



Premio “Tribunal Constitucional” 2015

MENCIÓN HONROSA - 2^{do} LUGAR

ANÁLISIS SISTEMÁTICO
DE LA LEY N° 20.584 QUE REGULA
LOS DERECHOS Y DEBERES QUE
TIENEN LAS PERSONAS EN RELACIÓN
CON ACCIONES VINCULADAS
A SU ATENCIÓN EN SALUD
CONSTANZA ANDREA RITA IBARRA FUENTES

Premio “Tribunal Constitucional” 2015



Premio “Tribunal Constitucional” 2015

MENCIÓN HONROSA - 2^{DO} LUGAR

ANÁLISIS SISTEMÁTICO
DE LA LEY N° 20.584 QUE REGULA LOS
DERECHOS Y DEBERES QUE TIENEN
LAS PERSONAS EN RELACIÓN
CON ACCIONES VINCULADAS
A SU ATENCIÓN EN SALUD

CONSTANZA ANDREA RITA IBARRA FUENTES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03
Apoquindo N° 4.700, Las Condes, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl
www.tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 260.331
Derechos Reservados
Diciembre de 2015

Director de Publicaciones
Cristián García Mechsner

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas Ltda.

ÍNDICE

SIGLAS	9
--------------	---

CAPÍTULO I DERECHO Y SALUD

1. HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA SALUD EN CHILE.....	11
A. Inicios	11
B. Siglo XIX.....	12
C. Siglo XX	17
2. PRIMERA GRAN REFORMA EN SALUD	24
3. DESCENTRALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN.....	27
4. EL SISTEMA DE SALUD POST REFORMA.....	31
5. ÓRGANOS Y FUNCIONES DEL SISTEMA DE SALUD CHILENO.....	34
6. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN SALUD.....	38

CAPÍTULO II EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITU- CIÓN POLÍTICA DE CHILE

7. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LA SALUD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	41
A. Textos Constitucionales de 1818, 1823 y 1828.....	41
B. Constitución Política de 1833.....	42
C. Constitución Política de 1925.....	42
D. Constitución de 1980	43
8. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD CONSAGRADO EN LA CPR DE 1980 Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE.....	44

A.	Consagración en la CPR.....	44
B.	Otras disposiciones Constitucionales relevantes.....	45
C.	Consagración en Tratados Internacionales ratificados por Chile.....	45
9.	ANÁLISIS DE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....	47
10.	EL PAPEL DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD	49
A.	Protección libre e igual acceso a las acciones de salud	49
B.	Coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.....	50
C.	Garantizar la ejecución de las acciones de salud	51
D.	Derecho a elegir el sistema de salud.....	53
E.	La garantía del derecho a la protección de la salud.....	54
11.	LA REFORMA A LA SALUD.....	56
A.	Qué se entiende por Reforma a la Salud.....	56
B.	Objetivos y estrategias de la Reforma.....	57
C.	Breve análisis de las leyes que componen la reforma	59
12.	LA LEY 20.584.....	60
A.	El proyecto de Ley de 2001	60
B.	Proyecto de ley de 2006	64
C.	Antecedentes legales del proyecto de 2006	65
D.	Principios inspiradores de la ley	66
E.	Disposiciones que se modifican o relacionan con el proyecto.....	70
F.	Objeto de la ley.....	73
G.	Estructura.....	74
H.	Ámbito de aplicación.....	74
I.	Reglamentos	80
J.	Entrada en vigencia.....	85
K.	Derechos y Deberes de las Personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, establecidos en la Ley N° 20.584.....	86

CAPÍTULO III

DEL DERECHO DEL PACIENTE A RECIBIR INFORMACIÓN

13.	LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS EN SALUD	89
14.	EL DEBER DE INFORMAR.....	90
A.	¿Qué información debe suministrarse?	90
B.	¿Quién debe informar?	93

C. Requisitos de la información.....	95
D. ¿A quién debe entregarse la información?	97
E. ¿Cómo debe entregarse la información?	98
F. ¿Cómo se establece el estándar de cuidado que se exige al profesional de la salud?	104
G. Prueba del deber de informar	107
15. AUSENCIA DEL DEBER DE INFORMAR.....	111
A. Autorizado por ley.....	111
B. Derecho a no ser informado	112
C. Privilegio terapéutico	115

CAPÍTULO IV DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

16. CONCEPTO	117
17. FUNDAMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	120
18. REGULACIÓN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	121
19. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO.....	125
A. Contenido libre y voluntario.....	126
B. Información suficiente	126
C. Capacidad para otorgar el consentimiento.....	126
20. FORMAS DE MATERIALIZACIÓN: POR ESCRITO O VERBALMENTE, FORMULARIOS	171
21. MOMENTO EN QUE DEBE VERIFICARSE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DENTRO DEL ACTO MÉDICO.....	176
22. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO.....	178
A. Autorizada por ley.....	178
B. Ausencia de consentimiento por voluntad de la persona: rechazo de un tratamiento	182
C. Límites al rechazo: aceleración artificial de la muerte, realización de prácticas eutanásicas, auxilio al suicidio.....	183
23. DEL ESTADO DE SALUD TERMINAL Y LA VOLUNTAD MANIFESTADA PREVIAMENTE.....	189
24. EL TESTAMENTO VITAL.....	204
24. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONTRAVENCIÓN A LA LEX ARTIS O CULPA INFRACCIONAL.....	209
CONCLUSIONES	215
BIBLIOGRAFÍA.....	221

SIGLAS

Art.:	Artículo
Arts.:	Artículos
AUGE:	Acceso Universal de Garantías Explícitas
CA:	Corte de Apelaciones
CDN:	Convención de los Derechos del Niño
CENC:	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.
CI:	Consentimiento Informado
CPR:	Constitución Política de la República
CS:	Corte Suprema
DFL:	Decreto con Fuerza de ley
DL:	Decreto ley
Dr.:	Doctor
Dra.:	Doctora
Ed.:	Edición a veces editor, ediciones o editorial
FONASA:	Fondo Nacional de Salud
HL 20.584:	Historia de la ley N° 20.584
Ibíd.:	Ibídem
Inc.:	Inciso
INSALUD:	Instituto Nacional de la Salud
ISAPRES:	Instituciones de Salud Previsional
N°:	número
OMS:	Organización Mundial de la Salud
op. cit.:	obra citada
p.:	Página

pp.	Páginas
Sent.:	Sentencia
SERVIU:	Servicio de vivienda y Urbanismo
SIDA:	Síndrome de inmunodeficiencia adquirido
ss.:	siguientes
STS:	Sentencias del Tribunal Supremo Español
TC:	Tribunal Constitucional
TEC:	Traumatismo encéfalo craneano
TSE:	Tribunal Supremo Español
VIH:	Virus de Inmunodeficiencia humana
Vol.:	Volumen

CAPÍTULO I

DERECHO Y SALUD

1. HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA SALUD EN CHILE

A. INICIOS

Cuenta don Francisco Encina en su libro “La Historia de Chile” que en la década de 1540 se produce un incidente, entre el Cabildo y una botica que funcionaba en la capital, en relación a la calidad de los productos que vendía y los precios que cobraba. El alcalde, frente a esta situación, estableció normas de calidad de los productos y fijó un precio máximo para ellos. Existe ya en esos años la actividad privada en salud y la autoridad administrativa asume como rol, el de normar y controlar.

En 1552, don Pedro de Valdivia, siguiendo las ordenanzas del Código de Indias, funda el primer hospital en el país. El hospital San Juan de Dios fue administrado primero, por los frailes de la Orden Franciscana y luego, por los hermanos hospitalarios de la Orden de San Juan de Dios. Tanto la administración de este hospital, como su financiamiento, están a cargo del sector privado.

El rol del Gobierno a partir de 1650, se desarrolla en estrecho consorcio con el sector privado, dándole forma a su actividad. El Cabildo interviene frente a excesivos honorarios cobrados por los médicos. El Estado asume un rol subsidiario, siendo su principal preocupación, los menes-

terosos y su papel como ente controlador. El sector privado participa en calidad de administrador y de prestador independiente o funcionario¹.

La caridad cristiana es uno de los pilares fundamentales de la salud pública en la sociedad chilena, inclusive hasta llegadas las primeras décadas del siglo XX. La infraestructura y la atención a quienes no podían costearse los servicios de un médico privado, estuvieron estrechamente ligadas a organizaciones caritativas, en especial de la Iglesia Católica. Los católicos sentían el deber moral de ayudar al prójimo en desgracia, lo cual se expresaba en donaciones por medio de las cuales se financiaban los establecimientos hospitalarios, donde también se recibían a huérfanos, ancianos e inválidos. Una Junta de Beneficencia, en que participaban varias órdenes religiosas, administraba las donaciones y legados que éstas recibían de las personas, y los aportes de la Hacienda Pública, para dedicarlas a la atención de los menesterosos. En este sentido, legados y donaciones de tierras, dinero y edificios eran la base financiera de los hospitales tradicionales e históricos de Chile como el San Juan de Dios y el San Borja².

B. SIGLO XIX

A partir de 1810, se van incorporando principios higiénicos que revelan la preocupación de los legisladores por la salud de los habitantes³. Durante el primer período del siglo XIX, la política sanitaria se reduce a dirigir campañas contra las enfermedades que atacan a la población en general, como la viruela, sífilis y cólera. Se establecen hospitales en los que se aísla a la masa pasiva y se pone énfasis en las normas higiénicas. Sin embargo, todas estas medidas se contienen en leyes y reglamentos, de manera aislada y, no obedecen a un programa organizado⁴.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, podemos observar los primeros intentos del Estado de intervenir en los problemas de salud pública. La caridad fue perdiendo y dio paso a una nueva visión de la salud pública, que se expresaba en la acción del Estado Benefactor y la Asistencia Social. La alta mortalidad nacional forzó la transformación de

¹ QUESNEY, FRANCISCO, *El sector privado en salud*, en “La salud en el siglo XXI: cambios necesarios”, Editor Juan Giaconi G., Centro de Estudios Públicos, Chile, 1995, pp. 153-154.

² La Salud Pública en Chile [en línea] <http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=lasaludpublicaenchile> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2012].

³ PEILLARD, ENRIQUETA, *Salud pública en la legislación sanitaria*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1961, p. 11.

⁴ Un ejemplo de estas medidas es el Reglamento de Abastos de 1824 que se preocupa de la vigilancia de las mezclas de las harinas destinadas a pan, controlando que su calidad no vaya en perjuicio de la salud. También se preocupa de los pescados en descomposición.

un régimen caritativo e individual de salud a un régimen público y colectivo, donde el Estado se hizo progresivamente cargo de los problemas de enfermedad y muerte.

La urbanización e industrialización del mundo europeo a partir del siglo XVIII implicó la creación de las condiciones ambientales necesarias para la rápida propagación de enfermedades, pestes y epidemias. En Chile, los problemas asociados a los procesos de urbanización y a las condiciones insalubres de los ranchos y de las habitaciones populares, surgidas en los márgenes de las ciudades, emergieron con mayor fuerza a mediados del siglo XIX. El deplorable estado sanitario de las ciudades chilenas, incentivó a la rápida e implacable propagación de las enfermedades, las epidemias y la mortalidad, fenómeno que pronto llamó la atención de médicos e intelectuales⁵. Los esfuerzos del Estado se encaminaron a la formación de profesionales en el ámbito de la medicina, y a la construcción de un sistema de salud pública basado en hospitales. Con el tiempo se hizo notorio que resultaba más efectivo atacar las causas de las enfermedades que sanar sus consecuencias, por lo tanto, se hizo evidente la necesidad de invertir en obras de saneamiento urbano e higiene pública que, hasta mediados del siglo XX, eran deplorables⁶. Se aspiró a estructurar una administración sanitaria de las ciudades, que incluyese el aseo de calles y avenidas, la relocalización de los mataderos, la construcción de habitaciones populares salubres, el abastecimiento de agua potable, la dotación de alcantarillado y la enseñanza de la higiene a la población. En 1872, se dictó un decreto que hizo obligatoria la enseñanza de la higiene en los colegios fiscales, pues para muchos médicos, la principal causa de las enfermedades fue la ignorancia, especialmente de las clases populares.

Con la aparición de los grandes brotes de viruela y de cólera del año 1880, nacen las Juntas de Vacunación. En 1886, se dictó la Ley de Policía Sanitaria, con el objeto de adoptar medidas para combatir la epidemia del cólera. En uso de las atribuciones que le concedía el artículo 8 de esta ley, don José Manuel Balmaceda dictó en 10 de enero de 1887, la Ordenanza General de Salubridad, por medio de la cual se estableció una Junta General de Salubridad, destinada a asesorar al gobierno en materias de salud y a estudiar los medios adecuados para precaver las epidemias, y una Junta Departamental, encargada de ejercitar las medidas regionales que la atención de epidemias exigieren. En esta Ordenan-

⁵ Higiene y salud pública en Chile (1870-1910) [en línea] <http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=epidemias,enfermedadesymortalidad> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2012].

⁶ La Salud Pública en Chile, op. cit..

za, se contenían disposiciones sobre aseo en las calles, negocios y casas habitaciones, profilaxis y denuncia de enfermos contagiosos.

En esta misma línea, en 1887, durante la epidemia del cólera, se dictó la Ley de Vacuna Obligatoria. Durante esa época, fueron los Médicos de Ciudad los encargados de arbitrar las medidas profilácticas en los Servicios Sanitarios y, en general, de todas las actividades que tuvieran relación con la higiene del territorio. Estos médicos eran nombrados por el Presidente de la República y debían, por mandato legal, proporcionar la información que les solicitara el Consejo Superior de Higiene.

En 1892, el Presidente Balmaceda promulga la Ley de Higiene Pública, por medio de la cual se crea el Consejo Superior de Higiene y el Instituto de Higiene. El Consejo Superior de Higiene, antes llamado Junta General de Salubridad, luego se transformaría en la Dirección General de Sanidad⁷. Fue el primer organismo con carácter de consultivo; debía asesorar a las autoridades sobre todo lo que dijera relación con la salubridad pública, por ejemplo, aconsejando la dictación de leyes para dotar de alcantarillado. Su función básica era estudiar e indicar a las autoridades respectivas, todas las medidas de higiene. Además, debía estudiar lo relacionado con el control de alimentos y velar por el cumplimiento de los reglamentos.

El Instituto de Higiene trabajaba paralelamente con el Consejo Superior de Higiene y prestó gran utilidad al país, pues realizó investigaciones importantes para la lucha contra a las epidemias. Entre sus atribuciones estaba hacer estudios científicos de Higiene pública y privada que se le encomendaran; practicar análisis químicos, bacteriológicos y microscópicos de sustancias y; coordinar los datos que se enviaban a las autoridades provinciales para elaborar estadísticas médicas y demográficas. A partir de 1924, con la creación de la Dirección General de Sanidad, desapareció este organismo y sus funciones fueron realizadas por este nuevo servicio⁸.

Durante el siglo XIX, las Municipalidades fueron los entes encargados de aplicar los principios sanitarios⁹. Las leyes de Municipalidades de 1854 y 1887, disponen que a éstas les corresponde proveer la salubridad

⁷ RODRIGUEZ, FERNANDO, *Estructura y características del sector salud en Chile*, en “Salud Pública y Bienestar Social”, editado por M. Livingstone y D. Rackynzki, CEPLAN, Chile, 1976, pp. 65-66.

⁸ PEILLARD, *op. cit.*, pp.14-16.

⁹ La CPR de 1833, en su artículo 128 señala: Corresponde a las Municipalidades en su territorio:

1° Cuidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato i recreo.

4° Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de espósitos, cárceles, casas de corrección i demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.

a las poblaciones y ciudades, protegiéndolas contra causas ordinarias y comunes de infección y prescribiendo reglas de policía sanitaria cuando circunstancias o acontecimientos extraordinarios lo exigieren. Se les encarga, además, la provisión de abastos, consultando ante todo la salubridad y prescribiendo la venta de alimentos y bebidas adulterados o dañosos.

En la ley de 1887 se les encomienda a las Municipalidades atender, con sus fondos, a las necesidades de salubridad, y se les conceden atribuciones para contratar empréstitos para obras de salubridad.

La Ley de Municipalidades de 1891, llamada Ley de Comuna Autónoma, amplió su esfera de acción en lo relativo a la salud pública, estableciendo que “como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, corresponde a las Municipalidades conocer de todo cuanto se refiere a la higiene pública y estado sanitario de las localidades”. Luego, la ley procedía a enumerar una serie de obligaciones, siendo las más importantes: higiene de la vía pública, saneamiento de las poblaciones, control de alimentos, baños públicos, dotación de agua potable, vacunación de la población y desinfección de las habitaciones. Igualmente, en el orden sanitario, era de su competencia la reglamentación de todas las ramas de la higiene pública¹⁰.

El problema de esta ley era que implicaba montar una enorme y costosa organización local, pues les entregaba a los organismos comunales una serie de controles, como por ejemplo, la policía. Con esta legislación, los alcaldes podían requerir, de la autoridad correspondiente, el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las ordenanzas municipales, e impartir órdenes directas en el desempeño de sus funciones¹¹. Esta ley, a pesar de sus ideas positivas, sólo llegó a ser un enunciado de buenos propósitos, pues para realizar su tarea se requería de fondos que no fueron nunca entregados.

La Ley N° 983, promulgada con fecha 12 de enero de 1898, autoriza los fondos para la contratación de especialistas para la confección de los planos y presupuestos definitivos, para la creación del alcantarillado y el ensanche del servicio de agua potable en la ciudad de Santiago.

A fines de 1898, se creó un nuevo servicio llamado Inspección Sanitaria. Para cumplir con los fines de este nuevo organismo, se crearon dos plazas de Inspectores Sanitarios, que eran médicos nombrados por el

¹⁰ PEILLARD, *op. cit.*, pp. 16-19.

¹¹ AMIGO, FRANCISCA, *et. al.*, *La tutela del derecho Constitucional a la protección de la salud a partir de la dictación de la ley 19.966 que establece un régimen general de garantías en salud (Plan AUGE)*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 43.

Presidente de la República, a propuesta del Consejo Superior de Higiene. La labor de los Inspectores Sanitarios era pesquisar las influencias insalubres, e indicar las medidas conducentes a mejorar el estado higiénico de las poblaciones y a prevenir nuevas causas de insalubridad. La ley de febrero de 1899 legisla sobre enfermedades infecciosas y sobre las obligaciones de los médicos de denunciar por escrito ante los Consejos de Higiene y las Municipalidades, a todo enfermo que tratara de una enfermedad infecciosa como cólera morbus, fiebre amarilla, peste bubónica, difteria, viruela, tífus, escarlatina y lepra.

La Ley N° 1002, de Agua Potable, promulgada con fecha 22 de enero de 1898, autoriza la cantidad de hasta 500 mil pesos, en atender los servicios de agua potable de las diversas ciudades de la República.

Las instituciones sanitarias que hemos visto son las principales dentro de una fecunda creación de leyes, decretos y ordenanzas de los años 1810 a 1900 y que pueden ser consideradas el antecedente de la organización de los servicios sanitarios que vino a manifestarse a comienzos del siglo XX. Las primeras acciones en salud pública, carecían de dirección y de planificación y satisfacían necesidades esporádicas. Influía substancialmente el hecho de que los servicios sanitarios tenían su dependencia del Estado, sin Ministerio especializado¹².

Respecto de los avances médicos, hasta mediados del siglo XIX, el desarrollo de la medicina en Chile era escaso. La enseñanza formal de la medicina se inició en nuestro país en abril de 1833 con la creación de la primera escuela de la especialidad, la que empezó a funcionar en dependencias del antiguo Instituto Nacional. Años más tarde, en 1842 y sobre la base de esta Escuela, nace la Facultad de Medicina, una de las cinco facultades que dieron origen a la Universidad de Chile¹³.

Con la creación de la Universidad de Chile se produjo un creciente aumento de los médicos en el país y su prestigio, además de la modernización de esa profesión al asumir y practicar los postulados científicos y positivistas provenientes de Europa. Con la valoración del ejercicio profesional de la medicina, se formó un estamento del cual el Estado obtendría la capacidad humana que necesitaba para llevar a cabo las reformas que requería el sistema de salud¹⁴.

¹² PEILLARD, *op. cit.*, p. 19.

¹³ Fuente: <<http://www.med.uchile.cl/la-facultad.html>>

¹⁴ La Salud Pública en Chile, *op. cit.*

C. SIGLO XX

La idea de que la atención médica debe pasar a constituir preocupación fundamental del Estado, y es un derecho de todos los habitantes del país, comienza a adquirir vigor a medida que el siglo avanza. Prueba de ello son las conclusiones a las que llegan los médicos de la Beneficencia reunidos en un congreso el año 1917. Son ideas que van a ser incorporadas en la Constitución de 1925¹⁵.

En 1903, el Ejecutivo obtuvo la promulgación de una ley que destina la cantidad de 100 mil pesos para la instalación de desinfectorios públicos en varias ciudades. La desinfección se encontraba a cargo de un cuerpo de desinfectadores, que realizaban su labor sobre la ropa personal y todo lo que rodeaba al enfermo. La Ley N° 1.838, de Habitaciones Obreras, promulgada el 20 de febrero de 1906, bajo la administración de don Germán Riesco, favorece la construcción de habitaciones higiénicas y baratas, destinadas a la clase proletaria. Es la primera normativa social chilena en el siglo XX y marca el inicio de la política asistencial chilena en materia de vivienda. En la Ley N° 2.106 de Alcantarillado Público, promulgada el 5 de marzo de 1908, el Congreso autoriza al Presidente para que contrate en licitación pública la construcción de los alcantarillados en las ciudades de la República que tengan más de diez mil habitantes.

En 1918 se dictó el primer Código Sanitario chileno, basado en el proyecto de los señores Paulino Alfonso y Ramón Corbalán Melgarejo. La regulación de dicho código contemplaba por un lado la **administración sanitaria central**, a cargo del Gobierno, del Consejo Superior de Higiene y de la Dirección General de Sanidad y, por otro lado la **administración sanitaria municipal**, a cargo del Concejo Municipal. Se mantiene el Instituto de Higiene como organismo técnico. Este Código estaba concebido, especialmente, para organizar una lucha contra enfermedades infecciosas. Este objetivo fue cumplido al combatir de manera eficiente el brote epidémico de tifus exantemático de 1919, la reducción de la fiebre amarilla y la erradicación de la viruela. La Dirección General de Sanidad, órgano unipersonal que debe refundir a los servicios sanitarios aislados, es la encargada de vigilar el cumplimiento del Código Sanitario de 1918, de preferencia en lo relativo al control de enfermedades infecciosas y de la higiene ambiental.

Este Código rigió hasta el 14 de octubre de 1924, en que se decretó la creación del **Ministerio de Higiene, Asistencia, Trabajo y Previsión**

¹⁵ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 66.

Social, que implicó consolidar y proyectar el carácter estatal que había adquirido la dirección de la salud pública. Se dispuso la confección de un nuevo proyecto de ley en que se alteró la estructura de los servicios sanitarios, colocándolos en dependencia directa del Ministerio, con facultad para tomar las medidas que aseguraran su continuidad y eficacia. Ese mismo año se cierra el Instituto de Higiene.

Un paso fundamental en el desarrollo del sistema de seguridad social lo constituye la creación del Seguro Obrero Obligatorio, en la Ley N°4.054 de 1924. Esta ley declaraba obligatorio el seguro de enfermedades, invalidez, y accidentes del trabajo. Este seguro estaba destinado a cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte de estos trabajadores.

El Código Sanitario de 1925 busca llenar algunos vacíos contemplados en la redacción del primero. Se divide en dos libros: el primero, comprende todo lo relacionado con la organización y dirección de los servicios de salubridad, y el segundo, se ocupa de todas aquellas materias que participan de un carácter de policía sanitaria. El libro primero contiene tres títulos. El primero, “De la Administración Sanitaria”, es de especial interés, toda vez que define y especifica la esfera de acción del Servicio de Salubridad Pública y las atribuciones y facultades que le competen. Establece que al Servicio de Salubridad corresponde la protección y el cuidado de la salud pública y el mantenimiento de las condiciones sanitarias del país, sus funciones se enumeran y entre ellas destaca la dirección y administración de los hospitales y sanatorios del Estado que estén bajo la dependencia de la Dirección General de Sanidad.

En su párrafo 1 constituye, bajo la autoridad del Gobierno, una **Dirección General de Sanidad**, a cargo del Servicio de Salubridad Pública, que es la encargada de poner en acción el plan sanitario bosquejado en el artículo 3. Señala además que su inspección está a cargo del Ministerio de Higiene y Asistencia Social. El párrafo 2 de este título se refiere al Consejo de Higiene, órgano consultivo que cooperará a la labor del Servicio de Salubridad Pública, a cargo del Director General. Entre sus funciones se encuentran: practicar investigaciones en asuntos relacionados con la higiene y salud pública del país, preparar anteproyectos de leyes sobre materias que se encuadren dentro de la esfera de acción de los servicios de salubridad, estudiar y tomar en consideración cualquier asunto relacionado con la salud pública y con la administración del servicio de salubridad o la disciplina de los funcionarios y empleados de éste, que le sea sometido por el Director General.

El título segundo, es aún más importante. En sus siete secciones, aborda el problema de la organización del Servicio de Salubridad, analizando

la división sanitaria del territorio, los organismos auxiliares encargados de la labor higiénica y los recursos con que tales organismos deben contar. La base principal de esta organización descansa, puede decirse, en la doctrina de la Comuna. Conforme a esta doctrina, incumbe a la administración local cuidar de la salubridad y bienestar de la localidad¹⁶. Dispone el inciso primero del artículo 31: “El Director General, con la aprobación del Presidente de la República, dividirá el país en el número de zonas sanitarias que juzgue conveniente para la eficaz higienización del territorio”. Y el artículo 32 agrega: “Las diversas zonas se distribuirán, en lo posible, contemplando la unidad provincial; pero cuando las condiciones locales lo exigieren, dos o más provincias o partes de provincias diferentes, podrán ser unidas en una misma zona sanitaria”. Finalmente, el artículo 33 determina, que el Jefe Sanitario de Zona, designado por el Director General de Sanidad representará el servicio de salubridad pública en la zona y dirigirá la acción sanitaria correspondiente.

Se contempla en este Código una administración sanitaria local a cargo de las Municipalidades pero que quedan bajo la supervigilancia del jefe sanitario de zona. Así lo señala el artículo 62 del Código:

“La Junta Municipal, sujeta a la dirección e inspección del jefe sanitario de zona, tendrá la vigilancia general de las condiciones de salubridad e higiene de la comuna y de sus diversos barrios; perseguirá las infracciones a las leyes u ordenanzas sanitarias y hará cumplir los reglamentos del servicio de salubridad pública.

Tendrá autoridad suficiente para suprimir cuanto amenace la salubridad pública y para remover toda causa de enfermedad o mortalidad determinada”.

Este tipo de administración sanitaria local, produce una lesión a la autonomía de las Municipalidades, conferida por la propia Constitución¹⁷, pues las coloca en una situación de dependencia jerárquica pero haciendo a las mismas Municipalidades contribuir con fondos para suplir los gastos que exigieran las medidas sanitarias, y rembolsar íntegramente al Servicio de Salubridad Pública los sueldos que se pagaren a todos los funcionarios y empleados destinados a prestar sus servicios dentro de la zona.

¹⁶ JARA CRISTI, MANUEL, *Del Código Sanitario y de la Organización del Servicio de Salubridad de Chile*, 1925, pp. 63-64.

¹⁷ La CPR de 1925 dispone en su artículo 105º: Las Municipalidades celebrarán sesión, con la mayoría de sus Regidores en actual ejercicio, tendrán las atribuciones administrativas y dispondrán de las rentas que determine la ley.

Les corresponde especialmente:

1º Cuidar de la política de salubridad, comodidad, ornato y recreo;

Debido a la dificultad para cumplir sus disposiciones, este Código fue reemplazado por el Código Sanitario de 1931 (DFL N°266).

El Libro 1° de esta norma, regula la organización y dirección de los servicios sanitarios. Su Título 1° hace referencia al Servicio de Salubridad y señala en su artículo 2°:

“De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del art. 10 de la Constitución Política, habrá un Servicio Nacional de Salubridad encargado de velar por la salubridad pública y el bienestar higiénico del país.

El artículo 3° encarga a las Municipalidades “la policía de salubridad de su territorio, conforme al art. 105 N°1, de la Constitución y a las disposiciones de la presente ley”.

En este cuerpo legal aun impera la idea de que la salud pública dice relación con las enfermedades que afectan a la colectividad como un todo integral. Por ello, sus libros 2° y 3° tratan sobre la profilaxis, nacional e internacional, respectivamente. Este Código faculta a la autoridad para aislar a enfermos contagiosos; para obligarlos a someterse a tratamiento para vencer el mal que les aqueja; para eliminar los focos de dichas enfermedades y otras. Su orientación es esencialmente preventiva y educadora, avocada a las enfermedades infectocontagiosas imperantes en la época.

Con posterioridad al Código de 1931 se dictó el Código de 1967, contenido en el DFL N°725, vigente hasta el día de hoy. Dispone este Código en su artículo 1° “El Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes”. El Código, contenido en el DFL N°725, tiene un título preliminar y diez libros.

La estructura de este Código es la siguiente:

TITULO PRELIMINAR

Contiene 3 párrafos: Disposiciones generales, De los Servicios de Salud y De las atribuciones y obligaciones sanitarias de las Municipalidades.

LIBRO I

DE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD

Contiene 5 Títulos: De la protección materno-infantil, De las enfermedades transmisibles, De los laboratorios de salud pública, De las estadísticas sanitarias y De la divulgación y educación sanitaria.

LIBRO II

DE LA PROFILAXIS SANITARIA INTERNACIONAL

Contiene 2 Títulos: Definiciones y De la protección sanitaria internacional.

LIBRO III

DE LA HIGIENE Y SEGURIDAD DEL AMBIENTE Y DE LOS LUGARES DE TRABAJO

Contiene 4 Títulos: Normas generales, De la higiene y seguridad del ambiente, De la higiene y seguridad de los lugares de trabajo y De otros factores de riesgo.

LIBRO IV

DE LOS PRODUCTOS FARMACEUTICOS, ALIMENTOS DE USO MEDICO, COSMETICOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS

Contiene 3 Títulos: Normas comunes, De los productos farmacéuticos, alimentos de uso Médico y cosméticos y De los productos alimenticios.

LIBRO V

DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y PROFESIONES AFINES

LIBRO VI

DE LOS LABORATORIOS, FARMACIAS Y OTROS ESTABLECIMIENTOS

LIBRO VII

DE LA OBSERVACION Y RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES, DE LOS ALCOHOLICOS Y DE LOS QUE PRESENTEN ESTADO DE DEPENDENCIA DE OTRAS DROGAS Y SUBSTANCIAS

LIBRO VIII

DE LAS INHUMACIONES, EXHUMACIONES Y TRASLADO DE CADAVERES

LIBRO IX

DEL APROVECHAMIENTO DE TEJIDOS O PARTES DEL CUERPO DE UN DONANTE VIVO Y DE LA UTILIZACION DE CADAVERES, O PARTE DE ELLOS, CON FINES CIENTIFICOS O TERAPEUTICOS

LIBRO X

DE LOS PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES

Contiene 3 Títulos: De la inspección y allanamiento, Del sumario sanitario y De las sanciones y medidas sanitarias.

Después de haber revisado lo sucedido con los Códigos Sanitarios de la República, debemos retomar la historia de la salud en nuestro país. Bajo el impulso del Presidente Arturo Alessandri, el día 8 de septiembre de 1924 el Congreso aprueba un paquete de leyes de carácter social: El Contrato de Trabajo, El Seguro Obrero, La Ley de Accidentes del Trabajo, Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, Ley de Organización Sindical, Ley sobre Sociedades Corporativas y la Caja de Empleados Particulares. Son las llamadas Leyes Sociales de Septiembre de 1924. Una de las leyes sociales más importantes fue la 4.054, que creó la Caja de Seguro Obligatorio. Su departamento médico era el encargado de otorgar atención médica a los obreros, sus cónyuges e hijos de hasta 2 años. Con la finalidad de tener más hospitales la Caja realizó convenios con la Junta de Beneficencia, organismo que controlaba gran parte de los hospitales del país¹⁸.

Durante los años 20' las autoridades públicas comienzan a asociar los problemas de salud a las condiciones socioeconómicas, reconocen el derecho de la población a recibir atención médica y el deber del Estado de proteger a los sectores de la población más necesitados.

Cerrado el Instituto de Higiene, hacía falta una institución similar a aquélla, que velara por la salud pública. La creación del Instituto Bacteriológico de Chile vino a suplir esta necesidad en el año 1929, bajo el Gobierno de don Carlos Ibáñez del Campo. Ese mismo año se crea la Dirección General de Educación Sanitaria, organismo del que pasa a depender el Instituto Bacteriológico, que antes era parte del Ministerio de Bienestar Social¹⁹.

A partir de 1930, se incorpora la idea de integrar a los organismos existentes y que su manejo sea llevado a cabo por personal técnico. Los médicos como gremio juegan un rol importante en el diseño e implementación de políticas de salud. Se reúnen en la Primera Convención Médica de Chile en 1936 y ese mismo año los médicos de la Caja del Seguro Obligatorio también celebraron una convención, a diez años de la creación del organismo, para evaluar su actividad.

En cuanto a las leyes promulgadas durante esta época, en 1938 se dicta la Ley N°6.174 de Medicina Preventiva, norma que busca prevenir el desarrollo de las enfermedades por medio de la pesquisa de su faz preclínica, al determinar qué personas deben acogerse a reposo preventivo.

¹⁸ La Ley N°5.115, dictada en 1923, traspasó a la Junta General de Beneficencia y Asistencia Social la propiedad de prácticamente todos los establecimientos asistenciales del país, encargándola de su administración

¹⁹ AMIGO *et. al, op. cit.*, pp. 52-53.

En su artículo 1° se encomienda a todas las cajas de previsión a que se refiere la Ley Nº 5.802, dependientes del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, y la Mutual de Carabineros, a establecer servicios de medicina preventiva con el fin de vigilar el estado de salud de sus imponentes y de adoptar las medidas tendientes a descubrir, previniendo precozmente el desarrollo de las enfermedades crónicas, como la tuberculosis, la sífilis, el reumatismo, las enfermedades del corazón y de los riñones; como también las enfermedades derivadas del trabajo: el saturnismo, la antracosis, la silicosis, la anquilostomiasis y otras de la misma índole. El encargado de determinar quiénes deben acogerse al reposo preventivo, es el médico de cada Caja de Previsión, llevando a cabo un examen de salud, conforme al reglamento de esta ley. El tipo de reposo preventivo y las condiciones en que debe cumplirse es determinado por la Comisión de Medicina Preventiva correspondiente o el médico que ella designe. La Caja de Seguro Obligatorio y las Cajas de Previsión correspondientes, deben abonar al obrero o empleado el salario o sueldo que corresponda a las horas o períodos de reposo preventivo, de modo que durante todo el tiempo que dure el reposo preventivo, el obrero o empleado percibirá el total de su salario o sueldo. Para cumplir las disposiciones de esta ley, el Seguro Obrero no tuvo mayores problemas institucionales, dado que contaba con servicio médico propio. No ocurría lo mismo con los demás institutos previsionales, que se habían venido creando en gran número a partir de 1924 para servir a diversos sectores de trabajadores, especialmente de empleados. Con el propósito de implementar las disposiciones de este cuerpo legal, las cajas de previsión de empleados -públicos y particulares- establecieron en forma conjunta el Servicio Médico Nacional de Empleados.

En 1942 se crea el Servicio Médico Nacional de Empleados (SERME-NA), que atendía las prestaciones de asistencia médica y dental de los empleados públicos y privados bajo la modalidad de un sistema administrativo o de libre elección (bonos). A diferencia del Servicio Nacional de Salud (SNS) que atendía los obreros y el resto de la población, en esta institución se agruparon los servicios de medicina curativa de la caja nacional de empleados públicos y periodistas, el departamento médico de la caja de previsión de empleados particulares, los servicios de medicina preventiva y curativa de la caja de previsión del personal de la marina mercante nacional, los servicios de medicina preventiva y curativa de la caja de retiro y previsión social de empleados municipales de la República y los servicios médico preventivos de los organismos auxiliares de previsión de la caja de previsión de la mutual de la armada y del departamento de previsión de la caja de crédito agrario. Este servicio

dependía del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. Ese mismo año se crea la Dirección General de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (PROTINFA), organismo encargado de la atención preventiva materno-infantil, que lamentablemente no logró el desarrollo esperado y duró sólo 10 años.

2. PRIMERA GRAN REFORMA EN SALUD

Hacia fines de la primera mitad del siglo XIX, la atención curativa estaba a cargo de dos instituciones básicamente estatales: la Beneficencia, dueña de hospitales y consultorios externos, y el Departamento Médico de la Caja de Seguro Obrero, propietario de consultorios externos no vinculados a hospitales, y de postas de atención rural. La primera institución debía prestar atención hospitalaria gratuita a los indigentes y pagada a los obreros, cobrando en este último caso los gastos a la Caja. Además, proporcionaba en sus consultorios atención ambulatoria al asegurado, sus hijos menores de dos años y su esposa embarazada.

La medicina preventiva y el fomento de la salud era competencia de los siguientes organismos, todos de naturaleza prácticamente estatal:

- Dirección General de Sanidad, responsable de la prevención de las enfermedades transmisibles, higiene ambiental, control de alimentos, etc.
- Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia, que suministraba atención preventiva materno-infantil a quienes no tenían derecho a impetrarla de la Caja del Seguro Obrero, y
- Instituto Bacteriológico de Chile, institución semiestatal encargada de los procedimientos de diagnóstico biológico y de la preparación de sueros y vacunas.

El Ministerio de Higiene, Asistencia y Salubridad, creado en 1924, era el encargado de coordinar la acción de tan diversos y numerosos servicios médicos. A esta secretaría de Estado correspondía, teóricamente, la dirección superior única de todos los servicios médicos. Pero, como debía ocuparse también de supervisar un número en constante aumento de organismos previsionales, la política de cada institución dependía, en último término y por entero, del Director respectivo, sin que hubiere una estrategia global y coherente, ni una priorización de objetivos para el país en su conjunto²⁰.

²⁰ RODRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 68-69.

Algunas experiencias de trabajo integrado entre las diferentes instituciones del sector público de salud, pusieron en evidencia las ventajas que de éste se derivaban, haciendo que se fortaleciera la idea de que era necesario crear servicio único y de carácter nacional. Una de tales experiencias fue la Lucha Antivenérea Coordinada. En ella, la Caja de Seguro, la Beneficencia, Sanidad y el Instituto bacteriológico unieron fuerzas para reducir la alta morbilidad que provocaban estas enfermedades.

En 1943, se crea la Escuela de Salubridad de la Universidad de Chile, esta institución responde a la necesidad de formación de técnicos de la salud, capaces de afrontar los problemas de la salud a los que las instituciones se veían enfrentadas. Por otra parte, a mediados de la década del cuarenta, la Dirección de Sanidad crea, con el apoyo de la Fundación Rockefeller, las Unidades Sanitarias. Estos organismos constituyeron el primer esbozo de la aplicación de una medicina integral en determinadas comunas y distritos, rompiendo la artificial distinción entre medicina preventiva y curativa y llevando a la salud, cuyo suministro había estado hasta entonces concentrado en el hospital, a barrios y poblaciones²¹.

Finalmente, como culminación de todo el proceso descrito, la Ley Nº 10.383, promulgada el 8 de agosto de 1952, deroga la antigua Ley Nº 4.054 de Seguro de Enfermedad e Invalidez y crea el Servicio Nacional de Salud. Establece esta ley en su artículo 1º “El cumplimiento de los seguros y demás fines de esta ley estarán encargados la actual Caja de Seguro Obligatorio de Enfermedad e Invalidez, institución con personalidad jurídica que, en adelante, se llamará Servicio de Seguro Social y el Servicio Nacional de Salud que se crea por la presente ley”. El SNS, regulado en el Título 2º de la ley, es el encargado de la protección de la Salud por medio de acciones sanitarias y de asistencia social y atención médica preventiva y curativa.

Este organismo tiene a cargo las funciones, atribuciones y obligaciones de los siguientes organismos:

- Servicio Nacional de Salubridad
- Junta Central de Beneficencia y Asistencia Social
- Servicio de Seguro Social
- Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia
- Sección Técnica de Higiene y Seguridad Industriales, dependiente de la Dirección General del Trabajo
- Instituto Bacteriológico

²¹ *Ibíd.*, p.70.

- Servicios Médicos y Sanitarios de las Municipalidades, salvo en las funciones que el Reglamento continúa encargando a las Municipalidades

Hasta antes de la dictación de la Ley N°10.383, el Servicio Nacional de Salubridad era el encargado de aplicar las disposiciones del Código Sanitario. Al pasar este organismo a integrar el **Servicio Nacional de Salud** se traspasó esta misión a la nueva entidad. El reglamento orgánico de esta ley, contenido en el D.S. N°856 de 21 de Abril de 1953, determina que las acciones que el Estado debe realizar para cumplir con su obligación de velar por la salud pública, se clasifican de la siguiente manera: de fomento, de protección y de reparación de la salud²². En relación a estas funciones, el SNS planifica, ejecuta, financia, evalúa y controla el quehacer. Para los efectos de ejecutar las acciones, cuenta con más de 200 hospitales, con 33.000 camas, más de 200 consultorios y sobre 1.000 postas y estaciones médicos-rurales. Además, administra una dotación de más de 60.000 funcionarios²³.

El SNS, bajo administración estatal, era responsable de atender a obreros, sus cargas y a los indigentes. La cotización era obligatoria y no existía libertad de elección ni en el ámbito de establecimientos de salud ni al nivel de personal médico. Los obreros podían recibir prestaciones en el sector privado, las que debían financiar en su totalidad con recursos propios. El financiamiento del SNS provenía de aportes patronales, de aportes de los trabajadores y de aportes fiscales.

Hasta antes de la creación del SNS sólo tenían derecho a la atención gratuita los indigentes, los obreros, sus esposas embarazadas y sus hijos de hasta 2 años. Al crearse este organismo, se le encargó proporcionar atención gratuita a las esposas de los obreros, aun cuando no estuvieran encintas y a sus hijos, hasta los 15 años. Esta disposición legal, implicó triplicar el número de personas no-indigentes que podían atenderse de manera gratuita en los hospitales y consultorios de la nueva institución. Además de ello, era el encargado de entregar la mayor parte de la leche de distribución gratuita, pagaba subsidios de enfermedad a los obreros, con cargo al Servicio de Seguro Social y era el responsable de la atención de asilos de ancianos y de hogares para menores en situación irregular.

El SNS pasó así a constituir el pilar básico del sector público de salud, tanto en lo que se refiere a recursos, como en lo que respecta a las ac-

²² PEILLARD, *op. cit.*, p. 34.

²³ QUESNEY, *op. cit.*, p. 156

ciones que debía realizar²⁴. La creación del Servicio Nacional de Salud, conlleva la separación de las funciones de aseguramiento financiero, a cargo del Servicio de Seguro Social, por una parte y, de prestaciones de salud, a cargo del Servicio Nacional de Salud, por otra.

A pesar del importante cambio que se produjo con la creación del SNS, las críticas al organismo eran permanentes y las agitaciones laborales de funcionarios menores y médicos pasaron a ser parte del panorama político chileno de los 60' y 70'. Esta sumatoria de pequeñas crisis y burocratismos acumulados, llevan a la comunidad y a los políticos a reclamar reformas y mayores recursos para la Salud Pública.

En 1968, se dicta la Ley de Medicina Curativa del SERMENA, que da a los empleados acceso a prestaciones de atención médica de su libre elección, de entre un listado de prestadores inscritos en dicho servicio para esos efectos, las que se financian parcialmente con un sistema de pre-pago (seguro) con aportes de ellos y de sus empleadores. Luego, en 1979 los obreros beneficiarios del SNS tendrán acceso a la medicina de libre elección²⁵.

3. DESCENTRALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN

Al comenzar los años 70', en el área de la salud se diferencian dos grandes sectores. Por un lado, está el sector público, constituido por un conglomerado de servicios médicos dependientes de distintas secretarías de Estado. Del MINSAL dependen el SNS y el SERMENA; del Ministerio de Defensa, los servicios de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea y la Marina; del MOP, el Servicio Sanitario de los Ferrocarriles del Estado; del Ministerio de Justicia, el Servicio de Salud de Carabineros; del Ministerio de Educación- a través de la Universidad de Chile-, el Hospital J.J. Aguirre y las cátedras clínicas de la Facultad de Medicina que efectúan labores docentes y asistenciales en establecimientos del SNS²⁶.

La atención que el sector público suministra a sus usuarios depende del servicio médico al que cada individuo pertenece, lo cual a su vez está determinado por el régimen previsional a que esa persona se encuentra afiliada. Como la seguridad social chilena nació reconociendo las diferencias reales que existían según el tipo de trabajo y el sector económico en que se ubicaba el asegurado, el acceso a estos servicios está fuertemente condicionado por su estatus laboral. Por otra parte, estos

²⁴ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 72.

²⁵ QUESNEY, *op. cit.*, p. 154.

²⁶ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 75.

servicios se diferencian en cuanto al tipo de prestaciones que otorgan, el financiamiento y calidad de éstas, el grupo familiar que cubren, y el grado en que el cliente puede elegir quién prestará la atención médica.

Entre todos estos servicios, el más importante es el SNS, que desde su creación, en sus propios hospitales, se encargaba de atender a obreros, sus cargas y a los indigentes. Un estudio de recursos humanos citado por Rodríguez²⁷ cuenta que en 1968 el SNS atendió el 61% de las consultas médicas, el 24% de las odontológicas y el 86% de las hospitalizaciones del país. Por su parte, el SERMENA financiaba las atenciones de salud de los empleados y sus cargas, bajo un esquema de libre elección de prestadores, pero no entregaba prestaciones directas y su base de financiamiento consistía en cotizaciones de los empleados dependientes y pagos directos de los beneficiarios al momento de solicitar una atención.

El sector privado está constituido por clínicas particulares, consultorios privados de médicos y numerosos pequeños servicios y bienestares que mantienen algunas empresas y fábricas, reparticiones públicas e institutos previsionales. Este sector atendía a los beneficiarios de SERMENA que optaban por atenderse con prestadores privados, a la población que contaba con recursos para financiar su salud de manera independiente y a quienes pertenecían a algún otro sistema previsional. El acceso de la población a las prestaciones médicas privadas está condicionado, principalmente, por su nivel de ingreso.

Dentro de este esquema, al Ministerio de Salud le corresponde formular la política de salud, proponer leyes y dictar los reglamentos necesarios para impulsar las acciones que correspondan. Esta Secretaría de Estado debe, por lo tanto coordinar y supervisar las tareas de los diversos servicios, tanto del sector público como del privado, velar por la salubridad pública y asegurar a toda la población el acceso a una medicina integral.

No es difícil imaginar los problemas que en la práctica enfrentaba el Ministerio de Salud para coordinar diversos servicios que, además de diferenciarse en cuanto al tipo de prestaciones médicas que ofrecen, dependen jerárquicamente de otras secretarías de Estado, o que, como en el caso del SNS, tienen una envergadura monumental. Existían, de hecho, constantes pugnas entre el Ministerio y el SNS²⁸.

A la caída del régimen democrático en 1973 con el Golpe de Estado y el inicio del régimen de dictadura militar, se produce dentro del gobier-

²⁷ *Ibíd.*, p. 79.

²⁸ *Ibíd.*, p. 76.

no toda una batalla sobre qué proyectos económicos sociales se deben llevar a cabo. Tanto en el ámbito de la salud como en otros, la tendencia al neoliberalismo es considerada la opción correcta. La aplicación de este esquema en salud fue lenta e incompleta, principalmente por la oposición de grupos, que al interior y al exterior del gobierno, defendían el estatus quo y no aceptaban la aplicación de los principios “economicistas” a la salud.

Sin el pleno apoyo de sus propios partidarios, además de la oposición del gremio médico, el gobierno de la época inició un proceso de reformas estructurales y funcionales cuyo propósito aparente era modernizar el sistema de salud, pero que llevarían a la privatización completa de su estructura²⁹.

En 1979, por el DL2.763, se produce la fusión del SNS y del SERMENA, se redefinen las funciones del Ministerio de Salud y se crean el Fondo Nacional de Salud (FONASA), el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS), el Instituto de Salud Pública (ISP) y la Central de Abastecimientos del SNSS (CENABAST), todos ellos, organismos estatales, funcionalmente descentralizados, con personería jurídica y patrimonio propio.

El sistema de salud público pasa a ser liderado por el Ministerio de Salud, quien tiene por tarea el diseño de políticas y programas; la coordinación de las entidades del área, y la supervisión, evaluación y control de las políticas de salud. FONASA es el continuador de las labores de administración y financiamiento que realizaban el SNS y SERMENA, constituyéndose para tales efectos como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica, patrimonio y planta propia. FONASA pasa a ser la principal institución financiera del sector público de salud, responsable de recaudar, administrar y distribuir los recursos financieros del área.

El órgano que asume la labor ejecutora de los antiguos SNS y SERMENA es el SNSS, el cual está actualmente conformado por 29 entidades descentralizadas, con autonomía administrativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio. De tales entidades depende la infraestructura hospitalaria pública del país, compuesta por hospitales de distinto nivel de complejidad a cargo de las prestaciones de salud secundaria y terciaria: prestaciones médicas de especialidad, urgencia, odontológicas,

²⁹ FREYLEJER, Valeria, *et. al*, *Reforma de los sistemas de salud en América Latina: Chile*, Informe presentado en el seminario “Tendencias de Reforma en los Sistemas de Salud en América Latina” realizado en el marco de la Maestría en Sistemas de Salud y Seguridad Social de la Fundación Isalud, en Buenos Aires, diciembre 1997, pp. 151-154.

exámenes de laboratorio, exámenes de imagenología, intervenciones quirúrgicas, atenciones de parto y días de hospitalización³⁰.

En 1981 se producen dos reformas importantes. En primer lugar, basado en la aplicación del DFL 1-3.063, de 1980, se comienza con el proceso de municipalización de los Centros de Atención Primaria. Por el mismo decreto, se traspasa, desde 1981 hasta 1988, un porcentaje estimado en 70% de los establecimientos de atención primaria del SNSS a las municipalidades. Los consultorios de atención primaria tienen a su cargo la atención de salud del recién nacido hasta niños de 14 años, la consulta por morbilidad y el control de salud del adulto y del adolescente, el control del embarazo y la planificación familiar.

En segundo lugar, con la dictación del DL N° 3.626 y con el DFL N° 3 que lo reglamenta, se establece la formación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE). De esta manera, se permite la libertad de elección para el trabajador dependiente para optar a comprar su seguro obligatorio de salud, ya sea del sistema público (FONASA) o del recién creado sistema privado (ISAPRE). Para estos efectos se establece una cotización obligatoria del 4% del ingreso imponible del trabajador, porcentaje que aumentó hasta llegar, en 1986, al actual 7% del ingreso imponible. De esta manera es el trabajador el que financia el 100% de su cotización, ejerciendo por lo tanto, el derecho a elegir el destino de las mismas. Es importante destacar que esta posibilidad se abría, principalmente, para trabajadores de altos ingresos.

A partir de 1986, se llevó a cabo la reorganización del sector público en modalidades de atención institucional y de libre elección. Esta modificación normativa eliminó las diferencias entre obreros y empleados. Se estableció un aporte financiero de acuerdo a la capacidad económica de pago, con acceso libre e igualitario a las acciones de salud y a la elección del sistema de atención.

En términos del marco regulatorio para el funcionamiento del sector de seguros de salud privada, durante gran parte de la década de los 80, FONASA asumió el papel de regulador del sistema de ISAPRE. Sin embargo, la Ley 18.933, de 1990, crea la Superintendencia de ISAPRES, entidad encargada de fiscalizarlas, velar por el cumplimiento de la normativa y promulgar disposiciones relativas al funcionamiento del sector. Se corrige de esta manera el conflicto de interés que existía cuando la labor de regulación de los seguros de salud privados estaba en las manos de FONASA, competidor potencial para las ISAPRE. En 1995 y

³⁰ AEDO I., CRISTIÁN, *Las reformas a la salud en Chile*, en “La Transformación Económica de Chile”, 2ªed., Productora Gráfica Andros, Chile, 2001, pp. 606-607.

después de amplios debates en el Congreso Nacional, se modificó la Ley 18.933, disminuyendo algunas restricciones al otorgamiento de beneficios, aumentando la flexibilidad para cambiarse de ISAPRE y normando el tema de los excedentes de cotización. Finalmente, se implementaron medidas para mejorar los contratos entre los prestadores privados de salud y sus cotizantes, principalmente con la elaboración de compromisos de gestión entre el FONASA y los Servicios de Salud.

4. EL SISTEMA DE SALUD POST REFORMA

Con las reformas, el sistema de salud chileno pasa a ser un sistema mixto, con participación de los sectores público y privado en materia de seguros, financiamiento y entrega de los servicios de salud.

El sistema de salud público es liderado por el Ministerio de Salud, quien tiene por tarea el diseño de políticas y programas; la coordinación de las entidades del área; y la supervisión, evaluación y control de las políticas de salud.

La base productiva del sistema de salud público está conformada por el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS). Para llevar a cabo su tarea, cada Servicio de Salud posee y opera varios hospitales de distintos niveles de complejidad y centros de atención abierta, pudiendo establecer contratos con proveedores privados para servir a ciertas zonas o para tipos específicos de prestación. La atención de salud primaria está a cargo de Centros de Atención Primaria (administrados por las municipalidades), los cuales ofrecen servicios curativos básicos, mediante una modalidad de atención abierta, a la vez que realizan actividades de fomento y prevención de salud.

En el sistema público existe un seguro social de salud administrado por el FONASA. El seguro opera sobre la base de un esquema de reparto. Los beneficios que este sistema entrega son los mismos para todos los asegurados, independientemente del monto de la prima cancelada y del tamaño del grupo familiar cubierto³¹.

El sistema de salud privado está conformado por compañías aseguradoras de salud (ISAPRE) y por productores de salud particulares. Las ISAPRE operan como un sistema de seguros de salud, basado en contratos individuales pactados con los asegurados, en el que los beneficios otorgados dependen directamente del monto de la prima cancelada. Los proveedores privados de salud son las clínicas, hospitales y profesiona-

³¹ Fuente: http://www.previsionsocial.gob.cl/subprev/?page_id=7229

les independientes que atienden tanto a los asegurados de las ISAPRE como a los cotizantes del sistema público, por medio de una modalidad denominada de libre elección³².

La cotización legal para salud es aquella que deben obligatoriamente efectuar los trabajadores y pensionados, para financiar las prestaciones de salud, la que corresponde a un 7% de la remuneración o renta. Esta cotización tiene un tope imponible de 67,4 UF (Unidades de Fomento) para el caso de los trabajadores que están afiliados a una AFP. La cotización legal para salud debe ser declarada y pagada dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones y pensiones³³.

Este pago puede ser realizado al FONASA, en cuyo caso la persona es beneficiaria del sistema público, o puede tener como destino una ISAPRE, formando parte del sistema de salud privado. La afiliación a una ISAPRE requiere de una prima determinada por cada ISAPRE y que depende del tipo de seguro que se esté comprando. El trabajador puede cancelar primas adicionales al 7%, para obtener mayores beneficios. Los cotizantes se adscriben voluntariamente al sistema FONASA o al sistema ISAPRE. Por otra parte, los indigentes forman parte del FONASA, pero están sujetos a un trato especial³⁴.

Los cotizantes adscritos a FONASA pueden elegir entre dos modalidades de atención: la modalidad de atención institucional y la modalidad de atención de libre elección

- I) En la modalidad institucional (atención cerrada), los cotizantes reciben las prestaciones de salud en hospitales o centros de atención primaria, pudiendo los beneficiarios elegir el establecimiento y el profesional. Esta modalidad corresponde al modelo de atención tradicional, en que las personas acuden a los consultorios de atención primaria, desde donde son derivados a los establecimientos estatales secundarios y terciarios. La modalidad institucional requiere un copago que varía de acuerdo al nivel de ingreso de la persona, pero quedan exentas de este copago las personas cuyo ingreso es inferior a un nivel mínimo establecido³⁵.
- II) En la modalidad de libre elección (atención abierta), los cotizantes reciben sus atenciones de salud de prestadores privados que están adscritos a esta modalidad. La modalidad de libre elección requiere

³² *ibid.*

³³ Fuente: <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-2908.html>

³⁴ AEDO I., *op. cit.*, p. 610.

³⁵ *Ídem.*

un copago que depende del nivel en el cual se ha inscrito el prestador de salud. Los beneficiarios indigentes del sistema público están excluidos de la modalidad de libre elección³⁶.

El sector público de salud se financia principalmente a través de dos fuentes de ingreso: la prima única equivalente al 7 por ciento de la renta imponible de los afiliados al FONASA y aporte Fiscal directo, proveniente de impuestos generales de la nación. Una tercera fuente menor de financiamiento la constituye el copago para acceder a la modalidad de libre elección y a las prestaciones institucionales. Respecto al flujo de recursos, el FONASA recibe los recursos fiscales y de las familias para traspasarlos a los Servicios de Salud y a los oferentes privados adscritos al sistema de libre elección. Los Servicios de Salud traspasan a su vez los fondos a los hospitales públicos, a los Centros de Atención Primaria y a subsidios diversos.³⁷

Las personas cotizantes del sistema ISAPRE acuden a oferentes de salud privados y realizan un copago dependiente del contrato adquirido. El afiliado accede a un plan de salud que depende del monto de su cotización y del número, edad y sexo de sus beneficiarios. Si lo desea, el afiliado puede cotizar un porcentaje mayor que el mínimo legal de 7%, con el fin de acceder a un plan con mayores beneficios³⁸.

Las ISAPRES bonifican un porcentaje de las prestaciones médicas de los beneficiarios, dependiendo del plan de salud del afiliado y del tipo de prestación, el cual en algunos casos puede ser de 100%, aplicando topes por prestación a beneficiario. Los beneficiarios del sistema pueden, en su mayoría, elegir libremente a los prestadores³⁹.

Las ISAPRE tienen sólo un rol asegurador que financia prestaciones de salud que son otorgadas por clínicas, doctores, y laboratorios independientes. En el sistema ISAPRE la forma de pago de las prestaciones médicas consiste casi en su totalidad en pago por servicios (*fee for service*), con el cual se remunera la totalidad de las prestaciones médicas entregadas a un valor convenido entre el prestador y la ISAPRE. Este hecho, unido a que los pacientes sólo pagan el copago por las prestaciones, hace que los prestadores de servicios de salud enfrenten pocos incentivos para reducir tanto el número de las prestaciones otorgadas como el costo de las mismas⁴⁰.

³⁶ Ídem.

³⁷ *Ibid.*, p. 612.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 609-613.

5. ÓRGANOS Y FUNCIONES DEL SISTEMA DE SALUD CHILENO

Dentro del Sector Público, para llevar a cabo sus funciones, el SNSS está conformado por⁴¹:

- a) **Gobierno Central**, que a través del Ministerio de Salud, constituye la máxima autoridad en la materia y tiene como funciones centrales el dictado de normas, el diseño, la ejecución y evaluación de planes y programas para el sector estatal y el control de los organismos del área. Opera a un nivel central en Santiago y en un nivel regional a través de 15 Secretarías Regionales Ministeriales que representan al Ministerio en cada región, y supervisan y controlan el funcionamiento de los servicios.

Los organismos integrantes legales del SNSS se relacionan con el Ejecutivo a través del Ministerio de Salud y tienen como característica común que son servicios públicos, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio. Por lo tanto, están dotados de facultades administrativas, legales y patrimoniales para su administración autónoma. Estos organismos dependen del Ministerio para los efectos de someterse a la vigilancia de éste en su funcionamiento y cuyas políticas, normas y planes deben acatar en relación con el ejercicio de sus actividades (Ministerio de Salud, 1995).

- b) **Los municipios**, que al municipalizarse la administración de la atención primaria de salud, pasaron a ocupar un papel importante dentro del SNSS.
- c) **Servicios de Salud**, son los responsables de ejecutar las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud. Existen 29 en todo el territorio, de los cuales cada uno tiene un ámbito de acción determinado y son unidades operacionales que brindan prestaciones de salud a través de una red asistencial constituida por hospitales de una complejidad variable, consultorios urbanos y rurales, postas rurales de salud y estaciones médico rurales.
- d) **FONASA, cuyas funciones son principalmente:** Administrar la modalidad de libre elección; hacer de Tesorería del Sistema Público de Salud al recaudar y distribuir los recursos a los Servicios de Salud y consultorios municipalizados; obtener los recursos de parte del Ministerio, distribuyendo una parte del presupuesto en forma directa y el resto a través del mecanismo de “facturación de atenciones prestadas” -FAP- para los servicios y “facturación de atenciones prestadas en establecimientos municipalizados” -FAPEM- para consultorios; clasificar e

⁴¹ FREYLEJER *et. al.*, *op. cit.*, pp. 155-156.

identificar a los afiliados del sistema estatal; financiar la modalidad de libre elección; otorgar préstamos a los afiliados al sistema estatal.

- e) **Los prestadores públicos** están reunidos bajo una red asistencial constituida por hospitales de complejidad variable, consultorios urbanos y rurales, postas rurales de salud y estaciones médico rurales. Estos establecimientos públicos pertenecen al SNSS y brindan servicios principalmente a la población cubierta por la modalidad institucional, aunque también a aquellos que eligieron la modalidad de libre elección.
- f) **Los prestadores privados** contratados por el subsector público están dirigidos a ampliar la oferta de servicios ofrecidos por la modalidad de libre elección. De este modo los afiliados a esta modalidad tienen la posibilidad de optar entre profesionales y establecimientos privados inscritos en los registros del FONASA, que se agregan a la oferta estatal disponible.
- g) **Instituto de Salud Pública** actúa como laboratorio nacional de referencia y ejerce el registro y control de laboratorios y medicamentos.
- h) **Central Nacional de Abastecimientos (CENABAST)** es la encargada de la provisión de medicamentos e insumos a los establecimientos públicos.
- i) **Superintendencia de Salud** es la continuadora legal de la antigua Superintendencia de ISAPRES, encargada de supervigilar y controlar a las ISAPRES, al Fondo Nacional de Salud y a todos los prestadores de salud, públicos y privados, sean éstos personas naturales o jurídicas.
- j) **Los usuarios del SNSS** son los trabajadores activos dependientes, independientes y pasivos que cotizan en FONASA y que optan por la modalidad institucional o la de libre elección.

Por otro lado, es importante señalar que existen otras instituciones de salud del subsector público no integradas al SNSS, las cuales se dirigen a brindar servicios a un grupo particular de la población. Entre las instituciones de salud del sector público no integradas al SNSS se encuentran algunas instituciones públicas o empresas tales como: Penitenciaría, Fuerzas Armadas y de Orden, Empresa Nacional del Petróleo y Universidad de Chile, entre otras. Ellas cuentan con unidades asistenciales para dar atención a su personal y sus cargas familiares. Estas instituciones, aunque tienen financiamiento estatal no forman parte del SNSS y, por lo tanto, tienen autonomía administrativa y de gestión respecto a las normas directivas del Ministerio de Salud⁴².

⁴² FREYLEJER et. al., op. cit., p. 156.

En el sector privado, integrado por instituciones privadas con o sin fines de lucro destinadas a prestar servicios de salud a sus beneficiarios, existen distintos regímenes o modalidades de asistencia. La más importante es la constituida por las ISAPRES, la cual representa una alternativa al subsistema público, pudiendo las personas desplazarse libremente entre ISAPRES y entre éstas y el subsistema estatal en todo momento⁴³.

Son Actores del Sistema Privado⁴⁴:

- a) **Las ISAPRES abiertas y cerradas:** Las ISAPRES son entidades cuya función es canalizar las prestaciones y beneficios de salud, ya sea directamente o a través del financiamiento de las mismas y de las actividades que sean afines o complementarias a ese fin. Existen dos tipos de ISAPRE según su población objetivo: abiertas, que son aquellas que ofrecen sus servicios a cualquier trabajador y, cerradas que cubren exclusivamente a los trabajadores de una o varias empresas. Los Planes de Salud ofrecidos por estas instituciones tienen un precio, para el cual la cotización de salud puede ser suficiente o insuficiente. Tanto en este último caso como en el caso en que el afiliado desee obtener un Plan de Salud mejor, debe cancelar con una cotización adicional, retenidas por el empleador en el caso de los trabajadores dependientes. Se pacta libremente con cada ISAPRE un contrato que especifica las cotizaciones totales a pagar, las prestaciones de salud comprendidas, los aranceles de referencia y las bonificaciones. Los servicios producidos comprenden las prestaciones médicas pactadas y los subsidios por incapacidad laboral (los cuales cubren el pago del salario del afiliado por el período que dure la licencia médica expedida por profesional médico).
- b) **Mutuales de seguridad y accidentes de trabajo:** Las Mutuales de Seguridad y Accidentes del Trabajo constituyen otra opción dentro del subsector privado. Las mismas cubren a los trabajadores activos cuyas empresas se encuentran aseguradas en enfermedades profesionales y accidentes del trabajo en una mutual. Las prestaciones se hacen en forma privada, principalmente a través de infraestructura propia desarrollada por las mismas mutuales. Estas entidades administran el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y se encargan de la prevención de estos riesgos además de prestar atención médica y de rehabilitación a los accidentados y otorgar los subsidios correspondientes a sus cotizantes.

⁴³ *Ibíd.*, p. 157.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 157-159.

- c) **Prestadores de salud privados:** Los prestadores privados ocupan un lugar importante dentro del subsector privado ya que las ISAPRES no están obligadas a proporcionar las atenciones de salud directamente, sino que pueden hacerlo a través de terceros (que es la modalidad más empleada). Para esos efectos, establecen convenios de atención con prestadores privados, tanto profesionales como establecimientos de salud. Estos prestadores privados (médicos, clínicas y laboratorios) establecen contratos para la prestación de servicios tanto con el subsector público como con las ISAPRES. Otorgan además servicios a un sector de la población que financia su consumo de prestaciones médicas de manera directa.
- c) **Seguros privados:** Además de la cobertura por parte de las ISAPRES de las denominadas enfermedades catastróficas, algunas compañías de seguros y bancos, han desarrollado seguros privados que financian estos eventos.
- d) **Instituciones privadas sin fines de lucro:** Las instituciones privadas sin fines de lucro son una opción dentro del subsector privado. Las mismas realizan prioritariamente prestaciones ambulatorias. Entre ellas se encuentran: Cruz Roja, Corporación de Ayuda al Niño Limitado (COANIL), Corporación de Ayuda al Niño Quemado (COANI-QUEM), Instituto de Rehabilitación Infantil, Iglesias de diferentes credos, Organismos no gubernamentales, etc.
- e) **Usuarios:** Los usuarios de las ISAPRES son trabajadores activos dependientes, independientes o pensionados, que cotizan en ISAPRES. También están incluidos los grupos familiares de los cotizantes. Los afiliados a las ISAPRES deben suscribir un Plan de Salud de acuerdo a sus ingresos, entre una amplia variedad de planes y empresas que operan en este mercado. Realizan un co-pago dependiente del contrato adquirido. Éste varía con el número de dependientes, su edad, la cobertura de los beneficios, etc. Con respecto a los usuarios de las Mutuales son trabajadores activos cuyas empresas se encuentran aseguradas en enfermedades profesionales y accidentes del trabajo en una mutual. También debe considerarse como usuarios del subsector privado a aquellas personas que contratan de forma individual y directa los servicios médicos necesarios, y en algunos casos los mencionados seguros privados para “enfermedades catastróficas”. Finalmente, hay que mencionar a las personas que acuden a las instituciones privadas sin fines de lucro.

6. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN SALUD

Durante la década de 1990 surgen iniciativas para involucrar a la comunidad en actividades de prevención y promoción de la salud, un ejemplo de ello es la atención primaria con enfoque familiar. El Ministerio de Salud inicia en el año 1992, en Atención Primaria, la transformación de los Consultorios a Centros de Salud, poniendo la preocupación por la salud y la persona como lo esencial de la relación con los usuarios, enfatizando la prevención y promoción como actividades centrales del proceso de atención e incorporando a la comunidad, como entidad participante en la atención de salud⁴⁵.

El Modelo de Salud Integral, que se plasma en la Atención Primaria en el Modelo Biopsicosocial con Enfoque Familiar, al tener una mirada sistémica sobre el proceso salud-enfermedad, se orienta a la mejoría de la calidad de vida de las personas, las familias y las comunidades, y se constituye en uno de los pilares fundamentales para el logro de los objetivos de la Reforma del sector salud.

En 1997 el MINSAL formuló el primer Plan Nacional de Promoción de la Salud para cada comuna del país. En ese contexto, en 1998 se creó el Consejo Nacional para la Promoción de la Salud VIDA CHILE, instancia de coordinación política superior, de carácter intersectorial que cuenta con la participación de instituciones y organismos de representación nacional, y que es presidido por el Ministro de Salud⁴⁶.

A partir de ese mismo año, se produce un cambio paradigmático en la comprensión de la salud-enfermedad. Si el proceso anterior mantenía su mirada desde la perspectiva técnica de priorizar la prevención y promoción, el nuevo desafío se aboca a incorporar el enfoque biopsicosocial y con él la perspectiva humana de la salud-enfermedad, con conceptos de malestar, vivencia de la enfermedad, atribuciones y significados personales del sufrimiento, etc.

Con la Reforma de la Salud, se introduce el concepto de redes y el Modelo iniciado en Atención Primaria, se hace coherente con un cambio global. El modelo entonces, debe impregnar a la Red.

Nuestro país presenta excelentes resultados en los indicadores clásicos de salud: los niveles de mortalidad infantil y esperanza de vida corresponden a los de países desarrollados. La reducción de la tasa de mortalidad fue el primer cambio de importancia en el país y se ha traducido en un aumento de la esperanza de vida. También es notable el

⁴⁵ Fuente: <http://www.redsalud.gov.cl/archivos/ciclovital/saludreproductiva.pdf>.

⁴⁶ Fuente: http://www.redsalud.gov.cl/temas_salud/promocion.html.

control de la mortalidad asociada a enfermedades transmisibles. Aunque con mucha menor intensidad que la mortalidad infantil, la mortalidad en edades avanzadas también ha disminuido, lo que refleja principalmente los avances médicos y tecnológicos que han permitido la prolongación de la vida. La reducción de enfermedades transmisibles, especialmente aquellas prevenibles con vacunas, ha sido uno de los éxitos epidemiológicos de la acción de salud emprendida en Chile.

A pesar de estos avances, la satisfacción de la población en lo referente a atención de salud no es alta. Un 44% de los beneficiarios del sistema de seguros privados y un 52% de los beneficiarios del sistema de seguro público se sienten insatisfechos. El sector público de salud, que atiende a más de un 70% de la población del país, atraviesa por una serie de problemas de recursos y gestión, que se traducen en colas de espera para la atención, trato inadecuado, insuficiencia de fármacos, obsolescencia de los equipos y deterioro en la infraestructura. Por su parte, las personas adscritas al sector ISAPRE cuentan con acceso a tecnología moderna, cómoda hotelería y atención expedita. Sin embargo, el sector es percibido como un sistema poco equitativo en el acceso, además de presentar deficiencias en lo relativo a la cobertura de enfermedades catastróficas⁴⁷.

Es importante mencionar que a partir del año 1990 se produce un aumento importante del gasto público en salud. Si bien un volumen importante de los recursos es utilizado en infraestructura y equipamiento, además de financiar incrementos de salarios, éstos no se traducen en una mayor productividad de los recursos ni en mejoras en la calidad de la atención o han hecho disminuir el grado de insatisfacción en la atención recibida por el usuario⁴⁸.

Según el “Informe sobre la salud en el mundo” de la OMS, en el año 2000, nuestro país padece serios problemas de discriminación y equidad debido a sus altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos, como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad, estrechamente relacionadas con los niveles de instrucción, ingreso y ocupación de las personas⁴⁹.

⁴⁷ AEDO I., *op. cit.*, p. 621.

⁴⁸ *Ibid, op. cit.*, p. 622.

⁴⁹ OMS, Informe sobre la salud en el mundo 2000, en www.oms.org.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE.

7. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LA SALUD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

A. TEXTOS CONSTITUCIONALES DE 1818, 1823 Y 1828

La constitución de 1818, dedica su capítulo 5° a los Cabildos, y establece en su artículo 2°: “Los Cabildos deberán fomentar el adelantamiento de la población, industria, educación de la juventud, hospicios, hospitales y cuanto sea interesante al beneficio público”.

La Constitución de 1822, en su Capítulo 2° dedicado a los cabildos, señala en el artículo 155°: “Subsistirán los Cabildos en la forma que hoy tienen, hasta que el Congreso determine su número y atribuciones”, por ende, no modifica la norma anterior.

La Constitución de 1823, en su Título destinado a la Dirección de Economía Nacional, específicamente en el artículo 182° señala que esta magistratura se encuentra a cargo de “la inspección y dirección del comercio, industria, agricultura, navegación mercantil, oficios, minas, pesca, caminos, canales, policía de salubridad, ornato y comodidad, bosques y plantíos, la estadística general y particular, la beneficencia pública, y en cuanto pertenezca a los progresos industriales, rurales y mercantiles”. Además, es la primera en consignar las atribuciones de las Municipalidades, entregándoles a los regidores el cuidado de los Hospitales, Hospi-

cios y de todos los Institutos de beneficencia⁵⁰ y poniéndolos a cargo de la policía de salubridad, en su Título 19°. Por otra parte, los Senadores visitantes de las provincias debían examinar la policía de socorro y beneficencia (artículo 58 N°9) y la preocupación por los hospicios, el aseo o el estudio de la medicina, podía llevar a obtener el mérito cívico (artículo 115).

La Constitución de 1828, encargó a las asambleas provinciales, inspeccionar la administración de los establecimientos de salubridad y a las Municipalidades, promover y ejecutar mejoras sobre la policía de salubridad y establecer hospitales, hospicios, panteones, casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia (artículo 114 N°8 y 122 N°2 y 6), lo cual reflejaba en esta materia el amplio grado de descentralización administrativa que aspiraba establecer el país⁵¹.

B. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1833

En ella se mantuvo el anterior criterio de dejar a las Municipalidades a cargo de la policía de salubridad y de cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos de beneficencia (artículo 128). Además, al referirse sobre las garantías de la seguridad y propiedad señalaba que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así” (artículo 151).

C. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1925

Este texto constitucional mantiene disposiciones de la Constitución de 1833 y 1923, como la norma contenida en el artículo 10° N°14 que reproduce la disposición sobre libertad de trabajo e industria a la que hicimos referencia recientemente (artículo 151, CPR 1833) o la disposición del artículo 105° cuando dice: “Les corresponde (a las Municipalidades) especialmente: “1° Cuidar de la policía de Salubridad...”, ya contenida en las Constituciones desde 1923. Para medir el alcance de esta disposición, debe tenerse muy presente que, de conformidad a lo ordenado en el artículo 101°, a las Municipalidades les corresponde “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas establecida en la ley”.

⁵⁰ PEILLARD, *op. cit.*, p. 11.

⁵¹ AMIGO, *et. al.*, *op. cit.*, p. 124.

El Presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma, propuso a la Comisión Constituyente de 1925, la indicación que le había hecho el experto en salud pública, contratado por el supremo gobierno, Dr. Long, en el sentido de consagrar en la Carta Fundamental, el principio de la obligatoriedad del Estado de velar preferentemente por la salud pública de la Nación.

La comisión acogió, sin discusión, la proposición, quedando incorporada en el capítulo de la CPR denominado “Garantías Constitucionales” en el artículo 10 N°16 sobre el Derecho a la Seguridad Social, que en su inciso 4° sostiene: “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

Ninguna Constitución anterior había contenido de manera categórica un precepto semejante, aun cuando en sus disposiciones se encontraban artículos que se ocupaban de la salud pública, pero sin la determinación, tan precisa como la de 1925, en cuanto a considerarla como una función directa del Estado.

De lo que precede, se concluye que la Constitución de 1925 encarga directamente a un Servicio Nacional de Salubridad, la tarea de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, y a las Municipalidades, la obligación de cuidar de la policía de salubridad, es decir, del aseo de las comunas o agrupaciones de comunas, en cuanto su falta pueda afectar a la salud de la población, como por ejemplo: extracción de basuras, barrido de las calles y paseos públicos⁵².

D. CONSTITUCIÓN DE 1980

Como veremos a continuación, este texto vino a reemplazar la regulación de la salud en la Constitución de 1925, por un grupo de preceptos en que se conjugan los derechos de las personas con obligaciones preferentes del Estado, todo destinado a asegurar la expedita prestación de acciones de salud a la población⁵³.

⁵² PEILLARD, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁵³ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos Constitucionales*, 2° ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1999, p. 316.

8. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD CONSAGRADO EN LA CPR DE 1980 Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

A. CONSAGRACIÓN EN LA CPR

El artículo 19 N° 9 de la CPR asegura a todas las personas derecho a la protección de la salud. Para comenzar, debemos comprender que la salud es, conforme a la definición de la OMS, “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁵⁴. El ex Ministro de Salud, don Fernando Matthei, en un oficio enviado al Presidente de la CENC concuerda con este concepto positivo de la salud y considera, además, que la salud, concebida como un elemento positivo para el individuo y para la sociedad, es un patrimonio nacional, y como tal, factor fundamental en el desarrollo del país⁵⁵.

Señala el Artículo 19 N°9: “*La Constitución asegura a todas las personas:*
9° *El derecho a la protección de la salud.*”

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

El criterio inspirador del precepto de la CPR de 1980 es que las acciones de protección, promoción y recuperación de la salud sean brindadas por instituciones públicas y privadas, y que coexistan sistemas de salud estatales y particulares, entre los cuales pueda cada persona escoger. De este modo, se evita que el Estado tenga el monopolio de la atención en Salud, y que un sistema de salud estatal único, pueda ser fuente de dominación política o ideológica sobre la población, sin dejar de lado la necesaria intervención del Estado, en un rol subsidiario, para que las

⁵⁴ La cita procede del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

⁵⁵ EVANS DE LA CUADRA, *op. cit.*, pp. 321-324.

prestaciones de salud que se brindan o se ofrecen sean idóneas y adecuadas⁵⁶.

B. OTRAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Existen otras disposiciones constitucionales que se relacionan estrechamente con el ejercicio del derecho a la protección de la salud.

El Artículo 1º inciso 4º dispone: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A su vez, el Artículo 19º prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

18º.- El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Como vimos en las Constituciones anteriores, la protección de la salud se regulaba en conjunto con la seguridad social, al separarles se da un mayor énfasis al derecho a la salud.

C. CONSAGRACIÓN EN TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

El derecho a la salud también se ve resguardado por las disposiciones de algunos tratados internacionales ratificados por Chile, entre ellos:

⁵⁶ Ibid., p. 317.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 25 N° 1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y publicado en el DO el 27 de mayo de 1989.

Artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la “mortalidad” y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 y suscrito por Chile el 5 de junio de 2001.

Artículo 10: “Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

9. ANÁLISIS DE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El debate sobre el derecho a la salud al interior de la CENC se inició en la sesión N°187, de 10 de marzo de 1976, con un proyecto relativo al contenido que el derecho constitucional debía tener. Este proyecto fue formulado a fines de 1973 por el Ministro de Salud de la época, don Alberto Spoerer⁵⁷.

Las primera opiniones de la CENC coincidieron en que la indicación propuesta por el Ministro más bien contenía “declaraciones de principios, que no obstante, ser muy importantes, no corresponden a lo que propiamente debe ser un precepto constitucional”⁵⁸. En todo caso el proyecto sirvió como punto de partida del debate.

En la CENC surgieron dudas respecto a si se podía asegurar el derecho a la salud, puesto que como señaló el miembro de la comisión, Enrique Evans, es dudoso que el “texto constitucional pueda decir tan enfáticamente que asegura el ‘derecho a la salud’, porque ella depende de una multiplicidad de factores de tipo personal que lleva a la gente a enfermarse y aun a morir, pese a la garantía del derecho a la salud”⁵⁹. El comisionado Guzmán, por su parte, se refirió a la impropiedad terminológica al hablar de “derecho a la salud, pues “nadie tiene derecho

⁵⁷ AMIGO, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵⁸ Actas Oficiales de la CENC, tomo IV, sesión N°190, 17 de marzo de 1976, p. 233.

⁵⁹ *Íbid.*, p. 239.

a la salud, pues ese derecho no se puede reclamar de nadie. Prueba de ello es el hecho de que repentinamente las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho lo pierden sin que nadie lo haya quebrantado”⁶⁰.

Relata Luz Bulnes, que a pesar de dichos reparos, se consagró la disposición y se mantuvo la norma aprobada por la Comisión como “derecho a la salud”. Sin embargo, posteriormente el Consejo de Estado precisó, a sugerencia de don Enrique Ortúzar, que se trataba de un “*derecho a la protección de la salud*”, entendiéndose que la protección es al acceso a la salud. Según la autora, esto ocurrió pues “prevaleció la idea imperante en la época (...) de no incluir entre el listado de derechos aquellos que no pueden ser exigidos del Estado y que en principio por sí solos no son justiciables”⁶¹. Fue por esto que se cambió la expresión “el derecho a la salud” por “El derecho a la protección de la salud”.

Lo que la CPR asegura a todas las personas es que la institucionalidad pone a su disposición la implementación hospitalaria y profesional existente para brindar atención de salud. La expresión “protección” puede interpretarse en dos sentidos: primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra la salud, y segundo, que debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud. Estas medidas debían ser adoptadas tanto, por el Estado como por los particulares y, en la mayoría de los casos, se traducirían en políticas que se adoptarían por la vía legislativa⁶².

En la CENC se discutió cual sería el rol del Estado en salud, si sería un rol subsidiario o si los particulares serían quienes tuvieran el papel subsidiario. Como señala Teodoro Ribera “del análisis de las actas de la Comisión de Estudio queda claro que imperó inicialmente entre algunos invitados un enfoque estatista del tratamiento del tema de la salud, proponiendo los mismos la presencia de un Estado monopolizador en el tema y reservando a los particulares un rol subsidiario. Se trataba así, de modificar en este tema, la visión general que iluminaba la Constitución que se elaboraba, donde primaba la libre iniciativa y era el Estado quien asumía dicho rol subsidiario. Fueron los miembros de la comisión, especialmente su integrante don Sergio Diez Urzúa, quienes hicieron presente en forma reiterada sus aprehensiones a dicha postura y los riesgos que conllevaba darle al Estado un rol determinante. De esta manera,

⁶⁰ *Ibid.*, p.243.

⁶¹ BULNES ALDUNATE, LUZ, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica N° 295, Chile, 2005, p. 16.

⁶² *Ibid.*, p. 17.

la visión que se plasmó en el numeral en cuestión fue cambiando desde una mirada estatista tradicional, a un rol subsidiario del Estado, reconociéndose la libertad de los individuos y la existencia de instituciones privadas de salud y de un sistema privado de salud⁶³.

En las actas oficiales de la CENC consta que sus miembros finalmente concluyeron que la discusión era meramente doctrinaria y lo importante era dejar establecido claramente, en la CPR, tanto el papel del Estado y de los particulares en materia sanitaria, como el control que debe ejercer el Estado sobre las acciones en salud⁶⁴.

10. EL PAPEL DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD

En virtud del derecho establecido en el artículo 19 N°9 de la CPR, el Estado tiene como deberes:

- Proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.
- Coordinar y controlar las acciones relacionadas con la salud.
- Garantizar, en forma preferente, la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley.

La definición constitucional también garantiza a las personas el derecho a elegir el sistema de salud, sea éste estatal o privado.

Analizaremos estas obligaciones y este derecho a continuación:

A. PROTECCIÓN LIBRE E IGUAL ACCESO A LAS ACCIONES DE SALUD

Para la CENC, la salud se concibió como un elemento positivo para el individuo y para la sociedad, como patrimonio nacional, y como tal, como un factor fundamental para el desarrollo del país⁶⁵.

La acción del Estado se ve influenciada por este cambio en la concepción de la salud, puesto que las acciones en salud ya no se limitan sólo a mejorar, sino también a prevenir, promover y recuperar la salud del individuo.

⁶³ RIBERA, TEODORO, *Informe en derecho: Constitucionalidad del fondo de compensación contenido en el proyecto de ley que modifica la ley de Isapre* en AMIGO, *et. al., op. cit.*, p. 109.

⁶⁴ Actas Oficiales de la CENC, Sesión N°192, 23 de marzo de 1976, p. 334.

⁶⁵ Actas Oficiales de la CENC, Sesión N° 192, 23 de marzo de 1976, p. 317.

En primer lugar, el Estado debe **proteger**⁶⁶ el **libre e igualitario** acceso a las acciones de salud, que son: la promoción, protección, recuperación de la salud y rehabilitación del individuo.

Por **promoción** debemos entender el impulso, el desarrollo o el adelanto; por **protección** se entiende igualmente el amparo, la defensa o la ayuda; por **recuperación** se entiende el rescate, recobro; y la **rehabilitación** se puede asimilar a la restitución o reposición.

Al Estado le corresponde crear las condiciones que permitan que las personas accedan a las acciones de salud mencionadas, a través de políticas públicas que tiendan a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, de manera que no existan discriminaciones, privilegios ni restricciones para acceder a éstas⁶⁷.

Respecto a la posibilidad de delegar las acciones de salud, basta decir que, en general, los autores concluyen que sólo son delegables las acciones que dicen relación con la recuperación y rehabilitación y que, si bien el Estado no puede estar ajeno a la ejecución de estas acciones, ello no impide la acción de los particulares.

Esta disposición se encuentra en perfecta concordancia con el artículo 1° de la CPR en cuanto dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

B. COORDINACIÓN Y CONTROL DE LAS ACCIONES RELACIONADAS CON LA SALUD

Señala luego el artículo 19 N°9 CPR, en su inciso 2° que al Estado “Le corresponderá, asimismo, la **coordinación y control** de las acciones relacionadas con la salud”.

Conforme a Evans de la Cuadra, esta obligación se traduce en “cumplir las funciones de control y coordinación de todos los sistemas, públicos y privados, y de las acciones de salud que ejecuten”⁶⁸. En debate sobre el artículo en la CENC don Sergio Díez buscando precisar el contenido de esta función del Estado señaló que, en su opinión, “el control y la coordinación están sobre las acciones integradas de la salud, sin perjuicio de que las leyes les den a las autoridades el control sanitario”. Por su parte, el señor Evans de la Cuadra, en esa misma instancia precisó que, a su modo de ver, “el precepto no quiere decir que el Estado tenga la coordinación y control de las acciones integradas de salud que realice

⁶⁶ La norma aprobada por la CENC decía “el Estado garantiza”, en el Consejo de Estado la expresión fue reemplazada por “el Estado protege”, a propuesta del consejero Carlos Cáceres.

⁶⁷ BULNES ALDUNATE, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁶⁸ EVANS DE LA CUADRA, *op. cit.*, p. 328

el propio Estado, sino que tiene la coordinación y control de las acciones de salud que se realicen en el país”. Finalmente, el señor Diez para cerrar el debate concluyó que la coordinación y el control que ejerce el Estado “opera sobre las acciones integradas, no en iniciativas individuales aisladas para cubrir determinadas áreas”⁶⁹. Tras dichas aclaraciones, el precepto fue aprobado sin modificaciones, primando la idea de que la coordinación debía estar limitada al sector público y que el control se refería exclusivamente a velar por las normas del bien común relativo a la salud; es decir, para impedir charlatanes, avisos, medicinas, drogas, etcétera⁷⁰.

En opinión de la señora Luz Bulnes, cuando decimos que al Estado le corresponde la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud, debemos entender que “la expresión ‘Estado’ comprende tanto al legislador como al Presidente de la República”⁷¹, pues si bien las políticas públicas sobre salud las coordina y controla el Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud, muchas políticas públicas son materia de ley y, por tanto, se generan ya sea a partir de un Mensaje Presidencial, como de la iniciativa parlamentaria, con las limitaciones que esto implica.

C. GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LAS ACCIONES DE SALUD

En tercer lugar, se impone al Estado el deber **preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud**, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Esta obligación no consiste en ejecutar directamente acciones de salud sino en garantizar su ejecución. Al discutirse el contenido de este precepto en la CENC se señaló que este deber del Estado, se resguardaba mediante instituciones públicas y privadas, siendo esto muy importante ya que mantiene el principio de subsidiariedad y alivia al Estado de su obligación⁷². En un artículo de la señora Luz Bulnes se menciona un dictamen de la Superintendencia de Isapres de 1996, en el que se sostiene que en virtud del mandato constitucional, el Estado es el principal obligado al cumplimiento y control del derecho a la protección de la salud⁷³.

La Constitución permite que esta obligación se cumpla ya sea a través de instituciones públicas o privadas, lo cual debe ejecutarse en la forma

⁶⁹ Actas Oficiales de la CENC, sesión N°193, 24 de marzo 1976, p.342.

⁷⁰ Actas Oficiales de la CENC, sesión N°190, 17 de marzo de 1976, p. 330.

⁷¹ BULNES ALDUNATE, *op. cit.*, p. 18.

⁷² Actas Oficiales de la CENC, sesión N°194, 25 de marzo de 1976, p. 359.

⁷³ BULNES ALDUNATE, *op. cit.*, p. 19.

y condiciones que determinen las leyes. Estas leyes varían dependiendo de si se trata del sistema público o privado.

El sistema público está regulado por el DFL N°1 de 2006, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DLN° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.469 y N° 18.933. En el Libro II de dicho DFL, se regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y se crea un régimen de prestaciones de salud.

Artículo 131: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

Artículo 134: “Establécese un Régimen de Prestaciones de Salud, denominado en adelante el Régimen, sujeto a las disposiciones de este Libro.

Sus beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en este Libro en las condiciones que él establece”.

El artículo 132 prohíbe a los establecimientos asistenciales que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, negarles atención a quienes la requieran o condicionarla al pago previo de las tarifas o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 146 y 159. El artículo 133 hace responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República a los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud.

El Sistema Nacional de Servicios de Salud se encuentra definido en el artículo 2° inciso 2° del DFL N°1 que señala:

“Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema”.

Como hemos visto anteriormente, el SNSS está conformado por organismos muy variados, como los centros de atención primaria, a cargo de los municipios, los Servicios de Salud, presentes a lo largo del territorio, compuestos por hospitales de distintos grados de complejidad, postas, consultorios urbanos y rurales y estaciones médico rurales y los prestadores privados contratados por el sector público, entre otros.

El sistema privado, también se encuentra regulado por el DFL N°1, que contiene el texto vigente de la antigua Ley N° 18.933, que regulaba a la Superintendencia de Isapres y, por ende, el otorgamiento de presta-

ciones de salud por dichas instituciones. Actualmente, la Superintendencia de Salud es la continuadora legal de la antigua Superintendencia de Isapres, y sus atribuciones se encuentran en el artículo 107 del DFL N°1.

Artículo 107: “Corresponderá la Superintendencia supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsual, en los términos que señale este Capítulo, el Libro III de esta Ley y las demás disposiciones legales que sean aplicables, y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley en relación a las Garantías Explícitas en Salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen”.

“Asimismo, la Superintendencia de Salud supervigilará y controlará al Fondo Nacional de Salud en todas aquellas materias que digan estricta relación con los derechos que tienen los beneficiarios del Libro II de esta ley en las modalidades de atención institucional, de libre elección, y lo que la ley establezca como Garantías Explícitas en Salud”.

“Igualmente, concernirá a la Superintendencia la fiscalización de todos los prestadores de salud públicos y privados, sean éstos personas naturales o jurídicas, respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares establecidos en la acreditación”.

Por ende, actualmente tanto el sistema privado como el público se encuentran sometidos a la regulación del DFL 1 y a la supervigilancia de la Superintendencia de Salud.

Este artículo, en su primer inciso, le encomienda al legislador la importante tarea de dar contenido a las condiciones y forma en que se deben otorgar las acciones en salud. Esta obligación tiene como límites, el control de constitucionalidad (a priori o a posteriori) y la garantía establecida en el artículo 19N°26.

D. DERECHO A ELEGIR EL SISTEMA DE SALUD

Tras establecer los deberes del Estado en orden a proteger la salud, el artículo 19 N°9 de la CPR en su inciso final garantiza el derecho individual de la persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea estatal o privado. Este derecho individual, permite el libre acceso a dicho sistema, público o privado, en un plano de igualdad con todas las personas que escojan el mismo sistema. Si bien actualmente no existe “libertad” para elegir entre los diversos sistemas, puesto que éstos se diferencian principalmente debido a su valor económico, es importante recalcar que a lo que aspira el Estado es a la posibilidad de una persona de elegir la institución en la que desea atenderse y el médico que la atienda.

Es por ello que actualmente la Superintendencia de Salud cuenta con dos medios para hacer más fácil a las personas elegir la institución y al médico que desean. Por un lado, permite que a través de su sitio web, los prestadores accedan a toda la información necesaria para acreditarse conforme al procedimiento establecido en los Manuales de Acreditación para prestadores Institucionales de Salud y sus circulares explicativas. La Acreditación es un proceso periódico de evaluación, al cual se someten los prestadores institucionales autorizados por la Autoridad Sanitaria -hospitales, clínicas, centros ambulatorios y laboratorios- para verificar el cumplimiento de un conjunto de estándares de calidad fijados y normados por el Ministerio de Salud⁷⁴. La finalidad de este proceso es que algún día los prestadores institucionales cuenten con la calidad necesaria y si no lo hacen, las personas puedan elegir irse a otra institución que sí cumple los requisitos. Sin embargo, aún no se cuentan con suficientes medios personales e institucionales para permitir a las personas una elección completamente libre. Una segunda herramienta que busca cooperar con la libre elección del profesional es la existencia de un Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, que permite consultar si una persona está legalmente habilitada para ejercer su profesión en el país y contiene información sobre médicos cirujanos y cirujanos dentistas, enfermeros, matrones, tecnólogos médicos, psicólogos, kinesiólogos, etc. Estos prestadores serán incorporados al Registro, en la medida que las Universidades del país informen oficialmente a la Intendencia de Prestadores, respecto de los títulos profesionales otorgados.

E. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la libre elección del sistema de salud, consagrado en el artículo 19 N°9 de la CPR, viene a reafirmar el principio rector de la libertad que se encuentra a lo largo de nuestra Constitución, y además, confirma la coexistencia de los sistemas público y privado a los que ya nos referimos. Es de tal relevancia este derecho, que el artículo 20° de la CPR, que contempla la acción de protección ante los Tribunales de Justicia, prescribe que sólo respecto al artículo 9° inciso final cabe recurrir ante la Corte de Apelaciones por sufrir privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de éste.

Explica el señor Barnetto de Andrade que el derecho a la protección de la salud prácticamente ha sido excluido del mecanismo procesal contemplado a nivel constitucional, al no estar comprendido dentro de los numerales del artículo 20° de la CPR y que “aquella situación condujo

⁷⁴ Fuente: www.superdesalud.gob

a que tradicionalmente se entendiera que por esta vía sólo se protege la libertad para elegir a cual subsistema (público o privado) acceder, pero no las prestaciones materiales que permitan hacer efectivo este derecho económico y social”⁷⁵.

Ha sido discutido en los Tribunales Superiores de Justicia la posibilidad de fundamentar la acción de protección en el Derecho a la Protección de la Salud, llegando a una respuesta negativa, ya que además de no encontrarse dentro del marco restringido de derechos protegidos por dicha acción, el Derecho a la Protección de la Salud se considera “de naturaleza programática, cuya concretización dependería de la formulación e implementación de políticas públicas por parte del Ejecutivo”⁷⁶, no debiendo los Tribunales indicar las maneras para dar cumplimiento a dicho derecho. Las posturas respecto a la posibilidad de los Tribunales de obligar a dar cumplimiento al derecho a la salud, más allá de la libertad de elección del sistema, han sido dos.

Por un lado, las Cortes de Apelaciones, haciendo referencia al artículo 5° CPR, que consagra el deber del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (vida, la integridad física y psíquica y la salud), y al artículo 19 N°1 CPR, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, han podido resguardar el derecho a la protección de la salud. Han señalado en sus resoluciones que es deber del Estado la entrega de tratamientos a pesar de la falta de recursos financieros⁷⁷, y la obligación de este mismo, genérica y por tanto incondicional, de proveer los medicamentos necesarios para preservar estos derechos fundamentales⁷⁸. Una sentencia de la C.Ap. Stgo. señaló que si bien el derecho de protección a la salud no se encuentra amparado por el artículo 20, éste constituye “un derecho garantizado a todas las personas por la Carta primera, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para un adecuada administración de justicia”⁷⁹, dicho eso determinó que FONASA entregase el medicamento requerido para la dolencia que padecía la recurrente.

La C.S., por su lado, ha opuesto resistencia a considerar al derecho a la protección de la salud como un derecho subjetivo, constitucional,

⁷⁵ BARNETTO DE ANDRADE, RICARDO, y GALLEGOS ZUÑIGA, JAIME, *El derecho a la salud en Chile: hacia un rol más activo y estructural del Estado en el aseguramiento de este derecho fundamental*, Gaceta Jurídica N°373, CHILE, 2011, pp.49-50.

⁷⁶ *Ibíd.*, p.53.

⁷⁷ Corte de Santiago, 28.08.2001, rol N°3.025/2001.

⁷⁸ Corte de Temuco, 15.07.2008, rol N°405/2008.

⁷⁹ Corte de Santiago, 24.11.2009, rol N°7766/2009, confirmada por CS, 28.01.2010, rol N° 9.317/2009.

exigible judicialmente. El Tribunal Superior ha dictado sentencias que revocan las de las Cortes de Apelaciones e impiden que las políticas públicas sean objeto de apreciación judicial. Ha dicho la C.S. que “atañe a las autoridades de salud llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado, acorde con los medios de que se disponga para ello y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía”⁸⁰. Un argumento presente en diversas decisiones de la C.S. para negar sustento a la estrategia de accionar de protección por una prestación de salud fundamentándose en los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica, ha sido que la amenaza a dichos derechos “no resulta atribuible, en los términos establecidos por el artículo 20 de la Constitución Política, a la conducta del Ministerio de Salud, sino que está causada por una patología incurable”⁸¹.

Aun no existe un criterio claro sobre la posible actuación de los tribunales respecto de las políticas públicas en salud. La doctrina también se ve dividida. Por una parte están quienes destacan el esfuerzo de algunos por resguardar el derecho a la salud y estiman que son los Tribunales ordinarios de justicia quienes deben, a través de una interpretación extensiva y sistemática del ordenamiento jurídico constitucional, reconocer que el derecho a la salud es fundamento autónomo, habilitante para poder deducir la acción de protección⁸². Por otro lado hay quienes ven en estos fallos un peligro pues consideran que en ellos se estarían consagrando garantías judiciales que la propia constitución no establece y se estaría transgrediendo el principio de separación de poderes.

11. LA REFORMA A LA SALUD

A. QUÉ SE ENTIENDE POR REFORMA A LA SALUD

Don Carlos Huneeus ha señalado que el concepto ‘reforma’, referido a transformaciones sociales, se ha entendido como las transformaciones profundas dentro de una institución específica del sistema social⁸³. Países como Colombia y Estados Unidos han iniciado reformas en sus sistemas de salud en los últimos años. Colombia desde 1993 pretende transformar

⁸⁰ CS, 9.10.2001, rol N° 3.599/2001.

⁸¹ C. S., 16/12/2009, rol N° 8.513/2009.

⁸² BARNETTO DE ANDRADE y GALLEGOS ZUÑIGA, *op. cit.*, p. 69. Una postura similar se puede encontrar en BULNES ALDUNATE, *op. cit.*

⁸³ HUNEEUS, CARLOS, *Concepto y fundamentos de la Reforma Universitaria en América Latina*, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 14, No. 14, Chile, 1972, p.1.

el viejo Sistema Nacional de Salud, de corte asistencialista estatal y caracterizado por su organización vertical y planeación centralizada, en un Sistema General de Seguridad Social en Salud, basado en el aseguramiento, la competencia de administradoras del seguro y prestadores de servicios, con un enorme componente de solidaridad redistributiva para financiar a los ciudadanos más desposeídos. En Estados Unidos por su parte, a principios de 2010 se aprobó la reforma del sistema de salud, que busca lograr tres objetivos principales: expandir la cobertura médica como paso a acceder a una cobertura universal, controlar los siempre crecientes costos del sistema de salud y mejorar el sistema de prestación de la salud.

En Chile, una vez transcurrida la década de los ochenta y terminado el Gobierno Militar, las autoridades de la Concertación de Partidos por la Democracia llegaron al Gobierno sabiendo que existían necesidades de cambios en materia de salud. Fue así como se comenzó a hablar de una reforma inspirada en criterios de **eficiencia**, en el manejo de recursos, maximizando la calidad del servicio y la satisfacción del usuario y **equidad**, tendiente a garantizar a todas las personas, independiente de su condición económica, un conjunto de prestaciones de salud adecuadas frente a las diferentes patologías.

B. OBJETIVOS Y ESTRATEGIAS DE LA REFORMA

Esta Reforma de Salud tiene como objetivos:

- Mejorar la salud de la población, prolongando la vida y los años de vida libres de enfermedad.
- Reducir las desigualdades en salud.
- Mejorar la salud de los grupos menos favorecidos de la sociedad⁸⁴.

Las estrategias generales que se han definido para alcanzar los objetivos de la Reforma de la Salud son las siguientes⁸⁵:

1. Fortalecimiento de la autoridad sanitaria y de la salud pública.

Para ello se crearon dos subsecretarías:

Subsecretaría General de Redes, cuya misión es la de regular y supervisar el funcionamiento de las redes de salud a través del diseño de

⁸⁴ BASTIAS, GABRIEL, y VALDIVIA, GONZALO, *Reforma de salud en Chile; el plan AUGE o régimen de garantías explícitas en salud (GES). Su origen y evolución en "Boletín de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile"*, Volumen 32º, N°2, Chile, 2007, p. 51.

⁸⁵ GARAY, GRACIELA, ILLANES, ANTONIA. *Tutela constitucional del derecho a la protección de la salud y su repercusión en la salud pública*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 81-83.

políticas, normas, planes y programas para su coordinación y articulación, que permitan satisfacer las necesidades de salud de la población usuaria, en el marco de los objetivos sanitarios, con calidad y satisfacción usuaria.

Subsecretaría de Salud Pública, responsable de asegurar a todas las personas el derecho a la protección en salud ejerciendo las funciones reguladoras, normativas y fiscalizadoras que al Estado de Chile le competen, para contribuir a la calidad de los bienes públicos y acceso a políticas sanitario-ambientales de manera participativa, que permitan el mejoramiento sostenido de la salud de la población, especialmente de los sectores más vulnerables, con el fin de avanzar en el cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la década.

De esta manera se logra un mayor control y fiscalización en ámbitos distintos pero complementarios de la atención en salud y con mayor autonomía de estos organismos para desarrollar su labor.

2. Funcionamiento en Red:

Los problemas de salud son competencia de una red integrada, que opera en distintos niveles: Atención primaria, especialistas, hospitales, clínicas privadas. Cada establecimiento no trabaja aislado de los demás.

3. Fortalecimiento de la atención primaria:

Como puerta de entrada al sistema, es muy importante que funcione de manera eficiente. Los consultorios y postas son el principal punto de contacto con las personas, la atención debe ser cercana y digna. En los países modernos, es allí donde se resuelve buena parte de la atención esencial en salud⁸⁶.

4. Plan de acceso universal con garantías explícitas en salud:

A contar de julio de 2005 comenzó a operar, tanto para el sistema público como para el privado, el plan AUGE. Se transforman en derechos exigibles las garantías de acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera de las prestaciones asociadas a las patologías que son decretadas como cubiertas, que actualmente ascienden a 80⁸⁷.

⁸⁶ Mensaje del Presidente Ricardo Lagos del 21 de Mayo de 2001.

⁸⁷ Cifra correspondiente al 7 de noviembre de 2013.

5. Mejora de la Gestión y control de los costos:

Los costos del sector tienden a subir como una consecuencia del cambio de perfil epidemiológico de la población. El sector salud debe ser extraordinariamente eficiente en el uso de sus recursos para amortiguar el impacto de esta tendencia creciente de costos.

6. Participación de la población:

A través de campañas sanitarias se invita a los chilenos a tener un rol activo en la mantención de una vida saludable. Se busca que el Ministerio de Salud fortalezca la generación de condiciones institucionales, establezca procedimientos y aplique instrumentos programáticos orientados a incorporar la participación ciudadana en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas. El objetivo es institucionalizar prácticas regulares de inclusión de la ciudadanía. Se establece el derecho del ciudadano a la información pública, a la no discriminación y el respeto a la diversidad⁸⁸.

C. BREVE ANÁLISIS DE LAS LEYES QUE COMPONEN LA REFORMA

“La dignidad de la persona humana será el centro de la reforma a la salud”⁸⁹. El 21 de Mayo de 2002, el ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar señaló en su mensaje presidencial que enviaría al Congreso Nacional cinco proyectos de ley que serían los ejes principales de la Reforma en Salud que dos años antes, en esta misma instancia, se daba a conocer como uno de los importantes proyectos de su Gobierno. Todas esas iniciativas legales se convirtieron en las siguientes leyes:

- a) Ley N° 19.895, que establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a Instituciones de Salud Previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros. Es conocida, también, como “Ley Corta de Isapres”.
- b) Ley N° 19.937, que establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalece la participación ciudadana. Es conocida, también, como “Ley sobre Autoridad Sanitaria”.
- c) Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud. Es conocida, también, como “Ley AUGE”.

⁸⁸ GARAY, *op. cit.*, p.83.

⁸⁹ Mensaje del Presidente Ricardo Lagos E. del 21 de Mayo de 2001.

d) Ley N° 20.015, que modifica la Ley N° 18.933 sobre Instituciones de Salud Previsional. Es conocida, también, como “Ley Larga de Isapres”.

5. Ley 20.584, que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Es conocida también como “Ley de derechos y deberes de los pacientes”. Fue la última en dictarse, entró en vigencia el 1 de octubre del año 2012 y es el objeto de nuestro estudio.

Además de las cinco leyes de fondo mencionadas, cabe tener presente que el 13 de agosto de 2003 se dictó la Ley N° 19.888, la que estableció el financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del Gobierno, entre los cuales estaba, por cierto, la Reforma de la Salud.

Con miras al objetivo de aumentar la participación ciudadana, en el marco la Reforma, se promulgó la Ley N°20.584 sobre Derechos y Deberes de los pacientes. En junio de 2001, don Ricardo Lagos Escobar envió el proyecto de ley “Sobre los derechos y deberes de las personas en salud” que constituyó la primera etapa de la Reforma a la Salud. Sin embargo, sería otro el destino de dicho proyecto, pues como veremos a continuación, dicha ley no logró su promulgación sino hasta el año 2012 y con muchos cambios.

12. LA LEY 20.584

A. EL PROYECTO DE LEY DE 2001

Como hemos dicho, el año 2001 trajo consigo el inicio de una importante reforma al sistema de salud chileno, implementada por el gobierno de don Ricardo Lagos. Con fecha 8 de junio de 2001, y como parte de la primera etapa de la reforma de salud, fue enviado al Congreso el proyecto de Ley sobre derechos y deberes de las personas en salud.

En el mensaje presidencial se establece que de conformidad con lo señalado en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile, “resulta indispensable el establecimiento y regulación de importantes categorías de derechos de las personas, tales como el derecho a la información, el derecho a un trato digno, el derecho a la privacidad, el derecho al libre acceso a las acciones de salud y el derecho al consentimiento informado, todo ello en consonancia con la tendencia internacional actual en la materia (en una ley) que dé cuenta en forma expresa, de los derechos específicos de las personas cuando

solicitan atención o ingresan con carácter de pacientes a las instituciones públicas o privadas de salud, y que regule la relación entre las personas y los prestadores de salud ”.

La ausencia de un catálogo o carta que contuviera los derechos específicos de las personas que solicitan atención o los pacientes de las instituciones públicas y privadas, hacía difícil regular la relación entre las personas y los prestadores de salud.

En nuestro país, se dio inicio a la regulación de los derechos de las personas en salud, a través de una Carta de los Derechos de los Pacientes, firmada entre el Gobierno y FONASA en 1998, exclusiva para los asegurados del sistema. Entre los derechos establecidos en ella se encuentran: Derecho a recibir atención de salud; Derecho a acceder a los servicios de FONASA a través de sus canales de contacto; Derecho a exigir el cumplimiento de las garantías del AUGE; Derecho a recibir atención en caso de urgencia con riesgo vital, sin la exigencia de cheque en garantía; Derecho a examen preventivo gratuito; Derecho a recibir y dar un trato digno y respetuoso; Deber de mantener su información actualizada en FONASA; y Deber de hacer un buen uso del seguro público de salud.

Al tratarse de la primera iniciativa legal de la Reforma a la salud, el proyecto daba una señal en cuanto a que las personas constituirán el centro de la reforma, más allá de las decisiones que se adoptaran respecto del tipo de reforma que en definitiva se adoptaría. En palabras del presidente Lagos “nada sacamos con modificar o reestructurar el financiamiento, la administración de los establecimientos o regular lo relativo a la autoridad sanitaria, sino establecemos previamente los derechos y deberes fundamentales que todos tenemos y podemos exigir en salud⁹⁰”. La discusión del proyecto concluyó en el archivo del mismo con fecha 26 de abril de 2006 y no se logró aprobar un el proyecto de ley sobre este tema sino hasta el año 2012.

El proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en salud enviado como primer paso de la Reforma a la Salud en el año 2001, desató una gran cantidad de discusiones en todo ámbito de la sociedad. Juristas, abogados, jueces, médicos, mundo académico y distintas agrupaciones y asociaciones vieron en esta iniciativa una oportunidad de discutir sobre temas que antes parecían reservados sólo a expertos.

Hablar sobre derechos de los pacientes se hizo algo común en hospitales y universidades, y la consagración legal del consentimiento in-

⁹⁰ Mensaje N° 038-344 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud, 8 de junio de 2001, p.9

formado atrajo el interés de académicos, profesionales y religiosos. La regulación de la muerte digna, enriqueció el debate sobre la medicina en los límites de la vida, centrándose en la posibilidad de armonizar el rechazo del ensañamiento u obstinación terapéutica, pero evitando al mismo tiempo, los distintos abusos que pudieran llegar a cometerse.

El proceso llevado a cabo incluyó el Informe de la Comisión de Salud, la Discusión General del proyecto en la Cámara de Diputados, dos boletines de indicaciones dictados por el presidente Lagos y finalmente, el archivo del proyecto.

En el Informe de la Comisión de Salud, se vertieron varias opiniones interesantes, por distintos actores que participaron en la discusión de dicho informe. Entre estos comentarios, destaca el de la Dra. Michelle Bachelet, quien señaló que era muy importante contar con una norma legal que contuviera los derechos de las personas en salud, pues desde el año 1990, la Organización Mundial de la Salud inició una campaña, a nivel de los gobiernos para instarlos a la promulgación de cuerpos legales referidos a los derechos en materia de salud. Recordó que el primer país que promulgó una ley sobre este tema fue Finlandia en el año 1992 y que en Europa, actualmente, varios países cuentan con legislación y políticas explícitas sobre los derechos de las personas en salud y derechos del paciente. En América Latina, Ecuador y Argentina cuentan con una ley sobre la materia⁹¹.

El ex director del colegio médico, don Juan Luis Castro, sobre el proyecto propiamente tal, expresó su preocupación por el estatus jurídico de la ley, ya que el proyecto de 2001, en su artículo 2, condicionaba los derechos y deberes de las personas a las restricciones o limitaciones propias de los sistemas de salud de los cuales era beneficiario, es decir, de FONASA o ISAPRES. En su opinión, había entendido que esta ley contenía derechos garantizables universalmente y por tanto, una determinada jerarquía, que la ponía por sobre los sistemas de salud que cada individuo pudiera tener. Estimaba que esto podría conducir a que el cumplimiento de los derechos quedara supeditado a los recursos disponibles, por lo que bastaría que un establecimiento declarara la falta de recursos, para no cumplir con la ley⁹². Estas limitaciones fueron eliminadas en la primera indicación sustitutiva enviada por el Presidente, en que se señaló que la ley se aplicaría frente a cualquier tipo de prestador de acciones o prestaciones de salud, público o privado, con prescindien-

⁹¹ Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud, boletín N° 2727-11, 10 de diciembre de 2002, p. 2-3.

⁹² Ibid. p.5.

cia de las normas del sistema de salud al que perteneciera o se encontrara afiliada la persona.

En la discusión y votación en general, se acotó que, siendo este proyecto la primera iniciativa de la reforma de salud, que abarca otras materias además de los derechos y deberes de los pacientes, los fundamentos y objetivos del mismo son de gran importancia. Se consideró que la iniciativa fortalecería los derechos de las personas en cuanto a libre acceso y oportunidad de la atención⁹³.

La única objeción de fondo, dice relación con el establecimiento de un conjunto de derechos, sin que exista claridad respecto de la reforma propiamente tal, especialmente en lo relacionado con la aprobación de las distintas iniciativas legales, ya que ello podría generar expectativas sin contar con los recursos, disposición ni organización del sistema para proporcionar las prestaciones en las condiciones y oportunidad que señala el proyecto. Se estima que el proyecto consagra sólo un aspecto de los derechos del paciente, los que, sin otras iniciativas, no se podrán materializar. Entre ellas, el proyecto sobre garantías explícitas del sistema AUGE, que establece garantías que hacen que los derechos sean exigibles. Esta iniciativa y el proyecto sobre derechos en salud son complementarios⁹⁴.

Sin embargo, en opinión de la comisión, el proyecto sobre derechos y deberes de los pacientes debe ser considerado como parte de una reforma más amplia, que incluya una reforma de la Constitución Política que establezca claramente el derecho al acceso a la salud en forma específica y no sólo en forma general, como lo contempla actualmente⁹⁵.

En el debate, se destacó también que el proyecto responde a la necesidad del Gobierno de dar inicio en esta oportunidad a la reforma de la salud. Por ello, se pensó que esta iniciativa podría ser la primera de este proceso, aun cuando se opinó que este proyecto perfectamente podría haber sido el último de la reforma, ya que lo que pretende precisamente es garantizar los derechos que plantea el plan AUGE, que es de donde surge la posibilidad de establecer derechos y deberes de los pacientes, puesto que es difícil pensar en consagrar derechos si no existe regulación en cuanto a la autoridad sanitaria ante la cual se podrá reclamar, cuando no se cumpla con los derechos garantizados, especialmente en lo relacionado con las atenciones proporcionadas por el sector público⁹⁶.

⁹³ Ibid. p. 6.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Íbid. p. 7.

Durante la discusión particular en la Cámara de Diputados, el Ministro de Salud, Osvaldo Artaza, señaló algunas de las modificaciones hechas al proyecto por medio de la indicación sustitutiva hecha por el Presidente Lagos, con el objeto de hacer compatible el proyecto con las otras iniciativas que conformaban la Reforma de Salud y se encontraban en distintas etapas de tramitación en el Congreso Nacional. Entre estas modificaciones se encuentran: las hechas a las normas que configuran el ámbito de aplicación de la ley; la eliminación del artículo 4º, sobre el derecho a la protección de la salud; la inclusión de un intérprete que facilite la comunicación de la persona con el médico; la inclusión de creencias indígenas en el párrafo sobre el derecho a tener asistencia espiritual; la obligación de todos los establecimientos de colocar en un lugar público y visible la carta de derechos de los pacientes; el derecho a conocer la identidad de los profesionales y paramédicos que atienden a la persona y el derecho a conocer al profesional encargado de su tratamiento, etcétera⁹⁷.

Luego de esta discusión, el proyecto debía pasar a la Comisión de Salud para un segundo informe, sin embargo, el 15 de enero de 2004, se retira la urgencia Simple del proyecto y el 7 de marzo de 2006, el Ejecutivo solicita su archivo, a lo que se accede por parte de la Cámara⁹⁸.

B. PROYECTO DE LEY DE 2006

En julio del año 2006, la presidenta Michelle Bachelet en uso de sus facultades, y como culminación del proceso de Reforma a la Salud que se inició con el envío al Congreso del Proyecto de ley sobre derechos y deberes, presentó el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Este proyecto representa el trabajo hecho a partir del texto del año 2001 que fue aprobado en general por la Cámara de Diputados en primer trámite reglamentario, con los cambios que, a juicio del Ejecutivo, permiten delimitar mejor su contenido, a fin de facilitar la discusión legislativa de éste.

Señala la ex mandataria en el mensaje presidencial que este nuevo proyecto contiene varias fuentes de inspiración. El proyecto del año 2001, los debates dentro de la Comisión de Salud, las mociones parlamentarias de algunos diputados, las opiniones de expertos en la materia y la regulación contenida en tratados internacionales sobre derechos de

⁹⁷ *Ibid.* p. 8-10.

⁹⁸ Cámara de Diputados, Oficio N° 6131 de 20 de abril de 2006.

las personas, son algunas de las fuentes de inspiración de este nuevo proyecto que, en palabras de la Presidenta Bachelet, “más que proponer derechos “nuevos”, busca la explicitación de derechos contenidos en dichos instrumentos y en nuestra propia Carta Fundamental, pero aplicados esta vez a las situaciones concretas que se producen en la atención de salud” .

C. ANTECEDENTES LEGALES DEL PROYECTO DE 2006

Este nuevo proyecto de ley tiene como antecedentes los siguientes cuerpos normativos e instrumentos:

- El proyecto de ley de derechos y deberes de los pacientes presentado el año 2001.
- El debate que los integrantes de la Comisión de Salud de la H. Cámara de Diputados han hecho durante los años en que el mensaje del Ejecutivo sobre derechos y deberes de las personas en salud ha estado en tramitación.
- El artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas derecho a la protección de la salud.
- El DFL N°1/2006, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes N° 18.469 y N° 18.933.
- La Ley N°19.966/2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud.
- La carta de derecho de los pacientes, firmada entre el Ministerio de Salud y el Fondo Nacional de Salud, vigente desde 1998.
- La moción parlamentaria del año 2000, Boletín N° 2597-11, “Sobre Derechos de los Pacientes”, presentado por los señores Guido Girardi, Enrique Jaramillo, Antonio Leal, Adriana Muñoz, María Antonieta Saa y Salvador Urrutia.
- La moción parlamentaria del año 2006, Boletín 4270-11, “Sobre Derechos de los Pacientes”, presentada por señores Guido Girardi, José Antonio Gómez, Alejandro Navarro, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide.
- Los mensajes presidenciales sobre derechos y deberes de las personas en salud.
- Las indicaciones parlamentarias que se presentaron durante la tramitación de los proyectos.

Los derechos que esta ley garantiza, son también objeto de protección en distintos instrumentos de derecho internacional tales como pactos,

convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Entre éstos se encuentran:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Declaración de los Derechos del Niño (1959)
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969)
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

D. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY

En el mensaje de la Presidenta Bachelet con el que se inicia el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de junio de 2006, se consagran los principios inspiradores de dicha ley, que son los siguientes:

a) Dignidad de las personas. La dignidad inherente a la condición humana ha sido reconocida como fuente y explicación de los derechos humanos. El valor especial y único de cada miembro de nuestra sociedad, constituye a las personas en el fin de toda norma y estructura social. Sin embargo, la relación médico paciente ha sufrido de una deshumanización fuerte debido en parte al desarrollo científico y tecnológico, sumado a la progresiva institucionalización en la prestación de los servicios de salud. Tratar a las personas como fines en sí mismos, es responder al mandato que los derechos humanos nos hacen. La regulación de los derechos en salud se relaciona con estos derechos y tienen como figura central a la persona humana. Los sistemas de salud, públicos y privados, deben mejorar el trato que reciben las personas atendidas, quienes deben ser más que un número o una fuente de ingreso. Debe lograrse o en opinión de algunos, retornarse a la relación prestador–persona, caracterizada por la cercanía del profesional tratante con el paciente y su familia. Además, siempre debe existir un trato respetuoso y velar por la privacidad de la persona. De esta y otras maneras esta ley respeta la dignidad de las personas, que debe ser un principio inspirador siempre y en todo momento, especialmente en situaciones de necesidad, como ocurre cuando solicita atención de salud.

En la Ley N° 20.584, el párrafo 2 asegura el derecho a un trato digno, exigiendo ciertas actuaciones de parte de los prestadores. Además, cuando se trata el estado de salud terminal se señala que toda persona tiene derecho a vivir con dignidad si se encuentra en ese estado. Finalmente,

si se emplean medidas de aislamiento o contención física y farmacológica a personas con discapacidad psíquica o intelectual, éstas deberán llevarse a cabo con pleno respeto a la dignidad de la persona a quien se le aplican tales medidas.

b) Autonomía de las personas en su atención de salud. Respetar la dignidad de las personas no pasa sólo por declararlo. En la ley se adoptan medidas concretas que miran a la dignidad de las personas, empujando por el respeto a la libertad que tiene cada individuo para ejercer control sobre su propio cuerpo y decidir sobre el entorno que concierne a su integridad y al ejercicio de sus derechos. Este proyecto busca precisamente reconocer dicho espacio de soberanía personal, estableciendo entre sus disposiciones, la protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica y la autonomía de las personas en su atención en salud. Teniendo en consideración los consensos nacionales e internacionales, no se queda en la mera formulación general, haciéndose cargo de distintas situaciones, las que, por su importancia, describiremos a continuación.

c) Derecho de las personas a decidir informadamente. El ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que éstas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento. Este derecho, tiene como requisito para su correcto ejercicio, el cumplimiento del deber de informar, correlativo al derecho a ser informado. En principio, el derecho a otorgar o denegar la voluntad para todo tratamiento, sólo tiene como limitaciones: razones de salud pública, que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia o que no sea posible recabar la voluntad de la persona ni la de su representante legal.

Respecto de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado, se han reglamentado de manera especial, exigiéndose que la información y la decisión deban constar por escrito.

d) Respeto de las personas en situación de salud terminal. Se contempla el derecho de las personas en situación de salud terminal a vivir con dignidad. Como consecuencia de ello, se plantea la posibilidad de que la persona atendida pueda rechazar tratamientos que estime desproporcionados e innecesarios. Lo que se busca es garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión. Se consagra la posibilidad de “limitar del esfuerzo terapéutico”, con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación

terapéutica, de manera que una persona puede tener una muerte digna, junto a sus familiares, y siempre contando con los cuidados paliativos y las medidas de soporte ordinario correspondientes. Esta decisión tiene como único límite la situación que se da cuando, producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública. Sin perjuicio de la posibilidad de negarse a un tratamiento, se prohíben las prácticas destinadas a acelerar artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o de la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias. Por último, se señalan los mecanismos para solucionar las situaciones de duda o de conflicto entre la recomendación médica y la decisión de la persona atendida o quienes tengan la facultad de subrogar su decisión.

e) Respeto de la autonomía frente a la investigación científica. A pesar de la regulación que se ha hecho respecto a este tema, tanto en la Ley N°20.120, como en declaraciones y convenciones internacionales, como el Código de Nüremberg, la Declaración de Helsinki, la Declaración de Ginebra (ambas de la Asamblea Médica Mundial), la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos de la Unesco⁹⁹, persiste la necesidad de regular a través de herramientas legales, el efectivo el respeto del derecho a no ser sometido a investigaciones científicas, sin la información previa necesaria para un adecuado consentimiento. Es por ello, que el párrafo destinado a la protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica consagra el consentimiento informado libre, expreso y exento de toda presión para participar en protocolos de investigación científica. Esto es especialmente importante para las personas durante su atención en salud, ya que se encuentran en una situación vulnerable, en que no deben ser discriminadas en razón de su decisión, ni expuestas a riesgos y peligros innecesarios o desproporcionados. Será el Ministerio de Salud quien deba reglamentar y regular los aspectos necesarios para la actividad científica en Chile, respetando los criterios y exigencias éticas para que dichas actividades se desarrollen respetando los derechos de las personas que participan en ellos.

f) Respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Un párrafo especial de la ley regula los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. En éste, se ha buscado reducir de manera considerable la discriminación que estos grupos han sufrido y darles la mayor autonomía posible, siempre teniendo como principios

⁹⁹ Chile no es parte en ninguna de estas convenciones.

rectores el respeto a la dignidad de la persona y su autonomía. Esto, sin embargo, no estuvo exento de polémica, puesto que el texto final de la ley no incluyó la posibilidad que surgía en el proyecto para la persona que sufre de dicha discapacidad, de nombrar autónomamente un representante personal. A pesar de ello, se consagran importantes cambios, como una mayor restricción de los casos de hospitalizaciones involuntarias y tratamientos irreversibles; la existencia de requisitos para el uso de medidas de aislamiento o contención física y farmacológica; además se contempla la existencia de una comisión a nivel nacional y comisiones regionales de protección de derechos de las personas con enfermedades o patologías de carácter mental. Las personas son consideradas como capaces de manifestar su voluntad a menos que su estado lo impida, frente a lo cual también existen requisitos para someter a una persona a tratamientos involuntarios.

g) Confidencialidad de la información de salud. Este principio se refleja, en primer lugar, en la entrega de información que se hace exclusivamente a la persona, a menos que ésta se encuentre imposibilitada de recibirla, caso en el que se hará entrega de la información respecto a su estado de salud a su representante legal o por último, a quien lo tenga bajo su cuidado.

Por otro lado, la confidencialidad de la información de salud se presenta en relación al régimen de acceso al contenido de la ficha clínica. Respecto a ésta, el proyecto establece el respeto a la privacidad de la atención de salud misma y a que la información que surja de dicha atención, sea considerada como dato sensible conforme a Ley N° 19.628 y goce de una protección especial en cuánto a quienes, cuándo y por qué, pueden acceder a ella, bajo estrictas normas sobre su manejo.

h) Reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud. Para establecer una nueva forma de relación entre los prestadores y las personas, éstas tienen asegurado el derecho a efectuar consultas y reclamos que estimen pertinentes. Los usuarios, a su vez, pueden manifestar, en forma personal o por escrito, sugerencias y opiniones respecto a las atenciones recibidas. De esta manera se pretende mejorar la atención en los establecimientos, asegurar la entrega de información, perseguir las responsabilidades administrativas correspondientes y asegurar a las personas que su opinión ha de ser escuchada.

El proyecto reconoce también el derecho de las personas a participar en los comités de ética, de manera que puedan participar en la toma de decisiones que conciernen a la salud colectiva, contribuyendo así no sólo a su propio desarrollo humano, sino que también a la transparencia y solidez de la democracia.

i) Marco legal para la tutela ética en los servicios asistenciales. Desde hace varios años el Ministerio de Salud ha venido trabajando con las redes asistenciales en la creación de comités de ética asistencial y de comités de evaluación ético científica. El comité de ética se trata de una instancia no jurisdiccional, cuyo pronunciamiento tiene carácter de recomendación y de amplio reconocimiento a nivel mundial. La consagración legal de la existencia de un sistema de tutela ética, en el ámbito del otorgamiento de prestaciones asistenciales, es de gran importancia para las personas y para los médicos, pues les garantiza que, frente a una situación compleja, en que discrepan las opiniones, pueda accederse a un panel de expertos en la materia, que permitan solucionar de mejor forma las diferencias. De esta manera, si el médico tratante experimenta dudas acerca de la competencia de la persona, o estima que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, puede acudir al comité de ética. Lo mismo ocurrirá si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes legales. Estos comités tendrán que tener en cuenta el interés superior del niño en casos en que se vean involucrados menores de edad. Un reglamento establecerá las normas necesarias para la creación, funcionamiento y control de los comités de ética y la manera en que podrán adscribirse a uno de ellos los establecimientos que no puedan constituir uno. Sin embargo, los establecimientos autogestionados en red, experimentales, de alta complejidad e institutos de especialidad, siempre que presten atención cerrada, deberán contar con comités de ética.

E. DISPOSICIONES QUE SE MODIFICAN O RELACIONAN CON EL PROYECTO

Varios artículos hacen referencia a otros cuerpos normativos, que ayudan a complementar la regulación que se da a los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su salud.

Entre ellos, podemos encontrar el artículo 12°, en el que se regula la ficha clínica, cuyo contenido, junto con los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, son considerados como datos sensibles, haciéndose referencia al artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que los define.

Los artículos 21° y 22°, incluidos en el párrafo 7° “De la protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica”, hacen referencia a la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana.

El artículo 37° asegura a las personas el derecho a requerir, alternativamente al reclamo ante el prestador, la iniciación de un procedimiento de mediación, rigiéndose por los términos de la Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, y sus normas complementarias.

El artículo 38° que se refiere al cumplimiento de los derechos establecidos en la ley y a las posibles sanciones aplicables a los prestadores, señala que una vez transcurrido el plazo que fija el Intendente de Prestadores para la solución de las irregularidades, si el prestador no cumpliera la orden, éste será sancionado de acuerdo con las normas establecidas en los Títulos IV y V del Capítulo VII, del Libro I del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud.

Además, hace referencia a la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, ya que el prestador puede interponer los recursos de reposición y jerárquico en contra de las sanciones que le son aplicadas por la autoridad, en los términos del Párrafo 2° del Capítulo IV de dicha ley.

Otras disposiciones que también se encuentran relacionadas con la Ley N° 20.584 son:

- Artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, que establece el derecho a la protección de la salud, y N° 20, sobre recurso de protección.
- Código Sanitario, DFL N° 725, del Ministerio de Salud Pública, de 1967, publicado en 1968, especialmente los artículos 130, 131, 132 y 134.
- Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.
- Ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos.
- DFL N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000, texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Registro Civil, artículo 3° y 31.
- Artículo 42 del Código Civil.
- Decreto N° 570, del Ministerio de Salud, de 1998 y publicado en 2000, Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan.
- DFL N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 y publicado en 2006, que fija texto el refundido, coordinado y sistematizado del DLN° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

- Auto Acordado de la C.S. de 24 de junio de 1992, publicado en el Diario Oficial el 27 del mismo mes, sobre tramitación del recurso de protección.

La única ley que se ve modificada por la Ley N°20.584 es la Ley sobre Registro Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el artículo 3° del DFL N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia. En el artículo 39 se señalan las modificaciones que se introducirán en la Ley sobre Registro Civil.

En primer lugar, al número 1° del artículo 3° se agrega un párrafo segundo, sustituyéndose el actual punto y coma (;) que figura al final del referido número por un punto aparte(.), quedando el artículo de la siguiente forma:

“Art. 3°. En el libro de los nacimientos se inscribirán:

1° Los nacimientos que ocurran en el territorio de cada comuna;

El padre o la madre, al requerir esta inscripción, podrá solicitar que, junto con anotarse la comuna en que nació su hijo, se registre, en la misma partida, la comuna o localidad en la que estuviere vecindada la madre del recién nacido, la que deberá consignarse como lugar de origen de éste”

En segundo lugar, en el artículo 31 se elimina, en el número 3°, la conjunción copulativa “y”, la segunda vez que aparece y se sustituye el punto aparte (.) con que termina el número 4° por la expresión “, y”. A continuación se agrega un número 5°, nuevo, de modo que la norma queda de la siguiente manera:

Art. 31. “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:

1° Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;

2° El sexo del recién nacido;

3° El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción;

4° Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz y

5°. La comuna o localidad en la que estuviere vecindada la madre del recién nacido deberá consignarse tanto en esta partida, cuanto en el certificado de nacimiento, como lugar de origen del hijo”.

No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.

Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras o del Departamento, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuestos.

F. OBJETO DE LA LEY

El objeto de la ley está definido en su artículo 1, que señala: “Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”.

Uno de los cambios más importantes entre el proyecto que se presentó el año 2001 por el ex Presidente Lagos y el que fue enviado al Congreso en el año 2006 por la ex Presidenta Bachelet radica en que se modificó el nombre de la ley, puesto que el proyecto inicial apuntaba a regular los “derechos y deberes de las personas en salud”. El cambio de nombre a derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud buscar precisar desde el comienzo que el objetivo es regular los derechos y deberes de las personas en o durante la atención de salud. Señala la ex Presidenta Bachelet en el Mensaje del Ejecutivo que se incluye en el proyecto de ley del año 2006 que el cambio en el nombre “se fundamenta en que los derechos de las personas en salud pueden ser muchos más que los que esta ley, desde sus textos originales, es capaz de incluir.

Además, el derecho básico a la salud, que en nomenclatura constitucional es el derecho a la protección de la salud, garantizado en el artículo 19 N°9 de la CPR, se ha desarrollado a través de textos legales precisos y complejos, entre los que destaca la Ley N° 18.469, la Ley N° 18.933, y la Ley que, en el marco de la Reforma a la Salud, creó el Régimen General de Garantías en Salud”.

¿Qué debemos entender por acciones vinculadas a su atención en salud? El proyecto enviado al Congreso el año 2001 establecía en su artículo 1°: “La presente ley regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con su atención en salud, tanto para acceder a ella, así como durante el otorgamiento de las prestaciones requeridas”. El primer boletín de indicaciones de dicho proyecto, modificó este artículo,

señalando que la ley regulaba “los derechos y deberes que las personas tienen en relación con su atención en salud, durante el otorgamiento de las prestaciones requeridas”. Cuando el proyecto fue discutido en la Comisión de Salud, se formuló una indicación de sustituirlo por el siguiente: “Esta ley regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.” En el debate, se señaló que esta norma era más adecuada ya que no restringía los derechos y deberes de las personas sólo al otorgamiento de las prestaciones requeridas, en razón de que estos derechos y deberes no se extinguen por el mero otorgamiento de las prestaciones, sino que son una parte de la acción de la salud. Es por ello que el marco de acción de los derechos y deberes de las personas tiene que estar relacionado no sólo con la prestación, sino con todas las acciones vinculadas a la atención de salud como por ejemplo, el derecho que tiene la persona a acceder a los medicamentos asociados a una patología. En definitiva, se amplía el ámbito de aplicación de la ley a las acciones de salud en que se incluye la prestación, entre otras acciones.

El artículo 2 menciona que el prestador es quien ejecuta las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación, entendiéndose éstas como las acciones vinculadas a la salud de una persona. Queda claro entonces, que los derechos y deberes regulados por la ley, son los que emanan para las personas de las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación que se ejecutan por los prestadores.

G. ESTRUCTURA

El proyecto de ley consta de 43 artículos permanentes y un artículo transitorio, contenidos en los siguientes títulos:

- El Título I, Disposiciones Generales.
- El Título II, Derechos de las personas en su atención de salud. Éste se divide, a su vez, en nueve párrafos.
- El Título III, De los deberes de las personas en salud.
- El Título IV, Del cumplimiento de la ley.
- El Título V, Disposiciones varias.

H. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Respecto a quiénes se ven regulados por esta ley, el artículo 1° inciso 2° establece que las disposiciones de esta ley “se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y traba-

jadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.

¿Qué se entiende por prestador? La misma ley se ha encargado de definirlo en su artículo 3º: “Se entiende por prestador de salud, en adelante el prestador, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud”.

En el proyecto del año 2001, el prestador de salud era definido como “cualquier establecimiento, institución o persona, cuya actividad esté relacionada con la atención de salud, tales como consulta, consultorio, hospital, clínica, centro médico, centro diagnóstico y terapéutico, centro de referencia de salud, laboratorios y otros de cualquier naturaleza, incluyendo ambulancias y otros vehículos adaptados para la atención extrahospitalaria”.

En la indicación sustitutiva hecha por el Presidente Lagos se entiende por prestador de salud “toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud” y se distinguen dos categorías: el prestador institucional y el prestador Individual.

Aunque el proyecto del año 2006 mantenía esta definición, durante la discusión del mismo, en el primer Informe de la Comisión de Salud, se intentó que sólo fuera prestador de salud aquél que se encontrare acreditado y habilitado de acuerdo con las normas legales vigentes para el otorgamiento de atenciones de salud. Sin embargo, la Presidenta de la República hizo una indicación para definir al prestador como se había hecho en el proyecto. El fundamento de esta indicación es que de acuerdo a la legislación actual, la acreditación no es una exigencia general, sino que sólo para aquellos que presten acciones de salud contempladas en el AUGE. En consecuencia, una persona que realiza acciones de podología, por ejemplo, puede no estar acreditada porque no se lo exige la legislación, no obstante lo cual claramente presta una acción de salud, y por tanto debe cumplir con las normas de esta ley. Finalmente, esta fue la definición de prestador que permaneció en la ley. Es importante destacar que ciertos parlamentarios estaban de acuerdo con el requisito de la acreditación, ya que en su opinión, representaba un incentivo a los prestadores de acreditarse. En último término, se llegó a un consenso en base a una indicación del Ejecutivo de incorporar el siguiente inciso final, nuevo, en el artículo 3º “Para el otorgamiento de prestaciones de salud todo prestador deberá haber cumplido las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los procesos de certificación y acreditación, cuando correspondan”.

En el proyecto presentado por el Presidente Lagos, se señalaba que la ley se aplicaría a cualquier tipo de prestador de salud, público o privado, teniendo presente, en su caso, las normas del sistema de salud a que perteneciere. En cambio, en la indicación sustitutiva se señala que la ley se aplicaría con prescindencia de las normas del sistema de salud al que perteneciera la persona. La razón que justifica dicho cambio fue que el proyecto era anterior al de Régimen de Garantías en Salud y éste se aplica a todas las personas sin consideración del sistema previsional del usuario. Sólo prima la calidad de usuario propiamente tal y, por ende, el proyecto mantuvo la misma filosofía.

En el debate se explicó que, señalar que las disposiciones de la ley se aplicarán “con prescindencia a las normas del sistema” quiere decir que, aun cuando la persona esté afiliada a Fonasa, Isapre, o que no tengan afiliación a un sistema previsional de salud, una vez que ingrese a un establecimiento para recibir atención de salud, existirán normas básicas relacionadas con derechos y deberes que se pueden exigir o respetar. El tratamiento deberá ser igualitario desde el momento en que se recurra a un centro médico, sea público o privado.

Por otra parte, concordando con lo anterior, se hizo presente que el usar el concepto “con prescindencia” no resulta adecuado, ya que lo único que hace es confundir, puesto que, cualesquiera sean las normas del sistema de salud al que pertenezca la persona, o que no tenga ninguno, esta ley se aplicará igualmente.

Tras el debate, en la disposición finalmente quedó establecido que la ley se aplicaría a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, público o privado, y así mismo fue presentado en el proyecto del año 2006 y plasmado en la ley vigente.

El prestador puede ser una persona jurídica o natural y puede ser público o privado. Sin embargo, debemos distinguir entre los dos tipos de prestadores definidos en el mismo artículo.

En el proyecto del año 2001, los Prestadores Institucionales no estaban definidos. En la indicación sustitutiva del Presidente se les definió como “los establecimientos asistenciales y personas jurídicas, de derecho público o privado, que entregan prestaciones de salud a las personas, tales como hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos, laboratorios y otros de cualquier naturaleza, incluyendo ambulancias y otros vehículos adaptados para la atención extra hospitalaria”.

En la iniciativa del año 2006 la definición no varía, salvo en el orden de las palabras, los prestadores institucionales son definidos como “los establecimientos asistenciales, tales como hospitales, clínicas, con-

sultorios, centros médicos, laboratorios y otros de cualquier naturaleza, incluyendo ambulancias y otros vehículos adaptados para la atención extrahospitalaria y las personas jurídicas, de derecho público o privado, que proporcionan prestaciones de salud a las personas”.

Durante la discusión ante la Comisión de Salud se propuso modificar la definición a “prestadores institucionales son los establecimientos asistenciales, entendiendo por tales a toda organización de medios personales, materiales e inmateriales destinada al otorgamiento de prestaciones de salud, dotada de una individualidad determinada y ordenada bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad. Se consideran prestadores institucionales los hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos y otros destinados a la atención de salud, tanto de atención abierta o ambulatoria, como atención cerrada u hospitalización. Corresponde a los órganos directivos de aquéllos la misión de velar por que al interior de los establecimientos indicados se respeten los contenidos de esta ley”.

La definición que primó finalmente, establece en el artículo 3º, que los prestadores institucionales son “aquellos que organizan en establecimientos asistenciales medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad. Corresponde a sus órganos la misión de velar porque en los establecimientos indicados se respeten los contenidos de esta ley”.

Dentro de los prestadores institucionales podemos encontrar:

- Hospitales, como por ejemplo los Hospitales de las fuerzas armadas, de Carabineros, Hospitales Penitenciarios, el Hospital Clínico de la Universidad de Chile (J.J. Aguirre), Hospital Sótero del Río.
- Consultorios que pertenecen a la red pública asistencial.
- Postas de salud.
- En general, funcionarios o prestadores institucionales públicos que formen parte de las redes asistenciales de algún servicio de salud.
- Consultorios de Salud Municipal, administrados por una Corporación Privada.
- Clínicas.

Los prestadores individuales tampoco se encontraban definidos, sino hasta la indicación sustitutiva del Presidente que estableció que se trataba de “las personas naturales que de manera independiente, dependiente de un prestador institucional o a través de un convenio con éste,

entregan prestaciones de salud directamente a las personas o colaboran directa o indirectamente en la ejecución de éstas, ya sea por ejercer labores de carácter médico, de colaboración médica o administrativas”.

La iniciativa del año 2006 no modifica sustancialmente la definición dada anteriormente, salvo en cuanto, reemplazó la expresión “labores de carácter médico” utilizada en el proyecto de 2001, por “labores de carácter asistencial en salud” con el fin de evitar confusiones y aclarar que el objetivo de la ley es incluir no sólo a los profesionales médicos sino también a otros profesionales de la salud.

En el Primer Informe de la Comisión de Salud del actual proyecto se modificó la definición por la siguiente: “Los prestadores individuales son las personas naturales que, de manera autónoma, dependiente de un prestador institucional o a través de un convenio con éste, otorgan prestaciones de salud directamente a las personas o colaboran directamente o indirectamente en la ejecución de éstas. Se consideran prestadores individuales los profesionales de la salud, tanto los médicos como los de colaboración médica. Las normas de esta ley serán aplicables también, en lo que corresponda, a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.” Luego, se hicieron indicaciones para intercalar, a continuación de la expresión “autónoma,” la frase “ya sea agrupados en una sociedad de profesionales o” y para reemplazar, la frase “tanto los médicos como los de colaboración médica” por “a que se refiere el Libro Quinto del Código Sanitario”¹⁰⁰.

Por otro lado, se hizo presente que era más más adecuado sustituir la frase “de manera autónoma” por “ejerciendo de manera independiente”. Un oficio del Ejecutivo propuso eliminar del inciso segundo la oración “Se consideran prestadores institucionales los hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos y otros destinados a la atención de salud, tanto de atención abierta o ambulatoria, como atención cerrada u hospitalización”, pues era innecesario hacer mención de algunos tipos de prestadores de esa índole, lo que, además, podía inducir a errores.

Los prestadores individuales, son finalmente definidos en la ley como “las personas naturales que, de manera independiente, dependiente de un prestador institucional o por medio de un convenio con éste, otorgan directamente prestaciones de salud a las personas o colaboran directa o indirectamente en la ejecución de éstas. Se consideran prestadores individuales los profesionales de la salud a que se refiere el Libro Quinto del Código Sanitario”.

¹⁰⁰ Historia de la Ley N° 20.584, p. 54.

Entre los prestadores individuales podemos encontrar por ejemplo, a los médicos cirujanos, cirujanos dentistas, matronas, kinesiólogos, tecnólogos médicos, psiquiatras, nutricionistas, entre otros.

Frente a la duda de si nos encontramos ante un profesional de la salud, la última parte del inciso nos señala que son solamente los que se encuentran en el libro quinto del código Sanitario, por lo que un acupunturista, por ejemplo, no cae dentro del ámbito de aplicación de la ley.

El artículo 9 conceptualiza al miembro del equipo de salud como “todo individuo que actúe como miembro de un equipo de personas, que tiene la función de realizar algún tipo de atención o prestación de salud. Lo anterior incluye a profesionales y no profesionales, tanto del área de la salud como de otras que tengan participación en el quehacer de salud”. La actuación del equipo médico también debe ceñirse a lo establecido en la ley y ciertas obligaciones le son específicamente encomendadas, por ejemplo, el artículo 4°.

La aplicación de la ley “a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud” no aparecía en el proyecto de ley enviado al Congreso ni en el 2001 ni en el 2006, sino que es fruto del trabajo de las Comisiones de Salud y Constitución, unidas.

Todas aquellas personas que tengan un tipo de relación con los prestadores, en virtud de las atenciones en salud, se encuentran también obligadas por esta ley. Entre ellas figuran las personas que trabajan en la recepción o en informaciones.

El ámbito de aplicación de la ley también alcanza a las personas naturales, pues son ellas quienes tienen el derecho a que la atención de salud les sea dada oportunamente y sin discriminación. La ley busca establecer el catálogo de derechos de las personas en salud, para ser aplicado a todas las personas, sin distinciones y sin importar el régimen previsional al que se encuentren afiliadas o adscritas. Estos derechos corresponden, temporalmente hablando, al período de otorgamiento de las prestaciones de salud, es decir, desde que la persona ingresa al sistema de atención de salud, sea éste público o privado, hasta que abandona el sistema.

En el primer proyecto algunas disposiciones se referían al paciente, sin embargo en la indicación hecha por el Ejecutivo se suprimió toda referencia éste, sustituyéndolo por persona.

Respecto los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual la ley llega un poco más lejos y los regula de manera especial en el párrafo 8°.

Sin embargo, como veremos, las personas también tendrán que cumplir con ciertos deberes en su atención en salud, regulados en el título III de la ley y que se deben cumplir por todas las personas, especialmente por quienes soliciten o reciban atención de salud por parte de un prestador institucional, sus familiares, representantes o quienes los visiten.

I. REGLAMENTOS

En diversas disposiciones de la ley se le encargó al Ministerio de Salud la elaboración de Reglamentos y otras normas para facilitar la aplicación de esta ley y tender a uniformar y estandarizar su empleo con similar trato a las personas de toda la red asistencial del país¹⁰¹.

En el artículo transitorio de la ley se estableció que los reglamentos complementarios serían dictados dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de ella. Es por ello que desde principios del año 2012 se trabajó en la conformación de comisiones de trabajo para la elaboración de los reglamentos necesarios para la implementación de ésta ley. Estos grupos de trabajo fueron establecidos en la Resolución Exenta N°429 del Ministerio de Salud que dispuso que ellos se constituirían a partir del mes de marzo del año 2012 y su coordinación estaría a cargo del Departamento de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud.

Se crearon ocho comisiones, cada una de ellas encargada del mandato que un artículo hace al Ministerio de Salud de elaborar un determinado grupo de normas. Revisaremos a continuación las comisiones y los Reglamentos que éstas crearon.

Los seis reglamentos, creados por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del MINSAL y que regulan las distintas materias encargadas por la ley, son los siguientes:

a) Decreto 62 de 8 de julio de 2013: Contiene el Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Comités de Ética Asistencial. Regula el régimen jurídico aplicable a los Comités de Ética Asistencial, en cuanto a su creación, composición, funciones y periodicidad de sus sesiones, como asimismo a los mecanismos de acceso de que dispondrán los usuarios y los profesionales tratantes que requieran de su opinión en los términos que dispone dicha ley.

¹⁰¹ Resolución exenta N°429 del Ministerio de Salud que “Constituye grupos de trabajo para elaborar reglamentos y normas reglamentarias de la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”. Subsecretaría de redes asistenciales. Departamento de asesoría jurídica.

b) Decreto 38 de 26 de diciembre de 2013: Contiene el Reglamento Sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación a las Actividades Vinculadas con su Atención de Salud. Regula los derechos y deberes de las personas en relación con las atenciones de salud que reciben, que no han sido reglamentadas en forma específica por la ley. En especial:

- Derecho a la seguridad en la atención de salud
- Derecho a recibir un trato digno

El artículo 5° que regula el derecho a un trato digno establece que el Ministerio de Salud deberá elaborar un reglamento que contemple normas sobre cómo los prestadores cumplirán su deber de respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud, especialmente en cuanto a asegurar estos derechos en relación con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera que sea su fin o uso. Además será también materia de un reglamento expedido por el Ministerio de Salud, establecer las normas para dar cumplimiento al inciso tercero del mismo artículo que señala: “La atención otorgada por alumnos en establecimientos de carácter docente asistencial, como también en las entidades que han suscrito acuerdos de colaboración con universidades o institutos reconocidos, deberá contar con la supervisión de un médico u otro profesional de la salud que trabaje en dicho establecimiento y que corresponda según el tipo de prestación”. De la regulación que hace este reglamento no se desprende que se haya dado cumplimiento a este cometido.

- Derecho a la compañía y asistencia espiritual
- Derecho a la información
- Derecho a la autonomía de las personas en su atención de salud
- Derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual
- Derecho a la participación de los usuarios
- Deberes de las personas en su atención de salud

c) Decreto 41 de 15 de diciembre de 2012: Contiene el Reglamento sobre Fichas Clínicas. Sus disposiciones regulan las condiciones de la elaboración, contenido, almacenamiento, administración, protección y eliminación de las fichas clínicas de las personas que reciben atención de salud. Este decreto fue expedido en cumplimiento del artículo 13 de la ley.

d) Decreto 40 de 26 de noviembre de 2012: Contiene el Reglamento sobre Requisitos Básicos que Deberán Contener los Reglamentos Internos de los Prestadores Institucionales Públicos y Privados para la

Atención en Salud de las Personas de la Ley N° 20.584. Estos contenidos básicos se fijan con el fin de proporcionar a los usuarios información acerca de las normas de ingreso, estadía, visitas y egresos así como los procedimientos asociados al funcionamiento interno del establecimiento.

e) Decreto 35 de 26 de noviembre de 2012: Contiene el Reglamento Sobre El Procedimiento de Reclamo de La Ley N° 20.584, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud. Tiene por objeto regular el procedimiento al que se sujetarán los reclamos que efectúen las personas, en contra de los prestadores institucionales de salud, públicos y privados, tales como, hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos, laboratorios y otros de similar naturaleza, en relación al cumplimiento de los derechos de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Sin perjuicio de lo expuesto en esta reglamentación, la persona podrá optar alternativamente por iniciar un procedimiento de mediación, de conformidad con los términos de la ley N° 19.966 y sus normas complementarias.

f) Decreto 31 de 26 de noviembre de 2012: Contiene el Reglamento sobre Entrega de Información y Expresión de Consentimiento Informado en las Atenciones de Salud. Regula más detenidamente la entrega de la información necesaria para llevar a cabo cualquier actuación en salud y la manera de obtener el consentimiento informado del paciente. Será objeto de estudio de este trabajo.

Además de los Reglamentos, la ley entregó al MINSAL la facultad de aprobar normas y protocolos establecidos en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención en salud. La **resolución exenta 1031 del MINSAL de 17 de octubre de 2012**, aprueba los siguientes protocolos y normas sobre dichas materias:

- Protocolo N°1: Establece protocolos y normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención para ser aplicados por los prestadores institucionales públicos y privados¹⁰².

¹⁰² El objetivo general de este protocolo es establecer en los prestadores institucionales un sistema de procesos preventivos, de registro y de análisis de eventos adversos de la atención en salud, con el fin último de prevenir su ocurrencia, en concordancia con las causas que se identifiquen. A lo anterior, se agrega el deber que cada vez que ocurra un evento adverso o evento centinela, este debe ser informado al paciente, a su representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Ley N°20.584.

- Protocolo N°2: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: reporte de eventos adversos y eventos centinelas¹⁰³.
- Protocolo N°3: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención referido a: aplicación de lista de chequeo para la seguridad de la cirugía¹⁰⁴.
- Protocolo N°4: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: análisis de reoperaciones quirúrgicas no programadas¹⁰⁵.
- Protocolo N°5: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: prevención de enfermedad tromboembólica en pacientes quirúrgicos¹⁰⁶.
- Protocolo N°6: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: prevención úlceras o lesiones por presión (UPP) en pacientes hospitalizados¹⁰⁷.

¹⁰³ Para los efectos de esta ley y este protocolo, se entenderá por evento adverso una situación o acontecimiento inesperado, relacionado con la atención sanitaria recibida por el paciente que tiene, o puede tener, consecuencias negativas para el mismo y que no está relacionado con el curso natural de la enfermedad. Por su parte, se entenderá por evento centinela a un suceso inesperado que puede producir la muerte o serias secuelas físicas o psicológicas, o el riesgo potencial de que esto ocurra

¹⁰⁴ Los objetivos específicos de este protocolo son: 1. Prevenir errores de identificación de pacientes, intervenciones o sitio de operación. 2. Contribuir a la comunicación en los equipos quirúrgicos a fin de

¹⁰⁵ Se entiende por reoperación quirúrgica programada aquellas cirugías en que durante el período preoperatorio o post operatorio inmediato, se ha documentado en la ficha clínica que el paciente requiere de una segunda intervención o que exista una posibilidad de que se requiera una segunda intervención. La finalidad de este protocolo es identificar y analizar las condicionantes que más frecuentemente se asocian a reoperaciones no planificadas y así, establecer medidas preventivas de acuerdo a la realidad local. Esto se logra analizando en reunión cada una de las reoperaciones no programadas en cada servicio. Conociendo las causas más frecuentes de reoperaciones no programadas, se puede retroalimentar a los equipos quirúrgicos sobre éstas y analizarlas, como una instancia para mejorar la práctica y las técnicas quirúrgicas.

¹⁰⁶ La enfermedad tromboembólica (ETE) es una obstrucción de una o más venas por un coágulo (trombo) que puede ocasionar obstrucción de otros vasos a distancia (émbolos). Incluye la trombosis venosa profunda (TVP), generalmente extremidades inferiores y la embolia de vasos pulmonares (TEP). Esta normativa se refiere a usuarios sometidos a intervenciones quirúrgicas, en que se mezclan varios factores que favorecen la aparición de esta situación clínica, que es causa de morbilidad y mortalidad en los pacientes. Los métodos más utilizados para prevenir la ETE son métodos mecánicos, como medias de compresión graduada, compresión neumática intermitente, y bomba venosa plantar y fármacos anticoagulantes como heparinas, aspirina y warfarina, entre otros. Estos métodos se pueden usar conjunta o separadamente, dependiendo de las condiciones de riesgo y el tipo de cirugía.

¹⁰⁷ Se define UPP como “área de la piel o tejidos adyacentes que presenta daño o trauma localizado generalmente sobre una prominencia como consecuencia de presión, sola o en combina-

- Protocolo N°7: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: reporte de caídas de pacientes hospitalizados.
- Protocolo N°8: Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: pacientes transfundidos de acuerdo a protocolo¹⁰⁸.
- Protocolo N°9: Programas de prevención y control de las enfermedades asociadas a la atención de salud (IAAS).

La ley es clara en requerir la regulación respecto a los Comités para la evaluación ético científica a través de un reglamento. Esta regulación deberá hacerse teniendo siempre en consideración la Ley N°20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y que prohíbe la clonación humana, además del reglamento de ésta misma, que entró en vigencia el 1° de octubre de 2012. Señala el artículo 22 de la Ley N° 20.584: “Mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Salud, en los términos de la Ley N°20.120, se establecerán las normas necesarias para regular los requisitos de los protocolos de investigación y los procedimientos administrativos y normas sobre constitución, funcionamiento y financiamiento de comités para la evaluación ético-científica; para la aprobación de protocolos y para la acreditación de los comités por parte de la Autoridad Sanitaria; la declaración y efectos sobre conflictos de interés de investigadores, autoridades y miembros de comités y, en general, las demás normas necesarias para la adecuada protección de los derechos de las personas respecto de la investigación científica biomédica.”

El reglamento de la Ley N° 20.120 regula el procedimiento para obtener la autorización para realizar una investigación científica; también se hace cargo de definir cómo debe otorgar su consentimiento la persona

ción con cizallamiento o fricción” (European Pressure Ulcer Advisory Panel 2007). La presión continuada de las partes blandas causa isquemia y si este proceso no cesa, se produce isquemia local, trombosis venosa y alteraciones degenerativas que desembocan en necrosis y ulceración. El daño tisular puede alcanzar daños profundos, con destrucción de músculo, aponeurosis, hueso, etc. Los factores de riesgo asociados son: inmovilidad, fricción, cizallamiento, incontinencia, alteraciones o daño cognitivo y estado nutricional deficiente.

¹⁰⁸ Tiene por finalidad prevenir efectos adversos asociados a transfusiones de componentes sanguíneos (como por ejemplo: reacción hemolítica aguda o tardía por incompatibilidad de grupo sanguíneo eritrocitario, transmisión de agentes infecciosos y sobrecarga circulatoria) se deberá realizar una evaluación sistematizada de la indicación de transfusión de componentes sanguíneos, comparando el uso en la práctica con el protocolo de indicación y uso de transfusiones del establecimiento, para ver si éste se cumple. Estos estudios se realizarán trimestralmente. De esta manera se podrá contribuir a la seguridad del paciente y calidad de su atención reduciendo el número de transfusiones innecesarias.

que accede a que una investigación sea hecha a través de ella y qué información se le debe entregar para que decida informadamente; además se refiere a los comités para la evaluación ética científicas (CEC). Respecto a éstos, comienza definiéndolos como “*entidades colegiadas, constituidas en instituciones públicas o privadas en conformidad a las normas establecidas en este Reglamento, que tienen por objeto esencial evaluar e informar los protocolos de las investigaciones científicas biomédicas que sean sometidas a su consideración*”. Luego señala el procedimiento para constituir un comité y por qué personas calificadas deben ser integrados. Finalmente, establece que un estatuto que internamente se apruebe regulará el “funcionamiento y procedimientos internos, horarios, quórum y tipos de sesiones y de acuerdos, levantamiento de actas, mecanismos de inhabilitación y demás que faciliten su quehacer operativo”.

La Ley, en su artículo 26°, también le encarga al MINSAL la elaboración de un reglamento que establezca las normas adecuadas para el manejo de las conductas perturbadoras o agresivas que las personas con discapacidad psíquica o intelectual pudieran tener en establecimientos de salud y el respeto por sus derechos en la atención de salud. A mi parecer, el Decreto 38, no cumple con esta regulación, así como tampoco lo hace el Decreto 23 de 7 de diciembre de 2012 creó la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

La reglamentación de este último decreto consiste en determinar la organización de la entidad, y la integración y atribuciones de la Comisión Nacional y de las Comisiones Regionales.

Señala este Decreto que corresponderá a esta Comisión aprobar, a propuesta de su secretaría ejecutiva, la reglamentación interna que la regirá, la que determinará las cuestiones operativas relacionadas con su funcionamiento, tales como periodicidad de sus sesiones, quórum de funcionamiento y aprobación de acuerdos y otros.

J. ENTRADA EN VIGENCIA

Tras 10 años de tramitación a fines de diciembre de 2011, la Cámara de Diputados terminó la discusión del proyecto que quedó listo para ser despachado. La ley entró en vigencia seis meses después de que fue publicada en el Diario Oficial y sus reglamentos complementarios debían estar listos al mes siguiente de la entrada en vigencia de la norma.

El 1 de octubre de 2012 entró en vigencia la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, que resguarda principios básicos de atención en salud, disposiciones que se aplican tanto en el sector público como privado.

Para que esta ley pueda ser aplicada es necesario que las personas conozcan cuáles son sus derechos y deberes. Es por ello que los derechos y deberes establecidos en esta ley deben estar plasmados de manera visible y clara en la “Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes”, presente en instituciones tales como: consultorios, hospitales y clínicas del país. En esta carta se especifica cada uno de los aspectos señalados en la nueva ley.

Para el correcto uso y ubicación de la carta debe estarse atento a lo señalado en la resolución exenta que determina el Contenido de la Carta de Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Atención de Salud y el Manual Técnico de Normas Gráficas. Entre las instrucciones se señala que la carta deberá ser colocada en un lugar visible y de alta concurrencia de público, como por ejemplo: hall de ingreso, sala de espera, oficina de informaciones, ventanilla SOME.

El Decreto número 31° que aprueba el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud entró en vigencia con fecha 26 de noviembre de 2012, cuando fue publicado en el Diario Oficial.

K. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS EN RELACIÓN CON ACCIONES VINCULADAS A SU ATENCIÓN EN SALUD, ESTABLECIDOS EN LA LEY N° 20.584

Los derechos y deberes incluidos en la Ley son los siguientes:

a) Derechos

- a) Del Derecho al acceso oportuno y sin discriminación a las acciones de salud
- b) Atención de las personas con discapacidad física o mental o privadas de libertad
- c) Derecho a acceso oportuno y sin discriminación a las acciones de salud
- d) Derecho a la seguridad en la atención de salud
- e) Derecho a un trato digno.
- f) Derecho a tener compañía y asistencia espiritual.
- g) Derecho a la información.
- h) Derecho a la reserva de la información de la ficha clínica.
- i) Derecho a la autonomía de las personas en su atención de salud.
 - i) Consentimiento Informado
 - ii) Estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente
 - iii) Comités de ética

- j) Derecho a la protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica
- k) Derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual
- l) Derecho a la participación de las personas usuarias
- m) Derechos relacionados a los medicamentos e insumos

b) Deberes

- a) Respeto a la normativa vigente en materia de salud
- b) Respeto al reglamento interno de un lugar
- c) Informarse sobre el funcionamiento del establecimiento que la recibe
- d) Cuidar las instalaciones y equipamiento
- e) Respeto en el trato a los integrantes del equipo de salud
- f) Deber de colaborar con el equipo de salud: informar verazmente sobre necesidades y problemas de salud y sobre antecedentes para el adecuado diagnóstico y tratamiento.

CAPÍTULO III

DEL DERECHO DEL PACIENTE A RECIBIR INFORMACIÓN

13. LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS EN SALUD

Son variados los trabajos que, al consultar sobre autonomía del paciente, se refieren a una etapa previa, denominada paternalista debido a que las decisiones en salud son tomadas por el facultativo médico, y una etapa actual en que se deja de lado este modelo y las decisiones en salud son tomadas por cada individuo, pues nadie mejor que él mismo sabe qué es lo que desea para su salud.

En opinión del Senador Ruiz Esquide, “lo más importante que ha aparecido en la literatura en los últimos diez a veinte años es el derecho de cada enfermo a resolver si se le aplican o no determinados métodos científicos o a oponerse a que se le administren ciertos remedios o fármacos.

Eso es esencial, porque tiene que ver con tres cosas muy precisas. Uno, la investigación científica. Dos, el uso de medicamentos en que no existe absoluta seguridad sobre su utilidad o sus eventuales efectos secundarios. Y tres, la certeza de que el cuerpo humano - que pertenece esencialmente, antes que a la ciencia, a la persona- no será ultrajado por un exceso de vanidad o de afanes científicos por parte de quienes elaboran y presentan trabajos que los ayudan desde la perspectiva profesional.

Esa es una concepción bastante moderna, que surge después de observar durante muchos años que de pronto el paciente no es respetado como merece¹⁰⁹”.

14. EL DEBER DE INFORMAR

La entrega de la información busca que el paciente conozca la magnitud de aquello que le afecta y por medio de dicha información pueda decidir cómo va a ejercer su derecho de disposición sobre su propio cuerpo. La forma de entregar la información debe ser comprensible, esto reviste mucha importancia debido a la asimetría de información existente entre un profesional médico y un paciente. La información debe ser entregada en términos acordes a la realidad de la persona, de manera que comprenda a cabalidad lo que se le está señalando, sin uso de términos científicos o complejos.

A. ¿QUÉ INFORMACIÓN DEBE SUMINISTRARSE?

Cuál sea la información necesaria para satisfacer ese cometido es un problema que, inevitablemente, debe examinarse, caso a caso. Sin embargo, es posible avanzar identificando ciertos mínimos¹¹⁰.

Como antecedente al Derecho a la Información contemplado en la Ley N°20.584, el artículo 24 del Código de ética del Colegio Médico establece que el médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de:

- Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites, y
- El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad.

Algunos autores nacionales han dicho respecto al contenido de este deber, que “Se trata, en definitiva, de ilustrar al paciente de sus condiciones de salud, o dicho en otros términos, en virtud de este deber el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos para que pueda decidir lo que quiera y crea conveniente¹¹¹”.

¹⁰⁹ Historia de la Ley N° 20.584, p. 317.

¹¹⁰ DE LA MAZA, op. cit. (1), p. 8

¹¹¹ BRANIT ZUMARÁN, MARÍA GRACIELA, *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (Ed.). “Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvall”, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, p. 514.

La doctrina española en tanto, ha señalado que, dentro de la información que debe entregarse al paciente, se encuentra: el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, la forma y fin del tratamiento médico, las opciones o alternativas terapéuticas existentes en su caso, las consecuencias seguras y posibles, y toda otra circunstancia que razonablemente pueda afectar la decisión del paciente¹¹².

Conforme lo señala el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 española¹¹³, los pacientes tienen derecho a conocer “toda” la información disponible sobre la actuación en el ámbito de la salud a que se vayan a someter. Dicha información comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias¹¹⁴

En términos similares, en el derecho alemán se ha estimado que el médico debe entregar detalles al paciente sobre el diagnóstico, el tratamiento propuesto, las alternativas –si es que existen-, los riesgos existentes y, si es posible, el pronóstico de recuperación¹¹⁵.

El párrafo 4º de la Ley chilena, referido al derecho de información, se refiere específicamente a la información que debe ser entregada a la persona que debe decidir si someterse o no a un tratamiento. Este párrafo se compone de 4 artículos, cada uno de ellos contempla una parte de la información total que cada persona debe conocer para tener una atención en salud completa y de calidad. Dentro de estos artículos, los que guardan mayor relación con el tema de que trata esta tesis, son los artículos 8º y 10º.

El artículo 8º hace referencia a la obligación que pesa sobre todo prestador de hacer entrega de información caracterizada como **suficiente**,

¹¹² GALÁN CORTÉS, JUAN CARLOS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid, Civitas, 2001, p. 298. Citado en DE LA MAZA, op. cit. (1), p. 8.

¹¹³ Ley Nº 41/2002 Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹¹⁴ En algunos supuestos especiales (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente), el paciente debe prestar su consentimiento por escrito. En estos casos, el artículo 10 de la Ley Nº 41/2002 exige al facultativo que proporcione al paciente, antes de recabar su consentimiento, la siguiente información:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

¹¹⁵ DE LA MAZA, op. cit. (1), p. 8.

oportuna, veraz y comprensible, acerca de los siguientes elementos:

- a) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.
- b) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.
- c) El reglamento interno de los establecimientos, que deberá contener las condiciones y obligaciones que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales. Esta obligación es sólo para los prestadores institucionales.
- d) Instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Esta información puede ser entregada de manera visual, verbal o por escrito, lo que no obsta la obligación de los prestadores institucionales o individuales, públicos o privados, de mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido se encuentra determinado por resolución exenta número 605 del Ministro de Salud¹¹⁶.

El artículo 10° indica el contenido de la información a la que tiene derecho una persona respecto a su salud. Es obligación del médico o profesional tratante informar a cada persona acerca de:

- a) El estado de su salud
- b) El posible diagnóstico de su enfermedad
- c) Las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación
- d) Los riesgos que ello pueda representar
- e) El pronóstico esperado
- f) El proceso previsible del postoperatorio cuando procediere.

El Decreto número 31° que aprueba el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud entró en vigencia con fecha 26 de noviembre de 2012, cuando

¹¹⁶ Los derechos y deberes establecidos en la ley deben estar plasmados de manera visible y clara en la “Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes” en donde se especifica cada uno de los aspectos señalados en la nueva ley. Esta carta debe estar presente en instituciones tales como: consultorios, hospitales y clínicas del país. Fuente: <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_varios/consultas_publicas/cp_carta_derechos_deberes.html> [consulta: 16 de marzo 2013].

fue publicado en el Diario Oficial. Respecto a **qué información debe ser entregada** por el profesional de la salud a la persona a quien atiende, el reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, en adelante “el Reglamento”, establece que de acuerdo con los antecedentes de que dispone, debe comunicarle:

- La situación o condición de salud que lo afecta
- El diagnóstico que el profesional tiene de la situación o condición de salud que lo afecta
- Los tratamientos disponibles para su recuperación o para la mejor mantención de su vida
- El pronóstico previsible las posibles complicaciones o riesgos
- Costos personales y pecuniarios que implican dichos tratamientos
- En general, toda situación que considere relevante para que éste tenga conocimiento de su situación, de sus posibilidades de recuperación y de los eventuales riesgos que corre¹¹⁷.

B. ¿QUIÉN DEBE INFORMAR?

Conforme a la Ley este deber incumbe a todo profesional de la salud, que otorgue atención a una persona, en calidad de tratante, sea en un establecimiento público o privado, de atención abierta o cerrada o en otro lugar.

El artículo 4.3 de la Ley N° 41/2002 española dispone en lo pertinente, que “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”. Esto es sin perjuicio de que “los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

La ley chilena señala en su artículo 10 que la información será otorgada por “el médico u otro profesional tratante”. La expresión “médico” de la ley chilena es análoga a la expresión médico responsable de la Ley española, por lo mismo, resulta útil advertir que esta última define al médico responsable en su artículo 3° como: “...el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

¹¹⁷ Artículo 1° del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

Ahora bien, es posible que, en la práctica, puedan intervenir varios profesionales con funciones diversas, por ejemplo, aplicando técnicas o procedimientos concretos, en ese supuesto, como es evidente, cada uno de los profesionales debe suministrar la información propia de su competencia¹¹⁸.

Relata Simón-Lorda que es frecuente que la decisión de intervenir, la orden de ingreso y la entrega del formulario de consentimiento las realice un cirujano diferente del que efectuará la cirugía, a menudo sin que el propio paciente conozca tal eventualidad. Inclusive, relata, llegado el momento, no es raro que el cirujano que va a operar al paciente ni siquiera hable antes con él. De hecho, en ocasiones, lo verá por primera vez cuando éste ya esté dormido o premedicado. Esta situación puede ser peligrosa para el médico, pues éste asume que el documento firmado da cuenta de que el proceso de consentimiento se efectuó correctamente y que él está protegido legalmente, y ninguna de estas dos cosas está garantizada. Además, el paciente autorizó la intervención al profesional con quien decidió ésta y no queda del todo claro que este consentimiento sea automáticamente extensible a cualquier otro cirujano. No debemos olvidar que, la idea del “consentimiento” es la de una autorización que una persona da a otra para que ésta segunda realice algún acto que le afecta¹¹⁹.

Al igual que este autor, estimo que una buena manera de resguardar la seguridad del paciente y la responsabilidad del médico es que, frente a cada intervención, el médico que va a operar se cerciore de que, si él no fue quien entregó la información y obtuvo el consentimiento de su paciente, la información recibida por, éste ha sido correcta, la ha entendido bien y acepta que sea él quien lo intervenga. Adecuar los procesos organizativos de los servicios quirúrgicos en hospitales y clínicas, para permitir que esto suceda, si bien no es una tarea fácil, sería una clara expresión de compromiso organizacional con la calidad del proceso de consentimiento informado¹²⁰.

Por Reglamento, los establecimientos asistenciales y lugares en que se otorguen atenciones en salud deben disponer de lugares apropiados para la entrega de información, que resguarden la confidencialidad de la misma. Sin embargo, si no es posible hacer uso de dichos lugares, como ocurre en la práctica muchas veces, lo más importante es que el profesional pueda entregar la información cuidando la privacidad y

¹¹⁸ DE LA MAZA, op. cit. (1), p.9.

¹¹⁹ SIMÓN-LORDA, op. cit. (1) p. 35-36.

¹²⁰ Ídem.

confidencialidad de las explicaciones que efectúe, de manera que ésta no llegue a terceros a los que no está destinada.

C. REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN

Señala la ley, específicamente en sus artículos 8° y 10°, que tratan sobre el derecho a la información, los requisitos que debe cumplir la información que se proporcione. En el artículo 8° se indica que la información que el prestador debe otorgar respecto de las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que ofrece, las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, el contenido del reglamento interno, entre otras, debe ser: **suficiente, oportuna, veraz y comprensible**.

El artículo 10°, por su parte, que contiene el deber de información más importante para nuestro análisis (estado de salud, diagnóstico, alternativas de tratamiento, entre otros), tiene como requisitos de la información que sea entregada en forma **oportuna y comprensible**.

Finalmente, el artículo 14°, sobre consentimiento informado señala que para ejercer este derecho debe contarse con “información **adecuada, suficiente y comprensible**, según lo establecido en el artículo 10”. Es decir, estos tres requisitos deben cumplirse por el médico u otro profesional tratante, al informar al paciente acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Como primer requisito tenemos que la información debe ser **completa o suficiente**, esto significa que por sí sola permita la decisión autónoma del paciente. Es decir, el paciente no requerirá de más información para tomar su decisión, pues ésta ha cubierto todos los puntos que puedan producir duda y sirvan para determinar qué hacer. Es importante resaltar que el hecho de que la información sea completa no significa que su nivel de exhaustividad sea tal que produzca como resultado la confusión del paciente¹²¹.

Que la información sea entregada de manera **oportuna** dice relación con el periodo de tiempo que transcurre entre la entrega de la información y el consentimiento informado. Ello implica que se suministre al destinatario con la antelación suficiente, para que tome la decisión sin sentirse presionado por el tiempo con que cuenta para ello. No es sólo

¹²¹ DE LA MAZA, op. cit. (1), p.9.

que el consentimiento informado deba prestarse antes del acto médico, sino que la información que lo posibilita debe proporcionarse con un tiempo suficiente y en condiciones que permita la reflexión del paciente¹²².

¿Cuándo este periodo de tiempo es el suficiente? La ley chilena no lo señala, sin embargo en la práctica médica, la información es paulatinamente entregada por los médicos durante las consultas médicas, de modo que al momento de entregar los formularios de consentimiento informado, ya sea para una intervención de mayor o menor complejidad o para la realización de un examen, el paciente sepa de qué le están hablando y simplemente vaya a aclarar los puntos dudosos que le queden. Estos formularios son entregados antes de realizar los procedimientos, por ejemplo: antes de que me hagan una endoscopia, o en caso de un tratamiento no ambulatorio, al ingresar al recinto hospitalario o clínica, por ejemplo, para someterme a una cirugía plástica. Más adelante veremos que, en caso una atención de urgencia, no se requerirá la entrega de información ni el consentimiento previo a realizar el procedimiento. La Ley española 41/2002, tampoco contempla un plazo, sin embargo, la Ley N° 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de la comunidad autónoma de Extremadura, contempla en su artículo 28° qué características debe tener la información previa al consentimiento¹²³ y entre ellas se refiere a la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Dicho plazo debe ser de al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización. Esta norma nos permite visualizar que la entrega de información de manera oportuna es aquella otorgada con el tiempo suficiente para que pueda ser leída, discutida y aclarada, antes de solicitar la firma.

El último requisito es que la información sea *comprensible*, pues no sólo se trata de que el profesional suministre al paciente información,

¹²² *Ibíd.*, p.10.

¹²³ Artículo 28. Características de la información previa al consentimiento.

1. La información se comunicará al paciente por el médico responsable de su asistencia o por el que practique la intervención o aplique el procedimiento, antes de recabar su consentimiento.
2. La información se facilitará normalmente de forma verbal, a excepción de los casos previstos en el apartado 1 del artículo 24 de la presente ley para la prestación del consentimiento por escrito, en los que la información se comunicará asimismo por escrito.
3. Se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización.

sino de que lo haga en términos de que la información resulte útil para este último¹²⁴. Evidentemente, la comprensibilidad de la información depende, en buena parte, de los conocimientos y capacidades del paciente. Con todo, frecuentemente, será necesario que el profesional “adapte” la información de carácter más técnico-científico, trasladándola al lenguaje común, de manera que sea susceptible de ser aprovechada por el paciente¹²⁵. Enrique Barros señala que la información debe ser completa y comprensible, con respecto a lo segundo advierte que “una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida por inadecuada”¹²⁶. De este modo, habrá ocasiones en que, para cumplir el requisito de la comprensibilidad, deberá sacrificarse cierta precisión técnica en las explicaciones. Por su parte Mauricio Tapia, ha señalado que para que la información que suministra el médico sea ininteligible puede (o debe) ser aproximativa, en términos tales que resulte apropiado informar al paciente que se trata de una “sinusitis” cuando, en verdad, es una “mucosis frontal”¹²⁷.

D. ¿A QUIÉN DEBE ENTREGARSE LA INFORMACIÓN?

Respecto de **a quién debe ser entregada la información**, ésta será entregada a la persona que debe decidir si someterse o no a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

El Artículo 4° del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud dispone que en caso de que, al juicio del profesional que lo está atendiendo, el afectado no se encuentra en condiciones de recibir directamente la información sobre su estado de salud, por motivos de orden emocional u otros, o si tiene dificultades para entender o presenta alteración de conciencia, la información deberá ser entregada a su representante legal y, a falta de éste, a la persona a cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de ello, si el afectado recupera su capacidad de comprender, la información deberá ser entregada directamente a éste.

La misma situación acaecerá en los casos de urgencia o emergencia médica, cuando la persona no esté en condiciones de recibir y comprender la información y además, la falta de atención inmediata signifique

¹²⁴ DE LA MAZA, *Contrato de servicios médicos, consentimiento informado y relación de causalidad* (2), en Revista chilena de Derecho Privado (12), p. 249, 2009.

¹²⁵ DE LA MAZA, op. cit. (1), p.10.

¹²⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1° ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 683.

¹²⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO, *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales* (1), en Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 15(2): p. 94, 2003.

riesgo vital para el afectado, la pérdida o incapacidad de un miembro o una secuela funcional grave. Inclusive, se entregará información limitada a la situación. Además, en los casos de urgencia y emergencia médica, se prohíbe estrictamente que la imposibilidad de entregar la información pueda dilatar o posponer la atención de salud requerida¹²⁸.

En ambas situaciones, si la información es entregada a un tercero, tanto éste como el profesional que le informe deberán velar por la confidencialidad de la misma.

Conforme al proyecto de 2006, el derecho a la información acerca del estado de salud de la persona implicaba que esta no podía ser revelada a terceros, salvo tres excepciones: que ello afectara la salud pública, que la falta de información supusiera un grave riesgo para la salud de terceros identificables y que la persona hubiese otorgado su autorización. La entrega de la información a terceros en razón del tratamiento debía siempre resguardar el derecho a la confidencialidad de la atención de salud y de la información personal que surgía de ésta. Sin embargo, este artículo fue suprimido, pues durante la discusión en el Senado se llamó a confiar en el criterio de los médicos, que siempre han enfrentado y resuelto este tipo de situaciones humanas; no debiendo la ley suplantar su juicio ni decidir por ellos. Si el médico incurre en una indiscreción puede ser llevado a la Comisión de Ética de su Colegio e incluso ante los tribunales, si su actuar reviste caracteres delictuales. Las Comisiones Unidas acordaron dejar constancia, para la historia fidedigna del establecimiento de la ley, de que las normas legales que consagran la obligación de ciertos profesionales de guardar secreto bastan para garantizar la confidencialidad que este artículo pretende. Es el caso del artículo 360, número 1°, del Código de Procedimiento Civil, y del inciso final del artículo 247 del Código Penal. Del mismo modo, se dejó constancia de que ese secreto no impide informar a los familiares directos y a las personas que tienen al paciente a su cuidado, si éste no puede valerse por sí mismo, como sería el caso de una pareja que ha convivido con él o del responsable del establecimiento que lo tiene bajo su asistencia y custodia (p. 713 de la HL). Actualmente, la ley actual no contempló la entrega de la información a terceros de la misma forma, sino que sólo en los casos y a las personas que se encuentran en la norma.

E. ¿CÓMO DEBE ENTREGARSE LA INFORMACIÓN?

La forma de entregar esta información también es regulada en el Reglamento. Los requisitos para la entrega de la información son los siguientes:

¹²⁸ Artículo 5° del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

a) La información debe ser entregada de manera oportuna

La oportunidad dice relación con los tiempos de que dispondrá el paciente para poder decidir si quiere someterse al tratamiento o no. Si la información se le entrega con anticipación habrá más tiempo para meditar y decidir sobre su propia salud. En tanto, si la información se entrega un poco antes de someterse al tratamiento habrá menos posibilidades de analizar las posibilidades.

b) La información debe ser comprensible para quien la recibe

Esta exigencia se cumple cuando al elegir las palabras para darle a conocer al individuo la información, se tienen en cuenta su edad, condición personal, capacidad de comprensión y estado emocional.

La situación de las personas afectadas por una enfermedad mental¹²⁹ se regula especialmente a través del Decreto N°570 de 1998 del MIN-SAL¹³⁰, o el que en el futuro lo reemplace. Haremos especial hincapié al respecto cuando tratemos sobre la capacidad del titular del consentimiento informado. A este respecto resultan clarificadoras las palabras del senador Rossi, “a los pacientes hay que explicarles su enfermedad de forma que entiendan la naturaleza de la misma, las alternativas de tratamiento y las eventuales complicaciones que ellos les pudieran ocasionar¹³¹”

c) La información debe ser entregada en forma verbal

Por regla general bastará con que la información se entregue de manera verbal, siempre y cuando sea en términos claros y teniendo en cuenta la capacidad de comprensión del paciente, considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas. Que sea entregada verbalmente no obsta a que se puedan acompañar a la información documentos escritos que den cuenta de lo explicado, destinados a dejar constancia de la recepción de la información.

La excepción a esta regla general viene impuesta por los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlle-

¹²⁹ A las que se refiere el párrafo 8°, del título II, de la Ley N° 20.584, sobre derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.

¹³⁰ Este decreto en su Subtítulo 1°, titulado “Del Consentimiento para Tratamientos”, regula la autorización que una persona otorga en forma voluntaria, a la propuesta del plan de tratamiento que le indica el médico, en qué debe basarse y la capacidad de consentir de la persona.

¹³¹ Historia de la Ley N°20.584, p. 141.

ven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En dichos casos, la información deberá constar por escrito y se dejará establecida la información y el hecho de su entrega, en la ficha clínica. Los procedimientos diagnósticos, terapéuticos e intervenciones quirúrgicas se definen en la Carta de Derechos y Deberes de los pacientes de FONASA como “exámenes, tratamientos u otras intervenciones, realizados por un profesional de la salud, que tienen por objetivos la prevención, terapia o rehabilitación de un paciente”.

Por su parte, el reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, en su artículo 2° señala que “se entiende por procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo todo aquel que, involucrando solución de continuidad de piel o mucosas o acceso instrumental a cavidades naturales que requieren ser realizados con técnicas estériles, producen en el paciente dolor que haga necesaria sedación o anestesia”.

En el ámbito argentino, la información puede proporcionarse en forma verbal o escrita. No obstante, lo más frecuente será que se entregue en forma verbal. En el derecho español, en cambio, el artículo 4.1 de la ley dispone que, como regla general, la información se entregará verbalmente¹³².

Con todo, en Chile la regla general, es que la información sea entregada en forma verbal, pero deberá constar por escrito en ciertos casos¹³³. Estos casos son los señalados en el artículo 14° inciso 4°: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En caso de que la entrega deba ser escrita, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente. El Código de Ética del Colegio Médico de Chile dispone en su artículo 26° que: “Es recomendable que el facultativo consigne siempre el consentimiento del paciente por escrito, debiendo proceder necesariamente de esta forma cuando dicho consentimiento sea exigido por la ley”.

¹³² Señala de la Maza que en la práctica española, uno de los principales problemas que se ha suscitado respecto de la forma en que se pone la información a disposición de los pacientes, es la práctica de suministrárselas a través de protocolos informativos o formularios de consentimiento. Una práctica que, en forma bien consistente, ha concitado el repudio de los autores y de los tribunales. DE LA MAZA, op. cit. (1) p. 11.

¹³³ Es el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado.

Es importante mencionar que la ley chilena presume que la información se ha entregado cuando el documento explicativo se encuentra firmado por el paciente. Nuestra jurisprudencia aun no ha fallado que ocurre con esta presunción, sin embargo, resulta esclarecedor tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 15 de noviembre de 2006¹³⁴. En la demanda no se cuestiona la falta de diligencia en la intervención, sino la inobservancia del deber de información. Los demandados habían acompañado al proceso los formularios que se habían entregado al paciente como prueba de la obtención de su consentimiento. Frente a ellos, el Tribunal Supremo considera, en el Fundamento de derecho segundo de la sentencia, que: "...en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (STS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención".

Asimismo, en sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español, de fecha 9 de noviembre de 2005 (recurso 6620/2001), también se le resta validez a un documento titulado "Hoja de autorización de diagnóstico y tratamiento" en el que se señala que la recurrente "autoriza a los servicios médicos del Hospital para que practiquen toda clase de exploraciones y apliquen tratamiento médico o quirúrgico, administrando anestesia, si fuera preciso en la medida que se considere necesaria y adecuada para su diagnóstico y tratamiento". Basándose en lo señalado por art. 10 de la Ley General de Sanidad Española¹³⁵, la sentencia de-

¹³⁴ Se trataba de una intervención quirúrgica para solucionar la litiasis pielo-uretral del paciente, que, en definitiva, derivó en su fallecimiento. RJ 2006, 8059, pte. Excmo. Sr. J.A. Sejjías Quintana. En: DE LA MAZA, op. cit. (1), p.11.

¹³⁵ Ley Nº 14/1986, española, de 25 de abril, dispuso en su artículo 10º: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

5º A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6º A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención".

termina que aun cuando se encuentra firmado por la recurrente, “no existió el consentimiento informado que la ley demanda de las Administraciones Sanitarias en relación con los usuarios de los servicios que las mismas prestan, y ello porque lo que pretende la regulación legal es que para que haya consentimiento, y, se respete, por tanto, la autonomía del paciente legalmente reconocida, es que, como condición previa inexcusable, se produzca la información precisa y necesaria que permita al enfermo libre y voluntariamente adoptar la decisión que tenga por conveniente. Y es claro que en este supuesto no concurren las condiciones necesarias para ello¹³⁶”.

Estas sentencias, dictadas a la luz de la ley española, que no tiene una norma semejante a la nuestra de presunción de la entrega de información, sirve para demostrar que los formularios escritos no siempre tendrán la virtud de demostrar fehacientemente que el paciente ha sido correctamente informado. Esta presunción legal es altamente peligrosa para los pacientes, pues podrá ser utilizada por médicos y centros médicos para demostrar que la información fue efectivamente entregada, por el sólo hecho de tener un formulario firmado, a pesar de que es muy probable que este formulario haya sido firmado sin tener un conocimiento cabal de lo que dice, pues, como hemos visto a lo largo de esta discusión, la información puede ser entregada a lo largo de un periodo de tiempo, paulatinamente, respondiendo preguntas, de modo que al paciente no le queden dudas de lo que está ocurriendo.

d) La información debe entregarse según el nivel de conocimiento de la situación que el profesional posea cuando la comunica

Además, la información debe ir actualizándose, de modo que si, a lo largo del proceso, surgen nuevos antecedentes respecto de la enfermedad, de los tratamientos propuestos o alternativos o de los riesgos que suponga la intervención o se adquiere un mayor conocimiento de la situación, que no fue incluido en la explicación previa, se le den a conocer al paciente, en caso que esto cambie su decisión. Los formularios deben ser revisados periódicamente, con el fin de asegurar la inclusión de nuevos antecedentes.

Otro requisito se relaciona con un cierto respeto a la situación del paciente, pues debe tenerse en consideración cómo va a reaccionar esta

¹³⁶ Sentencia Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 2005, recurso 6620/2001 [en línea] <<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/57629/sentencia-ts-sala-3-de-9-de-noviembre-de-2005-condenada-la-administracion-por-no-informar-adec.>> [consulta: 8 de abril de 2013].

persona frente a la información, su bienestar psíquico además del físico. En este sentido, relata De la Maza, se ha señalado que uno de los requisitos con que debe cumplirse al suministrar información es que sea humanitariamente (humanely) proporcionada, lo cual puede implicar el empleo de un cierto tacto al informar malas noticias o la disposición a repetirle varias veces al paciente dicha información¹³⁷. Tapia Rodríguez señala que un diagnóstico grave o fatal debe revelarse con circunspección al paciente y a su familia¹³⁸. La ley, por su parte, exige a los prestadores en el artículo 5° letra b) “velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas”. Finalmente, el artículo 24 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile dispone que: “Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas”.

Por último existen aquellos casos en que la manera de otorgar la información se relaciona con la persona a quién se le otorga. Es el caso de quienes no pueden comprender lo que se les está informado o aquellas personas en quienes tendría un efecto negativo la entrega de la información. El artículo 10 señala que la información debe entregarse teniendo en consideración la edad y condición personal y emocional del individuo. Este mismo artículo en su inciso 2 hace referencia a la situación que tiene lugar cuando a juicio del médico tratante la condición de una persona no le permite “*recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia*”.

Esta atribución, llamada privilegio terapéutico, permite al médico decidir no informar de manera completa a la persona, pero lo obliga a informar a alguien completamente. En estos casos la información será entregada a su representante legal, o en defecto de éste, a la persona a cuyo cuidado se encuentre. Ello sin perjuicio de informarle a la persona, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender. Lo mismo sucede tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia¹³⁹ cuando la persona no esté en condiciones de recibir y comprender la información. Ha sido cuestionado por quienes se han abocado al estudio de esta ley el hecho de que quién determina la condición de la persona en cuanto a su capacidad de ser informada es el médico tratante, sin que medie algún tipo de segunda opinión. Además, se dis-

¹³⁷ DE LA MAZA, op.Cit (1), p.10.

¹³⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, op. cit. (1), p. 94.

¹³⁹ Ley define atenciones médicas de emergencia o urgencia como “aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona”.

cutió la posibilidad de incorporar a los familiares directos, de modo que tuvieran la misma categoría que los representantes legales o las personas a cuyo cuidado se encuentre, sin embargo finalmente sólo éstas permanecieron en la disposición.

De acuerdo con la norma propuesta en el mensaje de la Presidenta, a la o las personas que corresponda, que tengan la calidad de representante legal, cónyuge, parientes directos, amigos cercanos, apoderado personal o quién a cuyo cuidado se encuentre, ya sea transitoria o permanentemente se les informaría respecto del estado de salud de quienes no están en condiciones de recibir la información directamente o bien padecen dificultades de entendimiento o alteraciones de conciencia. Esto sin perjuicio de que, una vez recuperada la conciencia o la capacidad de comprender, se le informara a la persona¹⁴⁰. Posteriormente, fue aprobada por unanimidad la indicación de los Diputados Sepúlveda y Chahuán para reemplazar a éstas personas por el *representante legal del paciente* o en su defecto, a la *persona bajo cuyo cuidado se encuentre*¹⁴¹. De todos modos, la Ministra de Salud señaló que a las personas con dificultades de entendimiento o alteración de conciencia, o sin capacidad para expresar voluntad por enfermedad mental, certificada por un médico, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión deberá ser adoptada por su representante legal, o apoderado o en último caso, por la persona a cuyo cuidado se encuentre¹⁴².

F. ¿CÓMO SE ESTABLECE EL ESTÁNDAR DE CUIDADO QUE SE EXIGE AL PROFESIONAL DE LA SALUD?

Determinar el cumplimiento o incumplimiento del deber de informar por parte de los profesionales de la salud supone comparar la conducta que estos tuvieron en la práctica con algún modelo de conducta. Respecto a los estándares de conducta, en el derecho chileno se ha estimado, desde hace tiempo ya, que la conducta del médico debe compararse con aquella que podría esperarse de un profesional competente y diligente¹⁴³. Los deberes de información no constituyen una excepción a esto.

En el Derecho comparado podemos encontrar dos estándares de conducta con los que se puede comparar la actitud del médico. Un primer ejemplo de dichos estándares se puede encontrar en los llamados “usos normativos” de la profesión médica, en que se compara la conducta del

¹⁴⁰ Historia de la Ley N° 20.584 , p. 21-22

¹⁴¹ *Ibíd.* p. 60-61.

¹⁴² *Ibíd.* p. 283.

¹⁴³ Ver, por ejemplo, TAPIA RODRIGUEZ, op.Cit (1), pp. 88-89 y BARROS BOURIE, op. cit. p. 670-672.

profesional con la conducta que hubiera observado un profesional de la medicina de la misma especialidad razonablemente prudente¹⁴⁴. Utilizando este tipo de estándar, salvo que exista un cuerpo deontológico que identifique como un deber la entrega de esa información específica, será imprescindible recurrir al testimonio de otros profesionales de la medicina de la misma especialidad para determinarlo. Los códigos deontológicos de las profesiones constituyen los principales –aunque no los únicos– repositorios de usos normativos. En el ámbito chileno, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, destina sus artículos 24 a 28 a regular la información y consentimiento del paciente. Con todo, las reglas contenidas ahí establecen mínimos de información, por lo mismo, acudiendo a esas normas no sería posible, determinar, sin más, si el profesional cumplió o no con su deber de obtener el consentimiento informado del paciente¹⁴⁵.

Otra manera de evaluar el modelo de conducta se enfoca en la situación del paciente, en general o concretamente. Si el estándar utiliza como punto de referencia un paciente abstracto, lo que se trata de determinar es si la información que no se suministró era determinante para un paciente razonable, con independencia de las peculiaridades del paciente que alega la infracción. Tratándose del estándar del paciente concreto, lo que interesa es cómo hubiera reaccionado *ese* paciente concreto frente a la eventual actuación médica si hubiese conocido el riesgo que no se le informó. Por lo mismo, si se utiliza el estándar del paciente concreto, las peculiaridades de la persona pueden hacer la diferencia. Así, por ejemplo, pueden considerarse circunstancias como el nivel cultural y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente. Señala De la Maza, que en la autora Josephine Shaw en su obra “Informed Consent: A German Lesson¹⁴⁶”, refiriéndose al ámbito alemán, en el que se ha optado por el estándar del paciente concreto, señala que en un caso se consideró que el médico no había cumplido con su deber de informar al no indicar a la madre de un niño de ocho años que se sometió a una intervención quirúrgica los riesgos típicos de la anestesia total. Señala la autora que en el razonamiento fue determinante el hecho que se trataba de una mujer de baja extracción social (*low social status*), situación que no permitía al médico considerar legítimamente que al comunicar a la madre que el menor sería anestesiado ésta tendría conocimiento de los

¹⁴⁴ Sobre la utilización de usos normativos como mecanismos para determinar el deber de cuidado puede consultarse BARROS BOURIE, ENRIQUE op. cit., p. 103-105.

¹⁴⁵ DE LA MAZA, op. cit. (1), p.12.

¹⁴⁶ SHAW, JOSEPHINE, *Informed Consent: A German Lesson* en *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 35(4): p.878, 1986.

riesgos típicos asociados a esa actuación. Concluye la autora que si se hubiera utilizado el estándar del paciente abstracto el resultado hubiera sido otro, en general se asume que las personas conocen los riesgos de la anestesia total¹⁴⁷.

Además de los criterios doctrinales, podemos encontrar dos criterios jurisprudenciales que pueden utilizarse para determinar si la conducta del médico es reprochable o no, no obstante el estándar que se adopte. El primero de ellos consiste en determinar si se trata de riesgos típicos o atípicos. El segundo factor es si se trata de medicina voluntaria o satisfactiva¹⁴⁸.

Con respecto a la distinción entre riesgos típicos y atípicos o excepcionales, existe una difundida opinión según la cual deben informarse los primeros y no los segundos. Sin embargo, es necesario avanzar con cautela al momento de determinar qué significa que un riesgo sea o no típico. Así, por ejemplo, si la probabilidad de que acaezca el riesgo es, en abstracto, bastante baja, esta circunstancia no determina, necesariamente, que se trate de un riesgo atípico. Lo que se quiere afirmar es que el carácter típico o atípico de un riesgo no se refiere a la posibilidad de que dicho riesgo se materialice en abstracto, sino en la situación específica del paciente¹⁴⁹.

Tratándose de medicina voluntaria o satisfactiva, parece haber acuerdo en la jurisprudencia respecto a que la medicina voluntaria requiere un mayor grado de rigurosidad en la información que la medicina curativa. Esto se explica porque la finalidad de la cirugía estética no es terapéutica, por lo mismo, probablemente, el consentimiento del paciente es más voluble, quien se somete a ella está menos dispuesto a tolerar riesgos que quien se somete a una actuación curativa¹⁵⁰.

Vargas Aravena menciona una sentencia del Tribunal Supremo Español de 21 de octubre de 2005, que respecto a una de las especies de medicina voluntaria, la cirugía estética, establece que en la medicina satisfactiva o voluntaria se acrecienta el deber de información médica, el que debe reunir los requisitos de objetividad, veracidad, asequibilidad y totalidad, debiendo advertirse de cualquier posible secuela, riesgo o complicación o resultado que se pueda producir, sea de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección médica. En dicha sentencia se condena al médico por no haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa. Concluyendo en la

¹⁴⁷ DE LA MAZA, op. cit. (1), p.13.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.13.

¹⁴⁹ *Ídem.* Para el derecho chileno ver BRANTT ZUMARÁN, op. cit., p. 515.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.14.

especie que “*se trataba, por tanto, de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, excluía la responsabilidad en la práctica de la intervención, pero no excusaba su deber de información*”. Pues, de este modo, la paciente, dentro de su autonomía podría haber decidido si asumía el riesgo. Este fallo reafirma lo que ya hemos venido mencionando respecto de que “la información de riesgos previsible es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos”¹⁵¹.

Para distinguir el límite del contenido del deber de informar entre medicina curativa y voluntaria, la Audiencia Provincial de Pamplona, con fecha 12 de febrero de 2003, había expresado “que si bien el deber de informar no tiene carácter absoluto u omnicompreensivo, si que debe extenderse a las complicaciones previsible y frecuentes. Para que el consentimiento sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa y, para ello, se requiere que se hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o a posteriori de la operación”¹⁵².

G. PRUEBA DEL DEBER DE INFORMAR

En el derecho comparado existe alguna tendencia a aceptar que tratándose del deber de informar son los médicos o, en su caso los centros sanitarios, quienes deben probar tanto el suministro de la información como el hecho de que ésta era adecuada y fue convenientemente proporcionada¹⁵³.

En el ámbito chileno Tapia Rodríguez ha señalado que, tratándose de deberes de información se tiende a invertir el peso de la prueba en contra del médico¹⁵⁴. En una posición bastante similar, Barros Bourie señala que la infracción a los deberes de diligencia del médico debe ser acreditada por el demandante, sin embargo, tratándose de ciertas materias –una de ellas es el deber de información– se establece un “deber de colaboración” a los especialistas en virtud del cual deben aportar la información que les permita acreditar su propia diligencia¹⁵⁵.

Resulta paradigmática en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de octubre de 2001, que trata un supuesto de contagio de SIDA por transfusión sanguínea posterior a una intervención de

¹⁵¹ VARGAS ARAVENA, DAVID, *Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de wrongful conception a tenor de la jurisprudencia española*, en Gaceta Jurídica (314): p. 29, 2006.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ DE LA MAZA, op. cit. (1), p. 14.

¹⁵⁴ TAPIA, op. cit., p. 95.

¹⁵⁵ BARROS, op. cit., p. 677.

cesárea. En cuanto a la carga de la prueba, se afirma que “ya la sentencia de este Tribunal de 12 de enero de 2001 rememoró, que la precedente de 16 de octubre de 1998, partía de atribuir la carga de la prueba de la información a los profesionales que practicaron la prueba médica y al propio centro hospitalario y, en el mismo sentido, se pronunciaron las de 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000¹⁵⁶”

La razón para imponer el deber de probar a los profesionales se puede entender claramente en la STS de 13 de abril de 1999, en la que se señala que: “la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponerle una prueba que puede calificarse de perversa, contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión”.

Con respecto a los medios de prueba, todos ellos son admitidos. Sin embargo, el medio más importante, sin duda será la ficha clínica, pues como señala la ley en su artículo 14^o tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo, deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente. Lo que sucederá en la práctica será que la información podrá entregarse ya sea verbalmente o por escrito, sin embargo, en la ficha clínica deberá dejarse constancia de qué información se entregó, si se entregó verbalmente o por escrito y en este último caso, lo más apropiado será acompañar en la ficha clínica el documento escrito en que consta la información, junto con la constancia de que ésta se entregó a través de la firma del paciente. Domínguez, advierte que la eficacia probatoria de la ficha médica debe tomarse con cautela y confrontarse con los demás medios probatorios¹⁵⁷.

En la práctica, el problema será el valor que se le dará a la prueba del consentimiento verbal. En España, la Sala de lo Civil ha precisado la necesidad de que quede constancia de la información verbal suministrada en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte; y la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha señalado que “una prueba testifical del médico no puede ser base suficiente para la acreditación de la existencia de tal consentimiento informado de naturaleza verbal existiendo otras declaraciones testificales contradictorias¹⁵⁸”.

¹⁵⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 1^a ed., Editorial LexNova, Valladolid, 2003, p. 176.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Sentencia de Tribunal Supremo Español de 9 marzo 2005. Citada en: MONTERROSO CASADO, ESTHER, *La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño*, en Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguros (17): p. 3, 2006.

También referido a la prueba, en los casos en que se otorga consentimiento por escrito, la ley contempla además una presunción de que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse. Esta presunción fue indicada por los Diputados Cristi, Chahuán, Palma, Rubilar y Sepúlveda en el Segundo Informe de Comisión de Salud de la Cámara de Diputados. El objetivo de la misma, es establecer una presunción legal de que la información ha sido proporcionada al paciente cuando éste ha firmado el documento donde se explica el procedimiento o tratamiento al cual debe someterse, a fin de reforzar el deber que asiste a la persona de informarse sobre las atenciones de salud que recibe y de exigir a los prestadores que le proporcionen la información necesaria para tales efectos.

El Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Salud hizo presente que en doctrina se entiende que el consentimiento informado no se reduce a la firma de un formulario, sino que constituye un proceso basado en la confianza que existe en la relación entre el médico y el paciente, en cuyo marco se transmite información suficiente y adecuada para la decisión responsable y consciente que tomará la persona que será tratada. Planteó que la presunción propuesta admite prueba en contrario, de modo que el paciente tendrá que demostrar que pese a existir un documento explicativo con su firma no ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento.

Durante el debate, se advirtió la complejidad que supondría exigir que el paciente firme un documento cada vez que se le proporcione atención médica a fin de configurar esta presunción, motivo por el cual se estimó que ésta sólo debería tener aplicación en aquellos casos en que se exige que el consentimiento informado conste por escrito, esto es, cuando se trata de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En razón de lo anterior, hubo consenso en que el inciso final propuesto sea trasladado al inciso tercero como párrafo final, a fin de que esta presunción sólo se aplique a las situaciones descritas¹⁵⁹.

No debe confundirse la entrega de la información con el consentimiento que debe solicitarse previamente a la intervención. Una cosa es que el paciente haya firmado el formulario en que consta que se le entregó toda la información referida al tratamiento, y otra muy distinta es que otorgue su consentimiento para llevar a cabo lo planteado por el médico.

¹⁵⁹ Historia de la Ley Nº 20.584, p. 179-180.

Resulta esclarecedor tener en cuenta la STS de 15 de noviembre de 2006¹⁶⁰. En la demanda no se cuestiona la falta de diligencia en la intervención, sino la inobservancia del deber de información. Los demandados habían acompañado al proceso los formularios que se habían entregado al paciente como prueba de la obtención de su consentimiento. Frente a ellos, el Tribunal Supremo considera, en el Fundamento de derecho segundo de la sentencia, que: "...en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (STS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención".

Asimismo, en sentencia de la Sala Tercera del TSE, de fecha 9 de noviembre de 2005 (recurso 6620/2001), también se le resta validez a un documento titulado "Hoja de autorización de diagnóstico y tratamiento" en el que se señala que la recurrente "autoriza a los servicios médicos del Hospital para que practiquen toda clase de exploraciones y apliquen tratamiento médico o quirúrgico, administrando anestesia, si fuera preciso en la medida que se considere necesaria y adecuada para su diagnóstico y tratamiento". Basándose en lo señalado por art. 10 de la Ley General de Sanidad Española¹⁶¹, la sentencia determina que aun cuando se encuentra firmado por la recurrente, "no existió el consentimiento informado que la ley demanda de las Administraciones Sanitarias en relación con los usuarios de los servicios que las mismas prestan, y ello porque lo que pretende la regulación legal es que para que haya consentimiento,

¹⁶⁰ Se trataba de una intervención quirúrgica para solucionar la litiasis pielo-uretral del paciente, que, en definitiva, derivó en su fallecimiento. RJ 2006, 8059, pte. Excmo. Sr. J.A. Seijías Quintana. Citado en: DE LA MAZA, op. cit. (1). p.11.

¹⁶¹ Ley 14/1986, española, de 25 de abril, dispuso en su artículo 10: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

5º A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6º A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención".

y, se respete, por tanto, la autonomía del paciente legalmente reconocida, es que, como condición previa inexcusable, se produzca la información precisa y necesaria que permita al enfermo libre y voluntariamente adoptar la decisión que tenga por conveniente. Y es claro que en este supuesto no concurren las condiciones necesarias para ello¹⁶²”.

Estas sentencias, dictadas a la luz de la ley española, que no tiene una norma semejante a la nuestra de presunción de la entrega de información, sirven para demostrar que los formularios escritos no siempre tendrán la virtud de demostrar fehacientemente que el paciente ha sido correctamente informado. Esta presunción legal es altamente peligrosa para los pacientes, pues podrá ser utilizada por médicos y centros médicos para demostrar que la información fue efectivamente entregada, por el sólo hecho de tener un formulario firmado, a pesar de que es muy probable que este formulario haya sido firmado sin tener un conocimiento cabal de lo que dice, pues, como hemos visto a lo largo de esta discusión, la información debe ser entregada a lo largo de un periodo de tiempo, paulatinamente, respondiendo preguntas, de modo que al paciente no le queden dudas de lo que está ocurriendo.

Finalmente, conviene advertir que, no obstante el hecho de que sea el profesional quien deba acreditar que la información se suministro adecuadamente, es el paciente quien debe probar la existencia de un daño y la relación de causalidad entre ese daño y el incumplimiento del deber de informar del profesional sanitario¹⁶³.

15. AUSENCIA DEL DEBER DE INFORMAR

A. AUTORIZADO POR LEY

El incumplimiento del deber de informar autorizado por ley se encuentra contemplado en la hipótesis del artículo 10 inciso 3º, que se refiere a las atenciones médicas de emergencia o urgencia. Éstas se definen en la ley como aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona.

¹⁶² Sentencia Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 2005, recurso 6620/2001 [en línea] <<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/57629/sentencia-ts-sala-3-de-9-de-noviembre-de-2005-condenada-la-administracion-por-no-informar-adec.>> [consulta: 8 abril 2013].

¹⁶³ DE LA MAZA, op. cit. (1), p. 15.

Cuando tienen lugar este tipo de atenciones, la información es proporcionada al representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentra el paciente, siempre limitándose a la situación descrita. Sin perjuicio de ello, la persona que está siendo atendida, deberá ser informada, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan y siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La regla primordial en estos casos es que la imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Respecto a la falta de información autorizada por ley, resulta necesario tocar dos temas estrechamente relacionados a este derecho y su ausencia. Estos son el derecho a no ser informado y el privilegio terapéutico.

B. DERECHO A NO SER INFORMADO

El derecho a no informarse fue otra de las ideas innovadoras del proyecto de ley del Presidente Lagos¹⁶⁴ y que se repitió en el proyecto de la Presidenta Bachelet y sin embargo, no logró ser incluido finalmente en la ley.

Esta facultad, presente en las leyes española¹⁶⁵, uruguaya¹⁶⁶ y argentina¹⁶⁷, se presenta como una de las excepciones al derecho a la información, y tiene lugar cuando la persona, por escrito, ejerce su derecho a no ser informada. Señalaba el Proyecto de Ley: “El ejercicio de este derecho constituye una manifestación voluntaria, consciente y esencialmente revocable. La persona puede designar, en este mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva, quienes también quedan obligados a respetar su derecho a no ser informado. Si la persona decide no designar un receptor de esta información, el médico o profesional tratante debe registrar los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención de salud y tomar los resguardos necesarios para la debida protección de dicha información¹⁶⁸”.

Esta decisión podía llegar a tener muchas consecuencias e implicaba una renuncia a un derecho, por lo mismo, este hecho debía constar por escrito y en un documento especial. Decidir no ser informado y optar por no hacer uso del derecho a decidir informadamente acerca del tra-

¹⁶⁴ El proyecto de ley del año 2001 en su artículo 11 establecía “En todo caso, el paciente tiene derecho a manifestar, por escrito, su voluntad de no ser informado”.

¹⁶⁵ Artículo 4°

¹⁶⁶ Artículo 18°

¹⁶⁷ Artículo 2° letra f)

¹⁶⁸ Historia de la Ley N°20.584, p. 14.

tamiento por recibir, implicaba también el ejercicio del derecho y por ende, la responsabilidad de ello siempre recaía sobre la persona misma que renunció.

Con todo, el derecho a no ser informado no podía ejercerse si así lo exigía la protección de la vida de otra persona o si, por razones de orden sanitario resultaba necesaria la adopción de conductas y hábitos particulares por parte del titular del derecho.

Durante la discusión en la Comisión de Salud se suprime la obligación que, de acuerdo con la norma propuesta en el mensaje, pesa sobre las personas que son designadas para recibir la información por el paciente que ha manifestado su voluntad de no ser informado, pues se trata de una mera declaración de principios y no se establece ninguna sanción para el evento de que sea incumplida, a la vez que resulta innecesaria, si se da por supuesto que la designación recaerá en alguien que sea de la confianza del paciente.

A su vez, aquí también se discute cuáles son las obligaciones del médico tratante en aquellos casos en que el paciente decide no designar a un receptor de la información. Al respecto, la Ministra de Salud precisó que para determinar el alcance que tendría la obligación de “tomar los resguardos necesarios para la debida protección de la información”, debe recurrirse al párrafo que se refiere a la reserva de la información contenida en la ficha clínica, motivo por el cual se planteó la idea de efectuar, una remisión a dicho párrafo. Por otra parte, se estableció que el prestador institucional y no el médico tratante, es quien deberá cumplir con esta exigencia, pues aquélla excede el ámbito de funciones de este profesional y de que en todos los establecimientos de salud existen unidades especializadas en el resguardo y ordenamiento de las fichas clínicas. Finalmente se acordó que el registro de los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención en salud debe plasmarse en la ficha clínica¹⁶⁹.

Durante la discusión del artículo se propuso suprimirlo, por parecer improbable que una persona, de antemano, decidiera no ser informada de la enfermedad que padece. Sin embargo, se hizo presente que ello ocurre, todavía en muchos casos, aún cuando han tendido a disminuir. Sería el caso, por ejemplo, de una persona de edad muy avanzada, que ha optado por no saber exactamente de qué está enfermo. En estos casos, el paciente recibe el tratamiento, paliativos del dolor, pero sin saber que, por ejemplo, tiene cáncer¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 62

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 386-387.

En opinión del constitucionalista Tomás Jordán, el derecho a no ser informado debía tener como límite, no sólo razones de orden sanitario o el amparo de la vida de otra persona, sino la protección de la propia vida de la persona, pues señaló en “el derecho a la vida se ordena en la Constitución política de 1980 como un derecho de no vulneración que se ejerce en contra del Estado y los terceros, pero también como un “deber” conservación de su propia vida¹⁷¹. La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, hizo suyo este criterio y acordó proponer que se agregue la protección de la propia vida como una excepción adicional al derecho de no ser informado¹⁷².

Los integrantes de la Comisión de Salud coincidieron en la necesidad de plasmar en el texto que la edad para manifestar por escrito la voluntad de no ser informado es a partir de los catorce años, criterio que debe ser aplicable a todas las disposiciones relativas a dar o recibir esta información, y que tratándose de menores de esa edad la decisión será siempre de los padres o representantes, sin que al médico tratante ni al comité de ética les quepa intervenir. Así se acordó en el debate ocurrido con ocasión del Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Salud¹⁷³.

En su exposición en el Senado, el Ministro de Salud, Jaime Mañalich, llamó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, a efectuar una detenida reflexión sobre la constitucionalidad del artículo que consagraba el derecho de los pacientes a no ser informados sobre su estado de salud¹⁷⁴.

Esta disposición no fue incorporada en el cuerpo final del proyecto, pues se solicitó que fuera suprimido entre otras razones porque se podía prestar para abusos si al llegar una persona a un hospital o clínica, se le hiciera firmar un documento sin saber que estaba renunciando al derecho a la información. Debatiendo sobre la idea se señaló que en ella se consagraba un derecho respeto de la libertad de las personas a decidir si quieren o no ser informadas, sin embargo, este derecho debía ser complementado con el resguardo de la salud de otras personas. Además, se señaló que la Asociación Médica Mundial expresamente ha señalado que el paciente tiene el derecho a no ser informado, si lo solicita expresamente, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona.

En las Comisiones Unidas, estimaron que el derecho a no ser informado tiene que ver con la vinculación médico paciente, en que intervie-

¹⁷¹ *Ibíd.*, p.497.

¹⁷² *Ibíd.*, pp. 501-502.

¹⁷³ *Ibíd.*, p.576.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 486.

nen el tratante, el paciente y eventualmente su familia, asunto que no debe ser regulado por la ley y por lo mismo suprimieron el artículo¹⁷⁵. De este modo, si una persona desea no ser informada del estado de su salud, deberá comunicárselo a su médico y quedará a criterio de éste si ello es posible.

Con todo, este derecho a no ser informado no es absoluto. El artículo 9.1 de la Ley 41/2002 española constituye un buen ejemplo de los límites que pueden imponerse a este derecho. En lo pertinente, dispone el precepto que: “La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”. Lo propio hacía el artículo 9º del Proyecto, según el cual:

“Toda persona tiene derecho a manifestar por escrito su voluntad de no ser informada, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona o que, por razones de orden sanitario, resulte necesaria la adopción de conductas y hábitos especiales por parte de ella”¹⁷⁶.

C. PRIVILEGIO TERAPÉUTICO

Este supuesto tiene lugar cuando la información que debe otorgarse al paciente, puede amedrentarlo, impidiéndole considerar razonablemente la relación entre ventajas y riesgos de una intervención quirúrgica. Es por ello que, en algunos países, se le otorga la posibilidad al médico de no informar al paciente sobre todos y cada uno de los elementos que se detallan en el derecho a la información. En el derecho alemán, esta institución funciona no solamente inmunizando al médico que no informe ciertos riesgos, sino que, además, sancionando a aquel que suministra información irreflexivamente o en términos demasiado crudos al paciente, desincentivándolo a someterse a una actuación médica recomendable¹⁷⁷.

Un caso citado por De la Maza en que el privilegio terapéutico podría haber sido utilizado, es el de un médico y su paciente, quienes conversaron sobre la posibilidad de un tratamiento de diagnóstico de cáncer de próstata (el test prostate specific antigen). El facultativo informó a su paciente acerca del riesgo sustancial de efectos colaterales que suponía el test, la elevada posibilidad de que arrojara falsos positivos y la baja probabilidad de riesgo vital derivado de un cáncer de próstata. Con esta información, el paciente decidió no someterse al test. Lo próximo que supo el médico de su paciente fue que había muerto de cáncer a la pró-

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 713.

¹⁷⁶ DE LA MAZA, *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 16.

tata, y se enteró a través de una demanda de mala praxis dirigida contra él por no haberle recomendado someterse al test. El médico perdió el caso¹⁷⁸.

En Chile no se encuentra regulada esta institución y aunque la Ley N°20.584 ha dejado diversas materias al criterio de los facultativos médicos, entregarles la facultad de decidir qué información debe o no ser entregada, parece no estar dentro de estas libertades, pues la ley claramente establece un mínimo de información que es un derecho del paciente, conocer y un deber del médico, informar.

En los países que aceptan el privilegio terapéutico como una práctica común, no hay sanción a la falta de consentimiento informado, pues tiene mayor peso el bien que busca el médico para el paciente, al no informarle. En efecto, si la decisión del paciente es fundamental para la realización de los tratamientos propuestos, parece lógico establecer que, en tales casos, no existirá responsabilidad médica, salvo, claro está, aquella que derive de una mala praxis. Lo mismo debe ocurrir en aquellos casos en que, por ley, la decisión del paciente se presume o es irrelevante.

¹⁷⁸ Ídem.

CAPÍTULO IV

DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

16. CONCEPTO

Antes de definir este concepto, es necesario señalar que, en un principio, el proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados contenía en su párrafo 5° “De la Autonomía de las personas en su atención en salud”, el acápite “De la decisión informada”.

Cuando la Comisión de Salud discutió por primera vez el proyecto, se cambió esta expresión por la de consentimiento informado, pues, recogiendo una de las observaciones formuladas por el representante del Colegio Médico de Chile, se podía de esta manera reflejar de mejor manera el carácter bilateral que tiene la generación de esta manifestación de voluntad en el marco de la relación médico-paciente, toda vez que implica una codecisión entre el profesional tratante y el usuario¹⁷⁹. Sobre el particular, el representante del Ejecutivo aclaró que se optó por hablar de decisión y no de consentimiento, por cuanto en la actualidad aquella es adoptada en conjunto con el médico, sobre la base de la información que este profesional le proporciona y no obedece a un modelo en el cual el paciente expresa su consentimiento respecto de las propuestas que le formula el médico¹⁸⁰. El doctor Pablo Rodríguez, entonces Vicepresidente del Colegio Médico y presidente de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico, también señaló que prefería la expresión

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 73.

¹⁸⁰ *Ídem.*

“consentimiento informado”; pues esta última resultaba preferible, no sólo por ser universalmente empleada, sino porque, además, refleja de mejor manera el carácter bilateral que tiene la generación de esta manifestación de voluntad. En efecto, el consentimiento informado surge de la relación “médico – paciente”. La expresión consentimiento, etimológicamente, significa, precisamente, “sentir con otro”, “tener un mismo sentimiento”. En cambio, la expresión “decisión informada” alude a una manifestación unilateral de voluntad, concluyó¹⁸¹. Finalmente, se mantuvo el concepto “consentimiento informado” que, como veremos, tiene varias definiciones.

La Carta de los derechos y deberes de los usuarios de FONASA, antecedente legal del proyecto, definía el CI como “un procedimiento a través del cual un paciente es informado respecto de todos los alcances del o los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa sugerida por el profesional de salud con total conocimiento de las consecuencias e implicancias de esta decisión, la cual debe constar por escrito¹⁸²”.

En doctrina podemos encontrar también definiciones. Para el español experto en Bioética Diego Gracia Guillén, “es la culminación de un proceso gradual en el seno de la relación médico-paciente en virtud del cual el último acepta o no someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico. En este proceso el médico ha debido informar en cantidad y calidad suficiente sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del procedimiento, así como sus posibles alternativas. Así entendido, el propósito del consentimiento informado es la participación informada del paciente y no la obtención de un documento de salvaguardia¹⁸³”. De la misma línea es don Patricio Burdiles, cirujano chileno, quien nos señala que consentimiento informado “no es necesariamente un documento firmado por el paciente o sus familiares, no exime de Responsabilidad Civil o Penal, no es un salvoconducto de impunidad y tampoco ocurre en un solo instante”. Para él es muy importante recordar estos cuatro puntos pues, según relata, es frecuente que los médicos se excusen tras un papel

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 365.

¹⁸² Carta de derechos y deberes de los pacientes de FONASA, p. 9. Disponible en: <http://www.bioeticachile.cl/felaibe/documentos.html#chile> (visitado el 2/4/2013).

¹⁸³ GRACIA, DIEGO. Los cambios en la relación médico-enfermo. *Revista Medicina Clínica*, 93:100-102, 1989 en PACHECO, MARGARITA, *El consentimiento Informado: Una forma de entender la relación médico-paciente*. [en línea] *Revista Médica Clínica Las Condes*, octubre 2001, 12(4) <http://www.clc.cl/Dev_CLC/media/Imagenes/PDF%20revista%20m%C3%A9dica/2001/4%20oct/Elconsentimientoinformado-7.pdf> [consulta: 14 diciembre 2013]

firmado, que fue obtenido por la secretaria o el personal administrativo del Servicio de Admisión¹⁸⁴.

Algunas instituciones han buscado precisar ellas mismas el significado de este proceso, es así como la carta de derechos y deberes de los usuarios del Hospital Base de Linares lo califica como un “procedimiento a través del cual un paciente o su representante legal es informado respecto de todos los alcances del o los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa sugerida por el profesional de salud con total conocimiento de las consecuencias e implicancias de esta decisión, la cual debe constar por escrito¹⁸⁵”. Y el documento de aplicación del consentimiento informado, de la unidad de calidad y seguridad del paciente del Hospital Exequiel González Cortés, lo define como un “proceso de información verbal, veraz y completa, como parte de la relación médico-paciente, en virtud de la cual, el paciente o su representante legal acepta, o rechaza, someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico, específico. El médico debe informar en calidad y cantidad suficientes sobre la naturaleza, los riesgos y beneficios que el mismo conlleva, así como sus posibles alternativas, y aclarar las dudas que puedan surgir en esta conversación¹⁸⁶”.

Dentro de las leyes que regulan los derechos de los pacientes, podemos encontrar algunas que en su articulado dan un concepto claro de lo que entenderán por C.I. La Ley 41 de España, que regula la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica lo define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. En la Ley Nº 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud de Argentina, el artículo 5º señala: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

¹⁸⁴ BURDILES, PATRICIO, *Consentimiento informado en cirugía*, en Revista Chilena de Cirugía, volumen 56(2): p. 97, 2004.

¹⁸⁵ Carta de derechos y deberes de los usuarios del Hospital Base de Linares [en línea] <<http://www.hospitaldelinares.cl/hoslina/wp-content/uploads/2013/01/MANUAL-CARTA-DE-RECHOS-Y-DEBERES-DE-LOS-USUARIOS1.pdf>> [consulta: 14 diciembre 2013].

¹⁸⁶ Unidad de Calidad y Seguridad del Paciente, Hospital Exequiel González Cortés. Documento de aplicación del consentimiento informado [en línea] <http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/575/articles-7659_recurso_1.pdf> [consulta: 14 diciembre 2013].

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

La Ley N° 18.335 de la República de Uruguay, donde se establecen los Derechos y Obligaciones de los Pacientes y Usuarios de los Servicio de Salud, no entrega un concepto de C.I. Lo mismo sucede al analizar la ley chilena, pues en el proyecto tampoco se vio como necesario definirlo. Sin embargo, a partir de los elementos contemplados en el artículo 15° se puede elaborar un concepto como éste: “Proceso en que una persona, otorga o deniega su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante le entregue información adecuada, suficiente y comprensible”.

17. FUNDAMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Suele afirmarse que el fundamento del consentimiento informado, como requisito de una actuación médica, es la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes¹⁸⁷. Es más, el Párrafo 6° de la ley, que regula el consentimiento informado, lleva como título “De la autonomía de las personas en su atención de salud”.

El principio de la Autonomía como fundamento del C. I. se basa en el principio jurídico que el sujeto adulto en plena posesión de sus facultades mentales y en conocimiento de la información necesaria, es el único que tiene el derecho a decidir libre y soberanamente sobre aquellos aspectos que interesan a su propia salud, desarrollo y bienestar (derecho del ciudadano a la autodeterminación). Esta autonomía es ejercida en plenitud solamente cuando se cumplen las siguientes premisas: el individuo posee la competencia y capacidad intelectual para comprender, la información le es entregada en forma adecuada y oportuna y las opcio-

¹⁸⁷ DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, *Consentimiento informado, una visión panorámica* (1), Revista Ius et Praxis, Año 16 (2): p. 4, 2010.

nes son tomadas en forma libre y voluntaria. Estos tres elementos constituyen los pilares de todas las definiciones de este proceso¹⁸⁸.

Otro fundamento frecuente en las discusiones sobre ética médica es el “principio de beneficencia¹⁸⁹.”

Para otros, la fundamentación ética del C.I. no se reduce solamente al principio de autonomía, pues ello produce en los profesionales sanitarios la impresión de que, ahora, el que “toma el mando” en el nuevo modelo es, unilateralmente, el paciente. El médico queda relegado a mero ejecutor de los deseos del enfermo, que se fundamentan en sus derechos como usuario, y que son ilimitados. Pero eso no es así, ni siquiera desde la perspectiva del propio paciente que sigue esperando que sus médicos le ayuden a tomar decisiones, le recomienden, le sugieran, le acompañen, le expliquen, aunque respetando su autonomía última para aceptar o rechazar una intervención. Es por ello que ofrecen otro modelo de fundamentación, que consiste en la articulación correcta de los principios clásicos de la bioética moderna en el marco de las relaciones clínicas¹⁹⁰.

18. REGULACIÓN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El nacimiento del C.I. se vincula estrechamente al de la disciplina llamada Bioética, originada a principios de los años cincuenta. El C.I. demora algo más, pues su primera aparición tiene lugar en 1957, cuando el Tribunal Supremo del Estado de California promulga la sentencia del caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University of Trustees*, en la que se utiliza por primer vez el término «consentimiento informado», una expresión sintética que enuncia el derecho de los pacientes a recibir información acerca de los procedimientos médicos a los que van a someterse y a de-

¹⁸⁸ BÓRQUEZ, GLADYS, et al., *La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal (1)*, en *Revista médica de Chile*, 135(9): p. 1154, 2007.

¹⁸⁹ Señala De la Maza que según este principio, en sus relaciones con el paciente, el médico debe actuar siempre intentando proteger los intereses del paciente, ésta es la idea que subyace a la máxima hipocrática *primum non nocere*. El principio de la beneficencia y la protección de la autonomía pueden o no colisionar. Se produce tensión entre ellos en la medida en que se acepta de que, bajo ciertas circunstancias, el médico sabe mejor que el paciente qué es lo que le conviene y, eventualmente, este conocimiento legitima que silencie cierta información con el objetivo de no amedrentar al paciente. El conflicto se presenta toda vez que la justificación del silencio del médico es paternalista —el médico estima estar en mejores condiciones que el propio paciente para tomar una decisión que afecta a este último. DE LA MAZA GAZMURI, op. cit. (1), p. 4-5.

¹⁹⁰ SIMÓN-LORDA, PABLO, *Diez mitos en torno al consentimiento informado (1)*, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 29: p. 32-33, 2006.

cidir libre y voluntariamente sin desean o no someterse a ellos. En 1972 se produce otro hito de la teoría judicial norteamericana sobre consentimiento informado, la sentencia del caso *Canterbury v. Spence*. Esta sentencia es decisiva porque por primera vez va a obligar a los médicos de aquel país a tomar conciencia clara de que las relaciones con sus pacientes debían cambiar, y ello produce que muchos se vuelvan hacia la nueva disciplina de la bioética para buscar la forma adecuada de hacerlo. Sólo un año más tarde, en 1973, la Asociación Americana de Hospitales promulga la primera Carta de Derechos del Paciente que servirá de modelo a todas las Cartas de Derechos de pacientes del mundo occidental. Con ella el concepto de paciente adulto y autónomo irrumpe de manera definitiva en el campo de la toma de decisiones médicas¹⁹¹.

Desde entonces, las sociedades internacionales han presentado declaraciones que protegen la dignidad del paciente, como ejemplo puede mencionarse el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la 35° Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, realizada en Italia en 1983. En ella se planteó que uno de los deberes del médico es “consagrarse a proveer una asistencia competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana”.

En 1981, la Declaración de Lisboa, en su 34° Asamblea Médica Mundial sobre los derechos de los pacientes, estableció las bases de los derechos del paciente que el médico debe garantizar. Dentro de estos derechos está la libre elección, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la información, el derecho a la dignidad, y también estipula a quien se debe informar en el caso de un paciente inconsciente.

Tomando en consideración los riesgos hacia la dignidad del paciente, España proclamó la Ley Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, protegiendo a la parte más débil de la relación “paciente-profesional de salud”.

Otros países que resguardan la relación profesional de salud y paciente son Argentina, que en la Ley N° 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud de Argentina, explicita en su artículo 2° que uno de los deberes del médico es velar por el estricto respeto a la dignidad humana y autonomía del paciente, definiendo la autonomía como el derecho del paciente en aceptar o rechazar tratamientos y/o procedimientos médicos; Uruguay, que en

¹⁹¹ SIMÓN-LORDA, PABLO, *Apunte histórico sobre el desarrollo de la Bioética (2)* [en línea] España <<http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201039.pdf>> [consulta: 14 diciembre 2013].

su Ley N° 18.335 donde se establecen los Derechos y Obligaciones de los Pacientes y Usuarios de los Servicio de Salud, regula con su artículo 11° que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. Finalmente, la República del Ecuador, en el artículo 7° de su Ley Orgánica de la Salud, estipula el respeto a la dignidad y autonomía del paciente por sobre el tratamiento médico.

El Código de Ética Médica de Chile, en el título 2° y artículo 15°, refieren que en casos de indicar tratamientos que impliquen riesgos graves para el paciente, el médico deberá contar con el consentimiento informado de este o su familia¹⁹².

En Chile, el Reglamento orgánico de los Servicios de Salud, Decreto Supremo N° 42 del año 1986, en su artículo 105, regulaba la entrega de información y el C.I. antes de la aparición de la ley que estudiamos. El año 2005, éste fue reemplazado por el Decreto Supremo N° 140, que en su artículo 34°, establece como obligación para el médico tratante la de "...informar a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de ellos sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico-quirúrgicas que se aplicarán y los riesgos que estas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar. En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o su representante, deberá dejarse constancia escrita en un documento oficial del servicio".

Respecto de lo anterior, el Reglamento N° 570 del Ministerio de Salud, que regula la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, precisa: "Consentimiento para tratamiento es la autorización que una persona otorga, en forma voluntaria, a la propuesta del plan de tratamiento que le indica el médico a cargo y a sus variaciones. Esta autorización deberá estar basada en el conocimiento de los fundamentos que hacen aconsejable tal tratamiento o procedimiento, los propósitos, riesgos y efectos directos y colaterales, incluyendo las posibilidades de éxito de otras alternativas terapéuticas existentes y la factibilidad de su realización"¹⁹³.

¹⁹² CARRILLO BARRERA, MARIE JESIE, *Consentimiento informado en situaciones de traslado extra-hospitalario de pacientes en Chile*, [en línea] Revista Medwave, Diciembre de 2010, <<http://www.mednet.cl/link.cgi/Medwave/Perspectivas/Opinion/4806>> [consulta: 6 abril 2013].

¹⁹³ CARDEMIL H., GONZALO, *Consideraciones Éticas en el tratamiento médico a testigos de Jehová*, en Revista Acta Bioethica, Año XVI(1): p. 41, 2010.

Antes de que la ley otorgara al C.I. el carácter de derecho, la Carta de los Derechos y Deberes de los pacientes de FONASA, antecedente legal del Proyecto, fijaba como base legal o normativa del consentimiento informado al artículo 24 del Código de ética del Colegio Médico, el que establece:

“El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de:

- Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites, y
- El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad.

Cuando la atención sea realizada en equipo, uno de sus integrantes será responsable de establecer la interlocución principal con el paciente.

Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones medidas.

La voluntad del paciente de no ser informado, o la de delegar en otra persona la información, deberá ser respetada.”

Los artículos 24 a 28 de dicho Código regulan el Consentimiento Informado y el Artículo 25° específicamente prescribe que “Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente”

Todos estos preceptos se encuentran en consonancia con principios superiores, establecidos en nuestra Carta Fundamental en sus artículos 1° inciso 3°194, 5° inciso 2195, 19 N°1 y 9196 y, a lo prescrito en el Código Sanitario, en sus artículos 1° y 51°. Prescribe este último que “El Servicio Nacional de Salud deberá capacitar al individuo y a los grupos sociales mediante acciones educativas, tendientes a compenetrarlos de su responsabilidad en los problemas de salud personal y de la comunidad y para estimular su participación activa en la solución de ellos”.

Actualmente el C.I. en las atenciones en salud es regulado por la Ley N°20.584 que en su Párrafo 6° “De la autonomía de las personas en su atención de salud” trata los siguientes epígrafes:

- “Del consentimiento informado”

¹⁹⁴ El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.

¹⁹⁵ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

¹⁹⁶ Vida, integridad física y psíquica y derecho a la salud.

- “Del estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente
“ y
- “De los comités de ética”.

El primero de sus epígrafes se compone de dos artículos, 14° y 15°, que regulan la forma en que se otorga el consentimiento y las excepciones a éste, respectivamente.

El Párrafo 4° de la ley, titulado “Del Derecho a la Información” también es ilustrativo para la regulación del consentimiento informado, pues la información es la base de la decisión.

Por su parte, el Decreto número 31° que aprueba el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, entró en vigencia con fecha 26 de noviembre de 2012.

19. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO

El proceso de entrega de información finaliza con el consentimiento informado. Ahora pasaremos a revisar en qué consiste y por ende, cuáles son sus presupuestos.

Lo primero que debemos aclarar es en qué ocasiones es necesario contar con el consentimiento de una persona para someterla a un procedimiento. La respuesta a esta interrogante es, siempre. Si bien en el primer proyecto de ley sobre esta materia solamente lo requerían los tratamientos invasivos, actualmente la ley señala en su artículo 15° que **cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a la atención de salud de un individuo**, debe contar con su aprobación. De todas maneras, los tratamientos invasivos se mantuvieron en una situación especial respecto a los otros, pues se exige la escrituración del consentimiento y de la información en base a la que se otorgó.

El ejercicio de la autonomía de las personas, de los pacientes, exige que se cumplan al menos tres condiciones: 1. **Actuar voluntariamente**, es decir libre de coacciones externas 2. **Tener información suficiente** sobre la decisión que va a tomar, es decir, sobre el objetivo de la decisión, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles. 3. **Tener capacidad**, esto es, poseer una serie de aptitudes psicológicas –cognitivas, volitivas y afectivas– que le permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información anterior, tomar una decisión y expresarla¹⁹⁷.

¹⁹⁷ SIMÓN-LORDA, PABLO, *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente* (3), en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen XXVIII (102): p. 327, 2008.

Por su parte, el artículo 14 de la ley¹⁹⁸, establece que este derecho debe ser ejercido en forma **libre, voluntaria, expresa e informada**. A continuación revisaremos estos requisitos.

A. CONTENIDO LIBRE Y VOLUNTARIO

Esta manifestación de voluntad es emitida **libre y voluntariamente**, cuando se realiza sin que la persona pueda ser objeto de presiones o coacciones destinadas a influir la opción en uno u otro sentido.

La voluntad, además de libre, debe ser otorgada de manera **expresa**. Ello implica que no puede manifestarse de manera tácita, no se puede deducir que una persona quiere o no otorgar su consentimiento.

En el Derecho alemán se reconoce el **consentimiento hipotético** del paciente como una defensa de los médicos frente a las acciones de responsabilidad derivadas de falta de consentimiento informado. Lo que el médico debe acreditar es que, aún si el paciente hubiera sido informado acerca del riesgo, igualmente se habría sometido a la intervención¹⁹⁹. En el Derecho chileno, Barros Bourie mantiene una posición semejante cuando señala: “Acreditando que el médico no dio la información determinante debida (...), éste puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión²⁰⁰. Puesto que como el mismo señala, en verdad, el ilícito del médico que determina la responsabilidad es no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo²⁰¹.”

B. INFORMACIÓN SUFICIENTE

Que la decisión sea **informada** quiere decir que ésta debe tomarse teniendo en consideración la información adecuada, suficiente y comprensible, otorgada por el profesional tratante, conforme al ya tratado *derecho a ser informado* y según lo establecido en el artículo 10° de la Ley.

Señala el artículo 10° del Reglamento sobre Consentimiento Informado que con la información proporcionada por el profesional tratante, de conformidad a los artículos 1°, 2° y 3° (que se refieren a la información que debe ser entregada y a cómo debe hacerse), las personas podrán

¹⁹⁸ Artículo 14: Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

¹⁹⁹ DE LA MAZA, op. cit. (2) p. 251.

²⁰⁰ BARROS BOURIE, op. cit. p. 686

²⁰¹ Ídem.

otorgar o denegar su consentimiento a someterse o recibir cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención en salud que se le proponga.

C. CAPACIDAD PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO

A continuación revisaremos algunas definiciones de capacidad en salud y el análisis que hace el autor español Pablo Simón Lorda respecto a la capacidad para consentir en salud, pues nuestra ley sobre derechos y deberes de los pacientes se encuentra basada en la española.

“Se entiende por competencia para otorgar el consentimiento, a la capacidad para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles a fin de tomar finalmente una decisión coherente”²⁰²”.

“La capacidad en salud, definida como la aptitud para desempeñar una tarea específica, en el caso de los pacientes se refiere a tomar decisiones respecto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico y cuidado de su enfermedad”²⁰³”.

“La capacidad para tomar decisiones en salud se define por la presencia de un cierto número de habilidades, fundamentalmente psicológicas (afectivas, cognitivas, volitivas) que permiten tomar en forma autónoma una decisión concreta en un momento determinado, no dice nada de la capacidad para tomar otras decisiones, ni es un juicio respecto de la capacidad legal. Así, se puede ser capaz para tomar decisiones de la vida diaria y no para decidir un tratamiento o participar en una investigación”²⁰⁴”.

En la literatura norteamericana se utiliza en forma habitual el término competency como aptitud para ejercer un derecho y capacity como aptitud para realizar determinada acción. Explica Simón Lorda que «**Competency**» es un término jurídico, y significa el reconocimiento legal de las aptitudes psicológicas para tomar determinadas decisiones. El término equivalente en el Derecho Español sería «capacidad de derecho» o «legal». En cambio, «**capacity**» es un término psicológico y clínico. Define las aptitudes psicológicas necesarias para tomar, aquí y ahora, una determinada decisión. Es la que evalúan los médicos, psiquiatras y psicólogos; también los notarios. El término equivalente en el Derecho Español, sería «capacidad de hecho» o «natural», y que con frecuencia,

²⁰² BERRO ROVIRA, GUIDO, *El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales*, en Archivos de pediatría del Uruguay, Volumen 72(1): p. 3, 2001.

²⁰³ BÓRQUEZ, et al., op. cit. (1), p.1154.

²⁰⁴ BORQUEZ, GLADYS, et. al., *La evaluación de la “capacidad de la persona”: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado* (2), en Revista médica de Chile, Volumen 132(10): p. 1244, 2004.

sobre todo en ambientes bioéticos, se ha denominado «**competencia**». Es importante señalar, por tanto, que la traducción correcta debería ser «cruzada»: «competency» debería traducirse por «capacidad», y «capacity» por «competencia»²⁰⁵.

Continúa este autor señalando que, en realidad, ambas están estrechamente relacionadas. Son como las dos caras de una misma moneda. No es posible hablar de una sin referirse a la otra. La capacidad natural o de hecho se refiere a las aptitudes psicológicas internas que permiten a una persona gobernar efectivamente su vida, de tal modo que podamos concluir que sus decisiones son auténticas, es decir, que reflejan adecuadamente su propia personalidad, su autonomía moral. Lo que sucede es que esta capacidad de hecho tiene siempre un correlato jurídico que llamamos «capacidad de obrar de derecho o legal». Si cuestionamos la capacidad de hecho de una persona mayor esto tiene automáticamente consecuencias en la esfera de su capacidad de derecho: le retiramos la potestad jurídica para que ejerza activamente y por sí mismo sus derechos y obligaciones, y buscamos a otra persona, su representante, para que lo haga en su lugar²⁰⁶.

Se habla de: «**Incapaz**», el que no tiene aquí y ahora capacidad de hecho o natural, y como consecuencia de ello pierde transitoriamente su capacidad de derecho. Por ejemplo, un paciente en delirium tremens, en encefalopatía hipercápnica severa o, simplemente, dormido con anestesia general. «Incapacitado», el que no tiene de forma permanente capacidad de derecho o legal, porque un juez ha emitido una sentencia de incapacitación que así lo establece, por padecer una alteración mental que disminuye su juicio, su capacidad de hecho, de forma habitual y no meramente circunstancial. Por ejemplo, un paciente en estado vegetativo permanente, un psicótico con gran deterioro o una demencia avanzada²⁰⁷.

Entre los autores españoles no existe acuerdo para el uso de estos términos. Algunos, como Simón Lorda, prefieren utilizar el término **competencia** para tomar decisiones en el campo sanitario, para diferenciarlo expresamente del término **capacidad** que utiliza el Derecho Español, donde se habla de «capacidad de obrar de hecho» y de «capacidad de obrar de derecho» la primera equivale a capacity y la segunda a competency; otros prefieren utilizar el término capacidad cuando se usa en el campo de la salud y existen aquéllos que utilizan capacidad y competencia como sinónimos²⁰⁸.

²⁰⁵ SIMÓN-LORDA, op. cit. (3), p. 328.

²⁰⁶ *Ibíd.* p. 328-329.

²⁰⁷ *Ibíd.* pp. 329.

²⁰⁸ BORQUEZ, GLADYS, et al. op. cit. (2), p. 1244.

En la literatura disponible en nuestro país algunos autores utilizan indistintamente ambos términos, mientras otros hablan expresamente de capacidad²⁰⁹. El Derecho Civil Chileno, en tanto, distingue: capacidad de goce como la aptitud legal de las personas para adquirir derechos y obligaciones y capacidad de ejercicio como la aptitud de las personas para obrar por sí mismas sin el ministerio o autorización de otro, lo que supone la existencia de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con libertad en actos jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales²¹⁰.

Surge, la necesidad de distinguir la capacidad sanitaria de la capacidad legal, específicamente cuando es la mayoría de edad el único criterio para definirla o ante una declaración de interdicción como criterio absoluto, que entrega el poder total al cuidador o tutor legal²¹¹. Con el objeto de simplificar el problema de terminología en nuestro país, decidimos usar el término capacidad y hablar de capacidad sanitaria y de capacidad legal según el ámbito en el que se use²¹².

En nuestra legislación se utilizan los siguientes conceptos: El artículo 10° de la ley, sobre el derecho a la información, habla de la conciencia y la capacidad de comprender del paciente, para ser o no ser, informado directamente. Asimismo el artículo 15° de la ley se refiere a la incapacidad de manifestar la voluntad, como una de las situaciones en que no se requerirá el consentimiento del paciente. Finalmente, el artículo 28° hace referencia a la capacidad de manifestar su voluntad que puede tener una persona con una discapacidad psíquica. El único momento en que se utiliza la palabra competencia es en el acápite que trata sobre los comités de ética, pues podrá acudir a ellos en el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona (artículo 17°).

a) Quien determina la capacidad de una persona?

A juicio de Simón Lorda, es importante tener en cuenta que la capacidad (natural) de los pacientes –al menos de los mayores de edad– debe presumirse siempre, salvo que exista, lógicamente una sentencia de incapacitación. Por eso, de un paciente siempre hay que demostrar la incapacidad, no la capacidad, que se le presume siempre. En caso de duda, la presunción de capacidad debe prevalecer²¹³.

²⁰⁹ Ídem.

²¹⁰ Ídem.

²¹¹ BÓRQUEZ, GLADYS, et. al., op. cit.(1), p. 1158.

²¹² BORQUEZ, GLADYS, et. al., op. cit. (2), p. 1244.

²¹³ SIMÓN-LORDA, op. cit. (3) p. 330.

En lo que dice relación con el rol del médico para resolver acerca de la capacidad de consentir o no de una persona, en la ley se establece que es el médico tratante quien tiene que abordar esa situación. Así lo demuestra el artículo 10, al señalar que: “Cuando la **condición de la persona, a juicio de su médico tratante**, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre”. Esta condición sólo puede referirse a la capacidad, pues en el mismo inciso se asegura, que una vez recuperada la conciencia y la capacidad de comprender, se informará al paciente.

Durante el debate en el Senado, el presidente de FALMED hizo presente que es muy difícil para un profesional médico, (salvo en situaciones farmacológicas, como por ejemplo pacientes que estén anestesiados, o a los que se les haya administrado ansiolíticos, o esté bajo efectos de drogas) decidir si un paciente está en su sano juicio para aceptar o no una intervención quirúrgica; no está en condiciones de evaluar si puede estar siendo objeto de alteraciones psicológicas o de un deterioro senil; o por efecto de alguna psicosis. En su opinión, es un rol que debe cumplir la justicia. Además, señaló que éste piensa que debe haber capacidad de resolución de la justicia, porque el médico por sí mismo no puede resolver ni calificar a una persona para que la facultad quede o no en el ámbito de su decisión. Señaló que debiera tomarse esa decisión con una asesoría jurídica, de manera que el médico no sea el único que resuelva en una sala de urgencia o en una posta, en un par de minutos, este tipo de situaciones que pueden marcar el destino de una persona. Reconoció que hay muchos casos en que ello no es practicable, como en el caso de urgencias donde en la realidad se actúa sin pedir consentimiento, predomina el principio de defensa de la vida, incluso por sobre el principio de la autonomía de las personas, no obstante esta ley pretende hacer prevalecer este último. Pero hay muchos otros casos en los cuales se requiere tomar una decisión y en esos casos es esencial el apoyo jurídico para que el médico resuelva de la mejor manera²¹⁴.

Para finalizar, comparto la reflexión de Simón Lorda sobre este tema. Señala éste, que la evaluación de la capacidad de los pacientes es, sin lugar a dudas, la cuestión más compleja y peor resuelta en la práctica de la teoría del consentimiento informado. Cuando un clínico se pregunta por la manera de evaluar la capacidad de un paciente, instintivamente vuelve su cabeza hacia las leyes. La desagradable sorpresa es que el De-

²¹⁴ Historia de la Ley N° 20.584, p. 365.

recho no concreta nada a este respecto. A lo sumo dice que un paciente es capaz cuando tiene “entendimiento” y “voluntad” suficientes, pero no establece ningún criterio objetivo ni ninguna forma práctica de medición de tales cosas.

Cuando un juez quiere aclarar tales extremos en un caso concreto, llama a expertos –médicos forenses o psiquiatras forenses– para que hagan un peritaje. Lo sorprendente es que estos especialistas tampoco cuentan con ningún procedimiento estandarizado (al menos aplicable a un contexto clínico de toma de decisiones).

Sus evaluaciones sobre la capacidad suelen ser el resultado de una combinación de herramientas –tests, escalas, etc. – habitualmente diseñadas para otras funciones y una evaluación clínica subjetiva mediante exploración y entrevista. Por su parte, los notarios, que también pueden y deben según el Código civil hacer tales valoraciones, tampoco tienen un procedimiento estandarizado.

Los clínicos españoles que llevan décadas haciendo “evaluaciones” de facto de la capacidad de los pacientes, lo hacen utilizando una mezcla de sentido común y experiencia profesional que, si bien sirve para salir indemne del trance, no puede sostenerse mucho tiempo más.

La única posibilidad es mirar lo que otros han hecho y plantearse la necesaria validación –rigurosa, conceptual y transcultural– de sus herramientas. Además lo ideal sería que, una vez validadas, fueran incorporadas a los programas informáticos de gestión de la historia clínica. Ello favorecería tanto su realización como su registro adecuado²¹⁵. Entre estas herramientas se encuentran los test de capacidad, que se han desarrollado mayoritariamente en países anglosajones y entre ellos, el que ha resultado de mayor sensibilidad y especificidad es el MacArthur Competence Assessment Tool (MacCAT).

b) Falta de Capacidad

La incapacidad para tomar decisiones en el ámbito médico se refiere principalmente a tres grupos de personas: Menores, ancianos y pacientes con enfermedades mentales. Para abordar el tema, resulta ilustrativo transcribir el artículo 16° del que fuera el proyecto inicial de ley presentado a la Cámara de Diputados, que regulaba el consentimiento informado de dos grupos de personas: personas con discapacidad psíquica o intelectual y menores de 18 años.

²¹⁵ SIMÓN-LORDA, op. cit. (1) p. 332.

–*Menores de edad*

Con relación a los menores competentes, una buena base la encontramos en el documento “Historia de la Ley N° 20.418²¹⁶”, que regula tanto en adultos como en menores competentes la reproducción asistida. En dicho documento se establecen tres tramos en la adolescencia, “...que definen distintos grados de autonomía y requieren un manejo distinto por parte del profesional: adolescencia temprana, de los 10 a los 13 años de edad (...); adolescencia media, de los 14 a 16 años (...), y adolescencia tardía, entre los 17 y los 19 años, etapa que marca el fin de la adolescencia”. Esta es una buena guía para usar con menores competentes en menor o mayor grado, de modo que, cuando la ocasión lo amerite, también se incluya su parecer en la toma de decisiones para la recuperación de su salud²¹⁷. Esta disposición sirvió de marco al debate de fondo, sobre reconocer o no cierta autonomía y derechos a los menores de entre catorce y dieciocho años de edad, en lo que respecta su atención de salud.

La situación de los menores de edad respecto de los tratamientos médicos ha variado a lo largo del siglo XX y XXI. En nuestro país esta área se encuentra abandonada, ya que si bien la Ley N°20.584 intentó hacer una regulación más adecuada y completa de cómo y quién es la persona que decide respecto de la aplicación de un tratamiento médico, esta regulación no fue incluida en el texto final de la disposición legal. En efecto, se trata de una situación donde diversos derechos del menor se ven afectados (e.g., vida, integridad física, privacidad) sin que tales limitaciones e interferencias sean evaluadas a la luz de las normas y principios generales en materia de restricción de derechos fundamentales (e.g., consagración legal, proporcionalidad). Simplemente se ha mantenido un status quo que responde a una concepción superada, donde los padres asumen una suerte de propiedad sobre los hijos que les permitiría adoptar todo tipo de decisiones sobre el cuerpo de estos últimos²¹⁸. No es la idea excluir a los padres de tan delicada toma de decisiones sino más bien identificar sus derechos y deberes con claridad, delimitándolos y cimentándolos sobre una sólida base constitucional.

Haciendo un diagnóstico en Chile, antes de que se presentara el proyecto de ley sobre derechos y deberes de los pacientes, el consentimiento

²¹⁶ Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en materia de regulación de la Fertilidad, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>> [consulta: 4 abril 2013].

²¹⁷ CARDEMIL H., op. cit. p. 43

²¹⁸ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL, *Tratamientos médicos en menores de edad: situación actual y claroscuros del Proyecto de ley sobre los Derechos y Deberes en relación a la atención de Salud* (1), en Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado, Volumen I, XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, 2010, p.151

del menor al tratamiento médico en Chile se encontraba, y aún se encuentra, determinado por tres fuentes principales²¹⁹:

i) Derecho Civil

El Derecho Civil ha regulado la situación jurídica de los niños mediante tres instituciones fundamentales: la capacidad, la autoridad paterna y las tutelas y curatelas. La **capacidad** es la “aptitud legal para adquirir derechos y ejercerlos”²²⁰. Los niños carecen de esta última (artículo 1447, inciso 3° del Código Civil)²²¹, por lo que la regla básica en la materia que nos ocupa es que los niños no pueden decidir libremente acerca de los tratamientos médicos que se practiquen en su cuerpo. Surge entonces la interrogante de quién decide por ellos.

La **autoridad paterna** permite dar respuesta a la última dificultad planteada, radicando en los padres las decisiones sobre los tratamientos médicos de sus hijos. En virtud de la autoridad paterna, establecida en el artículo 224 del CC, es deber de los padres cuidar personalmente de la crianza y de la educación de los hijos. En efecto, la autoridad paterna²²² se fundamenta en la filiación, e incluye la obligación de conservar la vida y velar por la salud del hijo²²³, cuestión que necesariamente supone la decisión acerca de los tratamientos médicos que se le apliquen²²⁴. A falta de los padres, el Derecho Civil contempla el nombramiento de un **tutor o curador** del niño, el cual asume las responsabilidades de administrar,

²¹⁹ *Ibíd.* p. 152.

²²⁰ ALESSANDRI, ARTURO, et. al., *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 248.

²²¹ Señala el artículo 1447 del Código Civil: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes”.

²²² Definido como “conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos” por RAMOS PASOS, RENÉ, *Derecho de Familia*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2001, p. 423. Cabe destacar que el concepto de autoridad paterna ha ido evolucionando en el tiempo, cuestión que quedó en evidencia durante la discusión de la Ley N° 19.585.

²²³ PAVEZ, Mónica, *El mejor interés del niño y sus derechos constitucionales: bases para la toma de decisiones médicas respecto de la mantención o suspensión de tratamientos médicos*, tesis de grado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004. p. 74, citada en DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (1), pp.153.

²²⁴ Es importante señalar que la potestad paterna no debe confundirse con la patria potestad, pues esta última, regulada en el artículo 243 del CC, consiste en el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y tiene un contenido eminentemente patrimonial.

conservar, reparar y cultivar los bienes del pupilo (artículo 391 del CC), las que comúnmente se han extendido al cuidado de su persona²²⁵. Particular importancia reviste la incorporación del interés superior del niño como criterio ordenador de las relaciones entre padres e hijos, reguladas en los artículos 222 y siguientes del CC, consagrándolo como “la preocupación fundamental de los padres”²²⁶.

ii) Derecho Internacional

La preocupación especial por los niños fue una constante a lo largo del siglo XX. En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, de 1924. Posteriormente, en 1948 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención de Derechos del Niño (en adelante la CDN)²²⁷, que entra en vigor en 1990²²⁸.

El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Este principio aparece consagrado en el artículo 3.1. de la CDN, el cual reza como sigue: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si bien el principio del interés superior del niño es mencionado varias veces a lo largo de la convención, en ésta no se explica o define qué se

²²⁵ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL, *Un marco constitucional Para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes* (2), en Revista Chilena de Derecho, Volumen 37(2): p. 271, 2010.

²²⁶ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit.(1) p. 153.

²²⁷ La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

²²⁸ AGUILAR CAVALLO, GONZALO, *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 6, N°1, 2008, p. 227.

debe entender por este principio. En este sentido, ha sido rol de la doctrina conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo. Desde la perspectiva nacional, Baeza, en un intento de definición, señala que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar²²⁹”. Además de consagrar el principio del interés superior del niño, la CDN contempla en el artículo 5, el principio de la autonomía progresiva del niño, en el artículo 12, el derecho de participación de los niños, en el artículo 14, el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, en el artículo 17 se consagra el derecho de acceso a la información, mientras que en el artículo 24 se establece el derecho a la salud de los niños y en el artículo 28 el derecho a la educación.

A partir de la formulación de diversos instrumentos enfocados en la protección al menor, se produce un cambio de paradigma en el estatus de los niños que pasan de ser meros objetos de protección a constituirse en verdaderos sujetos de derechos. Las consecuencias de dicho cambio han sido vastas, obligando a la reformulación de concepciones profundamente arraigadas, tales como los derechos de los padres “sobre” los niños²³⁰. El Derecho Internacional, sin embargo, ha sido insuficiente para resolver los problemas jurídicos generados por el tratamiento médico de niños en nuestro país. Ello debido a que: i) aquel tiende a constituir un “mínimo” universal y general más que un estándar realmente adecuado y preciso de protección; ii) aquel es raramente aplicable en forma directa y autónoma en el ámbito interno; iii) sus contenidos y principios han sido incorporados solo fragmentariamente a nuestra legislación (destaca a este respecto la recepción del principio del interés superior del niño), y iv) su potencial aplicación disminuye debido a la falta de una teoría constitucional coherente en la materia que de unidad a las normas internas e internacionales²³¹. En efecto, la ausencia de un fundamento común y sólido a las normas internas e internacionales de derechos fundamentales de los niños dificulta su plena actividad²³².

²²⁹ BAEZA CONCHA, GLORIA, *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356, citada en AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 6, Nº1, 2008, p. 229.

²³⁰ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (1) p.154.

²³¹ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (2) p. 274.

²³² DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (1) p.154.

iii) Práctica Médica

Como hemos visto Chile ha adoptado diversos instrumentos internacionales que deberían conducir a un cambio en esta materia. Sin embargo, a la fecha esta vía ha demostrado ser completamente insuficiente para provocar la necesaria evolución. Peor aún, frente al atraso de la normativa y la dogmática jurídica, los médicos han optado por desarrollar ciertas prácticas que ignoran las normas legales vigentes²³³.

Al margen del Derecho, los médicos han formado su propia opinión respecto de la situación de las personas menores de edad frente a los tratamientos médicos. Ellos han basado su actuar en tres elementos fundamentales:

a) Los cuatro principios de la bioética

- Autonomía: Entendida como “la capacidad de la persona competente para decidir, por sí misma, en diversas materias atinentes a su salud y, por ende, a sus condiciones de vida”. En salud, una decisión es autónoma cuando cumple tres condiciones: Voluntariedad, información y capacidad²³⁴ y, al menos en sus fuentes originales, incluye la exigencia de protección de quienes presentan su autonomía disminuida (por ejemplo, menores de edad)²³⁵.
- Beneficencia: se concibe como la obligación general de hacer el bien, de favorecer, maximizando siempre los posibles beneficios.
- No maleficencia: responde a la idea general de no hacer daño, de evitar posibles menoscabos. Algunos autores los subsumen en el de beneficencia.
- Justicia: para algunos, en el sentido tradicional de “dar a cada uno lo suyo²³⁶”, para otros, la obligación del Estado y de la sociedad de “procurar los recursos suficientes para que todos tengan acceso fácil a la salud, cualquiera sea su situación social o económica o el lugar en que se encuentre²³⁷”.

²³³ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (2) p. 271.

²³⁴ BORQUEZ, GLADYS, et al., op. cit. (2) p. 1243-1244.

²³⁵ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (1) p.155.

²³⁶ Esta clásica definición se le ha tradicionalmente atribuido a Ulpiano, sin embargo, su origen sería griego. Véase WILLIAMS, JAIME, *Lecciones de Introducción al Derecho*, 3º edición, Santiago, Edición Fundación de las Ciencias Humanas, p. 458.

²³⁷ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (1) p.156.

b) Consentimiento Informado

Se trata de un “derecho personalísimo vinculado a la disposición del propio cuerpo en las relaciones clínicas”, el cual se construye sobre la base del principio de autonomía ya mencionado y que ha sido crecientemente reconocido en el derecho comparado y en Chile²³⁸. El consentimiento informado implica “el reconocimiento del paciente como un sujeto moral racional con autonomía para gobernar su propia vida y muerte. Su esencia no es otra cosa que considerar que las decisiones en salud, para ser moralmente aceptables, debe ser decisiones autónomas tomadas por los afectados por ellas²³⁹”. A su vez, para que dicha expresión de voluntad tenga un contenido real, debe entregársele al paciente la información necesaria para adoptar la decisión que le parezca más conveniente. Tal información debe ser veraz, lo más completa posible, pero explicada en forma comprensible para el paciente²⁴⁰.

c) Capacidad Natural

La práctica médica comparada (Inglaterra, Estados Unidos, Francia, España, Costa Rica, entre otros), y en cierta medida la chilena, han desarrollado un concepto distinto a la capacidad legal denominado capacidad natural o competencia. Mientras el primero es un concepto jurídico rígido, determinado por una regla común e invariable que hace de la edad el criterio único y determinante, la segunda atiende a la madurez real y comprobable de un paciente determinado en el contexto de la decisión concreta que se debe adoptar. En otras palabras, la capacidad natural se determina siempre caso a caso y no necesariamente coincidirá con la capacidad legal²⁴¹. De esta manera, si el médico comprueba que un niño posee dicha capacidad natural, su consentimiento al tratamiento adquiriría plena validez, aun por sobre la voluntad de sus padres o representantes legales.

Algunos criterios a considerar para determinar la competencia del niño son: i) las capacidades de comunicarse; entender la información; razonar, deliberar, tener y aplicar una serie de valores o una concepción de lo bueno; ii) la capacidad de adoptar una decisión, lo que supone di-

²³⁸ El artículo 11° de la Ley N°20.120 sobre Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana establece:

“ Toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley ”.

²³⁹ BORQUEZ, GLADYS, et. al., op. cit. (2) p. 1243.

²⁴⁰ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit. (2) p. 276.

²⁴¹ Ídem.

mencionar las distintas alternativas y las consecuencias asociadas a cada una de ellas, así como la libertad suficiente para optar; iii) la comprensión intelectual y emotiva del tratamiento y de sus efectos; iv) la edad, pero solo a modo referencial en relación al desarrollo psíquico, valórico y emocional esperable.

Como mencionamos antes, el Proyecto de Ley que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, buscó de alguna manera plasmar en su articulado lo que el Derecho Internacional, la práctica médica y la doctrina venían diciendo hace años: el menor es persona, y como tal, es capaz de recibir la información y decidir sobre la aplicación de un tratamiento médico. Uno de los primeros argumentos que se esgrimió para defender este derecho a ser informado del adolescente, fue la intimidad requerida frente las enfermedades de transmisión sexual. La posibilidad de obtener por parte del comité de ética la autorización para consultar a los padres podía tener como resultado que los jóvenes no acudieran al doctor por temor a ser “delatados” a sus padres²⁴².

En cuanto al derecho de información del menor maduro, el proyecto del año 2001 impedía que aquellos pacientes menores, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, fueran destinatarios de la información a la que hace referencia el actual artículo 10°. Dicha información debía ser entregada a su representante legal o a la persona a cuyo cuidado se encontrara. Al discutir el tema en la Comisión de Salud y en la Cámara de Diputados, no existieron quienes defendieran una postura distinta respecto de la situación del adolescente. Respecto al consentimiento informado del menor, establecía el primer proyecto que tanto a los menores de edad como las personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les debía informar y consultar su opinión, cuando ello fuera posible. Sin embargo, la decisión definitiva pertenecía al representante legal. En el Informe de la Comisión de Salud del Proyecto de 2001, se expresó opinión contraria a esta disposición, exponiendo “que la persona tiene derecho y libertad sobre su propio destino, pero no sobre el de terceros, aun cuando se encuentren en esta situación”.

Tras varios años, el proyecto del año 2006 surge con una nueva postura en que el respeto por los menores de edad se levanta como un principio rector de la ley, recogiendo lo que convenios y declaraciones internacionales obligan en materia de respeto de los menores de edad. Desde 1990 Chile es parte de la CDN, que constituye la especificación de

²⁴² Historia de la Ley N°20.584, p. 141.

los Derechos Humanos para el segmento de la población que tiene entre 0 y 18 años incompletos, que en su artículo 12° señala:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño²⁴³.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Además, su artículo 13°, que se refiere a la libertad de expresión, incluye en ese derecho la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. La CDN establece un cambio sustancial en la apreciación médico-legal (jurídica, médica ética y social) de las capacidades del niño, sus derechos y las correspondientes obligaciones y responsabilidades. El concepto, desde la filosofía del derecho y la bioética, ha cambiado. De aquel niño objeto de protección, se ha pasado al niño sujeto poseedor de derechos. Más aún cuando se trata de adolescentes²⁴⁴.

Volviendo al proyecto del año 2006, éste contempla como principio inspirador, el respeto por los menores de edad. En él se reconoce en los menores su calidad de sujetos de derechos, distinguiendo entre los menores de catorce años y los mayores de esa edad para efectos de la participación que les corresponda en las decisiones que involucran su propio cuerpo y su salud. El artículo 16 del Proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud disponía: “Tratándose de personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, o que carezcan de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad mental, certificada por un médico cirujano, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión temporal o definitiva, según corresponda, deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal, si careciese de él, por quien haya sido constituido como su apoderado para fines de su tratamiento y, en último caso, por la persona a cuyo cuidado se encuentre.

En el caso de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, la expresión de voluntad deberá ser personal, sin perjuicio de lo cual, si el

²⁴³ Nótese que no señala una edad límite.

²⁴⁴ BERRO ROVIRA, op. cit., p.3.

médico tratante estima que la situación del menor implica grave riesgo para su salud o su vida, podrá, con consulta al comité de ética que corresponda, consultar directamente a los padres o representantes legales. En caso que la voluntad manifestada por el menor difiera de la voluntad manifestada por su representante, será aplicable, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 19²⁴⁵. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a los representantes legales”.

El panorama, entonces, era el siguiente: si la persona era mayor de 14 y menor de 18, prestaba su consentimiento personalmente, a menos que el médico creyera que había peligro para su vida o su salud, en cuyo caso se pedía el consejo del comité de ética, para determinar si debía informarse a los padres, de modo que ellos tomaran una decisión. Si el menor se oponía a la decisión de los padres o representantes legales, se acudía nuevamente al comité de ética, para que este diera su consejo. Los menores de 14 no prestaban su consentimiento autónomamente, pero sí era consultada su opinión. Veremos cómo esta regulación fue modificada durante la discusión del proyecto en ambas cámaras, llegando a ser eliminada en su totalidad.

Durante la discusión en la Cámara de Diputados, en el Segundo Informe de la Comisión de Salud, se presentaron dos indicaciones al artículo regulador del consentimiento en menores. La primera de ellas, de los Diputados Cristi, Chahuán, Lobos, Palma, Rubilar y Sepúlveda, para establecer que: “*Si dicho comité avala la decisión de los padres o representantes, el menor pasa a sustituir en términos patrimoniales al titular*”. Esta indicación tenía por objeto coaccionar al médico tratante y al paciente menor de edad, pues, si el comité de ética, a través de una simple recomendación, suponía más correcta la decisión de los padres respecto a la salud del hijo, que la decisión que el menor había tomado, éste se veía obligado a sustituir en términos patrimoniales a sus padres²⁴⁶. Esta sugerencia fue rechazada, pues conforme al artículo 260 del Código Civil, los actos y contratos del hijo no autorizados por el padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad o por el curador adjunto, en su caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional industrial. En consecuencia, quien contrata con un menor sólo tiene excepción para retener lo dado o pagado por este último, ya que las obligaciones que genera son meramente naturales y no dan origen a una acción para perseguir su cumplimiento²⁴⁷.

²⁴⁵ Podrá solicitar la opinión del comité de ética que corresponda.

²⁴⁶ Historia de la Ley N° 20.584, p. 180-181.

²⁴⁷ *Ibíd.* p. 173-174.

La segunda indicación, de los Diputados Girardi, Monsalve, Núñez y Sepúlveda, fue para reemplazar el inciso relativo a los menores de edad por el siguiente: “Los mayores de catorce y menores de dieciocho años expresarán su voluntad personalmente. Sin perjuicio de ello, los padres o representantes legales deberán ser también consultados al respecto. Sin embargo, si el menor se opone a que ellos sean consultados, el profesional tratante podrá acceder a dicha petición si estima que la situación del menor no implica grave riesgo para su salud o su vida. Cuando el profesional tratante tenga dudas acerca de las situaciones anteriormente descritas o si el menor se opone a que dicha opinión sea requerida, corresponderá al comité de ética decidir acerca de la pertinencia de que el médico efectúe la consulta.

“Asimismo, dicho comité deberá ser consultado, en caso de que exista discrepancia entre la voluntad expresada por el menor y la opinión de sus padres o representantes. Los menores de catorce años también deberán ser consultados, atendiendo sus condiciones de desarrollo psíquico, su competencia cognitiva y su situación personal, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a sus padres o representantes legales”.

Esta indicación tiene por objeto adecuar la redacción de este inciso a las modificaciones introducidas en este trámite reglamentario en el artículo 8°, referido al derecho a la información de que gozan los mayores de catorce y menores de dieciocho años. A diferencia de lo aprobado durante el primer trámite, se propone que la regla general sea consultar a los padres o representantes legales, salvo que el menor se oponga y que el médico estime que la situación de este último no implica grave riesgo para su salud o su vida.

Asimismo, el rol del comité de ética se circunscribe a decidir acerca de la pertinencia de que el médico efectúe la consulta no sólo si el menor se opone a que dicha opinión sea requerida o cuando hay discrepancia entre la opinión de los padres y la voluntad expresada por el menor, como se había aprobado originalmente, sino también cuando el profesional tratante tenga dudas acerca de la situación de riesgo en que se encuentra el menor. Esta indicación se aprobó por unanimidad²⁴⁸.

En cuanto al derecho a ser informado, respecto de los menores de catorce años, aun cuando su voluntad es subrogada por sus representantes legales, se hace necesario que sean informados y consultada su opinión, respetando sus condiciones de desarrollo psíquico, competen-

²⁴⁸ Historia de la Ley N° 20.584 , p. 80-181.

cia cognitiva y situación personal²⁴⁹. En el caso de mayores de catorce y menores de dieciocho años, el proyecto exige que ellos sean informados directamente por el profesional tratante; también se garantiza que no se pueda intervenir su cuerpo sin su consentimiento²⁵⁰. Sin embargo, se regula el caso en que dicho profesional estime que existe una situación de “grave riesgo para la salud o la vida del menor”, informe a los padres y requiera su opinión, permitiendo que en casos de duda, consultar al comité de ética que corresponda²⁵¹. Posteriormente se dejó establecido que los comités de ética a los que se debe solicitar la opinión serán, el del establecimiento o, en caso de no poseer o estar en condiciones de constituir uno, aquéllos que se creen y funcionen de conformidad a las normas establecidas en un reglamento expedido a través del Ministerio de Salud.

Desde un comienzo de hicieron sentir las primeras objeciones a esta regulación de los menores, que recayeron, básicamente, en la facultad que se concede a los menores de dieciocho años y mayores de catorce a oponerse a que sus padres o representantes legales sean informados acerca de la eventual gravedad de su estado de salud. En efecto, se indicó que la norma propuesta vulneraría el derecho de los padres al cuidado personal de sus hijos y presentaría un conflicto con las normas sobre patria potestad consagradas en el Código Civil, a la vez que estaría en contradicción con la tendencia actual a endurecer la legislación referida al tema. Asimismo, se hizo hincapié en que el hecho de facultar al médico tratante para que en estos casos consulte a los comités de ética

²⁴⁹ Disponía el Proyecto en su artículo 8° (actual artículo 10): “A los menores de dieciocho años de edad y mayores de catorce se les deberá informar directamente. Sin perjuicio de lo anterior, si el médico tratante estima que la situación del menor implica grave riesgo para su salud o su vida podrá, con conocimiento del menor, informar directamente a los padres o representantes legales o la persona que lo tenga bajo su tuición o cuidado. En caso de duda acerca de la gravedad o de la pertinencia de informar a los padres o representantes y el menor no esté de acuerdo con que éstos sean informados, deberá consultar al comité de ética que corresponda. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá informar, atendiendo las condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y situación personal, sin perjuicio que se informe directamente, en los términos del inciso anterior, a los representantes legales”.

²⁵⁰ Señalaba el Proyecto en su artículo 16 (derogado): “En el caso de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, la expresión de voluntad deberá ser personal, sin perjuicio de lo cual, si el médico tratante estima que la situación del menor implica grave riesgo para su salud o su vida, podrá, con consulta al comité de ética que corresponda, consultar directamente a los padres o representantes legales. En caso que la voluntad manifestada por el menor difiera de la voluntad manifestada por su representante, será aplicable, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 19. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a los representantes legales”.

²⁵¹ Historia de la Ley N° 20.584, p. 8.

sobre la procedencia de informar, podría ser complejo, atendido que, por una parte, es necesario calificar previamente qué se debe entender por “gravedad en el estado de salud” y, por otra, debe tenerse en consideración las dificultades que implica convocar a estos comités en el sistema público, ya sea porque no son citados habitualmente o porque no son requeridos con la prontitud necesaria. Asimismo, se hizo notar la conveniencia de hacer hincapié en que las decisiones sean adoptadas conjuntamente entre el menor, sus padres y el profesional tratante, y no tanto en resguardar la confidencialidad de determinadas intervenciones que se efectúan a los adolescentes respecto de sus padres.

Sobre el particular, la Subsecretaria de Salud Pública señaló que la idea era ser consecuentes con cuerpos legales recientemente dictados, como la Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal en materia de delitos de pornografía infantil y establece como límite de edad los catorce años para el consentimiento en las relaciones sexuales, y la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal juvenil, en el cual se considera imputables a los adolescentes a partir de esa edad. Se estimó que debería utilizarse el mismo criterio y reconocer a los mayores de catorce años la libertad de decidir respecto de su salud. Asimismo, el Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Salud, recalcó el hecho que en esta materia se recogió una obligación internacional asumida por Chile en el sentido de respetar la dignidad de las personas independientemente de su edad y reconocerles espacios de autonomía²⁵².

Quienes se pronunciaban a favor de la disposición hicieron presente la importancia del derecho de los pacientes a ser informados directamente, aunque sean menores de edad, y no en su entorno familiar, respetando la autonomía que se reconoce a los adolescentes en los tratados internacionales ratificados por el país en materia de salud sexual y reproductiva, así como también en la normativa interna, que fija en catorce años la edad para prestar consentimiento en mantener relaciones sexuales y para considerar imputables a quienes cometen un delito. Asimismo, se argumentó que los derechos de los padres se encuentran protegidos al consagrar la posibilidad de que el médico pueda recurrir a un comité de ética cuando estime pertinente informarles respecto del estado de salud de sus hijos en caso de que éstos se opongan o de que tenga dudas acerca de la gravedad del mismo.

Tras un intercambio de opiniones, existió consenso en la conveniencia de establecer, como regla general, que la información debe ser entregada directamente a los menores de dieciocho años de edad y mayores

²⁵² Ibid., p. 43-44.

de catorce, y a sus padres, en la medida en que aquéllos lo consientan. Igualmente, se concordó en que la consulta al comité de ética debía proceder siempre que el menor se oponga a que sus padres sean informados y no sólo en aquellos casos que implican un grave riesgo para su salud o vida. Además, se compartió el criterio de establecer un orden de prelación en la entrega de la información, de modo que a falta de los padres, ésta le sea proporcionada a la persona que lo tenga bajo su tuición o cuidado²⁵³.

Quienes no se encontraban conformes con esta disposición esgrimen como argumento: i) las normas generales del derecho, que considera a los menores de 18 como incapaces ante la ley, por lo que toda norma debería tratarlos de modo uniforme; ii) las actuaciones de dichos menores, que deben hacerse a través de sus representantes legales; iii) los padres son los primeros interesados en la salud de sus hijos y, en definitiva, quienes deben estar informados y tomar las decisiones necesarias para llevar adelante sus tratamientos, iv) no se puede generalizar en el sentido de que un niño de 14 años tenga la madurez y los conocimientos suficientes para decidir lo que es más conveniente respecto de su enfermedad, sobre todo tratándose de una edad en que los menores son altamente susceptibles e influenciables²⁵⁴.

Haciéndole justicia al precepto, el Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Salud negó que de este artículo se desprenda que hay desconfianza respecto del rol que cabe a los padres en la educación de sus hijos. Puntualizó que la autonomía progresiva de los adolescentes es una tendencia reconocida en tratados internacionales y en la legislación nacional tanto en materia penal como en sede civil. Conforme a dicha tendencia, debe corresponder a ellos la decisión de dar a conocer a terceros, incluidas sus familias, que sufren de una determinada patología, puesto que la información les pertenece exclusivamente. Probablemente, en la mayoría de los casos los menores harán partícipes a sus familias respecto de los problemas de salud que pudieran afectarles, con excepción de aquellas situaciones en que el grupo familiar no ha logrado consolidar vínculos de afecto, confianza y apoyo mutuo a través del tiempo, en cuyo caso se requiere que el Estado intervenga proporcionando una instancia de orientación y colaboración profesional, que en este caso está constituida por los comités de ética, a fin de garantizar que en estas circunstancias de quiebre familiar el menor no quedará abandonado a su suerte²⁵⁵.

²⁵³ Ibid., pp. 59-60.

²⁵⁴ Ibid. p. 156.

²⁵⁵ Ibid. p. 171-172.

En la discusión en el Segundo Informe de la Comisión de Salud se modificó el acceso a la información respecto del estado de salud de los mayores de catorce años y menores de dieciocho. En primer término, se establece, como regla general, que los **padres o representantes deben ser informados por el médico tratante**, sin exigir para ello el consentimiento previo del paciente. En segundo lugar, se otorga a los menores la posibilidad de **solicitar a dicho profesional que no dé a conocer a tales personas algún aspecto específico de su salud**, de modo que ya no bastaría con que manifiesten su desacuerdo en que se les proporcione información en términos generales. En tal caso y como una expresión de confianza y reconocimiento al uso del criterio del facultativo, se permite a este último evaluar la situación del menor y acoger su petición en la medida en que estime que aquélla **no implica un grave riesgo para su salud o su vida**, lo cual le estaba vedado de acuerdo con la norma aprobada inicialmente, ya que debía limitarse a consultar al comité de ética sobre la pertinencia de proporcionar la información cualquiera fuese el estado de salud del menor. En último término, se propone que la intervención de dicho comité se limite al caso en que el profesional tratante tenga dudas acerca de la gravedad o riesgo involucrado o de la conveniencia de informar²⁵⁶. Esta modificación permite que a los menores de catorce años de edad igualmente se les informe, atendiendo las condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y situación personal, sin perjuicio que se informe directamente a sus representantes legales.

A su vez, para guardar concordancia con el derecho a la información, respecto del consentimiento del menor se propone que la **regla general sea consultar a los padres o representantes legales**, salvo que el menor se oponga y que el médico estime que la situación de este último no implica grave riesgo para su salud o su vida. Asimismo, el rol del comité de ética se circunscribe a decidir acerca de la pertinencia de que el médico efectúe la consulta no sólo si el menor se opone a que dicha opinión sea requerida o cuando hay discrepancia entre la opinión de los padres y la voluntad expresada por el menor, como se había aprobado originalmente, sino también cuando el profesional tratante tenga dudas acerca de la situación de riesgo en que se encuentra el menor²⁵⁷.

A pesar de que ya se había determinado que no se otorgara el derecho a los menores de edad, para el debido cumplimiento de su cometido, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento estimó

²⁵⁶ *Ibíd.* p. 174-175.

²⁵⁷ *Ibíd.* p. 180-181.

necesario conocer el parecer de especialistas que ilustraran el debate en lo concerniente a los aspectos constitucionales de la iniciativa.

En opinión del profesor de derecho constitucional y Abogado de la Universidad Católica, **Miguel Ángel Fernández**, el derecho que la ley confiere a los menores entre 14 y 18 años para negar conocimiento a sus padres o representantes legales acerca de su estado de salud, se vincula estrechamente con el derecho preferente y el deber que tienen los padres de educar a sus hijos, al cual el Estado debe otorgar especial protección, conforme a lo preceptuado en el inciso tercero del número 10° del artículo 19 de la Constitución Política. El TC ha definido el contenido de este derecho y deber, en el considerando 15 del fallo Rol N° 740, que expresa: “En cuanto derecho de los padres, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe”. Preciso que en el caso del proyecto de ley que comento, tiene que ver con la educación informal, esto es, con el proceso formativo en valores que tiene por finalidad lograr el pleno desarrollo del menor. Se preguntó si puede sostenerse, entonces, que mantener bajo reserva la situación de salud de un menor de edad, respecto de sus padres, tutores o representantes legales lesiona el derecho preferente de estos en orden a impartir valores que logren su pleno desarrollo, en cuanto los excluye de aquel proceso formativo integral. Opinó que la respuesta tiene que ser afirmativa, desde que el desconocimiento de los padres acerca del estado de salud del menor entorpece o hace ilusoria o, incluso, inexistente la orientación y formación que ellos den a sus hijos, atendida su posición de ignorancia respecto de aquella situación. En efecto, prosiguió exponiendo, la educación requiere, por quien la lleva a cabo, información y conocimiento del educando, de sus experiencias, de los dilemas y tribulaciones que enfrenta, así como también requiere saber acerca de sus alegrías y logros, satisfacciones y desafíos, con el objeto de acompañarlo y orientar esos procesos para enriquecer lo que ellos representan, facilitando medios con los cuales enfrentar esos y otros numerosos acontecimientos de la vida, en un proceso que es recíproco y sin interrupción, pues el educador también aprende del educando, en

este continuo y recíproco intercambio de formación en valores. Siendo así, manifestó, este proceso continuo y recíproco, como ha dicho, se vería impedido cuando el padre o madre no tienen conocimiento de situaciones relevantes para el menor, como las que se vinculan con su estado de salud, aun cuando ella no sea grave o no se encuentre en riesgo, peligro o emergencia, pues incluso los asuntos menores y, ciertamente, lo positivo o negativo, es fuente propicia para el proceso formativo. Por eso, aseguró, el derecho y deber de los padres se ve impedido o, al menos, obstaculizado y puede llegar a resultar inútil cuando se los priva del conocimiento de cuestiones, relevantes o menores, acerca de su hijo, como sucede si se cubre con el velo de la confidencialidad su estado de salud²⁵⁸.

Continuó señalando que el Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Salud, señor Sebastián Pavlovic, hizo notar que la norma en discusión, aprobada por la Comisión de Salud, está conforme con el criterio del Tribunal Constitucional, expresado al analizar una situación análoga en el marco del examen de las normas nacionales de regulación de fertilidad. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional dijo que no se oponía al derecho y deber de los padres la posibilidad de garantizar la atención de salud a adolescentes en situación de confidencialidad. Esto último implica reconocer el derecho que tienen los adolescentes a tener una relación médico-paciente que es, al mismo tiempo, una garantía-deber de los profesionales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional recoge las normas internacionales respecto a los derechos de los menores²⁵⁹.

La opinión del profesor Fernández fue compartida por algunos senadores, a quienes no les pareció aceptable esta norma que dificulta a los padres ejercer el deber que la CPR les impone respecto de sus hijos. La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, estimó que en esta situación debe primar el derecho de los padres a ser siempre informados cabalmente.

La profesora **Carmen Domínguez** también consideró que la norma implicaba una grave vulneración del derecho y deber de cuidado de los padres respecto de sus hijos consagrado en la CPR. Como consecuencias de dicha vulneración podemos encontrar la invasión de la relación filial y la violación del principio de subsidiariedad del Estado en materia de familia, pues éste, por mandato constitucional, está llamado a proteger la familia, pero no a reemplazarla y suprimir u omitir los vínculos que en ella existen y que la definen. Por otra parte, se produce una incoherencia en el tratamiento que el ordenamiento jurídico da al menor y al

²⁵⁸ *Ibíd.* p. 488 y ss.

²⁵⁹ *Ibíd.* p. 506.

vínculo filial, pues el ordenamiento civil, asigna a los padres el cuidado de la persona de sus hijos, establece que ese cuidado es integral, le hace responsable de los daños que los hijos puedan causar a otros -incluso de modo objetivo cuando ellos provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir como sucede en el Código civil chileno- y, por otro lado, una norma de tipo sanitario establece que pueden no ser consultados en la toma de decisiones de aspectos tan relevantes de la vida personal de un hijo como su salud²⁶⁰. La autora acepta la idea de que ha existido un cambio, producto de la propia CDN, en la mirada que se dispensa al niño, en el sentido de entender que hoy es un sujeto de derechos y no de alguna manera un objeto, pero considera que afirmar que los adolescentes son sujetos de derecho en nada incide en poder restringir su capacidad o exigir que su capacidad sea completada por la voluntad de sus padres, pues ello no afecta esta calidad de sujeto de derecho; afirmar lo contrario es confundir dos conceptos básicos, la capacidad con la calidad de sujeto de derechos. Todas las personas son sujetos de derecho, por eso se distingue entre capacidad de goce y de condición. Afirmer que un mayor de 14 años requiere de la participación y presencia de sus padres, en nada incide en su capacidad de sujeto de derecho, al contrario, implica ver cómo acompañamos y protegemos a ese niño que todavía no tiene suficientes elementos de juicio para poder discernir entre distintas opciones, por ejemplo, en materia de salud, cuál es el mejor tratamiento para que se le aplique. Finalmente, haciendo referencia a la confidencialidad médica, en su opinión, en el caso de mayores de 14 años, y en general de los niños, no existe una confidencialidad médica absoluta, el niño no podría ser tratado en la relación médico paciente con total prescindencia de sus padres, pues precisamente lo que sucede con el menor de edad es que tiene que participar y actuar acompañado, representado por sus padres, ya que no tiene la capacidad plena para poder entender las distintas consecuencias de las decisiones que adopta. Desde ese punto de vista la confidencialidad médica no podría alcanzar a los padres; si fuese así implicaría que toda intervención médica en un menor tendría que hacerse sin la presencia de los padres, pues la confidencialidad implicaría que nunca podría intervenir un tercero, no habría razón para adoptar una actitud distinta en un niño de 3 o 13 años²⁶¹”.

Finalmente expone su preocupación respecto de quien va a proteger al niño, por ejemplo, de un error en el diagnóstico o de un diagnóstico

²⁶⁰ *Ibid.* p. 521 y ss.

²⁶¹ *Ibid.* p. 700.

insuficiente, quién lo va acompañar en el tratamiento que le prescriba el médico, por ejemplo una kinesiología, y quién va a dar cumplimiento a un tratamiento, si los padres ni siquiera han sido informados²⁶².

Por su parte, el profesor señor **Patricio Zapata**, Abogado de la Universidad Católica de Chile, basándose en el análisis sobre aspectos constitucionales involucrados en los problemas que dicen relación con las intervenciones en materia de salud en menores de edad del profesor José Manuel Díaz de Valdés²⁶³, señala que la CPR al otorgar el deber de educar a los hijos se ubica en un plano ideal, muchas veces distinto a la realidad. No todas las familias funcionan como un apoyo para los niños que viven dentro de ellas. Es por eso que parecía interesante la posibilidad de no informar ni requerir el consentimiento de un padre frente a determinado tratamiento. Por ejemplo, si una joven de 15 años desea pedir contracepción a su médico, no siempre va a ser cómodo para la joven que sus padres se enteren de ello, tal vez sus padres se opongan al hecho de que ella desee comenzar un tratamiento. En opinión de este autor, el menor es persona desde el momento de la concepción, con todos los derechos que de ello se derivan. Sin embargo, sus necesidades van cambiando a medida que va creciendo. Cuando el menor necesita de manera absoluta a los padres, eso hace que el derecho sustituya la voluntad de ese menor por la de sus padres. Pero, desde los 12 o 14 años, este menor es menos dependiente de sus padres. A partir de esa edad, tiene derecho a la **asistencia** de sus padres, ahí está la clave. Conforme a este autor, al sacar a los padres o ponerlos en un segundo o tercer plano, en realidad no se está afectando el derecho de los padres, sino el derecho del menor a contar con esta asesoría. El menor tiene derecho a que en las decisiones importantes que tomará a partir de los catorce años cuente con el apoyo, la asesoría directa de la familia. Ninguna confianza en la ciencia médica puede llevar a desconocer que en esa etapa de formación, de maduración, el menor tiene derecho a esa asistencia, a ese apoyo²⁶⁴.

Resulta interesante la lectura que hace el profesor Zapata, pues a su juicio es la redacción del artículo 17 (eliminado) y no la idea en sí, la que trae problemas. Tal cual está redactado el artículo 17, inciso segundo, en su primera parte dice correctamente que “Los mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho expresarán su voluntad personalmente”, ellos son los sujetos de la acción que se va a realizar. Pero a continuación señala “Sin perjuicio de ello, los padres o representantes legales

²⁶² Ibid. p. 698-701

²⁶³ DÍAZ DE VALDÉS, op. cit.(2)

²⁶⁴ Historia de la Ley N° 20.584, p. 702-703.

deberán ser también consultados al respecto”. A su juicio el afirmar “sin perjuicio de ello” revela una visión de fondo: está la voluntad del menor y está esta otra voluntad, la de los padres. A la luz de lo que ha señalado, le parece que esto no es un “sin perjuicio de”, los mayores de catorce años expresarán su voluntad personalmente, en el contexto de consultas e informaciones que se han proporcionado a él o ella y a sus padres. Justamente porque no tiene dieciocho o diecinueve años, no puede tomar sus decisiones solo, las toma en el concierto de una información compartida. Por eso insiste que no cabe hablar de “sin perjuicio de”, pues el legislador pareciera poner en contraposición los derechos del menor frente a los supuestos derechos de los padres, quienes en realidad no tienen ningún derecho sino que tienen deberes de asistencia de este ser que necesita este auxilio²⁶⁵. Comenta que en su revisión del derecho comparado, se encontró con que en el Reino Unido desde 1985 impera lo que se conoce como “Doctrina Guillick”, básicamente esta doctrina implica que el menor que no quiere que se informe a sus padres o representantes legales debe expresar alguna causa; el médico tratante debe hacer algún juicio respecto al grado de capacidad, de lucidez, de conciencia acerca de lo que está ocurriendo a ese menor; el médico tratante debe tratar de disuadir al menor, de dirigirlo, en el sentido de que su beneficio está en que consulte otras opiniones de personas que naturalmente entregarán un consejo bien intencionado, y finalmente establece que el médico podrá denegar la petición, pero también podrá acceder a ella no por razón de la gravedad, sino cuando existan antecedentes que acrediten que la información a los padres podría dañar el interés legítimo del niño, que el niño va a ser objeto de una represalia, el niño pudiere ser objeto de una agresión. Comenta que la jurisprudencia ha ido desarrollando estos elementos, se trata de padres ausentes, hay historias de violencia previa, de agresión, tratamientos por depresión, etc. Porque efectivamente hay casos en que no va en el mejor interés del menor que se informe a los padres, tema que se discutió largamente en este Congreso a raíz de la píldora del día después, es una hipótesis que hay que tener en cuenta. El **profesor Zapata** insistió que del modo en que está redactado, el **artículo 17, inciso segundo**, contrapone la voluntad del menor con la de los padres, y no los ve como socios, como efectivamente lo son en la mayoría de los casos, o al menos como la Constitución Política de la República quiere que lo sean. A su parecer la Convención de los Derechos del Niño es derecho constitucional chileno desde el año 1990. De esa Convención se deduce que el menor tiene derecho a una familia, tiene derecho al

²⁶⁵ *Ibíd.* p. 703.

apoyo, a la asistencia de sus padres. Excluir a los padres y colocarlos en un segundo o tercer lugar es una violación constitucional del derecho del menor, no de la familia, no de los padres²⁶⁶. Para finalizar, este profesor señala que lo plausible de este proyecto es que coloca a la persona como un sujeto, no como un número a protocolizar; pero las personas sólo son sujetos autónomos, individuales, completamente libres, una vez completado su desarrollo, su maduración. Hasta los 18 años lo hacen en el contexto del grupo familiar, de los padres, y ese es el sentido más preciso del derecho de los pacientes, no a tener muy buenos apoyos técnicos, sino a saber lo que está pasando y a tomar decisiones a veces difíciles con el mejor contexto moral posible, que lo proporcionan los padres, o por lo menos esa es la lógica de la Constitución Política de la República al señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad²⁶⁷.

Luego de escuchar la opinión de los expertos, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento anotó en su informe que la redacción de este artículo debía hacer primar el derecho de los padres a estar siempre informados en lo que atañe a sus hijos, como un medio de permitirles ejercer la función de formarlos, que la Constitución Política de la República les reconoce²⁶⁸.

Durante el Informe de las Comisiones de Constitución y Salud Unidas, ocurrió algo interesante, fue el Ministro de Salud, Jaime Mañalich, quien refiriéndose a la regulación del derecho a la información en menores de edad, hizo alusión al artículo 2° de la Ley N° 20.418, que preceptúa que en los casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de catorce años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a entregarlo, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que ella señale. También citó el proyecto de ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad²⁶⁹, que para los efectos de regular la difusión y promoción de ciertos alimentos fija en catorce años un límite de edad. Finalmente, trajo a colación que en materia de responsabilidad penal se ha rebajado la edad de los imputables a los catorce años. Teniendo estos ejemplos a la vista, solicitó a los miembros del Senado, que hicieran coherentes y armónicas las diferentes normas legales. Por otro lado, señaló que desde punto de vista de la utilidad del acto médico, es preferible que los padres estén informados. Además, señaló, esta fórmula enfrenta mejor los

²⁶⁶ *Ibíd.* p. 704.

²⁶⁷ *Ibíd.* p. 705.

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 572.

²⁶⁹ Boletín N° 4.921-11.

temas de la eventual responsabilidad del médico y de la oportunidad y financiamiento de las prestaciones que necesita recibir el menor²⁷⁰.

En esta instancia, también emitieron su opinión los señores Senadores. Don Hernán Larraín, por ejemplo, se mostró partidario de mantener la regla general en Chile, en virtud de la cual, los menores de edad son incapaces absolutos o relativos y actúan representados por quienes indica la ley. La Senadora Alvear, por su parte, destacó que las normas del proyecto que se han objetado son aquellas que alteran principios constitucionales que atribuyen a los padres, entre otros, el derecho y el deber de asegurar la salud de sus hijos, como parte del cuidado que deben proporcionarles. Aseguró que de mantenerse los artículos del proyecto que han sido objetados habría motivo suficiente para provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Señaló que enmendar esos preceptos facilitará que los padres o representantes del menor le aseguren un tratamiento adecuado y debidamente financiado, y al mismo tiempo puedan otorgarle orientación y apoyo²⁷¹.

Posteriormente, el Senador Walker, manifestó dudas respecto a la eliminación de la confidencialidad entre el menor y el médico, pues estimó que de suprimirse dichas normas, el menor tal vez podría verse compelido a no requerir asistencia médica. Planteó la posibilidad de atenuar la discrecionalidad que estos artículos entregan al menor, indicando en la ley algunos criterios que permitan discernir cuándo él puede oponerse a la comunicación de la información sobre su estado de salud. El Senador Fulvio Rossi hizo presente que en la práctica clínica nada puede reemplazar el criterio del médico tratante en la relación confidencial con el paciente. El tratante que advierte que la decisión del menor de que no se informe a sus padres o representantes va en desmedro de su salud puede recurrir al comité de ética y al director del establecimiento, los cuales, a juicio del señor Senador, sin duda le recomendarán informar a los padres. Por lo demás, recalcó, hay que tener presente que estos casos son excepcionales, pues lo común es que los menores lleguen a requerir atención de salud acompañados por quienes los tienen bajo su cuidado. En definitiva, se trata de hacer primar en estas situaciones la *lex artis* médica. Estos razonamientos movieron a Su Señoría a respaldar la supresión de los preceptos²⁷².

Durante el tercer trámite constitucional, en la última discusión en Sala de la Cámara de Diputados, se votó a favor o en contra de dejar la

²⁷⁰ Historia de la Ley N° 20.584, p. 710.

²⁷¹ *Ibíd.* p. 710-711.

²⁷² *Ibíd.* p. 712.

regulación de la entrega de información a menores de edad en manos del criterio del médico. Efectuada la votación en forma económica, por el sistema electrónico, dio el siguiente resultado: por la afirmativa, 55 votos; por la negativa, 53 votos, sin abstenciones²⁷³. Como vemos, estaba muy dividida la opinión, los partidarios de cada una de las posturas la defendió con argumentos sólidos como los ya señalados.

Respecto a lo sucederá frente a esta falta de regulación, se manifestó que lo que debe primar es el criterio del médico tratante, que debe ser capaz de construir una relación personal, íntima, de confianza, con el paciente adolescente y resolver con criterio, en aquellos momentos donde sea necesario que los padres estén absolutamente informados del problema del menor. De esta manera, se encuentra resguardada la confidencialidad²⁷⁴.

Además, conforme a lo establecido en el artículo 17°, que se encuentra dentro del párrafo que regula los comités de ética, se señala que frente a dudas acerca de la competencia de la persona, el profesional tratante deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que le corresponda. Es necesario tener presente que el pronunciamiento del comité siempre tendrá carácter de recomendación y que la ley ordena al comité que, en caso de que la consulta diga relación con la atención a menores de edad, tener en cuenta especialmente el interés superior del niño.

Esta regulación de la capacidad de las personas tiene como beneficios que permite cierta flexibilidad, pues el criterio etario resulta algo arbitrario. Se puede ser menor de 14 y ser muy maduro o ser mayor de 14 y ser inmaduro. Este mismo razonamiento sigue una sentencia británica de hace ya varios años citada por Berro Rovira en que se falló que: “La capacidad de un menor para tomar sus propias decisiones depende de que tenga suficiente comprensión e inteligencia y no debe determinarse en función de una edad límite que haya sido fijada en el plano judicial..” y que, refiriéndose al caso concreto decía Lord Scarman, redactor de la sentencia: “Creo, que él es lo suficientemente maduro como para expresar una opinión sólida, como así me lo ha demostrado. Estoy convencido que se trata de un menor maduro”²⁷⁵. Sin embargo, que la valoración de la capacidad natural de juicio, de la competencia, sea hecha por el médico implica un retroceso, pues se regresa de este modo al modelo

²⁷³ *Ibíd.* p. 895.

²⁷⁴ “Senado retira norma que permitía que menores de edad tengan derecho a confidencialidad en sus diagnósticos médicos”, *Diario Constitucional* 11 de julio de 2011.

²⁷⁵ BERRO ROVIRA, *op. cit.* p. 2-3.

paternalista de la medicina, en que el médico determina qué es lo que le conviene a la persona, y esto es una clara contradicción al fundamento de esta ley que es otorgar derechos a las personas para decidir por ellas mismas a qué tratamiento desean someterse. Es por ello que me inclino a pensar que los menores de 18 años en Chile no son sujetos a quienes esta ley les resulte aplicable, en primer lugar porque será el médico quién determinará si esta persona es o no lo suficientemente capaz para determinarse por sí misma en el ámbito de la salud y en segundo lugar porque, de no contar con ese “permiso” del médico, serán los padres quienes finalmente determinarán a qué tratamiento debe someterse el menor de edad.

Para finalizar, reproduzco lo planteado por Guido Berra Rovira, quien al evaluar las distintas edades que se consideran en Uruguay para determinar si una persona es o no capaz de realizar ciertas acciones en la vida pública en Uruguay²⁷⁶, llega a la conclusión de que resulta una incongruencia legal mantener el límite de 18 años para poder consentir por sí en el área de la salud. Este autor plantea que, si se pretende plantear un límite fijo de edad habría que considerar que los adolescentes pueden ser muy probablemente maduros entre los 12 y los 18 años y competentes en distintos grados para tomar decisiones de las comprendidas en el llamado consentimiento médico, informado o válido. El inicio de la adolescencia responde al comienzo de la maduración sexual y su finalización en cambio se marca más por un hecho social que biológico. La OMS considera el período de adolescencia entre 10 y 19 años. Legalmente la posición de plantear 12 años tiene abundante apoyo de legislaciones en Derecho Médico comparado, y no está violentando la

²⁷⁶ Señala el autor “A los 18 años se adquiere la mayoría de edad, hasta hace escaso tiempo era a los 21 años. La capacidad para conducir vehículos en Montevideo también se fija a los 18 años, pero a los 16 en el Interior, incluso con diferencias para motos. A los 12 años para la mujer y 14 para el varón la de contraer matrimonio con asentimiento de los padres. No es ahora delito de violación la relación sexual de un mayor con menor de 15 años si medió consentimiento. Se admite consentimiento válido por encima de 12 años; repetimos, hasta hace escaso tiempo era 15 años el límite, ¿o sea que puede un o una adolescente consentir legalmente relaciones sexuales pero no podría consentir actos médicos, por ejemplo asesoramiento e indicaciones de técnicas anticonceptivas para esas relaciones, si el límite es 18 años? El delito de violencia doméstica es agravado si la víctima es menor de 16 años y no de 18 años. En el Centro Hospitalario Pereyra Rossell son asistidos en el área pediátrica hasta con 14 años, luego como adultos y por médicos de adultos y es una realidad que no puede desconocerse. Por encima de 10 años se puede ser generador de una culpa civil, que seguramente pagarán sus padres, pero se le reconoce la capacidad de sujeto activo. Los jueces de menores, sin texto legal que fije la edad para ingresar al proceso, tomaron los 12 años para iniciar un procedimiento contra un niño. En las instituciones de asistencia médica colectiva (IAMC), es una realidad que por encima de 15 años los adolescentes concurren solos a la consulta”.

Convención de Derechos del Niño hace más hincapié en la madurez que en la edad absoluta por sí sola²⁷⁷.

Una propuesta planteada por Rovira, es que de los 6 y hasta los 12 años se tomara la opinión del niño como un asentimiento, necesiéndose siempre la conformidad o consentimiento de sus padres o representante legal. Si no hubiera asentimiento del niño, o frente a la negativa de los padres o representante legal se actuará, en casos imprescindibles y excepcionales, sólo luego de solicitar y recibir la debida autorización judicial. Ahora, desde los 12 y hasta los 18 años, los adolescentes que fueran considerados debidamente maduros a juicio de los médicos tratantes, tendrían derecho a otorgar un consentimiento válido por sí mismo²⁷⁸.

Finalmente, la ley no distingue al disponer que toda persona tiene derecho a recibir la información acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, adaptada a su edad y condición personal y emocional, aún los menores de 6 años.

–Personas que tienen discapacidad psíquica

En el proyecto del año 2001 no se regulaba este tema, la única referencia que se hacía a las personas con discapacidad psíquica era en el párrafo primero sobre el acceso las acciones de salud en que se señalaba que “las personas con discapacidad o invalidez física o mental, u otras que el Ministerio de Salud determine, deberán ser atendidas en forma preferencial, conforme a las normas dictadas por dicha secretaría de estado.”

El proyecto del 2006, en cambio, dedicó un párrafo completo a la regulación de los derechos de estas personas e incorporó como uno de sus principios inspiradores la protección de dichos derechos e individuos. Este buscaba de alguna manera superar la decimonónica distinción entre capaces e incapaces, recogiendo lo que la ciencia hoy acepta, esto es, la existencia de distintos niveles de competencia que debe ser reconocida, al menos en lo que concierne a las decisiones en materia de salud. Entre sus contenidos se encontraban medidas básicas para impulsar el cambio cultural necesario para disminuir las brechas de discriminación que afectan a las personas con discapacidad psíquica o intelectual y para inculcar

²⁷⁷ BERRO ROVIRA, op. cit. p. 3-4.

²⁷⁸ *Ibíd.* p. 4.

respeto por ellas mismas. Estas medidas consistían en una reducción de los casos de tratamientos involuntarios, también surgía la posibilidad de nombrar autónomamente un representante personal y finalmente, estos derechos se aseguraban a través de comisiones de protección de derechos de las personas con discapacidad mental a nivel regional y nacional.

La regulación que hacía el Proyecto de Ley sobre este tema tenía dos ejes. Por un lado se encontraba el artículo que regulaba el Consentimiento Informado de:

1. Personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, que podían ser producto de traumas físicos o psíquicos que impiden a un individuo tomar decisiones en relación a su salud.
2. Personas que carezcan de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad mental, certificada por un médico cirujano, estos eran los casos de incapacidad psíquica o intelectual.

La situación era regulada en el artículo 16° inciso 1°, que estipulaba: “Tratándose de personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, o que carezcan de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad mental, certificada por un médico cirujano, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión temporal o definitiva, según corresponda, deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal, si careciese de él, por quien haya sido constituido como su apoderado para fines de su tratamiento y, en último caso, por la persona a cuyo cuidado se encuentre”.

Por otro lado, en un párrafo aparte, se regulaban los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. En dicha regulación, quienes tenían capacidad para consentir podían elegir a un apoderado personal para la relación con el equipo de salud tratante y el establecimiento, que lo acompañara y asistiera durante todo el proceso de atención de su salud, siendo éste el apoderado o representante legal para todos los efectos indicados en esta ley. La persona encargada resolver acerca de la capacidad de consentir de la persona era el médico tratante. El artículo eliminado del texto final de la ley que regulaba esta situación era el artículo 25 del proyecto, que señalaba: “Todos los párrafos de la presente ley se aplican de igual manera a las personas con discapacidad psíquica o intelectual. En aquellas situaciones en que por su condición mental no pudieran comprender adecuadamente la información entregada, tanto médica como administrativa, los prestadores deberán guardar especial cuidado en el trato digno, respeto de su autonomía y confidencialidad de su atención de salud.

Las personas con discapacidad psíquica o intelectual, con capacidad para consentir, tendrán derecho a un apoderado personal para la relación con el equipo de salud tratante y el establecimiento que lo acoja, escogido por ella misma que la acompañe y asista en todo el proceso de atención de su salud, siendo éste el apoderado o representante legal para todos los efectos indicados en esta ley. Corresponderá al médico tratante resolver acerca de la capacidad de consentir de la persona.

En ningún caso podrán efectuarse, aun cuando el profesional de salud lo autorice, fotografías, grabaciones, filmaciones o entrevistas de uso periodístico o publicitario, si la persona con discapacidad psíquica o intelectual no tiene la capacidad para dar la autorización que el artículo 4° exige”.

Como podemos ver este artículo sentaba en primer lugar un principio de igualdad entre las personas reguladas en este párrafo y las demás personas, siendo todas ellas alcanzadas por la presente ley. Durante el primer informe de la comisión de salud se eliminó la frase “Todos los párrafos de la presente ley se aplican de igual manera a las personas con discapacidad psíquica e intelectual”, pues resultaba redundante, atendido que el artículo 2°, ya aprobado, consagra el derecho de las personas a recibir atención de salud sin discriminación arbitraria alguna.

En segundo lugar, este artículo establecía qué sucedía con la capacidad para consentir de las personas con incapacidad psíquica o intelectual, sin embargo el gran avance era que contemplaba la posibilidad de las personas con capacidad para consentir para elegir a un apoderado. A este apoderado era a quien había que informar las razones por las que no se daba acceso a la persona a su ficha clínica o a cierta información y a quien debía solicitarse su consentimiento si el representante legal no se encontraba cuando la persona no podía manifestar su voluntad.

Si, a juicio del médico, la persona no tenía la capacidad para manifestar su voluntad, debía siempre contarse con el consentimiento del apoderado designado por ésta, o en su defecto, del representante legal, en los siguientes casos:

- a) Hospitalización involuntaria por un período mayor a setenta y dos horas;
- b) Aplicación de procedimientos invasivos e irreversibles;
- c) Aplicación de medidas o tratamientos que priven a la persona de libertad de desplazamiento o restrinja de manera severa su contacto con otros seres humanos.

En contra de la decisión de aplicar alguno de estos tratamientos, se podía recurrir ante la comisión de protección de derechos de las personas con enfermedades mentales correspondiente.

Como primeras repercusiones contra esta regulación, se manifestó por algunos diputados que sería incorrecto permitir, como propone el proyecto, que estas personas designen un apoderado personal, por cuanto, por una parte, carecerían de capacidad para expresar su voluntad en tal sentido y, por otra, es posible que con ello se excluya al representante legal o a la persona que lo tiene bajo su cuidado, quienes son los más indicados para asistirlo en el proceso de atención de su salud. Se argumentó, además, que quienes sufren este tipo de discapacidad podrían adoptar decisiones erradas y designar a alguien inadecuado.

En defensa del texto propuesto en el mensaje, el representante del Ejecutivo arguyó que tanto en el derecho comparado como en la normativa vigente en nuestro país se consagra el derecho a designar un apoderado que se ocupe de lo concerniente al tratamiento médico de quien lo nombra, sin que exista la intención de modificar las reglas generales que rigen la capacidad y la representación. Preciso que en el ámbito de la salud la tendencia imperante es a reconocer a las personas con discapacidad psíquica o intelectual su condición de sujetos de derecho, que tienen la posibilidad de designar una persona de su confianza que los asista durante su atención de salud.

En relación con estas normas se tuvieron presente también las observaciones contenidas en el informe de la profesora Carmen Domínguez. Dicho documento contiene las siguientes críticas:

- a. Estas normas crean nuevas situaciones de incapacidad, no contempladas hasta ahora en la ley chilena, v. gr. Alteración de conciencia
- b. Contienen, entre sí, contradicciones, al establecer distintos regímenes de representación para los efectos de la salud, mientras unos pueden elegir apoderado como primera opción, otros sólo pueden elegirlo si no tienen representante legal.
- c. Entregan sólo al criterio de un médico la determinación de si alguien es incapaz de acuerdo a estas normas, personas que son consideradas discapacitadas “psíquicas o intelectuales” o que están privadas de su capacidad intelectual en norma transitoria o permanente, puedan designar su “apoderado” o “representante legal” para la toma de decisiones de salud, contradiciendo, precisamente por ello, lo que, de por sí, implica la condición de “incapacidad” de un individuo
- d. Alteran las normas generales de representación de los incapaces en Chile, al establecer la posibilidad de dejar entregada la facultad de

decisión sobre la salud de estas personas a personas que no han sido designadas legal o judicialmente como sus representantes.

Respecto al artículo que regulaba el consentimiento informado, éste se suprimió en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que hizo suyas las consideraciones del informe de la profesora Vivanco y en la cual el Senador Espina propuso suprimir el artículo pues, a su parecer, alteraba las normas generales sobre representación de incapaces. Señaló que éste creaba una situación imposible, como es la obligación de informar y pedir opinión, antes de prestarle atención médica a alguien con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia o que carece de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad. Llamó a confiar en el criterio del profesional tratante. El señor Ministro de Salud se manifestó partidario de esta supresión, pues estimaba que se ponía en riesgo la salud de las personas.

Frente a la regulación de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, con capacidad para consentir, en la discusión en el Senado, la Presidenta Bachelet presentó una indicación para reemplazar el artículo por uno en que se establecía que, sin perjuicio de la posibilidad de las personas de otorgar su consentimiento informado, si alguien no se encontraba en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos u otro de carácter irreversible, debían contar siempre con la revisión previa de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental, y que, en el caso de psicocirugía, esta revisión previa debía proceder siempre . Mediante indicación del Ejecutivo, durante el segundo informe de la Comisión de Salud en el Senado, se introdujeron tres modificaciones en este artículo, que fueron aprobadas. La primera agrega a la psicocirugía a la enumeración, por vía ejemplar, de tratamientos invasivos e irreversibles. La segunda, sustituye la revisión previa de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental, a que se refiere el artículo 32, por el informe favorable del comité de ética del establecimiento. La última, como consecuencia de la anterior, elimina la oración final, que exige siempre la revisión previa de la Comisión Nacional, cuando se trate de psicocirugía. Ese texto fue el que perduró.

En el texto de la ley que entró en vigencia, el Párrafo 8° es el único que trata sobre los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y sus capacidades para otorgar consentimiento. Lo primero que es importante hacer notar es que en la regulación que se hace en dicho párrafo, se entiende que las personas con discapacidad psíquica

pueden estar o no en condiciones de manifestar su voluntad. Si están en condiciones, (por ejemplo, lo que ocurre en caso de un esquizofrénico en intervalo lúcido) no se les aplican estos artículos, sino el artículo 14, que es la regla general en materia de consentimiento. Si, por el contrario, no se encuentran en condiciones de manifestar su voluntad, se les aplica el artículo 24 para el caso de que se le indique. Señala dicho artículo: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento.”

El funcionamiento de los comités de ética excede los fines de este trabajo, basta con decir que queda regulado por el tercer epígrafe del párrafo sexto de la ley, titulado “De los comités de ética” y por el Reglamento para la constitución y funcionamiento de los comités de ética, decreto 32 del año 2012. Sin embargo, recordemos que el artículo 17 dispone que en el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, deberá solicitar la opinión del comité de ética. El pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. La pregunta que surge de inmediato es ¿si se trata de una mera recomendación, qué razón podría haber para recurrir a los tribunales de justicia para que resuelva la diferencia de opiniones? Este reenvío de la decisión final sobre un eventual rechazo o interrupción del tratamiento a los tribunales, resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que la jurisprudencia en la materia suele ser muy reacia a reconocer el derecho a la autodeterminación.

La segunda excepción a la regla general de que las personas con discapacidad pueden otorgar o denegar su consentimiento, es cuando su estado les impide otorgarlo. ¿Qué significa esto? Señala el artículo 27: “Sin perjuicio del derecho de la persona con discapacidad psíquica o intelectual a otorgar su autorización o denegarla para ser sometida a tratamientos, excepcionalmente y sólo cuando su estado lo impida, podrá ser tratada involuntariamente siempre que:

- “a) Esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario a tal propósito;
- “b) El tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles;
- “c) Se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona; se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario, y
- “d) Se registre en la ficha clínica de la persona.”

Señala un autor que la pretensión de la Organización Mundial de la Salud, es que incluso teniendo una incapacidad, se ha de asegurar que a estas personas no se les resta protagonismo en la toma de decisiones, ya que aunque no tengan voto siempre tienen voz, así lo establece en los Diez principios básicos de las normas para la atención de la salud mental (1995), al proponer en el apartado 5º las siguientes acciones:

- 1) Suponer que los pacientes son capaces para la toma de decisiones mientras no se demuestre lo contrario.
- 2) Asegurarse de que no se toma a un paciente psiquiátrico sistemáticamente incapaz.
- 3) Proporcionar información verbal o escrita a los pacientes sobre el tratamiento.
- 4) Requerir la opinión del paciente, al margen de su capacidad, para dar su consentimiento y prestarle la debida consideración antes de cualquier acción que pueda afectar su integridad o libertad.

Este último aspecto es significativo para no adoptar una postura paternalista. Es necesario que la persona, aun incapaz, tome parte del proceso en la medida de lo posible. Así lo recoge, también, el Convenio de Oviedo (2000) en el art. 6. No obstante, si la persona padece de un trastorno mental grave puede ser sometida sin su consentimiento a un tratamiento que tenga por finalidad abordar la sintomatología cuando la ausencia de dicho tratamiento pueda ocasionar riesgo de ser grave-

mente perjudicial para su salud²⁷⁹. Esto es lo que regula el artículo 27 de la ley.

La diferencia entre estas dos excepciones a la capacidad que tiene una persona para otorgar o denegar su consentimiento, radica en la temporalidad de cada una. Mientras el estado puede entenderse como algo permanente, por ejemplo, el estado civil, que es un atributo de la personalidad que no se pierde, la condición, en cambio, debe ser entendida como algo transitorio, que durante ese momento le impide decidir. Esta interpretación adquiere más sentido cuando se mira a los requisitos establecidos para cada caso. Las condiciones necesarias para tratar a alguien cuando su estado le impide otorgar la autorización son bastante más complicadas y además, el tratamiento debe ser sometido a revisión periódica, pudiendo modificarse si es necesario. Si la condición de la persona es la que le impide decidir, sólo algunos tratamientos, los irreversibles e invasivos, requieren la pronunciación del comité de ética.

El reglamento sobre derechos y deberes de las personas en relación a las actividades vinculadas con su atención de salud, Decreto N°38 de 26 de diciembre de 2012, en su artículo 19 considera que una persona con discapacidad psíquica o intelectual, es aquella que, en forma asociada a una enfermedad mental, manifiesta un daño o limitación, temporal o permanente, en cuanto a su funcionamiento intelectual o adaptativo a la vida social y que, al interactuar con obstáculos del entorno, ven impedida o restringida su participación efectiva en igualdad de condiciones con las demás personas.

La regulación contenida en la actual Ley N° 20.584 se inicia con la situación que acaece cuando el profesional tratante estima que debe mantener una reserva de información frente al paciente o no permitirle al titular el acceso a su ficha clínica, ya que pueden éstos producirle efectos negativos en su estado mental. En este caso dicho profesional se encuentra obligado a justificar su proceder ante el representante legal del paciente o a la persona bajo cuyo cuidado de encuentre éste. Las modificaciones a este artículo fueron en primer lugar eliminar la expresión “de manera pormenorizada” que describía cómo informar las razones médicas para proceder de tal manera; en segundo lugar, se modificó la persona a quien se le informaban dichas razones, siendo antes el receptor el apoderado que hubiere sido designado por el paciente, que junto con la justificación recibía la información que no se había entregado al

²⁷⁹ RAMOS POZÓN, Sergio, *Las decisiones por representación en la esquizofrenia: aspectos médicos, legales y éticos*, [en línea] <<http://sergio-bioticaypsiquiatra.blogspot.com/2012/01/las-decisiones-por-representacion-en-la.html>> [consulta: 15 diciembre 2013].

paciente. Actualmente ya no es posible nombrar un apoderado y es el representante legal quien recibe dicha información.

A continuación, la ley regula aquellas situaciones en que la persona es objeto de tratamientos u hospitalizaciones que no son voluntarias. Se regulan a continuación en los artículos 24, 25, 26 y 27, respectivamente:

- Tratamientos invasivos e irreversibles
- Hospitalización Involuntaria
- Medidas de aislamiento o contención física y farmacológica
- Tratamientos Involuntarios

Respecto de los primeros, si una persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad y se requiere la aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, a través de una indicación del Ejecutivo se aumentó el nivel de exigencia para realizarlos, puesto que en el proyecto bastaba con el consentimiento del apoderado o en su defecto, del representante legal, en tanto que ahora se requiere siempre del informe favorable del comité de ética del establecimiento. Se señalan a modo ejemplar la esterilización con fines contraceptivos y la psicocirugía.

La Ley N° 41/2002 de España también regula estas situaciones. Señala en su artículo 3° que el consentimiento debe otorgarse por los representantes en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Volviendo a la regulación que hace la ley chilena, respecto del consentimiento de las personas con discapacidad mental, luego, se contemplan

en la ley los requisitos necesarios para la hospitalización involuntaria de una persona, siendo éstos:

- a) Certificación de un médico cirujano que indique fundadamente la necesidad de proceder al ingreso de una persona para llevar a cabo la evaluación de su estado de salud mental;
- b) Que el estado de la misma comporte un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros;
- c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica;
- d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y
- e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho.

Fue agregada por el Ejecutivo la obligación de comunicar de toda hospitalización involuntaria a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental, que estudiaremos a continuación. Por otro lado se le encargó a la Autoridad Sanitaria Regional velar por el respeto de los derechos de las personas ingresadas en instituciones de salud mental, y autorizar el ingreso de todas las hospitalizaciones involuntarias que excedan de setenta y dos horas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 130 y 131 del Código Sanitario, es decir, que sean hechas conforme al reglamento del Código Sanitario y resultas por el Director General de Salud.

Las Comisiones Regionales de protección de los derechos de las personas informarán de su revisión, conclusiones y recomendaciones al Secretario Regional Ministerial de Salud para que éste, si correspondiere, ejerza la facultad indicada en el artículo 132 del Código Sanitario. Si éste decide no ejercer esta facultad, de autorizar su salida, la Comisión respectiva podrá presentar los antecedentes a la Corte de Apelaciones del lugar en que se encuentre hospitalizado el paciente, para que resuelva, de acuerdo al procedimiento aplicable a la acción constitucional de protección que se encuentra establecida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de las demás acciones que correspondan. Esta misión fue encargada a las comisiones regionales por el Ejecutivo, puesto que antes se concebía el ejercicio directo de la acción de protección frente a la “Corte de Apelaciones respectiva”. El senador

Horvath fue quien propuso que se tratara de aquella ubicada en el lugar de la hospitalización.

En relación a la utilización de las medidas de aislamiento o contención física y farmacológica, ésta deberá llevarse a cabo con pleno respeto a la dignidad de la persona objeto de tales medidas. Para poder aplicar dichas medidas se requiere la concurrencia de tres requisitos copulativos:

- En primer lugar sólo podrán aplicarse en los casos en que concurra indicación terapéutica acreditada por un médico
- En segundo lugar, no debe existir otra alternativa menos restrictiva
- Finalmente, la necesidad de su aplicación debe ser proporcional en relación a la conducta gravemente perturbadora o agresiva.

Al ser excepcionales, estas medidas se aplicarán solamente por el tiempo estrictamente necesario para conseguir el objetivo terapéutico, evitando cualquier tipo de daño. Durante el empleo de las mismas, la persona con discapacidad psíquica o intelectual tendrá garantizada la supervisión médica permanente. Se deberá guardar registro escrito en la ficha clínica de la persona sobre todo lo actuado con motivo del empleo del aislamiento o la sujeción. Además, se comunicará a la Autoridad Sanitaria Regional del aislamiento o la sujeción y se pondrá a su disposición toda la documentación necesaria. Para resguardar el correcto ejercicio de estas medidas se podrá reclamar a la Comisión Regional que corresponda, para que revise las medidas de aislamiento y contención o aquellas que restrinjan temporalmente la comunicación o contacto con las visitas.

Un reglamento, aun no expedido por el Ministerio de Salud, es el que debe establecer las normas necesarias para el manejo de las conductas perturbadoras o agresivas que las personas con discapacidad psíquica o intelectual pudieran tener en establecimientos de salud y el respeto por sus derechos en la atención de salud. Así lo señala la propia ley y también el Decreto N°38 ya mencionado. Cabe mencionar que existe ya un Decreto Supremo N°570, del 28 de Agosto de 1998, del Ministerio de Salud, vigente desde 2001, en el que se regula la internación de las personas con enfermedades mentales y los establecimientos que la proporcionan. En dicha regulación ya se entendía que estas personas tienen capacidad para decidir. Señalándose en su artículo 21 que “Toda persona internada, cuya capacidad de decisión no se encuentre gravemente comprometida por su enfermedad o afección, podrá decidir por sí misma, aceptando o rechazando en forma libre y voluntaria y con debido conocimiento de causa, el plan de tratamiento que se le ofrezca.

Corresponderá al médico tratante resolver acerca de la capacidad de consentir del paciente, así como entregar en su caso, la información que

sea necesaria, para que éste alcance el conocimiento a que se refiere el artículo precedente, de acuerdo a su capacidad de comprensión”.

Finalmente, respecto a los tratamientos a que son sometidas involuntariamente las personas con discapacidad psíquica o intelectual cae señalar que esta situación es también excepcional y por ende debe también cumplir con los requisitos copulativos que ya mencionamos.

Respecto de la participación en protocolos de investigación científica, ésta se prohíbe a las personas con discapacidad psíquica o intelectual que no puedan manifestar su voluntad. La misma idea prevalecía en el proyecto de 2006, aun cuando se contara con la voluntad favorable del apoderado o representante. Si estas mismas personas tienen la capacidad de manifestar su voluntad, deberán cumplir con dos requisitos para participar en estas investigaciones. En primer lugar deberán cumplir con una evaluación ético científica y en segundo lugar deberán otorgar su consentimiento informado de manera expresa así como el de su representante legal. Anteriormente se requería además la evaluación de la Comisión de protección de derechos de las personas con enfermedades mentales competente, lo que fue descartado. Sin embargo, la ley establece que podrá reclamarse de las actuaciones de los prestadores y la Autoridad Sanitaria ante dicha Comisión Regional a fin de que ésta revise los procedimientos en cuestión.

Finalmente se cierra el párrafo con la constitución de un organismo encargado de velar por los derechos y defensoría de estas personas en la atención de salud entregada por los prestadores públicos o privados, ya sea en las modalidades de atención comunitaria, ambulatoria, hospitalaria o de urgencia, sin perjuicio de las facultades de los tribunales ordinarios de justicia. La Comisión de Protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales existirá a nivel nacional y existirán a su vez comisiones regionales. Esta comisión en el proyecto del año 2006 figuraba como autónoma de los prestadores y de la Autoridad Sanitaria, ahora señala el artículo que el Ministerio de Salud deberá asegurar su existencia y funcionamiento.

En el proyecto de 2006 las funciones de la comisión eran revisar las apelaciones que los usuarios realizaran sobre intervenciones efectuadas contra su voluntad, supervisar las instalaciones donde se realizaban las internaciones y demás tratamientos y entregar la autorización para realizar tratamientos invasivos e irreversibles. Actualmente las funciones se dividen entre la comisión nacional y las regionales, siendo funciones de la comisión nacional:

- a) Promover, proteger y defender los derechos humanos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual cuando éstos sean o puedan ser vulnerados.
- b) Proponer al Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, directrices técnicas y normativas complementarias con el fin de garantizar la aplicación de la presente ley para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual.
- c) Coordinar y velar por el buen funcionamiento de las Comisiones Regionales.
- d) Proponer a la Subsecretaría de Salud Pública la vinculación y coordinación de la Comisión con otros organismos públicos y privados de derechos humanos.
- e) Revisar los reclamos contra lo obrado por las Comisiones Regionales.
- f) Revisar las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles.
- g) Revisar hechos que involucren vulneración de derechos de las personas y muertes ocurridas durante la hospitalización psiquiátrica.

Las Comisiones Regionales por su parte se encargarán de:

- a) Efectuar visitas y supervisar las instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a personas con discapacidad psíquica o intelectual.
- b) Revisar las actuaciones de los prestadores públicos y privados en relación a las hospitalizaciones involuntarias y a las medidas o tratamientos que priven a la persona de desplazamiento o restrinjan temporalmente su contacto con otras personas, y controlar dichas actuaciones, medidas y tratamientos periódicamente.
- c) Revisar los reclamos que los usuarios y cualquier otra persona en su nombre realicen sobre vulneración de derechos vinculados a la atención en salud.
- d) Emitir recomendaciones a la Autoridad Sanitaria sobre los casos y situaciones sometidos a su conocimiento o revisión.
- e) Recomendar a los prestadores institucionales e individuales la adopción de las medidas adecuadas para evitar, impedir o poner término a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.
- f) Cumplir y ejecutar las directrices técnicas emitidas por el Ministerio de Salud.

La Comisión Nacional estará conformada por las siguientes personas, quienes se desempeñarán ad honorem:

- a) Dos miembros de asociaciones gremiales de profesionales del área de la salud, que sean representativos del área de la salud mental.
- b) Un miembro de la asociación gremial de abogados que cuente con el mayor número de adherentes.
- c) Dos miembros de sociedades científicas del área de la salud mental.
- d) Dos representantes de asociaciones de usuarios de la salud mental.
- e) Dos representantes de asociaciones de familiares de personas con discapacidad psíquica o intelectual.
- f) Un representante de la Autoridad Sanitaria.

Además, la comisión nacional contará con una Secretaría Ejecutiva, cuya función será coordinar su funcionamiento y cumplir los acuerdos que se adopten. Su personal será determinado por el Ministerio de Salud. Las Comisiones Regionales serán conformadas por el Ministerio de Salud de manera similar a la comisión nacional, de acuerdo a la realidad local de la respectiva Región. La forma de designar a los miembros de las comisiones regionales y las normas necesarias para el adecuado funcionamiento de ambas comisiones se regulará por un reglamento.

Las personas reguladas en éste párrafo como sus representantes o cualquiera a su nombre podrán recurrir directamente a la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado para el resguardo de sus derechos en razón de las acciones efectuadas por los prestadores institucionales e individuales, o por la autoridad sanitaria. A su vez, ambas comisiones podrán informar y entregarle todos los antecedentes de los casos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones, a la Corte de Apelaciones del lugar en que tengan su asiento, para que ésta restablezca el imperio del derecho. Las acciones ante las Cortes de Apelaciones se tramitarán de acuerdo a las normas que regulan el recurso de protección, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

–Personas que desean incorporarse en cualquier tipo de investigación científica biomédica

El artículo 21²⁸⁰ de la ley, dispone que toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de

²⁸⁰ Artículo 21.- Toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de investigación científica biomédica, en los términos de la Ley N° 20.120. Su expresión de voluntad deberá ser previa, expresa, libre, informada, personal y constar por escrito. En ningún caso esta decisión podrá significar menoscabo en su atención ni menos sanción alguna.

protocolo de investigación científica biomédica, que su expresión de voluntad deberá ser previa, expresa, libre, informada, personal y constar por escrito.

En la Comisión de Salud se presentó una indicación para especificar que la decisión adoptada por las personas respecto de su incorporación en protocolos de investigación científica biomédica no puede significar un menoscabo en la atención que le sea proporcionada ni la aplicación de sanciones²⁸¹.

Durante el debate se hizo presente que esta norma está en armonía con las disposiciones de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y la prohibición de la clonación humana, que tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas. Este artículo solía tener un novedoso inciso segundo que hacía referencia a la situación de los menores de edad en relación con este tema, que fue eliminado²⁸².

Por su parte, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento consideró que las personas que sean objeto de experimentos científicos deben ser debidamente informadas acerca de los riesgos que el nuevo procedimiento o medicamento que se va a ensayar en ellas involucran para su vida y su integridad física y síquica, de la vida del que está por nacer –en el caso de las mujeres embarazadas– y del riesgo de contagiar a terceros.

Esa comisión juzgó inconvenientemente amplía la alusión que se hace en el primer inciso del artículo a “cualquier tipo de protocolo”, en circunstancias que debiera referirse específicamente a aquellos vinculados con los procedimientos y drogas en estudio. Además, recomendó que se explicita que los comités éticos que crea el proyecto deban verificar que los protocolos de investigación respeten las normas y principios internacionalmente aceptados para la protección de personas sujetas a experimentación²⁸³.

Para salvar dicho reparo, la Comisión de Salud agregó, en ambos preceptos, una frase haciendo remisión a la Ley N° 20.120, sobre investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana. En efecto, el artículo 11 de ese cuerpo legal trata del consentimiento informado para los efectos de participar en una investi-

²⁸¹ Historia de la Ley N° 20.584, p. 65.

²⁸² *Ibíd.* p. 726.

²⁸³ *Ibíd.* p. 609.

gación científica en un ser humano y su inciso segundo preceptúa que, para los efectos de esa ley, existe consentimiento informado cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá haberse proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre tal investigación. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene la persona de no autorizar la investigación y de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno.

En otro orden de cosas, las Comisiones Unidas enmendaron la redacción del inciso primero, en el sentido de aclarar que los derechos de las personas que allí se consagran se vinculan con su participación en una investigación científica y no en un “protocolo” de investigación científica²⁸⁴.

Las normas necesarias para regular los requisitos de los protocolos de investigación y los procedimientos administrativos y normas sobre constitución, funcionamiento y financiamiento de comités para la evaluación ético-científica; para la aprobación de protocolos y para la acreditación de los comités por parte de la Autoridad Sanitaria; la declaración y efectos sobre conflictos de interés de investigadores, autoridades y miembros de comités y, en general, las demás normas necesarias para la adecuada protección de los derechos de las personas respecto de la investigación científica biomédica son regulados por el Decreto N° 30 de 2013 del Ministerio de Salud²⁸⁵. Este define la Investigación científica biomédica en seres humanos como “toda investigación que implique una intervención física o psíquica o interacción con seres humanos, con el objetivo de mejorar la prevención, diagnóstico, tratamiento, manejo y rehabilitación de la salud de las personas o de incrementar el conocimiento biológico del ser humano. La investigación científica biomédica en seres humanos incluye el uso de material humano o de información disponible identificable”.

El artículo 12 del Reglamento define el consentimiento informado como “la aquiescencia alcanzada a través de un proceso de comunicación y formalizada a través de un acta escrita, otorgada por la persona en quien se realizará la investigación o por su representante legal, en la cual se hace mención explícita al conocimiento que ésta tiene acerca de los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad,

²⁸⁴ *Ibíd.* p. 725-726.

²⁸⁵ Modifica el decreto N° 114, de 2010.

los beneficios y riesgos potenciales y los procedimientos o tratamientos alternativos”.

En relación a la investigación científica con sujetos con discapacidad psíquica o intelectual, la Ley N° 20.584 señala en su artículo 28 que ninguna persona con discapacidad psíquica o intelectual que no pueda expresar su voluntad podrá participar en una investigación científica. Si estas personas pueden expresar su voluntad y han otorgado su consentimiento informado, junto con la manifestación de voluntad expresa de participar tanto de parte del paciente como de su representante legal, será necesaria una evaluación ético científica, además del permiso de la Autoridad Sanitaria competente. El mismo artículo, consagra un derecho a reclamo contra las actuaciones de los prestadores y de la autoridad sanitaria, el que debe presentarse ante la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, que establece el artículo 29 de la ley. Podemos decir que se trata de un tipo de consentimiento, que se ciñe a las reglas de la Ley N°20.120, a los Reglamentos sobre la materia²⁸⁶ y a los Tratados Internacionales ratificados por Chile sobre la materia.

20. FORMAS DE MATERIALIZACIÓN: POR ESCRITO O VERBALMENTE, FORMULARIOS

El objetivo de que el paciente sea informado sobre los procedimientos es “contribuir a involucrar y comprometer al paciente con su proceso de diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y recuperación, al aumentar su conocimiento a través de la información proporcionada por el profesional de la salud²⁸⁷”.

El procedimiento de obtención consentimiento informado se realiza como regla general verbalmente. La aplicación del consentimiento informado se refiere a la información que debe entregar el médico o profesional tratante al paciente (si su edad lo permite), o a sus padres o tutores legales, de los procedimientos sobre los tratamientos a realizar. El profesional previo a la realización del procedimiento, le describirá verbalmente en una entrevista, el procedimiento y sus potenciales riesgos o complicaciones. Deberá además aclarar dudas y contestar las pre-

²⁸⁶ Decreto N° 114, de 2010, del Ministerio de Salud, que aprueba reglamento de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana y Decreto N° 30 de 2013 del Ministerio de Salud, modifica decreto N° 114, de 2010.

²⁸⁷ Carta de derechos y deberes de los pacientes de FONASA, p. 9. [en línea] <http://www.bioeticachile.cl/felaibe/documentos.html#chile> [consulta: 2 abril 2013].

guntas que le realicen, con un buen trato y en forma clara, comprensible y veraz.

Los puntos críticos a señalar durante la entrevista son:

1. Términos del consentimiento
2. Objetivo del procedimiento o tratamiento y sus resultados esperables.
3. Riesgos y/o complicaciones inherentes a la intervención o a la no aceptación del tratamiento.
4. Alternativas de tratamiento.
5. Indicaciones sobre qué hacer si necesita más información, si cambia de opinión frente al consentimiento aceptado o rechazado.

Si se trata de un tratamiento de aquellos que requieren que el consentimiento informado conste por escrito²⁸⁸, posteriormente, se solicita la firma del formulario específico para el procedimiento, antes de proceder a su realización. Mediante su firma el paciente o sus padres o tutores expresan que recibieron, de parte de quien efectuará el procedimiento, información sobre los objetivos de la intervención, sus características y potenciales riesgos. En el formulario se debe registrar nombre y firma del paciente o de uno de los padres o tutor del mismo y del profesional responsable del procedimiento, a su vez se debe consignar la fecha de la obtención del consentimiento. El profesional, guardará el documento en la ficha clínica del paciente. En caso de rechazo del consentimiento, o negación de la firma, el paciente no puede ser tratado²⁸⁹.

El consentimiento informado es, básicamente, un proceso verbal que se despliega en el interior del acto clínico formando parte de él. Así lo dice de forma reiterada la Ley N° 41/2002 básica de autonomía de los pacientes, de España. El formulario de consentimiento informado es una de las herramientas que el profesional puede utilizar para proporcionar información a los pacientes y registrar su consentimiento, pero ni siquiera es de las más importante porque su uso está limitado a determinadas intervenciones. Más importante es, sin duda, como práctica general, el registro en la historia clínica²⁹⁰.

En el llamado modelo puntual (*event model*) de consentimiento informado, el formulario es el verdadero protagonista y la óptica es básicamente

²⁸⁸ Intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado.

²⁸⁹ “Aplicación del consentimiento informado”, Unidad de calidad y seguridad del paciente del Hospital Exequiel González Cortés, 2010.

²⁹⁰ SIMÓN-LORDA, op. cit. (1), p. 31-32.

camente legal. Bajo este prisma lo importante es diseñar formularios que cumplan los requisitos legales en cuanto a cantidad y calidad de información y dárselos a leer al paciente para que los firme. Una vez se ha conseguido esto (la firma), se ha cumplido el objetivo prioritario: asegurar, en la medida de lo posible, la protección legal del médico. Por el contrario, en el modelo progresivo (*process model*) la principal función del formulario es servir de guía en el proceso de información y de diálogo con el médico. Lo sustantivo es el proceso oral de comunicación y no el formulario, que es sólo un medio de apoyo. Sin duda el formulario debe de estar adecuadamente construido desde el punto de vista legal para favorecer la protección del médico, pero esta perspectiva es secundaria en esta forma de entender el consentimiento²⁹¹.

Conforme a lo establecido en la ley²⁹² y al reglamento²⁹³ la regla general será que la aceptación o rechazo de un tratamiento o procedimiento debe hacerse de manera verbal. En caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y cuando éstos conlleven un riesgo, relevante y conocido por los profesionales tratantes, se debe dejar constancia por escrito, en la ficha clínica, de la información recibida y de la decisión²⁹⁴. La carta de derechos y deberes de los pacientes en FONASA define los procedimientos diagnósticos, terapéuticos e intervenciones quirúrgicas como “algunos exámenes, tratamientos u otras intervenciones, realizados por un profesional de la salud, que tienen por objetivos la prevención, terapia o rehabilitación de un paciente”.

Mientras se discutía el proyecto, recogió la sugerencia formulada por la Corporación Médicos para Chile en cuanto a “exigir que el riesgo que conllevan aquellos procedimientos respecto de los cuales la manifestación de voluntad del paciente debe constar por escrito, sea calificado como relevante y conocido, esto es, un riesgo que sea susceptible de producir una alteración seria en el organismo de una persona y de la cual se tenga conocimiento²⁹⁵”.

Que la aceptación o rechazo a un tratamiento se consignen por escrito es fruto de la indicación hecha por un grupo de diputados, para exigir que la además de la información y el hecho de su entrega, la voluntad del paciente constara por escrito, “especificándose expresamente si acepta o rechaza las intervenciones o procedimientos que correspondería aplicarle²⁹⁶”.

²⁹¹ *Ibíd.* p. 32.

²⁹² Artículo 14 de la Ley N°20.584.

²⁹³ Artículo 12 del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

²⁹⁴ Historia de la Ley N° 20.584, p.332.

²⁹⁵ *Ibíd.* p. 74.

²⁹⁶ *Idem.*

No existe una postura unánime respecto a la utilización de formularios de consentimiento informado específicos para cada procedimiento, en los que se detalle sus características, objetivos y posibles efectos adversos. Algunos promueven que los instrumentos sean los más explícitos posible, sirviendo de orientación y recordatorio, tanto al profesional que obtiene el consentimiento como al paciente. Algunos lo consideran una oportunidad de hacer más expedito el “trámite” de obtención, mientras otros ven en ello una amenaza a la efectiva comunicación entre profesional y paciente. También se ha cuestionado la dificultad práctica de administrar un número muy alto de formularios específicos.

Como sea, el foco de este proceso debe estar en la calidad de la comunicación que establecen el profesional y el paciente, lo que implica destinarle tiempo suficiente, utilizar un lenguaje comprensible, y realizarlo con la debida antelación, de manera que el paciente efectivamente adopte una decisión informada y sin presiones. Frente a ello, el tipo de formulario puede considerarse una cuestión secundaria. Una opción intermedia que han adoptado la mayoría de las instituciones, es disponer de formularios genéricos, y algunos específicos para los procedimientos más frecuentes. Otra posibilidad es disponer de un formulario genérico común, y agregar a éste, a manera de anexo, una cartilla con la descripción de la cirugía y sus riesgos.

Los estándares del sistema nacional de acreditación establecen que los formularios deben, como mínimo:

- Especificar el procedimiento a realizar (el nombre del mismo, no sus detalles)
- Establecer que mediante su firma el paciente o sus familiares expresan que recibieron, de parte de quien efectuará el procedimiento, información sobre los objetivos de la intervención, sus características y potenciales riesgos.
- Registrar nombre y firma del paciente
- Registrar nombre y firma del profesional responsable del procedimiento
- Registrar la fecha de la obtención del consentimiento²⁹⁷

Para la elaboración de formularios específicos existen múltiples modelos y catálogos de consentimientos específicos para procedi-

²⁹⁷ Fuente: www.supersalud.gob.cl

mientos e intervenciones quirúrgicas, un ejemplo de ellos son los desarrollados por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía²⁹⁸.

Afirma la ley chilena, que se presumirá la entrega de la información necesaria para adoptar una decisión, si consta la firma del afectado, en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al que se someterá.

El problema de los formularios escritos de consentimiento informado, según Vaccarino, es que, al ser incapaces de distinguir entre el consentimiento y su documentación, los profesionales del Derecho han precipitado una enorme confusión entre los médicos en lo relativo al consentimiento informado, esto es, que si un formulario está firmado, el consentimiento informado ha sido obtenido.

En última instancia, indica, el formulario de consentimiento debe de ser tenido por lo que es: nada más que un indicio de que el consentimiento informado fue obtenido. En realidad la única manera de obtener el consentimiento informado es mediante una conversación.

Señala este autor, que en España, a medida que los tribunales han dictaminado cuestiones tales como lo que debe de decirse al paciente y la extensión, gravedad y probabilidad del riesgo, en un intento de desarrollar un formulario de consentimiento ideal, los médicos han hecho evolucionar los formatos de la documentación escrita desde simples hojas de permiso hasta folletos de hasta 28 páginas conteniendo múltiples testificaciones firmadas por el paciente y puestas en conocimiento de las partes interesadas.

Los problemas de la amplitud de la revelación y de la materialidad del riesgo son componentes clave para satisfacer los requerimientos legales del consentimiento informado, pero deben de ser evaluados originariamente en el contexto de una conversación²⁹⁹.

La reflexión que hace este autor es que lo que sucede frente a este aumento en la regulación del contenido mínimo de los formularios, en respuesta a las modificaciones de la doctrina legal, “los médicos modifican sus formularios de consentimiento sin alterar la manera en la que se los presentan a los pacientes. Quizás el interrogante debería ser cuán-

²⁹⁸ [En línea]

<http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_11_procedimiento_consentimiento_informado/listado_especialidades_quirurgicas?perfil=org&idioma=es&contenido=/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_11_procedimiento_consentimiento_informado/listado_especialidades_quirurgicas> [consulta: 15 abril 2013].

²⁹⁹ SIMÓN-LORDA, op. cit. (1) p. 32.

tos médicos se preocupan de implicarse en mantener el intercambio oral de información cuando el formulario de consentimiento ya ha sido firmado?³⁰⁰”.

Por último, ley chilena obliga a las personas que deseen otorgar su consentimiento para participar de un protocolo de investigación científica, que su consentimiento conste por escrito³⁰¹.

21. MOMENTO EN QUE DEBE VERIFICARSE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DENTRO DEL ACTO MÉDICO

Como pudimos darnos cuenta, al referirnos en el derecho a la información, nuestra legislación no se hace cargo respecto a cuándo debe informarse para poder contar con el debido tiempo para poder tomar una decisión. Lo mismo ocurre con el consentimiento informado, el artículo 14 de la ley nada menciona al respecto, y el artículo 10 del Reglamento sobre entrega de información y consentimiento informado, que podría haber dado un poco de luz al respecto, sólo menciona que “con la información proporcionada por el profesional tratante, de conformidad con los artículos 1º, 2º y 3º precedentes, las personas podrán otorgar o denegar su consentimiento a someterse o recibir cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud que se le proponga”. Es por ello que regresamos a lo ya revisado respecto al momento de entregar la información, recordemos que ésta debía entregarse de manera oportuna.

Distinguimos dos momentos en todo el proceso que implica otorgar el consentimiento: en primer lugar, la entrega de información, que puede ser gradual, durante un periodo de tiempo extendido o en una sola sesión con el médico, en que se explique el tratamiento. En segundo lugar, está el momento en que se otorga el consentimiento informado. Generalmente estas dos actuaciones van a ser una seguida de la otra (por ejemplo, cuando uno se va a hacer un examen, se le informan los riesgos antes de tomarlos) en otros casos, puede tomar un poco más de tiempo explicar los tratamientos disponibles para la recuperación o para la mejor mantención de su vida, el pronóstico previsible, el proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, las posibles complicaciones o riesgos y costos personales que implican dichos tratamientos y, en general, toda situación que considere relevante para que el paciente tenga conocimiento de su situación, de sus posibilidades de mejoramiento y de

³⁰⁰ *Ibíd.*

³⁰¹ Artículo 21 de la Ley N°20.584.

los eventuales riesgos que corre. Es por ello que muchas veces el médico a cargo tendrá que ir informando paulatinamente al paciente sobre estos hechos y los cambios que puedan experimentar las condiciones. Un buen ejemplo de ello es el caso de las cirugías plásticas, que hacen necesario repasar muy bien los riesgos que se están tomando, pues muchas veces estas operaciones tienen un fin netamente estético, y que por tanto, puede ser innecesario arriesgarse a la ocurrencia de eventos adversos. No sucede lo mismo con aquellas cirugías que son absolutamente necesarias para que el paciente pueda continuar viviendo su vida saludablemente, pues las ventajas superarán el riesgo asumido y por tanto, aun contando con toda la información sobre eventos adversos, la persona se inclinará a mejorar su salud por medio de la intervención o tratamiento.

La manifestación de voluntad debe ser emitida libre, voluntaria, expresa e informadamente, sin que la persona pueda ser objeto de presiones o coacciones destinadas a influir la opción en uno u otro sentido. Que exista un tiempo prudente para determinar si el paciente desea o no someterse a la operación o tratamiento, guarda relación con esta libertad. Es importante que, desde el diagnóstico, se mantenga al paciente debidamente informado, de este modo, no se le entrega toda la información de una sola vez, sino que el C.I. se transforma en un proceso que culmina con la aceptación o el rechazo al tratamiento, sin sentirse presionado a aceptarlo.

Sin información no hay consentimiento informado, eso es muy importante repetirlo. Sin información no podemos hablar de que la persona efectivamente otorgó su C.I., pues falta la base de ese consentimiento. La persona no sabía a lo que se estaba sometiendo. Por otro lado, puede ser que sí se informe a la persona pero no se otorgue el consentimiento. En este caso hay rechazo al tratamiento, que es una posibilidad y se encuentra resguardada por ley como un derecho del paciente. Siempre está la opción para la persona de decir, que no quiere someterse a una operación o a un tratamiento porque no se siente suficientemente informada. Ahora, en el caso de los pacientes de FONASA, que están en lista de espera para operarse, es muy importante que éstos exijan a sus médicos y que éstos entreguen a sus pacientes información de manera oportuna, para que, llegado el momento de decidir, no sienta que no comprende a cabalidad lo que está por suceder.

Lo que sí sabemos es que el momento en que debe verificarse el consentimiento debe ser **antes del tratamiento**, cuanto tiempo antes, es difícil de determinar. La ley habla de que se informe oportunamente, sin embargo la antelación para otorgar el C.I. varía conforme a criterios como la edad del paciente, su capacidad de entender la información, la

gravedad de la situación, la complejidad del tratamiento o cirugía. Si la persona es hospitalizada, usualmente, en el formulario de ingreso se le entrega la información y el paciente firma consintiendo.

Finalmente, destaca el hecho de que en cualquier momento se puede cambiar de parecer y modificar el consentimiento. Esto es verdad, hasta cualquier minuto antes de que tenga lugar la intervención, la persona puede arrepentirse. Sin embargo, también en caso de tratamientos que sean periódicos, se puede dejar éstos. Es lo que ocurriría con una persona enferma de cáncer que no desee seguir tratándolo. Esto se relaciona directamente con el derecho a denegar el consentimiento si se encuentra en estado terminal, que veremos a continuación, tras determinar los casos en que se puede ausentar el C.I.

22. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO

A. AUTORIZADA POR LEY

La ley autoriza la ausencia de consentimiento en tres supuestos, que fueron contemplados en el proyecto original y se mantuvieron en el actual artículo 15° de la ley.

Durante el debate en la Comisión de Salud, el representante del Ejecutivo explicó que existe un reconocimiento a nivel internacional en cuanto a que el derecho a denegar la voluntad para someterse a cualquier procedimiento médico no se aplica en aquellas situaciones en que la salud pública podría resultar afectada por dicha negativa, así como tampoco en los casos en que, por razones de urgencia, el paciente debe someterse a una intervención o procedimiento y no está en condiciones de expresar su voluntad y, finalmente, en aquellas situaciones en que la persona está incapacitada para ello por otro tipo de motivos. Indicó que en tales casos se justifica que el equipo médico pueda actuar sin el consentimiento del afectado³⁰².

En primer lugar, no se requerirá manifestación de voluntad de la persona para someterla a determinadas intervenciones, procedimientos o tratamientos, para su atención de salud, según señale el profesional tratante, en caso de que su falta implique un **riesgo para la salud pública**, en los términos establecidos en el Código Sanitario. El artículo 11 del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, estipula que un riesgo de salud

³⁰² Historia de la Ley N° 20.584, p. 75

pública, consiste en la diseminación o contagio de una enfermedad de esta naturaleza a la población en general, de acuerdo al Código Sanitario. Si bien el Código Sanitario no precisa que se ha de entender por Salud Pública, en el primer capítulo vimos cómo la idea de la salud pública era relacionada con las enfermedades que afectan a la colectividad como un todo integral. Para tener un acercamiento, resultan ilustrativos dos artículos del código Sanitario. En primer lugar su artículo 14° encomienda al Servicio Nacional de Salud la “supresión de cualquier factor que, originado en un territorio municipal, ponga en peligro la salud, seguridad o bienestar de la población de otro territorio municipal”. Otro es el artículo 32° que contempla el riesgo a la salud pública alude a la vacunación y establece que “El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles. El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización. Igualmente, podrá declarar obligatoria la vacunación de los animales contra enfermedades transmisibles al hombre. El Servicio Nacional de Salud podrá disponer de las medidas necesarias para que, en interés de la salud pública, las autoridades controlen el cumplimiento por parte de los habitantes del territorio nacional de la obligación de vacunarse contra las enfermedades transmisibles en los casos en que tal vacunación sea obligatoria”.

Más útil resultaría tener una disposición como la española, pues el artículo 2° de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, dispone: “Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, *tratamiento, hospitalización o control* cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.

Actualmente el Código Sanitario y la CPR permiten comprender a la salud pública como una preocupación del Estado, que debe velar por ella a través de las acciones de fomento, de protección y de reparación de la salud de todos los habitantes de la República.

Un ejemplo que permite graficar qué es un riesgo para la salud pública, es lo ocurrido con ocasión del brote de Influenza Humana o virus AH1N1 que tuvo lugar el año 2009. En dicha ocasión, el Gobierno tomó medidas como aumentar los medios materiales y personales para tratarla, suspender eventos masivos que aumentarían el contagio, como ocurrió con la fiesta de La Tirana y permitir el tratamiento preventivo

y curativo de dicho virus. Durante los años siguientes y hasta el presente año 2014 se continúa implementando un programa de vacunación contra el virus de la influenza en todo el país, dirigido a los grupos más vulnerables de la población con el objetivo de prevenir las graves complicaciones que esta enfermedad puede provocar y que pueden llegar a la muerte. Conforme a la normativa legal en comento, si una persona contagiada de este virus deseara no vacunarse, se le puede exigir su consentimiento, pues cuando la salud de los habitantes de este país se ve amenazada por el rechazo de un tratamiento, procedimiento o intervención, se entiende que ya no es sólo su salud en cuestión, sino la de todo el país. Existen grupos que se han opuesto a la vacunación preventiva otorgada de manera gratuita por en MINSAL arguyendo que las vacunas contienen elementos como el timerosal, un derivado del mercurio utilizado desde 1930 como preservante de vacunas, que puede causar daño a los seres humanos. Conforme a la regulación actual de la materia, si la enfermedad que se busca prevenir o curar es de aquellas que ponen en riesgo a la salud pública, por tratarse de epidemias que se expanden con facilidad en la población, no puede negarse una persona a recibir tratamiento porque ello supone un riesgo para la salud pública. Finalmente, cabe mencionar que cuando no exista consentimiento de la persona por este motivo, deberá dejarse constancia de ello en la ficha clínica.

Una segunda hipótesis en que no se requiere el consentimiento de una persona tiene lugar cuando la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique **riesgo vital o secuela funcional grave** de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda. Esta hipótesis trata sobre las atenciones médicas de emergencia o urgencia, en las cuales, si la persona no está en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre. Además, no se puede posponer la atención de salud de emergencia o urgencia por no haber podido entregar la información. Siendo así las cosas respecto a la información, la regulación del consentimiento informado debe ser consecuente y no solicitar consentimiento si no se ha entregado la información, si el paciente no puede otorgar su consentimiento y si tampoco se encuentran presentes su apoderado o la persona a cuyo cuidado se encuentre y que puedan otorgar su consentimiento.

Relacionado con este punto, me parece importante a discusión planteada por un grupo de médicos, en relación a los riesgos que pueden

ocurrir durante el parto y que pueden derivar en riesgo vital o secuela funcional grave. Señalan los doctores Paulina Milos y Manuel Donoso que si durante la asistencia al parto, “la intervención se presentara como urgente, ineludible, necesaria e inequívoca será requisito, de ser posible, informar sobre esta situación extrema, y se podrá intervenir aun sin el consentimiento informado de la madre³⁰³”. La Dra. Sofía Salas, por otro lado, señala: “dado que se conocen la mayoría de las complicaciones del trabajo de parto (por ejemplo, que requiera hacerse un fórceps o cesárea, que existe riesgo de hemorragia que pudiera implicar necesidad de histerectomía, entre otras) pero cuando suceden muchas veces son urgencias o emergencias que dificultan hacer partícipe a la madre de la toma de decisiones, me parece que se respeta de mejor manera su autonomía si antes del trabajo de parto se le explican todos los posibles cursos de acción. En este sentido, me parece prudente que la madre firme el consentimiento informado, luego de un debido proceso de información³⁰⁴”. Esta discusión surge a raíz de una carta de los profesores Milos y Donoso en la que se implicaba que solicitar a las madres, antes del parto, el consentimiento informado, práctica propia de una intervención quirúrgica, implicaba un error conceptual, puesto que los partos “se asisten, no se intervienen” debido a que son procesos naturales. Al respecto es importante señalar que el proceso de consentimiento informado no es exclusivo para actos quirúrgicos, pues la Ley N° 20.584 dispone que “el proceso de consentimiento informado deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado”. La Dra. Salas señala que, por natural que sea el proceso de parto, es importante que la madre pueda tomar opciones informadas y que conozca las alternativas y riesgos que conlleva para ella y su hijo, un ejemplo de ello es la opción de la anestesia durante el parto³⁰⁵.

Una última situación en que no es requerida la manifestación a favor para ser tratado, tiene lugar cuando la persona se encuentra en **incapacidad de manifestar su voluntad** y **no es posible obtenerla de su representante legal**, por no existir o por no ser habido. El proyecto de ley presentado a la cámara de Diputados contemplaba que ante esta situación

³⁰³ Carta al Director del diario El Mercurio de Paulina Milos Hurtado Directora Magíster en Derecho de la Salud, Manuel Donoso Ossa Jefe Departamento Obstetricia y Ginecología Universidad de los Andes, 8 noviembre 2012

³⁰⁴ Carta al Director del diario El Mercurio de Sofía Salas Ibarra, Directora Escuela de Medicina Universidad Diego Portales, 9 noviembre 2012.

³⁰⁵ *Ibíd.*

se tomaran las medidas apropiadas “sobre la base de lo que se conoce y de lo que es posible presumir acerca de la voluntad de la persona”. Al discutirse el artículo se modificó, de modo que se adoptaran las medidas apropiadas “en orden a garantizar la protección de la vida”. Mediante esta indicación se pretende establecer que el objetivo consistente en proteger la vida del paciente es el criterio que debe imperar para la adopción de medidas por parte del equipo médico en aquellos casos en que la persona se encuentra incapacitada de manifestar su voluntad y no es posible obtener el parecer de su representante legal. Así lo contemplan los artículos 15° de la ley y 11° del reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

Una vez que el paciente recupere la capacidad de manifestar su voluntad, se operará de manera normal solicitando su consentimiento informado; si ello no ocurre, los profesionales continuarán con los procedimientos que estimen indicados al caso. Es lo que ocurre cuando una persona llega inconsciente al hospital o se trata de alguien con discapacidad psíquica y que no cuenta con representantes legales. Ante la duda si proceder o no con el tratamiento o procedimiento, en estos casos siempre se tenderá a las actuaciones que protejan la vida.

B. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO POR VOLUNTAD DE LA PERSONA: RECHAZO DE UN TRATAMIENTO.

Puede suceder que luego de discutir sobre los riesgos y beneficios de los tratamientos propuestos, el paciente desee rechazar el tratamiento o procedimiento. Es recomendable que el rechazo conste claramente por escrito en la ficha clínica del paciente, aun si la ley en la mayoría de los casos no lo exige. La negativa a someterse a cualquier tipo de examen o tratamiento es un derecho de los pacientes. Discriminar a cualquiera de ellos por tomar decisiones de salud basados en creencias religiosas o de cualquier otra índole contraviene su autonomía y libertad individual³⁰⁶. No obstante, se le debe informar al paciente cuales son los riesgos de rechazar o retardar el tratamiento y, en su caso, cómo le afectará en su pronóstico la decisión. Esto debe ser realizado con la máxima precaución a fin de evitar presionar al paciente a optar por la alternativa propuesta, siempre debe buscarse el bienestar del paciente y no complacer intereses ajenos.

Rechazar un tratamiento no implica terminar con la atención en salud. El paciente deberá contar con todos aquellos tratamientos que haya aceptado y que busquen su bienestar general.

³⁰⁶ CARDEMIL H., op. cit. p. 42

Debemos recordar que es posible que el paciente se arrepienta de su decisión y cambie de idea, en tal caso se le debe entregar un nuevo formulario donde pueda manifestar su deseo de recibir el tratamiento propuesto. A su vez se le debe igualmente informar cuál es su condición actual en vista del retraso en el tratamiento. En el caso de que la decisión inicial sea de aceptación, posteriormente el paciente también puede revocar libremente ese consentimiento, siempre y cuando asuma de forma libre e informada las consecuencias de su revocación.

C. LÍMITES AL RECHAZO: ACELERACIÓN ARTIFICIAL DE LA MUERTE, REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS EUTANÁSICAS, AUXILIO AL SUICIDIO.

El rechazo a un tratamiento tiene límites: nunca podrá rechazarse un tratamiento si ello tiene por objeto la aceleración artificial de la muerte, la búsqueda de ésta o el auxilio al suicidio³⁰⁷, así lo señala el inciso 1° del artículo 14, que fue agregado durante la discusión en la comisión de salud, en los siguientes términos: “Mediante esta indicación se pretende explicitar que el derecho a negarse a ser sometido a un procedimiento o tratamiento médico no es absoluto, ya que está sujeto a las limitaciones contempladas en el artículo 17° (actual 14°), a saber, que el rechazo de los tratamientos no puede tener como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte ni puede implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permitan a la persona hacer más soportables los efectos de su enfermedad, ni al derecho a la compañía y asistencia espiritual³⁰⁸”.

Durante el debate, se destacó la importancia de evitar la llamada eutanasia pasiva, que se produciría, por ejemplo, en caso que un paciente que haya determinado poner término a su vida se niegue a ser alimentado con suero. A su vez, el representante del Ejecutivo explicó que el derecho establecido en esta norma tiene un reconocimiento a nivel mundial, tanto en el ámbito legal como judicial, y sostuvo que en ningún caso su consagración debe dar lugar a la adopción de medidas destinadas a acelerar el proceso de la muerte, motivo por el cual valoró la indicación presentada³⁰⁹.

A su vez, aunque no aparece en la ley, pero como principio de la bioética, los pacientes no pueden exigir al médico tomar decisiones que vayan contra su conciencia o que dañen al paciente.

³⁰⁷ Artículo 10 inciso 3° del Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

³⁰⁸ Historia de la Ley N° 20.584 , p. 73.

³⁰⁹ *Ibíd.* p. 74.

Durante el trámite constitucional en el Senado, los Senadores Matthei, Larraín y Novoa, intentaron sustituir el artículo 14 por uno en que se le permitía al paciente, *denegar, a su voluntad, cualquier tratamiento desproporcionado* para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Esta indicación prohibía, a su vez, *privar a alguien o rechazar las medidas ordinarias de soporte vital*, como la hidratación, alimentación o sonda gasogástrica. Además, consideraba aceptables aquellas medidas de paliación del dolor respecto de enfermos terminales, crónicos o en grave estado de padecimiento y el prestador debía otorgarle al enfermo el derecho de aceptar otros tratamientos o medidas alternativas cuando pudiere. Las reacciones frente a esta propuesta fueron variadas. Por un lado, los senadores Rossi y Ruiz-Esquide consideraron que se oponía a la garantía de consentimiento informado y que propendía al tratamiento forzado de una persona. Por su parte, el senador Chahuán apoyando esta modificación, señaló que ella impedía que, sin descartar el derecho a bien morir y de rechazar el encarnizamiento terapéutico, por la vía de suspender las medidas de soporte vital, se practicara la eutanasia o se prestara asistencia al suicidio. El Senador Girardi hizo el alcance que el artículo aprobado, en general no impedía mantener las medidas de soporte vital, aún en caso de no haber esperanza de mejoría.³¹⁰ El Ministro de Salud, agregó que el adjetivo “desproporcionado” era excesivamente amplio y daba pie para todo tipo de apreciaciones subjetivas y de subsecuentes conflictos. Destacó también que la redacción de las indicaciones puede quitar el sustento jurídico que hasta ahora han tenido las Cortes de Apelaciones para acoger recursos de protección en casos de huelgas de hambre³¹¹. En votación, esta indicación fue rechazada, sin embargo, posteriormente, por medio de una indicación del Ejecutivo, fue agregado un tercer inciso, en que se prohíbe expresamente que el rechazo a un tratamiento tenga por objeto la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio³¹². La clave de la norma es el objetivo tenido en vista por quien ejecuta la acción o se abstiene de actuar, si esas finalidades no están presentes, el rechazo no es objetable³¹³. Frente a esta indicación, el Senador Rossi expresó que no concordaba con aquella parte del inciso que impide rechazar un tratamiento con la finalidad de acelerar artificialmente la muerte, lo que es coherente con su posición sobre la eutanasia.

³¹⁰ *Ibíd.* p. 589.

³¹¹ *Ídem.*

³¹² *Ibíd.* p. 542.

³¹³ *Ibíd.* p. 589.

Vale la pena mencionar que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recomendó precisar los términos en que están redactados estos preceptos, de manera que no afecten el derecho a la vida. Consideró necesario que se distinguieran claramente la muerte digna, la prolongación artificial de la vida y la eutanasia. Las Comisiones Unidas estimaron que la incorporación del nuevo inciso tercero hecha por la Comisión de Salud cumplía con tal propósito.

La norma fue objeto de críticas por parte de la abogada Ángela Vivanco, quien fue consultada durante la tramitación de la ley, y para quien la redacción del artículo no es feliz debido a su relación con el artículo 16³¹⁴. Algunas de sus críticas son:

- i) La única situación limitada respecto del amplio derecho del Art. 14 es la situación del enfermo terminal (artículo 16) y no es excepción del 14 la situación del enfermo crónico ni de aquel en grave riesgo vital que no es terminal. Lo que quiere decir esto es que el enfermo crónico cae dentro de la hipótesis contemplada en el artículo 14°.
- ii) El enfermo terminal tiene un derecho más restringido que los demás enfermos, pues ellos pueden rechazar libremente cualquier tratamiento, pero él no, pues el rechazo refiere sólo a aquél que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. Luego, no puede rechazar aquél que le produzca graves dolores, tenga pocas expectativas de éxito o le resulte indigno, si no está destinado a alargar artificialmente su vida.
- iii) Por el contrario, en ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, lo cual significa que perfectamente se puede rechazar cualquier medio que al ser retirado produzca la aceleración natural del proceso de muerte, como la hidratación, alimentación o sonda nasogástrica. En palabras de Ángela Vivanco “resulta constitucionalmente aceptable la aplicación de una medida de paliación de dolor respecto de enfermos terminales, crónicos o en grave estado de padecimiento, aunque como efecto no buscado derive en el acortamiento de la vida del paciente, en la medida que no exista otro método alternativo³¹⁵”. Esto es lo que ocurre con la morfina.

³¹⁴ Artículo 16: “La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte”.

³¹⁵ Historia de la Ley N° 20.584 , p. 528.

La frase “sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario” fue incorporada por la indicación de los Senadores Matthei, Larraín y Novoa³¹⁶, que fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la comisión de salud. Cuando se discutía dicha incorporación el Ministro de Salud manifestó que, a su juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento anti escaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario. Señaló que, en Chile, no existen establecimientos especializados en brindar las condiciones para una muerte digna, además, de ser muy difícil forzar al personal de la salud de los establecimientos hospitalarios, cuya vocación está centrada en la asistencia para la recuperación de la salud, a ser testigos del proceso que desencadena el rechazo al tratamiento. De allí, entonces, que se proceda a dar el alta, para que el buen morir y los cuidados paliativos del dolor tengan lugar en la casa y en el seno de la familia del paciente o de su entorno más cercano. Lo procedente, dijo el señor Ministro, es informar al paciente o sus representantes acerca de cuál es la política del establecimiento a estos respectos. El Senador Ruiz-Esquide expuso que frente a un caso terminal, como siempre existirá una posibilidad de variación en el estado del paciente, por mínima que sea, no se le debe privar de medidas esenciales, como son el oxígeno y una vía abierta que puede servir a distintos propósitos, como hidratar y sedar, por ejemplo. Todos los miembros de la Comisión estuvieron contestes en que es inadmisibles dejar morir a una persona de deshidratación o asfixia, por lo que las medidas de soporte ordinarias proceden en todo caso³¹⁷.

Además de las limitaciones establecidas en el mismo artículo 14, podemos encontrar que, incluso si la voluntad del paciente es rechazar el tratamiento propuesto, su voluntad puede quedar anulada, pues como señala Figueroa³¹⁸:

- a) Si el profesional médico tiene dudas sobre la competencia del paciente o estima que la negativa expresada le acarreará a éste consecuencias muy graves, es **obligatoria** la intervención del Comité de Ética, de modo que el médico no puede acceder de inmediato al requerimiento del paciente (artículo 17).
- b) En casos menos graves, (si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la

³¹⁶ Recordemos que una indicación de estos mismos Senadores buscaba incorporar en el artículo sobre el consentimiento informado, una prohibición a la privación o rechazo de las medidas ordinarias de soporte vital, por ejemplo: hidratación, alimentación o sonda gasoátrica.

³¹⁷ Historia de la Ley N° 20.584, p. 596.

³¹⁸ FIGUEROA G., RODOLFO, *Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes* (1), Revista Médica de Chile, Volumen 140(10): p. 1349, 2012.

persona o por sus representantes legales), la intervención del Comité de Ética queda a **discreción** del médico, de modo que también puede negarse a acceder a la voluntad del paciente (artículo 17).

En ambos casos, si la persona no se conforma con la opinión del comité de ética, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones, mediante una acción equivalente a la acción de protección del artículo 20 de la Constitución. Además, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva.

- c) El establecimiento de salud puede decretar el **alta forzosa** del paciente en vez de someterse a la voluntad del paciente (artículo 18).
- d) El derecho del médico a la **objeción de conciencia** también podría hipotéticamente funcionar como un límite a la libertad del paciente. El paciente podría inhibirse de ejercer su derecho si sabe que el médico puede renunciar a seguir tratándolo y él no quiere perderlo (artículo 17). Sin embargo, esta última opción tiene una seguridad para el paciente, pues el médico no puede abandonarlo, debe buscar a otro profesional de la salud que sea calificado, para reemplazarlo.

Supongamos que, tras consultar al comité de ética, este no concuerda con la decisión del paciente. Puede en ese caso acudir ante la Corte de Apelaciones, que puede acatar la voluntad del paciente y ordenar al establecimiento que respete la voluntad del paciente de no ser tratado y que se continúe con otros cuidados necesarios para la enfermedad.

Tradicionalmente, en materia de derechos constitucionales, existe una prolongada y uniforme jurisprudencia recaída en acciones de protección, según la cual, la vida de las personas constituye un bien indisponible y, por tanto, el Estado puede forzar a las mismas a deponer o interrumpir aquellas conductas que atenten contra su propia vida. Ejemplos de ello se encuentran en las huelgas de hambre o recursos de protección interpuestos por Testigos de Jehová que rechazan las transfusiones de sangre³¹⁹.

Señala Gonzalo Cardemil, que normalmente, cuando un testigo de Jehová rehúsa transfundirse, los médicos –o mejor, las directivas hospitalarias– recurren a tribunales solicitando un Recurso de Protección. Si este es acogido, puede transfundirse al paciente en contra de su voluntad. La intención es, sin duda, proteger el derecho a la vida. Sin em-

³¹⁹ FIGUEROA G., RODOLFO, *Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos* (2), en Cuaderno de Análisis Jurídico de la Fundación Fernando Fueyo, Tomo VI, ROJAS, MARCELO (Ed.), Chile, Editorial Universidad Diego Portales, 2010, p. 208.

bargo, en la práctica, ¿es esto efectivo? Un estudio retrospectivo de los recursos de protección tramitados en nuestro país mostró que en todos los casos se invocó que la transfusión era esencial para la continuidad de la vida. No obstante, en el 77% de los casos esto no fue efectivo, ya porque el paciente nunca fue transfundido (por huida, traslado a otro hospital y otros) o porque, aun practicándosele la transfusión, el paciente falleció³²⁰. No se registró en la ficha clínica de paciente alguno que se le advirtiera sobre los riesgos de la transfusión o sobre la posibilidad de terapias alternativas. Concuero con este autor, en que esta vía judicial nos parece ineficiente, poco práctica, de hecho inoperante y que lleva a innecesarios enfrentamientos entre médicos y pacientes.³²¹ Continúa el autor relatando que, en trauma, una patología habitualmente muy temida si no se dispone de sangre, la experiencia muestra que los resultados con testigos de Jehová son similares a los de la población general. Por lo expuesto, pensamos que:

1. Al rechazar la transfusión, los pacientes testigos de Jehová no hacen otra cosa que ejercer su autonomía y libertad de decisión.
2. Es posible tratar a estos pacientes sin transfundirlos y los resultados tienen un respaldo científico sólido.
3. En la práctica, la vía legal estorba el trabajo médico y la relación médico-paciente³²².

Ahora que la ley permite el rechazo de tratamientos, no vemos inconveniente en que la Corte de Apelaciones apoye la decisión de un paciente de no aceptar una transfusión de sangre. De todos modos, inclusive sin el apoyo del médico, ni del comité de ética, ni de la Corte de Apelaciones, una persona puede decidir no someterse a un tratamiento solicitando el alta voluntaria.

¿Existe, entonces un verdadero *derecho* a rechazar un tratamiento? Si se trata de un tratamiento cuyo rechazo implica comprometer la vida de la persona, definitivamente no³²³. Para poder rechazar un tratamiento y exponerse a morir, el paciente requiere que el médico lo apoye en esta

³²⁰ El estudio citado puede encontrarse en: RETAMALES P., AVELINO, *Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales*, en Revista Ius Publicum (11): p. 100-102, 2003.

³²¹ CARDEMIL H., op. cit. p. 42

³²² Idem.

³²³ Recordemos que la ley se aplica desde que una persona accede a un prestador y se refiere a la atención de salud en éstos mismos, a las prestaciones de salud que en ellos se llevan a cabo. Por lo tanto, aquellas personas que, sin acceder a un prestador, luego de informárseles de una enfermedad, deciden no tratarla, no cabe aplicarles la ley.

decisión, si el caso es grave, como señalamos previamente, también es obligatorio el pronunciamiento del comité de ética. Además, un establecimiento puede decretar el alta forzosa de un paciente si éste rechaza los tratamientos y un médico puede abandonar el caso, dejando a otro profesional a cargo, pero finalmente está abandonando a su paciente. Entonces más que un derecho, concuerdo con Figueroa cuando señala que se trata de un privilegio³²⁴, pues no existe un deber correlativo del médico ni del establecimiento de apoyar al paciente que rechaza el tratamiento, no es una libertad protegida. El paciente que solicita el alta queda desprotegido.

23. DEL ESTADO DE SALUD TERMINAL Y LA VOLUNTAD MANIFESTADA PREVIAMENTE

El segundo epígrafe del párrafo sobre la autonomía de las personas en salud, se titula “Del estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente”. En un primer acercamiento a la ley podemos darnos cuenta de que este nombre no es del todo correcto, pues la voluntad manifestada previamente no es regulada por la ley. Pero sí lo fue en el proyecto de ley en algún momento.

Por razones de tiempo y espacio, sólo haré una breve referencia al debate que existió para legislar sobre el estado de salud terminal y conseguir, finalmente, que las personas pudieran decidir por sí mismas si deseaban continuar con su tratamiento, una vez informadas, que su estado de salud es terminal.

La primera aproximación a la regulación de la situación que viven los pacientes terminales la encontramos en el Código de Ética Médico que en su artículo 23 reconoce el derecho de toda persona a morir dignamente. Esta disposición procura que los procedimientos diagnósticos y terapéuticos sean proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos. Por lo mismo, si la muerte del paciente se ve como algo inminente, el médico en conciencia puede dejar de aplicar tratamientos cuya única finalidad es una prolongación precaria y penosa de la existencia³²⁵.

El proyecto de ley del 2001 establece la posibilidad de no prolongar innecesariamente la agonía de un paciente terminal y dejar que su en-

³²⁴ FIGUEROA G., op. cit. (2) p. 208.

³²⁵ La regulación en el Código en mención es clara al respecto señalando que “el médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida” e inclusive “Si se comprobare la muerte cerebral de un paciente, el médico estará autorizado para suspender todo procedimiento terapéutico” (art. 23).

fermedad siga su curso normal, hasta que se produzca su muerte, si así lo decide él. Las características de la regulación que se establece, son:

1. Es necesario que el paciente pueda catalogarse como terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable que hace prever que le queda muy poca expectativa de vida (muerte próxima. No es paciente terminal, por ejemplo, el cuadrapléjico, o el paciente infectado con VIH, pues, si bien padecen una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, no pueden ser catalogados como de “muerte próxima”).
2. Se trata de evitar cuidados no necesarios, no debidos y sin sentido.
3. El médico, al acatar la decisión del paciente, simplemente deja que el curso de la enfermedad siga hasta que se produzca la muerte natural.

Como puede apreciarse, el médico no tiene la intención de matar al paciente cuando, a petición de este último, suprime los cuidados no debidos, no necesarios y que no tienen sentido. Esta regulación no debe confundirse con la eutanasia, destinada a poner fin voluntariamente a la vida de una persona enferma, con miras a evitarle intensos sufrimientos. En estos casos, la decisión del paciente de que se le ponga fin a su vida, no puede obligar a un tercero (médicos, en este caso), a acatar esa voluntad. Ni tampoco el tercero podría, libremente, aceptar tal decisión, pues ello configuraría lo que penalmente se denomina auxilio de suicidio. Ahora, en este proyecto se requiere que se consulte con otro médico que haya participado en el tratamiento del paciente y este apoye la decisión de poner término al tratamiento.

El proyecto de ley del año 2006 señalaba que, en caso de ser informado alguien de que su estado de salud era terminal, el rechazo de los tratamientos no podría implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. Luego, incorporaba la siguiente definición del estado de salud terminal: “el estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte”. Esta definición, posteriormente eliminada de la ley durante la discusión, nos explica que este estado de salud sólo puede llevar, tarde o temprano, a la muerte. El proyecto indicaba que el rechazo a un tratamiento no podría implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permiten a una persona hacer más soportables los efectos de su enfermedad, ni a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado, como tampoco a recibir asistencia espiritual. Finalmente, otorgaba la posibilidad a la persona y su familia de solicitar el alta voluntaria.

En el mensaje de la Presidenta de la República se señala que el derecho de la persona que se encuentre en un estado de salud de extrema precariedad, llamado “estado terminal” en el proyecto, a rechazar tratamiento que estime desproporcionados e innecesarios, es una consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud le sea propuesta por los profesionales tratantes. Lo que se busca con ello es garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión³²⁶. Continúa el mensaje señalando que consagrar la posibilidad de “limitar del esfuerzo terapéutico”, con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica, constituye a juicio de los encargados del proyecto, un consenso bioético general. Las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias, constituye el desafío crucial de la formulación legal propuesta³²⁷.

Por la importancia ética, práctica e incluso política, de esta materia, su regulación se encuentra en un acápite separado de la regulación del C.I. Además, se rechaza expresamente la aceleración artificial del proceso de muerte y frente a las situaciones de duda o de conflicto entre la recomendación médica y la decisión de la persona atendida o quienes tengan la facultad de subrogar su decisión, se puede acudir a los comités de ética como mecanismo de solución.

Durante el debate, el representante del Ejecutivo aclaró que mediante esta norma se pretende regular en forma especial el estado de salud terminal, debido a la vulnerabilidad de las personas que se encuentran en esta situación, sobre la base de abordar el tema de las implicancias que podría tener el reconocimiento al rechazo de los tratamientos médicos y de impedir que el objetivo de este último consista en provocar la muerte, lo cual se asocia a la eutanasia pasiva. Hizo presente que, para algunos, este concepto se extiende al rechazo o suspensión de tratamientos considerados desproporcionados o extraordinarios, no obstante lo cual, para determinar si ello configura una especie de eutanasia es necesario que la **intención del sujeto** consista precisamente en

³²⁶ Historia de la Ley N° 20.584, p. 8

³²⁷ *Ibíd.* p 8-9.

acelerar la muerte y no sea esto simplemente una consecuencia o efecto de dicho rechazo³²⁸.

A través de una indicación hecha durante la discusión en el Segundo Informe de la Comisión de Salud, se discutió cual sería el requisito para poder rechazar los tratamientos y se plasmaron tres ideas que no contenía el artículo en el proyecto y que se mantuvieron en el articulado de la ley, hasta su promulgación³²⁹.

En cuanto a la redacción del artículo 17, en la indicación se reemplazaba, en el primer inciso del artículo, el estado de salud terminal, por la situación de *muerte inminente e inevitable*, pudiendo rechazarse cualquier procedimiento o tratamiento cuyo único objeto sea prolongar artificialmente su vida, de modo *irracional o desproporcionado*. De este modo se permitiría solicitar la desconexión de un respirador artificial, en el entendido que este procedimiento evidentemente sólo está orientado a prolongar artificialmente la vida del paciente, de modo irracional o desproporcionado, sobre todo si se tiene certeza respecto de que su muerte será inminente³³⁰.

Los representantes del Ejecutivo formularon reparos en relación con la dificultad que representa calificar a la muerte como inminente e inevitable y condicionar el derecho del paciente a denegar su voluntad para someterse a cualquier intervención, procedimiento o tratamiento a que éstos tengan como único objeto la prolongación artificial de la vida, de modo irracional o desproporcionado. En efecto, argumentaron que una persona podría sufrir un cáncer terminal sin que su muerte tenga necesariamente el carácter de inminente e hicieron notar los problemas de interpretación a que daría origen la norma, a la vez que las exigencias propuestas en torno a la calificación de la muerte y de los tratamientos dificultarían el ejercicio del derecho. Por ello, sugirieron que se mantuviese el inciso primero del artículo aprobado en primer trámite reglamentario, en cuanto establece que el rechazo de los tratamientos, por parte de un paciente cuyo estado de salud es calificado como terminal, no podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. Tras el debate se acordó mantener el inciso³³¹.

En esta misma indicación, se propuso no definir en la ley la expresión “estado de salud terminal”, de manera que sea interpretada técnicamente por quienes ejercen la medicina, en atención a la dificultad de incluir

³²⁸ *Ibíd.* p. 77.

³²⁹ *Ibíd.* p. 182 y ss.

³³⁰ *Ídem.*

³³¹ *Ibíd.* p. 186.

en dicho concepto todas las situaciones en que efectivamente la persona está cercana a la muerte y, también, al riesgo que supone considerar en él casos que en definitiva puedan tener una solución satisfactoria para el paciente, gracias a los avances de la ciencia. Igualmente, se hizo presente que en caso de dudas sobre la calificación de un estado de salud terminal será posible recurrir a los comités de ética o a otras instancias de interpretación doctrinaria³³².

Luego de esta discusión sobre el inciso primero del artículo, se presentó una indicación en consenso, en que se mantuvo dicho inciso y se plantearon las modificaciones a las que hice referencia. La primera de ellas dice relación con un límite a este derecho de elección, pues no podría resultar aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la **salud pública**, en los términos establecidos en el Código Sanitario. Además, deberá dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona³³³.

La segunda modificación, señala como requisito para el correcto ejercicio del derecho al rechazo de un tratamiento frente al estado de salud terminal, que los profesionales tratantes proporcionen información completa y comprensible sobre el estado de salud de la persona, conforme a lo revisado ya en el artículo 10³³⁴.

En su redacción original, el proyecto no permitía la renuncia a los cuidados paliativos, esta restricción fue eliminada en la última modificación, que enfatiza el derecho a los cuidados paliativos, señalando que las personas que se encuentren en estado terminal tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte y por tanto, tienen *derecho* a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual³³⁵. Esto parece fundarse en la idea de que los cuidados paliativos mejoran la calidad de vida del paciente, pero no sostienen su vida. Rechazarlos no acelera artificialmente la muerte. En consecuencia, el paciente tendría derecho a rechazar los cuidados paliativos³³⁶.

Quisiera recoger las opiniones de dos profesoras de Derecho a quienes se les pidió informar sobre la ley y que se opusieron a la regulación de este derecho pues lo consideraban una especie de eutanasia.

³³² *Ibíd.* p. 184

³³³ *Ídem.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ FIGUEROA G., *op. cit.* (2) p. 217.

La señora Carmen Domínguez afirmó que resulta impropio regular esta materia, y que, pese a tratarse de una cuestión extremadamente seria, la redacción de la norma presenta ambigüedades; no prohíbe expresamente la eutanasia en todas sus formas; no define lo que se entenderá por “salud terminal” y, además, da, erradamente, a la “artificialidad” una connotación negativa, en circunstancias que el concepto artificial” es neutro y tendrá una connotación positiva o negativa dependiendo de la funcionalidad que se le dé en beneficio del ser humano .

Por su parte, la constitucionalista Ángela Vivanco, estima que la única excepción al consentimiento informado regulado en la ley, está constituida por el artículo 16, es decir, que no puede acelerarse artificialmente la muerte. Pero, a su parecer, no es una excepción la situación del enfermo crónico ni de aquel en grave riesgo vital que no es terminal. Este enfermo (el terminal), dice, tiene un derecho más restringido que los demás enfermos, por cuanto ellos pueden rechazar libremente cualquier tratamiento, pero él no, pues el rechazo refiere sólo a aquél que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. Luego, no puede rechazar aquél que le produzca graves dolores, el que tenga pocas expectativas de éxito o el que le resulte indigno, si no está destinado a alargar artificialmente su vida. Concluye su informe poniendo de relieve que, por el contrario, como el rechazo de tratamiento en ningún caso podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, perfectamente se puede rechazar cualquier medio que al ser retirado produzca la aceleración natural del proceso de muerte, como la hidratación, alimentación o sonda nasogástrica³³⁷.

En relación con lo anterior, la Presidenta de la Comisión de Constitución, Honorable Senadora señora Alvear, expresó que a todo enfermo terminal, debe suministrársele oxígeno, alimentación, suero, y demás paliativos para el dolor. Insistió en que facilitar la respiración y la alimentación son medidas básicas para la mantención de la persona, dando lugar, en definitiva, a su muerte natural, sin infligir dolor. A su juicio, ello daría lugar a una muerte digna y no significaría eutanasia. Concordó en que, en la forma en que están redactados los referidos preceptos, no se admite ningún tipo de restricción y, por ello, compartió, en parte, las apreciaciones hechas por los constitucionalistas. Finalmente, planteó que la Comisión de Salud redacte estas normas con mayor precisión, de manera que se distinga en forma clara la situación de muerte digna de aquellas que derechamente constituyen eutanasia³³⁸.

³³⁷ Historia de la Ley N° 20.584 , p. 511

³³⁸ *Ibíd.* p. 512.

Estas aclaraciones nunca fueron hechas, pues el artículo se mantuvo en los mismos términos en que se aprobó por la Cámara de Diputados.

Como podemos ver, la finalidad tras este artículo fue poner fin al llamado “encarnizamiento terapéutico” una práctica de algunos médicos, por medio de la cual, a través de tratamientos de distinta naturaleza, se busca mantener con vida al paciente cuyo estado de salud no tiene otra posibilidad que el fallecimiento de éste. La manera de poner fin a esta manera de actuar de los médicos es permitiéndole al paciente decidir si desea someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. De esta manera se puede llegar a tener una muerte digna, sin hacer caer a un paciente en diversos tratamientos que no necesariamente garantizan más tiempo y mayor calidad de ese tiempo. La persona puede solicitar el alta voluntaria y volver a su casa para morir entre sus familiares, evitándose más tratamientos y mayores costos. Nuestra CPR protege firmemente la vida, por lo que en ningún caso, este rechazo al tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

El artículo 16 prohíbe acelerar artificialmente la muerte. Desconectar de un ventilador ¿puede considerarse una intervención (es decir, algo artificial) que acelera la muerte? Quizá algunos médicos estimen que no, pero los jueces pueden pensar que sí. En consecuencia, se puede generar un problema³³⁹.

¿Qué significa aceleración artificial de la muerte? La ley no lo señala. Algunos han criticado esta regulación por dejar dudas sobre cómo aplicarla en los casos concretos. Se ha hablado de vacíos o lagunas y de incertidumbre de los agentes de la salud, porque la ley no ha definido nociones como “soporte ordinario” o “aceleración artificial del proceso de muerte”. En opinión de Correa Talciani, estas críticas resultan infundadas. Es lógico que para problemas tan delicados la ley sólo establezca pautas generales, sin llegar a definir en detalle cada procedimiento. Esto último sería peligroso porque daría a la normativa legal una inflexibilidad que le impediría adaptarse a la multiplicidad de supuestos que pueden presentarse en la realidad. Mucho más prudente es ofrecer directrices orientadoras y dejar a los protocolos de ética médica su concreción³⁴⁰.

En opinión de Figueroa, un modo de entender lo que significa “artificial” es asociándolo con la distinción que es empleada en la ciencia y en la

³³⁹ FIGUEROA G., op. cit. (1) p. 1349

³⁴⁰ Fuente: http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/25/6530/todo_pasajero_debe_descender.aspx

práctica médica, entre medios ordinarios y extraordinarios, innecesarios o fútiles, estos medios serían los que artificialmente prolongan la vida. Por lo tanto, el artículo 16 da al paciente derecho a rechazar someterse a medios extraordinarios o innecesarios, que prolonguen artificialmente la vida y, así, evitar el obstinamiento terapéutico³⁴¹.

Por otra parte, existe en el mismo artículo una prohibición de rechazo cuando éste tiene como objetivo acelerar artificialmente la muerte. Entonces, y siempre teniendo en cuenta lo antedicho, además podemos entender que el proyecto entiende que hay dos modos de acelerar la muerte, uno natural y uno artificial, sólo este último es prohibido. ¿Cómo se acelera artificialmente la muerte? Volvemos a referirnos a los medios ordinarios y extraordinarios, si la alimentación y la hidratación son procedimientos básicos, su rechazo implicaría una aceleración artificial de la muerte. Si, en cambio, los consideramos medio extraordinarios, su rechazo no sería prohibido³⁴². Lo mismo sucede con cada uno de los cuidados paliativos, que pueden por algunos ser considerados como medios ordinarios y por otros como medios artificiales, extraordinarios.

Respecto a la prohibición de rechazo, don José Miguel Lecaros, desprende algo distinto, que es que, a contrario sensu, resulta legítimo adoptar o rechazar un tratamiento si de ello se sigue una aceleración de la muerte, *cuando no ha sido ese el efecto perseguido, sino que otro distinto* (evitar dolores, gastos cuantiosos que dejen en la ruina, etc.). En este punto, señala, la ley aplica, indirectamente, el principio moral del doble efecto. Conforme a éste, es lícito tomar una decisión y realizar o abstenerse de una conducta si tal decisión no es de suyo mala y se siguen dos efectos: uno bueno y uno malo, siempre que i) se persiga el efecto bueno y el malo sólo se tolere; ii) haya una razón proporcionalmente grave para tolerar el efecto malo; y iii) que el efecto bueno no se obtenga por medio del malo³⁴³. Así también lo estima Figueroa. En su opinión, la limitación a la autonomía del paciente y a su derecho al consentimiento informado puede explicarse porque la ley aparentemente asume la distinción entre matar y dejar morir y la doctrina del doble efecto. Es por eso que si el paciente lo desea, se permite desconectarlo, pero no inyectarle una droga para matarlo aunque él lo pida (eutanasia). El primer caso se permite porque consiste en dejar morir en tanto el segundo se prohíbe porque consiste en matar. De igual manera, se permite hacer una cosa que pueda causar la muerte (inyectar sedación) pero no otra que tenga igual re-

³⁴¹ FIGUEROA G., Rodolfo. op. cit. (2) p. 215.

³⁴² FIGUEROA, op. cit. (2) p.217.

³⁴³ LECAROS, JOSÉ MIGUEL, *Enseñamiento terapéutico y derechos del paciente*, [en línea] <<http://diario-constitucional.cl/mostrarticulo.php?id=212>> [consulta: 15 diciembre 2013]

sultado (inyección de droga para matar: eutanasia), si la intención en el primer caso era aliviar el sufrimiento, bajo la doctrina del doble efecto³⁴⁴.

Sin embargo, Lecaros opina que la ley se refiere detalladamente a una cuestión enteramente diferente: **a la decisión del paciente terminal de consentir o no en aplicar o en continuar un tratamiento de cuya omisión resulte el desarrollo natural del proceso hacia la muerte**. La discusión de si existe o no un deber de conservar la vida utilizando medios extraordinarios no es nuevo. Sin embargo, en las últimas décadas ha ido involucrando elementos de juicio complejos. Los avances científicos y tecnológicos unidos a la mayor velocidad de las comunicaciones, la globalización y el mayor nivel de información que manejan los pacientes y sus familiares; la mayor conciencia de los derechos y de la autonomía individual; el desarrollo económico en algunos países que lleva a que se esté dispuesto a invertir sumas importantes en tratamientos médicos; la negación de la idea de la muerte pero al mismo tiempo el rechazo al dolor que implican los tratamientos necesarios para alejarla, la perspectiva de que en lapsos de tiempo breves puedan surgir tratamientos insospechados que prolonguen –en buenas o malas condiciones- la vida, entre otros factores, han transformado esta problemática en una cuestión extraordinariamente compleja.³⁴⁵

Ese autor reflexiona acerca de la obligación de someter a decisión del comité de ética la decisión del paciente de rechazar un tratamiento, cuando se expone a graves riesgos en su salud o su vida. A su parecer, la ley sólo señala un criterio para determinar cuándo debe solicitarse la opinión del comité, pero ningún elemento de juicio de aquellos que debería tomar en consideración el comité o la Corte de Apelaciones para pronunciarse sobre el caso. El autor sugiere los siguientes:

Lo primero que se debe considerar es que sólo deberían considerarse obligatorios los medios terapéuticos **ordinarios**, no los extraordinarios. Segundo, que los medios ordinarios deberían ser aptos para dar la esperanza de un beneficio que valga la pena por su calidad y duración (proporcionado) debiendo considerarse, para determinar si existe o no ese beneficio, la precariedad o limitación en que haya de quedar el paciente si sobrevive. Tercero, que el carácter extraordinario no debe referirse tan sólo a la complejidad del tratamiento, sino además a otros factores, como los dolores que conlleva, el temor, y los costos económicos, entre otros, todo ello aplicado a cada caso concreto y teniendo como primera consideración la opinión y la realidad social y económica del paciente

³⁴⁴ FIGUEROA, op. cit. (1) p. 1350.

³⁴⁵ Ídem.

y de su familia. Cuarto, que en caso de haberse aplicado medios extraordinarios, debería considerarse lícita la suspensión del tratamiento, aunque de ello se siga una muerte inmediata, cuando los resultados de estos medios resultan frustrados o las expectativas puestos en medios terapéuticos que podrían ser descubiertos en el futuro próximo resultan disipadas por los hechos. No siendo moralmente obligatorios los medios extraordinarios, su interrupción no es una acción destinada a poner fin a la vida del enfermo sino una omisión: no continuar ayudando artificialmente la vida^{346 347}. Serán los comités de ética y los tribunales quienes deberán definir un criterio para determinar las situaciones en que el esfuerzo resulta extraordinario, teniendo en consideración también que cada caso es distinto.

Así también lo estima Goic, para quien un médico debe utilizar siempre métodos diagnósticos y terapéuticos proporcionados a la condición y expectativas de recuperación de un paciente. Dice el autor que esto es válido, en general, para cualquier tipo de pacientes y es particularmente así en el caso de los enfermos terminales. Cuando un sujeto joven, por lo demás sano, tiene una insuficiencia respiratoria aguda grave y decido colocarle un respirador mecánico, estoy indicando un procedimiento terapéutico proporcionado a la condición del enfermo y la potencial reversibilidad de su enfermedad. Del mismo modo, cuando en un enfermo terminal en condición irreversible un médico decide no utilizar un llamado «método extraordinario de tratamiento» o retirarlo si lo está utilizando, está aplicando correctamente el principio de proporcionalidad terapéutica que debe guiar su acción médica y no está dejando de usar un tratamiento con la intención de que el enfermo muera. En otras palabras, no es una omisión, una actitud pasiva, sino una acción médica racionalmente determinada. Algo similar ocurre cuando, por ejemplo, en un enfermo terminal el médico utiliza dosis elevadas de un opiáceo para aliviarlo de un dolor intenso y rebelde: la acción proporcionada es utilizar la dosis que sea necesaria con el fin de ayudar al enfermo en su sufrimiento, aun cuando tal dosis pueda acelerar la muerte (principio del doble efecto o teoría del voluntario indirecto). La intención del

³⁴⁶ Ídem.

³⁴⁷ El autor señala que hay quienes sostienen que, no siendo obligatorio emplear medios extraordinarios, sin embargo, una vez aplicados no sería lícito ni moral suspenderlos cuando de ello se seguiría una muerte inmediata. Su opinión, es en cambio, que la desconexión de una máquina no es un acto que tenga como fin la muerte del enfermo sino la interrupción del auxilio. Como señala Andrew C Varga, en su libro *Bioética. Principales problemas* “algunos médicos no encuentran una dificultad particular en no aplicar un tratamiento inútil, pero sí se resisten a interrumpirlo una vez que ha comenzado. Sin embargo, la desconexión del respirador no es lo que mata al paciente sino la enfermedad”.

médico no es que el enfermo muera, sino que se alivie de sus dolores. Por las razones antedichas es que, en estos casos, la denominación de eutanasia me parece inapropiada, ya que no se trata de una eutanasia -entendida como el término intencional de la vida, por otra persona, a solicitud de la persona que está muriendo- sino de una conducta terapéutica proporcionada, médicamente lógica y juiciosa, coherente con la condición terminal del paciente y su irrecuperabilidad³⁴⁸.

La ley prohíbe la eutanasia pero no define ese concepto. El problema es que existe discusión sobre qué es eutanasia. Goic³⁴⁹, Beca³⁵⁰, Ugarte³⁵¹, y Vivanco³⁵² sostienen que desconectar a un paciente de un ventilador mecánico no constituye eutanasia. En cambio, Foot y Gruzalski creen que es una forma de eutanasia pasiva y Hopkins defiende que es eutanasia activa pues desconectar es una acción³⁵³.

El artículo 14, que regula el consentimiento informado, prohíbe el auxilio al suicidio. Esta prohibición debe extenderse a la regulación del estado de salud terminal, aunque la ley no lo señale, pues se desprende tanto de la historia de la ley, como del contexto, que la intención del legislador fue prohibir esta acción siempre.

Puede ser problemático identificar esta situación. Se cuestiona Figueroa, la situación de un paciente que prefiere morir rechazando un tratamiento que lo salvaría y el Comité de Ética y su médico tratante lo respaldan, ¿no es eso ayudar al paciente a morir?³⁵⁴ En nuestro parecer no lo es, pues, teniendo en consideración la definición de Goic del auxilio al suicidio como aquella situación en que el médico no es quien directamente pone término a la vida del paciente, pero es cómplice directo de su muerte al proporcionarle, en su rol de médico y utilizando sus conocimientos técnicos, los medios eficaces para su autoeliminación³⁵⁵, el respaldo en el rechazo de tratamientos, tiene por objetivo lograr que el paciente acceda a la mejor calidad de vida posible, que a su parecer no es someterse a un tratamiento que no le garantiza una vida de buena

³⁴⁸ GOIC, ALEJANDRO, *Apuntes sobre la Eutanasia*, en Revista Médica de Chile. Volumen133(3): p. 373-374, 2005.

³⁴⁹ *Ibid.* p. 374.

³⁵⁰ BECA JUAN PABLO, et al., *Eutanasia y Derecho a Morir* (2), en Revista Médica de Chile. Volumen 133 (1): p. 601-606, 2005.

³⁵¹ UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, *El derecho a la vida y la Constitución*, en Revista Chilena de Derecho Volumen 33(3): p. 509-527, 2006.

³⁵² VIVANCO A. *La eutanasia ante el derecho*, [en línea] <<http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica12/EutanasiaDerecho.html>> [consulta: 23 febrero 2014].

³⁵³ Todos los autores citados en: FIGUEROA G., op. cit. (1) p. 1349.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ GOIC, op. cit. p. 374.

calidad Apoyar la decisión de un paciente de no someterse a un tratamiento, no es auxilio al suicidio, es una acción pasiva que busca respetar la voluntad del paciente.

Debemos recordar que el rechazo a un tratamiento no implica la renuncia a los cuidados paliativos, a la compañía de sus familiares y a la asistencia espiritual, que estarán siempre a disposición del paciente. Al igual que lo que sucede en el Código de Ética Médico³⁵⁶, la ley ordena al médico otorgar los cuidados paliativos necesarios para sobrellevar el dolor y las molestias producidas a causa de la enfermedad.

En opinión de la profesora de Derecho Alejandra Zuñiga, el problema con este artículo es que el legislador parece haber olvidado que en muchos casos, en el derecho comparado, han incluido dentro del derecho a ‘suspender’ un tratamiento médico³⁵⁷ (lo que, no queda más que suponer que forma parte del derecho del enfermo terminal pues no está explicitado en la ley) el de ‘interrumpir las medidas de soporte vital’. Es lo que ocurrió en el famoso y polémico caso de Nancy Cruzan a quien en 1990, después de 7 años en coma y una fuerte batalla judicial, se le retiró la alimentación que la mantenía con vida como parte del reconocimiento del ‘derecho al consentimiento informado’. Lo mismo ocurrió, en el año 2005, con Terri Schiavo a quien se permitió suspender la alimentación e hidratación que solicitaba su marido de forma insistente a lo largo de 12 años. Cosa distinta sucede cuando se pide la interrupción de lo que, sin discusión, se considera ‘tratamiento médico’, como ocurrió en los casos de Piergiorgio Welby e Inmaculada Echevarría (ambos con una severa distrofia muscular progresiva) quienes, en 2006 y 2007 respectivamente, fueron desconectados del respirador artificial. Indica la autora que no es del todo claro qué debemos entender por ‘soporte vital’ ¿incluimos solo la alimentación por suero o también el respirador? Se ha señalado que en los casos de Cruzan y Schiavo no se trataba de suspender unos medios extraordinarios que prolongan artificialmente la vida pues la alimentación, mientras sea posible, no podría calificarse como ensañamiento terapéutico, sino como un cuidado básico que nunca debiera omitirse. Pero a esto habría que responder que, si de lo que se trata es de interrumpir un ‘tratamiento médico’, lo cierto es que debiéramos incluir cualquier instrumento destinado a sustituir las funciones del cuerpo, dentro de los que cabe incluir, por ejemplo, aparatos como el respirador artificial, el cual sustituye la función pulmonar; las máquinas de hemodiálisis, que

³⁵⁶ En el artículo 23 inciso 3° se habla de otorgar los “cuidados paliativos inherentes a la dignidad de todo ser humano, hasta el final de sus días”.

³⁵⁷ La profesora se refiere en este artículo a la posibilidad de “suspender un tratamiento”, ya que si puede rechazarse, debería poder suspenderse. Pues quien puede lo más puede lo menos.

reemplazan las funciones del riñón; las técnicas de hidratación y de alimentación artificial, que suplen el funcionamiento del sistema digestivo; las técnicas de reanimación cardíaca mediante estimulación externa, que permiten recuperar el funcionamiento del corazón y, también, las técnicas de trasplante de órganos, que sustituyen un órgano propio dañado por otro ajeno³⁵⁸.

A falta de una clara definición de lo que se entiende por cuidados paliativos, ha sido la doctrina la que ha debido dibujar los márgenes de este concepto, y es en este punto en que se ha abierto la discusión. Para ciertos sectores los cuidados paliativos involucran acciones cuya finalidad es mantener a la persona exenta de dolor o molestia, lo que se produciría a través de la entrega de calmantes, antiinflamatorios, medicamentos que disminuyan algún síntoma como la tos, fiebre, diarrea, etc. Otro sector en tanto considera que los cuidados paliativos incluyen otras prestaciones como la alimentación, ya sea intravenosa o regular, o la respiración artificial.

A modo de ejemplo, tenemos diversas indicaciones hechas durante el debate: El diputado Fulvio Rossi, hizo una indicación en que todo paciente en estado de salud terminal podía solicitar la desconexión de la ventilación mecánica y la suspensión de cualquier terapia que no estuviese estrictamente destinada al alivio del dolor, hidratación y nutrición. Un grupo de Senadores intentó agregar el siguiente inciso “las medidas ordinarias de soporte vital, como la hidratación, alimentación o sonda gasogástrica, no se podrán privar o rechazar jamás. Se considerarán aceptables aquellas medidas de paliación del dolor respecto de enfermos terminales, crónicos o en grave estado de padecimiento³⁵⁹”. Estas indicaciones fueron rechazadas, pero sirven para ilustrar acerca de las distintas interpretaciones sobre lo que debe entenderse por un cuidado paliativo. El señor Ministro de Salud manifestó que, a su juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento anti escaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario³⁶⁰. El Senador señor Ruiz-Eskuide indicó que a un enfermo en situación terminal, no se le debe privar de medidas esenciales, como son el oxígeno y una vía abierta que puede servir a distintos propósitos, como hidratar y sedar³⁶¹.

³⁵⁸ ZUÑIGA, ALEJANDRA, *La nueva ley de Derechos del Paciente: más dudas que certezas*, [en línea] <<http://bloglegal.bcn.cl/la-nueva-ley-de-derechos-del-paciente-mas-dudas-que-certezas>> [consulta: 13 diciembre 2013].

³⁵⁹ Historia de la Ley N° 20.584, p. 533.

³⁶⁰ *Ibíd.* p. 596.

³⁶¹ *Ídem.*

Conforme a la OMS estos cuidados “buscan aliviar el dolor y otros síntomas angustiantes; afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no intentan ni acelerar ni retrasar la muerte; integran los aspectos psicológicos y espirituales del cuidado del paciente y ayudan tanto al paciente como a su familia a vivir la etapa previa a la muerte”³⁶².

Por su parte, el Decreto 38 de 17 de julio de 2012, que contiene el Reglamento sobre derechos y deberes de las personas en relación a las actividades vinculadas con su atención de salud, entiende por **estado de salud terminal** “el derivado de una enfermedad progresiva e irreversible sin remisión con tratamiento estándar” y, por **cuidados paliativos**, “aquellos destinados a aliviar los síntomas molestos derivados del avanzado estado de la enfermedad y dirigidos a mejorar la calidad de vida”.

Como regulación adicional podemos señalar lo establecido en el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, Decreto N° 31 de 26 de noviembre de 2012, que señala:

“Artículo 13.- Quienes sean informados de que su estado de salud es terminal, podrán rechazar todo tratamiento que tenga por objeto la prolongación de su vida en forma artificial, esto es, que dilate o extienda un proceso de muerte clínicamente evidente, sin perjuicio de que se mantengan las medidas de soporte ordinario. Ello, siempre que tal rechazo no implique la aceleración o anticipación artificial de su muerte. De todo ello se dejará constancia en la ficha clínica.

“Los pacientes terminales tendrán derecho a los cuidados paliativos que los ayuden a soportar los efectos de su enfermedad, a recibir la visita y cuidado de sus familiares y personas que a cuyo cuidado estén y a la asistencia espiritual que soliciten.

“En estos casos, los pacientes podrán solicitar por sí, el apoderado designado o los parientes en el orden que establece el artículo 42 del Código Civil, el alta voluntaria del establecimiento asistencial en que están internados.”

Para cerrar quisiera hacer más dos reflexiones contempladas por Figueroa: la primera de ellas es en torno al Mensaje Presidencial contemplado en el proyecto de ley. Éste dispone: “Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a

³⁶² Fuente: <http://www.who.int/cancer/palliative/es/>.

petición o por compasión”. Teniendo en cuenta lo que el Mensaje expone, podemos por un lado ver que la ley busca evitar la crueldad de la imposición de tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, es decir, la crueldad derivada del osbtinamiento terapéutico; pero, por otro, prohíbe acortar la agonía de una muerte segura. El efecto, al no permitir rechazar tratamientos que aceleren artificialmente la muerte ni permitir iniciar aquellos tratamiento que la aceleren artificialmente, o incluso, la produzcan de inmediato, el proyecto de ley prolonga la agonía del paciente o asegura que el paciente viva por completo su agonía. Y prolongar una agonía evitable parece ser una forma de crueldad³⁶³.

La segunda reflexión es respecto de la remoción de máquinas o medio que permiten seguir viviendo. Ejemplo de ellos son los respiradores artificiales, los marcapasos, las máquinas de hemodiálisis. Si frente a una determinada enfermedad, una persona se ve en la necesidad de utilizar estos medios, en mi opinión extraordinarios, y luego decide dejar de utilizarlos, sabiendo que sin ellos es un hecho que fallecerá, ¿es permitido por la ley desconectarla? Algunos dirán que remover la máquina permite que la naturaleza siga su curso, que al paciente le ocurra lo que habría sucedido de no haber existido conexión. Otros dirán que se trata de eutanasia, pasiva o activa dependiendo de la corriente que sigan. Sin embargo, el médico que desconecta a una paciente que le pide que lo desconecte (el caso más simple es el de la máquina de hemodiálisis, que probablemente debe ocurrir bastante) está efectivamente cumpliendo con lo señalado en la ley, pues ésta permite al paciente rechazar un tratamiento si éste prolonga artificialmente su vida, y nada puede ser más artificial que una máquina que cumple una labor en el cuerpo que nunca más el cuerpo humano podrá volver a realizar. Esta persona tiene derecho a poner fin a ese tratamiento, a interrumpirlo a rechazarlo y el médico no comete práctica eutanásica alguna³⁶⁴.

Resulta difícil dejar esta discusión en términos tan breves, pues su extensión da para mucho. Sin embargo, la idea es aclarar que el consentimiento informado se encuentra regulado específicamente respecto de las personas en situación de salud terminal, que dicha condición sí está definida en el Reglamento, que este rechazo no puede buscar la aceleración artificial del proceso de muerte, pero sí puede tener como objetivos otros como no hacer más dispendiosa su atención, el deseo de pasar

³⁶³ FIGUEROA G., op. cit. (2) p. 220.

³⁶⁴ Esta reflexión la hago a partir de lo expresado por FIGUEROA G., op. cit. (2) p. 219-220.

sus últimos días con su familia, no sentir más dolor, entre otras. Queda abierto el debate para determinar las directrices sobre qué actuaciones y tratamientos serán considerados cuidados paliativos y cuáles no lo serán y por tanto, podrá solicitarse que se ponga fin a ellos, tanto por solicitud del paciente, como de sus representantes.

24. EL TESTAMENTO VITAL

El proyecto de ley presentado por Bachelet contemplaba una institución con amplia recepción en el derecho comparado³⁶⁵: la expresión de voluntades anticipada o testamento vital, que fue retirada del texto final de la ley. Según allí mismo se planteaba, “Mediante este sistema la persona manifiesta anticipadamente su voluntad por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso, **para aceptar someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud**³⁶⁶”.

Para llevarse a cabo, era necesario cumplir con dos requisitos: primero, que la persona se encuentre en estado de salud terminal y con incapacidad de manifestar su voluntad, y segundo, que no sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, por no existir o no ser habido. Las características del testamento vital son: 1) es un acto personalísimo, y 2) es esencialmente revocable, total o parcialmente. La revocación puede ser verbal y en cualquier momento; pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito.

La regulación que contemplaba la ley incluía la posibilidad de expresar la voluntad de donar órganos y también la de designar un apoderado para tomar las decisiones vinculadas a los tratamientos que debe recibir quien la emite; asimismo, podía expresarse la voluntad de que todos o algunos antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no fueran comunicados a terceros³⁶⁷. El límite a esta institución era que en la declaración no se podían incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico. De pensarse que las disposiciones fueran contrarias a éstos, su aplicación debía ser revisada por el comité de ética del establecimiento.

³⁶⁵ Existe regulación de directivas anticipadas en Uruguay: Ley No. 18.473, en Argentina: Ley 26.529, en España: Ley 41-2000, en Francia Ley: 2005-370.

³⁶⁶ Historia de la Ley N° 20.584 p. 17

³⁶⁷ *Ibíd.* p. 17.

El artículo dedicado al testamento vital³⁶⁸ fue objeto de debate, entre otras razones, porque se expresaron dudas en relación con el hecho de que se requería que la persona se encontrara con incapacidad para manifestar su voluntad, por cuanto en estas condiciones no podría efectuar una declaración válida. El representante del Ejecutivo aclaró que es preciso distinguir dos momentos, a saber, aquél en el cual se manifiesta la voluntad y aquél en el que ésta produce efectos. Indicó que la persona expresa su voluntad en forma anticipada respecto de los tratamientos o procedimientos a los que desea o no someterse, lo que en doctrina recibe el nombre de “testamento vital”, para lo cual se requiere que aquélla sea capaz de manifestarla. Sin embargo, para que esta declaración surta efectos es necesario que la persona se encuentre con incapacidad de expresarla, pues de lo contrario no tiene sentido y ha de estarse a la voluntad actual³⁶⁹.

Igualmente, se cuestionó el requisito de que fuera imposible obtener el consentimiento de su representante legal, por no existir o no ser habido. Se argumentó que esto podría dar lugar a interpretar que en aquellos casos en que el representante legal puede ser consultado podría darse prioridad a la voluntad de este último, vulnerándose la expresada

³⁶⁸ La regulación del Testamento Vital en el Proyecto era la siguiente: Artículo 18.- La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso.

Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.

En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.451. También en ella podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona.

En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico.

En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética que corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona.

Las declaraciones de voluntad regidas por este artículo son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente. La revocación podrá ser verbal y en cualquier momento, pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito.

³⁶⁹ Historia de la Ley N° 20.584, pp. 77-78.

por el paciente en el testamento vital. Por ello, se hizo hincapié en la importancia de que prevalezca esta última y sólo en forma subsidiaria se considere la voluntad del representante legal³⁷⁰.

Por otra parte, se planteó que existía cierta vaguedad en la función asignada al comité de ética en caso que se susciten dudas respecto de si la declaración de voluntad se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y al arte médico, la cual se circunscribe a velar por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos³⁷¹.

Durante la discusión del proyecto se buscó definir esta institución llegándose a la siguiente afirmación: “Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones de expresar su consentimiento personalmente³⁷².”

Sobre este particular, también se tuvieron presente las observaciones de la profesora señora Domínguez, que en su informe señala que la regulación del testamento vital conlleva problemas serios. Por una parte, al permitirse que las declaraciones sean formuladas en el momento de internación al hospital, una persona enferma o que necesita tratamiento urgente, difícilmente puede encontrarse en pleno uso de su libertad para decidir en una materia tan relevante. Agrega a esto, la falta de solemnidades que aseguren que no pueda haber luego una indebida interpretación de la voluntad del enfermo o declarante. Resalta, asimismo, que se establece una amplia facultad para revocar esas declaraciones en cualquier tiempo, pero sin que se consagre alguna formalidad a través de la cual debe hacerse. Concluye apuntando la ausencia de una redacción clara y expresa que prohíba la eutanasia³⁷³.

Por su parte los senadores en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento señalaron que, a su parecer, la redacción hace dudosa esta norma, en lo que respecta al deber constitucional de proteger la vida, y deja una puerta abierta para algún modo de eutanasia. Además, conjeturaron que, en la práctica, estas declaraciones darían lugar a múltiples dificultades desde el punto de vista de las responsabilidades médicas; de las incertidumbres que surgirían para el personal de salud acerca de qué se puede hacer al paciente; de la necesidad de acreditar la veracidad de la declaración; sobre el contenido concreto de ella;

³⁷⁰ *Ibíd.* p. 78.

³⁷¹ *Ídem.*

³⁷² *Ibíd.* pp. 79-80.

³⁷³ *Ibíd.* p. 514- 515.

etc³⁷⁴. Además, solicitaron que se precisara su sentido y alcance pues, no se expresaba en términos claros qué tratamientos se podían rechazar y cuál era el alcance de esa voluntad si ésta era contraria a la ley, a la práctica médica o al derecho a la vida protegido por la CPR³⁷⁵.

Durante el debate, fueron aceptadas dos indicaciones del Ejecutivo: la primera, para suprimir la oración que permite incluir en la declaración anticipada la voluntad de ser donante de órganos, conforme a la ley N° 19.451, ya que esta posibilidad ya está consagrada en la citada ley, lo que hace innecesario repetirla aquí³⁷⁶. La segunda, para agregar a continuación de la palabra “calificado”, la frase “de acuerdo al caso clínico específico”, en el inciso que dispone que si el profesional tratante decide no continuar como responsable del tratamiento, porque no concuerda con la decisión del paciente o su representante de no someterse al mismo, debe asegurarse de que la responsabilidad sea asumida por otro profesional de la salud técnicamente calificado. El sentido de la proposición es que tal calificación deba ponderarse según el cuadro clínico específico que presente el paciente³⁷⁷.

En el debate en las comisiones de Constitución y Salud unidas, los Senadores entregaron sus opiniones respecto a este precepto. El Senador Rossi, como partidario que es del testamento vital y de la eutanasia, manifestó su firme apoyo a este precepto. Por su parte, el Senador Hernán Larraín, manifestó que es difícil establecer una regla general en este caso, porque las situaciones que se dan en la práctica varían según el tipo de enfermedad y la gravedad y duración de la misma, así como de conformidad con los procedimientos y tratamientos recomendados en cada caso. No se ve cómo fijar una línea para resolver la cuestión, porque es eminentemente casuística. El Senador Espina se mostró contrario a este artículo, porque la renuncia anticipada a un tratamiento hace posible el suicidio³⁷⁸.

En esta misma ocasión, el Ministro de Salud informó que los Testigos de Jehová han ganado en la C.S. todos los recursos de protección que han interpuesto para oponerse a la transfusión de sangre, salvo dos excepciones. Además, relató su experiencia en una investigación sobre personas con enfermedades progresivas con diagnóstico claro; se les consultaba anticipadamente respecto de una decisión de continuar o no

³⁷⁴ *Ibid.* p.515.

³⁷⁵ *Ibid.* p. 515.

³⁷⁶ *Ibid.* p. 599

³⁷⁷ *Ibid.* p. 605.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 722-723.

con los tratamientos que prolongaran su vida y esa información quedaba depositada hasta el momento de hacerla efectiva; entonces se les consultaba nuevamente y el 80% de quienes habían declarado no aceptar la continuación del tratamiento cambiaba su decisión³⁷⁹.

Finalmente, las Comisiones Unidas suprimieron el artículo³⁸⁰ (18 votos a favor; 12 en contra y una abstención). Como argumentos para el rechazo del artículo, durante la discusión en sala en el Senado se esgrimieron las siguientes:

- a) Las circunstancias que llevan a una persona a manifestar anticipadamente su decisión de no someterse a determinado tratamiento pueden cambiar. Siempre debe quedar abierta la posibilidad de revisar el punto³⁸¹. Frente a esta opinión se señaló que se trata de una manifestación anticipada de voluntad en orden a no someterse a un tratamiento específico. Inclusive, en el último inciso de la disposición se señala claramente que la persona puede cambiar de opinión, porque tales declaraciones -dice la norma- “son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente”³⁸².
- b) Establecer la voluntad a priori en una declaración de voluntad lo único que hace es complejizar la decisión final que toman médico y paciente. Es más, en el evento de que este último se hallara inconsciente, no podría revocarla, aunque quisiera³⁸³.
- c) Cuando el artículo expresa: “En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico”, ello llevará a que el facultativo quedará frente a una prohibición de acoger una petición para no someterse a cierto tratamiento, y en segundos tendrá que resolver, ante una enfermedad compleja -hablo según lo que manifestaron los médicos presentes en las Comisiones unidas-, si su decisión infringe o no el ordenamiento jurídico o si es contraria al arte médico³⁸⁴.
- e) Se estimó que el artículo rigidizaba la situación, generaba complejidades. Estas decisiones debían quedar en manos de los profesionales médicos³⁸⁵.

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Ibid. p. 773.

³⁸² Ibid. p. 773.

³⁸³ Ibid. p. 774.

³⁸⁴ Ídem.

³⁸⁵ Ibid. p. 775.

- d) Entonces, cuando un enfermo llegue de urgencia, aquejado de una dolencia grave, con altas probabilidades de fallecer y no quiera someterse a un tratamiento, ¿el médico tendrá que citar a la comisión de ética para determinar si hubo o no revocación notarial de su voluntad en tal sentido? Porque la declaración original se realiza ante notaría. ¿Cómo es posible saber eso si el paciente llega inconsciente? ¿Qué puede hacer el profesional en semejantes circunstancias? ¿Consultar en las distintas notarías?³⁸⁶.

25. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONTRAVENCIÓN A LA LEX ARTIS O CULPA INFRAACCIONAL

En esta última parte del análisis y ya conociendo los presupuestos del consentimiento informado, la información que obligatoriamente debe ser entregada al paciente, los casos en que no es requerido el consentimiento informado y aquellos en que siendo requerido, es posible para una persona denegar su consentimiento, autorizado por la ley, veremos bajo qué criterio se puede determinar la culpa del médico por no solicitar el consentimiento informado del paciente.

La obligación de informar que tiene el médico se puede mirar desde dos ámbitos. El primero de ellos, la obligación de informar en sí misma. Señala a este respecto Mauricio Tapia que constituye verdaderamente una obligación de resultado³⁸⁷ aquella de transmitir materialmente la información, de ponerla a disposición del paciente, especialmente cuando se trata de comunicar resultados de exámenes médicos³⁸⁸. El segundo ámbito consiste en el contenido de la información que debe entregarse y

³⁸⁶ Ídem.

³⁸⁷ A modo explicativo, relata Tapia que “Una obligación de medios, también denominada obligación general de prudencia y diligencia, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente). Una obligación contractual de medios equivale, por ello, a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación de resultado el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo”. TAPIA RODRIGUEZ, MAURICIO, *Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales*, en Revista de Derecho (Valdivia). Volumen 15, 2003 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 13 diciembre 2013]

³⁸⁸ Ídem.

de qué manera debe hacerse esta entrega. El examen de la pertinencia o de la suficiencia de la información exige una apreciación de si, en su comunicación el médico se comportó como un profesional competente y prudente y, por ello, en ese sentido, esta es una obligación de medios³⁸⁹. El contenido de la información que debe entregarse es determinable por dos vías, en primer lugar debe entregarse dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 10° de la ley y por otra parte, el médico sólo está obligado a entregar la información según los conocimientos adquiridos por la ciencia médica a la fecha del tratamiento y no a la fecha en que el juez resuelve.

En esta parte del trabajo, nos interesa el primer aspecto, pues la entrega de la información es un presupuesto para la obtención del consentimiento informado y sin ésta, no puede ilustrarse al paciente en qué consiste su enfermedad y cuáles son los posibles tratamientos y sus consecuencias. La ausencia de información, es decir, el incumplimiento de la obligación de resultado (salvo en los casos en que la ley lo permite) desemboca en la falta de consentimiento informado y, por ende, en la ausencia de voluntad para efectuar el acto médico.

¿Cómo sanciona el derecho nacional la ausencia de Consentimiento Informado? Una primera aproximación puede hacerse teniendo en consideración lo que señala la Ley N° 20.584, cuyo artículo 38 encomienda a los prestadores públicos y privados dar cumplimiento a los derechos que esta ley consagra a todas las personas. Este mismo artículo dispone que se podrá hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios de los prestadores institucionales públicos que no cumplan con dichos derechos, mediante los procedimientos administrativos o procesos de calificación correspondientes. Además de dicha responsabilidad, la ley indica que sin perjuicio de los derechos que tienen las personas a reclamar ante las diferentes instancias o entidades que determina la normativa vigente, toda persona podrá reclamar el cumplimiento de los derechos que esta ley le confiere ante el prestador institucional, el que deberá contar con personal especialmente habilitado para este efecto y con un sistema de registro y respuesta escrita de los reclamos planteados. Este procedimiento de reclamo es regulado por el Decreto N° 35 de 4 de julio de 2012, que indica las etapas y plazos para efectuar el reclamo, primero, ante el prestador y, a falta de respuesta, ante la Superintendencia. Asimismo, la ley otorga a las personas la facultad de requerir, alternativamente, la iniciación de un procedimiento de mediación, en los términos de la Ley N°19.966 y sus normas complementarias. Por tanto, la ley

³⁸⁹ Ídem.

establece un procedimiento de reclamo ante el prestador, supervisado por la Superintendencia y con posibilidades de mediación y una eventual responsabilidad administrativa en caso de los prestadores públicos.

¿Cómo se sanciona esta falta de voluntad en el Derecho Privado? A mi parecer existen dos vías para demandar un resarcimiento por daños por la falta de consentimiento informado. En esta parte final del trabajo sólo haré referencia a la culpa como requisito de la responsabilidad, pues la causalidad y el daño producido al paciente y sus alcances es una materia que excede los términos de este trabajo.

La determinación del deber de cuidado que debe emplearse por las personas es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, tanto la ley, como las reglas sociales, formales o informales, pueden también determinar cómo ha debido comportarse una persona prudente en las mismas circunstancias.

En primer lugar puede tratarse esta omisión como una infracción a la Ley N° 20.584 y por lo tanto, enmarcarse dentro de lo que la doctrina llama culpa infraccional. La culpa infraccional supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)³⁹⁰. En esta categoría no sólo debe entenderse comprendidas las regulaciones generales que rigen la actividad, sino también los ordenamientos internos de clínicas y hospitales³⁹¹. La Ley N° 20.584 del Ministerio de Salud, determina que toda actuación médica debe contar con un deber de cuidado por parte del médico, que se manifiesta en informar debidamente al paciente sobre su estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional, y luego, en base a dicha información, solicitar la autorización del paciente antes de proceder a aplicar un tratamiento o llevar a cabo una intervención. Por lo tanto, cuando se produce un daño a consecuencia de la infracción a este deber de conducta establecido en la ley, el acto es tenido por ilícito, esto es por culpable, sin que sea necesario entrar a calificar las circunstancias subjetivas en virtud de las cuales se produjo la contravención.

Las excusas subjetivas admisibles, sólo son las generales, referidas a la capacidad y libertad en la acción. En principio también sería aceptable

³⁹⁰ BARROS BOURIE, op. cit. p. 98

³⁹¹ *Ibíd.* p. 674.

la excepción del error excusable, en la medida que podría haber sido cometido, en las mismas circunstancias que el agente, por una persona prudente y razonable. De acuerdo a los principios generales del derecho privado, la infracción a un deber legal también puede ser excusada alegando que al autor del daño le resultó física o moralmente imposible cumplir la regla. También puede ocurrir que la disposición legal no pueda ser observada porque existe una razón más poderosa, como ocurre en general, con las causales de justificación³⁹². Debemos recordar en este momento las tres circunstancias en que no es necesario contar con el consentimiento informado del paciente, a las que hace referencia el artículo 15. Además, señala Barros que la infracción a una norma legal o administrativa sólo es expresiva de culpa cuando la regla contravenida tiene el fin preciso de evitar accidentes o daños como los sufridos por el demandante³⁹³.

A falta de ley, los deberes de cuidado pueden estar definidos por la costumbre o por los usos normativos. Éstos se entienden como reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente se tiene por debido y que se expresan en expectativas de seguridad dentro de cada tipo de actividad. En principio, estos usos normativos pueden ser concebidos como reglas de cuidado condensadas por la práctica. A veces, estas reglas están formuladas en códigos de ética o de conducta. La contravención a estas reglas puede ser calificada *prima facie* de culpable, en cuanto importa infracción a un deber de cuidado generalmente aceptado por quienes desempeñan la propia profesión o actividad³⁹⁴. Es lo que ocurre en el caso del Código de Ética Médico, que antes de la promulgación de la Ley N° 20.584, ya hacía presente la necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente y con la *lex artis* de la actividad médica, que contempla los estándares de buena conducta profesional. La obligación de medios del médico le exige prestar sus servicios conforme a la *lex artis*. Por eso, las buenas prácticas tienen especial valor en materia médica, de modo que el demandante puede dar por establecida la culpa profesional probando que ellas no han sido observadas³⁹⁵. En ese sentido, ha resuelto la CS que “los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene

³⁹² *Ibíd.* p. 98-99.

³⁹³ *Ibíd.* p. 100.

³⁹⁴ *Ibíd.* p. 104.

³⁹⁵ *Ibíd.* p. 672

como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica³⁹⁶. Por su parte la Jurisprudencia chilena ha señalado que la *lex artis* comprende las “Técnicas, procedimientos y reglas generales de la profesión³⁹⁷”, también la ha definido como la “Técnica médico quirúrgica que, siendo reconocida mayoritaria o minoritariamente, se muestra eficaz para la situación concreta y, dado el caso, para gran número de situaciones semejantes o típicas³⁹⁸” y como los “Dictados básicos que debe tener un profesional medio dedicado a la atención de la salud³⁹⁹”.

La necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente, es una práctica aceptada como correcta y asentada como una práctica usual, aun antes de la promulgación de la Ley N° 20.584. En España, Pablo Simón Lorda señala que la visión tradicional de la *lex artis* reduce esta expresión al obrar correcto desde el punto de vista científico-técnico, pero la visión moderna –sustentada tanto en la legislación como en las decisiones judiciales– afirma que la buena práctica conforme a *lex artis* es algo más. Exige, además de la corrección técnica, la obtención del consentimiento informado⁴⁰⁰. En dicho país, así lo ha establecido la jurisprudencia desde la STS de 25 de abril de 1994, que dispone que “la obligación contraída por el médico que practicó la intervención quirúrgica, no sólo comprendía la aplicación de las técnicas quirúrgicas adecuadas en el estado actual de la ciencia médica, sino también ..., el derecho de recibir información completa y continuada, verbal o escrita, en términos comprensibles, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, lo que obviamente, incluye información sobre posibles complicaciones que puedan presentarse, tanto en el curso de la intervención como en el postoperatorio⁴⁰¹”.

En nuestro país, aun no se ha determinado por la Jurisprudencia si la omisión de este deber de conducta establecido tanto en la ley, como en el Código de Ética médico y aceptado como una práctica correcta por parte de los médicos, se entiende como culpa infraccional o contravención a la *lex artis*. A mi parecer, son estas dos vías, además de la vía de reclamo administrativo, igualmente útiles para determinar la culpa del

³⁹⁶ CS, 19-01-2005, rol N°9-2003.

³⁹⁷ CS, 23-04-2007, rol N°6585-2006.

³⁹⁸ CS, 23-01-2007, rol N°4441-2005.

³⁹⁹ CS 29-09-2005, rol N°4154-2005.

⁴⁰⁰ SIMÓN-LORDA, op. cit. (1) p. 33.

⁴⁰¹ VARGAS ARAVENA, op. cit. p. 29.

médico en su actuar. La prueba de esta omisión, junto a la condición de que el daño sufrido por el paciente pueda ser atribuido a dicha falta de cuidado, junto con el daño, puede dar lugar a responsabilidad por falta de consentimiento informado del paciente.

CONCLUSIONES

Han transcurrido casi dos años desde que la Ley N° 20.584 entró en vigencia y aún quedan interrogantes que resolver respecto a la manera en que se entiende cumplido el derecho al consentimiento informado de un paciente en la esfera de la salud.

El consentimiento informado en salud es un derecho en sí mismo, pero que requiere para su ejercicio, del cumplimiento del deber de informar por parte del personal médico. La ausencia de cualquiera de estos, es una infracción a la *lex artis* médica, que actualmente ha incorporado a ambos dentro de sus usos.

La información, en el ámbito de la salud, se caracteriza por su carácter doble de deber y de derecho. Como deber se refiere a la obligación del prestador de dar a conocer al paciente el modo en que el prestador cumple su función, sus características, sus condiciones y las reglas para acceder a dicho prestador. Como derecho del paciente, la información debe cumplir ciertos requisitos en cuanto a su contenido mínimo y la oportunidad en que debe entregarse, aun cuando el paciente no la solicite o no la desee conocer. Por ende, el médico o profesional tratante deberá informar acerca del estado de salud, el posible diagnóstico de la enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles para la recuperación, los riesgos que ello pueda representar, el pronóstico esperado y el proceso previsible del postoperatorio cuando procediere. La información en este caso deberá ser oportuna y comprensible.

La determinación del cumplimiento de este deber-derecho, quedará en manos de la jurisprudencia y la doctrina, que –en nuestro país– aún no logra establecer concretamente a qué se refieren las características: suficiente, oportuna, veraz y comprensible., Esta última reviste especial importancia, puesto que es fundamental para determinar si se ha cumplido o no este deber, y si se ha satisfecho el derecho.

Quedan como interrogantes las siguientes: ¿basta la entrega de un formulario con la información para entenderse cumplida? ¿será justo entregar la misma información para todas las personas o es necesario hacer adecuaciones conforme a las condiciones sociales y culturales de la persona? ¿qué pasa si la información no se entrega con suficiente antelación como para decidir con tranquilidad? ¿es necesario que el médico informe exhaustivamente y cómo podría esto encarecer la atención? Son preguntas que el desarrollo en la práctica, así como también lo reclamamos hechos por incumplimiento al deber, deberían ir contestando.

Resulta importante exponer nuestro punto de vista respecto de la presunción simplemente legal en favor del médico, la cual consiste en que, habiendo el paciente firmado el documento que explica el procedimiento o tratamiento al cual debe someterse, se presume que la información le ha sido entregada. A este respecto debemos señalar que estimamos que, a pesar de la certeza jurídica que entrega dicha presunción, esta puede llegar a utilizarse de manera negativa y perjudicar a quienes son los sujetos a quienes está dirigida esta ley, los pacientes. La prueba en contrario podrá recaer tanto sobre el hecho base, la firma del documento, como sobre el hecho presumido, este es, que la información ha sido proporcionada al paciente de manera comprensible, oportuna, completa y suficiente. La protección que el derecho al consentimiento informado busca dar a los pacientes se ve disminuida en virtud de esta presunción, pues si bien podrá demostrarse que la firma no es suya o que el profesional no informó correctamente, demostrar que una persona no comprendió lo leído y firmó de todas maneras resulta imposible, en virtud de que se trata de un hecho que solamente la misma persona en su interior sabe con certeza. Se trata de un hecho muy vinculado con la entrega de información de manera comprensible, lo cual deberá también ser probado.

Queda como uno de los grandes pendientes, la falta de inclusión en la ley, del derecho del paciente a no ser informado sobre su estado de salud o enfermedad. Las únicas excepciones para el ejercicio de este derecho se vinculaban a la protección de la vida de otra persona y a razones de orden sanitario. En virtud de la regulación actual, que eliminó el referido derecho, el uso de esta facultad queda al arbitrio del médico, quien podrá decidir informar a su paciente incluso aunque este no lo desee.

En relación al C.I. podemos señalar, en primer lugar que se trata de una relación bilateral, pues funciona solamente en base a la información entregada previamente, sin la cual es imposible que se entienda que la aceptación o rechazo de la alternativa sugerida por el profesional médico, es válida. La autonomía, como principio inspirador del consenti-

miento informado, puede ser ejercida en plenitud siempre y cuando el individuo posea la competencia y capacidad intelectual para comprender la información que recibe y la decisión que toma, la información le ha sido entregada en forma adecuada y oportuna y las opciones son tomadas en forma libre y voluntaria.

En segundo lugar, destacamos que el C.I. es un requisito de toda actuación médica, un derecho que debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, ya sea verbalmente o por escrito dependiendo de las circunstancias. Solamente se exceptúan de esta obligación los casos establecidos en la ley.

Uno de los problemas más graves que presenta la regulación del C.I., es lo difícil que resulta determinar si una persona es capaz de entregarlo. No existe, ni en la Ley ni en el Reglamento y tampoco en otro texto legal, una manera estandarizada de determinar la capacidad de una persona. Por ende, queda en manos del médico y a su criterio decidir si una persona podrá entregarlo personalmente o deberán entregarlo sus parientes.

En un ámbito muy cercano, otra de las grandes discusiones del proyecto fue lo que ocurriría en caso de los menores de edad, especialmente con aquellos cuyas edades fluctúan entre los 14 y los 17 años. La modificación del proyecto original, que permitía a los menores de 18 y mayores de 14 decidir por sí mismos, resultó finalmente en la supresión de los artículos que se referían a esta materia, quedando a discreción del médico tratante si en cada caso es posible entregar la información al menor solo o es necesario informar a sus padres. Asimismo, en cuanto al consentimiento informado, será el médico quien determinará si basta con el consentimiento del menor o si es necesario contar con la aprobación de los padres. Si el profesional tratante tiene dudas acerca de la capacidad del menor, deberá acudir al comité de ética y, tanto el comité como el médico deberán siempre anteponer el interés superior del niño como principio guía de su actuar. A pesar de que esta ausencia de regulación permite cierta flexibilidad y contraposición al criterio etario, su debilidad es que devuelve todo el poder de decisión al médico, quien determinará si el menor es o no capaz de otorgar su consentimiento, a pesar de que éste pueda ser un menor maduro.

Es necesario detenernos para hacer una reflexión respecto a la manera de entregar el consentimiento informado. Aunque la regla general será que éste se entregue de manera verbal, hemos visto que en ciertos casos señalados por la ley se requiere que el consentimiento se preste por escrito. Estos casos suelen ser los que involucran procedimientos más complejos o invasivos y parece lógico pensar que será más fácil pro-

bar dicho consentimiento, pues se cuenta con un principio de prueba por escrito además de la presunción del documento firmado, a la que ya nos referimos. La idea tras la escrituración es, sin duda, resguardar a los médicos, pues estos tipos de tratamientos se asocian a más riesgos que los demás. Sin embargo, el proceso de entrega del consentimiento informado, ya sea verbal o sea escrito, debe a lo menos referirse a los términos del consentimiento, al objetivo del procedimiento o tratamiento y a los resultados esperables, a los riesgos y/o complicaciones inherentes a la intervención o a la no aceptación del tratamiento, a las alternativas de tratamiento y finalmente el médico debe indicar qué debe hacerse si se necesita más información, si cambia de opinión frente al consentimiento aceptado o rechazado. Si el consentimiento se otorga por escrito y no se desarrollan estas etapas, no se habrá cumplido el requisito, pues el paciente debe quedar completamente informado y comprender a cabalidad el procedimiento al que se está sometiendo. El requisito de escriturar el C.I. se da por cumplido con el registro en la ficha clínica del paciente de que se le entregó toda la información y la firma del paciente aceptando dar curso al tratamiento o procedimiento. Otro medio para cumplir el requisito de la escrituración es el formulario de C.I., el cual *algunos ven como una amenaza a la efectiva comunicación entre profesional y paciente. Lo ideal es que el formulario vaya complementado con la comunicación oral, pues resulta difícil hacer formularios especializados para cada tipo de tratamiento. Un formulario general complementado con una conversación acerca de la enfermedad y el tratamiento, entre médico y paciente, que dure un tiempo suficiente, con un lenguaje apropiado y comprensible y con la debida antelación, aseguran una decisión informada y sin presiones del paciente.*

Con relación a cuándo se entrega el C.I., la ley no lo define. Basta decir al respecto que, en nuestra opinión, el C.I. se entrega una vez que se ha conversado con el médico sobre todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley sobre contenido de la información.

Respecto a la ausencia de consentimiento, la ley autoriza a los médicos para que en tres situaciones distintas no requieran el consentimiento informado de los pacientes: La primera, en caso de que la enfermedad represente un riesgo para la salud pública; la segunda, cuando la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre; y finalmente, cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por

no existir o por no ser habido. En nuestra opinión estos tres supuestos se justifican apropiadamente, pues los valores que protegen tienden a entenderse como superiores a la autonomía. La salud pública y la vida serán más importantes a la hora de determinar si una persona puede decidir si acepta o rechaza un tratamiento.

La libertad de todo paciente de rechazar un tratamiento es conferida por la ley con tres excepciones: aceleración artificial de la muerte, realización de prácticas eutanásicas y auxilio al suicidio. En cualquier caso, el paciente puede siempre arrepentirse de su decisión y someterse al tratamiento con posterioridad o rechazarlo una vez iniciado. Al analizar las consecuencias del derecho a rechazar un tratamiento llegamos a la conclusión de que, para ejercerlo, es necesario contar siempre con el apoyo del profesional médico y a veces inclusive con el del comité de ética. Es por ello que hablamos de un privilegio, pues el médico puede abandonar el caso y designarle otro médico al paciente, así como el hospital o clínica puede decretar el alta forzosa, desincentivando el rechazo del tratamiento por parte del paciente, frente a la posibilidad de verse abandonado a su propia suerte.

La situación de los enfermos terminales también fue un aspecto de la ley que, en nuestra opinión quedó con tareas pendientes. Se retiró del proyecto la regulación del testamento vital, que otorgaba la posibilidad de dejar establecido en la aceptación o rechazo de un tratamiento, con anticipación a que el hecho ocurra, siempre y cuando en el momento de enfrentarse a esta situación no sea posible recabar el consentimiento de la persona. Por su parte, la regulación del estado terminal cumple su objetivo al permitir rechazar aquellos tratamientos que solamente se encaminan a prolongar la vida sin permitir que la calidad de ésta mejore. Se busca poner término al obstinamiento terapéutico y conferir un derecho a los cuidados paliativos, es decir, poder acceder a éstos si lo desea el paciente y también poder solicitar el alta voluntaria, de manera que las personas puedan estar en sus casas y con sus familia en sus últimos momentos.

Para terminar, comparto la opinión de Alterini, quien refiriéndose a la obligación de informar y obtener el consentimiento, contenida en la ley argentina de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley N° 26.529), señala que “a partir de la entrada en vigencia de esta ley, ya no caben dudas respecto de que el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado en las condiciones explicitadas y las que se fijen por vía reglamentaria, más allá de las sanciones que la misma norma prevé, generará un daño autónomo por la sola ausencia de este deber de información. Y

ello así por cuanto, establecida la obligación legal de obtener el consentimiento informado en forma previa a la realización de cualquier práctica médica amparada por la norma, su violación traerá aparejada en la órbita civil la obligación de resarcir, independientemente de la existencia de una responsabilidad específica surgida del posible obrar culposo del profesional o equipo de salud⁴⁰².

⁴⁰² ALTERINI, Atilio. Et. al., *Derecho de Obligaciones*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, p. 782.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL; VODANOVIC, ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, ed., Chile, Editorial Jurídica, 1998, Vol. 2.
- CAINES, ERIC. *Reformas sanitarias y equidad*. Madrid, Editorial Visor, 1997. 184 p. (Colección igualdad, V. 9)
- CÁRDENAS V., HUGO; MORENO M., JAIME. *Responsabilidad Médica: Estándares Jurisprudenciales de la Falta de Servicio*, Chile, 2011. 240 p.
- EVANS, ENRIQUE. *Los Derechos Constitucionales*, 2ª ed., Chile, editorial Jurídica de Chile, 1999. Vol. 2.
- GIACONI, JUAN; CAVIEDES, RAFAEL. *La salud en el siglo XXI: cambios necesarios*, Chile, Centro de Estudios Públicos, 1995. 231 p.
- NANCUANTE, ULISES; ROMERO, ANDRÉS. *La Reforma de la Salud*, Editorial Biblioteca Americana, 2008. 567 p.
- PEILLARD, ENRIQUETA, *Salud pública en la legislación sanitaria*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1961.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 1ª ed., Editorial LexNova, Valladolid, 2003, 700 p.

Leyes, Tratados, Mociones, Boletines, Informes

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

Actas Oficiales del Consejo de Estado.

Boletín del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social: año 1, N° 1-6, mayo a octubre de 1928. Santiago, Imprenta Nacional, 1927.

- Boletín médico de la Caja de Seguro Obligatorio : N° 1-19, junio de 1934 a diciembre de 1935. Santiago, La Nación, 1934-1936.
- Boletín de Indicaciones N° 210-348 que formula indicación sustitutiva al proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969)
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)
- Convención sobre los derechos de los Niños (1989)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Declaración de los Derechos del Niño (1959)
- Declaración y programa de acción de Viena, conferencia mundial sobre derechos humanos (1993).
- Discusión General Cámara de Diputados del Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de las personas. Legislatura 348ª, extraordinaria. Sesión 36ª, en miércoles 18 de diciembre de 2002.
- Documento de la Organización Mundial de la Salud para la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, No. 2, agosto de 2001.
- Historia de la Ley N°20.584
- Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud. Boletín N° 2727-11
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud. Mensaje N° 038-344.
- Moción Parlamentaria “Sobre Derechos de los Pacientes”, Boletín N° 2597-11, año 2000.
- Moción Parlamentaria “Sobre Derechos de los pacientes”, Boletín N°4270-11, año 2006.
- Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Mensaje N° 223-354 en sesión 58. Legislatura 354.
- Oficio N° 6131. Se comunica acuerdo a S.E. la Presidenta de la República en orden a acceder al archivo del proyecto Sobre los derechos y deberes de las personas en materia de salud.

Recopilación oficial de Leyes i Decretos relacionados con el Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social i Trabajo, Santiago de Chile, Imprenta Santiago, 1925.

Tesis

AMIGO FERNÁNDEZ, FRANCISCA; DE LA MAZA CHEVESICH, FRANCISCA; FLISFISCH CAMHI, CAROLINA. *La tutela del derecho constitucional a la protección de la salud a partir de la dictación de la Ley N° 19.966 que establece un régimen general de garantías en salud (Plan Auge)*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 292 h.

ARAYA VILCHES, ORIETTA. *Incorporación de privados en la prestación de acciones de salud a la luz de la normativa de seguridad social en el marco de la reforma al sistema de salud*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 75 h.

GARAY ULLOA, GRACIELA; ILLANES RIQUELME, ANTONIA. *Tutela constitucional del derecho a la protección de la salud y su repercusión en la salud pública*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. 268 h.

KATTAN LEGUIA, HÉCTOR; FICA ARÁNGUEZ, MARCELO. *Análisis procedimiento de mediación establecido en la Ley 19.966*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. 113 h.

MARTÍNEZ REYES, MARGARITA. *El derecho a la protección de la salud en el régimen general de garantías explícitas de salud y en la tabla de factores de riesgo*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011. 162 h.

MONTECINO VARGAS, WENDY; RIQUELME CISTERNA, CAMILA. *Los derechos del paciente en Chile: análisis y perspectivas para legislar*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad Central de Chile de Chile, Facultad de Derecho, 2004.

PEILLARD BRAVO, ENRIQUETA. *Salud pública en la legislación sanitaria Chilena*. Tesis (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1961.

Artículo de un libro

AEDO, CRISTIÁN. “Las reformas a la salud en Chile”. En: LARRAÍN FELIPE; VERGARA, RODRIGO (Ed.) *La Transformación Económica de Chile*, 2ª ed., Chile, Editorial Centro de Estudios Públicos, 2001, pp. 605-640.

- BARCIA, RODRIGO. “Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 85-126.
- BEYER, HARALD. “Propuestas Necesarias para el Sector Salud”. En: BEYER, HARALD; VERGARA, RODRIGO (Ed.). *¿Qué hacer ahora?: Propuestas para el Desarrollo*, Chile, Centro de Estudios Públicos, 2001, pp. 32-61
- BRAVO, ALFREDO. “Sistemas y Modelos de Organización de la Salud”. En: LAVADOS, HUGO (Ed.). *Desarrollo Social y Salud en Chile*, Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1979.
- CÁRDENAS, HUGO. “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp.45-84.
- DE LA MAZA, IÑIGO. “Consentimiento informado y relación de causalidad”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 127-143.
- DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL. “Tratamientos médicos en menores de edad: situación actual y claroscuros del Proyecto de ley sobre los Derechos y Deberes en relación a la atención de Salud”. En: *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado*. Concepción, Chile. Fondo de Publicaciones de la Universidad de Concepción, 2010. Volumen I, pp. 151-172.
- DOMÍNGUEZ, CARMEN. “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 21-44.
- ESPEJO, NICOLÁS. “Derecho a la Salud en el plan AUGE”. En: *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- FIGUEROA, RODOLFO. “Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 199-221.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 167-186.

- JORDÁN, TOMÁS, “Ley N° 19.966, que crea un régimen general de garantías en salud: sinopsis y análisis desde la perspectiva de los derechos humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos N°1*, Chile, 2005.
- PÉREZ, MÁXIMO. “La responsabilidad civil médico-sanitaria en el derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y el deber de información”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 145-167.
- PICASSO, SEBASTIÁN. “Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el derecho argentino”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, Tomo IV, pp. 155-171.
- PIZARRO, CARLOS. “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”. En: *Cuadernos de análisis jurídico de la Fundación Fernando Fueyo*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Tomo VI, pp. 187-198.
- QUESNEY, FRANCISCO. “El sector privado en salud”. En: *La salud en el siglo XXI: cambios necesarios*. GIACONI, JUAN (ed.), Chile, CEP, 1995, pp. 153-154.
- RODRIGUEZ, FERNANDO, “Estructura y características del sector salud en Chile”. En: *Salud Pública y Bienestar Social*, LIVINGSTONE MARIO; RACKYNSKI DAGMAR (ed.), Chile, CEPLAN, 1976, pp. 65-66.

Recursos bibliográficos en línea

- BASTIAS, GABRIEL, VALDIVIA, GONZALO. Reforma de salud en Chile; el plan AUGE o régimen de garantías explícitas en salud (GES). Su origen y evolución. [en línea] Boletín de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile 2007. Vol. 32, volumen 2. <<http://escuela.med.puc.cl/publ/boletin/20072/ReformaSalud.pdf>> [consulta: 02 de agosto de 2012].
- BECA, JUAN PABLO; VALDÉS, ALEJANDRA. El Consentimiento Informado en la Práctica Clínica, Diálogo Bioético Noviembre 2011. [en línea], <<http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2011/03/Consentimiento-informado-en-la-pr%C3%A1ctica-cl%C3%ADnica.pdf>>, consulta [18 de septiembre de 2013].
- BÓRQUEZ, GLADYS. El consentimiento informado y su aplicación práctica, Diálogo Bioético. [en línea], <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/noticias/2010/10/18/el-consentimiento-informado-y-su-aplicacion-practica/>, consulta [18 de septiembre de 2013].

- CARRILLO, MARIE. Consentimiento informado en situaciones de traslado extra-hospitalario de pacientes en Chile. *Revista Medwave* Diciembre de 2010. [en línea], < <http://www.mednet.cl/link.cgi/Medwave/Perspectivas/Opinion/4806> > consulta [18 de septiembre de 2013].
- Carta de derechos y deberes de los usuarios, Hospital base de Linares. [en línea], < <http://www.hospitaldelinares.cl/index2.php?...79%E2%80%8E> >, consulta [18 de septiembre de 2013].
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios, en *Derecho a tener derechos*. [en línea], < http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf >, consulta [18 de septiembre de 2013].
- FONASA. Carta de Derechos de los Pacientes de FONASA [en línea] < <http://www.bioeticachile.cl/felaibe/documentos/chile/Carta%20de%20Derechos%20de%20los%20Pacientes%20FONASA%2006.pdf> > [consulta: 07 de enero de 2013].
- FREYLEJER, VALERIA; MADIES, CLAUDIA; TOBAR FEDERICO. Reforma de los sistemas de salud en América Latina: Chile. *En: Seminario “Tendencias de Reforma en los Sistemas de Salud en América Latina”* (Maestría en Sistemas de Salud y Seguridad Social de la Fundación Isalud: 12 y 13 de diciembre de 1997, Buenos Aires. [en línea] < http://wiki.ead.pucv.cl/images/3/32/Reforma_de_los_Sistemas_de_Salud_de_Am%C3%A9rica_Latina.pdf > [consulta: 08 septiembre 2013].
- Higiene y salud pública en Chile (1870-1910) [en línea] < http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=epidemias,enfermedad esymortalidad > [consulta: 07 de enero de 2013].
- HUNEEUS, CARLOS. Concepto y fundamentos de la Reforma Universitaria en América Latina. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. [en línea] < <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4315/4205> > [consulta: 23 de septiembre de 2013]
- Informe de la OMS sobre la salud en el mundo 2000 [en línea] < <http://www.who.int/whr/2000/es/> > [consulta: 08 septiembre 2013].
- JARA, MANUEL. Del Código Sanitario y de la Organización del Servicio de Salubridad de Chile [en línea] < <http://hist.library.paho.org/Spa-nish/BOL/v5n2p61.pdf> > [consulta: 08 de septiembre de 2013].
- La Salud Pública en Chile, [en línea] < http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=lasaludpublicaenchile > [consulta: 18 de septiembre de 2013].
- LECAROS, JOSÉ MIGUEL. Ensañamiento terapéutico y derechos del paciente. *Diario Constitucional* [en línea], < <http://diarioconstitucional> .

- [cl/mostrararticulo.php?id=212](#)>, consulta [18 de septiembre de 2013].
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica. [en línea] <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento_informado.html>, [Consulta: 26 abril de 2013].
- Programa de Derecho y Salud U}DP, Fundación Fernando Fueyo. Comentario a jurisprudencia: Condena por responsabilidad por hecho ajeno. [en línea] <<http://www.derechoysalud.udp.cl/jurisprudencia/Condena%20por%20responsabilidad%20por%20hecho%20ajeno.pdf>>, consulta [15 de septiembre 2013].
- RAMOS, S., “Las decisiones por representación en la esquizofrenia: aspectos médicos, legales y éticos”. En: Boladeras, M., Bioética: la toma de decisiones. Capellades: Proteus; 2011. p. 385-398. [en línea], <> consulta [18 de septiembre de 2013].
- URRIOLA, RAFAEL. Derechos y Deberes de los Pacientes: ¿en qué se traduce? [en línea] 24 de octubre de 2012. <<http://www.elquintopoder.cl/salud/derechos-y-deberes-de-los-pacientes-una-ley-que-tomara-tiempo-antes-de-ser-util/>> [consulta: 08 de septiembre]
- ZUÑIGA, ALEJANDRA. Huelga de Hambre y Nueva Ley de derecho y Deberes del Paciente. [en línea], <<http://bloglegal.bcn.cl/huelga-de-hambre-y-nueva-ley-de-derechos-del-paciente>>, consulta [18 de septiembre de 2013].
- ZUÑIGA, ALEJANDRA. La nueva Ley de Derechos del Paciente: más dudas que certezas, Informativo N°96, Diario Constitucional, 2012. [en línea], <<http://bloglegal.bcn.cl/la-nueva-ley-de-derechos-del-paciente-mas-dudas-que-certezas>>, consulta [18 de septiembre de 2013].

Artículos y otras publicaciones periódicas

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6 (1): 223-247, 2008.
- ALVAREZ, SERGIO. Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un estado de derecho. *Revista de derecho público*. (47/48): 119-219, 1990.
- BARNETTO, RICARDO; GALLEGOS, JAIME. El derecho a la salud en Chile: hacia un rol más activo y estructural del Estado en el aseguramiento de este derecho fundamental. *Gaceta Jurídica* (373): 48-70, 2011.

- BERRO, GUIDO. El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales. *Archivos de pediatría del Uruguay*, Vol. 72 (1): 45-49, 2001.
- BORQUEZ, GLADYS; RAINIERI, GINA; BRAVO, MIREYA. La evaluación de la <<capacidad de la persona>>: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado. *Revista Médica de Chile*. Vol. 132, (10): 1243-1248, 2004.
- BÓRQUEZ, GLADYS; RAINIERI, GINA; HORWITZ, NINA; HUEPE, GABRIELA. La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal. *Revista Médica de Chile*. Vol. 135 (9): 1153-1159, 2007.
- BÓRQUEZ, GLADYS; RAINIERI, GINA; HORWITZ, NINA; HUEPE, GABRIELA. “La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal”, en *Revista Médica de Chile*, (132): 1243-1248, 2004.
- BORQUEZ, GLADYS; RAINIERI, GINA; BRAVO, MIREYA. La evaluación de la “capacidad de la persona”: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado, *Revista Médica de Chile*, Vol. 132 (10): 1234-1248, 2004.
- BULNES, LUZ. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *Gaceta Jurídica* (295): 12-29, 2005.
- BURDILES, PATRICIO. Consentimiento informado en cirugía. *Revista Chilena de Cirugía*. Vol. 56 (2): 97-98, 2004.
- CARDEMIL, GONZALO. Consideraciones Éticas en el tratamiento médico a testigos de Jehová. *Revista Acta Bioethica*, Año XVI (1): 40-45, 2010.
- DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. Contrato de servicios médicos, consentimiento informado y relación de causalidad, *Revista chilena de Derecho Privado* (12): 247-255, 2009.
- DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. Consentimiento informado, una visión panorámica, *Revista Ius et Praxis*, Año 16 (2): 89-120, 2010.
- DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL. Un marco constitucional Para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 37, (2): 271-310, 2010.
- FIGUEROA, RODOLFO. Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes. *Revista Médica de Chile*, Vol.140 (10): 1347-1351, 2012.
- FIGUEROA, RODOLFO. Justificación del rol de las cortes haciendo justificables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el

- derecho a la protección de la salud. *Revista chilena de derecho*. Vol.36 (2): 313-342, 2009.
- GOIC, ALEJANDRO. Apuntes sobre la Eutanasia. *Revista Médica de Chile*, Vol.133 (3): 371-375, 2005.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, RODRIGO. Jurisprudencia extranjera comentada: Responsabilidad civil médica, Una causal autónoma de resarcimiento en la responsabilidad civil médica: la infracción al deber de información como violación del derecho de autodeterminación. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16): 305-325, 2011.
- MONTERROSO, ESTHER. La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño. *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguros* (17): 9-22, 2006.
- MONTERROSO, ESTHER. Diligencia médica y responsabilidad civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguros* (8): 23-34, 2003.
- PACHECO, MARGARITA. El consentimiento Informado: Una forma de entender la relación médico-paciente, *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol. 12, (4): 156-158, 2001.
- PIZARRO, CARLOS. Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado* (17): 241-245, 2011.
- PIZARRO, CARLOS. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. *Revista médica de Chile*. Vol.136 (4): 539-543, 2008.
- PIZARRO, CARLOS. Mal praxis en el equipo médico, *Revista Médica de Chile*, (139): 667-671, 2011.
- PIZARRO, CARLOS. La responsabilidad civil medica por el hecho ajeno, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1): 305-325, 2003.
- RETAMALES, AVELINO. Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales. *Ius Publicum* (11): 75-102, 2003.
- SIMÓN-LORDA, PABLO. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, (2): 327-350, 2008.
- SIMÓN-LORDA, PABLO. Diez mitos en torno al consentimiento informado. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Vol. 29 (3): 29-40, 2006.
- TAPIA, MAURICIO. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales, *Revista de Derecho*, Vol. XV: 75-111, 2003.

VARGAS, DAVID. Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de wrongful conception a tenor de la jurisprudencia española. *Gaceta Jurídica* (314): 28-24, 2006.

VIVANCO, ÁNGELA. Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad: apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de Valdivia: sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009. *Revista Chilena del Derecho*. Vol. 36 (2): 399-440, 2009.

Sitios web

www.memoriachilena.cl

www.minsal.cl

www.superdesalud.gob.cl

