluyendo lo referente a IIH, entonces el establecimiento no tomó todas medidas como lo debiese haber hecho una institución diligente. No es posible calificar al

daño consecuente como de inevitable, por lo que la institución de salud deberá responder en base a las reglas generales de la responsabilidad subjetiva. Probablemente será un fallo condenatorio al establecimiento de salud fundado en la culpa infraccional.

Si se tomaron todas las medidas de prevención y cuidado acordes al contexto, a la situación del paciente y al estado de la ciencia, y de todos modos aparece la infección y el daño, pues solo entonces se tratará de un hecho que se puede calificar de inevitable y que no da derecho a indemnización, por lo que la víctima se encontrará en el deber jurídico de soportar su daño

2.4 CONCEPTO UNITARIO

El programa nacional contra las infecciones intrahospitalarias es obligatorio para todos los hospitales y clínicas, públicos o privados³⁷. Es que no hay nada que evidencie más nuestra igualdad, que nuestra naturaleza humana, sujetos de rey a paje a las mismas enfermedades y dolores corporales.

Los establecimientos de salud deben contar con un comité de IIH. Este órgano interno debe velar por el cumplimiento de las disposiciones sanitarias al interior del establecimiento de salud, pero puede establecer actuaciones más exigentes que las exigidas por la autoridad sanitaria en base a la autonomía de la voluntad de que goza por su naturaleza de persona jurídica. Es probable que los servicios de salud del sistema público descansen en satisfacer los requerimientos mínimos obligatorios exigidos por la autoridad sanitaria, pero los establecimientos privados están facultados a ajustar sus bienes y servicios de forma más exigente a la normativa indicada.

La Sociedad Chilena de Control de Infecciones y Epidemiología hospitalaria tiene por lema corporativo “proteger al paciente, proteger al equipo de salud y promover la calidad en todas las acciones de la salud”³⁸. Promueven en el territorio nacional, sin discriminar entre establecimientos públicos o privados, el conocimiento, desarrollo y aplicación de las disciplinas relacionadas con la prevención y el control de las IIH.

El ataque a los microorganismos patógenos debe ser conjunto y sistemático y no se justifica una diferente normativa referente a IIH dependiendo si el prestador es público o privado.

3. DERECHO APLICABLE

Una primera dificultad que encontramos en el tema de las infecciones intrahospitalarias es el derecho aplicable. En efecto, los hospitales públicos son dependientes de los Servicios de Salud³⁹ y por ello nos enfrentamos a la cuestión de la responsabilidad del Estado. A las clínicas privadas por su parte, no hay duda, se les aplica el derecho civil como asimismo toda normativa de orden público.

En cuanto a su especificidad, la primera normativa aplicable y obligatoria sobre el tema de las infecciones intrahospitalarias para todos los establecimientos de salud, públicos o privados, son las circulares emanadas del Ministerio de Salud⁴⁰. Es también obligatorio para ambos tipos de instituciones de salud el Reglamento de hospitales y clínicas, que

dejó atrás la idea que el hospital es público y la clínica privada; la distinción entre clínica y hospital dice relación con los servicios diferenciados ofrecidos por el establecimiento y la forma en que ellos se organizan⁴¹.

En cuanto al derecho general aplicable Pizarro piensa que no es justificable tener dos órdenes de responsabilidad –uno para hospitales públicos basado en derecho constitucional y administrativo y otro para clínicas privadas, bajo la normativa civil– ya que el daño tiene su origen en similares hechos y similares personas naturales involucradas⁴².

La Ley 19.966, en su artículo 38 señala que los órganos de la administración del Estado en temas sanitarios son responsables por los daños que causen a particulares por la falta de servicio. Es el afectado quien debe probar que el daño se produjo por una acción u omisión del órgano del Estado mediando una falta de servicio. Es decir no basta con probar el daño, se debe acreditar también la acción u omisión y la relación causal. Además, los hechos, según el criterio del tribunal, deben ser calificados como una falta de servicio.

Nuestros tribunales de justicia han sido erráticos en señalar un derecho aplicable⁴³. En ciertos casos han resuelto demandas contra los servicios de salud en base al artículo 38 de la Constitución Política de la República y al artículo 4 de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, conocida como Ley de Bases, estimando que la responsabilidad del Estado es de naturaleza objetiva, por lo que no es necesario que se pruebe la culpa en el autor material del daño⁴⁴. En otras ocasiones, pese a seguir un análisis de derecho público, incorporan clasificaciones de responsabilidad civil contractual⁴⁵ o civil extracontractual. Incluso hay jurisprudencia en que pese a que el demandante funda su demanda en el artículo 2314 del Código Civil, la Corte Suprema⁴⁶ invoca la doctrina *iura novit curia*, y decide un derecho aplicable no invocado por el actor. Hay sentencias que señalan que, mediando un vínculo entre el paciente, la mutual y el hospital existe una estipulación en favor de otro⁴⁷ o bien la considera una relación como la del empresario con sus dependientes⁴⁸.

Los modelos de atribución de responsabilidad que coexisten en todos los sistemas son de responsabilidad por negligencia y de responsabilidad objetiva. Pero cualquiera de los modelos de atribución deben ser llenados de contenidos por el derecho civil. En efecto, es el derecho civil el orden llamado a dar contenido a las cuestiones de responsabilidad patrimonial, aunque involucre a un órgano del Estado, como en este caso los servicios de salud. Como señala Barros no es posible construir la responsabilidad del Estado sin conexión con el derecho civil y solo en base a ideas generales expresadas en la Constitución⁴⁹, aunque la responsabilidad de las clínicas se funde en la culpa civil y la de los hospitales públicos en la falta de servicio⁵⁰.

4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS. UNA MODERNA COMPRENSIÓN DE LA CULPA

La doctrina nacional está conteste en que la responsabilidad fundada en la culpa o el dolo es la regla general y el estatuto supletorio como factor de atribución de responsabilidad⁵¹. La jurisprudencia también ha sostenido que la regla general es que el fundamento de la responsabilidad sea la culpa o el dolo, salvo que una norma especial disponga lo contrario. Así lo ha expresado nuestro máximo tribunal al señalar que “el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla”⁵².

Ahora bien, como señala Domínguez Hidalgo⁵³, la mirada del presente a las reglas referentes a la culpa del Código Civil difieren al sentido original de las mismas a la fecha de dictación del código. Como opina la autora, la responsabilidad se ha objetivado en nuestro país por vía legislativa y por vía jurisprudencial. Pese a que los tribunales señalen que la objetivación solo puede establecerse por legislación expresa y especial, en la práctica se observa que el desempeño judicial se ha desentendido de su doctrina y la nueva mirada judicial produce la objetivación de la responsabilidad al interpretar a favor del demandante normas sobre la culpa que clásicamente fueron interpretadas en beneficio del demandado. Como se verá, estimamos que en materia de responsabilidad de clínicas y hospitales se han dado señales de una objetivación de la culpa por parte de nuestra jurisprudencia. Esta nueva mirada, que según la civilista se ha producido en todos los sistemas, ha generado nuevos criterios de interpretación de las presunciones de negligencia, así como nuevas clasificaciones de culpa.

El artículo 41 de la Ley 19.966 dispone que “la indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”. Esta norma consideramos no altera el fundamento subjetivo de la responsabilidad civil como regla general en Chile, aunque nos enfrentemos a una infección intrahospitalaria. Se trata de una indicación legislativa que debe ser considerada por el juez después del paso lógico de haber establecido la procedencia de indemnización y para los efectos de determinar o “fijar” el *quantum* de la indemnización en lo que se refiere al ítem daño extrapatrimonial. Sin embargo, si es cierto que esta norma refleja como la mirada nacional se compenetra con las tendencias mundiales que justifican el cambio de nombre de responsabilidad civil a derecho de daños⁵⁴.

Como señala Tapia, es posible identificar una tendencia comparada a la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud en contraposición a la responsabilidad de los médicos que sigue amparada solo en la culpa⁵⁵. Opina el autor que en Chile este fenómeno se da por la severidad para apreciar las defensas del empresario (establecimientos privados de salud) cuando invoca el artículo 2320 del Código Civil y derechamente la tesis de la responsabilidad objetiva sustentada en materia de responsabilidad del Estado que alcanza a sus servicios de salud en cuanto órganos públicos.

Es nuestra opinión que algunos fallos chilenos traslucen la aplicación

de nuevas nociones de culpa o de estas “modernas herramientas probatorias” como les dicen en España⁵⁶. Analizaremos los conceptos de culpa infraccional y culpa anónima así como las presunciones de culpa, el criterio *prima facie* y el criterio *res ipsa loquitur*.

4.1. CULPA INFRACCIONAL

Se aprecia en la jurisprudencia un nivel de objetivación en la noción clásica de culpa al que la doctrina ha denominado *culpa infraccional*. Según Barros, se refiere a la infracción de ciertos deberes de cuidado ordenados por el legislador (u otra autoridad normativa como lo sería el Ministerio de Salud con sus circulares para prevenir y controlar las infecciones intrahospitalarias), o las infracciones a costumbres o usos normativos (*Lex Artis*) y la infracción a aquellos deberes de cuidado definido por el juez⁵⁷.

En todo caso, la diligencia no se agota en el cumplimiento de ciertas normas o preceptos ya que la “conducta de una persona prudente está regida por el correcto discernimiento de los riesgos y no solo por la letra de la ley”⁵⁸. No basta cumplir con las normas obligatorias, usos y costumbres para ser diligente; puede que las circunstancias requieran ser más exigente en el actuar.

Estos casos de infracciones a deberes de cuidado son un elemento objetivador por cuanto “si se ha incurrido en infracción a una norma legal o reglamentaria el acto es tenido por culpable sin que sea necesario entrar en otras calificaciones”⁵⁹.

En un caso en que se condenó al Servicio de Salud de Valdivia el máximo tribunal señala que “hubo negligencia o culpa por parte del Servicio de Salud de Valdivia al infringir la reglamentación interna existente en el Hospital Base referente al manejo de los desechos de material contaminado provenientes de los distintos servicios de dicho centro”⁶⁰.

La violación de una norma o estándar escrito también ha sido relevante en otros países para acreditar la negligencia. En Louisiana en *Pederson v. Dumouchel* ⁶¹ se usó anestesia general para reducir una fractura de mandíbula. Una cirugía dental, no vitalmente urgente, sin la presencia y supervisión de un médico, iba contra de las reglas de la institución de salud cuestionada. “*It is negligence as a matter of law for a hospital to permit a surgical operation upon a patient under a general anesthetic without the presence and supervision of a medical doctor*”.

En todo caso, en Estados Unidos se ha tendido a considerar esta culpa infraccional más como negligencia de la institución (*corporate negligence*) que como responsabilidad vicaria (*respondeat superior*) que son las dos teorías que explican la naturaleza jurídica de la responsabilidad de una clínica u hospital en el sistema americano (*hospital liability*)⁶².

Como señala la autora americana Margaret Jasper⁶³ un método para probar si el cuidado prestado al paciente era el adecuado es examinar si el proveedor de los servicios de salud cumplió con los estándares de cuidado, regulaciones, políticas, estatutos, reglamentos internos, códigos sanitarios, normas estatales y otras normas aplicables al caso concreto.

El asunto tampoco es tan simple como omitir dictar la regulación interna para evitar responsabilidad. La vía de menos reglas menos culpa no es correcta. En un caso de Pennsylvania *Tonsic v. Wagner*⁶⁴ se estableció que el hospital era negligente por no haber emitido una regla interna que estableciera como obligatorio un conteo de instrumental pre y postoperatorio para evitar que los cirujanos olvidaran útiles dentro de los pacientes.

4.2 CULPA ANÓNIMA

Otro mecanismo objetivador de la responsabilidad de los establecimientos de salud lo constituye la culpa anónima, también llamada culpa difusa, culpa del dependiente anónimo o culpa indeterminada. Se estima que no es necesario que la víctima identifique o demande en concreto al dependiente causador del daño, sino que basta probar que alguien dentro de la organización de la clínica u hospital incurrió en culpa y que ello causó un daño⁶⁵. Como señala Tapia⁶⁶ la negligencia se atribuye a la organización empresarial en su conjunto.

La jurisprudencia nacional⁶⁷ ha entendido que las normas señaladas en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil solo requieren acreditar que la lesión del paciente se produjo mientras se encontraba hospitalizado en la clínica demandada. Para condenar civilmente al hospital basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño⁶⁸.

En Francia la responsabilidad de los hospitales públicos es fundada en una culpa anónima. La regla general la señala Le Tourneau: *“L'établissement d'une faute de service est une condition nécessaire pour engager la responsabilité de l'administration dans les régimes de droit public fondés sur la faute. Distinguée de la faute personnelle de l'agent, la faute de service est une faute anonyme qui s'apprécie indépendamment de l'agent qui l'a commise*⁶⁹”. Sin embargo, en materia de infecciones intrahospitalarias existe en Francia una normativa especial y la responsabilidad en este tema es objetiva, lo que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad por culpa en la responsabilidad civil francesa.

4.3. PRESUNCIONES DE CULPA

Los tribunales en Chile no han permitido en la práctica a la clínica u hospital defenderse probando que “con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no hubiere podido impedir el hecho” (artículo. 2320 inciso final del Código Civil)⁷⁰.

Incluso se ha estimado que la elección por parte del paciente de un equipo médico particular no exonera al hospital demandado de su responsabilidad. Basta el hecho que la víctima fallezca producto de una infección intrahospitalaria para considerarlo responsable por parecer evidente la negligencia y falta de cuidado en la mantención de las condiciones sanitarias del establecimiento⁷¹.

Pizarro comenta la jurisprudencia nacional destacando que “existe una jurisprudencia uniforme que establece la procedencia directa de la clínica, la cual puede verificarse de manera independiente de la culpa o

negligencia de su personal médico o auxiliares; por ejemplo, por infecciones intrahospitalarias o nosocomiales o por falta en la organización”⁷². Pero dado que la jurisprudencia puede ser cambiante es interesante lo planteado por Cárdenas quien sugiere introducir modificaciones legislativas que establezcan responsabilidad objetiva para “enfermedades nosocomiales y daños ocasionados por productos”⁷³.

En cuanto a la presunción por el hecho propio⁷⁴, estimamos que el artículo 2329 del Código Civil se puede invocar en la responsabilidad por IIH pero con excepcional cuidado. Esta norma puede usarse para atenuar la exigencia de certeza plena en la relación de causalidad entre la acción y el daño, tan difícil de probar en estos temas, por la complejidad misma de las acciones sanitarias como por las múltiples variables que conjugan el estado de salud de un paciente. La jurisprudencia, en casos similarmente complejos a lo sanitarios, ha requerido que existan al menos indicios claros y consistentes que permitan invocar el criterio *res ipsa loquitur* y aplicar esta presunción⁷⁵. En otro caso judicial, que tampoco trata de responsabilidad de tipo sanitaria, se estableció que cualquier perjuicio que provenga de haberse alterado el normal, rutinario y consecuencial desenvolvimiento de un determinado quehacer, trabajo o actividad, debe presumirse que proviene de dolo o culpa del agente en virtud de este artículo 2329⁷⁶. En el mismo sentido, la Corte Suprema⁷⁷ ha estimado que “del tenor del artículo 2329 del Código Civil se desprende que las circunstancias en que se producen ciertos daños revelan por sí mismas la existencia de algún grado de culpa o negligencia del agente, lo que explica que se establezcan ciertas presunciones de responsabilidad, que invierten el peso de la prueba, como cuando el daño deriva de haberse infringido el deber de adoptar las medidas de vigilancia tendientes a prevenir el daño”.

Consideramos, pues, que el artículo 2329 del Código Civil ha vuelto a ser entendido, al menos por cierta jurisprudencia, como lo comprendió Alessandri⁷⁸ y no vemos impedimento en que los raciocinios lógicos expresados por la jurisprudencia para unos casos pudieran en el futuro usarse para otros de responsabilidad sanitaria.

Dada la redacción de la disposición, es posible que habitualmente se conjuguen conjuntamente la presunción por el hecho propio⁷⁹ con algunos de estos criterios beneficiosos para las víctimas como la culpa anónima, el criterio *res ipsa loquitur* o el criterio *prima facie*⁸⁰. Sin embargo, para la aplicación de este artículo 2329 a las infecciones intrahospitalarias se debe ser muy riguroso. El contexto del caso debe ser analizado meticulosamente por el juez, debiendo informarse con la mayor profundidad posible de las características del paciente antes, durante y después de la atención, de la naturaleza de la infección y de la cronología y contenido de la acción de salud prestada. En efecto, en los pacientes inmunosupresivos si bien se puede identificar un patrón básico de riesgos a prevenir, los tipos y la gravedad de las complicaciones infecciosas resultan con frecuencia impredecibles⁸¹. En los pacientes con un estado de salud sano también existen ciertos microorganismos patógenos que permanecen latentes y sin manifestación siendo cualquier estímulo, como una acción de salud no vinculada, pero también una depresión o un resfrío una probable causa de reaparición, sintomatología y daños⁸².

4.4. CRITERIO *PRIMA FACIE*

El criterio *prima facie* significa que el sentenciador da por probada “a primera vista” y “de entrada” la culpa del demandado.

La Corte de Apelaciones de Concepción acogiendo la doctrina francesa adhiere a esta idea en ciertos casos de prácticas quirúrgicas sencillas o de curaciones corrientes donde el paciente “resulta afectado por graves secuelas que *prima facie* no pueden ser reconducidas a esa intervención”⁸³. En estos casos se considera que un daño anormal frente a intervenciones benignas pudiera alterar la carga de la prueba que pesa sobre el demandante, es decir, la víctima.

Es posible estimar que se usa ese criterio por la Corte Suprema al señalar que “frente al hecho cierto de que la víctima falleció a consecuencia de una infección intrahospitalaria, la existencia de negligencia y la falta de cuidado en la mantención de las adecuadas o debidas condiciones sanitarias del establecimiento, a fin de precaver suceso semejantes, es de toda evidencia, pues de no ser así, aquella no habría contraído la infección que la llevó a la muerte”⁸⁴. O también se usa un criterio similar en un caso de infección intrahospitalaria conocido por la Corte de Apelaciones de Concepción al señalar: “Así producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de este”⁸⁵.

4.5. CRITERIO *RES IPSA LOQUITUR*

El criterio *res ipsa loquitur* se refiere a que el resultado dañoso de una acción habla por sí mismo y no requiere mayor prueba que la sola existencia del daño. Se invoca esta doctrina cuando el daño es evidente y de gran envergadura.

Esta línea de pensamiento pareciera usar la Corte Suprema en el caso de una mujer que sufre una infección intrahospitalaria y queda deforme en sus pechos luego de una mamoplastía reductiva. “La falta de servicio es un resultado, es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia”⁸⁶.

Con la doctrina *res ipsa loquitur* la culpa más que probarse se infiere constituyendo una forma de objetivación. En Estados Unidos de América lo vemos en el caso *Pederson v. Dumouchel* : “*the doctrine res ipsa loquitur applies in a circumstantial evidence permitting the jury to infer negligence from an event which ordinarily would not have occurred unless some was negligent*”⁸⁷.

Margaret Jasper señala que algunos estados americanos aceptan la doctrina *res ipsa loquitur* en casos de negligencia médica como una manera de trasladar el peso de la prueba al demandado. Como explica la autora, se trata de una doctrina que si bien se rehúye aplicar por los jueces, se invoca excepcionalmente en casos de negligencia obvia, como en el de instrumentos quirúrgicos dejados al interior del paciente⁸⁸. Para Jasper se puede interpelar a la doctrina del *res ipsa loquitur* en la medida que se den conjuntamente ciertos elementos en el raciocinio: i) si en el caso no ha habido negligencia normalmente no hay daño, ii) el prestador del servicio tiene el control de los medios que generaron el daño, iii) el daño no fue causado por culpa del paciente⁸⁹.

4.6 EL DAÑO

La regla general es que la responsabilidad se encuentre basada en la culpa. Sin embargo, para aquella parte de la doctrina y jurisprudencia que sostiene que la responsabilidad del Estado es objetiva, su fundamento sería el daño. El principio rector sería *que todo daño debe ser reparado* a diferencia de la responsabilidad subjetiva donde su lema es *no hay responsabilidad sin culpa*. Entonces para ellos los daños producidos por infecciones intrahospitalarias deberán ser indemnizados por el servicio de salud que corresponda, bastando acreditar la relación de causalidad entre acción de salud y el daño, sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes.

Estos autores⁹⁰ sostienen que la responsabilidad por el hecho ajeno o indirecta del Código Civil no es jurídicamente una solución idónea a la actividad ejercida por los servicios de salud. La naturaleza jurídica de la responsabilidad de los Servicios de Salud es de carácter objetiva⁹¹. La responsabilidad del Estado es de origen constitucional, en este caso de la persona jurídica Servicio de Salud y es de carácter objetiva, directa e integral⁹². La Constitución Política de la República ha establecido la responsabilidad del Estado como un principio general. Son sus artículos 6 y 7 los que regulan la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos. Estas dos normas, más los artículos 1 inciso cuarto, 4, 5 inciso segundo, 19 N° 2, 20 y 24 y 38 inciso segundo de la Constitución son la base normativa de todo el abanico de responsabilidad objetiva del Estado. La responsabilidad del Estado no es por lo tanto civilista sino exclusivamente constitucional⁹³. Incluso algunos autores como Fiamma, Oelckers y Soto Kloss consideran que el artículo 42 de la Ley 18.575, que incorporó la idea que los órganos de la Administración son responsables del daño que se cause por falta de servicio, debe ser considerado inconstitucional porque una norma de inferior rango no puede ser más exigente que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política. Pero Pizarro sostiene que “no parece que existan argumentos razonables para justificar la expresión falta de servicio como sinónima de omisión equivalente a un estatuto de responsabilidad objetiva”⁹⁴.

Es la víctima el eje de la responsabilidad pública no la falta, ni la culpa o el riesgo. Argumentan que “el modelo recogido y establecido en la Carta de 1980 se aparta totalmente de los esquemas decimonónicos de nuestro Código Civil... El texto fundamental privilegia los derechos esenciales de la persona humana sobre las prerrogativas y potestades del poder público, haciendo realidad el principio servicial del Estado respecto del individuo, y no al revés”. En efecto, “condicionar la responsabilidad a la comisión de una falta de servicio por parte de la Administración significa volverla a situar en el extremo del autor del daño...”⁹⁵.

Finalmente, se encuentra la tesis que sostiene que la responsabilidad del Estado por sus servicios de salud es una responsabilidad por el riesgo de daño. Si un servicio público expone a un paciente por el eventual beneficio de muchos, el afectado no tiene por qué soportar este riesgo ya que ello implicaría una desigual distribución de las cargas públicas.

Esta situación de incerteza relativa al derecho aplicable y por ende al fundamento de la responsabilidad sanitaria de los servicios de salud públicos es similar en España. Pese a la existencia de tribunales diferenciados: contencioso administrativos, sociales y civiles, ni aun

después de la Ley 30/1992⁹⁶ se zanjó el tema. Esta ley estableció que los casos judiciales que afectaran la responsabilidad sanitaria de los servicios públicos debían conocerlos los tribunales contenciosos administrativos. Aún así el panorama no ha quedado completamente resuelto. Se discute qué normas debe aplicar el tribunal contencioso administrativo; si públicas o privadas, si con enfoque subjetivo u objetivas, contractual o extracontractual. Similares cuestiones y variadas respuestas doctrinarias y jurisprudenciales⁹⁷.

La responsabilidad objetiva no ha sido admitida como precedente general de responsabilidad sanitaria en Estados Unidos. Ciertos casos puntuales como la responsabilidad de productos, en este caso medicamentos, son una excepción. En la responsabilidad objetiva por productos defectuosos se considera al hospital vendedor de los productos o medicamentos⁹⁸. Pero la regla general en caso de responsabilidad médico sanitaria sigue siendo subjetiva. Como señala la Corte Superior de Illinois *"Public Policy dictates against the imposition of strict liability for alleged injuries resulting from radiation treatments provided by the radiology department of a hospital. Certainly, the decision is proper as a matter of policy since the cost of strict liability would be monumental"*⁹⁹.

Emblemático caso del factor de atribución daño apreciamos en Francia en materia de responsabilidad por infecciones intrahospitalarias¹⁰⁰. Sin embargo, se debe señalar que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad por culpa. Trata la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias el artículo L 1142-1, I, ap.2 del Código de Salud Pública francés¹⁰¹. Comenta Le Tourneau que en materia de infección nosocomial y aun antes de la incorporación de esta norma de responsabilidad objetiva para IIH, la Corte de Casación¹⁰² ya había hecho pesar sobre los establecimientos privados de salud una obligación de seguridad de resultado y no de medios, de la que el deudor, es decir el establecimiento de salud, no puede liberarse sino probando causa extraña (ajena). Por lo tanto la Ley 2002-203, de 4 de marzo de 2002, que estableció este artículo artículo L 1142-1, I, ap. 2 legalizó para todos los establecimientos de salud, tanto privados como públicos, lo que la jurisprudencia ya había decidido para las clínicas privadas. En todo caso, el autor francés precisa que no existe presunción de causalidad, por lo que la víctima debe probar que se trata de una infección intrahospitalaria¹⁰³. Jourdain señalaba ya el año 2001 –en materia de infecciones nosocomiales– la dificultad en que se encontraban las víctimas de probar de manera cierta el vínculo de causalidad entre la actuación del médico o el hospital y la IIH pues se afecta el contenido de la obligación de resultado proclamado por la Corte de Casación, por lo que considera indispensable para la víctimas gozar del beneficio de una presunción de hecho en materia de causalidad¹⁰⁴.

El riesgo no es considerado por los franceses como el fundamento único de la responsabilidad sin culpa. En efecto, es considerado solo una parte de su sustento dándole mayor importancia al principio de la igualdad ante las cargas públicas como real fundamento general de la responsabilidad. Consideran compleja la distinción de los límites entre las teorías de riesgo-beneficio, riesgo profesional, riesgo-peligro, riesgo creado e incluso riesgo social¹⁰⁵.

En efecto, en lo que respecta a las reglas de responsabilidad, se establece en Francia que tanto los profesionales como las instituciones vinculadas a la salud responden únicamente en caso de negligencia, con dos excepciones: en primer lugar los casos de responsabilidad derivada del defecto de un producto usado en la asistencia sanitaria y, en segundo lugar, respecto a las instituciones de salud cuando se trate de infecciones nosocomiales, a menos que la entidad demuestre que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario.

Los daños de mayor gravedad producidos por infecciones intrahospitalarias fueron asumidos por el Estado francés a *título de solidaridad nacional*¹⁰⁶. Con excepción de estos casos, los daños resultantes de las infecciones nosocomiales serán de cargo de los establecimientos de salud y, por lo tanto, de las compañías de seguros respectivas¹⁰⁷. Existe la obligación de contratar un seguro obligatorio, aplicable tanto a los profesionales como a las clínicas. En los hospitales, los daños derivados de infecciones intrahospitalarias se someten a un procedimiento amistoso de reparación ante una *Comisión Regional de Conciliación e Indemnización*.

Como vemos, se ha ido configurando en el país galo una verdadera responsabilidad objetiva por los daños causados por las infecciones intrahospitalarias. Un requisito que caracteriza las hipótesis legales de responsabilidad objetiva es la constitución de los seguros obligatorios, así como montos o límites máximos de indemnización por evento dañoso. Esta característica también se encuentra en el referido Código de Salud Pública francés¹⁰⁸.

Beaudoux estima que en Francia las víctimas más graves de las infecciones nosocomiales han sido cubiertas por un verdadero régimen de protección social¹⁰⁹. Estimamos que en lo referente a la responsabilidad patrimonial por las infecciones nosocomiales en Francia su fundamento sería tripartito: el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera).

5. FUNCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD

Vale la pena cuestionarse si en el tema de las infecciones intrahospitalarias es razonable limitarse a la clasificación tradicional de funciones o debemos iniciar una búsqueda que nos deje más cómodos con la nueva mirada que se está dando al tema de la responsabilidad. El hecho de mantener la culpa como fundamento no tiene por qué alejarnos del daño, que es justamente lo que se quiere evitar en el tema de estas infecciones. La función de la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias estimamos es jurídicamente bipartita: preventiva y reparatoria. Preventiva en un doble sentido: que no aparezcan nuevos casos y de mantener controladas las existentes. Es decir, la función preventiva se hila también con mantener controlado el daño. Reparatoria, por cuanto las razones jurídicas evaluadas por el tribunal justifican relevar a la víctima del deber jurídico de soportar sus propios daños y trasladar al

establecimiento de salud la obligación de compensar a la víctima, porque en verdad, en general, no se puede reparar el tiempo, sufrimientos y secuelas de los pacientes, solo compensarlas con dinero. No se considera punitiva la función de la responsabilidad civil en materia de IIH por cuanto lo que se pretende no es castigar al establecimiento sino compensar a quien ha sufrido un daño injustamente. Sin embargo no se puede negar que la condena a la institución basada en la culpa infraccional constituye una reparación para la víctima y una llamada a la prevención y señal de castigo para el establecimiento

Si pese al cumplimiento de todas las normas externas e internas se produce en el establecimiento de salud un hecho desproporcionadamente dañoso para el paciente, en comparación a la acción de salud requerida, el Juez si el caso lo amerita podría invocar el criterio *res ipsa loquitur*. Como vemos, la culpa no ha sido abandonada como fundamento sino reentendida. Estas nuevas nociones de culpa lo que buscan es vincularlas al daño o bien al daño se le ha mirado desde una nueva perspectiva, como un indicador probatorio de la culpa, de un modo en que la causa efecto entre uno y otro sea más fácilmente presumible y acreditable en juicio. Pero como dice Matheus la función de la prueba nos permite alcanzar una probabilidad racional del acaecimiento del hecho afirmado, mas no la verdad¹¹⁰, pues es un tema pendiente de la ciencia médica el descubrir las reales causas de porque se contraen infecciones intrahospitalarias en determinados casos.

En el tema de la función de la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias nos encontramos ante una cuestión a primera vista contradictoria. En algunas legislaciones como la francesa la intención del legislador es la de compensar el daño en forma objetiva, sin integrar el tema de la culpa. Sin embargo, se reitera como uno de los propósitos fundamentales de la regulación la de prevenir nuevas infecciones. Pareciera que la prevención la evalúan económicamente. Si las clínicas y hospitales son responsables vía seguros intentarán manejar la infección de modo de disminuirlas y no encarecer su rentabilidad en el caso de establecimientos privados o su evaluación de gestión en el caso de los públicos.

La configuración que ha ido tomando la indemnización por infección nosocomial en Francia ha trasladado el tema de un área del derecho a otra. El artículo L111-1 del Código de Seguridad Social establece: *“l'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale”*. Por eso Beaudoux considera que la responsabilidad sanitaria por infecciones intrahospitalarias ha quedado en una zona gris entre el derecho civil y el derecho de seguridad social¹¹¹.

De los pilares de la responsabilidad civil, el de la estructura es el que menos ha variado en materia de responsabilidad sanitaria por infecciones intrahospitalarias. No podríamos decir que el hecho que el legitimado pasivo sea la clínica o el hospital y no el médico sea una real transformación. En efecto, al menos en el tema de las infecciones intrahospitalarias, el estado de la ciencia no permite por ahora determinar la causa exacta de por qué una infección intrahospitalaria atacó a un paciente y no a otro, cuando ambos pudieran haber sido operados en el mismo pabellón, por la misma dolencia y el mismo equipo médico. Hasta

ahora la legitimidad pasiva del hospital parece justificada, por cuanto el conocimiento de los principales agentes de estas infecciones se asocian más a prácticas de atención de pacientes e higiene del medio que a factores externos al establecimiento¹¹². Por tanto, se puede sostener que la estructura de la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias sigue siendo individual, es decir entre la víctima y el supuesto causante del daño.

6. CONCLUSIONES

Las clínicas y hospitales tienen a su cargo la prevención y control de las infecciones intrahospitalarias. Las normas y principios de la responsabilidad civil nos permiten señalar en qué circunstancias una víctima no está obligada a soportar jurídicamente el daño causado por una infección intrahospitalaria, debiendo trasladarse dicha obligación –en su equivalente compensatorio pecuniario– al establecimiento de salud.

La apreciación judicial del caso debe considerar la culpa como fundamento a la responsabilidad del establecimiento de salud. El daño no basta. Para las dificultades de prueba de la culpa la doctrina moderna ha reinterpretado las normas clásicas civiles de modo de alivianar la carga probatoria de la víctima. Pero en materia de infecciones intrahospitalarias quizás aún más dificultad que la prueba de la culpa será la de probar la relación causal entre la acción de salud y el daño, para lo que creemos es posible que la jurisprudencia reinterprete el artículo 2329 en beneficio de la víctima en ciertos casos evidentes.

El cumplimiento de la normativa legal, reglamentaria e interna de un hospital o clínica en lo referente a infecciones intrahospitalarias es un mínimo exigible a una institución cuestionada. No cumplir los estándares mínimos de prevención y cuidado en lo referente a las infecciones intrahospitalarias es un antecedente probatorio para establecer la responsabilidad de la institución vía culpa infraccional. Por otra parte, no tener normativa interna sobre esta materia podría ser también una base probatoria para establecer culpa por omisión.

En Chile, la doctrina y jurisprudencia avanzan hacia una nueva comprensión de la culpa, debilitando su noción clásica y objetivándola, pero sin llegar a establecer que la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias sea objetiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AJENJO, María Cristina (2006): "Infecciones intrahospitalarias: conceptos actuales de prevención y control", *Revista Chilena de Urología*, volumen 71/Nº 2, pp. 95-101
- ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*. t. 2 (Santiago, Ediar Editores Ltda.) 716 pp.
- ASUA, Clara I. (2006) "Responsabilidad civil médica" en *Tratado de responsabilidad civil* (L. Fernando Reglero Campos Coordinador, Navarra, Thompson Aranzadi) pp. 1153-1232.
- BARRIENTOS, Marcelo (2007): "Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato" en *Revista Chilena*

- de *Derecho*, volumen 34 N° 1, pp. 7-22.
- BARROS, Enrique (2005): "La culpa en la responsabilidad civil" en *Ensayos Jurídicos Universidad Alberto Hurtado*, N° 1, 23 pp.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.
- BEAUDOUX, Xavier (2006) Cour de Cassation- Séminaire Risques, Assurances, Responsabilité. Session 2006/2007 Les Limites de la réparation. Groupe de travail "*La Réparation du préjudice et l'équité*" rescatado con fecha 13 de mayo de 2008 en: <http://www.courdecassation.fr>.
- BERMÚDEZ, Jorge (2007) *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Santiago, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 285 pp.
- BIANCA, Cesare: "Supervivencia de la teoría de la culpa" (Trad. Alberto Bueres, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997) pp.137-142
- CASTELLETTA, Angelo (2004) *Responsabilité Médicale* (Paris, Dalloz) 520 pp.
- CORMIER, Christine (2002) *Le préjudice en droit administratif français*. (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) 502 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2002): *El daño Moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) t. II, 782 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): *Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente*. En: Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Obra colectiva, t. II, (LexisNexis, Santiago) pp. 817-838.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2003) Disponible en <http://www.books.google.cl/books?isbn=848406529>.
- DONELLY, Peter J. y DE PAUW, Ben E. (2006) Capítulo 306 "Principios generales de las infecciones en huéspedes inmunocomprometidos" en Sección B Infecciones en huéspedes especiales, *Enfermedades infecciosas: principios y práctica* [dirigida por Gerald L. Mandell, John E. Bennett, Raphael Dolin; traducción y producción editorial Diorki Servicios Integrales de Edición (Madrid, Elsevier) p. 3421- 3432.
- EDMOND, MICHAEL B. y WENZEL, RICHARD P. (2006) Capítulo 297 "Organización para el control de las infecciones" en Sección A Infecciones Nosocomiales, *Enfermedades infecciosas: principios y práctica* [dirigida por Gerald L. Mandell, John E. Bennett, Raphael Dolin; traducción y producción editorial Diorki Servicios Integrales de Edición (Madrid, Elsevier) 3323-3326.
- FACHAL NOGUER, Nuria (2007) en referencia en Internet a libro "*Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas*". Disponible en [www.http://vlex.com/vid/444452](http://vlex.com/vid/444452) [fecha consulta 7 de julio de 2008].
- FIAMMA, Gustavo (1989) "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pp. 429-440.
- HENDERSON, David K (2006) Capítulo 305 "Infecciones nosocomiales causadas por el virus del herpes" en Sección A Infecciones

- Nosocomiales, *Enfermedades infecciosas: principios y práctica* [dirigida por Gerald L. Mandell, John E. Bennett, Raphael Dolin; traducción y producción editorial Diorki Servicios Integrales de Edición (Madrid, Elsevier) 3409-3419.
- JASPER, Margaret (2008) *Hospital liability law* (New York, Oceana) 234 pp.
- JOURDAIN, Patrice (2001) "Infections nosocomiales: l'obligation de résultat et la preuve du lien de causalité " en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, (3), juill-sept, p. 596-598.
- LE TOURNEAU, Philippe (2007) "La responsabilidad médica en el derecho francés actual" en *Tratado de responsabilidad médica* (Colombia, Legis Editores, S.A.) 395- 455 pp.
- LE TOURNEAU, Philippe (2004) *La responsabilidad civil* (Colombia, Legis Editores, S.A.) 204 pp.
- LE TOURNEAU, Philippe (2004) *Droit de la responsabilité et des contrats* (Paris, Dalloz.) 1385 pp.
- LOBOS, Hernán (1980) En Prólogo de: SCHWARTZ, Jorge, *Infecciones Intrahospitalarias* (Santiago, s.n.) 86 pp.
- MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto (2003) "Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba, *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. XIV, Julio, pp. 175-186.
- MINISTERIO DE SALUD (1989) Normas de Procedimientos invasivos para la prevención y control de las infecciones intrahospitalarias y Manual de procedimientos. 89 pp.
- MINISTERIO DE SALUD (1993) Manual de prevención y control de las infecciones intrahospitalarias y normas del programa nacional de IHH 132 pp.
- MORAGA, Rubén (2005) Infecciones intrahospitalarias. Microbiología médica - enfermería, <http://www.unap.cl/csmar/microbmed/micromed20.pdf>.
- PROGRAMA I Congreso Panamericano y IV Congreso Chileno de Control de Infecciones Intrahospitalarias (1993).
- PYREK, Nelly M. (2008) "Zero tolerance for infections: a wining strategy", disponible en <http://www.infectioncontroltoday.com/> , copyrights 2008 by Virgo Publishing.
- PIZARRO, Carlos (2003): "La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno" *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp 181-205.
- PIZARRO, Carlos (2006): "La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley AUGE en perspectiva civil". *Estudios de Derecho Civil* Tomo II (Santiago, LexisNexis) 401-420 pp.
- SANHUEZA, Ricardo (2004): *Bases para una teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del estado administrador chileno*. Tesis para optar al grado académico de magíster en derecho público con mención en derecho constitucional. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 235.
- SCHOPF /GARCIA (2007): *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia* (Santiago, Lexis Ltda.) 661 pp.
- SEUBA, Joan Carles (2002): "Breve presentación de la ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario". Indret: *Revista para el análisis del derecho* N° 2, 2002.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1986): "La organización de la administración del

- Estado, un complejo de personas jurídicas". *Gaceta Jurídica* N° 73 pp. 16-23.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica) Tomo II, 480 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2006): "Falta de Servicio. ¿Régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de magia?)", *Gaceta jurídica* 317, pp. 18-29.
- SOUTHWICK, Arthur (1987) "Hospital liability: two theories have been merged" en *Hospital Liability* (Mary Bertolet editora, New York, Practising Law Institute) pp. 235-284.
- TAPIA, Mauricio (2003) "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales" en *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XV, diciembre 2003, pp 75-111.
- VIVANCO, Adolfo *et al.* (1989) *Infecciones Intrahospitalarias* (Santiago, Asociación Chilena de Seguridad) 102 pp.
- VÁSQUEZ, Andrés (1999) *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.) 316 pp.
- TÉLLEZ RICO (fecha consulta 7 de julio de 2008) disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/El%20regimen%20probatorio.pdf>.
- ZELAYA, Pedro (1997): "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. (Modernas Tendencias jurisprudenciales)", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 201-202, 3: pp.11-58

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA

CORTE SUPREMA

- Ruiz Ruiz, Hugo con Laboratorio Biológico S.A. y Laboratorio de Especialidades Bionuclear* (2001): Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, segunda parte, sección primera, 2001, p. 235-242. Número identificador Legal Publishing 22694.
- Oviedo Pérez, Agustín del Carmen y otros con Servicio de Salud de Talcahuano* (2002): Corte Suprema, 24 de enero de 2002, rol 3665-2000, en *Gaceta Jurídica* N° 259, 2002, p. 38-51. También Fallos del Mes N° 497, 2000, pp. 370-375. Número identificador LexisNexis 19288.
- Domic B., Maja con Fisco de Chile* (2002): Corte Suprema, 15 de mayo de 2002, RDJ, t. 99, sección 1a, pp. 95.
- Hernández Espinoza, Susana Cristina con Servicio de Salud de Concepción* (2003): Corte Suprema, 30 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 274, 2003, pp. 59-75.
- Muñoz Oliva, Patricia Loreto con Servicio de Salud de Talcahuano* (2003): Corte Suprema, 11 de agosto de 2003, rol 1175-2003. Número identificador LexisNexis 26953
- Causa criminal por cuasidelito de homicidio contra Wilson Agustín Pereira Ortiz* (2004): Corte Suprema, 2 de junio de 2004. En libro *La Responsabilidad Extracontractual en la Jurisprudencia*, Ficha N° 327, pp. 568-569. Número identificador Legal Publishing 30296.
- Belmar Núñez Carmen y otros con Servicio de Salud Talcahuano e Ilustre Municipalidad de Penco* (2006): Corte Suprema, 2 de abril de 2006, rol 5826-2005. Número identificador Legal Publishing N° 34192.

Carvajal Cabrera, María Eugenia y otros con Instituto de Seguridad del Trabajo (2006): Corte Suprema, 24 de julio de 2006, rol 608-2005. Número identificador Legal Publishing N° 35267.

Godoy Post, Jacob Eugenio y otros con Servicio de Salud de Valdivia (2006): Corte Suprema, 27 de septiembre 2006, causa rol 2764-2005, Número identificador Legal Publishing 35190.

Montecinos Peralta, Héctor con Hospital Clínico Pontificia Universidad Católica de Chile (2007): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2007, causa rol 1320-1997.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Aburto Guarda, Ernesto con Clínica Cordillera S.A. (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1997, rol 1010-96.

Avendaño Godoy, Nelly de las Mercedes con Clínica Portales y Sociedad Kohan Hermanos Limitada (2000): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2000 en Gaceta Jurídica N°238, año 2000, pp. 79-82.

Salas Salazar, Carmen del R. con Servicio de Salud Metropolitano Norte, Corte de Apelaciones de Santiago (2000): 26 de septiembre de 2000 en Gaceta Jurídica N° 243, 2000, pp. 83-85.

Pérez Contreras, Luis con Servicio de Salud Metropolitano, Corte de Apelaciones de Santiago (2006): 21 de abril de 2006, rol 4637-2003, en Gaceta Jurídica N° 310, 2006, pp. 79-82. Número identificador LexisNexis N° 34420.

Gutiérrez Vásquez, Claudio y otros con Venegas Vergara, Jorge y Servicio de Salud Metropolitano Occidente (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de julio de 2008, rol 23760-2005 Número identificador Legal Publishing N° 39429.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

Carrillo Fierro, Juan Carlos y otro con Mutual de Seguridad de Concepción (2002): Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, rol 951-2001, Gaceta Jurídica N° 268, año 2002, pp. 93-96

Hernández Espinoza, Susana Cristina con Servicio de Salud de Concepción (2003): Corte Suprema, 30 de abril de 2003, Gaceta Jurídica N° 274, 2003, pp. 59-75.

Peña Contreras, Gabriel con Servicio de Salud de Concepción (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de septiembre de 2007, rol 3530-2004, número indentificador LexisNexis 37335

Merino Sanfuentes, Patricia con Servicio de Salud de Talcahuano (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de agosto de 2008, rol 1107-2003, número indentificador Legal Publishing 39647.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

Inversiones Rochett Hermanos Limitada con Refinería de Petróleo Concón S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de enero de 2008, rol 3359-2006, número indentificador Legal Publishing 38291.

CORTE DE APELACIONES DE TALCA

Villalobos González, Olga con Servicio de Salud del Maule (2007) Corte de

Apelaciones de Talca, 2 de marzo de 2007, rol 65165-2004, número indentificador LexisNexis 35973.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ

Vallejo Choydeng, Héctor con Compañía Minera San Esteban (2008) Corte de Apelaciones de Copiapó, 5 de marzo de 2008, rol 557-2006 en Legal Publishing Nº 38400

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA

Pederson v. Dumouchel 605 So. 2d 1347 (La 1992).

Tonsic v. Wagner 220 Pa. Super. 468, 289 A. 2d 138 (1972).

Civ. 1^{re}, 29 juin 1999 en Revue Trimestrelle de droit civil 1999.841.

¹ Este artículo tiene su origen en un trabajo de investigación realizado para el curso de derecho civil del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, impartido por la profesora Carmen Domínguez Hidalgo.

² Abogada y Magíster en Ciencia Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctorada en Programa de Doctorado en Derecho de la misma universidad. Dirección postal: Facultad de Derecho, Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, tercer piso, comuna de Santiago, Chile. Correo electrónico: jtc@uc.cl.

³ En el ambiente médico conocidas también por la sigla IIH, a la que nos adherimos en partes de este trabajo.

⁴ www.redsalud.gov.cl/temas_salud/problemas/infecciones.html [fecha consulta 5 de julio de 2008].

⁵ AJENJO (2006) p. 95.

⁶ Hospitales y Clínicas deben someterse a la evaluación de ciertos estándares técnicos y acreditar el cumplimiento de específicas medidas de prevención y cuidado. El órgano público encargado es la Unidad de Infecciones Intrahospitalarias, dependiente del Departamento de Calidad en Salud de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud. Este es un programa nacional obligatorio para todos los hospitales y clínicas, sean del sector público o privado. www.redsalud.gov.cl.

⁷ LOBOS (1980) p. 7 en prólogo de libro "Infecciones intrahospitalarias" del Dr. Jorge Schwartz.

⁸ "Godoy Post, Jacob Eugenio y otros con Servicio de Salud de Valdivia" (2006) La Corte Suprema acoge la demanda de indemnización de perjuicios a favor de los demandantes. El Sr. Godoy funcionario de la unidad del Hospital Base de Valdivia trabajaba en la manipulación y lavado de ropa sucia proveniente de todos los servicios del Hospital. Se le pincha un dedo con un trocar de punción lumbar con jeringa que aún contenía líquido y que estaba en un bolsillo de un delantal enviado a lavandería. Ese día hubo dos punciones lumbares una a un paciente con leucemia y otra a un paciente con SIDA. El trabajador y su familia sufrieron durante un año y dos meses la evasividad de información certera del Hospital pese a que los resultados negativos del test estuvieron en su poder dos meses después del posible evento de contagio.

⁹ EDMOND/WENZEL (2006) p. 3323- 3326.

¹⁰ AJENJO (2006) p. 95.

¹¹ BARROS (2007) p. 692-693.

¹² Entre las bacterias el *staphylococcus aureus*, *escherichiacoli*, *enterobacter spp*, *klebsiella pneumoniae*, *staphylococcus coagulasa*, *pseudomonas aeruginosa*, *acinetobacter baumannii* y *proteus*. Entre los virus el respiratorio sincicial, el adenovirus y el enterovirus o rotavirus. Entre los hongos, el más conocido la *candida*.

¹³ VIVANCO (1989) p. 17 La microbiología médica que es una parte de la microbiología general y estudia aquellos microbios que tienen interés en medicina por el hecho de causar infecciones y enfermedades. Estos microorganismos –conocidos como MO entre los médicos– se denominan patógenos cuando producen infecciones y enfermedades.

¹⁴ AJENJO (2006) p. 95-96.

¹⁵ Las precauciones estándares son medidas que deben tomarse con todos los pacientes, en cualquier tipo de atención y en cualquier lugar donde se dé el cuidado de la salud de forma institucional. Combinan la higiene de manos y otras medidas preventivas frente a exposición de sangre y fluidos corporales.

¹⁶ AJENJO (2006) p. 97. Las precauciones específicas son medidas frente a pacientes

seleccionados “por estar infectados o colonizados por microorganismos epidemiológicamente importantes y están basadas en interrumpir las vías de transmisión de estos agentes” (...).

¹⁷ AJENJO (2006) p. 96 El lavado de manos tiene por objeto tener manos libres de microorganismos patógenos y seguras para la atención de los pacientes. El lavado tradicional se realiza con agua y jabón antiséptico durante 15 a 30 segundos. El uso de alcohol-gel solo sirve para reemplazar el lavado tradicional si las manos están visiblemente limpias y secas. El lavado quirúrgico se realiza durante 3 a 5 minutos.

¹⁸ Las enfermedades que requieren este manejo son la tuberculosis pulmonar, la infección por virus varicela-zoster, el sarampión, el síndrome respiratorio agudo severo (SARS) y la influenza aviar.

¹⁹ Hay muchas enfermedades virales que caen en esta categoría como, entre ellas, la influenza humana, la infección por *Neisseria meningitidis* y la *Bordetella pertussis*.

²⁰ Se aplica entre otras en enfermedades como el *Staphylococcus aureus* resistente al metililino y *Enterococcus* resistente a la vancomicina.

²¹ “Carvajal Cabrera, María Eugenia y otros con Instituto de Seguridad del Trabajo” (2006).

²² DONELLY /DE PAUW (2006) p. 3421 “Un buen estado general, un estado nutricional óptimo y una función orgánica normal, junto con los granulocitos y otros componentes del sistema inmunitario humoral y celular, aportan protección frente a microorganismos potencialmente patógenos”.

²³ Es lo que se entiende dicho por la Corte Suprema en un caso de infección intrahospitalaria: “el profesional médico actúa como un mero auxiliar del hospital o clínica privada y la responsabilidad que se está juzgando en el proceso es la del deudor, esto es, de este último y no la del médico, que es un tercero para los efectos de la relación contractual con el paciente” (Considerando vigésimo quinto) Montecinos Peralta, Héctor con Hospital Clínico Pontificia Universidad Católica de Chile (2007).

²⁴ AJENJO (2006) p. 95.

²⁵ MINISTERIO DE SALUD (1993) p. I.

²⁶ AJENJO (2006) p. 95.

²⁷ EDMOND/WENZEL (2000) p. 2988.

²⁸ PYREK (2008) disponible en <http://www.infectioncontrolday.com/> [fecha consulta 29 de mayo de 2009] “(...) we have seen is that much higher proportion of infectious is preventable, whether we are talking about surgical site infections, ventilator-associated pneumonia (VAP), central line-associated bloodstream infections, or even methicillin-resistant *Staphylococcus aureus* (MRSA) infections. Interventions have prevented well over 50 percent and in some cases even 80 percent and 90 percent of infections, so now if we can get clinicians to implement the evidence-based recommendations that we know work, we will be very successful at preventing many infections”..

²⁹ PYREK (2008) disponible en <http://www.infectioncontrolday.com/> [fecha consulta 29 de mayo de 2009] “In many U.S. hospitals, infection control programs are not well supported by administrators because they are not revenue-generating departments. Imagine a CEO at a hospital; two people from his facility offer him an option for the future; the first is the facility ICP. She says; We can prevent many of these infections but we need more personnel. I'd like to hire one or two additional infection control personnel. 'She is probably talking about less than \$150,000 a year in salary costs, and you can prevent five infections. The next person who comes in is the chief of cardiovascular surgery who says, 'I'd like to build a new operating room because I can do two to three coronary artery bypass procedures at \$200,000 to \$500,000 a pop. 'For the CEO, the decision is kind of a 'duh!' as to which decision he is going to make –he is always going to build the operating room”.

³⁰ SANHUEZA (2005) p. 32.

³¹ Ley N° 19.966, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 3 de septiembre de 2004 que establece un Régimen de Garantías en Salud.

³² SANHUEZA (2005) p. 28-46 Esta inclusión sobre los avances de la ciencia incorporada en la Ley 19.966 es similar a la modificación legal que se efectuó en 1999 en España a la normativa que disponía qué lesiones eran indemnizables por el Estado. El artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, actualmente vigente en España, señala: “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las

prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos". Según Sanhueza lo que hace esta normativa es restringir la responsabilidad objetiva del Estado en España de modo que en estos casos fortuitos no procederá la indemnización del Estado. Se discute incluso si la descripción de esta hipótesis legal es un caso fortuito, pregunta que también es acertada entre nosotros.

³³ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000) p. 527 Como advierte la autora "*lo importante es que la reparación de los daños morales se encuentra condicionada a la interpretación que se haga de lo previsible*".

³⁴ "*Montecinos Peralta, Héctor con Hospital Clínico Pontificia Universidad Católica de Chile*" (2007). En el mismo sentido que una infección no es un caso fortuito sino que se trata de un evento previsible y evitable "*Muñoz Oliva, Patricia Loreto con Servicio de Salud de Talcahuano*" (2003).

³⁵ BARRIENTOS (2007) p. 19.

³⁶ "*Gutiérrez Vásquez, Claudio y otros con Venegas Vergara, Jorge y Servicio de Salud Metropolitano Occidente*" (2008) La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la demanda pues el facultativo procedió conforme a los dictados de su ciencia (*lex artis*). La fallecida antes del evento supuestamente negligente era una paciente con dolencias muy graves, cáncer al útero irradiado, tejidos en mal estado, fístulas en sus vísceras huecas con filtración de materia fecal hacia la orina y vejiga, siendo la infección el enemigo más poderosos de este tipo de pacientes que al final fallecen de infecciones generalizadas.

³⁷ www.redsalud.gov.cl/temas_salud/problemas/infecciones.html [fecha consulta 27 de mayo de 2009].

³⁸ <http://www.sociedad-iih.cl/index-3.html> [fecha consulta 27 de mayo de 2009].

³⁹ El Decreto Ley N° 2.763, de 1979, reorganizó el Ministerio de Salud y creó, entre otras dependencias, a los Servicios de Salud. Estos servicios son organismos estatales funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, y su objeto es cumplir las acciones de salud que se le encomienden. A su vez, el Decreto N° 42, de 1986, del Ministerio de Salud describe a los hospitales como aquellos establecimientos dependientes de los Servicios de Salud, destinados a realizar todas o algunas actividades de recuperación, fomento y protección de la salud y de rehabilitación de personas enfermas, mediante atención de pacientes referidos y de emergencia.

⁴⁰ La normativa aplicable se refiere a los siguientes temas: la racionalización del uso de antimicrobianos, el uso de catéteres, la esterilización y desinfección de instrumentos, la vigilancia, prevención y control de infecciones intrahospitalarias por enterococos resistentes a vancomicina, recomendaciones para manejo de *Acinetobacter Calcoaeticus* Subespecie *Antitratatus*, el uso de la jeringa, el manejo de pacientes con *adenovirus*, el aislamiento de pacientes, las instrucciones sobre precauciones en el manejo de sangre y fluidos, las prohibiciones sobre la esterilización de instrumentos por ciertos mecanismos, manejo y prevención de transmisión de infecciones respiratorias virales, manejo de brotes de infecciones gastrointestinales y la prohibición de re-uso de material desechable re-esterilizado. [Fecha consulta 5 de julio de 2008]. Todas ellas disponibles en www.redsalud.gov.cl/temas_salud/problemas/infecciones.html.

⁴¹ Decreto 161 de Ministerio de Salud, 1982, publicado en el *Diario Oficial* el 19 de noviembre de 1982.

⁴² PIZARRO (2006) p. 402.

⁴³ Una línea de la doctrina de derecho público sostiene que la responsabilidad de los servicios de salud se funda en la Constitución y la denominada Ley de Bases y que ella es directa, pública y objetiva. En este sentido opinan Soto Kloss (1986), (1996) y (2006), Vásquez Rogat (1999) y Fiamma (1989), entre otros.

⁴⁴ "*Salas Salazar, Carmen del R. con Servicio de Salud Metropolitano Norte*" (2000). Otro caso fallado en base a normas constitucionales y administrativas es "*Hernández Espinoza, Susana Cristina con Servicio de Salud de Concepción*" (2003).

⁴⁵ "*Peña Contreras, Gabriel con Servicio de Salud de Concepción*" (2007).

⁴⁶ "*Oviedo Pérez, Agustín del Carmen y otros con Servicio de Salud de Talcahuano*" (2002).

⁴⁷ "*Avendaño Godoy, Nelly de las Mercedes con Clínica Portales y Sociedad Kohan Hermanos Limitada*" (2000) También en "*Carrillo Fierro, Juan Carlos y otro con Mutua de Seguridad de Concepción*" (2002).

⁴⁸ "*Ruiz Ruiz, Hugo con Laboratorio Biológico S.A. y Laboratorio de Especialidades Bionuclear*" (2001).

⁴⁹ BARROS (2006) p. 482-483.

⁵⁰ BARROS (2006) p. 689.

⁵¹ "*La responsabilidad subjetiva, la responsabilidad a base de culpa, que es la de nuestro*

Código Civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad" ALESSANDRI, 1983, p.93. *"Ninguna duda cabe, ni en Chile ni en los demás sistemas jurídicos, que a la pregunta de ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad civil en sistemas jurídicos de codificación decimonónica? Debe responderse que la culpa, o en su caso el dolo, esto es, un comportamiento subjetivo determinado del ofensor"*. DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005) p. 819. *"La responsabilidad por culpa o negligencia es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad"*. BARROS (2006) p. 27.

⁵² *"Domic B., Maja con Fisco de Chile"*(2002).

⁵³ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005) p. 822-824.

⁵⁴ En este mismo sentido ya no sorprenden los fallos de nuestros tribunales de justicia citando a autores extranjeros como Le Tourneau o Díez-Picazo, entre otros. A modo de ejemplo ver *"Merino Sanfuentes, Patricia con Servicio de Salud de Talcahuano"* (2008).

⁵⁵ TAPIA (2003) p. 87.

⁵⁶ En España se aprecian criterios doctrinarios y jurisprudenciales que establecen nuevas nociones de culpa. Diversas teorías morigeran el rigor probatorio que debe enfrentar el paciente para probar la culpa médica o sanitaria. La regla general difiere según se trate de la responsabilidad del médico o la del establecimiento de salud. Al profesional sanitario se le exige proporcionar los cuidados que requiera el paciente según el estado de la ciencia, por lo que queda descartada una responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión carga de la prueba en su caso, la que queda de cargo del paciente. Esta regla general tiene sus excepciones: i) en caso de una cirugía estética cuando el médico comprometió un resultado al paciente, ii) si el daño del paciente es desproporcionado a la acción médica o iii) si la obtención de pruebas ha sido intervenida por el médico. DOMÍNGUEZ LUELMO (2003) disponible en www.books.google.cl/books?isbn=848406529 y FACHAL (2007) disponible en [www.http://vlex.com/444452](http://vlex.com/444452) [fecha consulta 7 de julio de 2008]. En cuanto a la responsabilidad sanitaria del establecimiento se aplica en España la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y es diametralmente opuesto al criterio protector del médico. En efecto, el criterio del Tribunal Supremo en el caso de una infección adquirida en el establecimiento sanitario reúne los requisitos determinantes para establecer la responsabilidad objetiva del establecimiento a la luz de lo señalado en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, *"donde únicamente es preciso demostrar la relación de causalidad entre el acto sanitario y el hecho dañoso"*. TELLEZRICO en

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/EI%20regimen%probatorio.pdf>. [fecha consulta 7 de julio de 2008].

⁵⁷ BARROS (2005) p. 5 y ss.

⁵⁸ BARROS (2005) p. 14.

⁵⁹ BARROS (2005) p. 12.

⁶⁰ *"Godoy Post, J. Eugenio y otros con Servicio de Salud de Valdivia"* (2006).

⁶¹ 605 So. 2d 1347 (La 1992).

⁶² SOUTHWICK (1987) p. 258.

⁶³ JASPER (2008) P. 62 *"Another method of proving that a health care provider deviated from the applicable standards of care would be to examine hospital regulations, policies, bylaws, standards, health and hospital codes, state statutes and regulations, etc., to determine whether the health care provider complied with those standards of care"*.

⁶⁴ 220 Pa. Super. 468, 289 A. 2d 138 (1972).

⁶⁵ ZELAYA (1997) p. 38.

⁶⁶ TAPIA (2003) p. 86.

⁶⁷ *"Aburto Guarda, Ernesto con Clínica Cordillera S.A."* (1997).

⁶⁸ *"Oviedo Pérez, Agustín del Carmen y otros con Servicio de Salud de Talcahuano"* (2002) *"... para condenar civilmente al Hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue causa del daño"* (Considerando sexto).

⁶⁹ LE TOURNEAU (2004) p. 410.

⁷⁰ Causa criminal por cuasidelito de homicidio *contra Wilson Agustín Pereira Ortiz* (2002).

⁷¹ *"Oviedo Pérez, Agustín del Carmen y otros con Servicio de Salud de Talcahuano"* (2002).

⁷² PIZARRO (2003) p. 198.

⁷³ CÁRDENAS (2007) p. 816.

⁷⁴ En todo caso, importantes autores consideran que se trata de una reiteración de lo dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil, fundamento de la responsabilidad subjetiva extracontractual.

⁷⁵ Similares complejidades se encuentran en la prueba del daño ambiental. Mayor coincidencia aún en cuanto una infección intrahospitalaria es de por sí una contaminación. Ver "*Vallejo Choydeng, Héctor con Compañía Minera San Esteban*" (2008) El artículo 52 de la Ley 19.300 señala : "Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido".

⁷⁶ "*Barros Martín, María Susana con Viviendas Económicas Barrio Alto S.A.*" (2000).

⁷⁷ "*Lira Montes, Jorge Luis y otros con Schell Chile Sociedad Anónima Comercial e Industria*"(2008).

⁷⁸ ALESSANDRI (1983) p. 292-305.

⁷⁹ Ver "*Inversiones Rochett Hermanos Limitada con Refinería de Petróleo Concón S.A.*" (2008).

⁸⁰ Nos referimos a casos donde la evidencia es contundente. Pacientes transfundidos con sangre incompatible, útiles o enseres quirúrgicos dejados en su interior, operaciones a órganos equivocados o por equivocación de pacientes, sobredosis de medicamentos estando hospitalizados, etc.

⁸¹ DONNELLY/DE PAUW (2006) p. 3421.

⁸² HENDERSON (2006) p. 3409 Es por ejemplo el caso de los virus Herpes. "Existen 8 virus herpes que suelen infectar a los humanos (...). Se deben destacar dos propiedades compartidas por los miembros de esta familia de virus: 1) todos ellos pueden, tras causar la infección primaria, persistir en estado latente dentro del cuerpo y posteriormente producir una recidiva o reactivación y 2) resulta difícil distinguir dicha recidiva de la primoinfección, lo que dificulta el diagnóstico de las infecciones *nosocomiales* verdaderas".

⁸³ "*Merino Sanfuentes, Patricia con Servicio de Salud de Talcahuano*" (2008) En este caso se usó el criterio *prima facie* en el raciocinio, pero no se dio lugar a la demanda pues no se probó que el resultado –aunque desastroso– fuera debido a la cirugía reductora mamaria bilateral. La paciente tenía una condición personalísima a producir cicatrizaciones queloides y, además, ella no concurrió a las curaciones posteriores a la intervención al centro hospitalario, de modo que no se probó la causalidad del daño con la supuesta intervención quirúrgica negligente.

⁸⁴ *Oviedo Pérez, Agustín del Carmen y otros con Servicio de Salud de Talcahuano* (2002).

⁸⁵ *Muñoz Oliva, Patricia Loreto con Servicio de Salud de Talcahuano* (2003).

⁸⁶ *Hernández Espinoza, Susana Cristina con Servicio de Salud de Concepción* (2003).

⁸⁷ 605 So. 2d 1347 (La 1992).

⁸⁸ "*Belmar Núñez, Carmen y otros con Servicio de Salud Talcahuano e Ilustre Municipalidad de Penco*" (2006) La Corte Suprema confirmó lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción en el sentido que no se estimó acreditada la relación causal entre las acciones de salud y el daño. El no haber retirado un dispositivo intrauterino en su último parto (implantado en el Consultorio Municipal de Penco) ni en la esterilización a la que fue sometida más tarde no se probó que fuera la causa de los agudos trastornos abdominales que sufría la actora, pues dichos daños pudieron ser causados por diversas patologías.

⁸⁹ JASPER (2008) P. 62.

⁹⁰ SOTO KLOSS y quienes siguen sus postulados de responsabilidad objetiva.

⁹¹ VÁSQUEZ (1999) p. 44.

⁹² SOTO KLOSS (1986) pp. 16-23.

⁹³ SOTO KLOSS (1996) p. 293-308.

⁹⁴ PIZARRO (2006) p. 402.

⁹⁵ FIAMMA (1989) p. 429 y ss.

⁹⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece un régimen jurídico y procedimiento común a la administración pública.

⁹⁷ ASUA (2006) p. 1153 y ss.

⁹⁸ SOUTHWICK (1987) p. 253.

⁹⁹ 83 III. 2d 277, 415 N.E. 2d.350 (1980).

¹⁰⁰ CASTELLETTA (2004) p. 278.

¹⁰¹ Artículo L 1142-1 I del Código de Salud Pública francés: “ *Hors le cas ou leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés dans la quatrième partie de présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.*

“ Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère”.

¹⁰² Civ. 1^{re}, 29 juin 1999, RTD civ.1999.841.

¹⁰³ LE TOURNEAU (2007) p. 454.

¹⁰⁴ JOURDAIN (2001) p. 596-598.

¹⁰⁵ CORMIER (2002) p. 343.

¹⁰⁶ Los siguientes daños por infecciones intrahospitalarias, dan derecho a ser indemnizados a *título de solidaridad nacional*: incapacidad parcial permanente igual o superior al 25%, incapacidad temporal para trabajar de al menos 6 meses consecutivos o de 6 meses no consecutivos en un período de 12 meses, la muerte, a título excepcional, una incapacidad para ejercer la actividad profesional que practicaba el paciente antes de sobrevenirle la infección intrahospitalaria y a título excepcional los trastornos particularmente graves en las condiciones de subsistencia (incluyendo los de orden económico).

¹⁰⁷ CASTELLETTA (2004) p. 279 y artículo L1142-1 II del Código de Salud Pública francés.

¹⁰⁸ “*Les contrats d'assurance souscrits en application du premier alinéa peuvent prévoir des plafonds de garantie. Les conditions dans lesquelles le montant de la garantie peut être plafonné par les professionnels de santé exerçant a titre libéral sont fixées par décret en Conseil d'Etat*” (art. L1142-2 inciso tercero).

¹⁰⁹ BEAUDOUX (2006) p. 3.

¹¹⁰ MATHEUS LÓPEZ (2003) p. 175-186.

¹¹¹ BEAUDOUX (2006) p. 3.

¹¹² MINISTERIO DE SALUD (1993) p. 8.