

68

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derechos de las y los pacientes

Edison Calahorrano Latorre (editor)
Ángela Arenas Massa
Renzo Munita Marambio
Carolina Riveros Ferrada

2023

 **ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE**



Edison Calahorrano Latorre

Doctor en Derecho de la Universidad de Talca. Académico Investigador y profesor colaborador del claustro de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Chile.

Ángela Arenas Massa

Doctora en Derecho en Historia y Teoría de Derecho Europeo por la Univesitá degli Studi Tor Vergata (Italia) y doctora en Bioética en Atenea Pontificio Regina Apostolorum (Italia). Docente investigadora de la Universidad Finis Terrae.



Renzo Munita Marambio

Doctor en Derecho por la Universidad Grenoble Alpes (Francia). Docente investigador de la Universidad de Desarrollo y miembro del Centro de Regulación y Empresa de la misma universidad.

Carolina Riveros Ferrada

Doctora en Derecho por la Ludwig Maximilian Universität de Múnich (Alemania). Profesora titular en la Universidad de Talca.



Derechos de las y los pacientes

MATERIALES DOCENTES 68

© Ángela Arenas Massa, Edison Calahorrano Latorre, Renzo Munita Marambio y Carolina Riveros Ferrada, por los textos, 2023

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2023

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este trabajo aborda el origen, el contenido y la evolución del catálogo de derechos de las y los pacientes. En primer lugar, parte por revisar su contenido en el derecho internacional de los derechos humanos y avanza hacia su protección constitucional para, posteriormente, aterrizar en el contenido de la Ley 20.584, que regula los derechos y los deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud. Así, esta ley se instala como la columna vertebral del sistema.

Además de revisar exhaustivamente el contenido de cada uno de los derechos consagrados legalmente, el estudio se complementa con la jurisprudencia más relevante y actualizada, así como con los debates doctrinarios más recientes.

Este material constituye una guía de acercamiento a los derechos de las y los pacientes, y sobrepasa el tradicional tratamiento exclusivo del tema desde la responsabilidad civil, por cuanto propone una visión interdisciplinaria que busca conjugar el análisis jurídico con la perspectiva de salud pública, bioética y otros campos del saber.

Finalmente, no solo aborda el tratamiento específico de las y los pacientes vulnerables, sino una propuesta para el tratamiento de estos casos por parte de los operadores jurídicos desde una perspectiva integral y relacional.

Contenido

6	<i>Introducción</i>
8	CAPÍTULO 1 Antecedentes: Del paternalismo a la autonomía. El paciente como sujeto de la relación clínica
12	CAPÍTULO 2 Fuentes internacionales y protección de los derechos de las y los pacientes 12 Sistema Universal de Protección de Derechos 24 Sistema Interamericano de Protección de Derechos
28	CAPÍTULO 3 Fuentes nacionales y protección de los derechos de las y los pacientes 28 Protección constitucional de los derechos de las y los pacientes
37	CAPÍTULO 4 La Ley 20.584 de los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud 39 La seguridad del paciente 53 Trato digno 55 La privacidad y la honra 56 El derecho de atención preferente 58 El derecho al acompañamiento, a la asistencia espiritual y a la pertinencia cultural 63 El derecho a la información 78 El derecho a no someterse a un tratamiento y el alta voluntaria 85 Derechos del paciente al final de la vida 94 Protección de datos sanitarios

99	Derechos de los pacientes en materia de salud mental
110	La protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica
111	Derecho a la participación de las personas usuarias: La perspectiva de las y los pacientes consumidores
117	Deberes de las y los pacientes
120	CAPÍTULO 5
	Ley 19.966, que establece un régimen de garantías de salud
120	Principio de responsabilidad
121	Determinación del estatuto aplicable
121	La responsabilidad sanitaria del Estado a la luz de la Ley 19.966
131	CAPÍTULO 6
	Especificidad con respecto a los derechos de las y los pacientes con vulnerabilidad
131	La vulnerabilidad en salud desde una perspectiva dinámica
132	Las y los pacientes niñas, niños y adolescentes
133	Personas con discapacidad
147	Personas mayores
158	Las y los pacientes con enfermedades raras o catastróficas
163	Las y los pacientes migrantes
168	<i>Referencias</i>

Introducción

La visibilización de derechos específicos reporta una trayectoria de reivindicación frente a una estructura que ha permanecido en el tiempo, pero por su devenir y los necesarios cambios que trae para la convivencia entre las personas, requiere reflexión.

Desde el inicio de la civilización hasta el siglo pasado, la relación médico, paciente y enfermedad se ha caracterizado por una actitud más paternalista, donde el facultativo busca mejorar la situación de quien sufre o adolece (Katz, 2002: 49 y 50).

Las regulaciones deontológicas derivadas del Código Hipocrático, como lo son el *Tratado de Ética Médica* de Thomas Percival y el Código de Ética de la American Medical Association de 1847, sentaron las bases para el reconocimiento jurisprudencial de la autonomía del paciente. El paciente no mantenía una participación tan activa en la relación clínica y el enfoque de la beneficencia, proveniente del Código Hipocrático, se modifica hacia uno contractualista. Como códigos deontológicos, la información desde el tratante hacia el paciente es entendida al igual que una buena práctica profesional, sin embargo, tenían serias limitaciones desde la concepción del médico del siglo XIX, que, según señala Laín Entralgo (1969: 120), concebía al paciente conforme a la combinación de un objeto cognoscible y una persona desconocida.

El advenimiento de un desarrollo vertiginoso de la biomedicina ha situado al profesional de la salud frente a nuevos procedimientos altamente tecnificados y a esto se ha sumado el mayor acceso a la información (Parra, 2014: 208-211).

En la actualidad, los usuarios de los servicios de salud exigen respeto e información con respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y seguimiento. Se desvanece la creencia de que sea el tratante el mejor calificado para la solución de dilemas morales relacionados al inicio o final de la vida, el sufrimiento o la alocación de recursos sanitarios escasos, entre otros, provocados por el avance de la biomedicina (Brazier y Cave, 2016: 180-182). Finalmente, la naturaleza relacional de la autonomía (Maclean, 2009: 231 y 232), noción que incorpora el entorno del pa-

ciente como parte del proceso terapéutico, introduce la relación clínica en el contexto de los derechos humanos (Maclean, 2009: 70).

Los derechos de los pacientes o usuarios se han consolidado progresivamente en el derecho internacional de los derechos humanos y han irradiado a la legislación interna a través de normas especiales. En Chile, la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, del 13 de abril de 2012, consolidó un largo proceso y abordó la regulación de temas relevantes considerados como una disciplina autónoma que, en el derecho comparado, está identificada como derecho médico y sanitario.

Este trabajo busca ofrecer un tratamiento de los derechos de las y los pacientes consagrados legalmente en Chile, enmarcados en un diálogo constante con la normativa internacional que se ha desarrollado sobre el tema, configurándose como una herramienta innovadora para los operadores jurídicos.



Capítulo 1

Antecedentes: Del paternalismo a la autonomía. El paciente como sujeto de la relación clínica

La relación entre médico y paciente ha sufrido una progresiva transformación, desde un carácter paternalista en el que la persona tratante monopoliza su desarrollo hacia un sistema de prestación de servicios de salud en el que la masividad y la despersonalización emergen como características relevantes.

La aparición de centros y hospitales, la atención en grupos de profesionales, así como la irrupción de la tecnología a través de la telemedicina¹ y otros procedimientos han intensificado los cambios en la manera de entender la relación clínica.

Paralelamente, el derecho a la autodeterminación del paciente ha cobrado mayor importancia desde finales del siglo XX (Parra, 2014: 209-211). El paciente requiere mayor acceso a la información sobre los servicios de salud prestados, ante lo cual la obligación de informar del médico asume nuevas interpretaciones, garantizando el derecho del paciente a emitir un consentimiento libre e informado, previo a la intervención.

Hoy en día se está renovando la reflexión sobre el cuidado en el ejercicio de la práctica sociosanitaria (Seoane, 2008: 79-86). También se ha aproximado la relación clínica al fenómeno en el que el paciente se comporta de manera semejante a un consumidor o cliente y cuenta con un catálogo de derechos que puede ejercer (Mendoza, 2017: 559).

La pasividad del paciente no es más la regla ante el mayor acceso a la información. El siglo XXI trae consigo avances científicos vertiginosos: la introducción de la inteligencia artificial y estandarización de procedimientos médicos. Asimismo, los dilemas éticos que representan procedimientos como la modificación del genoma humano, entre otros.

¹ La aparición y el desarrollo del virus covid-19 provocó la masificación temprana de algunos fenómenos en la relación clínica, como la atención remota y el uso de tecnologías para la intervención (Aedo y Munita, 2021: 109-213).

A la mayor complejidad de la medicina en el siglo XXI se suma una mayor conciencia del paciente que sufre algún daño por motivos de responsabilidad médica. El surgimiento de la relación clínica centrada en el paciente reemerge en los últimos treinta años como una posible respuesta frente a la judicialización, al ejercicio de la medicina a la defensiva (Frezza, 2019: 3-8) y a la necesidad de prevención del daño.

Con respecto al entendimiento de la relación entre médico y paciente, el paternalismo fue una interpretación que hoy se considera predominante, hasta entrado el siglo XVIII, con aplicación del principio de beneficencia, en el que el paciente acudía al tratante como un convaleciente que recibe asistencia en su salud de manera unilateral.

Sobre la relación clínica, Ezekiel y Linda Emanuel (1992: 2221-2223) describen cuatro modelos, como se puede apreciar en la **tabla 1**.

Tabla 1. Modelos de la relación clínica

Modelo	Estructura	Participación de paciente
Paternalista	Prima el criterio del o de la tratante sobre el mejor interés de las y los pacientes.	El paciente es mero receptor.
Informativo	La persona tratante tiene el deber de proporcionar a las y los pacientes toda la información de la manera más certera posible.	El paciente deberá elegir entre las opciones de tratamiento informadas.
Deliberativo	La persona tratante puede persuadir a sus pacientes sobre determinadas opciones, pero, en el caso de ser rechazadas, actuará según los deseos de estos últimos.	La persona tratante se asemeja a un profesor. El paciente puede adoptar o no las sugerencias del tratante.
Interpretativo	La persona tratante tiene como objetivo interpretar tanto los valores como las preferencias de sus pacientes, y actuar en función de ellos y las intervenciones que la persona autorice.	El tratante se asemeja a un asesor. La o el paciente toma la decisión final.

La complejidad de la relación clínica obliga a abordar los servicios de salud con amplitud en sus facetas curativa, satisfactoria, preventiva y paliativa, así como las especificidades del tratante frente a otros profesionales liberales y de la salud (Pérez y Cossío, 2016), como se puede apreciar en la **tabla 2**.

Tabla 2. Modelos de atención en salud

Modelos médicos	Características	Función
Curativo	La enfermedad ya está presente en la o el paciente que se acerca al médico para recibir un diagnóstico y tratamiento. La medicina curativa presupone que el médico o la médica cuenta con el conocimiento y con los implementos necesarios para tratar la enfermedad para llegar a la curación.	Encargada del diagnóstico de la patología presente en la o el paciente y del tratamiento para su curación, alivio y consuelo.
Preventivo	Comprende todas las acciones dirigidas para evitar la aparición de enfermedades y sus factores de riesgo, así como aquellas medidas que detengan los avances y reduzcan las consecuencias de los padecimientos.	Normar las condiciones básicas que permiten evitar el desarrollo de enfermedades. Analizar la sociedad, sus hábitos y comportamientos. Además, busca estrategias para fomentar comportamientos que reduzcan la posibilidad de aparición de enfermedades o que estas se propaguen. Por lo tanto, se desarrollan especialmente como regulaciones.
Satisfactivo	Comprende las intervenciones que modifican el cuerpo sin un fin curativo.	El criterio de necesidad terapéutica es muy débil, por lo que se exige compartir la información de manera íntegra.
Paliativo	Parte del diagnóstico de una patología, no obstante, la curación de ella no es el objetivo, sino proporcionar calidad de vida a la o el paciente frente al dolor, sin que necesariamente el estado de la patología sea terminal.	Encargada de atender directamente el sufrimiento de quien, por su condición de salud, tiene dolores refractarios que afectan gravemente su calidad de vida. Los cuidados paliativos no tienen fin terapéutico, pero se vinculan directamente con el cuidado y con la mejoría de la calidad de vida.

Por lo señalado, el operador jurídico no puede aproximarse a conocer o resolver algún asunto concatenado con la relación clínica sin una comprensión previa del modelo deliberativo aplicado, es decir, los derechos del paciente deben ser garantizados con adaptaciones según el caso.

El desarrollo del ejercicio de la medicina ha requerido orientarse hacia un modelo integral que tome en cuenta el contexto del paciente, su familia, su sistema de valores y la planificación del cuidado de salud. Se considera constantemente, por parte de distintos Estados, perfeccionar la regulación de la información que se observa en los códigos civiles y en las leyes especiales que regulan el contrato de tratamiento médico y los deberes y derechos de los pacientes en los últimos treinta años.

El paciente, en el siglo XXI, busca ser partícipe de la relación clínica previo acceso adecuado a la información. Este desafío conlleva que el operador jurídico tenga en cuenta los derechos del paciente y que, al decidir sobre casos de posible responsabilidad civil del tratante, sea por afectaciones patrimoniales, daños corporales o afectaciones de carácter extrapatrimonial.



Capítulo 2

Fuentes internacionales y protección de los derechos de las y los pacientes

Sistema Universal de Protección de Derechos

En el Sistema Universal de Derechos Humanos no existe un instrumento que trate de manera específica un catálogo de derechos de las y los pacientes, por lo que se deben extraer el contenido esencial y los estándares aplicables de los instrumentos generales de derechos humanos.

El artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra la igualdad y no discriminación que deriva en la determinación de los criterios sospechosos que provocan un trato diferente que pueda ser arbitrario. La amplitud de esta norma permite insertar la categoría de paciente como transversal a los otros criterios mencionados, por lo que en ningún caso sus derechos fundamentales pueden ser vulnerados, aproximándose al criterio de interseccionalidad (Crenshaw, 1988: 1355-1366). Lo señalado se complementa con el artículo 7, que consagra la igualdad ante la ley y la no discriminación. El artículo 3 del instrumento mencionado prevé los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal.

De la misma manera se desarrolla el derecho a la igualdad y la no discriminación en el artículo 26 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se profundiza sobre los criterios sospechosos de discriminación que, aunque sin referirse de manera específica a la condición de paciente, lo hace con respecto a un conjunto de situaciones asimétricas en las que puede identificarse la de médico y paciente.

Cuando se indaga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce expresamente el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental. La especificidad de este artículo trae consigo el contenido básico de derecho a la salud al que se adscribe el Sistema Universal de Derechos Humanos y se verá complementado con la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OG 14).

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluye en el derecho a la salud, la reducción de la mortalidad y mortalidad infantil, el mejoramiento de la higiene de trabajo y del medioambiente, la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, así como las condiciones que aseguren asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

La OG 14 adopta el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, que la concibe como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades».

Este derecho, además, debe ser gozado al más alto nivel, por lo que la salud implica el acceso de la persona al ejercicio de otros derechos, a condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales. El derecho a la salud debe entenderse, entonces, como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. La OG 14, en su párrafo 12, señala que alcanzar el nivel óptimo de salud implica la atención hacia otras determinantes, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, al suministro adecuado de alimentos sanos, a una nutrición adecuada, a una vivienda adecuada, a condiciones sanas en el trabajo y en el medioambiente, y al acceso a la educación e información.

Los cuatro criterios que implementa esta observación general son la disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad con respecto a la salud. Sobre el primero, los Estados se comprometen a contar con elementos básicos que permitan cumplir los estándares sobre el derecho, entre ellos disponibilidad de personal médico profesional y capacitado para la atención. Por otro lado, la accesibilidad rememora derechamente la no discriminación en las posibilidades de todas las personas de acceder a la atención en salud desde el punto de vista físico, económico y de la información.

El criterio de aceptabilidad se relaciona con el desarrollo de un catálogo de derechos de las y los pacientes en la relación clínica, señalando que todos los servicios de salud deben ser éticos y culturalmente apropiados, sensibles a los criterios de género y al ciclo de vida, respetando la confidencialidad y necesidad de mejora del estado de salud de las personas. Finalmente, la calidad se refiere a la preparación del personal



médico y a la idoneidad de los establecimientos que prestan servicios de salud.

Además, la OG 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en análisis desarrolla prolijamente cómo debe darse la protección de la salud en aquellos casos en los que la o el paciente pertenece a un grupo susceptible de vulnerabilidad.

La Convención de los Derechos de Niño, por ejemplo, se refiere a la salud en su artículo 24 y se conecta con lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al establecer como estándar mínimo el goce del más alto nivel posible de salud, tratamiento de enfermedades y rehabilitación, imponiendo al Estado el deber de establecer medidas apropiadas, como asegurar la prestación de atención sanitaria y asistencia médica, con énfasis en la atención primaria. El artículo mencionado señala también la necesidad de concentrar los esfuerzos en la atención preventiva.

La Observación General de Comité de los Derechos del Niño número 14, del 17 de abril de 2013, explica el artículo 24 de la Convención. Este derecho implica el acceso a instalaciones, bienes y condiciones que garanticen igualdad de oportunidades. Se señala, además, que en todos los niveles de atención en salud deben ofrecerse servicios de calidad suficiente. Esta Observación General llama al Estado a verificar que los servicios de salud tengan en cuenta las necesidades de este grupo, no se nieguen los servicios y rindan cuentas de mismo.

El considerando 31 de la OG en comento aborda la autonomía y la privacidad del paciente niño, niña o adolescente al establecer su progresivo acceso a determinados procedimientos sin la presencia de sus padres. Al respecto, se señala:

De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de su padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño. Los Estados deben aclarar los procedimientos legislativos para la designación de los cuidadores adecuados que se encarguen de los niños sin padres o representantes legales y puedan dar su consentimiento en representación del niño o ayudarlo a dar su consentimiento en función de la edad y la madurez del niño. Los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicas sin el permiso de



un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad.

Lo señalado se vincula con la necesidad de comprender al paciente como una contraparte válida en la relación clínica, además coloca la historia de valores y preferencias como centro de la misma, acudiendo al enfoque deliberativo.

Por su parte, los considerandos 71 y siguientes colocan al Estado en posición de garante del sistema de salud, por lo tanto, debe velar por el cumplimiento mínimo de lo que se señala en el considerando 73, que es lo siguiente:

- Revisar el entorno jurídico y normativo nacional y subnacional y, cuando proceda, enmendar las leyes y políticas.
- Garantizar la cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria de salud, en particular en la esfera de la prevención, la promoción de la salud, los servicios de atención y tratamiento y los medicamentos básicos.
- Dar respuesta adecuada a los factores subyacentes que determinan la salud del niño.
- Elaborar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas y planes de acción presupuestados que conformen un enfoque basado en los derechos humanos para hacer efectivo el derecho del niño a la salud.

Según esta OG, el Estado extiende su posición de garante del derecho a la salud incluso ante los agentes no estatales. Se señala su deber de asegurar que los mismos conozcan sus responsabilidades para con niñas, niños y adolescentes, refiriéndose expresamente a los proveedores de servicios sanitarios, promoviendo que actúen en función del respeto a lo dispuesto en la Convención y que velen por que también lo respete todo asociado que preste servicios en su nombre. La Observación General 14 del Comité de los Derechos de Niño, en su considerando 31, se refiere concretamente al actuar de sector privado sobre la salud de niñas, niños y adolescentes, y establece que:

Los Estados deben imponer a las empresas la obligación de ejercer la diligencia debida en relación con los derechos del niño. Con ello, las empresas comerciales determinarán, prevendrán y mitigarán sus efectos



negativos en el derecho del niño a la salud, en particular en el marco de sus relaciones comerciales y de todo tipo de operación de alcance mundial. Se debe alentar y, cuando proceda, obligar a las grandes empresas comerciales a que pongan en conocimiento del público su labor encaminada a abordar sus repercusiones en los derechos del niño.

La jurisprudencia de las comunicaciones resueltas por el Comité de los Derechos del Niño permite vislumbrar la manera en la que se entiende el artículo 24 sobre el derecho a la salud y los estándares mínimos de atención a niñas, niños y adolescentes. La comunicación 22/2017 resuelta en informe CRC/C/81/D/22/2017 del 31 de mayo de 2019 trata el acceso al derecho a la salud de un niño migrante del continente africano que llegó a Ceuta, en España, recurriéndose, una vez más, a la noción de interseccionalidad para consolidar un estándar sobre la prioridad en la atención, estableciéndose lo siguiente:

Finalmente, el Comité también toma nota de las alegaciones del autor, no refutadas por el Estado parte, de ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo, así como la contradicción al reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño. El Comité considera que lo anterior constituye una violación de los artículos 20, párrafo 1, y 24 de la Convención.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el numeral f) del artículo 11, consagra el derecho a la salud y a la salvaguardia de la función de reproducción. De la misma manera, el literal h) del artículo 10 garantiza el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida información y asesoramiento sobre planificación de la familia.

El artículo 12 de esta Convención se hace cargo de los estándares con respecto a la atención médica de la mujer, estableciendo que el Estado es garante de la igualdad en el acceso a los servicios de salud, incluyendo la atención en materia de planificación familiar. El enfoque central de esta norma es la protección de los derechos sobre la salud sexual y reproduc-

tiva de la mujer como característica específica, por lo que se establece al Estado como garante de esta durante el embarazo, el parto y el tiempo posterior a este a través de la provisión de servicios gratuitos. Se garantiza, además, una adecuada nutrición durante el embarazo y la lactancia.

Como se puede observar, una vez más el derecho a la salud adquiere matices específicos con respecto a un determinado tipo de destinatario, en este caso la mujer, generando estándares concretos con respecto al embarazo, al parto y a la lactancia. Lo señalado se traduce en deberes de imperativo cumplimiento para el tratante cuando la paciente es mujer.

La Recomendación General 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1999 desarrolla el derecho a la salud contenido en el artículo 12 de la Convención. En este instrumento se hace presente, una vez más, el enfoque interseccional o de discriminación múltiple cuando se destaca, en el considerando sexto, qué tipo de atención especial debe concentrarse en los grupos de mujeres con vulnerabilidad, mencionándose ejemplificativamente aquellas emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental.

El párrafo 12 de la Recomendación General indaga con respecto a la atención de salud centrada en las necesidades e intereses de la mujer y características privativas de esta frente al hombre, señalándose factores biológicos y socioeconómicos específicos de esta última que pueden incidir en un menor acceso a las atenciones de salud y un consiguiente detrimento de sus derechos como paciente. La norma señala:

- Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia. Otro ejemplo es el mayor riesgo que corre la mujer de resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual.
- Factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que esta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren



el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros. Algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad.

- Entre los factores psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer figuran la depresión en general y la depresión en el período posterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos, como los que causan trastornos del apetito, tales como anorexia y bulimia.
- La falta de respeto del carácter confidencial de la información sobre los pacientes afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, o casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.

Desde la perspectiva de la medicina centrada en el paciente y del enfoque deliberativo de la relación clínica que se ha desarrollado en el presente trabajo, la identificación y el tratamiento individualizado de estos factores en el caso concreto resultan esenciales para garantizar el derecho a la salud de la mujer y los derechos que tiene como paciente, por ejemplo, las medidas que deben tomarse para garantizar la privacidad o la protección especial frente al embarazo, parto y lactancia.

La Recomendación General en comento no solo desarrolla en qué consiste el acceso a la salud y la manera en que debe llevarse a cabo una relación clínica respetuosa en la que la paciente es mujer. Además, establece parámetros sobre el derecho a la información, en su párrafo 20: «Las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles».

Por otro lado, se hace énfasis en la calidad de la asistencia responsabilizando a los Estados de erradicar los obstáculos que impidan el acceso a la salud, como la necesidad de solicitar autorización al cónyuge o a los padres para ello. Se enfatiza en que:

Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados parte no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.¹

A los instrumentos señalados se suma la Convención de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad que, en su artículo 25, regula expresamente los estándares de derecho a la salud de estas.

La norma parte de retomar el acceso al más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. En materia de acceso se responsabiliza al Estado de proporcionar programas gratuitos de salud, incluso con respecto a salud sexual y reproductiva. Al igual que en los casos anteriores, los Estados deben garantizar el acceso a atenciones específicas de salud según la discapacidad de la persona, con respecto a la detección y la adopción de medidas eficaces para reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades.

El literal d) del artículo 25 establece los estándares en relación con la atención que debe prestar el profesional de la salud y sirve como parámetro para verificar si los derechos de los pacientes con discapacidad son garantizados. Es así como se dispone a los Estados parte que:

Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

Además, se especifica la prohibición de discriminación a personas con discapacidad frente a los servicios de seguros de salud.

¹ Recomendación General número 24 de Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1999, párrafo 22.



La Observación General 6 sobre el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 5 de la Convención desarrolla, en su párrafo 21, menciona el estado de salud como criterio sospechoso de diferenciación con respecto al goce de un derecho, como en el caso del acceso a atenciones médicas.

Esta OG acoge el concepto de interseccionalidad mediante la protección reforzada cuando existen múltiples factores de vulnerabilidad, señalando también que el modelo de comprensión de la discapacidad a la que se adscribe es el basado en derechos, definiéndolo de la siguiente manera:

El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.²

No se ha emitido hasta el momento una observación general que trate específicamente el derecho a la salud contenido en el artículo 25 de la Convención y que establezca lineamientos sobre la atención a los pacientes que son personas con discapacidad. Sin embargo, se han elevado denuncias particulares, dentro de las competencias asignadas al Comité por la ratificación de Protocolo Facultativo de la Convención. En base a lo señalado, en dictamen aprobado por el Comité, con respecto a la Comunicación 38/2016 del 24 de octubre de 2018, que resuelve con respecto a la comunicación presentada por *Munir Al Adam con Arabia Saudita*, se alega vulneración del Estado al artículo 25, literal b), de la Convención, en la medida en que el paciente no recibió una atención médica oportuna que impida el agravamiento de su discapacidad auditiva hasta la pérdida total de dicho sentido. Al respecto, se señala en su apartado 11.6:

En lo que respecta a la denuncia presentada por el autor en virtud del artículo 25 de la Convención, el Comité toma nota de su afirmación de que el Estado parte le denegó la intervención quirúrgica urgente que

² Para más información, véase numeral 11.6 de *Munir con Arabia Saudita*.

necesitaba pese a haberle causado la lesión que provocó su discapacidad permanente y a saber que la falta de tratamiento urgente acarrearía la pérdida completa y permanente de la audición. El Comité recuerda que, de conformidad con el artículo 25 b) de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de proporcionar los servicios de salud que necesitan las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades. A la luz de esta disposición, leída conjuntamente con el artículo 14, párrafo 2, de la Convención, el Comité recuerda que los Estados parte tienen la responsabilidad especial de garantizar la observancia de los derechos humanos cuando las autoridades penitenciarias ejercen un control o un poder significativos sobre personas con discapacidad privadas de su libertad por un tribunal. En el presente caso, el autor tuvo que esperar más de cuatro meses para acceder a los servicios de atención de la salud que había solicitado; las autoridades del Estado parte le denegaron la intervención quirúrgica que necesitaba para evitar la pérdida total de la audición en su oído derecho, pese a haber sido informadas de la urgencia de esta intervención; y, como consecuencia de ello, el autor perdió efectivamente toda audición en su oído derecho. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte vulneró los derechos que asistían al autor en virtud del artículo 25 b) de la Convención.

Otro caso relevante resuelto por el Comité se refiere a la Comunicación número 8-2012 de *X contra Argentina* aprobado en sesiones del 31 de marzo al 11 de abril de 2014. Este caso profundiza también con respecto al acceso a la salud de una persona con discapacidad que se encontraba privada de la libertad, señalándose que el derecho a la salud consiste también en la implementación de los ajustes razonables y coloca al Estado como garante. Con respecto a la vulneración del derecho a la salud, se señala:

En relación con el autor: el Estado parte tiene la obligación de reparar los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención, realizando los ajustes en el lugar de detención que garanticen su acceso a las instalaciones físicas y servicios penitenciarios, en igualdad de condiciones que otras personas detenidas. El Estado parte también debe reembolsar al autor los costes legales incurridos en la tramitación de esta comunicación. Por otra parte, en atención al delicado estado de salud del autor, el

Comité solicita al Estado parte velar por que, en el marco de la autonomía del paciente a consentir o rechazar un tratamiento médico, el autor tenga acceso a cuidados sanitarios adecuados y oportunos de acuerdo con su estado de salud, y acceso continuo y pleno a un tratamiento de rehabilitación adecuado.

Como se ha podido observar, el Sistema Universal de Derechos Humanos contiene una amplia regulación del derecho a la salud en la que se establecen los estándares con respecto a disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, encontrándose el acercamiento a los derechos de las y los pacientes en este último eje. Por otro lado, se destaca en los instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales, así como en la jurisprudencia emanada en los órganos de los tratados el enfoque interseccional en el que varios criterios de vulnerabilidad pueden converger en una situación de protección reforzada, como se puede evidenciar en los casos de niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas con discapacidad. La jurisprudencia ha puesto relevancia en contextos en los que el acceso al goce del mayor nivel posible de salud puede ser afectado, como pacientes privados de libertad o en peligro de ser expulsados a sus países de origen en un contexto de desplazamiento forzado.

A pesar de los estándares sobre el derecho a la salud que se han profundizado en los sistemas regionales y que establecen mínimos a los que los Estados acuden como garantes, se ha dicho en la doctrina nacional que:

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 internacionales (Díaz de Valdés, 2010: 274).

En el derecho internacional de carácter regional vale la pena destacar otros esfuerzos que han permitido configurar un robusto catálogo de derechos de las y los pacientes y que emana desde el Consejo de Europa con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dig-

nidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, el Convenio de Oviedo.

El Convenio de Oviedo contiene la regulación básica sobre derecho a la información y consentimiento informado que se trasladaría a las normas nacionales europeas. El objetivo de este convenio es la protección del ser humano en su dignidad y su identidad garantizando a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Los artículos 2 y 3 consagran el principio de primacía del ser humano y de acceso equitativo a los beneficios de la sanidad. El artículo 5 consagra la regla general sobre obtención de consentimiento informado y protección de la autodeterminación del paciente, mientras que el artículo 6 señala un conjunto de reglas destinadas, especialmente, a proteger a aquellas personas que no puedan expresar su voluntad, estableciendo las bases del consentimiento por representación, garantizándose los derechos del menor a ser escuchado y que su opinión sea válida en la medida a su edad y grado de madurez.

Un conjunto normativo expedido en el contexto europeo ha permitido consagrar un marco medianamente consolidado, en particular, desde el Consejo de Europa con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio de Oviedo, que en su artículo 5, inciso segundo, plasmó el deber de informar (Miralles, 2021: 51-64). El Convenio de Oviedo ha sido la base fundamental para la consagración del deber de informar del tratante como obligación legal en una gran parte de los países europeos. No obstante, el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contribuyó al consagrar la protección de la integridad física y psíquica de la persona; así como el consentimiento libre e informado en medicina.

Lo señalado se complementa con el artículo 35 de la norma que protege a la salud, y a su vez, guarda concordancia con lo mencionado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la OG del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de los estándares mínimos de cumplimiento de este derecho social.

Este bloque tripartito de normas brindó un soporte adecuado para la consolidación de la protección del consentimiento libre e informado del paciente, y el carácter vinculante de la obligación de informar.

Se incorpora, además, a este acervo normativo indicado, la Carta de los Derechos de los Pacientes de la Unión Europea en 2002, elaborada por la red Active Citizenship Network, en la que se establecen catorce derechos que conforman el tentativo catálogo europeo de protección al paciente, estableciéndose el derecho a medidas preventivas, acceso a los servicios sanitarios sin discriminación, derecho a la información y a emitir el consentimiento después de la adecuada entrega de información. Se desarrollan también los derechos a la libre elección de proveedores y tratamientos; así como, a la confidencialidad y privacidad de sus datos en el ejercicio de los tratamientos. Además, está el derecho de respeto al tiempo del paciente por cada fase de tratamiento; aparece en esta Carta el derecho al cumplimiento de los estándares más altos posibles de calidad; el derecho a la seguridad, que se configura como aquel por el que todo individuo tiene derecho a estar libre del daño causado por el pobre funcionamiento de los servicios de salud, los errores médicos y la negligencia profesional. Complementa a los anteriores el derecho a la innovación en las atenciones de salud recibidas por el paciente; por otro lado, se incorpora el derecho a evitar dolor y sufrimientos innecesarios; el derecho a un tratamiento personalizado y, en lo posible, adaptado a las circunstancias específicas del paciente.

Finalmente, se encuentra el derecho a reclamar una compensación en el caso de daños o falta de acceso a la información (Montalvo, 2017: 376 y 377).³

Este catálogo de derechos que parten del reconocimiento del derecho a la salud como fundamental y social, para luego extenderse en aquellos que están presentes en la relación clínica y se verifican en obligaciones correlativas de tratante hacia el paciente, solo pueden ser ejercidos y garantizados bajo la comprensión relacional y bidireccional de la misma.

En el contexto latinoamericano se ha realizado un recorrido parecido en la concreción de estándares que deben ser cumplidos como garantía del derecho a la salud y los derechos del paciente en la relación clínica, tema que se tratará a continuación.

3 Otro catálogo ha sido explicado por Vacarezza (2000) a partir de los principios emanados de informe Belmont y que se consolidan en deberes de médicas/médicos para con las y los pacientes, como son el de veracidad, confidencialidad, fidelidad o lealtad y respeto a la intimidad.



Sistema Interamericano de Protección de Derechos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se crea con posterioridad al sistema europeo. A diferencia de este último, la historia da cuenta que una vez fundado el Sistema Universal se motiva en el continente la creación de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo efecto se traduce en que los Estados parte adecuan sus Constituciones y normas jurídicas todas, a la nueva realidad y exigencias internacionales paulatinamente.

Las peculiaridades del Sistema Interamericano son dos. La primera es la protección del individuo de la especie humana durante todo su ciclo vital. La segunda, que su especificidad cultural y lingüística se debe a que el nuevo ordenamiento está cimentado en los aportes de sus pueblos originarios.⁴

En Bogotá, en 1948, se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos (se anticipó a la Declaración Universal por varios meses).

La Convención Americana de Derechos Humanos se suscribe en San José de Costa Rica (1969) y entra en vigor en 1978. Este instrumento se complementa con protocolos adicionales.⁵ Una novedad relevante es que su artículo 4 señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, en general, desde el momento de la concepción.

El sistema se integra por la Comisión Interamericana ubicada en Washington D.C. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) radicada en San José de Costa Rica.

Los principales instrumentos del *corpus iuris* latinoamericano son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá,

4 Los pueblos originarios latinoamericanos rememoran en sus países el choque cultural que les significa incluso actualmente la colonización española, haciendo referencia a la cosmovisión previa a la intromisión hispánica. A modo de ejemplo, la oposición entre españoles y mapuches en Chile está expresada en algunas palabras clave, seis para cada uno de los combatientes de antaño: i) Europa-MapuMapuce; ii) Imperio-Pueblo; iii) Dominio-Libertad; iv) Oro-Raíz; v) Palacio-Rewe (religión); y vi) Muerte-Vida.

5 A modo enunciativo: Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998) y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay 1990).



1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 1985); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 1994); y la Convención Interamericana sobre toda forma de discriminación e intolerancia (Guatemala, 1999), entre otros. Hay que agregar a estos documentos la reciente Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos para las Personas Mayores (Costa Rica, 2015).

Cabe destacar que, en su primera etapa, la Corte IDH se pronuncia reiteradamente (no homológamente) sobre el crimen de desaparición forzada, el que más profundas heridas ha dejado en la historia reciente latinoamericana; en una segunda etapa, los esfuerzos se concentran en casos relativos a crímenes de ejecuciones extrajudiciales, torturas, violaciones al debido proceso, derechos del niño, derechos de nacionalidad, libertad de expresión, y de manera discreta a pueblos originarios. La tercera etapa contempla un amplio abanico de asuntos, a saber, derechos políticos, derechos de los trabajadores, propiedad privada, relación de pueblos indígenas con sus tierras, derecho a la identidad, carácter colectivo del derecho a la identidad de expresión, derechos de acceso a la información, límites de la jurisdicción militar, proporcionalidad de la coerción penal, derecho a la asistencia a consultar, derechos de los migrantes, inhabilitación de jueces, derechos de los niños, derechos de las mujeres, derechos de las personas con diversa orientación sexual. Estos son solo algunos de los tópicos más relevantes que forman parte de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH (Espejo y Leiva, 2012: I-VI).

En relación con los derechos humanos de las y los pacientes, no hay convenciones o protocolos que directamente se refieran al tema. Sin embargo, a modo enunciativo, se puede decir que ciertos instrumentos abordan la condición de paciente. Por ejemplo:

- «Convención de Belem do Pará», Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (A-61) (1994).
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70) (2015).



- Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (A-54) (1991).
- Protocolo anexo al Código Sanitario panamericano (B-3 (2)) (1952).⁶
- Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69) (2013).
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (A-65) (1999).

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refieren a temas de salud son, principalmente, *Ximenes Lopes con Brasil* del 4 julio de 2006 (maltrato a paciente psiquiátrico con resultado de muerte); *Atala Riffo y niñas con Chile* del 24 febrero de 2012 (orientación sexual y habilidad parental para mantener la custodia de las hijas); *Artavia Murillo y otros con Costa Rica* del 28 noviembre de 2012 (técnicas de reproducción humana asistida); y *Vilches y otros con Chile*, del 8 marzo de 2018 (derecho a la salud de una persona mayor).

⁶ El código Sanitario Panamericano fue suscrito en La Habana, Cuba, el 14 de noviembre de 1924, en la VII Conferencia Sanitaria Panamericana y ratificado por los Gobiernos de veintiuna Repúblicas americanas. El código fue enmendado por el Protocolo Adicional al Código Sanitario Panamericano (1952).



Capítulo 3

Fuentes nacionales y protección de los derechos de las y los pacientes

Protección constitucional de los derechos de las y los pacientes

La protección constitucional que se da al paciente en Chile pasa, en primera instancia, por la que se tiene del derecho a la salud. El artículo 1 de la Constitución asienta el primer derecho que permite tener un marco común a las distintas relaciones que pueden darse entre el tratante y el paciente en el contexto de derecho a la salud, por cuanto se señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La constitucionalización del concepto de dignidad y su conexión con la igualdad permiten acercarnos a la comprensión de paciente como un fin y no como un medio, lo que consolida su papel relevante en la relación clínica y considera las perspectivas deliberativa y relacional como formas de aproximación a la dignidad del paciente.

La dignidad humana no solo es el centro de todo el entramado teórico de los derechos humanos, además surge como principio transversal en la Constitución. En ambos casos, la dignidad implica el tratamiento del ser humano como fin y no como medio, la no instrumentalización del ser humano. En ese sentido, no dañar la salud y la integridad de la persona es el deber mínimo de respeto del profesional de salud hacia la dignidad de su paciente y, en caso de hacerlo culpablemente, reparar, sin que ello implique que el quebrantamiento del estándar de conducta del profesional no requiera, por sí solo, corrección (Nogueira, 2010: 80-92).

El artículo 19 contiene un catálogo de derechos. Así, el numeral 1 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Es especialmente relevante el inciso añadido mediante la Ley 21.383 del 25 de octubre de 2021, que incorpora lo siguiente:

El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica.

La ley regulará los requisitos, las condiciones y las restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella.

En esta norma se señala que la limitación al desarrollo científico y tecnológico es la persona humana, protegiendo los neuroderechos y la información proveniente del ejercicio de estos, lo que tiene múltiples implicaciones con respecto a las y los pacientes, desde la protección de sus datos de salud y el manejo que se realiza de los mismos, hasta la comprensión más amplia de la integridad psíquica.

En sede de recurso de protección han sido relevantes las decisiones sobre la cobertura para la adquisición de medicamentos, bajo el razonamiento de que el criterio económico no puede prevalecer en los casos en que la vida y la integridad física y psíquica de la persona se vean afectadas. Así se señala en el fallo rol 137.840-2022 del 19 de diciembre de 2022:

El máximo tribunal ha señalado que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece con respecto a los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida. En dicho contexto, la decisión de las recurridas consistente en la negativa a proporcionar a la persona en cuyo favor se recurre aquel fármaco imprescindible para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19, número 1, de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de esta, así como para su integridad física, considerando que la enfermedad que la aqueja puede ocasionar la muerte de la actor (considerando décimo y decimoprimeros de la sentencia de la Corte Suprema).

Con la negativa de las recurridas a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del paciente, sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la parte recurrente no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permi-



te el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que sufre este y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que la institución contra la cual se dirige el recurso realice las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Lenvatinib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se reinicie en el más breve lapso el tratamiento con este medicamento (considerando decimotercero de la sentencia de la Corte Suprema).¹

Un criterio similar se puede verificar en el fallo 31.595-2022 producto de un Recurso de Reclamación del Hospital Clínico Universidad de Chile ante la Superintendencia de Salud por solicitar un pagaré a una persona con riesgo vital. Aquí se señala:

Siendo un hecho no discutido que el paciente señalado en autos ingresó en condición de riesgo vital y calificando, el prestador de salud citado, como un «error administrativo» la circunstancia de haber solicitado el pagaré pese a dicha condición del paciente, se colige que aquel incurrió en la infracción imputada, hecho que impide que los actos administrativos impugnados, sean dejados sin efecto. En cuanto a la petición subsidiaria de rebaja de la multa solicitada por la actora en su reclamo,

¹ Rol 137.840-2022 del 19 de diciembre de 2022, *Marcelo Antúnez Espíndola con Ministerio de Salud y otro*. Este mismo criterio aparece en fallos muy recientes, como los roles 122.971-2022 del 5 de diciembre de 2022, 123.718-2022 del 1 de diciembre de 2022 y 66.657-2022 del 25 de agosto de 2022 emitido por la Corte Suprema. Este último acude a los estándares internacionales sobre el derecho a la salud contenidos en el artículo 24, número 1, de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación al ordenamiento jurídico interno a través de artículo 5, inciso segundo, por lo que se concluye que: «Dicho instrumento, por aplicación del artículo 5 de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel con respecto a prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y psíquica de los menores recurrentes en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño» (considerandos undécimo y duodécimo). Otros fallos que han sostenido un criterio similar son el rol 38.148-2021 del 21 de septiembre de 2021 y 38.148-2021 del 21 de septiembre de 2021.

yerran los sentenciadores del grado al acceder a ella, puesto que no se observa que la autoridad administrativa hubiere incurrido en la falta de proporcionalidad que se le reprocha. En este orden de ideas, cabe tener presente que solo en el caso que no concurren agravantes ni reincidencia del infractor el sancionador estará impedido de aplicar la multa en el tramo superior, pudiendo en consecuencia, en los demás escenarios recorrer el tramo completo de la sanción a efectos de fijar su cuantía. Además, resulta insoslayable considerar que la conducta reprochada, se trata de una infracción especialmente grave, por cuanto está íntimamente relacionada con los bienes jurídicos de la vida, integridad física y salud de los pacientes, todo lo cual provoca que el castigo pecuniario, encontrándose dentro del rango legal, resulte, también, proporcional a la falta cometida.²

En el fallo reciente rol 75.724 del 29 de noviembre de 2022, la Corte de Apelaciones de Concepción recurre una vez más al artículo 19, número 9, al conceder un recurso de protección ante la negativa de Hospital Higuera de Talcahuano para proceder con una intervención quirúrgica a una persona aquejada de una hernia en la zona lumbar que no respondía a tratamiento farmacológico. Así, se establece una vez más que:

En efecto, el hospital informa que su Comité de Ética decidió mantener el tratamiento no quirúrgico dada la descompensación de salud mental que padece la paciente, pero ésta se produjo por el dolor invalidante que cursa, y quien debiera tomar aquella decisión es un equipo multidisciplinario, sin que se haya informado qué tratamientos efectivos se le dará a la paciente que logre paliar el dolor que la aqueja, de manera que al no informar el recurrido un tratamiento racional y razonable al problema de salud de la recurrente, su decisión deviene en arbitraria, carente de motivación (en este sentido, sentencia de la Corte Suprema del 29 de agosto de 2018 en causa rol 8.632-2018), circunstancia que no resulta aceptable y lleva a que esta Corte deba acoger el arbitrio constitucional impetrado, por cuanto es evidente que habiendo radicado la esperanza de mejor calidad de vida de la paciente en la cirugía, desestimarla a

² Corte Suprema, Tercera Sala Constitucional, rol 31.595-2022 del 29 de noviembre de 2022. Con respecto al mismo derecho, aunque en el contexto de rechazo al tratamiento en huelga de hambre, se puede encontrar la sentencia rol 95.094-2020 del 24 de agosto de 2020, en la que se acude al deber de Estado de evitar acciones que puedan acelerar la muerte de las personas y, por lo tanto, tratar el caso bajo las excepciones no permitidas de rechazo al tratamiento.



estas alturas vulnera su derecho a gozar de integridad física y psíquica, asegurado por nuestra Constitución Política en el numeral primero del artículo 19, y deja en evidencia la absoluta procedencia del recurso entablado, sin perjuicio de que la paciente no se encuentre en una situación de riesgo vital.³

El derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el numeral 3 y el de igual protección ante la ley también pueden tener sus manifestaciones en la relación clínica, en la medida en que deben evitarse criterios de discriminación para trato diferenciado injustificado con respecto a las dimensiones antes señaladas sobre los derechos de los pacientes, como son disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

La conexión entre los derechos a la vida, integridad física y psíquica, igualdad y salud han sido recogidos en la jurisprudencia, como se observa en el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel 2683-2022 del 8 de septiembre de 2022, en el que se hace mención de la noción de salud integral que implica el cumplimiento de labores de coordinación y resguardo de los derechos ligados a la salud. En este caso, la Corte desarrolla:

De los antecedentes acompañados se constata que la lista de insumos entregada por el hospital recurrido en los meses de marzo y abril de 2022, aparece incompleta en comparación con períodos anteriores, toda vez que no figura la cánula de traqueostomía. Dicha limitación de la cobertura es efectuada por el Hospital sin otorgar razones de fondo de acuerdo a las cuales se restringen los insumos del «Programa Derivados Complejos» que otorgaba mensualmente con anterioridad, aun cuando el recurrente tenga la calidad de paciente ambulatorio por encontrarse de alta, lo que torna en arbitrario el actuar del recurrido, por carecer de razonabilidad y fundamentación. En dicho contexto, se debe considerar que el derecho a la protección de la salud es integral y se encuentra correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, como con la igualdad ante la ley, de lo que se concluye que la interpretación relativa a las normas que se refieren a esas garantías constitucionales, debe ser en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada. En consecuencia, es deber del recurrido poner a disposición del paciente todos los insumos prescritos por el médico

³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 74.724-2022 del 29 de noviembre de 2022.



tratante, que periódicamente le entregaba, para ejecutar el tratamiento en su hogar. De esta manera, el actuar del recurrido vulnera las garantías previstas en el artículo 19, número 1 y 2, de la Constitución, puesto que el cuidado de las personas con grave estado de salud es parte de la protección de su derecho a la vida; y porque al constatar que personas en su misma condición reciben los insumos y tratamiento indicado por el hecho de encontrarse internados en un recinto de salud, implica una discriminación que carece de fundamento (considerando octavo).⁴

4 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2.683-2022 del 8 de septiembre de 2022. Otros fallos recientes se han pronunciado en sede de recurso de protección sobre la afectación a la integridad física de las y los pacientes por la falta de provisión de tratamiento, como sucede en el emitido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el fallo 3252-2022 del 29 de agosto de 2022. En otros fallos que se han pronunciado, como rol 21.119-2019 del 12 de septiembre de 2019 sobre interrupción de una hospitalización domiciliaria por parte de la isapre y 21.793-2021 del 26 de marzo de 2021 con respecto a la provisión de cuidados paliativos después de una alta voluntaria, en efecto se habla sobre la integralidad de derecho a la salud: «En este orden de ideas, si bien es un hecho pacífico que la actora ha manifestado su clara voluntad de no someterse a más tratamientos ni estudios clínicos —aceptando el presumible desenlace de sus patologías—, también ha sido enfática en solicitar que se le realicen las transfusiones de sangre que permiten controlar sus padecimientos. En consecuencia, las instituciones recurridas yerran al conducir su actuar como si el alta domiciliaria voluntaria de la actora las eximiera de la responsabilidad de atender sus necesidades de salud por el hecho de no encontrarse internada. Por el contrario, al tenor de la norma citada, ella es libre de decidir recibir el tratamiento que estime para su dolencia y durante el tiempo que voluntariamente esté disponible, aun cuando aquello deba ser llevado a cabo en su domicilio, toda vez que es deber de las recurridas poner a su disposición todos los medios técnicos posibles para ejecutar el tratamiento desde y en el hogar de ella. Un actuar distinto, que derive en el abandono del paciente por el hecho de pedir el alta voluntaria, no se aviene al orden constitucional vigente y representa una conducta arbitraria que sin duda afecta sus garantías fundamentales y el derecho a que el Estado reconozca plenamente su condición de persona humana que debe ser tratada con dignidad, que se reconoce como una de las bases de la institucionalidad en nuestra Carta Fundamental, respetando y resguardando todos sus derechos y garantías que estas le reconoce y la ley desarrolla» (considerando séptimo y octavo). Se ha señalado también vulneración del derecho a la salud por no proporcionar un diagnóstico certero que permita el tratamiento en el rol 12.412-2018 del 30 de octubre de 2018 en sede de recurso de protección, en el que la Corte Suprema señala: «En este caso, los antecedentes acompañados permiten concluir que el recurrido no ha adoptado todas las medidas legalmente necesarias para que la recurrente cuente oportunamente con un diagnóstico certero y definitivo que sea producto del estudio médico de la totalidad de los antecedentes y exámenes que le fueron prescritos; omisión que es ilegal, además de arbitraria por cuanto la demora de la recurrida en realizar tales medidas carece de una justificación razonable. Di-

El artículo 19, número 9, consagra el derecho a la protección de la salud, encontrándose el deber de Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación que tiene el individuo.

La doctrina ha señalado algunas características de derecho a la salud en el contexto del Estado subsidiario, como la comprensión del mismo como un derecho individual en la Constitución, pero su caracterización como derecho social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁵ Es así como el máximo organismo de justicia en materia constitucional ha señalado:

Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, número 9, de la Constitución.⁶

Se ha señalado también que una de las características del derecho a la salud, en la forma en que es consagrado en la Constitución, es que genera limitada exigibilidad judicial directa, en la medida en que la garantía general de derechos solamente ampara el último inciso del artículo 19, numeral 9, es decir, la libertad de elegir entre afiliarse al sistema público o privado. Se ha señalado en la doctrina que la exigibilidad del derecho

cho comportamiento vulnera el derecho a la protección de la salud de la recurrente, garantizado en el artículo 19, número 9, de la Constitución, como así también su derecho a la igualdad ante la ley, contemplado en el número 2 del mismo artículo, toda vez que no ha sido tratada en forma similar a otras personas que, en situación equivalente, han visto satisfechas sus Garantías Explícitas en Salud» (considerando quinto y sexto de la sentencia de la Corte Suprema).

5 Así lo señalan Allard, Hennig y Galdámez (2016: 108) a partir de los fallos del Tribunal Constitucional rol 976-2007, sentencia del 26 de junio de 2008; 1.218-2008, sentencia del 7 de julio de 2009; 1.273-2008, sentencia del 20 de abril de 2010; y 1.287-2008, sentencia del 8 de septiembre de 2009, que sirvieron de fundamento para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres consolidada en el fallo de Tribunal Constitucional rol 1.710-2010 del 6 de agosto de 2010.

6 Tribunal Constitucional, rol 976 de junio de 2008, c.j. 36.



a la salud en Chile, desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado, es indirecta y encuentra protección cuando se conecta a una posible vulneración del derecho a la vida.

La protección directa del derecho a la salud puede afirmarse en reclamaciones administrativas fundamentadas en el artículo 24 de la Ley 19.966, la que puede realizarse ante la Superintendencia de Salud. Sin embargo, por vía constitucional solo se puede acceder a protección indirecta a través de otros derechos como la vida y la propiedad.

La Constitución chilena de 1980 no contiene aquel equilibrio del Estado social entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino que un pronunciado desequilibrio en favor de los primeros, que demanda urgente reparación, a más de veinticinco años desde el inicio de la transición a la democracia. Y, luego, ello se manifiesta en las leyes que se dictan, en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y en la mayoría de los casos influye en la promoción de acuerdos «consensuados» en el parlamento que no resguardan adecuadamente el derecho a la salud como derecho social.

El Estado subsidiario se arraiga fuertemente en el individualismo, tanto a la hora de reconocer el derecho a la salud como al momento de garantizarlo, en que el Estado asume lo sobrante, aquello que no resulta atractivo o rentable para el sector privado. En Chile, uno de los intentos más relevantes por introducir el criterio de la solidaridad se produjo en el contexto de la tramitación del Plan Auge con el fondo de compensación solidario, sin embargo, la iniciativa no prosperó en sede legislativa (Allard, Hennig y Galdámez, 2016: 127-133).

Por otro lado, más allá de la nomenclatura aparentemente restrictiva que usa el artículo 19, número 9, refiriéndose al derecho como de protección a la salud, la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al ordenamiento jurídico nacional conlleva que los estándares sean plenamente aplicables al momento de determinar cuál es el nivel de salud que debe proporcionar el Estado, refiriéndose entonces a disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, así como a las acciones para la recuperación y rehabilitación de la salud que implican el ejercicio de la medicina curativa y preventiva. El Estado, además, está expresamente encargado de la coordinación y control de las actividades relacionadas con la salud, garantizar los medios y mecanismos para proporcionarla. Finalmente, llevar a cabo una interpretación armónica de la norma constitucional con los estándares inter-



nacionales introducidos en el ordenamiento jurídico chileno en base al artículo quinto inciso segundo de la Constitución implica acudir a un abanico amplio de posibilidades interpretativas, como señala Figueroa (2013: 327 y 328):

Este marco de obligaciones explícitamente señalado por la Carta Fundamental no agota la totalidad de ellas. Otras obligaciones que puede tener el Estado se pueden derivar de una interpretación doctrinaria del derecho a la salud. Para estos efectos, puede ser de utilidad considerar la idea del contenido mínimo del derecho, como ha sido señalado por la doctrina internacional. También pueden ser útiles las elaboraciones del comité DESC del PIDESC. Es cierto que las observaciones generales del comité no son jurídicamente obligatorias, pero el Tribunal Constitucional se ha referido a ellas, de modo que alguna relevancia tienen.

Las reflexiones señaladas sobre el artículo 19, numeral 9, son relevantes para comprender los derechos que tienen los pacientes en la relación clínica. Como se ha señalado, el derecho a la salud es el marco en el que se desempeñan dimensiones concretas en que este se manifiesta, entre ellas, la calidad, la aceptabilidad y la accesibilidad. Un acceso sin trabas al ejercicio del derecho a la salud, a la calidad en la asistencia y al cumplimiento de los estándares internacionales redundan en una relación clínica respetuosa de las y los pacientes.



Capítulo 4

La Ley 20.584 de los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud

El catálogo de derechos de las y los pacientes se incorpora al ordenamiento jurídico mediante la Ley 20.584 del 13 de abril de 2012, sin embargo, tiene como antecedente la normativa contenida en los Códigos de Ética Médica y alguna de carácter administrativa que regulaba elementos concretos, como sucede con el Reglamento Orgánico de Servicios de Salud contenido en el Decreto 140 del Ministerio de Salud del 21 de abril de 2005, que fija las principales características de la atención primaria en el sector público y los lineamientos de acción de los establecimientos de salud, consagrando, en su artículo 34, una primera referencia al deber de informar y recabar el consentimiento informado de las y los pacientes.

El primer proyecto de la ley que busca regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud data del 26 de julio de 2006, por lo que el recorrido para llegar a la norma actual fue extenso y complejo. El mensaje 223-354, que introduce el tratamiento de la ley, hace referencia expresa a su inspiración en los instrumentos internacionales ratificados por Chile, especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Dichos instrumentos nos permiten traducir sus preceptos en normas jurídicas concretas, adaptados a las distintas situaciones en que su posible vulneración debe enfrentarse.

Según la historia de la ley, los principios inspiradores de la norma se centraban en la dignidad de la persona mediante el reconocimiento intrínseco de ella y el respeto a sus derechos humanos en la relación



clínica; la autonomía de las personas en su atención de salud; el derecho de las personas a decidir informadamente; y, el respeto por los menores de edad como 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. Se asegura, además, como principio rector, el respeto por las personas en situación de salud terminal; el respeto a la autonomía de la persona frente a la investigación científica; el respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual; la confidencialidad en la atención en salud; el reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud; y, finalmente, el construir un marco legal de los derechos de los pacientes que eleven a esta categoría las ya existentes directrices éticas en el ámbito asistencial.¹

El catálogo de derechos de la propuesta de ley original desarrollaba el derecho a un trato digno, el derecho a tener compañía y asistencia espiritual, el derecho a la información abordado de la manera más amplia, incluyendo aquella que permite el ejercicio de consentimiento informado y la relacionada con el servicio médico. Otros derechos incluidos en el catálogo original de proyecto de ley incluían la reserva de información de la ficha clínica, la decisión informada y el catálogo de deberes de las y los pacientes.

En este contexto, tras seis años de tramitación, la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, se convierte en la norma central en la materia, albergando posteriores reformas como la contenida en la Ley 21.168 del 27 de julio de 2019, que consagra la atención preferente en asistencia y acceso a medicamentos para personas con discapacidad y personas mayores. Luego, la Ley 21.188 del 13 de diciembre de 2019, que introduce normas para la protección de profesionales y funcionarios de los establecimientos de salud, entre otros. Posteriormente, la Ley 21.331 del 11 de mayo de 2021, que regula el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas en atención de salud mental y las leyes 21.371 del 29 de septiembre de 2021 y 21.372 del 7 de octubre de 2021 que introducen normas sobre el respeto a la persona frente a la muerte ges-

1 Para más información, véase el «Mensaje 223-354 del 26 de julio de 2006: Historia de la Ley 20.584», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 24 de abril de 2012, disponible en <https://bit.ly/3DnWWqy>.

tacional o perinatal y el acompañamiento a niñas, niños y adolescentes y mujeres en labor de parto, respectivamente. Finalmente, dos reformas recientes contenidas en la Ley 21.380 del 21 de octubre de 2021 y en la Ley 21.509 del 25 de noviembre de 2022, la primera busca incorporar a los cuidadores y a las cuidadoras de personas como titulares del derecho a ser atendidos preferente y oportunamente por cualquier prestador de acciones de salud; mientras que la segunda tiene por objeto modificar el artículo 14 de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, para autorizar la toma de examen PCR en el contexto del programa de Búsqueda de Casos Activos de covid-19 desde los catorce años de edad, sin consentimiento de sus padres, de quienes ostenten su cuidado personal o patria potestad, siendo suficiente el otorgado por el niño, la niña o el adolescente.

Como se puede observar, la norma se ha mantenido sin mayores modificaciones desde su promulgación, excepto por temas específicos que han requerido intensificación de su función protectora frente a determinados grupos con mayor vulnerabilidad o mejora de las condiciones para el trabajo de los profesionales de la salud en general o frente al covid-19.

La reforma con mayor afectación estructural es efectuada por la Ley 21.331, sobre atención en salud mental, al introducir reglas con respecto al consentimiento por representación en la relación clínica con respeto a niñas, niños y adolescentes. Se profundizará a continuación en el tratamiento legal de los derechos de las y los pacientes y sus deberes en la relación clínica.

La seguridad del paciente

El artículo 4 de la Ley 20.584 se refiere a la seguridad en la atención como un derecho que se materializa en el cumplimiento de las normas y de los protocolos de seguridad por parte de los miembros del equipo de salud y prestadores institucionales.

Se ha definido a la seguridad como elemento de la calidad asistencial y es:

Un término que incluye las actuaciones orientadas a eliminar, reducir y mitigar los resultados adversos evitables, generados como consecuencia del proceso de atención a la salud, además de promocionar aque-



llas prácticas que han resultado más seguras, al tiempo que propicia un cambio cultural que destierre todo atisbo de cultura reactiva que culpabilice a los profesionales por sus errores (Aranaz y Moya, 2011: 331).

Por lo señalado, la seguridad de las y los pacientes se refiere a la posibilidad de ocurrencia de eventos adversos. La norma señalada los ejemplifica en los casos de infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, en todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. La principal acción del tratante o del equipo médico ante la presencia de estos eventos será la información al paciente mismo o a quien lo representare, independientemente de la magnitud que haya ocasionado dicho evento.

La alusión a normas y protocolos conlleva que el análisis del tema se realice desde la perspectiva de la culpa infraccional, ya que la gran mayoría de las actuaciones médicas se encuentran estandarizadas expresamente o como parte de contenido de la *lex artis*, concepto jurídico indeterminado que es frecuentemente requerido en la jurisprudencia para el análisis de la culpa en los casos de negligencia de tratante o del equipo médico.

Desde el punto de vista sanitario, la seguridad del paciente como derecho y la faz preventiva que esta envuelve se enmarcan en el concepto más amplio de calidad asistencial que se analizará a continuación, junto con los mecanismos que esta brinda para prevenir el daño, bajo el principio básico de no provocar daño. Finalmente, se realizará una breve aproximación sobre la normativa que regula la seguridad del paciente en Chile.



Calidad en la atención en salud

La calidad asistencial comprende tres factores, los que se pueden apreciar en la **figura 1**.

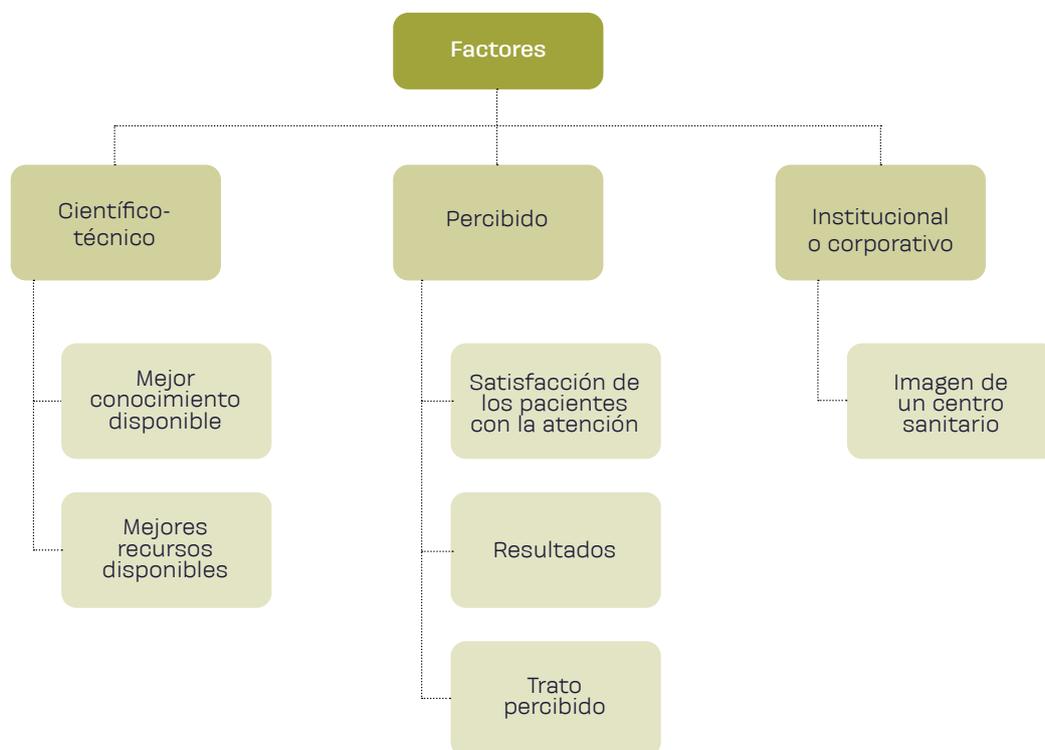


Figura 1. Factores de la calidad asistencial.
Fuente: Elaboración propia a partir de Rocco y Garrido (2017: 785).

A su vez, estos factores deben combinarse con dimensiones identificadas, las que pueden apreciarse en la **tabla 1**:

Tabla 1. Dimensiones de la calidad asistencial.

Factores	Dimensiones
Científico-técnico	<ul style="list-style-type: none"> • Competencia profesional o calidad científico-técnica • Efectividad • Eficiencia
Percibido	<ul style="list-style-type: none"> • Atención centrada en el paciente • Satisfacción • Adecuación
Institucional o corporativo	<ul style="list-style-type: none"> • Seguridad del paciente • Accesibilidad

Fuente: Elaboración propia a partir de Rocco y Garrido (2017: 785).

A pesar de que la ubicación de cada dimensión procura compatibilizar con el factor respectivo, algunas de ellas son claramente transversales a todos los criterios. Es así como el factor técnico-científico implica la aplicación del mayor conocimiento posible y calidad para evitar accidentes y cumplir con la dimensión de seguridad, para lo cual se deberá contar con indicadores y sistemas efectivos y eficientes que permitan identificar de manera temprana un posible daño.

Por su parte, la atención centrada en el paciente es transversal al concepto previamente identificado de modelo deliberativo de la relación clínica, en la medida en que procura organizar la atención a partir de las necesidades de la o el paciente y no del prestador. Por lo tanto, todas las capacidades y el conocimiento en la asistencia convergen en maximizar el bienestar de la o el paciente y satisfacer el factor percibido de la calidad asistencial.

A partir de la definición de la salud de la Organización Mundial de la Salud como «el estado completo de bienestar físico, psíquico y social y no solo la ausencia de afecciones o enfermedad»,² el compromiso de la seguridad del paciente, como dimensión de la calidad asistencial, comprende una serie de estrategias que permanentemente mitiguen riesgos, impidan aparición de fallos en el sistema, disminuyan los errores y procuren identificarlos inmediatamente cuando se produzcan, permitiendo reducir oportunamente la posibilidad de que causen efectos. La seguridad del paciente, por lo tanto, más allá de la referencia del artículo 4 de la Ley 20.584 y la relación que se pueda hacer de este con los derechos constitucionales y el contenido de los tratados internacionales que se garantizan para las y los pacientes, se constituye como un enfoque o cultura de actuación y política pública, debiéndose colocar como prioridad en todos los actores que se relacionan con su bienestar (Rocco y Garrido, 2017: 786).

La seguridad del paciente tiene como centro la minimización de daño y la reducción de posibilidades de cometer errores, asumiendo, sin embargo, que el ser humano es falible, por lo que el parámetro a seguir es la razonabilidad que brinda el mejor conocimiento científico y las técnicas más avanzadas para evitar el riesgo.

2 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York entre el 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.



La doctrina nacional se ha referido a la seguridad del paciente como derecho y ha señalado que el artículo 4 de la Ley 20.584 ha servido como fundamento para generar normativa específica que busca la prevención y la mitigación de riesgos frente a eventos adversos y centinela (Pizarro, 2017: 34 y 35), como la Resolución Exenta 1.031 del 17 de octubre de 2012, que establece protocolos sobre seguridad del paciente y calidad asistencial. En los considerandos de este documento se señala que la seguridad del paciente y la calidad de la atención son componentes fundamentales de la atención de salud, conjugándose en ellos aspectos propios del sistema sanitario implementado, condiciones del paciente y las acciones humanas.

En referencia a los protocolos mencionados, se ha dicho también, por la doctrina nacional, que los mismos se incorporan al contrato médico, el cual tiene ya una naturaleza muy particular en el ordenamiento jurídico chileno, al ser atípico, complejo y enmarcarse en la categoría de contrato dirigido. En efecto, se señala que estas normas técnicas y procedimentales destinadas a garantizar la seguridad del paciente en el contexto de la calidad asistencial:

Se entenderían incorporadas al contrato, entendiéndose que, como ya se ha dicho, forman parte de la obligación que impone el mentado precepto. Y al ser parte del contenido del contrato médico, su infracción, en caso de causar daño, atribuirá responsabilidad civil al que la cometa (Vidal, 2020: 32).

La Resolución Exenta 1.031 a la que se ha aludido incorpora nueve normas sobre seguridad del paciente en distintos ámbitos, destacándose la número dos, que se relaciona con el reporte de eventos adversos y centinela. Adicionalmente, el 12 de septiembre de 2013 se dictó, por el Ministerio de Salud, la norma técnica 154 sobre el Programa Nacional de Calidad y Seguridad en la Atención en Salud, que, en su introducción, señala como principios centrales para el ejercicio de la asistencia sanitaria en el sector público y la fiscalización en el sector privado, el respeto a la persona, la oportunidad justa y la calidad apropiada para la provisión de los servicios sin discriminaciones arbitrarias. Los protocolos contenidos en la Resolución Exenta 1.031 constituyen el marco regulatorio de esta norma técnica.

La norma señalada establece listas de chequeo para la seguridad de la cirugía, análisis para reoperaciones quirúrgicas no programadas, pre-



vención de enfermedades tromboembólicas en pacientes quirúrgicos, prevención de úlceras y lesiones por presión hasta procedimientos para el reporte de caídas de pacientes hospitalizados, para todo lo cual genera indicadores e identificadores de responsabilidad. En la esfera orgánica crea las Oficinas de Calidad y Seguridad Asistencial para cada hospital y centros de la red asistencial, los que tendrán una coordinación nacional.

En este contexto integral, para efectos de profundizar en el derecho de las y los pacientes a la seguridad en la atención y las implicaciones de los eventos adversos y centinela como fuentes de responsabilidad civil, se hará una revisión de ellos.

Prevención de eventos adversos y abordaje de eventos centinela

En materia asistencial, se ha extendido la preocupación por mitigar, de la mejor manera posible, errores evitables a partir de textos y estudios fundamentales que han demostrado que adecuadas estrategias y técnicas, así como la aplicación de conocimiento dirigido a fortalecer el componente seguridad, efectivamente pueden conseguir resultados.³

Según el Protocolo y las Normas sobre Seguridad del Paciente y Calidad de la Atención para ser aplicados por los Prestadores Institucionales Públicos y Privados, contenido en la primera norma de la Resolución Exenta 1.031, se entiende como evento adverso a una situación o a un 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 normal de la enfermedad. La preocupación principal de esta regulación es incorporar medidas de prevención efectivas e indicadores de proceso que impidan que estos eventos sucedan. Por su parte, el evento centinela es un suceso inesperado que produce la muerte o serias secuelas físicas o psicológicas, o un riesgo potencial de que esto ocurra.⁴

3 Entre estos se encuentra el texto *To err is human* de 1999, sin embargo, estudios recientes han demostrado que el error médico es la tercera causa de muerte en el ámbito asistencial en los Estados Unidos. Por su parte, en Iberoamérica el estudio IBEAS determinó que la tasa de eventos adversos fue de un 10,5%, considerándose un 60% como errores evitables y un 6% de muertes evitables (Rocco y Garrido, 2017: 787).

4 Para más información, véase «Norma sobre seguridad de paciente y calidad de la atención con respecto a reporte de eventos adversos y eventos centinela», Ministerio de Salud, 2012.



La prevención de los sucesos explicados es relevante desde el punto de vista sanitario. Como señala Blanco Vargas (2011: 34):

De estos eventos, por la magnitud de las consecuencias que le acarrearán al paciente, hay que tener claridad sobre la respuesta inmediata que se debe realizar, en donde esté contemplado la intervención a gestionar con el paciente y su familia y, por consiguiente, la de la segunda víctima, es decir, la del profesional de la salud que esté implicado en el evento.

El enfoque preventivo y la consideración del tratante como segunda víctima que trae consigo el abordaje sanitario de la seguridad en la asistencia puede ser útil para superar el análisis jurídico tradicional que se ha hecho de este tema desde la perspectiva de la responsabilidad civil y la culpa.

La asimetría de información que existe en la relación clínica entre el tratante o equipo médico y la o el paciente ha sido el fundamento del derecho a la información, de segundo y de la obligación de informar y recabar el consentimiento informado, de primero. Como se observará más adelante, los riesgos inherentes al tratamiento constituyen un elemento esencial que debe ser comunicado a la o el paciente y su relevancia radica en que configura el ejercicio de la autodeterminación por su parte. Desde la doctrina nacional, se ha señalado que el tratante se constituye como garante en la relación clínica, y se ha afirmado que:

Como primera manifestación, se exige al médico el conocimiento de los riesgos asociados al acto médico; eso permitirá satisfacer el deber de información a favor del paciente. Al conocer los riesgos, el médico es compelido no solo a informar, sino a excluir su ocurrencia, para el caso en que dichos riesgos puedan evitarse. La conducta del médico debe orientarse a evitar los riesgos o eventos adversos, lo que no significa que sea responsable por la ocurrencia de estos. Lo que se evalúa es si podía prever la ocurrencia del evento adverso y, en ese caso, si pudo haberlo evitado empleando una diligencia que le es exigible. De alguna manera, entonces, la seguridad reenvía al debate acerca de la *lex artis* exigible al médico (Pizarro, 2017: 40).

El carácter inesperado de los eventos adversos o centinela se refiere al curso normal de la enfermedad o afectación, sin embargo, existe evidencia científica de que pueden producirse sin la adopción de las adecuadas medidas de prevención, por lo que puede verificarse negli-



gencia o ruptura del deber de garante que tiene el tratante frente a ellos. Los errores evitables consumados o inadecuadamente informados o reportados pueden reflejar incumplimiento del estándar objetivo de la conducta adecuada a la *lex artis*, sea de la o el tratante que realizó directamente la intervención, del equipo al que pertenece o de la estructura u organización.

El deber de cuidado de la o el tratante, grupo médico o estructura prestadora de salud ha tenido un progresivo acercamiento hacia la culpa infraccional en la medida en que la medicina avanza en la estandarización de sus procedimientos y de su profundización en el descubrimiento de buenas prácticas que quedan plasmadas en normas técnicas, todas ellas incorporadas al contrato médico o, desde una perspectiva más amplia, a la noción de calidad asistencial.

Las nueve normas de 2012 que tratan temas de seguridad de los pacientes se pueden apreciar en la **tabla 2**.

Tabla 2. Normas sobre seguridad de las y los pacientes

Número de norma	Título	Número de páginas
1	Establece protocolos y normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención para ser aplicados por los prestadores institucionales públicos y privados.	4
2	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: reporte de eventos adversos y eventos centinela	9
3	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención referido a: aplicación de lista de chequeo para la seguridad de la cirugía.	9
4	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: análisis de reoperaciones quirúrgicas no programadas.	7
5	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: prevención de enfermedad tromboembólica en pacientes quirúrgicos.	5
6	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto a: prevención de úlceras o lesiones por presión (UPP) en pacientes hospitalizados.	10
7	Normas sobre la seguridad de la atención del paciente y calidad de la atención respecto de: reporte de caídas de pacientes hospitalizados.	7
8	Normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de: pacientes transfundidos de acuerdo a protocolo	4
9	Programas de prevención y control de las enfermedades asociadas a la atención de salud (IAAS).	15

Fuente: Resolución Exenta 1031 del Ministerio de Salud.

A lo señalado, se suman las normas especiales emanadas por motivo de la pandemia covid-19 contenidas en los Ordinarios C37-833 del 31 de marzo de 2020 y 1.189 del 29 de abril de 2021, con especial enfoque en el acceso a recursos como ventilación mecánica en las urgencias, protección al personal de salud e implementación de medidas que eviten eventos adversos relacionados con la enfermedad.⁵

Aparece también, en contexto de pandemia, el Ordinario C37-1.960 del 7 de julio de 2021, que señala la utilización del sistema de priorización de atenciones de urgencia basada en la evidencia, medidas preventivas adicionales en contexto de urgencia, sistema de reportes de eventos adversos y centinela, procesos de supervisión, monitoreo, aislamiento y priorización.

En un contexto más reciente, se ha aprobado la Norma Técnica 226 del 6 de septiembre de 2022, que establece la obligatoriedad de implementar un sistema de registro de datos que permita la trazabilidad de los dispositivos médicos al momento de su recepción por prestadores institucionales de salud. Esta norma es muy relevante en vista de la complejidad que ha adquirido el concepto de dispositivo médico en la actualidad, con la consideración de software basado en inteligencia artificial en esta categoría, como se señala en la propia norma. La importancia de contar con una regulación expresa que permita evitar eventos adversos y centinela relacionados con el funcionamiento de estos dispositivos a lo largo de su cadena de suministro, desde la fabricación, regulación, planificación, evaluación, adquisición y administración.

El artículo 4, sobre el derecho del paciente a la seguridad asistencial, según lo reseñado, tiene una amplitud por explorar, en sus especificidades, lo que comúnmente se ha contenido en el concepto amplio de *lex artis*, que aparece en la jurisprudencia y en la doctrina. A continuación, se verificarán algunos fallos en los que se ha hecho referencia a la seguridad del paciente.

⁵ Sobre negligencia por incumplimiento de esta normativa, se puede acudir al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 35.233-2020 del 30 de julio de 2020.



Referencias jurisprudenciales a la seguridad de las y los pacientes

El tratamiento jurisprudencial de concepto de *lex artis* es el punto de partida para verificar cómo la seguridad del paciente está relacionada con las buenas prácticas de tratante y el estándar objetivo de actuación que permite determinar la culpa.

La Corte Suprema, en su jurisprudencia, ha definido en qué consiste la *lex artis* del médico y es así como, en fallo rol 11.078-2014 del 17 de junio de 2014, se señaló:

La *legis artis* ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Con la noción de *lex artis* se consideran los distintos aspectos que llevan a determinar la naturaleza de la culpa y de estimarse concurrente ese elemento y por establecidos los demás presupuestos, se genera la responsabilidad del agente calificado: el médico. Específicamente se consideran las nociones de negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de las reglamentaciones.

Entre los componentes de la *lex artis*, se ha dicho, está precisamente aquel a que se refiere la recurrente, esto es, la comunicación de los riesgos del tratamiento al paciente.

En similar forma se pronuncia la Corte Suprema en el fallo 29.094-2019 del 1 de junio de 2020, específicamente en su considerando decimosegundo, cuando fundamenta que el incumplimiento de deber de información constituye una vulneración a la *lex artis*, acarreando la necesidad de indemnizar al paciente en la medida en que los riesgos que puedan generarse quedarían a cargo de tratante. En un fallo más reciente, se atribuye a falta de servicio una sucesión de errores graves en el reconocimiento de una urgencia no detectada que, por la tardanza en la atención, conllevó la muerte de una menor por falla orgánica sistémica.⁶

6 Para más información, véase Corte de Apelaciones de Concepción, rol 501-2018 del 20 de enero de 2021, considerando quinto, en el que se señala: «La falta de servicio opera como un factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que estos sufran a consecuencia de la actuación de los órganos del Estado en materia sanitaria; y, en la situación fáctica, el equipo médico del Hospital Guillermo Grant Benavente no otorgó a la menor fallecida la atención de salud requerida de manera eficaz y eficiente, por cuanto no se extremaron las

En el fallo de la Corte Suprema, rol 56.351-2021 del 31 de mayo de 2022, se trata el contenido de la noción de seguridad del paciente en el contexto del tratamiento de un niño por una asfixia neonatal severa provocada por una tardía atención y cirugía de emergencia que se requería para evitar las consecuencias dañosas. En este caso, el incumplimiento de estándares sobre la seguridad del paciente, tanto de la madre en el seguimiento y atención de parto como del neonato, por cuanto se prolongó la labor por más de cuatro horas y se retrasó la cesárea de emergencia que hubiese evitado la asfixia. La contravención directa de los protocolos aplicables permite determinar la falta de servicio por parte del hospital, y se señala lo siguiente:

El reproche que configura la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda intentada, se produce toda vez que el Hospital San Juan de Dios de La Serena no adoptó las medidas que bajo todas las circunstancias descritas le era imprescindible adoptar para la seguridad del paciente, la integridad física del niño y la calidad de la atención de salud que era esperable de un centro asistencial como la demandada que le garantizaba, ante eventuales errores del equipo médico o frente a eventos adversos evitables, según las prácticas comúnmente aceptadas y los protocolos vigentes al efecto, prevenir y evitar esta situación crítica relacionada con la atención sanitaria que estaba recibiendo, interviniendo oportunamente en esta crisis al menos representándole a dicho equipo médico su actuar o decididamente obligándolos a ajustarse a la *lex artis*, porque, en definitiva, se reitera, la prestación médica se estaba realizando en las dependencias del hospital. No podía escapar, entonces, al cuidado debido en materia de atención de salud que le era exigible a la demandada, según aparece de las condiciones descritas, que la decisión de extender el trabajo de parto para que el niño naciera vía vaginal aumentaba el riesgo irreparable para la salud de este, lo que era perfectamente evitable, de haberse adoptado las medidas antes señaladas. Por consiguiente, el señalado modo de proceder debe ser calificado, como

medidas de resguardo necesarias dada la patología que se encontraba cursando; el equipo médico no reaccionó adecuadamente ante la condición crítica de la menor, al punto que transcurridas ocho horas en los pasillos de la sala de urgencia la niña falleció. Existe así una falta de servicio evidente, puesto que ninguna actividad esperable de una institución moderna fue desplegada. Por el contrario, queda en evidencia un funcionamiento defectuoso o tardío, sin que puede calificarse la conducta desplegada por los profesionales médicos que atendieron a la menor como ajustada a la *lex artis* médica».



la prestación de un servicio deficiente, desde que no corresponde al que era esperable de un centro de salud de la complejidad del Hospital San Juan de Dios de La Serena, que estaba obligado a poner a disposición de la paciente, frente a la evolución crítica de su alumbramiento, todos los medios humanos y materiales requeridos para abordar oportuna y eficientemente su situación de salud, lo cual en la especie no ocurrió, conforme se advierte de la sola epicrisis del niño que da cuenta que al nacer sufrió asfixia neonatal severa, a pesar que el embarazo de su madre fue controlado y considerado como normal.

En otro fallo reciente se recurre a los protocolos sobre seguridad del paciente como elemento fundamental para determinar el factor de atribución de responsabilidad como en el caso anterior. Es así como, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 2.073-2019 del 9 de junio de 2022, se desarrolla una remisión al concepto de seguridad del paciente para configurar la culpa infraccional por incumplimiento de los protocolos del Ministerio de Salud ante intervenciones de alto riesgo, en una operación de meniscos de un paciente con obesidad mórbida y otras comorbilidades, en el que no se establecieron las precauciones debidas para evitar enfermedad tromboembólica, configurándose así la negligencia y constatación de la falta de implementación de mecanismos para mitigar errores evitables. En el considerando 30 se señala:

En la especie, existían factores de riesgo correspondientes al tipo de cirugía, a la obesidad mórbida, a la isquemia durante la cirugía y al reposo absoluto posoperatorio, siendo que, a pesar de calificarse como cirugía de alto riesgo, la única medida de prevención que se adoptó fue la indicación de medias antiembólicas, sin que hubiera indicación de terapia anticoagulante durante ni después de la operación indicada en pacientes de alto riesgo. Por eso esta pericia concluyó que estas conductas médicas referidas a la cirugía artroscópica de rodilla son constitutivas de negligencia médica. Asimismo, en el mismo sentido, el informe pericial evacuado por el médico Ángel C., quien hace alusión a un protocolo del Ministerio de Salud, en el que se constata que la enfermedad tromboembólica se presenta en un 20% de los pacientes quirúrgicos y según consta en dicho protocolo, entre las medidas de prevención de dicha enfermedad, se tienen las mecánicas, que son: i) deambulación precoz; ii) medias elásticas de compresión graduada; iii) y compresión neumática intermitente, y las farmacológicas que son: i) warfarina; iii) heparina no fraccionada en dosis bajas anticoagulantes; y iii) heparina



de bajo peso molecular. Concluye que, de los antecedentes descritos, en la atención del paciente San Martín B. hubo negligencia médica, porque no se le indicó un tratamiento farmacológico anticoagulante preventivo de enfermedad tromboembólica posterior a la intervención quirúrgica, lo cual está protocolizado por las normas del Ministerio de Salud de nuestro país, y solamente se le indicó un tratamiento preventivo mecánico (media elástica). Por lo tanto, la no indicación del tratamiento farmacológico anticoagulante favoreció la complicación del paciente, con la aparición de un tromboembolismo pulmonar y su fallecimiento.

Con respecto a este mismo protocolo, resulta interesante el fallo 60.654-2021 del 16 de febrero de 2022, en el que también se razona a partir de una mala calificación de riesgo de una intervención al no haber verificado el Protocolo Norma 5 sobre Prevención de Enfermedad Tromboembólica a un paciente quirúrgico, lo que determinó la falta de prescripción de anticoagulantes necesarios. El incumplimiento del protocolo permite al juez determinar la falla de la organización y configurar la falta de servicio de la siguiente manera, como se señala en el considerando noveno y decimosegundo:

Luego, es posible concluir que, efectivamente, la actuación del hospital demandado en el caso en examen fue deficiente al no considerar al paciente con riesgo moderado atendido el tipo de cirugía y la edad de este, por aplicación de la norma 5 antes mencionada, configurándose de este modo la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda intentada. No obsta a la conclusión anterior, el hecho de tratarse el fallecimiento de la persona, de una consecuencia probable de la ausencia de tratamiento adecuado en el período posoperatorio, ya que, no pudiendo considerarse la primera como una consecuencia necesaria de la segunda, el demandado se encontraba en la obligación de evitar la externalidad dañosa o responder por su producción, en su caso. Conforme a lo expuesto, la falta de servicio en que incurrió el Hospital Padre Hurtado es manifiesta, ya que el servicio se prestó en forma negligente, de modo que al no establecerlo así los sentenciadores han incurrido en un yerro jurídico, infringiendo los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 38 de la Ley 19.966, 4 de la Ley 18.575 y 1.698, 2.314 y 2.329 del Código Civil.

Otros fallos que consolidan el papel de la vulneración del derecho del paciente a una asistencia segura como quebrantamiento del deber



de cuidado y, por ende, criterio para atribuir la culpa por incumplir la *lex artis* materializada en la prevención de errores evitables, son la sentencia de la Corte Suprema, rol 21.718-2020 del 3 de julio de 2020, que analiza, además, la presunción de culpa en materia contractual y en la sentencia de la Corte Suprema contenida en rol 31.849-2019 del 14 de mayo de 2020, se establece que las normas y los protocolos son el parámetro para determinar la falta de servicio en materia de salud.⁷

En conclusión, la seguridad es un derecho de carácter legal exigible por parte del paciente como componente de la *lex artis*, su objetivo es impedir que se cometan errores evitables y, si estos se producen, mitigar al máximo sus efectos. Para ello, la medicina, progresivamente, ha ido estandarizando sus procedimientos en normas técnicas y protocolos que se incorporan al contrato médico y constituyen un estándar comparable de la conducta adoptada por la organización prestadora de servicio de salud en el caso del prestador público.

Por lo señalado, para efectos de responsabilidad, los eventos adversos y centinela son entendidos como producto de negligencia por parte del prestador, a pesar de que su realización sea anormal al curso de la enfermedad, sin embargo, la consecuencia mencionada radica en que el deber de cuidado de tratante se extiende a las medidas de precaución que se encuentran contenidas en los protocolos.

Fuera del ámbito de la responsabilidad, el derecho del paciente a la seguridad en la asistencia está contenido en el concepto más amplio de calidad asistencial, por lo que el enfoque preventivo y la consideración integral del tratante como segunda víctima, abordando además el enfo-

7 Para más información, véase Corte Suprema, rol 31.849-2019 del 14 de mayo de 2020, considerando décimo, en el que se establece que: «Para determinar la calificación de una conducta concreta se puede acudir a un parámetro de control, en que surge más nítidamente la noción de servicio público que impone un actuar en condiciones adecuadas conforme a tal finalidad, siendo responsable de forma principal y directa de los perjuicios que ocasione su irregular ejecución. Para este mismo fin, surge la apreciación normativa de la actuación, en que tal parámetro de control será la Constitución, la ley, los reglamentos, circulares, protocolos, guías de actuación, recomendaciones, directrices, *lex artis* y los principios que inspiran la actividad. También, en esta tarea, puede considerarse la simple previsibilidad que pueda ocasionarse un daño conforme a las circunstancias de tiempo y lugar, medios empleados y fines que se ha tenido presente al actuar. De esta forma, resulta indispensable demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración o, a lo menos, que su comportamiento no ha sido como hubiera podido esperarse».

que relacional y deliberativo de la relación clínica, se constituyen como elementos para tener en cuenta para la comprensión de fenómeno desde una perspectiva integral.

Trato digno

El artículo 5 de la Ley 20.584 determina que, en las atenciones en salud, las personas deben recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción acoge un recurso de protección con respecto a una persona mayor a la cual aparentemente se le extravía el plano de relajación, incurriendo en diversos gastos para comprobar que no la había tragado y que, luego, por causalidad, se dan cuenta de que la tiene en su boca. Es así como, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 149.934-2020 del 24 de septiembre de 2020, específicamente en el considerando décimo, se indica:

Que las circunstancias anotadas más arriba confirman la falta de acuciosidad y de atención en las acciones de salud que denuncia el recurrente con respecto al paciente, en lo que concierne al asunto de la placa de relajación, por cuanto las faltas y omisiones en el ámbito dicho, importan incumplimiento de la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, pues su artículo 2 dispone: «Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente»; y el artículo 4 prescribe: «Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normativas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud».

En un caso de negligencia médica en el parto, en el cual se generaron daños irreversibles para el recién nacido, se señala que la igualdad y la dignidad son la base para el análisis de las conductas acaecidas y, entonces, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 56.351-2021 del 31 de mayo de 2022, se determina que:

En la responsabilidad administrativa-sanitaria el servicio que prestan los recintos hospitalarios sean públicos o privados es el mismo, esto es,



una atención de salud en el marco de utilidad pública siendo, por tanto, sobre la base de la igualdad y dignidad de los pacientes que el análisis se debe realizar para determinar la culpa o la falta de servicio (culpa del servicio), el cual va dirigido a establecer si la conducta desarrollada cumplió el estándar de cuidado que le era exigido según las condiciones del caso en concreto, siendo indiferente el lugar donde se prestó la atención de salud y la modalidad en que esta se desarrolló, razones por las que se acogerá el recurso de casación en el fondo.

Además del aspecto de fondo, como ya lo ejemplificamos, los prestadores están obligados a utilizar un lenguaje adecuado e inteligible con respecto a la persona con la cual se están comunicando.

En caso de que la persona atendida adolezca de alguna discapacidad, no tenga dominio del idioma castellano o solo lo tengan en forma parcial, esas personas pueden recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida. Los prestadores también deben velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre.

En caso de duelo de la madre u otra persona gestante que haya sufrido la muerte gestacional o perinatal, así como también para el padre o aquella persona significativa que la acompañe, es menester efectuar acciones concretas de contención, empatía y respeto.

La Ley 21.375 consagra los cuidados paliativos y los derechos de las personas que padecen enfermedades terminales o graves. Esta nueva normativa también contribuye a un trato digno. Ello se ve explicitado en el artículo 4 de la ley en comento, que reza: «La protección de la dignidad y autonomía de las personas que padecen una enfermedad terminal o grave supone siempre respetar su vida y considerar a la muerte como parte del ciclo vital».

La privacidad y la honra

En este contexto también se manifiesta el trato digno mediante el respeto y la protección de la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud.

En especial, se deberán asegurar estos derechos en relación con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera que sea su



fin o uso. En todo caso, para la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para usos o fines periodísticos o publicitarios se requerirá autorización escrita del paciente o de su representante legal. Este derecho contempla el derecho a la imagen, que no está expresamente incorporado en la Constitución actual como sí ocurre con el derecho al honor y a la vida privada. Tampoco existe una regulación general a nivel legal. Por lo tanto, la inclusión del derecho a la imagen en la Ley 20.584 es una alusión particular, como lo es en otras ramas del derecho.⁸ De acuerdo con Larraín (2016: 121), que cita a Igartúa, «el derecho a que nadie capte, difunda o utilice la imagen de una persona sin su consentimiento».

La jurisprudencia, mediante recursos de protección, ha optado por dos vías: realizar una extensión del derecho a la vida privada de algún modo reconociendo la tesis de un derecho implícito o fijar el reconocimiento de este derecho por medio del derecho a la propiedad (Aran-cibia, 2014: 70). En torno al derecho de la imagen en salud es menester contar con el consentimiento del paciente. Solo en caso de usos periodísticos y publicitarios se exige el consentimiento escrito, sin embargo, también resulta aconsejable solicitar el consentimiento por escrito cuando se utilicen imágenes para otros fines (docentes, investigativos, entre otros) (Del Valle y otros, 2020: 564).

Ahora bien, en relación con las atenciones otorgadas por estudiantes 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. La falta de supervisión puede generar responsabilidad. En el caso de una persona mayor, se comprobó que no recibió una atención de salud adecuada de enfermería. A la paciente no se le practicaron aspiraciones de secreciones bronquiales en la forma que establece el protocolo dictado por el propio hospital. La paciente fue atendida por estudiantes de la carrera de Enfermería, quienes, sin embargo, no fueron supervisadas por un profesional de la salud del establecimiento hospitalario. De esta forma, en la sentencia de la Corte

8 En materia laboral se alude en los artículos 145 I y 152 bis F al derecho a la imagen, pues se exige a los empleadores autorización expresa para utilizar y explotar la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos como, asimismo, para usar la imagen de los deportistas, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios.

Suprema, rol 27.719-2019 del 4 de enero de 2021, se determina la falta de servicio y, en el considerando décimo, se prescribe:

Finalmente, la conclusión antedicha se ve refrendada, además, por la prueba documental denominada «Signos vitales y tratamiento», que la parte actora llama «Hojas o Fichas de Enfermería», de la que aparece que durante el 29 de marzo de 2015 no existen anotaciones relacionadas con la condición y estado de salud de la paciente suscritas por enfermeras profesionales, sino solo por alumnas de esa carrera, que se identifican como «Int UPV». Dicho modo de obrar demuestra que, en su actuación, tales alumnas no se hallaban bajo supervisión directa de un profesional de la salud, omisión que vulnera lo establecido en el inciso segundo de la letra c) del artículo 5 de la Ley 20.584.

En consecuencia, y aun cuando el demandado se hallaba obligado a designar a un profesional de la salud de su dependencia para que supervisara el quehacer de las alumnas de la carrera de Enfermería que, al tenor de la contestación de la demanda, realizaban su internado en el Hospital Clínico Herminda Martín, es lo cierto que los antecedentes aparejados al proceso dan cuenta de la ausencia de tal fiscalización y control, omisión que constituye, a su turno y por sí misma, una nueva expresión de la falta de servicio en que se sustenta la demanda de autos.

El derecho de atención preferente

Este derecho se encuentra regulado en los artículos 5 bis, ter y quáter de la Ley 20.584.

En primer lugar es preciso indicar que las personas mayores de sesenta años y las personas con discapacidad, así como los cuidadores o las cuidadoras, tienen derecho a ser atendidos preferente y oportunamente por cualquier prestador de acciones de salud, con el fin de facilitar su acceso a dichas acciones, sin perjuicio de la priorización que corresponda aplicar según la condición de salud de emergencia o urgencia de los pacientes de acuerdo con el protocolo respectivo. Todo esto según aplicación del Triage de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 3.243-2022 del 22 de junio de 2022. Es importante considerar que estos dos grupos de personas requieren más atenciones de salud que el resto de la población.

El concepto de cuidador se encuentra regulado en la propia ley, que dispone:



Artículo 5 quáter. Para efectos de lo dispuesto en esta ley, se entenderá por cuidador o cuidadora a toda persona que, de forma gratuita o remunerada, proporcione asistencia o cuidado, temporal o permanente, para la realización de actividades de la vida diaria,⁹ a personas con discapacidad o dependencia, estén o no unidas por vínculos de parentesco.

El contenido de la atención preferente y oportuna implica que, al ingresar el paciente, el prestador respectivo debe adoptar una serie de acciones tanto con respecto a la consulta de salud como a la prescripción y dispensación de medicamentos, y también acerca de toma de exámenes y procedimientos.

Con respecto a una consulta de salud, la preferencia se refiere a:

- En la entrega de número para la solicitud de día y hora de atención.
- En la asignación de día y hora para la atención.
- En la asignación prioritaria para la consulta de salud de urgencia.

En caso de considerar necesario que el paciente sea evaluado por un médico especialista, generando una interconsulta, deberá ser priorizada de la misma manera indicada.

Ahora bien, en relación con la prescripción y dispensación de medicamentos también se determinan los criterios de la atención preferente:

- En la emisión y gestión de la receta médica respectiva.
- En la entrega de número para la dispensación de medicamentos en la farmacia.
- En la dispensación de medicamentos en la farmacia.

Finalmente, con respecto a la toma de exámenes o procedimientos médicos más complejos, el legislador fija como preferencias las siguientes:

- En la entrega de número para la solicitud de día y hora para su realización.
- En la asignación de día y hora para su realización.
- En la posterior asignación prioritaria para la realización de exámenes o procedimientos médicos más complejos.

⁹ Las actividades de la vida diaria comprenden las acciones básicas que involucran el cuidado de uno mismo y del cuerpo, incluyendo el cuidado personal, la movilidad y la alimentación. Para más información, véase Mlinac y Feng (2016: 506-516).

Finalmente, el derecho a la atención preferente y oportuna debe consignarse con caracteres legibles, en un lugar visible y de fácil acceso del recinto donde se desempeña el prestador de salud, según el artículo 5 ter.

El derecho al acompañamiento, a la asistencia espiritual y a la pertinencia cultural

El artículo 6 de la Ley 20.584 regula un elemento esencial de la comprensión de la salud como un concepto de bienestar integral, estableciendo el derecho de la o el paciente a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, de acuerdo con la reglamentación interna de cada establecimiento, la que, en ningún caso, podrá restringir este derecho de la persona más allá de lo que requiera su beneficio clínico.

Todo paciente tiene derecho a recibir cuidados adecuados según sus necesidades. Ello implica tratar a cada paciente como una persona única e irrepetible, con valores propios y dificultades derivadas de la enfermedad, que se manifiestan de diferentes maneras. A su vez, la compañía familiar o de amigos cercanos no puede restringirse más allá del beneficio clínico del mismo. Las limitaciones al derecho deben ser justificadas en base a medidas racionales de prevención de riesgos, pero no sobrepasar la racionalidad.

En contexto de pandemia, en el que el acceso a recursos de salud llegó a ser altamente limitado, se profundizó en la discusión sobre el acompañamiento de pacientes con vulnerabilidad como niños, niñas y adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad, con niveles de dependencia suficientes para necesitar apoyo constante para la satisfacción de sus necesidades más básicas.

A pesar de la preocupación por detener los niveles de contagio, el Ministerio de Salud expidió la Resolución Exenta 694, que contenía el Protocolo para el Derecho de Compañía de niños, niñas y adolescentes hospitalizados el 21 de agosto de 2020, y estableció lineamientos relevantes sobre el contenido del artículo 6 en estudio.

La justificación para la presentación del protocolo se fundamenta en que:

Es importante destacar que, además de la perspectiva de derechos, la participación de los padres, madres o personas significativas en la hos-



pitalización del niño, niña o adolescente, influye positivamente en su desarrollo psicosocial, emocional y cognitivo, favoreciendo su recuperación.

La relevancia del protocolo tuvo su reflejo en una modificación a la Ley 20.584 introducida al artículo en estudio por la Ley 21.372 del 29 de septiembre de 2021, que incorpora lo siguiente:

Tratándose del acompañamiento de niños, niñas y adolescentes hospitalizados o sometidos a prestaciones ambulatorias, los reglamentos internos de los establecimientos permitirán en todo momento la compañía de su padre, madre, de quien lo tenga a su cuidado, o persona significativa, con la única excepción que de ello derive un peligro para el propio niño, niña o adolescente, u otros pacientes.

Asimismo, tratándose del acompañamiento de mujeres en trabajo de parto, los establecimientos permitirán en todo momento la compañía de la persona que ella determine, con la única excepción de que se derive de ello un peligro para el niño o niña, o para la mujer.

Las personas que brinden acompañamiento a los pacientes durante su hospitalización o con ocasión de prestaciones ambulatorias deberán recibir un trato digno y respetuoso en todo momento, entendiéndose por tal no solo un buen trato verbal e información, sino también el otorgamiento de condiciones para que ese acompañamiento sea adecuado para velar por la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente, atendido el principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

Si bien la norma señalada se centra en el cuidado ante las situaciones de dependencia, específicamente de niños, niñas y adolescentes bajo la aplicación del principio de interés superior de niño, el estudio de la importancia del acompañamiento y evitar la soledad ha sido relevante en estos dos últimos años de pandemia, por cuanto el aislamiento puede ser una situación que sitúa a la persona en una situación de mayor susceptibilidad frente a los procesos inflamatorios:

El dolor físico es percibido como una experiencia desagradable; igual que la soledad, el abandono, el desprecio o la sensación de pérdida también lo son dentro su esfera psicosocial. Además, aunque desconocemos de qué manera, todo apunta a que la soledad tiene un impacto negativo sobre la salud de las personas. El aislamiento social se ha asociado con una mayor incidencia de enfermedades y mayor prevalencia de muerte prematura (Consuegra-Fernández y Fernández, 2020: 6).



Más allá de la compañía al paciente como su derecho, la jurisprudencia ha planteado la razonabilidad de cómo debe cumplirse por parte del prestador de servicio de salud. En sede de recurso de protección, se ha señalado:

Que al evacuar su informe, la recurrida solicitó el rechazo del recurso, con costas. Expuso que, con respecto al reclamo de los recurrentes sobre un aparente incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley, que establece que «toda persona tiene derecho a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, de acuerdo con la reglamentación interna de cada establecimiento, la que en ningún caso podrá restringir este derecho de la persona más allá de lo que requiera su beneficio clínico», esta parte viene en dejar constancia que la clínica ha facilitado, en todo momento, el acceso a la compañía del paciente por parte de su familia y amigos, habida consideración de las limitaciones y restricciones establecidas al interior del recinto relacionadas a las medidas adoptadas tendientes a prevenir el contagio del covid-19 tanto de los pacientes como del personal que trabaja en dicho lugar, salvo en una sola oportunidad en que la recurrida se vio obligada a restringir las visitas a todos sus pacientes por un rebrote de casos covid-19 en la ciudad y en el interior del recinto hospitalario con algunos casos, el resto del tiempo. Para dicho efecto, la clínica ha dispuesto un sistema de agendamiento de visitas para que los pacientes puedan ser acompañados por sus familiares y amigos.

En particular, cada vez que la familia del paciente tiene alguna solicitud, esta se canaliza a través de la Unidad de la Familia y es derivada con el área correspondiente (equipo clínico). Para el caso de las visitas, estas se materializan una vez por semana, previo agendamiento de manera mensual. A la fecha, el paciente ha recibido las visitas de sus hijas J. G., M. G., M. G. y la tutora. Con respecto a esta última, se deja constancia que ha agendado una visita para el 11 de abril y, además, la cónyuge del paciente, doña P. T., ha agendado una visita para el 18 de abril. Así las cosas, no es verídico que la recurrida le ha negado el acceso a las visitas del paciente.¹⁰

¹⁰ Para más información, véase Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.399-2022 del 21 de noviembre de 2022, considerando segundo. Otros fallos se refieren a las normas internas que regulan el acompañamiento de pacientes hospitalizados y consolidan este derecho, cuyo incumplimiento es una vulneración grave. Así se puede observar en Corte de Apelaciones de Temuco, rol 12.254-2021 del 23 de abril de 2021,

El artículo 7 de la Ley 20.584 plantea una situación aún más compleja también relacionada con el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado constitucionalmente. En este caso, la norma establece:

En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, la protección y el fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura.

La complejidad de lo señalado radica, en primer lugar, en la determinación de lo que sería un territorio con alta concentración indígena, ya que lo que se regula solo aplica en este y no en todo caso en que el paciente pertenezca a una etnia, a un pueblo o a una nacionalidad. Conviene acudir a la Ley 19.253 de Desarrollo Indígena, que utiliza un concepto restrictivo de tierra indígena para determinar su protección y establece las Áreas de Desarrollo Indígena como mecanismo para focalizar las políticas de desarrollo, aunque sus elementos constitutivos puedan ser indiciarios de territorialidad indígena.¹¹

Chile incorporó la noción de territorio indígena con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este incluye, además de las tierras indígenas, aquellas usadas de alguna manera por los pueblos concernidos y los recursos naturales en ellos presentes. Sin embargo, el mero criterio demográfico puede generar la necesidad de dar cumplimiento a las especificidades de la norma estudiada.

A partir de lo señalado, se consagra como derecho la atención de salud con pertinencia cultural, enmarcado en un modelo intercultural y respetuoso de los conocimientos y de las prácticas en salud de los pue-

en sede de recurso de protección, y en Corte de Apelaciones de Temuco, rol 13-2021 del 14 de abril de 2021.

11 Para más información, véase Comisión de Agricultura, en el marco de la discusión del «Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas», Boletín 7.543-12.

blos. Sin embargo, este derecho se extiende también hacia una noción de calidad asistencial intercultural, cuando se señala que existan facilitadores interculturales y se respete tanto el idioma como la asistencia religiosa.

Se han verificado iniciativas de política pública en esta materia, en la política indígena de «Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas» que instaló un instrumento fundamental, el Programa de Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas («Programa Orígenes»), cuyo Componente de Salud Intercultural tuvo como objetivo contribuir a elevar la situación de salud de la población rural mapuche, aymara y atacameña mediante la eliminación de barreras culturales, el fortalecimiento de la medicina indígena y la ampliación del acceso físico a los servicios (Escalante y Lima, 2007: 5).

Otro avance en la materia que denota la doctrina es la introducción de concepto de salud intercultural a través de programas de gobierno. Al respecto, Manríquez-Hizaut y otros (2020) señalan:

Los programas de salud intercultural emergen como respuesta, frente a la que surgen interrogantes sobre su efectividad, impacto, valoración e involucramiento de los prestadores de salud occidental, por lo que se hace evidente un vacío de conocimiento que requiere ser nutrido de nueva evidencia. Adicionalmente no está incorporado a la discusión y estudios el cómo estudiantes de pregrado de las carreras del área de la salud tendrán o no formación y acercamiento a la diversidad cultural en la atención en salud. Finalmente, otro nodo crítico incluye cómo en estos programas se evita una aculturación de la población indígena y su concepción de salud/enfermedad, desde el punto de vista sanitario y educacional.

Cabe resaltar que, ya en 1992, surgió el Programa de Salud con Población Mapuche, centrado en mejorar la calidad de la atención de la población mapuche en los centros de salud, introduciendo la figura del facilitador intercultural. En 2008 surgió el Programa especial de Salud para Pueblos Indígenas. Es innegable el impacto positivo de estas experiencias al instalar el discurso sobre la necesidad de incorporar un enfoque «intercultural» en las prestaciones de salud para población indígena.

En la jurisprudencia reciente se hace alusión reiterada al derecho de recibir atención médica con pertinencia cultural en el fallo de la Corte Suprema, rol 95.034-2020, del 24 de agosto de 2020, en el que, en el

contexto de huelga de hambre de reos mapuche, comprometiéndose su estado de salud, se señala:

Para que [Gendarmería de Chile] adopte las medidas conducentes para internar en caso de urgencia a los huelguistas en un centro hospitalario, a objeto de que se les brinde una total y completa atención médica en el resguardo de su salud hasta su completo restablecimiento, sin perjuicio de que haga uso de las demás facultades que le confiere a ese servicio su ley orgánica y reglamento respectivo, con respecto a la alimentación de los mismos, de manera de asegurarles su vida e integridad física. En caso de que resulte necesaria una hospitalización, debe priorizarse en un centro hospitalario intercultural, a fin de que se les brinde una total y completa atención médica con pertinencia cultural en el resguardo de su salud, facultad que deber realizarse con pleno respeto de la dignidad de los internos.

El derecho a la información

La doctrina chilena destaca la importancia del deber de información por parte del prestador del servicio de salud.

El deber legal del médico de informar a su paciente, tanto en el ámbito autodeterminativo como terapéutico,¹² lo entendemos transversal a las distintas modalidades en que pueden prestarse los servicios médicos. Así, resulta aplicable tanto en un contexto contractual de índole privado; extracontractual, en caso de no existir acuerdo previo entre las prestaciones; o, igualmente extracontractual, en circunstancias que el prestador sea un órgano de la Administración del Estado en materia sanitaria.

Dicho lo anterior, cabe referir que el tratamiento del deber de informar del prestador de servicios de salud advierte un avance en los últimos diez años, mientras que el desarrollo jurisprudencial es escaso y no permite configurar líneas jurisprudenciales claras. A su turno, la mencionada escasa jurisprudencia de nuestros tribunales contrasta con la creciente litigiosidad que se advierte en otras latitudes cada vez con mayor fuerza.

12 En este sentido, véase Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9.828-2018, en especial el considerando decimoprimerero.



Tipos de información debida

La información que integra la ejecución del cumplimiento del deber del facultativo o del prestador institucional de la relación clínica comprende tanto aspectos vinculados a los servicios disponibles como otros de naturaleza económica y terapéutica. Este conjunto de elementos son diversos a los vinculados a la autodeterminación del paciente (o información autodeterminativa), pues dicen relación más bien con deberes contractuales o deberes del proveedor del servicio de salud hacia el consumidor-paciente.

Sobre la información autodeterminativa puede decirse que es aquella que debe comunicar el profesional de salud, con el fin de situar al paciente en una posición de decisión suficientemente clara con respecto a someterse o no a la intervención. Más allá, el objetivo final es que el paciente proporcione su consentimiento informado, de tal forma que el acto médico no vulnere los derechos fundamentales del paciente.

La información terapéutica, por lo tanto, se refiere a la necesidad de transmitir los riesgos inherentes a la actuación o que, a pesar de no ser propios de la intervención, se presentan como graves y pueden comprometer de manera importante la salud del paciente.

De esto se sigue que la Ley 20.584, en su artículo 10, incluya la obligación del profesional de salud de transmitir información sobre los riesgos y las alternativas terapéuticas, asimismo del diagnóstico y del pronóstico, en cuyo caso esta última información formará parte del tratamiento, pero contribuirá a la toma de decisión del paciente en lo referente al acto propuesto. Por otra parte, el artículo 34 del Decreto 140 del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, también se refiere a los riesgos del acto o intervención como uno de los elementos que el tratante debe informar. En consecuencia, puede verse que la norma nacional no profundiza en los tipos de riesgo que requieren ser informados, aunque la jurisprudencia ha desarrollado las características de esta información.¹³

Es del caso expresar que el médico debe informar los riesgos asociados al tratamiento, los cuales, además, deben ser comunicados según

¹³ Así, por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema, rol 5.396-2014 del 18 de junio de 2015. Otro ejemplo es el fallo de la Corte Suprema, rol 89.635-2016, del 29 de diciembre de 2017, con respecto a los riesgos de un traslado de paciente a un centro médico en la capital ante un diagnóstico de peritonitis.

el estándar subjetivo adoptado en el artículo 10 en referencia, es decir, en relación con el diagnóstico y condición del paciente. En esta línea, un fallo reciente señala expresamente que la prueba de la gravedad o infrecuencia del riesgo recae en el facultativo, aquello, como efecto de la asimetría de información existente y porque la falta de información de dicho riesgo implica responsabilidad para el caso de materialización del perjuicio, toda vez que configura una vulneración a la *lex artis* distinta y autónoma del error de tratamiento.¹⁴

De otro lado, del estándar subjetivo de información que consigna el evocado artículo 10, se infiere que la información entregada al paciente deberá ser adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico. Lo indicado no es baladí, ya que exige que el profesional de salud identifique, registre y asigne la importancia debida a las voluntades y preferencias de la persona concreta de la relación clínica, adoptando su conducta al ejercicio de una medicina centrada en el paciente que está actualmente atendiendo y no en uno ideal o promedio, lo que implica proyectar el consentimiento informado debido a un proceso complejo que adopta el paradigma de la autonomía relacional.¹⁵

Entendemos que las consecuencias de adoptar un estándar subjetivo se reflejan en el contenido del deber de informar y en su amplitud.

El primer elemento esencial integrante de la información autodeterminativa se refiere a los riesgos. En el contenido de la información autodeterminativa se incluyen, ordinariamente,¹⁶ además de los riesgos, las alternativas de tratamiento, debiendo ser compartidas con el paciente aquellas viables, que se encuentren en el conocimiento científico comprobado al momento de la intervención. La existencia de una sola alternativa terapéutica disponible no exime del deber de información.

¹⁴ Para más información, véase Corte Suprema, rol 29.094-2019 del 1 de junio de 2020.

¹⁵ La autonomía relacional aparece acogida en el artículo 7 de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores. En la doctrina nacional ha sido tratada por Riveros (2020: 110-114).

¹⁶ Decimos ordinariamente, por cuanto legal y jurisprudencialmente, existen ámbitos en los cuales el deber de información, en materia autodeterminativa, incluye mayor contenido. Así, por ejemplo, la Ley 20.418 sobre regulación de la fertilidad. Sobre dicha norma, ilustrativo es sobre el contenido del deber de información que aquella establece, el fallo dictado por la Corte Suprema en causa rol 44.150-2020.

A propósito de la información terapéutica, en el artículo 8 de la Ley 20.584 se consagra la obligatoriedad de transmitirla. El literal a) se refiere a información sobre servicios disponibles, por cuanto desarrolla el contenido del derecho del paciente a conocer 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. Se prevé que los valores a pagar por estos servicios sean debidamente comunicados con la mayor transparencia posible.¹⁷

En segundo lugar, el literal b) se refiere a la información de las condiciones previsionales de salud requeridas para la atención en específico y la forma en que se debe dar cumplimiento a los trámites, documentos y antecedentes solicitados para ello. De manera acertada, los literales c) y d) se refieren al conocimiento de la información sobre la reglamentación interna del centro de atención, incluyendo los mecanismos de reclamo, comentarios, sugerencias, agradecimientos y quejas. Los prestadores deben cumplir con las dos primeras previsiones, mientras que los públicos con los cuatro ítems y, además, con situar en un lugar visible una carta de derechos.

El objetivo es lograr el máximo de transparencia para el paciente. Si bien esta información no es autodeterminativa y se vincula con la toma de decisiones que puede afectar la autonomía del paciente, su disponibilidad también previene la materialización de riesgos que puedan afectar la esfera patrimonial y configurarse como fuente de responsabilidad civil para el prestador por los daños provocados.

¹⁷ Es menester distinguir, para efectos de la precisión en el ámbito financiero del deber de información, si el acto médico fue de urgencia o planificado, por cuanto en este último el estándar fijado es superior. En estos mismos términos se ha pronunciado la Superintendencia de Salud, informando, en reclamación administrativa rol 23-2022 de la Corte de Apelaciones de Concepción en los siguientes términos: «Dado que la intervención quirúrgica no se realizó en el contexto de una atención de urgencia, sino que fue programada con antelación, el prestador debía haberle informado a la paciente de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible acerca de los valores que involucraba la cirugía».

El consentimiento informado

El deber de informar como presupuesto

La consideración del deber de informar del profesional de salud hacia su destinatario, como una obligación jurídica, responde a un proceso de consolidación del reconocimiento de la autonomía del paciente como un derecho.¹⁸

Mientras que en Europa se produjo un giro hacia el paradigma de defensa de la autonomía del paciente con el Convenio de Oviedo, en América Latina el reconocimiento de la autonomía, conforme a los derechos del paciente, se aprecia a finales del siglo XX, con la aparición de leyes especiales que regulan un catálogo. En este escenario, el debate sobre la necesidad de establecer consecuencias jurídicas al incumplimiento del deber de informar, por parte del tratante hacia su paciente, se vinculó con la expresión de carácter compartido de las decisiones en la relación clínica, y la consideración del paciente a título de contraparte que puede y debe participar (Brazier y Cave, 2016: 264).

Lo señalado fue el resultado de un extenso proceso histórico. Las primeras reflexiones cuestionadoras del paternalismo médico no contemplaron al deber de informar como una obligación jurídica, derivada del derecho a la autonomía del paciente. Por el contrario, lo hicieron conforme a un deber profesional de carácter deontológico. En la jurisprudencia norteamericana se adoptó el término de *malpractice* porque se aludía a la falta de información del paciente como una práctica desaconsejada o negativa en el quehacer del profesional de salud. La información era parte del proceso terapéutico, pero no se la entendía al igual que un derecho exigible del paciente (Faden y Beuchamp, 1986: 117 y 118). Según Katz, al ser parte del deber profesional del tratante, este estaba llamado a informar al paciente sobre la naturaleza del procedimiento y obtener un asentimiento informado. Las únicas razones para omitir estas prácticas

¹⁸ La Corte de Apelaciones de Concepción, en autos civiles rol 1.517-2019, sobre este punto ha dicho: «No está de más recordar que la información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado “consentimiento informado”, siendo el objeto esencial de este la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico».



eran la emergencia o la falta de capacidad del paciente para ello (Katz, 2001: 49 y 50).

En Chile, la normativa sobre los deberes de los profesionales de salud en la relación clínica, antes de la incorporación de la Ley 20.584, era el Código de Ética Médica y una norma de carácter administrativo, el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, contenido en Decreto 140 del Ministerio de Salud del 21 de abril de 2005, un marco muy restringido.

La vinculación de la norma deontológica que contiene el deber profesional y las buenas prácticas de las ciencias médicas con la norma jurídica de protección de los derechos de los pacientes y los deberes de los profesionales de la salud permite que las primeras se incorporen a las segundas, como parámetro de actuación razonable para determinar la culpa en responsabilidad civil del médico e, inclusive, como contenido¹⁹ y fuente del contrato médico.

La capacidad para brindar el consentimiento

La doctrina en Chile ha distinguido tradicionalmente la capacidad de goce, como atributo de la personalidad, y la capacidad de ejercicio (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998: 403; Corral, 2018: 384 y 385). La capacidad de goce es la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que, cuando la persona puede ejercer derechos y ejecutar obligaciones por sí misma y sin el ministerio de otra persona, nos estaríamos refiriendo al ejercicio.

La capacidad de goce está presente en todas las personas, la incapacidad general de goce no es concebible, aunque pueden producirse incapacidades de goce específicas, como el caso de aquellas que se encuentran comprendidas en las causales de incapacidad e indignidad para suceder.

Las incapacidades de ejercicio general son las que nos interesan para verificar si una persona puede tomar una decisión con respecto a someterse o no a una intervención médica o, en general, está en la situación de recibir y comprender la información que el tratante,²⁰ como titular

19 En el sentido de establecer a la Ley 20.584 como integrante del contenido de todo contrato médico, encontramos el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2.080-2022, considerando undécimo.

20 En relación con la «comprensión», crucial es tener en consideración que, mientras no se evidencie que las facultades mentales del paciente se encuentran

del deber, le proporciona para que, en base a ello, realice actos jurídicos relacionados con la salud.

El artículo 1.446 del Código Civil determina que la incapacidad general de ejercicio es la excepción. La doctrina ha establecido que esta distinción que hace la norma tiene que ver con una necesidad de protección frente a la vulnerabilidad, incluso ha encontrado el fundamento en una norma constitucional el artículo 1, que consagra el deber del Estado de proteger a la población y permitirle desenvolverse en igualdad de oportunidades. Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico no permitiera la posibilidad de nombrar un representante que tome decisiones racionales por la persona que no está en la posibilidad de hacerlo sobre sus bienes y su propia persona, esta sería susceptible de abusos (Corral, 2018: 384 y 385).

Dentro de los casos de incapacidad absoluta, entiéndase la de ejercicio, aparece el del demente, cuya definición no se encuentra en el Código Civil y ha tenido discusión sobre su alcance en la doctrina, desde una perspectiva amplia ligada a la privación de la razón por cualquier motivo hasta una restringida al trastorno mental como causa (Barcia, 2014: 70 y 71). En todo caso, parece ser relevante el dictamen médico para la determinación de esta condición y aptitud de una persona para declarar su interdicción.

Tanto el demente como el sordomudo, que no pueden darse a entender, son casos que, desde una perspectiva técnica, corresponden a discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial y a una discapacidad auditiva y del lenguaje. Son introducidos sin distinción ni estados intermedios al grupo de personas que pueden ser declaradas interdictas, existiendo, además, una amplia legitimación activa para ello en los artículos 443, 457, 458 y 459 del Código Civil, es decir, desde un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, pasando por el defensor público, el curador o tutor de la persona adulta o menor ante la demencia sobreviniente, e inclusive cualquier persona si se habla de un «loco furioso» (Corral, 2018: 385).

El Código Civil chileno, en su artículo 1.447, determina quiénes son absolutamente incapaces, al punto que sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales, incluyendo a los dementes, sordos y sordomu-

perturbadas o alteradas, rige plenamente el artículo 14 de la Ley 20.584. En este mismo sentido, véase Corte de Apelaciones de Concepción, acción de protección rol 16.494-2020.



dos que no pueden darse a entender claramente. En estos casos opera la sustitución de la voluntad sin ningún tipo de gradación o consideración. Esto se refuerza en el artículo 456 y el 458 al indicar que el tutor del pupilo demente debe proceder con la interdicción judicial para ejercer la curaduría.

El tratamiento de la capacidad jurídica se remite a las figuras de tutela y curatela en los Títulos XXV y XXVI del Libro I del Código Civil y el juicio de interdicción. Se parte, entonces, del esquema de la sustitución de la capacidad.

En base a lo señalado, para la emisión de consentimiento informado en el ordenamiento jurídico chileno se requiere la capacidad de ejercicio, rigiéndose por las reglas del Código en comento. Por otro lado, en el caso de pacientes niñas, niños y adolescentes, la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia regula expresamente la institución garantizando el derecho a ser oído²¹ y vinculándose con el artículo 14 de la Ley 20.584 que prescribe el consentimiento informado por representación ejercida por los padres.²²

El consentimiento por representación versa con respecto a una situación concreta del paciente al momento de la atención, es decir, está

21 La norma señala: «Los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho, de acuerdo con su edad y estado de madurez, a obtener información completa sobre su salud y su desarrollo, así como sobre el proceso sanitario que deban recibir. Los prestadores de salud públicos y privados adoptarán las medidas pertinentes para garantizar este derecho, siempre de conformidad con el principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Asimismo, todo niño, niña o adolescente que se encuentre internado en un establecimiento de salud será informado del tratamiento que recibe y de las demás circunstancias propias de su internación de acuerdo con su edad, madurez, grado de desarrollo y estado, en cada oportunidad que sea examinado. Para el caso de que se requiera contar con el consentimiento establecido en el artículo 14 de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, deberá dejarse constancia de que el niño, la niña o adolescente ha sido informado y que se le ha oído, tomando en consideración su edad, madurez y grado de desarrollo».

22 En efecto, el inciso quinto del artículo 14 de la Ley 20.584 introducido por la Ley 21.331 señala: «Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído con respecto a los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que estos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído».



previsto en un contexto de emergencia en el que la ponderación entre la recuperación de la salud y la preservación de la vida prima sobre la autodeterminación del paciente que motiva el deber de informar. Mayor complejidad se observa en los casos en que se debe evaluar de manera específica la capacidad del paciente para recibir y procesar la información de carácter autodeterminativo.

El primer caso que se encuadra en este supuesto es el de niños, niñas y adolescentes, cuya redacción actual del penúltimo inciso del artículo 14 introducida por la Ley 21.331 del 5 de mayo de 2021, del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, enfatiza:

Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído con respecto a los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que estos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, la niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído.²³

Sobre esta representación, es relevante destacar su judicialización desde la perspectiva de decisiones contrarias a la salud y vida del niño, niña o adolescente por parte del representante. En efecto, nutrida jurisprudencia nacional existe en lo relativo a prestaciones de salud vinculadas con el bienestar del representado, pero que, pese a ello, no son aceptadas por el representante, ante lo cual se ha ejercido la acción de protección en favor del niño, la niña o adolescente y denunciando la privación, perturbación o amenaza a las garantías protegidas por el artículo 19, número 1 y 9, por parte del representante. Estas acciones han sido acogidas por nuestros tribunales superiores de justicia.²⁴

23 La historia de la Ley 21.331 no hace referencia precisa al momento en que se decide introducir esta modificación con respecto a la redacción anterior más que una indicación del ejecutivo. En todo caso, la adición del texto coloca, en primer lugar, la opción de consentimiento informado por representación en todo caso de niños, niñas y adolescentes, dejando la obligación de ser escuchados y elegir opciones según su madurez, como opciones subsidiarias.

24 En este sentido, véase Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 45-2022; Corte de Apelaciones de Talca, causa rol 2.521-2021; y Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 3.253-2021.

En otro caso, contenido en el artículo 15 de la Ley 20.584, se refiere a aquellas situaciones en las que el consentimiento informado no necesita ser requerido por el tratante, constituyendo excepciones al deber de obtener consentimiento informado. En casos similares, el profesional puede actuar directamente bajo el fin de preservar la vida. Los dos primeros literales obedecen a situaciones de estado de necesidad: el primero, en la que priman los motivos relacionados con la salud pública por sobre la autonomía de la decisión individual.

El literal c) de la norma se referiría al caso del paciente interdicto, según el sistema de sustitución de la voluntad e incapacitación previsto en el artículo 456 y siguientes del Código Civil, en concordancia con los efectos de la incapacidad absoluta del artículo 1447 de este Código de modo que su manifestación de voluntad no tendría validez alguna; y, de no poderse recabar el consentimiento de su representante legal, el médico está autorizado a actuar. Este artículo ha sido observado por parte del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad como contrario al artículo 12 de la Convención y a la Observación General Primera realizada por el Comité.²⁵

En el ámbito sanitario, en Chile, los artículos 10, inciso segundo, y 15 literal c) también consolidan un sistema de sustitución de la voluntad con respecto a las decisiones en salud, lo cual ya ha sido observado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Finales al informe inicial de Chile sobre la implementación de la Convención de 2016.

El más reciente avance en Chile, que se manifiesta en la Ley 21.331 del 11 de mayo de 2021, que reconoce y protege los derechos fundamentales de las personas en atención de salud mental, además, se conecta indirectamente con la Ley 21.375 sobre Cuidados Paliativos y los Derechos de las Personas que padecen Enfermedades Terminales o Graves, y con la Ley 21.380 sobre el reconocimiento del cuidado, ambas del 21 de octubre de 2021. Pese a ello, sigue siendo insuficiente la regulación (Calahorra, 2021b: 12-14).

²⁵ Los artículos 23 y 24 de la Ley 20.584 también regulan la restricción de información a la persona con discapacidad psíquica e intelectual, desde una perspectiva asimilable al beneficio terapéutico. Para más información, «Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas», Organización de las Naciones Unidas, disponible en <https://bit.ly/3OqIxQM>.



La Ley 21.331, en su artículo 4, introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno la articulación de apoyos para la toma de decisiones con el objetivo de resguardar las voluntades y preferencias. El inciso segundo de esta norma tiene la virtud de hablar del derecho de la persona con discapacidad intelectual de acceder a un plan de consentimiento informado, mismo que denota la noción de esta institución como proceso permanente de acceso a información para la toma de decisiones en salud mental. El inciso tercero regula el accionar de los equipos interdisciplinarios encargados de este proceso, y el inciso cuarto se refiere directamente a las declaraciones de voluntad anticipada equivalente a un mecanismo de resguardo de la voluntad y de las preferencias de la persona con discapacidad intelectual. El objetivo es prevenir la pérdida de capacidad sobreviniente.

Límites y excepciones

El consentimiento informado es, como se ha desarrollado en este trabajo, una de las mayores concreciones del ideario de la autodeterminación del ser humano, entendida en doctrina como «la posibilidad de las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino a través de decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas» (De la Maza, 2010: 95), en razón del cual puede otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier acción de salud. Lo señalado se encuentra consagrado legalmente en el artículo 14 de la Ley 20.584, y evidencia el cambio en la percepción de la relación clínica, ya que, como se ha dicho, el tratante ya no puede actuar, como se entendió en el pasado, como un déspota benevolente con respecto al paciente (Barros, 2020: 733), pues este, debidamente informado, puede decidir sobre la realización o el rechazo del tratamiento. Advertimos desde ya que esto es por regla general.

Decimos debidamente informado, pues es la calificación que recae sobre el consentimiento que brinda el paciente para someterse a un determinado acto médico y que es esencial desde la perspectiva de la autodeterminación, pues solo con el conocimiento de la información adecuada el paciente podrá decidir lo que considera mejor para sí.

En efecto, el consentimiento informado en la Ley 20.584 tiene límites y excepciones, pero, previo a abordarlos, es menester precisar que no todo deber de información establecido en la citada ley tiene por objeto la obtención del consentimiento informado.



Ahora bien, efectuada aquella precisión, señalamos que los límites están constituidos en términos negativos, esto es, están constituidos por toda aquellas actuaciones y riesgos médicos de los que el paciente no ha sido informado en razón de que aquello no le era exigible al médico tratante o profesional del equipo de salud (de allí que no sea una excepción al consentimiento informado), en razón de lo prescrito en el artículo 10 de aquella ley.

Así las cosas, se debe tener presente que dicho artículo establece el deber de 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.

Además, la principal precisión que busca efectuar la doctrina es en lo relativo al límite del deber de información sobre los riesgos asociados a la prestación de salud, pues el legislador no distingue y, en la ciencia médica, los riesgos asociados a las acciones de salud pueden ser muchísimos, solo que algunos con un alto porcentaje de ocurrencia y otros, en cambio, de ocurrencia muy remota, haciendo muy compleja la exigibilidad de informar todo riesgo, cuestión que repercute directamente en el consentimiento informado, pues, asumiendo la existencia de riesgos improbables y no graves, aquellos riesgos no se informarán y, al no informarse, el paciente podría señalar que, de haber conocido la remota posibilidad de ocurrencia de aquel riesgo, no hubiera consentido en la prestación de salud, cuestión que aumentaría la litigiosidad de la materia.

Para resolver dicho inconveniente, lo primero es destacar que la información al paciente sobre los riesgos asociados es una obligación de resultado por parte del médico tratante, así se ha dicho que:

No debemos interrogarnos acerca de qué esfuerzos conductuales o diligencia llevó a cabo el médico para informar tales o cuales riesgos, sino si informó aquellos que le correspondía informar conforme la literatura médica pertinente, lo que constituye en sí la conducta esperada de parte del médico. Tampoco creemos que deba recurrirse a qué riesgos informan los médicos en la práctica, lo que determinaría la *lex artis* en ese aspecto (Pizarro, 2015: 106).



Ahora bien, los criterios objetivos para precisar qué riesgo forma parte del deber de información y, por consiguiente, qué riesgo está dentro de la esfera sobre la que puede recaer el consentimiento informado son: causalidad directa, es decir, que el riesgo provenga directamente de la prestación de salud; alta probabilidad, con esto se refiere a que deben ser informados todos aquellos riesgos que, siendo causa directa de la prestación, son considerados como típicos de la misma, en atención al porcentaje de ocurrencia; gravedad, en este concepto se incluyen tanto riesgos típicos como atípicos, pues la razón de ser informados es que, de concretarse el riesgo, las consecuencias son perjudiciales para el paciente, y es muy importante destacar que la jurisprudencia ha señalado que la gravedad se mira en concreto, es decir, con el paciente que recibe la prestación y no con el promedio, por cuanto pueden existir enfermedades de base u otras circunstancias que acentúen el peligro de la acción de salud. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa rol 1.517-2019, en el considerando duodécimo ha dicho:

No está de más recordar que la información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado «consentimiento informado», siendo el objeto esencial de este la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye *per se* un requisito del acto médico. En el caso de autos, tal como ya se ha indicado, ningún antecedente se aportó por la demandada que acredite que respecto del paciente Castro Ramos se cumplió con la obligación de un consentimiento informado, situación que en el caso *sub lite* reviste especial importancia por las patologías asociadas que este portaba, desde que es evidente que si bien para cualquier persona una cirugía con anestesia total implica un riesgo, claramente que este riesgo se acentúa con respecto a aquellos que son portadores de enfermedades como las que portaba Castro Ramos, y que necesariamente importan la adopción de mayores medidas de resguardos.

Sin perjuicio de lo dicho, es necesario destacar que el estado de la ciencia médica actual aún debate en torno a la determinación de los factores que permitan concluir cuando un riesgo es atípico o típico.

Otro límite al consentimiento informado lo encontramos en el artículo 14, inciso tercero, de esta ley, pues se establece que «en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al



suicidio», y al señalar la ley «en ningún caso» ello implica directamente que ni aún con el consentimiento del paciente se pueden aplicar tratamientos que tengan el objetivo proscrito por la norma.

En la jurisprudencia destaca principalmente la aplicación del artículo en comento para la acogida de recursos de protección entablados en favor de personas que efectúan huelgas de hambre o líquidas, rechazando todo tratamiento médico tendiente a restablecer su salud. Dentro de los fallos existentes, podemos destacar el dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol 7.800-2020, en el cual se razona:

Quinto: Que, el ejercicio del derecho de autodeterminación del recurrido no es absoluto y debe equilibrarse con el respeto al derecho a la vida, y en la pugna debe necesariamente prevalecer este último, ya que sin él no puede accederse al goce de los demás derechos; en tal sentido, debe tenerse en cuenta que la conducta del recurrido representa acciones del tipo suicida, en el sentido generalmente entendido de que representa una acción de carácter arriesgado que puede causar grave perjuicio a la persona. Dicha conducta no se encuentra entonces permitida legalmente, pues si bien el artículo 14 de la Ley 20.584 consagra el derecho del paciente a otorgar o denegar cualquier procedimiento o tratamiento voluntario de carácter médico; jamás las negativas a someterse a tales acciones de salud podrán tener como objetivo acelerar la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio. Facultándose, en tales casos a los organismos de la salud, a actuar aún sin el consentimiento del paciente, cuando se encuentre en riesgo vital.

Finalmente, con respecto a los límites, se suele abordar en esta temática lo dispuesto en el artículo 10, inciso segundo y tercero de la Ley 20.584, sin embargo, no corresponden ser abordados aquí, pues lo regulado en aquella norma dice relación con el deber de información y no con el consentimiento informado propiamente, que es la materia en estudio.

Ahora, en cuanto a las tres excepciones de fuente legal, al consentimiento informado, ellas están reguladas en el artículo 15 de la ley en análisis, y se las aborda como excepciones, pues precisamente su inciso primero establece que en los casos regulados por este artículo no se requerirá de manifestación de voluntad por parte del paciente, constituyendo así una excepción a la regla contenida en el artículo 14.

La primera excepción es procedente en el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados



en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

La segunda aplica en aquellos casos en que la condición de salud o el 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.

Y la tercera aplica 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 estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

Ciertamente, con respecto a las dos últimas causales expuestas, consideramos que son reglas que vienen en reforzar el principio de autodeterminación,²⁶ pues la redacción de las letras b y c del artículo en comento fuerza al médico tratante a buscar el consentimiento informado, ya sea del paciente o de su representante legal, tutor o cuidador.

Otra excepción al consentimiento informado, pero fuera del artículo 15 y dentro de la misma ley, la encontramos en el artículo 23, el cual establece lo que la doctrina denomina como «beneficio terapéutico», el cual consiste en una situación o caso en el que el principio de beneficencia propio de la relación clínica prevalece frente al principio de la autonomía del paciente. Es importante destacar que la excepción dice relación con que, pese a no estar en los presupuestos del artículo 15 letras b y c, la información con miras al consentimiento informado no será entregada al paciente, sino que a su representante legal, al igual que a este se le deberá informar sobre las razones médicas que justifican el actuar del médico jefe o tratante.

Finalmente, se discute en doctrina si la renuncia del paciente a la información médica puede o no constituir otra excepción al consentimiento informado. A favor, se indica que el Código Civil es la norma general y supletoria aplicable en esta materia de renuncia a derechos. Por consiguiente, sería plenamente aplicable el artículo 12 de aquel, con la prevención de que la renuncia procederá siempre que ella no implique consecuencias graves para su salud, la de un tercero o la de la co-

26 En este mismo sentido, véase Barros (2020: 734).



lectividad por motivos de salud pública, indicándose igualmente que toda renuncia debe quedar registrada en la ficha clínica. En contra de esta postura, se señala que es improcedente la renuncia establecida en el artículo 12 del Código Civil, pues:

Es un derecho —a ser informado— que no solo mira al interés del paciente, sino a otros intereses superiores como la salud, la integridad del paciente y, en último término, su vida. Además, ha de considerarse que la Ley de Derechos y Deberes del Paciente es norma imperativa que constituye una manifestación de dirigismo contractual y que persigue proteger a aquella parte más débil, la persona a tratarse (Vidal, 2020: 55).

El derecho a no someterse a un tratamiento y el alta voluntaria

Lo primero es señalar que los dos temas a desarrollar son consecuencia necesaria de la autodeterminación del paciente, por cuanto de lo que hablamos, es del derecho que asiste al paciente a rechazar las prestaciones médicas que estime convenientes y, por otro lado, en el evento de encontrarse hospitalizado, del derecho a el alta voluntaria. A su vez, ambos derechos tienen consagración expresa en la Ley 20.584. Así, el primero de ellos se encuentra en el artículo 14 y el segundo lo encontramos en los artículos 16, inciso final, y artículo 18, cuestión que viene a reforzar la idea de que, a lo largo de la normativa mencionada, lo que se verifica como su fundamento último es la autodeterminación del paciente.

En lo relativo al derecho a no someterse a un tratamiento, corresponde abordar el contenido de dicho derecho, los límites que el legislador establece, las causales de improcedencia del mismo y las actuaciones del cuerpo médico ante la negativa.

Sobre el contenido de este, el artículo 14, inciso primero, es conciso al indicar que «toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16». Lo que se dice sobre el paciente, se extiende igualmente para el representante, tutor o cuidador en su caso, por consiguiente, ellos también gozan del derecho a negar una acción médica en favor de su representado.

Acorde con lo dicho, nos encontramos con la compleja situación de que quien toma la decisión es precisamente quien (por regla general)



carece del conocimiento suficiente para sustentarla, cuestión propia de las relaciones asimétricas, como lo es la relación médico-paciente. En este mismo orden de ideas, se ha dicho que «solo podemos afirmar una autodeterminación plena del paciente si este posee una genuina posibilidad de decidir y la poseerá en la medida que el profesional le proporcione la información suficiente al respecto» (Vidal, 2020: 65).

Precisamente por esta situación, el legislador, en el mismo artículo 14, pero en el inciso segundo, prescribe que el derecho en estudio ha de ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada. Con respecto a la información, se precisa que aquella debe ser entregada no por cualquier médico, sino que por el profesional tratante (Lira, 2020: 25) y que la entrega ha de ser en términos adecuados, suficientes y comprensibles. Finalmente, se indica que para los efectos de la información al paciente habrá que estar igualmente a lo dispuesto en el artículo 10, el cual resulta medular en la materia, por cuanto establece el deber de información, lo califica y determina su contenido, cuestión que ya ha sido abordada en este trabajo. Para cerrar este punto, consideramos necesario señalar que los incisos primero y segundo del artículo 14 estructuran un binomio trascendental para esta regulación y que tiene grandes consecuencias en materia de responsabilidad civil, esto es, el binomio información-autodeterminación.

Con respecto a los límites, el artículo 14, en su inciso primero, al finalizar, indica que pese a lo trascendental del derecho que establece, este no es absoluto. Al contrario, su ejercicio está supeditado a las limitaciones establecidas en su inciso tercero, el cual comprende la limitación del artículo 16, todas las cuales, constituyen las demarcaciones dentro de las que aquel debe desenvolverse.

Abordando las limitaciones, lo primero es sintetizar, pues la limitación del artículo 16, inciso primero, consiste en que, en ningún caso, el ejercicio del derecho a rechazar la prestación médica puede tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte del paciente, y esta limitación, a su vez, coincide con una de las tres que establece el inciso tercero del artículo 14, pues este señala que, igualmente, dicho derecho no puede, en caso alguno, tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio. De las causales señaladas, despierta especial inquietud en la doctrina el precisar cuándo estamos frente a una aceleración artificial de la muerte y cuándo la muerte simplemente ocurrirá por el curso ordinario de la en-



fermedad, pues, como ya vimos, la determinación de natural o artificial tiene como consecuencia que, en esta última, la decisión del paciente no se podrá llevar a cabo.

En efecto, con la finalidad de establecer criterios que permitan esclarecer si la decisión del paciente excede los límites de la autodeterminación, se ha propuesto el empleo de la distinción entre medidas médicas ordinarias y medidas médicas extraordinarias (Barros, 2020: 734), siendo las primeras aquellas relativas al soporte vital del paciente. Por consiguiente, el rechazo de estas aceleraría artificialmente su muerte, en el entendido de que, por el curso natural de las cosas, su muerte no se debería verificar, pero, en razón de esta alteración a la secuencia ordinaria de la vida, se estaría acelerando, por el propio paciente, su muerte y con respecto a las segundas, esto es, las extraordinarias, entendiéndose por tales al empleo de técnicas que prolongan artificialmente la vida del paciente, pues si fuera por el curso natural de su enfermedad, la muerte es la consecuencia pronta y directa y, como se ha dicho, el rechazo de estas se encontraría dentro de los límites del artículo 14 y, por consiguiente, valdría. Sin embargo, esta distinción no es pacífica en la ciencia médica. Un claro ejemplo de ello es la alimentación parenteral y la hidratación, pues:

Para algunos, la alimentación parenteral y la hidratación son cuidados básicos que no prolongan artificialmente la vida. Así, no quedarían comprendidos en el derecho a retirarlos. Para otros, estos cuidados son extraordinarios, incluso la alimentación enteral, de modo que siempre es posible desconectarlos y, por ende, quedarían comprendidos dentro del derecho (Figuroa, 2019: 215).

Esta misma discusión se ha judicializado producto de las huelgas de hambre que ocasionalmente son practicadas en Chile, pues ellas, por un lado, son el resultado de una decisión adoptada por un paciente y, por otro lado, esa decisión, a juicio de algunos, implica una aceleración artificial de la muerte y, por consiguiente, entablan la acción de protección en favor del huelguista para efectos de que la Corte respectiva instruya las medidas pertinentes para el resguardo de la salud del recurrido, principalmente, la alimentación. Dentro de esta judicialización, consideramos esclarecedor el fallo dictado por la Corte Suprema, en causa rol 95.034-2020, ya que, en él, ante la decisión de acoger o rechazar el recurso de protección entablado por el director del Servicio de Salud de

la Araucanía, en contra de don Celestino Córdova, el voto de mayoría (3) estuvo por acoger el recurso, y un interesante voto de minoría (2) estuvo por su rechazo. Luego, en este fallo encontramos el raciocinio judicial que sostiene ambas posturas.

Para acoger el recurso, se dijo que:

La vinculación entre la decisión de no alimentarse y el posible resultado de muerte —totalmente residente en el paciente y no en hechos de la naturaleza—, asociados con la negativa de ser auxiliado con tratamiento alguno e incluso no ser reanimado si llegara a hacer un paro cardiorrespiratorio, sí configura a nuestro juicio una situación que puede entenderse, por sus características, como una de «aceleración artificial de la muerte».

Esto configura una excepción legal al derecho al rechazo de tratamientos, que, en nuestro ordenamiento, no ha sido concebido como absoluto. Ello representa, entonces, una justificación legal para ser tratado pese a su negativa, no con el objeto de presionarlo a deponer la huelga de hambre que ha decidido iniciar ya hace muchos días, sino porque existe un imperativo jurídico y ético en el sentido de evitar que, en un marco de decisiones extremas de disposición de la vida, los pacientes se procuren a sí mismos la muerte ante un servicio de salud que resulte mudo testigo de ello, renunciando a sus deberes legales.

Para su rechazo, se señaló que:

Además, debe considerarse que dicho proceder no afecta a terceros y se ha expresado por una persona mayor de edad, en forma libre, voluntaria, consciente, en pleno ejercicio de sus facultades mentales y capacidad, con la información adecuada, pertinente, suficiente y comprensible, en total conocimiento y aceptación de las consecuencias de su conducta, por lo cual reúne todas las exigencias que la legislación y los pronunciamientos éticos de la autoridad médica prevé, circunstancia que impide calificarle de arbitraria o ilegal y, en consecuencia, no afecta las garantías fundamentales que se han denunciado vulneradas por el recurrente.

Vale decir que la esmerada fundamentación, íntegra, de este voto, escapa de los márgenes de este trabajo.

Con respecto a la improcedencia del derecho establecido en el inciso primero del artículo 14, el artículo 16, inciso segundo, precisa que la causal de inaplicabilidad es el riesgo a la salud pública, como consecuencia

de este rechazo a la intervención, procedimiento o tratamiento y que, cuando el facultativo se encuentre en esta situación, deberá dejar constancia de ello en la ficha clínica.

Sobre la fundamentación de la prevalencia de la salud pública sobre la autonomía del paciente, la Corte de Apelaciones de Talca, en recurso de protección 45-2022, que fuere entablado por un padre, en favor de su hijo de ocho años, el cual no había recibido las vacunas obligatorias por cuanto su madre, en calidad de representante, rechazaba la inoculación del niño, mediante sentencia del 23 de marzo de 2022, ha dicho:

Que a mayor abundamiento, y en lo que se refiere a la salud pública, la administración de vacunas, como herramienta de política pública, a juicio de estos sentenciadores, se encuentra dentro de la excepción de la regla del artículo 14 que limita el derecho del paciente para otorgar o rechazar un tratamiento médico, dado que ello está enmarcado dentro del principio más general que señala que la libertad de un individuo en uso de su autonomía personal, de hacer o no hacer determinada cosa, está limitada cuando ello afecta la libertad o los derechos de otra persona, en este caso del colectivo social, pues al rechazar la vacunación se está poniendo en riesgo a la población ante posibles brotes de enfermedades que décadas atrás causaron la muerte de personas, y que en la actualidad, se encuentran controladas gracias al programa de inmunización del Estado.

En conclusión, con respecto al derecho a rechazar las prestaciones médicas es necesario señalar que el equipo médico, el prestador institucional, el servicio de salud respectivo, entre otras personas o instituciones, igualmente, pese a la negativa, pueden emplear las herramientas que el legislador ha brindado para efectos de instar por la aplicación del tratamiento o por la hospitalización involuntaria de una persona.

Así las cosas, en primer lugar encontramos el artículo 17 de la Ley 20.584, el cual establece el deber de solicitar la opinión al comité de ética del establecimiento para aquel médico tratante que tenga dudas sobre la competencia del paciente (supuesta incapacidad) o que estime que la decisión del paciente o de sus representantes lo exponen a graves daños a la salud o al riesgo de morir, ambas cosas que serían evitables, prudencialmente, siguiendo los tratamientos indicados por aquel. Esta opinión es meramente consultiva, una recomendación que no expone a los integrantes de dicho comité a responsabilidad civil o penal.

Luego, en el inciso cuarto del mismo artículo se indica sobre lo comentado que:

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.

Finalmente, y siempre sobre este derecho, la Ley 19.937 establece un procedimiento especial si eventualmente se estableciera médicamente la necesidad de hospitalización de una persona. Esta resolución le corresponde a la autoridad sanitaria, pues es ella la llamada a determinar y ordenar las internaciones y traslados administrativos, resguardando ante todo el derecho de libertad de la persona.

Dicho lo anterior, a modo de conclusión de este apartado, desarrollaremos el alta voluntaria del paciente, actuación que es, nuevamente, una consecuencia de la autodeterminación. Por consiguiente, lo dicho sobre los límites e improcedencia aplica igualmente a este caso.

El alta voluntaria figura como un derecho del paciente, de conformidad al inciso final del artículo 16, pues este señala:

Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación». A su turno, el artículo 18 establece: «En el caso de que la persona, en virtud de los artículos anteriores, expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria».

El hecho de que el paciente ejerza este derecho no implica, en forma alguna, el abandono automático por parte del equipo médico, por cuanto, si bien el paciente lo que pide es ir a su hogar (usualmente y, en el caso del artículo 16, para morir junto a los suyos), lo cierto es que dicha decisión no implica necesariamente el rechazo a toda prestación médica, sino que implica un rechazo limitado a todas aquellas prestaciones que tienen por objeto extender artificialmente la vida del paciente, pero no por ello este se extiende a los cuidados paliativos. Por consiguiente,

estos se deben seguir brindando por el equipo médico al paciente, de conformidad al artículo 16, inciso cuarto.

La duda que podría existir es la siguiente: si el paciente tiene derecho a pedir su alta voluntaria y, por otro lado, tiene derecho a que se le continúen brindando los cuidados paliativos que hagan menos dolorosa su condición y doten de dignidad sus últimos momentos, ¿cómo se conjuga el ejercicio simultáneo de ambos?

Pues bien, nuestra Corte Suprema se pudo pronunciar al respecto en causa rol 21.793-2021, en razón de conocer de la apelación de una sentencia que rechazó un recurso de protección entablado por una paciente, que ejerció su derecho al alta voluntaria, pero que no estaba recibiendo los cuidados paliativos que su enfermedad requería. El máximo tribunal revocó la sentencia apelada y acogió el recurso de protección, teniendo presente para ello que:

Si bien es un hecho pacífico que la actora, asilada en el derecho que le reconoce la norma citada en el considerando cuarto precedente, ha manifestado su clara voluntad de no someterse a más tratamientos ni estudios clínicos —aceptando el presumible desenlace de sus patologías— también ha sido enfática en solicitar que se le realicen las transfusiones de sangre que permiten controlar los padecimientos descritos, en consecuencia, las instituciones recurridas yerran al conducir su actuar como si el alta domiciliaria voluntaria de la actora las eximiera de la responsabilidad de atender sus necesidades de salud por el hecho de no encontrarse internada. Por el contrario, al tenor de la norma citada ella es libre de decidir recibir el tratamiento que estime para su dolencia y durante el tiempo que voluntariamente esté disponible, aun cuando aquello deba ser llevado a cabo en su domicilio, toda vez que es deber de las recurridas poner a su disposición todos los medios técnicos posibles para ejecutar el tratamiento desde y en el hogar de aquélla. Un actuar distinto, que derive en el abandono del paciente por el hecho de pedir el alta voluntaria, no se aviene al orden constitucional vigente y representa una conducta arbitraria que sin duda afecta sus garantías fundamentales y el derecho a que el Estado reconozca plenamente su condición de persona humana que debe ser tratada con dignidad, que se reconoce como una de las bases de la institucionalidad en nuestra Carta Fundamental, respetando y resguardando todos sus derechos y garantías que esta le reconoce y la ley desarrolla. Por consiguiente, respondiendo la interrogante, ambos derechos pueden ser ejercidos conjuntamente y será el



equipo médico, prestador institucional o servicio público, el que deberá establecer la forma de continuar realizando los cuidados paliativos al paciente, pese a su alta voluntaria, pues la dignidad acompaña a la persona humana desde su nacimiento y hasta su muerte.

Derechos del paciente al final de la vida

Ley 21.375, que consagra los cuidados paliativos y los derechos de las personas que padecen enfermedades terminales o graves

La Organización Mundial de la Salud estima que las personas que necesitan cuidados paliativos a nivel mundial alcanzan los 40 millones. De ellas, un 78% vive en países de ingreso bajo y mediano. Actualmente, tan solo un 14% de las personas que necesita asistencia paliativa la recibe,²⁷ lo cual constituye un problema ético importante para las personas, las familias y la sociedad porque un 86% de los pacientes oncológicos vivencia un proceso de muerte sin una asistencia digna al dolor. El Plan de Acción Mundial para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles 2013-2020 de la Organización Mundial de la Salud²⁸ incluye los cuidados paliativos entre las opciones de política propuestas a los Estados miembros y en el marco mundial de vigilancia.²⁹ Los cuidados paliativos constituyen un planteamiento que mejora la calidad de vida de los pacientes y de sus familias cuando afrontan problemas inherentes a una enfermedad mortal. También, los cuidados paliativos se reconocen como un derecho humano a la salud y deben proporcionarse a través de servicios de salud integrados centrados en la persona, prestando especial atención a las necesidades y exigencias de los individuos.³⁰ La espiritualidad individual y el desarrollo espiritual son considerados como uno de los principales factores que permiten afrontar y

27 Para más información, véase «Informe Mundial sobre Envejecimiento y Salud (WHO/FWC/ALC/15.01)», Organización Mundial de la Salud, 2015.

28 Para más información, véase «Plan de acción mundial para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles 2013-2020», Organización Mundial de la Salud, 2015.

29 Para más información, véase «World cancer report», Organización Mundial de la Salud, 2015.

30 Para más información, véase «Informe Mundial sobre Envejecimiento y Salud (WHO/FWC/ALC/15.01)», Organización Mundial de la Salud, 2015.



gestionar la enfermedad y su sufrimiento, en el contexto de los cuidados paliativos (Arenas-Massa y otros, 2020: 136-150).

Chile es, en la actualidad, un país con un envejecimiento avanzado (Huenchuan y Rodríguez, 2014). En relación con las causas de muerte en Chile, el 2017, un 27% de las defunciones se debieron a enfermedades del sistema circulatorio y un 26% a tumores. La proyección de mortalidad para 2023 contempla que el cáncer será la primera causa de muerte.³¹ En el país, los cuidados paliativos se han implementado explícitamente en las Garantías Explícitas en Salud (GES) de Cáncer³² y en el Programa de atención domiciliaria a la dependencia.³³ Recientemente, desde el ámbito legislativo, se ha dictado la Ley 21.375,³⁴ que consagra los cuidados paliativos y los derechos de las personas que padecen enfermedades terminales o graves.

La Ley 21.375 se estructura en cuatro títulos (Disposiciones generales; De los derechos de las personas que padecen una enfermedad terminal; De la tutela de la dignidad de las personas que padecen una enfermedad terminal o grave; De la calidad de vida y los cuidados paliativos) y siete artículos. Según el artículo 1, la finalidad de la ley es:

Reconocer, proteger y regular, sin discriminación alguna, el derecho de las personas que padecen una enfermedad terminal o grave a una adecuada atención de salud [...]. Dicha atención consistirá en el cuidado integral de la persona, orientado a aliviar dentro de lo posible, padecimientos asociados a una enfermedad terminal o grave, de acuerdo a los reglamentos y normas técnicas del Ministerio de Salud.

Por enfermedad terminal, se entiende una:

Enfermedad o condición patológica grave que haya sido diagnosticada, de carácter progresivo e irreversible, sin tratamiento específico cu-

31 Para más información, véase «Anuario estadísticas vitales», Instituto Nacional de Estadísticas, 2017.

32 Para más información, véase «Guía clínica alivio del dolor por cáncer avanzado y cuidados paliativos», Ministerio de Salud, 2011.

33 Para más información, véase «División de Atención Primaria Subsecretaría de Redes Asistenciales Ministerio de Salud: Orientación técnica, programa de atención domiciliaria para personas con dependencia severa», Ministerio de Salud, 2014.

34 Para más información, véase «Ley 21.375 que consagra los cuidados paliativos y los derechos de las personas que padecen enfermedades terminales o graves», Congreso Nacional.

rativo o que permita modificar su sobrevida, o bien cuando los recursos terapéuticos utilizados han dejado de ser eficaces, y con una expectativa de vida inferior a doce meses.

Según el artículo 2, por enfermedad grave se entenderán:

Aquellas condiciones de salud que generan sufrimientos físicos persistentes, intolerables e incurables en la persona. En conformidad a dichos criterios, un decreto dictado por medio del Ministerio de Salud determinará las condiciones de salud que tendrán la calidad de enfermedad grave.

Hay consenso clínico en considerar que los cuidados paliativos tienen como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas que enfrentan una enfermedad terminal o grave mediante la prevención y el alivio. También en torno a la idea de que los cuidados paliativos deben ser integrales y que la muerte debe ser aceptada como parte del ciclo vital. Estas perspectivas son reconocidas por la ley, específicamente en los artículos 2, 3 y 4. En la ley, los cuidados paliativos reconocen la atención domiciliaria y la necesidad de promover la temática en educación superior, según los artículos 6 y 7.

La Ley 21.375 es la iniciativa legal que ampara el programa de Cuidados Paliativos Universales vigente desde marzo de 2022. Se puede consultar la orientación técnica o los lineamientos de esta norma para más detalles.

Como generalidades, se destaca que desde 2005 existe la cobertura de cuidados paliativos para personas con enfermedades oncológicas y que esta ley cubre la brecha no cubierta anteriormente, dando alivio de síntomas a las personas y sus familiares en el último año de su vida. Por otro lado, en 2022 las personas beneficiarias para Cuidados Paliativos Universales fueron calculadas en base al estudio de Evaluación de tecnologías sanitarias de la Universidad Católica de Chile. Se planifica una cobertura de un 40% de la población estimada para 2023 (20% por año a cinco años). La detección de la persona beneficiaria puede ser en cualquier nivel de la red. Su seguimiento deberá quedar a cargo de equipo de atención primaria o secundaria según su nivel de complejidad.

A nivel jurisprudencial, dada la reciente vigencia de la Ley 21.375, aún no hay fallos que se refieran a ella expresamente. Sin embargo, hay referencia a algunos fallos recientes en recurso de protección por cuidados



domiciliarios (cobertura Isapre) y materia penal, entre otros que parecen interesantes de comentar.

El primer fallo es de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1.149-2016, sentencia recaída sobre un recurso de protección el 8 de febrero de 2017. El recurso se funda en que el recurrente, de 84 años, con cáncer de próstata en fase terminal y párkinson en estado avanzado se encontraba postrado en cama sin posibilidades de desplazarse u operar autónomamente una silla de ruedas, precisando ayuda para actividades diarias básicas. Agrega que las enfermedades descritas han afectado sus capacidades cognitivas. El recurrente se encontraba postrado con sonda vesical permanente, la que requiere de cuidados y monitoreo por personal especializado, habida cuenta de que las escaras que se forman deben ser controladas periódicamente a fin de que no se produzcan infecciones que agraven más su condición.

Sostiene que el recurrente requiere atención médica permanente, la que ha sido entregada mediante la modalidad de hospitalización domiciliaria contratada a la Clínica Medical Home desde el 23 de junio de 2016, la que además otorga el servicio de kinesiología desde abril de 2016.

El paciente pertenece a la isapre recurrida desde abril de 1991 y mantiene plan de salud GOLF 1906, equivalente a 7,22 UF mensuales. La isapre reembolsaba normalmente las prestaciones asociadas a los servicios hasta el 1 de diciembre de 2016, fecha en que la clínica le informó que existía un problema con la cobertura y que, al consultar, la misma informa la decisión de no otorgar cobertura por servicios domiciliarios. El 19 de diciembre de 2016 se apeló ante el comité de beneficios de la isapre A través de un correo electrónico del 21 de diciembre de 2016, la ejecutiva de la isapre recurrida, doña Lorena Cerda Moya, le comunicó que la decisión adoptada por Colmena fue negativa.

El recurrente sostiene que la Isapre envió una carta, el 7 de septiembre de 2016, a una casilla de correos ubicada en Concepción, por lo que tomó conocimiento de ella, atendido que se encuentra postrado y con deterioro cognitivo, por lo que las primeras noticias de la existencia del acto recurrido ocurrieron el 1 de diciembre de 2016. Expresa que el oficio número 14 de la Superintendencia de Salud dirigido a los «Gerentes Generales de Isapres» señala que la prestación del servicio de hospitalización domiciliaria no es un beneficio extracontractual, sino una prestación obligatoria, cuyo otorgamiento debe certificarse a las instrucciones

referidas en el citado oficio, por lo que la carta enviada por la recurrida el 7 de septiembre de 2016 sostiene una tesis que pugna con lo dispuesto por la autoridad y los tribunales superiores de justicia. Argumenta que el citado oficio establece que, para que proceda la hospitalización domiciliaria, se deben cumplir una serie de requisitos de fondo, esto es, estado de salud del paciente; existencia de una prescripción o indicación médica; control médico periódico, debidamente acreditado con los documentos clínicos que correspondan; y asistencia y atención equivalente a la que habría recibido el paciente de haberse encontrado en un centro asistencial.

Además, el recurrente cumple los requisitos señalados en el Oficio según informes de Clínica Medical Home y el médico Jairo Santana Candelo, que acompaña al recurso y la atención domiciliaria que tienen un costo mensual de \$2.800.000 aproximadamente, lo que resulta imposible de asumir. Por otro lado, afecta su derecho de propiedad al negarle la cobertura que corresponde a su plan de salud, conforme lo dispuesto por la Superintendencia de Salud.

Dado el tiempo transcurrido y la naturaleza de la acción, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa rol 6.848-2016 del 19 de abril de 2016, en el considerando sexto, prescinde del informe solicitado a Colmena y ordena traer los autos en relación y resuelve que:

Conforme se ha venido razonando, la isapre recurrida, al negarse injustificadamente a proporcionar la cobertura de hospitalización domiciliaria requerida por el recurrente, ha incurrido en un acto arbitrario, desprovisto de asidero y razonabilidad, vulnerando así el derecho de propiedad del actor, toda vez que en ausencia de dicha cobertura existe un evidente mayor costo asociado a las prestaciones médicas recibidas, y que deberá soportar aquel.

En definitiva, se acoge el recurso y prescribe que Isapre Colmena Golden Cross S. A. deberá continuar otorgando cobertura completa para la hospitalización domiciliaria del recurrente, según el considerando séptimo.

En materia penal, también se debe mencionar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1.004-2018 del 6 julio de 2018. Don J.O.P.S. deduce recurso de protección en favor de don O.P.P.D, su padre, quien se encuentra privado de libertad desde 2014, siendo diagnosticado el 20 de enero de 2018 con cáncer tumor maligno suprarrenal izquierdo

terminal, bazo, pulmón retro, peritoneo, óseas y diabetes. Debido a esa condición, su familia pidió el traslado al Hospital de Valdivia, el que fue denegado. Además, se solicitó el indulto, el cual fue rechazado. Y que el estado de su padre es deplorable, con muchos dolores, sin movilidad, usa pañales. Por razones de humanidad pide que su padre pase junto a su familia sus últimos días de vida.

Gendarmería de Chile evacúa informe señalando que don O.P.P.D. se encuentra condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia a la pena de diez años y un día. Inició su condena en 2015 y finaliza en 2024 por el delito de abuso sexual reiterado a persona menor de catorce años, registra conducta muy buena, y se le está dando un tratamiento paliativo a su enfermedad. Mediante acta 1 del 12 de marzo de 2018, se reunió el consejo técnico para la evaluación y posterior tramitación del indulto particular por razones humanitarias del protegido, concluyéndose, en forma unánime, que no se otorgue la gracia de indulto porque «la enfermedad que padece el privado de libertad O.P.P.D no se encuentra en estado terminal» y porque se encuentra con tratamiento paliativo y controles en el Hospital Regional de Valdivia. Es importante recalcar que el informe médico del protegido actualizado al 29 de junio de 2018 señala que:

El médico que suscribe doctor E.R.Q. certifica que el paciente O.P.P.D. padece un tumor maligno [...] dado el estado avanzado de su enfermedad, que está fuera del alcance terapéutico, actualmente está ingresado y se controla en el policlínico del alivio del dolor y cuidados paliativos del Hospital Regional de Valdivia.

La Corte de Apelaciones resuelve, en el considerando cuarto, «que el condenado cuenta con un tratamiento médico integral en la unidad hospitalaria de Valdivia», destinada al tratamiento de pacientes terminales. A mayor abundamiento, según el considerando octavo:

Y reiterando que no se advierten conductas ilegales o arbitrarias, existen mecanismos legales a impetrar respecto del Decreto Exento que deniega el indulto, de conformidad a la Ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, razón que fuerza a rechazar el recurso de protección deducido.



Voluntades anticipadas

La participación de las personas en las decisiones relativas a su cuidado y tratamiento influye positivamente en su estado de salud. Un mayor grado de conocimiento de la enfermedad conlleva a un mayor nivel de satisfacción y favorece la adherencia terapéutica, con la consiguiente mejora en los resultados.³⁵

El reconocimiento del «otro», en tanto persona, y su participación, denotan el respeto de su dignidad ontológica (Grygiel, 2002: 52-59) y el ejercicio de algunos de sus derechos humanos, como el derecho a la vida, el derecho al cuidado y el derecho a decidir.

Según la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos,³⁶ la autonomía es un importante valor, que aborda la participación en las decisiones que afectan la propia vida y salud.

En la persona mayor deben establecerse procesos especiales para salvaguardar y promover dicha participación, particularmente cuando disminuye o pierde su capacidad para consentir.

El desafío es transformar una «autonomía individual» en una «autonomía relacional» (Riveros, 2021: 103-117) en interacción con su equipo de salud y su entorno de apoyo, donde se respeten con acogida y convencimiento las decisiones de la persona mayor. En este sentido, es habitual que, en la relación entre el médico y el paciente, las decisiones las tome este último, una vez que ha logrado disponer de información suficiente sobre la naturaleza de su proceso clínico y sobre los riesgos, beneficios y alternativas que comporta la aplicación de un procedimiento diagnóstico o terapéutico determinado (Mendoza y otros, 2006: 86-92).

Sin embargo, cuando el paciente no está mentalmente habilitado para expresar su opinión, surgen las dudas sobre quién debe asumir esta decisión (Arenas, 2021: 163-189).

Para dar una respuesta adecuada, la Ley 21.331 sobre el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 2021, en su artículo 4 inciso cuarto prescribe:

Los equipos de salud promoverán el resguardo de la voluntad y las preferencias de la persona. Para tal efecto, dispondrán la utilización de

35 Para más información, véase Arenas-Massa (2022).

36 Para más información, véase «Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, artículos 5, 6, 7», Unesco, 2015.

declaraciones de voluntad anticipadas [...] con el objetivo de hacer primar la voluntad y preferencias de la persona en el evento de afecciones futuras y graves a su capacidad mental, que impidan manifestar consentimiento.

Las voluntades anticipadas de tratamiento son instrumentos «parientes» o «hermanos» del conocido «consentimiento informado», regulado en la Ley 20.584 sobre derechos y deberes de las personas en acciones vinculadas a su atención de salud, artículo 14 y siguientes. De hecho, es ampliamente admitido que las voluntades anticipadas constituyen consentimientos informados prospectivos o proyectados para ser aplicados en un futuro en la medida que se mantengan las circunstancias que lo originaron, es decir, previa ponderación (Altisent y Júdez, 2016: 163 y 164).

Las voluntades anticipadas de tratamiento se pueden definir como las «indicaciones previas» que realiza una persona en situación de lucidez mental para que sea tenido en cuenta cuando, a causa de una enfermedad u otro evento —y encontrándose en una condición física o mental incurable o irreversible y sin expectativas de curación—, ya no le sea posible expresar su voluntad (Arimany y otros, 2017: 35-40; Calahorrano, 2021: 220-224). La persona que realiza la declaración expresa las condiciones en que desearía que se desarrollara su proceso de muerte, respetando la dignidad de la persona y considerando que, en Chile, de acuerdo con la Ley 20.584 sobre derechos y deberes que tienen las personas sobre las acciones vinculadas a su atención de salud, la aceleración artificial de la muerte está prohibida.

Los médicos y los familiares de los pacientes deben consultarlo en caso de que la persona o el paciente sea incapaz de expresar sus propios deseos. Las voluntades anticipadas de tratamientos y cuidados ayudan a los familiares y también a los profesionales sanitarios a determinar las mejores decisiones para un paciente, ante situaciones clínicas en las que este no puede expresar su voluntad.

La mayoría de los modelos incluyen el nombramiento de un representante que servirá como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Por tanto, la existencia del documento evita la amplitud de interpretaciones que pudieran darse tanto por los profesionales médicos como los familiares y hace valer la posición única del signatario.



Incluyen las voluntades anticipadas de tratamientos o cuidados generalmente:

- Los valores y opciones personales con respecto a los momentos finales de la vida o cualquier otra situación en la que se produzca una grave limitación física o psíquica.
- Los criterios que deben orientar las decisiones que se hayan de tomar en el ámbito sanitario.
- Las situaciones sanitarias concretas en las que se requiere que se tengan en cuenta la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos o cuidados.

Por ejemplo, si se es consciente de un diagnóstico de trastorno cognitivo mayor en etapa leve (demencia):

- Las instrucciones y los límites con respecto a las actuaciones médicas en dichas situaciones, por ejemplo, que no sean aplicadas o se retiren medidas de soporte vital como reanimación cardiopulmonar; conexión a un respirador; nutrición e hidratación artificiales.
- Otros aspectos como la elección del lugar donde se desea recibir la atención en el final de la vida, la voluntad de ser donante de órganos, si se desea asistencia religiosa, deseo de estar acompañados en los momentos cercanos al fallecimiento.
- La designación de un representante, o varios, que puedan sustituir al paciente cuando no pueda expresar su voluntad, con el fin de que cumplan las instrucciones indicadas previamente. En el caso de nombrar un representante es necesario que este manifieste su aceptación por escrito.

De esta forma, hoy ya es posible decidir, con plena conciencia, qué tipo de cuidados médicos deseamos recibir en caso de una enfermedad en fase terminal; cual será el destino que se dé a nuestros órganos cuando hayamos fallecido; o quien nos representará ante el equipo sanitario cuando, una vez perdida la conciencia, sea necesario interpretar nuestros deseos o haya que decidir sobre el tratamiento médico a aplicar.

Es importante aclarar que, en la legislación vigente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 393 del Código Penal que sanciona el auxilio al suicidio y al artículo 391 del mismo cuerpo legal que tipifica el homicidio simple y calificado, más la Ley 20.584 conocida como «de derechos y



deberes de los pacientes», se prohíbe la práctica de la eutanasia en Chile (Leiva López, 2013: 505-558).

Protección de datos sanitarios

La ficha clínica es el registro más importante que contiene los procedimientos realizados, los resultados de los actos médicos, pero también las manifestaciones de voluntad del paciente con respecto al consentimiento informado, rechazo de procedimientos, directrices anticipadas, poderes de representación e historia de valores. En general, todo evento importante que puede ser requerido mediante informe o acceso integral a la ficha clínica por parte del paciente. Además, tiene un valor probatorio fundamental en sede judicial, por cuanto lo informado y registrado permite trasladar el riesgo desde el médico al paciente (Pizarro, 2017: 48-53).

Entonces es posible decir que la ficha clínica contiene información relacionada con la historia biológica de una persona de forma ordenada y cronológica, redactada por el profesional de la salud que realiza la evaluación. Principalmente, registra las consultas y los tratamientos por una enfermedad (Godoy y Barraza, 2018: 182) y es el documento fundamental en materia sanitaria, ya que guarda un valor para la investigación judicial, institucional, comunicativo entre los tratantes; biológico, histórico para el paciente; e incluso docente o una referencia para las evaluaciones de control de calidad.

La ley en comento explicita el derecho de los pacientes a tener constancia de la atención recibida en salud por el profesional que la otorga, debiendo obligatoriamente ser él quien llene este registro, de forma clara y legible, con un orden secuencial, incluyendo su identificación y su firma durante o inmediatamente después de la atención realizada (Godoy y Barraza, 2018: 182).

El valor judicial es el que nos interesa para efectos probatorios, pues se constituye una prueba documental fundamental que permite tener acceso a la información de los antecedentes de salud de la persona, y los actos médicos generados para su cuidado y convertirse así en parámetro de comparación con la *lex artis*.

La Ley 20.584 definió la ficha clínica conforme al instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas y la calificó de ser un dato sensible, según el artículo 12. Los prestadores deben guardar esta ficha por un plazo de quince años y entregar una copia de ella,

total o parcial, al tribunal que la requiera siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo, según el artículo 13, literal c).

La ficha clínica contiene información reservada y protegida según la Ley 19.628 del 28 de agosto de 1999, esta refiere a aquellos datos personales referentes a las características físicas y morales de las personas, hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Así, por ejemplo, los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

El artículo 10 de la ley señalada establece que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares, según el artículo 10.

La inclusión en la ficha clínica de datos sensibles y reservados del paciente exige que sea tratada con la debida reserva garantizando la confidencialidad, como parte del deber de secreto profesional del médico y del resguardo profesional que debe hacer este de la misma o el Centro Médico que la custodie (Adriasola, 2012: 130).

La custodia de la ficha clínica corresponde al médico tratante o al centro médico u hospitalario, razón por la cual, por facilidades probatorias e inversión de la carga de la prueba, en especial si la relación es contractual. La ficha clínica electrónica ha sido implementada con el fin de que los datos se centralicen en un servidor y puedan ser accesibles por los profesionales que necesiten hacerlo a través de un sistema de accesos con seguridades y rangos, mismo que debe ser registrado y disponible al paciente en todo momento.

Esta doble caracterización de la ficha médica considerada como un instrumento de información y también custodio de datos sensibles, provoca que el acceso y resguardo de esta sea fundamental en el momento de determinar responsabilidades al médico o centro hospitalario, su adecuada o inadecuada conservación incurre, según algunos autores, en la posibilidad de generar responsabilidad objetiva (Tapia, 2003: 96 y 97), al igual que excepción a la regla de la culpa en la responsabilidad de carácter médico.

La historia clínica es reflejo del método clínico. Por lo tanto, contiene el registro de los principales antecedentes que llevan al profesional



médico a determinar un diagnóstico, un pronóstico y el tratamiento del paciente. La anotación de las consultas realizadas, la fecha de ellas y el suministro de medicamentos o aplicación de procedimientos deben estar claramente pormenorizados e individualizados.

El contenido de la ficha médica implica que ella debe contener la identificación precisa del paciente con su nombre completo; número y tipo de documento de identidad; sexo; fecha de nacimiento; domicilio; teléfono o correo electrónico de contacto; ocupación; y sistema de salud al que pertenece. Si el paciente es incapaz de comunicar esta información, debe pormenorizarse la del representante. Por otro lado, la identificación para la institución, el número identificador de la ficha clínica; la fecha de la creación; el nombre o la denominación completa del prestador respectivo con su rol único tributario o cédula de identidad. Por último, el registro de las atenciones que deben ser anotadas en orden cronológico, las consultas, los diagnósticos, los procedimientos terapéuticos, las intervenciones quirúrgicas, el tratamiento posoperatorio, las hojas de evolución clínica, las hojas de enfermería, epicrisis. La información debe estar numerada y es recomendable que se incluyan también tanto los exámenes complementarios como los resultados.

En todo caso, la ficha clínica debe registrar las decisiones del paciente con respecto a su atención. Debe consignarse el consentimiento informado de la atención, el tratamiento, los rechazos de tratamientos, la solicitud de alta voluntaria, el alta disciplinaria y cualquier solicitud del paciente con respecto a sus convicciones étnicas, culturales o religiosas. La tendencia hacia la atención integral en salud y los requerimientos de interpretación de las voluntades anticipadas recomiendan el registro de datos sociales, culturales, psicológicos y espirituales (Godoy y Barraza, 2018: 134).

El Colegio Médico de Chile menciona que hablar de propiedad o dominio exclusivo de la ficha clínica resulta inadecuado, ya que, si bien contiene datos sensibles sobre la vida y enfermedad de una persona, también da cuenta de los planes elaborados y de las acciones realizadas por el médico o el equipo de salud, que han permitido llegar a un diagnóstico, desarrollar una estrategia de estudio y tratamiento, y postular un pronóstico.³⁷

³⁷ Para más información sobre el documento de ficha médica, véase <https://bit.ly/44TqCaP>.



Los legitimados para solicitar información relativa a la ficha clínica están especificados en la ley, específicamente en el artículo 13, inciso tercero, estos son:

- El titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos.
- El tercero debidamente autorizado por el titular mediante poder simple otorgado ante notario.
- Los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- Los fiscales del Ministerio Público y los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.
- El Instituto de Salud Pública en el ejercicio de sus facultades.

El paciente debe tener posibilidad de acceso a la ficha clínica en todo momento. Asimismo, quienes actúen en su representación. En un caso en que el padre solicitó mediante un recurso de protección la ficha médica de su hijo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia rol 930 del 2 de marzo de 2018, discurre de la siguiente forma:

Cuarto: Que, analizados los antecedentes que se agregaron a los autos por el actor y también los acompañados por el reclamado de fojas 33 a 41, se puede advertir, en primer término, que el recurrente ha solicitado de manera reiterada el ejercicio de su derecho a obtener copia completa de la ficha clínica correspondiente a los tratamientos médicos aplicados su hijo [...], potestad expresamente establecida en el artículo 13, letra a), de la Ley 20.584, y que el recurrido ha rechazado todas esas solicitudes arguyendo motivos formales que, a juicio de esta Corte, carecen de propiedad del actor sobre los datos y antecedentes registrados en la tantas veces mencionada ficha clínica, que expresamente reconoce la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, amenaza y perturba el derecho a la integridad física y psíquica del menor afectado porque impide poner tales antecedentes en conocimiento de otros médicos, para resguardar y recuperar su salud de mejor forma. En consecuencia, se estima que el proceder del recurrido es ilegal y arbitrario, y que vulnera en la forma indicada las garantías constitucionales que se invocaron, razón por la que se hará lugar a acción por este capítulo.



Los tribunales de justicia pueden tener acceso a la ficha clínica si está directamente relacionada con el objeto de investigación. Fiscales u otras autoridades solo podrán acceder previa orden judicial conferida. En el caso de ficha clínica electrónica, el sistema que la administra debe ser capaz de diferenciar los datos sensibles, los datos clínicos y los datos para uso únicamente administrativo, con el fin de distribuir los accesos y usuarios. Toda revisión de la ficha clínica debe registrarse.

El Oficio A15 3.392 del Ministerio de Salud, del 29 de octubre de 2012, regula la necesidad de dotar a determinadas entidades de la función de revisión de las fichas clínicas para fiscalización y control de calidad. A modo ejemplar, la Corte Suprema, en causa rol 21.134-2020 del 5 de octubre de 2020, con respecto a la solicitud por parte de Fonasa de fichas médicas a un facultativo, ha indicado:

Séptimo: Que, conforme se viene razonando, es preciso señalar que esta Corte no puede dejar de notar, en primer lugar, que del mérito del proceso, no aparece que la recurrida, haya sido autorizada de la manera que contempla la ley, para tener acceso a la información de las fichas clínicas requeridas al médico fiscalizado.

Y, en segundo término, valga dejar asentado que no se han acreditado razones justificadas para permitir el acceso de la recurrida a los registros confidenciales de salud de los pacientes del actor ni menos para exigir que se le remita copia de dichos registros, puesto que, de acuerdo a lo dicho esta se encuentra facultada legalmente para cumplir su labor por otros medios y con la asistencia del órgano técnico creado al efecto, como es la Compin, estimándose por esta Corte que los únicos datos que resultan pertinentes de proporcionar por aquel corresponden al nombre, dirección y fono de cada uno de los pacientes, con el fin que la recurrida actualice sus registros y pueda contactarlos para los fines de la investigación que se encuentra desarrollando.

No se regula el acceso por parte de otras entidades reguladoras de salud, lo cual podría fomentar su valor investigativo (Godoy y Barraza, 2018: 184).

Sobre la prueba de la responsabilidad médica, se señala que cuando se trata de quienes organizan las prestaciones médicas, el actor no tiene que esforzarse en la prueba de ciertos aspectos. Así, por ejemplo, el identificar al funcionario que provocó el daño o la calidad en que intervino en el acto, aunque esta faceta haya sido excepcionalmente usada



por los tribunales para descartar la responsabilidad. Desde el punto de vista de la prueba, lo razonable es que el hospital o la clínica se encuentre en una mejor posición para informarle al tribunal acerca de esas circunstancias, así como del estado de salud del paciente por medio de su ficha clínica (Larroucau, 2014: 14).

Derechos de los pacientes en materia de salud mental

Las enfermedades mentales y la salud mental, por ignorancia y miedo, han evocado una baja prioridad en los sistemas de salud de todo el mundo. El concepto de que toda enfermedad mental era sinónimo de locura tiene su origen en la ignorancia y el miedo. En gran medida, estos han contribuido a la marginación de la psiquiatría y al abandono de las personas con discapacidad intelectual. Las sociedades feudales de antaño, al ver el maltrato de los pacientes con problemas de salud mental, construyeron asilos para ellos. Sin perjuicio de ello, el estigma generado ha sido abrumador y el cuidado de estos pacientes a menudo se le dio a aquellos que no eran los mejores administradores y cuidadores. También, la larga y controvertida tradición de atención institucionalizada para las personas con discapacidad intelectual también se produjo por la falta de tratamientos específicos para las enfermedades mentales (Deva, 1998).

Con el advenimiento de la clorpromazina en la década de los cincuenta y otros psicotrópicos posteriores, la necesidad de encarcelamiento en asilos se volvió en gran medida redundante. Sin embargo, se hizo evidente el hecho de que los psicotrópicos solo ayudaban a controlar los síntomas y no a curar las enfermedades de la mente. Aunque se han realizado investigaciones relevantes con el objetivo «de corregir» supuestos defectos en la neurotransmisión, la cura de la enfermedad mental parece estar algo lejana.

Hace mucho tiempo que se reconoce la necesidad de rehabilitar o realojar a las personas con discapacidad mental, especialmente aquellas que necesitan atención a largo plazo y aquellas cuya curación parece difícil. Esta situación aborda el curso de vida completo con todas las peculiaridades de los grupos de edad. Fue Phillippe Pinel quien hace unos 200 años ha liberado a los enfermos mentales en un manicomio de París y les propuso terapia de trabajo y cuidado humano (Lamb, 1984: 899-907). La rehabilitación psicosocial de los enfermos mentales



no es, por tanto, un concepto nuevo. La necesidad de métodos para cambiar el comportamiento, el pensamiento y el funcionamiento de las personas con enfermedades mentales graves utilizando métodos psicológicos, sociales, ocupacionales, conductuales y médicos se denomina «rehabilitación psicosocial». Este método ha sufrido cambios, deterioro y desarrollo en diferentes partes del mundo con diferentes prioridades y énfasis.

En Chile, la situación ha evolucionado lentamente y se mantienen los cuestionamientos del sistema asociados principalmente a la falta de suficiente presupuesto en salud mental. El gasto público en esta materia es bajo, ya que alcanza solo a un 2,4% del gasto total en salud. Como consecuencia, se reduce la cobertura y obliga a desarrollar tareas principalmente curativas, genera gastos de bolsillo a las personas, aumenta la automedicación de psicofármacos y sobrecarga a los equipos de salud primaria y especializada, entre otras consecuencias.³⁸ Comparado con otros países de ingreso medio y alto, el porcentaje del presupuesto asignado a salud mental en Chile es menos de la mitad, por ejemplo, en Estados Unidos (6%), Australia (9,6%), Reino Unido (10%), Suecia y Nueva Zelanda (11%), y al promedio mundial (2,8%) (Errázuriz y otros, 2015: 1179-1186).

Recientemente, en Chile ha entrado en vigencia la Ley 21.331 de 2021, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental. En el Título II se incorporan los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y de las personas usuarias de los servicios de salud mental, entre los que destacan: el derecho a ser reconocida como persona; el derecho a la vida privada, a la libertad de comunicación y a la libertad personal; los derechos de participación en la planificación del tratamiento médico y expresión de consentimiento informado; los derechos sexuales y reproductivos; y la garantía de no esterilización sin su consentimiento libre e informado. Se prohíbe la esterilización de niños, niñas y adolescentes como medida de control de fertilidad; el derecho a la información y a que sus datos personales sean protegidos de conformidad con la Ley 19.628; el derecho a la no discriminación por su condición en cuanto a prestaciones o coberturas de salud, entre otros, según la Ley 21.331, párrafo dos, artículo 9.

³⁸ Para más información, véase «Plan Nacional de Salud Mental 2017-2025», Ministerio de Salud, 2017.

El párrafo tres de la ley en comento se refiere expresamente a los requisitos para que proceda la internación psiquiátrica, lo que es acorde a la preocupación mundial con respecto a las intervenciones coercitivas que pueden violar fácilmente el derecho a la libertad y autonomía del paciente, la existencia de tratos inhumanos o degradantes, la afectación de la integridad física o psíquica, entre otros. Algunas aproximaciones han planteado la existencia de formas de tortura en la aplicación de medidas coercitivas en el manejo de pacientes psiquiátricos, por ejemplo la Corte IDH en el caso *Lopes Ximenes con Brasil*, sentencia del 4 julio de 2006.

La internación involuntaria es una práctica frecuente en la clínica de la especialidad e incluye la detención del paciente en un centro clínico restringiendo su capacidad para salir de una determinada instalación, tratamientos sin consentimiento u obligatorios, acciones de contención física o farmacológica, aislamiento social y físico, entre otras acciones. Se utiliza en la práctica médica habitual con la finalidad de proteger a las personas con problemas de salud mental frente a descompensaciones graves de sus cuadros que implican riesgo para la integridad de sí mismos o de terceros con el correspondiente manejo terapéutico hasta su compensación y estabilización, con el fin de retornar a la comunidad una vez logrado este objetivo. Otras posibles circunstancias para justificar su uso son la necesidad de diagnóstico o tratamiento en personas con capacidad de toma de decisión disminuida por discapacidad psíquica o intelectual (Rosel, Pigozzi y Arenas, 2022).

El proceso de la internación se suele dar en un contexto de difícil manejo para la familia y red de apoyo de los usuarios. Esto implica la existencia de dificultades para concretar la internación de un paciente en situación de riesgo, situación que la Ley 21.331 ha buscado subsanar estableciendo un nuevo procedimiento de internación, donde también se traslada la autoridad decisiva desde la Seremi de Salud de cada región (Decreto 570 de 1998, Ministerio de Salud) al Tribunal de Familia competente (Ley 21.331). Lo anterior se puede ilustrar en la **figura 1**:



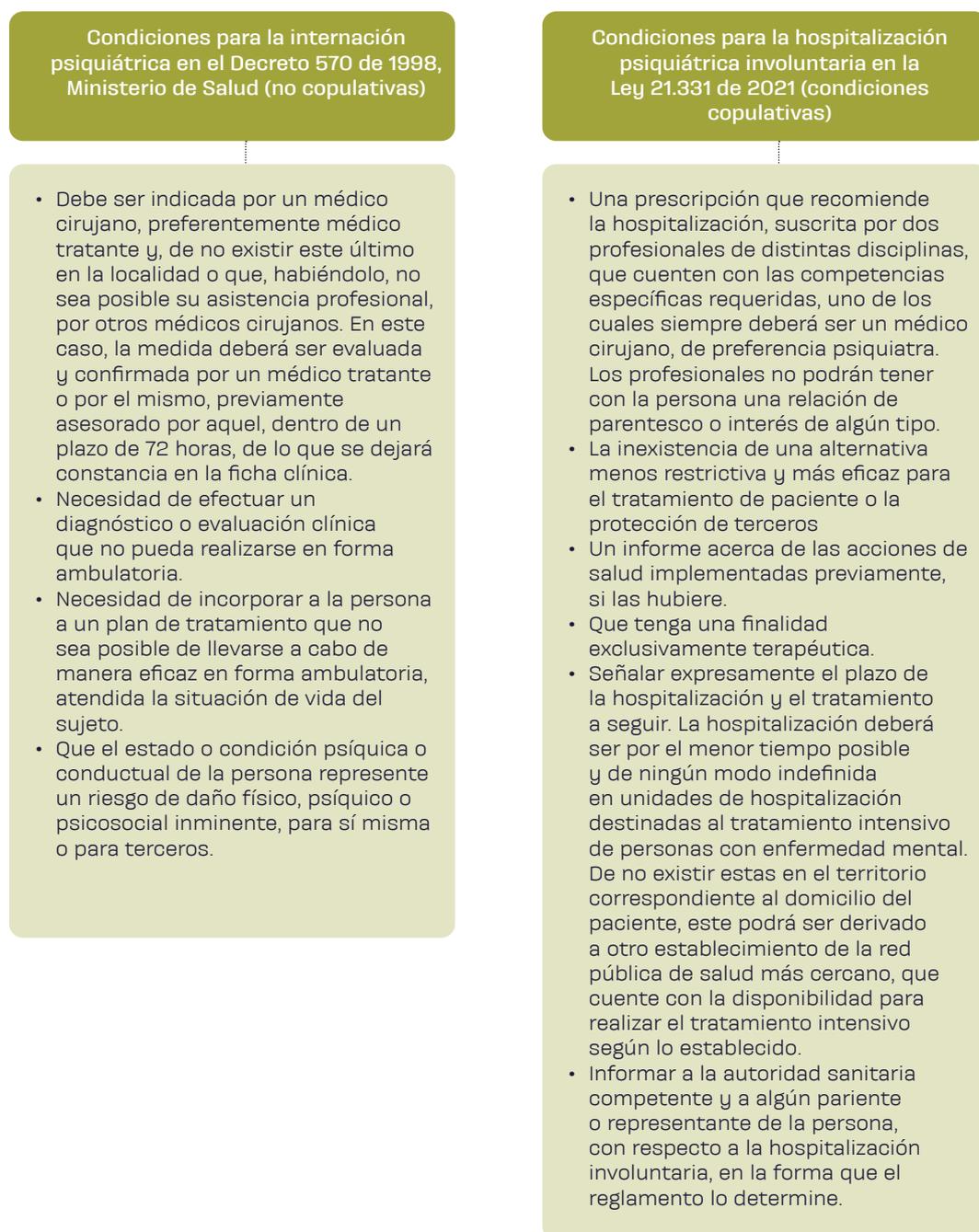


Figura 1. Internación y hospitalización psiquiátrica.
Fuente: Rosel Barbieri, Arenas-Massa, Aguayo Quilaqueo (2022).

Del comparativo se puede concluir que, al ser seis condiciones copulativas, la nueva Ley 21.331 establece criterios más exigentes para la internación de un paciente con trastornos de salud mental sin su consentimiento. Además, establece expresamente estas seis condiciones para la internación psiquiátrica no voluntaria, versus el Decreto 570 que las establece para la internación psiquiátrica en su conjunto. Finalmente, el

reglamento correspondiente a la nueva Ley 21.331 se encuentra en elaboración. Su publicación ha de entregar procedimientos específicos en la materia.

De la jurisprudencia reciente (posterior a la publicación de la Ley 21.331) en materia de salud mental, hay una tendencia a abordar el tema de la internación forzada.

En primer lugar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena rol 2.046-2021 del 20 diciembre 2021, caso *Contreras Carvajal, Nayareth y otro con Hospital San Juan de Dios, Combarbalá*:

Comparece la abogada Nayareth Contreras Carvajal y don Boris Alberto Jiménez Sánchez, a favor de doña Carmen Beatriz Aguilera Barraza, interponiendo acción de protección contra el Hospital San Juan De Dios Combarbalá, representado legalmente por su director don Carlos Andrés Barraza Géngora, por ser responsable de la supuesta comisión de actos ilegales y arbitrarios en contravención dispuesto en la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, y que vulnera los derechos constitucionales consagrados en el artículo 19, número 1, de la Constitución Política de la República.

Señala que doña Carmen Aguilera Barraza, tiene actuales setenta años de edad y padece de una enfermedad psiquiátrica grave diagnosticada por el médico psiquiatra don Alejandro Pinto Aedo, consistente en depresión mayor recurrente, episodio grave refractario, daño orgánico cerebral, dependencia a benzodiazepinas, disfunción familiar y conyugal, estrés psicosocial y biomédico grave, párkinson y otras enfermedades crónicas. En el mismo informe refiere que producto de las diversas enfermedades y patologías diagnosticadas a su cónyuge y el hijo en común de la paciente, están atravesado por una convivencia familiar compleja derivada especialmente de una progresiva rigidez cognitiva en ella. Así, el psiquiatra recomienda evaluación a la paciente con la máxima prioridad posible bajo régimen de internación, con el objetivo de precisar diagnóstico actual, evaluar tratamiento farmacológico versus compensación clínica de la paciente.

La familia, desde 2020, conociendo el diagnóstico, ha rechazado la medida de internación por considerarla exagerada. A la época de la causa, el grupo familiar ha tenido que soportar crisis de pánico, cuadros de insomnio, sumado al constante temor de ser agredidos por doña Carmen, a quién no se le está prestando ningún tipo de ayuda, ni mucho

menos se ha accedido al régimen de internación solicitado por el médico tratante. Existen antecedentes de que por sí sola no puede administrar su tratamiento médico a fin de estabilizarse, por lo que es urgente su internación a fin de evitar algún atentado en contra tanto de la integridad física y psicológica de su familia, como de sí misma.

Comparece evacuando informe el abogado don Nicolás Anticevic Angulo, en representación convencional del recurrido Servicio de Salud Coquimbo, solicitando que la acción interpuesta sea rechazada íntegramente, con costas. Sostiene que de la lectura del libelo se señala expresamente que el recurrido es el Hospital San Juan de Dios de Combarbalá, sin embargo, según consta en informe emitido por trabajadora social de la Unidad de Salud Mental del Hospital de Combarbalá, doña Laura Ávalos Cortés, señala que doña Carmen Aguilera Barraza registra domicilio en la localidad de El Chileo y se encuentra inscrita en la Posta de Salud Rural La Ligua, por lo tanto, desde la definición de la Red de Salud, su atención correspondería al equipo de salud rural municipal, entendiéndose, en este caso, que el ente del cual dependen es la municipalidad y no el servicio de salud.

A su vez, indica que la actora no expresa cuál es el acto ilegal o arbitrario en el que incurrió el Hospital de Combarbalá, entendiéndose además que este no es el centro de salud donde la paciente se encuentra inscrita ni tampoco recibe su tratamiento.

Agrega que, de la lectura del libelo, el objetivo es la internación forzada de la paciente psiquiátrica, existiendo tan solo un informe de médico psiquiatra, que no constituye el presupuesto mínimo exigido por ley para proceder con la internación involuntaria.

Se estima por la recurrida que la acción deducida no cuenta con los requisitos exigidos por la Constitución en su artículo 20, toda vez que ni el servicio de salud ni el Hospital de Combarbalá cuentan con la legitimación pasiva, ya que no es el centro hospitalario en que se encuentra inscrita y es atendida la paciente, así como tampoco existe un acto u omisión ilegal y/o arbitraria proveniente del Servicio de Salud al que representa, entendiéndose que no existen presupuestos legales para proceder con la hospitalización involuntaria de doña Carmen Barraza Aguilera.

El sentenciador sostiene, en su considerando quinto, «que, como se desprende de la acción deducida, esta ha sido interpuesta a fin de obte-



ner que la recurrida proceda a la hospitalización psiquiátrica involuntaria». Además, en su considerando sexto, menciona que:

Sin embargo, el artículo 13 de la Ley 21.331 establece una serie de requisitos para que pueda llevarse a cabo la internación involuntaria de la paciente, ninguno de los cuales se cumple en la especie. A su vez, el único antecedente médico que se acompaña por la recurrente es un informe médico evacuado el 4 de noviembre de 2020 por el médico psiquiatra don Alejandro Pinto Aedo, que hace referencia a diagnóstico de la recurrente, basado en atención efectuada el 9 de mayo de 2020, el cual, además de ser de larga data, únicamente sugiere la internación de la paciente con fines diagnósticos y terapéuticos, sin disponerla derechamente.

Finalmente, el recurso es rechazado, ya que no se configuran los presupuestos de la acción constitucional.

En segundo lugar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol 95-2022, sobre recurso de amparo del 21 abril de 2022. Comparece el abogado Rodrigo Flores Ulloa, jefe de la Unidad de Estudios Regional, de la Defensoría Penal Pública, en representación del adolescente F.A.P., imputado en causa RIT 8.380-2021; RUC 2.101.147.525-3 del Juzgado de Garantía de Talca y deduce recurso de amparo en favor de este, sujeto a la medida cautelar de internación provisoria, actualmente interno en Centro de Internación Provisoria-Centro de Régimen Cerrado Talca, por la actuación ilegal y arbitraria cometida por la magistrada señora Isabel Salas Castro en la audiencia del 1 de abril de 2022, quien rechazó la solicitud de la defensa en cuanto a suspender el procedimiento en virtud del artículo 458 del Código Procesal Penal, manteniendo la tramitación ordinaria del procedimiento y la medida cautelar impuesta al amparado, y que lo mantendría ilegal y de forma arbitraria privado de libertad en CIP-CRC de Talca. Solicita acoger la acción constitucional, adoptando las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del amparado, particularmente, dejar sin efecto la resolución referida.

En el transcurso de la investigación surgieron antecedentes que hacían presumir la existencia de alguna patología o de algunos trastornos de nivel psíquico que influyeran en la imputabilidad del adolescente, lo que fue detectado por la psicóloga del CIP-CRC Talca, requiriendo a la madre la evaluación por un psiquiatra, profesional con que no cuenta el centro. Atendida esta circunstancia, el mismo centro sugirió que



la atención fuese entregada por el psiquiatra que atendía el dispositivo de drogas al interior del recinto, quien tenía experiencia en temáticas infanto-juveniles y trabajaba con la red Sename en otras regiones, doctor Gabriel Díaz Valenzuela, a lo cual la familia accedió. Así las cosas, el mencionado profesional atiende al amparado periódicamente al interior del centro privativo de libertad. Paralelamente, la defensa encomendó la elaboración de un peritaje psiquiátrico al médico Claudio Filippi Peredo, quien, con el objeto de evaluar al joven, realizó un conjunto de tres entrevistas al imputado, una entrevista mediante videoconferencia a la madre del imputado y un examen mental, para finalmente emitir un informe en marzo de 2022. Ambos profesionales emitieron su diagnóstico, el cual fue concluyente en orden a que el joven padecía esquizofrenia.

Por su parte, el doctor Claudio Filippi Peredo concluyó, en su peritaje del 20 de marzo de 2022, que:

Don F.I.A.P. es portador de lo que la nosología psiquiátrica DSM 5 en uso corresponde a un trastorno delirante de tipo paranoide o persecutorio. El imputado habría actuado para efectos del hecho delictivo en un estado psicótico complejo, estando afecto a lo que dispone el artículo 10, número 1, del Código Penal, lo que debe ser determinado por el tribunal. El imputado debe recibir atención psiquiátrica y psicológica.

Frente a este diagnóstico, la defensa solicitó una audiencia para discutir la suspensión del procedimiento de conformidad a lo previsto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, audiencia que se celebró el pasado 11 de abril. En la mencionada oportunidad, se expuso el diagnóstico del doctor Gabriel Díaz Valenzuela, se indicó el tratamiento farmacológico que recibe el adolescente desde el 1 de marzo 2022, el cual es orientado a síntomas psicóticos y control de impulsos y se da cuenta de su situación, enfatizando que, en consideración de la Ley 21.331, se está ante un paciente psiquiátrico.

Si bien en dicha audiencia el Ministerio Público y el representante de las víctimas estuvo de acuerdo con la suspensión del procedimiento atendido los antecedentes expuestos, la magistrada Salas Castro resuelve rechazar la solicitud de la defensa por medio de la siguiente resolución, que indica:

El tribunal, teniendo presente que estamos ante la responsabilidad de un joven adolescente, de manera tal que el procedimiento debe adecuar-



se en todo sentido a la Ley 20.084. Considerando que al efecto la piedra angular es siempre considerar el interés superior del adolescente y, en este contexto, debe considerarse incluso para la teoría de la defensa debe tenerse el interés superior del joven. Que las consecuencias que generan para su historia de vida, la estrategia que está abordando la defensa, que el tribunal advierte como muy muy gravosa para este joven considerando especialmente, en primer lugar, que está cursando actualmente cuarto medio, que lleva una escolaridad acorde a un joven de su edad, que su desempeño escolar ha sido incluso superior al promedio medio, que ha mantenido un buen comportamiento en su régimen provisorio atendido el delito que se le atribuye, considerando, también, que hay que tener siempre presente los derechos y las garantías que tienen los jóvenes de acuerdo con la Constitución y las leyes, especialmente la Convención sobre Derechos del Niño, el tribunal con respecto a la estrategia que está abordando la defensa a su respecto y considerando, en primer lugar, que no existe ninguna historia clínica antes de marzo de 2022, que haya dado cuenta de algún trastorno de carácter mental o víctimas en cuanto a la patología paranoide y, teniendo presente el tribunal, que al tenor de lo que dispone el artículo 458 del Código Procesal Penal, el tribunal estima, para decretar la suspensión del procedimiento, en este caso, conforme al artículo 458 no se advierten antecedentes que permitan presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado conforme lo requiera la norma.

La jueza del Juzgado de Garantía de Talca, recurrida Isabel del Carmen Salas Castro, señala:

Que no ha actuado en forma arbitraria o ilegal, ni mantiene arbitrariamente privado de libertad al amparado, sino que lo ha hecho conforme las facultades que le otorga la Ley 20.084 y el artículo 10 del Código del ramo, siempre en resguardo del bien superior del joven imputado, sin perder el norte que los procesos de los niños, las niñas y adolescentes deben ser muy breves y que la Ley 20.084 establece sanciones cuyo objeto es responsabilizar a los jóvenes de sus actos, con sanciones que dicha ley contempla, con intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, sanciones que pueden incluso remitirse.

En consecuencia, la Corte resuelve que:

Dado que la jueza solicitó el informe psiquiátrico correspondiente, aun cuando lo hubiere hecho invocando el artículo 10 del mismo Código,



resulta evidente que el procedimiento debe suspenderse, por lo que corresponde dejar sin efecto la medida cautelar personal de internación provisoria en el centro penitenciario en que se encuentra el adolescente, más aún si el Ministerio Público no se opuso a aquella suspensión (considerando quinto).

Que, en consecuencia, la decisión adoptada por la jueza recurrida no se ajustó a la norma aplicable al caso y afectó la libertad personal y seguridad individual del amparado al no suspender el procedimiento y mantener privado de libertad al adolescente, siendo procedente admitir lo impetrado a través de esta vía, con los alcances que se precisarán en lo resolutivo (considerando sexto).

De este modo, se acoge la acción constitucional deducida y se ordena al tribunal a citar a los intervinientes del proceso penal a una audiencia inmediata para determinar la o las medidas de seguridad o de protección, de custodia o tratamiento, que fueren pertinentes aplicar, en su caso, con respecto a dicho adolescente.

En tercer lugar, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia rol 352-2021, sobre recurso de amparo, del 13 de agosto de 2022, señala:

Comparece Humberto Ramírez Larraín, abogado de la Defensoría Regional de Los Lagos, en representación de F.A.V.R. de 24 años, imputado en causa 2.367-2021 del juzgado de garantía de Castro, por el delito de amenazas contra su madre en contexto de violencia intrafamiliar contemplado en el artículo 296, número 3, del Código Penal. Deduce amparo en contra de la resolución dictada el 11 de agosto de 2021 por la magistrada titular del juzgado de garantía de Castro Sofía Alejandra Varas Cuevas, quien, con infracción al artículo 19, número 7, letra b) de la Constitución Política de la República y a los artículos 458, 464, 139, 152, 481, 140 y 122, todos del Código Procesal Penal y 296, número 3, del Código Penal, mantuvo la internación provisional del amparado.

El 10 de agosto de 2021 se recibió informe psiquiátrico de parte de la Unidad de Evaluación de Personas Imputadas de Temuco, que solo se pronuncia con respecto a los hechos por el cual el encartado no se encuentra formalizado, que fueron materia del amparo 232-2021. El informe emitido por el psiquiatra don Sergio Durán Arriagada concluye que «se trata de un hombre con un funcionamiento intelectual inferior a lo normal, el que clínicamente se estima en rango de discapacidad intelectual moderado». El evaluado presenta trastorno del espectro autista, caracterizado por alteraciones de la comunicación, la interacción social,

la conducta estereotipada y los intereses restringidos. Los hechos que se le imputan serían consecuencia de su psicopatología. Debido a su cuadro, no es capaz de discernir la licitud o ilicitud de sus actos ni de prever sus consecuencias. Además, existe riesgo de que pueda volver a incurrir en las conductas que motivaron la causa, no cuenta con una adecuada red familiar y será formalizado por otros hechos constitutivos de delito.

Haciéndose cargo del informe psiquiátrico y sus conclusiones, el 11 de agosto de 2021 resuelve oficiar a la Unidad de Salud Mental del Servicio de Salud y Hospital de Castro, a fin de gestionar el ingreso del imputado a una unidad de larga estadía, además de evaluar su internación conforme al artículo 131 del Código Sanitario, sea por vía administrativa o judicial según corresponda.

Se ha solicitado amparo constitucional por haberse resuelto por el tribunal no dar lugar a la solicitud de dejar sin efecto la internación provisional del imputado, por vulneración del principio de proporcionalidad, afectando el mandato de excepcionalidad de la internación provisional, como asimismo el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares personales y transformar la cautelar en una sanción anticipada, teniendo presente que tiene más de la mitad del eventual reproche cumplido, constituyendo dicha resolución un acto que afecta la libertad personal y la seguridad individual del amparado.

El delito ha sido cometido contra su madre, por los siguientes hechos:

El 8 de julio de 2021 en horas de la noche, alrededor de las 00:00, en el domicilio ubicado en [...] el imputado F.A.V.R salió de su habitación en dirección a la cocina, instantes en que la víctima, su madre, doña C.B.R.F, le pregunta qué buscaba. A lo cual el imputado, en forma agresiva, le responde: busco un cuchillo porque quiero matarte a ti o matar a alguien. Esto generó un fundado temor en la víctima, reaccionando el imputado en forma violenta, debiendo la víctima encerrar al imputado en su habitación, ya que sus acciones y los anteriores episodios de violencia intrafamiliar provocan temor en la víctima y la llevan a temer por su integridad física.

Además de este hecho, existen otras dos causas por violencia intrafamiliar por hechos perpetrados igualmente en contra de su madre, RIT 1.419-2021 y RIT 2.661-2021. Según el informe, de no tener un tratamiento farmacológico supervisado ni un adecuado manejo ambiental, el evaluado puede volver a incurrir en las conductas que motivaron la causa.



Según antecedentes, el evaluado no contaría con una adecuada red familiar, por lo que se sugiere su ingreso a un centro de larga estadía.

Para el tribunal de alzada, se cumple con la condición de riesgo establecida en el artículo 7 de la Ley 20.066. Y no resulta posible estimar que ha existido una infracción al texto del artículo 481 del Código Procesal Penal, con respecto a la mantención de la internación provisional, por darse todos y cada uno de los requisitos para su imposición, sin que la duración de esta exceda los límites antes referidos. Finalmente, la Corte rechaza el recurso de amparo.

La protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica

En primer lugar, es importante considerar que nuestro país ha regulado la temática de investigación científica mediante la Ley 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. El marco de la investigación está dado por la protección a la vida, la integridad física y psíquica de las personas. Los límites están determinados por el respeto a los derechos y a las libertades esenciales de la naturaleza humana, según los artículos 1 y 2 de la Ley 20.120.

La manifestación de la autonomía del paciente se expresa por medio del consentimiento que debe ser previo, expreso, libre e informado. Si la persona que participa en la investigación no puede prestar su consentimiento, debe suplirse su voluntad de acuerdo con la ley. Las características esenciales de este tipo de consentimiento son: el conocimiento de los aspectos esenciales de la investigación (finalidad, beneficios, riesgos, procedimientos o tratamientos alternativos); y la información previa respecto de la investigación, que debe ser adecuada, suficiente y comprensible. Asimismo, es importante mencionar el derecho que tiene el participante de no autorizar la investigación o revocar el consentimiento otorgado. En este caso, el consentimiento debe constar en un acta firmada por el participante, el investigador responsable y el director del centro o establecimiento.

Ahora bien, con respecto a adultos que no son capaces física o mentalmente de expresar su consentimiento o de los que no es posible conocer su preferencia, a menos que la condición física o mental que impide otorgar el consentimiento informado o expresar su preferencia sea una característica necesaria del grupo investigado, no se podrá desarrollar



investigación biomédica. Con todo, y fundadamente de acuerdo con la ley en comento bajo un estricto protocolo de la investigación, el cual deberá contener las razones específicas para incluir a individuos con una enfermedad que no les permite expresar su consentimiento o manifestar su preferencia. Es muy relevante que se acredite que la investigación involucra un potencial beneficio directo para la persona e implica riesgos mínimos para ella.

En cuanto a las personas con enfermedad neurodegenerativa o psiquiátrica, podrán otorgar anticipadamente su consentimiento informado para ser sujetos de ensayo en investigaciones futuras cuando no estén en condiciones de consentir o expresar preferencia.

La investigación científica biomédica en personas menores de edad se regirá por lo dispuesto en la Ley 20.120, que no establece ninguna norma especial. Sin embargo, deberá respetarse su negativa a participar o continuar en la investigación. Es importante informarle acerca de los riesgos de retirarse anticipadamente de dicha investigación.

Derecho a la participación de las personas usuarias: La perspectiva de las y los pacientes consumidores

Para iniciar este capítulo, es necesario recordar que la participación de la ciudadanía en políticas públicas y materias de relevancia pública es cada vez mayor, cuestión motivada por una necesidad de actuación manifestada por la sociedad civil, junto con la ratificación de diversos tratados internacionales que consagran expresamente este derecho, el cual impacta directamente en la valoración que organismos internacionales³⁹ efectúan sobre el respeto y promoción de los derechos humanos en los estados observados. En lo que refiere a como nuestra normativa interna abraza este derecho, lo primero es señalar que nuestra carta fundamental establece expresamente como derecho fundamental, en el artículo 19, número 14, el derecho a efectuar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado y que, en segundo lugar, existe una variedad de leyes que establecen, expresamente, procedimientos para una participación ciudadana. Así, por ejemplo, destacan la Ley 19.300 y 20.500.

39 Como los «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2008 y los «Indicadores de derechos humanos: Guía para la aplicación y medición» de la Organización de las Naciones Unidas de 2012.

Ahora bien, este derecho se aborda igualmente en la Ley 20.584, en un párrafo propio, el número diez, y lleva por nombre «De la participación de las personas usuarias». Este está compuesto por un artículo único, el cual abordaremos más adelante. Sin embargo, previo a abordar los derechos que en él se establecen, debemos puntualizar que, cuando se habla de usuario, se hace referencia a la persona que ha recibido la atención de salud.

En cuanto a los derechos, de conformidad al artículo 30, norma que contiene tres categorías de derechos, se establecen los siguientes:

1. El primero es que el usuario podrá efectuar las consultas y los reclamos que estime pertinentes con respecto a la atención de salud recibida, como también podrá manifestar por escrito sus sugerencias y opiniones con respecto a dicha atención.
2. En segundo lugar, se establece que el usuario puede colaborar en la reglamentación de los procedimientos por los cuales se regula el ejercicio de este derecho, junto con el plazo y la forma en que los prestadores deberán responder o resolver, mediante su participación en las instancias creadas por ley, en las cuales el Ministerio de Salud efectuará la consulta respectiva.
3. Finalmente, y en lo relativo a los comités de ética, el usuario tiene derecho a que el prestador institucional le provea de los medios necesarios para acceder a uno y, también, se establece el derecho del usuario a participar del comité en el cual se abordará su consulta, siempre que aquella implique, como necesaria, la evaluación de un caso clínico desde el punto de vista ético-clínico, como lo sería en el evento del artículo 17 de la misma ley.

El primero de los derechos establecidos por el artículo 30, en atención a su convivencia diaria con el paciente, amerita efectuar unos breves comentarios de profundización. Así las cosas, lo primero es señalar que el ejercicio, plazo, contenido, procedimiento y otras cuestiones sobre aquel se encuentran reguladas en el Decreto 35 del 26 de noviembre de 2012, por el cual el Ministerio de Salud estableció el reglamento relativo a la facultad en comento.

Sobre esta norma es pertinente señalar que ella brinda el concepto de reclamo, reclamante y prestador institucional. A su vez, en el título II, que comprende desde el artículo 3 al 13, se establece la sección orgáni-



ca de este derecho, por cuanto el artículo 5 establece los requisitos del reclamo, el artículo 10 de su respuesta y el artículo 4 indica como principio rector de la materia a la confidencialidad. Además, en el artículo 3 se establece la obligación para el prestador institucional de contar con personal habilitado para la recepción del reclamo, y en el artículo 6, de crear un procedimiento interno para gestionar estos reclamos, y en el artículo 11 se prescribe igualmente que en un plazo de 15 días hábiles se debe responder al reclamo. Finalmente, según el artículo 13, si el reclamo es acogido y estamos ante un prestador institucional del sector público, se instruye el hacer efectiva la responsabilidad administrativa que pudiere existir en los funcionarios cuyas actuaciones fueron objeto del reclamo.

La misma norma establece, en su título III, la reclamación ante la Intendencia de Prestadores, dependiente de la Superintendencia de Salud. Esta reclamación se interpone en el plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación en el caso de reclamación contra respuesta del prestador institucional, o contados desde la expiración del plazo para la subsanación de los defectos que hubieren sido el objeto de la reclamación ante el prestador institucional.

Sobre la perspectiva del paciente consumidor, lo primero es establecer la existencia de una relación de consumo entre el paciente y el prestador institucional. Decimos prestador institucional, por cuanto de conformidad al artículo 1, número 2, inciso segundo, aquel médico que ejerza su profesión en forma independiente, sin estructurarse como empresa, no reviste la calidad de proveedor, por consiguiente, no podría establecerse una relación de consumo entre el paciente y aquel. Ahora bien, lo dicho no es pacífico, pues parte de la doctrina nacional realiza esfuerzos por incluir al médico independiente en el concepto de proveedor y, por consiguiente, crear una relación de consumo.⁴⁰

Con respecto a quien revestirá la calidad de consumidor, lo cierto es que la evolución que ha tenido dicho concepto doctrinal y jurisprudencialmente nos permiten afirmar hoy, que no solamente el paciente ha de ser considerado como consumidor (como destinatario final de la prestación médica), sino que también aquellos que revistan la calidad de usuarios materiales, como, por ejemplo, el amigo que lleva al accidentado o enfermo al prestador institucional, y hace uso de su estacionamiento,

40 Para más información, véase Barrientos (2018: 140).



ascensores, servicios higiénicos, pese a no ser el que paga precisamente por dichos servicios ni el que los adquiere.

Con respecto al carácter mixto que debe revestir el acto de consumo, en el sentido de ser civil para el consumidor y comercial para el proveedor, lo cierto es que se encuentra superado desde la dictación de la Ley 19.955 del 29 de junio de 2004, que modifica la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

Finalmente, y justificando la vinculación de la relación médico-paciente con la de consumo, podemos señalar que «las similitudes entre los conceptos de consumidor y paciente, y de proveedor y prestador resultan claras, tanto como las razones que el legislador ha tenido en consideración para proteger a la parte más débil de la relación».

Acorde a lo expuesto, teniendo presente que concurren los elementos básicos para estar frente a una relación de consumo, corresponde verificar el elemento objetivo de aquella, esto es, si la materia objeto de esta relación forma parte del catálogo de actos que se rigen por la Ley 19.496 de conformidad a su artículo 2. Dicho artículo, en la letra f), prescribe:

Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de estas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales.

Y es precisamente en razón de la literalidad de la norma que pareciera que, si bien la relación prestador institucional-paciente es de consumo, lo cierto es que la norma en comento no se aplicaría a las cuestiones esenciales de aquella vinculación, como la prestación de salud misma y su calidad, materias que deberían ser conocidas por un juez de letras, en un juicio de lato conocimiento y sin un complejo normativo tuitivo a su respecto.

Es por las consecuencias negativas antes apuntadas que, pese al texto expreso del artículo 2, letra f), es necesario desarrollar diversas argumentaciones para efectos de que las exclusiones allí establecidas no sean tales y, por consiguiente, se pueda aplicar la ley de protección al consumidor, en la integridad de la relación prestador institucional-paciente.



Como primer argumento, podemos señalar que la ley de protección al consumidor se erige como la normativa de derecho común en la esfera objeto de este trabajo, la cual, por este carácter general, pese a la existencia de una norma especial, no puede dejar de ser aplicada, más aún cuando la ley especial desconoce el principio proconsumidor.

En segundo lugar, el principio proconsumidor no es solo aquello regulado en el artículo 2 ter de la ley en comento, o sea, un mero elemento de interpretación normativo. Por el contrario, siguiendo lo dicho en un trabajo anterior:

Nos parece que presenta una dimensión más amplia que la consignada por la norma, toda vez que no solo debe ponderarse en el ámbito de una finalidad interpretativa, sino que también como válvula de escape a conflictos de normas, y concretamente como argumento en el cual es capaz de descansar el alegato por la falta de razonabilidad e impertinencia del artículo 2 (Munita, 2022).

Este mismo razonamiento, en el sentido de que el principio expuesto permite sostener que pese a la existencia de una ley especial (que en este caso sería la Ley 20.584) se puede aplicar íntegramente la Ley 19.496 a elección del consumidor, ha sido recogido por la Corte de Apelaciones de Talca, la cual, conociendo de la apelación de la parte querellante y demandante civil, en causa sobre vicios estructurales (es decir, ley especial de urbanismo y construcción), revocó la sentencia apelada que rechazó la querrela infraccional y demanda civil, en el sentido de acoger ambas, teniendo como especial fundamento el hecho de que en causa rol 59-2020, se mencionó:

Para la acabada inteligencia de la materia aquí discutida, resulta conveniente precisar que lo dispuesto por la Ley General de Urbanismo y Construcción, no obstante, su carácter especial, no puede privar a los consumidores de su estatuto protector, el que se encuentra contenido en la Ley 19.496 y las acciones que se le confiere para la efectiva defensa de sus intereses. Así, en aplicación del principio proconsumidor —máxima esencial en derecho de consumo, desde la cual se construye un sistema articulado de remedios al desequilibrio contractual existente entre proveedores y consumidores— se tiene que estos últimos podrán valerse, a su discreción, de las acciones que le otorgue la propia Ley 19.496 u otro cuerpo normativo distinto, según le resulte más favorable. El que elige el estatuto que desea invocar es el protegido, no el infractor, cualquier con-



clusión contraria es absurda, pues se opone a los principios y finalidades inspiradoras del propio derecho de consumo.

En tercer lugar, y acorde a lo reflexionado en el considerando transcrito, se plantea como argumento que, atendida la existencia de un estatuto especial y un estatuto general, pudiendo ambos ser aplicables a un caso concreto, la elección del complejo normativo le pertenece al consumidor y, por consiguiente, debe ser el paciente quien opte. Es relevante que esta opción la realice el consumidor de conformidad a sus intereses propios. Luego, es posible que su elección sea la ley especial o, incluso, el derecho común (Código Civil) en aquellos casos en que, de conformidad al artículo 2, la actividad sí es materia objeto de la Ley 19.496, pero, pese a ello, se decida no emplear este estatuto tuitivo.

En efecto, así ha sido resuelto recientemente por la Corte de Apelaciones de Concepción en causa rol 2.219-2022, la cual, conociendo de una interlocutoria dictada por un juez de letras, que acogió la excepción dilatoria opuesta por el demandado, en el sentido de declararse incompetente para conocer de la demanda, por cuanto la materia objeto del pleito estaría entregada, de conformidad al artículo 50, letra a), de la Ley 19.496, a los juzgados de policía local, revocó la resolución recurrida en razón de haber acogido el recurso de apelación y ordenó al *a quo* conocer del asunto sometido a su conocimiento, en razón de que:

En aplicación del principio proconsumidor, máxima esencial en derecho de consumo, desde la cual se construye un sistema articulado de remedios al desequilibrio contractual existente entre proveedores o prestadores de servicios y consumidores, se tiene que estos últimos podrán valerse, a su discreción, de las acciones que le otorgue la propia Ley 19.496 u otro cuerpo normativo distinto, según le resulte más favorable. Luego, el que elige el estatuto que desea invocar es el protegido, no el infractor, en circunstancias que cualquier conclusión contraria carece de un justo entendimiento de la cuestión, pues se opone a los principios y finalidades inspiradoras del propio derecho de consumo. El planteamiento expuesto va en línea con lo señalado por Barrientos (2018), quien refiriéndose al «diálogo de fuentes» a modo de fundamentación del derecho de opción señala que este «se ilumina de valores constitucionales, derechos humanos y principios del derecho. Uno de estos principios, es el de protección al consumidor, que ilumina todas las normas de consumo» y que, en nuestro entender, no excluye la operatividad del derecho común.



Acorde a lo dicho, consideramos que es factible aplicar las normas de la Ley 19.496 a la relación prestador institucional-paciente, en todo lo que implica aquella, con especial mención de la prestación de salud y su calidad, inclusive en el ámbito de acciones colectivas, pues es la propia ley en comento, la que en su artículo 2 bis letra b mandata que:

No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: b) en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento.

En este sentido, es importante destacar que la Ley 20.584 no contiene en su artículo norma alguna tendiente al establecimiento de un procedimiento en el que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los pacientes. Por consiguiente, no vemos obstáculo para la aplicación de la Ley 19.496. Esta situación se podría dar, por ejemplo, en el caso de que, por la falta de cuidado del prestador institucional en el manejo de una enfermedad extremadamente contagiosa, los demás pacientes se vean expuestos al mismo virus o bacteria y, finalmente, se contagien la misma enfermedad con el respectivo resultado dañoso.

Deberes de las y los pacientes

La Ley 20.584, además de establecer un catálogo de derechos de las y los pacientes, como se ha desarrollado en este trabajo, desde el artículo 33 hasta el 36 señala un conjunto de deberes que deben tener en el contexto de la atención en salud y permiten complementar la comprensión bidireccional en la que esta se produce.

El artículo 33 señala el deber de las y los pacientes y usuarios de la atención de salud de respetar los reglamentos internos de los establecimientos, para lo cual se asegura de que estos se encarguen de difundir de la mayor manera la normativa vigente.

Como contrapunto del deber de informar de prestador de salud y el tratante con respecto a los distintos tipos de información indentificados previamente, en concordancia con la noción de paciente participante contraparte válida en la relación clínica, el artículo 34 señala que la o



el paciente y los usuarios que requieran atención en salud procurarán informarse acerca del funcionamiento del establecimiento que la recibe para los fines de la prestación que requiere, especialmente con respecto a los horarios y modalidades de atención, así como sobre los mecanismos de financiamiento existentes, sin perjuicio de la obligación del prestador de otorgar esta información. Lo señalado aplica también al conocimiento de los procedimientos de consulta y reclamo que tenga a disposición el prestador.

Los artículos 35 y 35 bis regulan las medidas y consecuencias frente a situaciones en las que la integridad física o psíquica de los prestadores de servicio o la infraestructura de los establecimientos fueren objeto de atentados, tratos vejatorios, degradantes o maltratos. El cumplimiento de esta normativa se relaciona también con aspectos de seguridad y calidad en la asistencia. Se señala en el artículo 35 que:

Todas las personas que ingresen a los establecimientos de salud deberán cuidar las instalaciones y el equipamiento que el prestador mantiene a disposición para los fines de atención, respondiendo de los perjuicios según las reglas generales.

Las personas deberán tratar respetuosamente a los integrantes del equipo de salud, sean estos profesionales, técnicos o administrativos. Igual obligación corresponde a los familiares, representantes legales y otras personas que los acompañen o visiten.

El trato irrespetuoso o los actos de violencia verbal o física en contra de los integrantes del equipo de salud, de las demás personas atendidas o de otras personas, dará derecho a la autoridad del establecimiento para requerir, cuando la situación lo amerite, la presencia de la fuerza pública para restringir el acceso al establecimiento de quienes afecten el normal desenvolvimiento de las actividades en él desarrolladas, sin perjuicio del derecho a perseguir las responsabilidades civiles o penales que correspondan. También podrá ordenar el alta disciplinaria del paciente que incurra en maltrato o en actos de violencia, siempre que ello no ponga en riesgo su vida o su salud.

La autoridad del establecimiento podrá requerir a quien corresponda los medios de seguridad adecuados para asegurar el normal desenvolvimiento de las actividades desarrolladas en esta, impidiendo el acceso de la o las personas que porten armas o artefactos incendiarios. Para estos efectos, en cada uno de sus accesos podrá disponer dispositivos de detección de metales o arco detector de metales. Asimismo, la autoridad



del establecimiento podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en caso de indicios graves que permitan presumir respecto de una o más de las personas que se encuentran en el establecimiento, que pudieran atentar contra la vida o la integridad de los miembros del equipo de salud, y con la finalidad de restaurar el normal desenvolvimiento de las actividades desarrolladas en este.

Si el tribunal decreta una medida cautelar que impide el acceso del imputado al establecimiento de salud, no se considerará que aquel incurre en quebrantamiento de la misma si ingresa a este cuando exista un peligro grave para su vida o salud. Una vez que dicho peligro grave deje de existir, el imputado deberá ser trasladado inmediatamente a otro establecimiento de salud, si corresponde. La autoridad del establecimiento levantará un acta de todo lo obrado, la que deberá remitir en el más breve plazo al Ministerio Público.

El artículo 35 bis introducido por la Ley 21.188 del 13 de diciembre de 2019 establece el derecho de los trabajadores de la salud a exigir a la entidad prestadora que les proporcione los mecanismos de defensa jurídica adecuados para el ejercicio de las acciones civiles y penales correspondientes, remitiéndose al Estatuto Administrativo en el caso de los trabajadores de la salud en el sector público.

El artículo 36 de la Ley 20.584 establece el deber de colaboración de las y los pacientes y sus familiares con el prestador de la asistencia, informando, de manera veraz, acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos los antecedentes que conozcan o les sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento.

Cabe señalar que este último artículo puede tener gran importancia para el análisis de la responsabilidad del tratante por la figura de la culpa de la víctima, lo que puede tener como consecuencia una rebaja en la indemnización que se fije o inclusive eximir de la misma si la falta de información proporcionada por el paciente o sus familiares es gravitante en la decisión sobre la intervención.



Capítulo 5

Ley 19.966: Establece un régimen de garantías de salud

Este capítulo tiene por objetivo abordar el título III de la Ley 19.966, el cual regula la responsabilidad de los órganos del Estado en materia sanitaria, con la prevención de que excluimos de este análisis la responsabilidad establecida en el artículo 42. Para ello, analizaremos brevemente el principio constitucional de responsabilidad del Estado, luego el estatuto de responsabilidad aplicable a los daños ocasionados en materias sanitarias causados por órganos de la Administración del Estado y, finalmente, abordaremos el estatuto aplicable a dicha responsabilidad en sus lineamientos sustanciales.

Principio de responsabilidad

Cuando hablamos de responsabilidad del Estado es frecuente observar que, dentro de las normas invocadas para su establecimiento, se recurre a los artículos 6, 7 y 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República. El refugiarse en dicho articulado permite fundar la necesidad de un régimen de responsabilidad, ya que lo regulado en aquellos no es más que el principio de que el Estado ha de responder de los eventos mencionados por ellos, en la forma que la ley señale.¹

Lo dicho es importante, ya que es la ley la que diseñará el estatuto por el cual se perseguirá la responsabilidad del Estado y no nuestra carta fundamental. Fue precisamente este entendimiento de los artículos mencionados lo que permitió a la jurisprudencia y doctrina nacional

¹ El artículo 7 señala en su inciso final: «Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale». Por su parte, el artículo 38, inciso segundo, prescribe: «Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño».

avanzar desde un estatuto de responsabilidad constitucional, objetivo e imprescriptible del Estado a uno legal, subjetivo y prescriptible.

Siendo así las cosas, lo que corresponde abordar ahora es la determinación del estatuto legal aplicable para la persecución de la responsabilidad estatal por el perjuicio causado en materias sanitarias.

Determinación del estatuto aplicable

Lo primero que debemos tener presente es que la Ley 19.966, vigente desde el 3 de septiembre de 2004, en su título III, regula la responsabilidad en materia sanitaria. Pese a lo dicho, en las demandas entabladas contra servicios de salud o contra el Estado podemos verificar que existe una gran dispersión con respecto a las reglas que regulan la responsabilidad alegada y, por consiguiente, la jurisprudencia es variada a su respecto.²

Así las cosas, se ha dicho que el estatuto por el cual se debe fundar la demanda es el contractual o extracontractual, e incluso se ha llegado a distinguir entre falta de servicio general, que es aquella establecida en la Ley 18.575, y falta de servicio especial, que es la de la ley en comento. Pero lo cierto es que tanto doctrinaria (Valdivia, 2018: 435) como jurisprudencialmente,³ la norma reguladora de la responsabilidad sanitaria del Estado es la Ley 19.966 y, por consiguiente, en ella se han de fundar las demandas que pudieren entablarse.

En síntesis, actualmente no cabe duda de que los particulares víctimas de algún daño derivado de una acción u omisión de los órganos del Estado, con ocasión de falta de servicio en materia sanitaria, deberán perseguir la responsabilidad de estos de conformidad a las normas de la Ley 19.966.

La responsabilidad sanitaria del Estado a la luz de la Ley 19.966

La falta de servicio del artículo 38

Ahora corresponde que analicemos los principales aspectos de esta responsabilidad y, para esto, debemos comenzar con el factor de imputación por ella establecido, esto es, la falta de servicio.

² Para más información, véase Veloso (2016: 26).

³ Todo esto según la Corte Suprema en causa rol 21.632-2014

Sobre la falta de servicio, se manifiesta gran complejidad en su comprensión y aplicación, ya que, como bien se ha dicho:

Tras ellos se ocultan dos cosas centrales de un sistema de derecho público. Por un lado, la manera en que se distribuyen los infortunios entre el Estado y los ciudadanos y, por otro, cómo los jueces controlan las acciones de los organismos estatales aún *ex post* de la intervención pública.⁴

Sin perjuicio de lo dicho, igualmente quisiéramos efectuar algunos comentarios al respecto. Sobre el concepto, jurisprudencia y doctrina son contestes en entender que existe falta de servicio allí donde este no es prestado, lo es imperfectamente o tardíamente, formulación ya asentada en nuestra jurisprudencia por a lo menos veinte años.⁵ A modo ilustrativo, podemos señalar que nuestra Corte Suprema, en causa rol 10.240-2015, ha definido a la falta de servicio como:

Una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria.

Este es el concepto de la falta de servicio en nuestro país.

Así las cosas, sobre el concepto, la primera complejidad que se busca abordar es la construcción del estándar de conducta esperado del servicio, en base al cual, en un juicio de contraste, el juez podrá estimar que en los hechos ha existido falta de servicio, por cuanto la conducta desplegada por el Estado no ha logrado cumplir con el modelo de conducta. La problemática la encontramos en la indeterminación de si dicho modelo de conducta ha de ser construido en términos objetivos o en términos subjetivos, es decir, «si el estándar aplicable es aquel establecido normativamente por la ley, reglamento, protocolo, guía» o, por el contrario, si para configurar la falta de servicio no se considera suficiente el incumplimiento del estándar objetivo, sino que además re-

4 Luis Cordero, «La metodología tras la falta de servicio», *El Mercurio*, 2016, disponible en <https://bit.ly/47ovMDK>.

5 Alejandro Vergara, «La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la administración: un criterio jurisprudencial uniforme durante décadas», *El Mercurio*, 2022, disponible <https://bit.ly/3rFqLAI>.

quiere determinar si, en concreto, «la Administración tenía posibilidad efectiva de actuación atendidos sus medios».⁶

Las consecuencias prácticas de una y otra son relevantes. Destaca entre ellas que, para quienes postulan que lo correcto es el estándar objetivo, bastará con la prueba del incumplimiento de la ley, reglamento o guía para entender que estamos ante una falta de servicio. Por el contrario, para quienes postulan un modelo subjetivo de conducta, además del incumplimiento normativo propio del estándar objetivo, habrá que determinar si el servicio estaba en condiciones de cumplirlo.

Esta diferencia repercute fuertemente en materia sanitaria, ya que, para algunos, el incumplimiento de la *lex artis* o protocolos médicos al efecto es por sí mismo constitutivo de falta de servicio, ya que aquellos instrumentos normativos fijan la conducta que todo administrado ha de esperar del órgano del Estado en una materia determinada y, por consiguiente, bastará con acreditar la insatisfacción de dicho estándar para entender que se cumple con el factor de imputación. Precisamente por esta consecuencia es que se indica que la posición objetiva es ampliamente garantista con respecto al administrado.

Aplicando este modelo objetivo, la Corte Suprema ha resuelto en causa rol 34.836-2016 que:

De acuerdo con la Guía Clínica sobre Infección Respiratoria Baja de Manejo Ambulatorio en Menores de 5 Años, acompañada en autos por el Ministerio de Salud, el síndrome bronquial obstructivo severo requiere «hospitalización lo antes posible», mientras que el perito del Servicio Médico Legal explica que el Hospital de San José de Maipo «oficiaba como centro de derivación para los casos de menores con requerimientos de cuidados mínimos hospitalarios». Se observa, por tanto, una contradicción evidente entre la gravedad del cuadro respiratorio sufrido por la paciente y las características del centro asistencial al cual se la deriva.

El considerando transcrito es claro, el no cumplimiento de lo dispuesto en la guía clínica es la forma en la que el servicio no se ha ejecutado y, por consiguiente, constituye falta de este. El hecho de aplicar esta visión en la forma de construir el modelo de conducta esperado tiene como consecuencia el surgimiento de otro conflicto, el cual consiste en si basta

6 Luis Cordero, «Las tipologías de la falta de servicio», *El Mercurio*, 2017, disponible en <https://bit.ly/3K5DJhi>.

el cumplimiento de la normativa *ad hoc* para entender que no hay falta de servicio. Al respecto, la jurisprudencia es vacilante, cuestión que da cuenta del constante ejercicio de justicia material que efectúa la tercera sala de Corte Suprema. Así, por ejemplo, en un caso en el que se cuestionaba si la no toma de radiografía de toráx en un caso de neumonía grave por virus sincicial sobreinfectado podría ser constitutiva de falta de servicio del hospital demandado, el tribunal indicó: «Sin embargo, esta duda se diluye al examinar la Guía Clínica sobre Infección Respiratoria Baja de Manejo Ambulatorio en Menores de 5 años, que aconseja expresamente evitar el sobre uso de radiografías ante cuadros de síndrome bronquial obstructivo». ⁷ En cambio, en otros autos, pese al cumplimiento formal de la Guía Clínica para el Manejo de Mordedura de Araña de Rincón Loxosceles Laeta de agosto de 2004, igualmente se determinó la existencia de falta de servicio en razón de lo siguiente:

Que habiéndose establecido el procedimiento médico vigente y aplicable a la fecha de los hechos, que motivan estos autos; que no se acreditó que el servicio de urgencias demandado haya respetado un período de observación de cuatro a ocho horas en el centro hospitalario que establece la Guía Médica, antes referida; que, de otro lado, tampoco consta que se hayan efectuado exámenes de sedimento de orina y de sangre, que establece el referido documento, y que hubiera podido determinar la gravedad del estado del paciente, período de observación que, si bien, como señala el testigo de la demandada, don Roberto Burgos González, el protocolo no define que la observación deba realizarse en forma intrahospitalaria, resulta evidente que un paciente, afectado por esta picada de araña, como el de autos, no tenga los conocimientos y experticia suficiente para saber, con certeza, en qué momento debió concurrir al «S.O.S» que se plasmó en la ficha clínica. ⁸

En otras palabras, el fallo precisa que el cumplimiento de la guía no implica necesariamente el despliegue de la conducta esperada por el órgano de la Administración del Estado, ya que, en este caso concreto, era esperable que la observación se efectuará en dependencias clínicas y, al no satisfacerse dicho estándar, hay falta de servicio.

⁷ Todo esto según la Corte Suprema en causa rol 34.836-2016.

⁸ Para más información, véase Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, rol C-2274-2015, confirmada por la Corte de Valparaíso en rol 1.570-2017 y por la Corte Suprema en causa rol 5.145-2018.

Lo dicho en el párrafo anterior no es una discusión exclusiva del derecho administrativo. Al contrario, ella existe en el derecho civil cuando se aborda la problemática de si en el escenario de la culpa contra legalidad, el cumplimiento de la norma que consagra un estándar de comportamiento basta para entender que el agente no actuó culposamente.

En este punto resulta de claridad consignar lo que apunta Aedo (2018: 312) en los siguientes términos:

Que la culpa contra legalidad implica una norma que establezca un estándar de comportamiento (un deber específico violado, como dice la doctrina) y cuyo incumplimiento determine un radio de sujetos protegidos. No obstante, conviene hacer dos precisiones de importancia. En primer lugar, pensamos, no hay culpa contra legalidad por la sola violación de una norma, y, en segundo término, tampoco existe culpa contra legalidad, a pesar de lo que ha señalado la doctrina, porque exista un deber de cuidado específicamente establecido (como ocurre, por ejemplo, con los deberes de seguridad, tanto en materia laboral, como en el caso de la responsabilidad por daños a los consumidores), en la medida que dicho deber debe ser concretado en un estándar de comportamiento adecuado.

Con respecto a la aplicación del modelo subjetivo, esto es, que solo habrá falta de servicio cuando aquella se verifica pese a contar con los medios para cumplir con el estándar al efecto, debemos señalar que igualmente tiene recepción jurisprudencial y que, más aún, es esta visión de la falta de servicio la que permite incorporar elementos para una apreciación en concreto de dicho factor de imputación, es decir, apreciar su existencia en circunstancias de tiempo y lugar determinado en base a lo que se espera del servicio en dichas circunstancias. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en causa rol 34.793-2016, ha dicho:

Los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que se desarrollan en el contexto de la prestación de un servicio público a través de agentes que se desempeñan en un hospital estatal, los que en ejercicio de sus funciones deben proveer las prestaciones médicas necesarias al paciente, de forma tal que se debe evitar exponerlos a riesgos innecesarios, sin escatimar esfuerzos para ello, sobre todo porque se cuenta con equipo técnico y profesional para llevar a cabo tal labor.



En otro fallo, en forma más explícita, la Corte Suprema, en causa rol 20.881-2019, ha dicho:

Que sin perjuicio de lo razonado resulta preciso consignar que, habiendo quedado demostrada la falta de disponibilidad de ambulancias para el traslado del accidentado hasta el Hospital de Puerto Octay, el conocimiento exacto, por el personal de dicho establecimiento, de la condición en que este se hallaba resultaba, en definitiva, irrelevante, pues, teniendo noción o no de dicho estado, es lo cierto que la mencionada ausencia impedía, en cualquier caso, la prestación del servicio de traslado de don Abelardo Quintumán a ese nosocomio en un vehículo del señalado tipo. En otras palabras, la carencia material descrita obstaba, en todo evento, a una respuesta positiva a la solicitud de transporte en ambulancia al hospital local, con total independencia del conocimiento preciso que su personal tuviera de la condición de la persona lesionada, de manera que dicho antecedente se transforma, en último término, en un dato al que es imposible atribuir la trascendencia y significación que las demandantes creen ver en él.

Finalmente, dentro del criterio subjetivo, es importante señalar que las condiciones concretas en que aquel es aplicado, además de tiempo y lugar, dicen relación con las circunstancias materiales en las cuales se desenvuelve la prestación médica o acto médico, ello por cuanto los servicios de salud y todo órgano de la Administración del Estado se rige por el principio de legalidad presupuestaria. Por consiguiente, alguna alegación en sede jurisdiccional relativa a una falta de servicio por la escasa cantidad de ambulancias debe ser descartada de plano, por cuanto implicaría una grave intromisión del poder judicial a las políticas públicas que dependen directamente del ejecutivo y que, en su presupuesto, dependen de aquel y del poder legislativo. Por esto, el mismo fallo señalado indica:

Sin que sea posible discutir en esta sede cuestiones propias de la política de salud del Estado, tales como la exigibilidad de una mayor dotación de ambulancias en el lugar, o la modificación de la categoría del hospital de que se trata o las particularidades de su financiamiento.

Acorde lo dicho, si bien es claro que la Ley 19.966 establece como criterio de imputación a la falta de servicio, se han de tener presentes en su constatación las distintas directrices existentes en su construcción.



Mediación previa

Una novedad que incluye esta normativa es que previo al ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, el artículo 43 exige a la víctima el someter su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, pues en el presente trabajo solo desarrollamos lo relativo a la falta de servicio, cuestión que es imputable solo a los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del Decreto Ley 2.763 de 1979, o sus funcionarios. Debemos señalar que su constitucionalidad ha sido discutida ante el Tribunal Constitucional,⁹ el cual, en fallo dividido, desestimó el recurso de inaplicabilidad.

Para efectos de este trabajo, es importante mencionar la mediación que en el artículo 45 se indica: que el plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado. Previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar 120 días como máximo. Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiera acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta que deberá ser firmada por ambas partes. En caso de que alguna no quiera o no pueda firmar dejará constancia de ello el mediador, quien actuará como ministro de fe. Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a las que hubiera lugar.

Sobre esta suspensión a la prescripción, y teniendo presente que el artículo 43 establece que dependiendo del presunto causante del daño es distinto el ente llamado a conocer del reclamo y posterior mediación, y considerando, además, que es habitual que la reclamación la presente directamente la víctima o sus familiares, es muy probable que el ente ante el cual se presente el reclamo no sea el correspondiente. Por ello, resulta importante cuestionarse si la presentación errada del reclamo tiene la virtud de suspender la prescripción.

En relación con esto, la Corte Suprema, en causa rol 92.793-2016, tuvo la oportunidad de pronunciarse y señaló:

Que de este modo, la suspensión de la prescripción tratada en el inciso final del artículo 45 de la Ley 19.966 no incurre en aquella casuística de

⁹ Para más información, véase la sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol 2.042-2011.



su artículo 40, puesto que no distingue que el intento errado ante una de las instituciones mediadoras produzca efectos perjudiciales para los interesados, en especial, la pérdida u omisión del tiempo transcurrido hasta obtener una respuesta que enseguida obligará al interesado a dirigirse ante aquel órgano que sí es competente; es decir, la ley no distingue para los efectos de la consideración de la suspensión de la prescripción, el tiempo durante el cual se prolongó la mediación si ella se llevó a cabo en uno de los servicios incompetentes, puesto que lo que importa para estos efectos, es el plazo de su duración, es decir, desde que comienza hasta su término, no interesando, en consecuencia, si aquel fue ingresado equivocadamente a uno de los dos órganos competentes, lo que trasciende a la finalidad de la regulación, es la obligatoriedad del trámite y que es un mecanismo para evitar la judicialización del caso.

Acción de repetición

Lo relevante del inciso final del artículo 38, para los efectos de este libro, es que acaba de plano con aquella defensa fiscal que sostenía la disociación de la falta personal con la falta de servicio cuando existía dolo o culpa grave del funcionario o agente, por cuanto se sostenía que escapaba de la acción estatal esa conducta personal y que, por consiguiente, no se le podía reprochar las consecuencias de ella. Sin embargo, este inciso indica:

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

Cuestión que solo es entendible en el escenario que el Estado responda por el daño que ha causado dicho funcionario.

Prescripción

Ciertamente, la redacción de la norma a la cual se remite el Código Sanitario ofrece graves inconvenientes, por cuanto el plazo de prescripción en principio comienza a correr una vez verificada la acción u omisión defectuosa. Necesariamente, las discusiones en torno al inicio del cómputo desde el prisma de lo dispuesto en el artículo 2.332 del Código



Civil reviven en esta sede contenciosa-administrativa. Esta situación ha sido sostenida por doctrina autorizada. Esto, pues en términos de Vidal (2020: 250), el artículo 40 de la Ley 19.966, si se lee tal como está escrito:

No permite resolver aquellos casos en los que el daño se manifiesta en un momento posterior al de la acción u omisión o, si se quiere, a la falta de servicio del órgano de la Administración del Estado. Se discute si fue una inadvertencia de la legislación o fue su voluntad deliberada de prescindir de la circunstancia antedicha para efectos del cómputo del plazo de prescripción, entendiendo que solo resulta relevante el momento de la acción u omisión o de la falta de servicio. Pensamos que fue lo primero, dado que es inaceptable que el plazo de prescripción comience a correr antes de la ocurrencia de uno de los elementos necesarios para que nazca la obligación, cual es el daño. La regla debe interpretarse del mismo modo que la del artículo 2332 del Código Civil, en el sentido de que si la prescripción solo puede comenzar a correr desde la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad y es el caso de un daño que se manifiesta con posterioridad a la acción u omisión, será desde ese instante y no antes.

Coincidimos con lo apuntado, y entendemos que el citado artículo no debe ser interpretado textualmente, de manera que el inicio del cómputo de prescripción también en este ámbito debe comenzar a correr una vez que concurren en la especie todos los elementos de la responsabilidad por falta de servicio y, en particular, el daño. Además, podemos inferir que la jurisprudencia es tributaria de esta misma opinión, siendo esto posible de justificar en razón de la sentencia de la Corte Suprema del 30 de abril de 2020, pronunciada en causa rol 26.258-2018, con fines aclaratorios, que resolvió en su considerando octavo:

Que en este sentido cabe mencionar que, tal como ha sostenido esta Corte, entre otras, en las sentencias rol 8.106-2015 del 21 de marzo de 2016, 22.878-2015 del 19 de mayo de 2016, y 378-2019 del 20 de marzo de 2019, la responsabilidad civil supone como requisito fundamental la concurrencia del daño ocasionado por el hecho del que se pretende hacer responsable al demandado. En esas condiciones es posible argüir que el daño y, en particular, la fecha en que se toma conocimiento del mismo, será siempre el elemento que determinará el momento en que se reúnan todos los elementos que exige la configuración del ilícito civil, haciendo nacer la obligación indemnizatoria y, por consiguiente, deberá



exigirse la existencia del perjuicio para comenzar el cómputo de esta prescripción, puesto que solo con el daño se completa el hecho ilícito. Debe inferirse entonces que la «acción u omisión» a la que alude el artículo 40 de la Ley 19.966, no solo comprende la ejecución de la conducta respectiva o el incumplimiento del deber que configura la omisión, sino que, además, su efecto dañoso en la víctima.

Más allá, es del todo saludable que el inicio del cómputo suponga una cierta tolerancia a favor del agraviado, idea que ha sido suscrita por Isler (2020: 73) en los siguientes términos:

El mayor despliegue en el tiempo de la acción civil, tanto si lo ponderamos con la responsabilidad extracontractual (cinco años) como con la contractual (manifestación de los daños), podría insinuarnos que el legislador esta vez ha considerado que la lesión puede referirse a aspectos más sensibles que en otros casos. Ello puede obedecer a que las consecuencias de la presencia de un defecto en un producto sanitario —pensemos, por ejemplo, en los medicamentos— muy probablemente se situarán en el ámbito extrapatrimonial —la vida o la integridad del consumidor—, por lo que aumentan las posibilidades de que se afecten bienes jurídicos no disponibles. Ello es una manifestación de que la regulación de la prescripción extintiva dependerá de las valoraciones y ponderaciones que el Estado —y con ello la conciencia social— tenga acerca de la eventual prevalencia o equilibrio entre la justicia y la certeza jurídica.

El criterio justifica, en definitiva, que el inicio del cómputo esté marcado con el momento en que la víctima se impone del agravio, ya que la órbita de bienes jurídicos protegidos presenta una naturaleza que exige una aproximación desprendida de las rigideces de un punto de partida de corte objetivo.



Capítulo 6

Especificidad con respecto a los derechos de las y los pacientes con vulnerabilidad

La vulnerabilidad en salud desde una perspectiva dinámica

La condición de paciente en la relación clínica implica asimetría, al menos informativa, por lo que se ha convertido en un apropiado contexto para el estudio de la vulnerabilidad como principio.

La relación médica centrada en el paciente se contrapone directamente a aquella que pone su foco de atención en la enfermedad y la cura o mitigación de los síntomas. Cambiar el enfoque hacia el paciente implica el respeto a su autonomía. De este modo, la persona es copartícipe en las decisiones de cada acto médico.

La historia de valores del paciente se construye con el involucramiento de su entorno, así como de familiares cercanos, cuidadores informales o cualquier otro agente que permita obtener el contexto que rodea a las y los pacientes y a su afección a la salud (Frezza, 2019: 3-8). Este modelo también se ha denominado medicina integrativa.

Esta última acoge los principios del modelo centrado en el paciente y establece como ejes principales al profesional de salud y a la persona paciente, quienes tienen un vínculo cooperativo en el proceso curativo. Se consideran todos los factores que influyen en la salud, el bienestar y la enfermedad, inclusive los mentales, espirituales y contextuales. También se incluyen en el tratamiento la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad. Finalmente, la práctica de la medicina integrativa debe estar abierta a una constante exploración y al desarrollo de sus principios (Maizes, Rakel y Niemiec, 2009: 6-8).

En otra aproximación al esquema de la medicina centrada en la o el paciente, se describe una complementariedad y amplitud de principios en torno a ella. Con respecto al paradigma biomédico tradicional, se contrapone uno biopsicosocial que adiciona elementos como el entorno



familiar y la cultura de las y los pacientes (Rawson y Moretz, 2016: 1546-1547).

Se puede observar que la información aparece como un elemento fundamental cuando el enfoque de la relación clínica es la o el paciente. Tanto la eficiencia de la comunicación como de la retroalimentación de los valores y creencias de estos últimos deben ser aún más agudos en los casos de vulnerabilidad.

El principio de vulnerabilidad se refiere al reconocimiento de la finitud y de la fragilidad del ser humano frente a los procesos biológicos, como la enfermedad o la muerte. Por otro lado, plantea que es una condición dinámica, es decir, que una persona no vulnerable puede llegar a serlo.

Desde otra perspectiva, la información en la relación clínica ya no solo tiene su valor como garantía de reducción de la asimetría entre el facultativo y el paciente, sino que se configura como un elemento intrínseco al ámbito terapéutico, el cual requiere nuevas habilidades que se incorporan a la *lex artis*, por ejemplo, la inteligencia moral.¹

La comprensión de la vulnerabilidad como un concepto dinámico implica verificar que toda persona es susceptible de ella y que no por ello es esencialmente negativo. Por el contrario, permite el desarrollo de las relaciones por cuanto quien está en posición de cuidar, curar o sanar está consciente de que puede necesitar ser cuidado, curado o sanado en su momento, convirtiéndose en una categoría potente para verificar los estándares que se requieren en un contexto como el de la relación clínica (Herring, 2013: 61-65).

A continuación, se propone el estudio de la configuración específica que puede adquirir la relación clínica, los estándares de cuidado y las implicaciones frente a ciertos pacientes con mayor susceptibilidad a la vulnerabilidad, lo que puede ser trascendental al momento de tomar una decisión por parte de juezas y jueces.

Las y los pacientes niñas, niños y adolescentes

Para este grupo de pacientes el ordenamiento jurídico ha ido evolucionando en reconocer a los niños, a las niñas y a las y los adolescentes como sujetos de derecho en el ámbito sanitario, estableciendo como

¹ Sobre un análisis profundo del concepto de inteligencia moral en la relación clínica, véase Ozturk, Sayligil y Yildiz (2019: 273 y 274).

presupuestos fundamentales la capacidad, la necesaria información previa para ejercer la autonomía mediante el consentimiento informado que, definitivamente, es una manifestación de la autodeterminación del paciente, ya sea en una atención o intervención médica como en una investigación científica biomédica.

Como se ha indicado en el acápite referido a la investigación científica la situación de los niños, las niñas y las y los adolescentes en torno a la autonomía, ahora es preciso indicar la situación con respecto al consentimiento informado en atenciones médicas. Si bien la ley reconoce las facultades que tienen los padres, las madres o los representantes legales para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de las y los menores de edad competentes, no es menos cierto que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído con respecto a los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que estos le otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y tanto su estado afectivo como psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, la niña y la o el adolescente ha sido informado, y de que se le ha oído. En época de pandemia se determinó que no se requería autorización de los progenitores o de quien ostentara el cuidado personal y/o patria potestad de mayores de 14 años cuando se tratara de la toma de exámenes PCR realizada por personal de salud, en cualquier establecimiento autorizado o en el contexto del programa de Búsqueda de Casos Activos, ya que era parte de la estrategia nacional de testeo, trazabilidad y aislamiento del Estado, bastando para ello el consentimiento del niño, de la niña o de la o el adolescente.

Personas con discapacidad

La Organización Mundial de la Salud no solo ha señalado que un 15% de la población mundial vive con alguna forma de discapacidad, sino que también, de dicho porcentaje, entre un 2% y un 4% tienen dificultades importantes para su funcionalidad. Las cifras se han incrementado últimamente, porque la expectativa de vida ha aumentado y también debido a la presencia de enfermedades crónicas no transmisibles y enfermedades infecciosas que causan discapacidades. Por otro lado, la ma-



yor prevalencia se encuentra en los países con menores ingresos y en los quintiles más pobres, así como en las personas de mayor edad.²

La pobreza no solo se circunscribe como una de las causas de la discapacidad, por cuanto un menor acceso a sanidad, adecuada alimentación, ocio, entre otros factores, merman el estado de la persona. Además, la discapacidad afecta directamente al grupo familiar y al entorno de una persona con discapacidad, ya que el gasto en salud es mayor que el de una familia en la que ninguno de sus miembros tiene discapacidad. Se ha demostrado que las familias que tienen a uno de sus miembros con discapacidad, especialmente si esta es severa, tienen entre un 3% y un 4% de mayores probabilidades de caer en la pobreza, situación que, además, es palpable en Chile (World Report on Disability, 2011: 40).

Según la Organización Panamericana de la Salud, en total se estima que casi un 12% de la población de América Latina y el Caribe vive con al menos una discapacidad, lo que representa alrededor de 66 millones de personas.

En Chile, según el Segundo Estudio Nacional de Discapacidad, un 20% de la población adulta tiene discapacidad y, de esta, un 49,9% se encuentra en los quintiles I y II de ingresos, por lo que pobreza y discapacidad son dos fenómenos que están entrelazados. La población global de dos y más años que tiene discapacidad es de un 16,7% según este estudio, por lo que estamos hablando de uno de los sectores en condición de vulnerabilidad, lo que no se reduce a la población como tal, sino que se extiende a su familia cercana, con todas las implicaciones que el cuidado y la atención adicional del caso puedan requerir.

Anteriormente se hizo referencia en este trabajo al amplio desarrollo de contenido del derecho a la salud en el caso en que la o el paciente sea una persona con discapacidad, partiendo de que el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad compromete al Estado a garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar del más alto nivel de salud posible sin discriminación por su discapacidad. Lo señalado se traduce tanto en intervenciones concretas como en la proporción de programas de atención gratuitos o con precios asequibles. Además, estos deben estar plenamente adaptados a las

² Para más información, véase «World Report on Disability», World Health Organization, 2011, disponible en <http://bit.ly/3DkkcWq>.



necesidades específicas de la discapacidad y enfocarse en la prevención de nuevas discapacidades o profundización de las existentes.

La norma señalada se refiere a la calidad asistencial a la o el paciente con discapacidad, lo que implica el cumplimiento de un catálogo de derechos que deben traducirse en prácticas concretas. Es así como el literal d) del artículo 25 señala:

Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización con respecto a los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

El artículo 25 no agota los derechos de las y los pacientes con discapacidad, ya que, en el artículo 15, que resguarda a este grupo de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes se hace mención expresa al derecho del paciente con discapacidad a emitir su consentimiento informado frente a experimentos médicos o científicos, lo que también se refleja en el consentimiento que debe ser emitido previo a una intervención en el contexto de la relación clínica.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 26, señala que los Estados parte deben comprometerse a la plena efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encontraría la salud. Sin embargo, la regulación del derecho a la vida e integridad personal contenidos en los artículos 4 y 5, respectivamente, permiten un desarrollo rico de los derechos de las personas con discapacidad y la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahora bien, esta Corte se ha pronunciado reiteradas veces con respecto a la discapacidad.

Como se ha señalado en este trabajo, el caso que abre este repertorio de jurisprudencia es *Ximenes Lopes con Brasil*, que desarrolla la noción de Estado como garante del cuidado y de la vida digna de las personas. Se señala que las personas con discapacidad, que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. Se señala en este fallo que, cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes



legales o a la autoridad competente emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.

En la misma línea, el recientemente fallado caso *Guachalá Chimbo y otros con Ecuador* profundiza la responsabilidad del Estado con respecto a la custodia y su situación de garante de los derechos de las personas con discapacidad bajo sistemas de institucionalización, especialmente cuando esta es involuntaria. En materia de salud, el Estado vulneró la autonomía de la persona al no recabar su consentimiento informado para el internamiento, pero el propio tratamiento fue señalado como insuficiente, por lo que el Estado incumplió la garantía reforzada de acceso a la salud de la que gozan las personas con discapacidad al no proporcionar medicamentos ni prevenir la discapacidad.

Finalmente, con respecto al consentimiento informado en salud, los estándares relacionados con consentimiento por representación con respecto a una persona mayor se construyen a través del caso *Poblete Vilches con Chile*, en el que se realiza una intervención quirúrgica a una persona mayor de edad sin su consentimiento propio ni el de sus familiares, situación que le provoca una sepsis general y posterior fallecimiento. En este fallo se establece un precedente importante con respecto a la naturaleza del consentimiento informado en salud, a los requisitos de la información, al ejercicio del derecho a la autonomía y a la comprensión de la capacidad frente a decisiones en materia de salud. Dentro del criterio de accesibilidad, se señala que deben erradicarse las dificultades de acceso por criterios sospechosos de discriminación enunciados en el artículo 1.1. de la Convención Americana, entre los cuales la edad también debe ser tomada en cuenta, por cuanto el listado es ejemplificativo y no taxativo (Calahorrano, 2021a: 19).

Un caso de especial relevancia en la jurisprudencia interamericana para Chile se encuentra en el fallo *Vera Rojas con Chile*, al tratar el contenido del derecho a la salud, pero además los aspectos de accesibilidad y calidad en la provisión de servicios de salud a una persona con múltiple vulnerabilidad.

En el caso señalado, se analiza el deber del Estado de fiscalizar a las instituciones privadas que entregan servicios públicos, en este caso, las isapres. La Corte Interamericana señala:

145. En ese sentido, el tribunal recuerda que, dado que la salud es un bien público, los Estados tienen la obligación de regular y fiscalizar toda



la asistencia de salud prestada por particulares, como deber especial de protección de los derechos que se pueden ver afectados por la inadecuada prestación de los servicios de salud. De igual forma, resulta pertinente señalar que son las empresas privadas las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable con respecto a las actividades que realicen, lo que implica que deben adoptar las medidas necesarias para que sus actividades no tengan impactos negativos en los derechos humanos de las personas, subsanar dichas violaciones cuando ocurran, y adoptar prácticas con un enfoque dirigido a que sus actividades respeten los derechos humanos. Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública, y está ejerciendo funciones inherentes al poder público, como es el caso de las isapres en el sistema de salud chileno.

146. Al respecto, la Corte recuerda que los servicios sanitarios referidos a la rehabilitación y a los cuidados pediátricos deben proveerse conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, tomando en cuenta las particularidades que requiere un tratamiento médico de niños y niñas que sufren discapacidades. De esta forma, la Corte advierte que, aun después de la reinstalación del Régimen de hospitalización domiciliaria las denuncias presentadas por los padres de Martina permiten advertir la ausencia de suficientes trabajadores médicos para la atención de la niña, la existencia de retrasos en la entrega de insumos suficientes por parte de la empresa proveedora del servicio, y deficiencias en insumos básicos como medicamentos y ventiladores. Estas falencias constituyen problemas en la calidad y disponibilidad de los servicios de salud por parte de los prestadores de servicios privados, pues estos elementos establecen que en la atención a la salud se debe contar con suficientes servicios, personal médico y profesional capacitado, y que los bienes y servicios sean apropiados desde un punto de vista científico y técnico.

En la legislación nacional, la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad del 3 de febrero de 2010 y que surge como mecanismo de adecuación del ordenamiento jurídico nacional a la Convención de Nueva York, recoge los siguientes derechos que pueden ser aplicables a las y los pacientes con discapacidad:

- Artículo 4: «Es deber del Estado promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Los programas destina-



dos a las personas con discapacidad que ejecute el Estado deberán tener como objetivo mejorar su calidad de vida, principalmente, a través de acciones de fortalecimiento o promoción de las relaciones interpersonales, su desarrollo personal, la autodeterminación, la inclusión social y el ejercicio de sus derechos. En la ejecución de estos programas y en la creación de apoyos se dará preferencia a la participación de las personas con discapacidad, sus familias y organizaciones. El Estado priorizará la ejecución de programas, proyectos y la creación de apoyos en el entorno más próximo a las personas con discapacidad que se pretende beneficiar. Con todo, en el diseño de estos programas se considerarán las discapacidades específicas que se pretende suplir y se determinarán los requisitos que deberán cumplir las personas que a ellos postulan, considerando dentro de los criterios de priorización el grado de la discapacidad y el nivel socioeconómico del postulante. Para acceder a los beneficios y prestaciones sociales establecidos en la presente ley, las personas con discapacidad deberán contar con la certificación de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez a que se refiere el artículo 13 del presente cuerpo legal y estar inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad».

- Artículo 9: «El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva. Asimismo, el Estado adoptará las acciones conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas. De igual modo, el Estado adoptará las medidas necesarias para evitar las situaciones de violencia, abuso y discriminación de que puedan ser víctimas las mujeres y niños con discapacidad y las personas con discapacidad mental, en razón de su condición».
- Artículo 11: «La rehabilitación de las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, propenderá a que es-



tas desarrollen al máximo sus capacidades y aptitudes. En ningún caso la persona con discapacidad mental podrá ser sometida, contra su voluntad, a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos médicos o científicos».

- Artículo 21: «La rehabilitación integral es el conjunto de acciones y medidas que tienen por finalidad que las personas con discapacidad alcancen el mayor grado de participación y capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en consideración a la deficiencia que cause la discapacidad. Las acciones o medidas de rehabilitación, tendrán como objetivos principales: i) proporcionar o restablecer funciones; ii) compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional; iii) el desarrollo de conductas, actitudes y destrezas que permitan la inclusión laboral y educacional; y iv) la interacción con el entorno económico, social, político o cultural que puede agravar o atenuar la deficiencia de que se trate. Las personas con discapacidad tienen derecho, a lo largo de todo su ciclo vital y mientras sea necesario, a la rehabilitación y a acceder a los apoyos, terapias y profesionales que la hagan posible, en conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 4 de la presente ley».
- Artículo 22: «Las personas con discapacidad tienen derecho a que el proceso de rehabilitación integre y considere la participación de su familia o de quienes las tengan a su cuidado. El proceso de rehabilitación se considerará dentro del desarrollo general de la comunidad. El Estado fomentará preferentemente la rehabilitación con base comunitaria, así como la creación de centros públicos o privados de prevención y rehabilitación integral, como estrategia para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Durante la rehabilitación se prestará asistencia en salud mental, con el propósito que la persona sometida a ella desarrolle al máximo sus capacidades. De ser necesario, dicha asistencia podrá extenderse a la familia».

La reciente Ley 21.331, del 11 de mayo de 2021, de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en salud mental, introduce, en su artículo 9, un catálogo específico de derechos que garantizan su autodeterminación en salud y accesibilidad con respecto a los servicios.



Además, se regula la prescripción de medicación en el tratamiento psiquiátrico y la hospitalización psiquiátrica como medidas excepcionales, señalándose los requisitos específicos para llevar a cabo una hospitalización involuntaria. Algunas de las normas relevantes que permiten profundizar en el catálogo de derechos de las y los pacientes con discapacidad que aparecen en la Ley 21.331:

Artículo 4: Las personas tienen derecho a ejercer el consentimiento libre e informado con respecto a tratamientos o alternativas terapéuticas que les sean propuestos. Para tal efecto, se articularán apoyos para la toma de decisiones, con el objetivo de resguardar su voluntad y preferencias.

Desde el primer ingreso de la persona a un servicio de atención en salud mental, ambulatorio u hospitalario, será obligación del establecimiento integrarla a un plan de consentimiento libre e informado, como parte de un proceso permanente de acceso a información para la toma de decisiones en salud mental.

Los equipos interdisciplinarios promoverán el ejercicio del consentimiento libre e informado, debiendo entregar información suficiente, continua y en lenguaje comprensible para la persona, teniendo en cuenta su singularidad biopsicosocial y cultural, sobre los beneficios, riesgos y posibles efectos adversos asociados, a corto, mediano y largo plazo, en las alternativas terapéuticas propuestas, así como el derecho a no aceptarlas o a cambiar su decisión durante el tratamiento.

Los equipos de salud promoverán el resguardo de la voluntad y preferencias de la persona. Para tal efecto, dispondrán la utilización de declaraciones de voluntad anticipadas, de planes de intervención en casos de crisis psicoemocional, y de otras herramientas de resguardo, con el objetivo de hacer primar la voluntad y preferencias de la persona en el evento de afecciones futuras y graves a su capacidad mental, que impidan manifestar consentimiento.

Complementariamente, la persona podrá designar a uno o más acompañantes para la toma de decisiones, quienes le asistirán, cuando sea necesario, a ponderar las alternativas terapéuticas disponibles para la recuperación de su salud mental.

Cuando, conforme con el artículo 15 de la ley 20.584, no se pueda otorgar el consentimiento para una determinada acción de salud, se deberá dejar siempre constancia escrita de tal circunstancia en la ficha clínica, la que también deberá ser suscrita por el jefe del servicio clínico o quien lo reemplace.



Artículo 9: La persona con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual es titular de los derechos que garantiza la Constitución Política de la República. En especial, esta ley le asegura los siguientes derechos:

- i) a ser reconocida siempre como sujeto de derechos;
 - ii) participar socialmente y a ser apoyada para ello, en caso necesario;
 - iii) a que se vele especialmente por el respeto a su derecho a la vida privada, a la libertad de comunicación y a la libertad personal;
 - iv) a participar activamente en su plan de tratamiento, habiendo expresado su consentimiento libre e informado. Las personas que tengan limitaciones para expresar su voluntad y preferencias deberán ser asistidas para ello. En caso alguno se podrá realizar algún tratamiento sin considerar su voluntad y preferencias;
 - v) a que, para toda intervención médica o científica de carácter invasivo o irreversible, incluidas las de carácter psiquiátrico, manifieste su consentimiento libre e informado, salvo que se encuentre en el caso de la letra b) del artículo 15 de la Ley 20.584;
 - vi) a que se reconozcan y garanticen sus derechos sexuales y reproductivos, a ejercerlos dentro del ámbito de su autonomía, a que le sean garantizadas condiciones de accesibilidad y a recibir apoyo y orientación para su ejercicio, sin discriminación en atención a su condición;
 - vii) a no ser esterilizada sin su consentimiento libre e informado. Queda prohibida la esterilización de niños, niñas y adolescentes o como medida de control de fertilidad.
- Cuando la persona no pueda manifestar su voluntad o no sea posible desprender su preferencia o se trate de un niño, niña o adolescente, solo se utilizarán métodos anticonceptivos reversibles;
- viii) a recibir atención sanitaria integral y humanizada y al acceso igualitario y equitativo a las prestaciones necesarias para asegurar la recuperación y preservación de la salud;
 - ix) a recibir una atención con enfoque de derechos. Los establecimientos que otorguen prestaciones psiquiátricas en la modalidad de atención cerrada deberán contar con un comité de ética, conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 20.584;
 - x) a recibir tratamiento con la alternativa terapéutica más efectiva y segura y que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;
 - xi) a que su condición de salud mental no sea considerada inmodificable;

xii) a recibir contraprestación pecuniaria por su participación en actividades realizadas en el marco de las terapias, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que sean comercializados;

xiii) a recibir educación a nivel individual y familiar sobre su condición de salud y sobre las formas de autocuidado, y a ser acompañada durante el proceso de recuperación por sus familiares o por quien la persona libremente designe;

xiv) a que su información y datos personales sean protegidos de conformidad con la Ley 19.628;

xv) a no ser discriminado por padecer o haber padecido una enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual; y

xvi) a no sufrir discriminación por su condición en cuanto a prestaciones o coberturas de salud, así como en su inclusión educacional o laboral.

Artículo 10: La prescripción y administración de medicación psiquiátrica se realizará exclusivamente con fines terapéuticos. La prescripción de medicamentos solo puede realizarse a partir de evaluaciones profesionales pertinentes, debiendo la persona ser atendida periódicamente por el profesional competente.

Artículo 11: La hospitalización psiquiátrica es una medida terapéutica excepcional y esencialmente transitoria, que solo se justifica si garantiza un mayor aporte y beneficios terapéuticos en comparación con el resto de las intervenciones posibles, dentro del entorno familiar, comunitario o social de la persona, con una visión interdisciplinaria y restringida al tiempo estrictamente necesario. Se promoverá el mantenimiento de vínculos y comunicación de las personas hospitalizadas con sus familiares y su entorno social.

Artículo 20: El tratamiento de las personas con enfermedades o trastornos mentales o con discapacidad psíquica o intelectual se realizará con apego a los estándares de atención que a continuación se indican:

i) que la atención de salud se realice en establecimientos de salud de conformidad con el decreto con fuerza de Ley 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

ii) la certificación de las competencias de los profesionales a cargo de la atención de salud mental y la revalidación de dichas competencias, en conformidad con la normativa sobre certificación y registro de profesionales en salud de la Superintendencia de Salud;



- iii) que se proporcione a estas personas un tratamiento en base a la mejor evidencia científica disponible y a criterios de costo-efectividad, en relación al mejoramiento de la salud y bienestar integral de la persona;
- iv) que las instalaciones para la atención ambulatoria y hospitalaria cumplan con la autorización sanitaria;
- v) que la incorporación de familiares y otras personas significativas que puedan dar asistencia especial o participen del proceso de recuperación, si ello es consentido por la persona, especialmente en el caso de niños, niñas y adolescentes, con el objetivo de fortalecer su inclusión social;
- vi) que la atención de salud no podrá dar lugar a discriminación respecto de otras enfermedades, en relación a cobertura de prestaciones y tasa de aceptación de licencias médicas; y
- vii) no podrá existir discriminación en cuanto a la existencia de servicios en la red de atención de salud, siendo estos necesarios para la acreditación sanitaria.

Adicionalmente, la norma descrita incorpora, en sus artículos 22 y 23, derechos de los familiares y de las personas que apoyen a personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual, señalándose el de recibir información general sobre las mejores maneras para ejercer el apoyo y cuidado, como contenidos psicoeducativos sobre ello. Además, tienen derecho a organizarse para abogar por sus necesidades y las de las personas a quienes apoyan y cuidan, a crear instancias comunitarias que promuevan la inclusión social y a denunciar situaciones que resulten violatorias de los derechos humanos.

La Ley 21.331 indaga en el aspecto relacional de cuidado y la discapacidad, por lo que la consideración de quienes ejercen el cuidado y el apoyo es relevante como parte del tratamiento y forma de alcanzar el concepto amplio de salud que caracteriza el bienestar integral del paciente, por lo que este catálogo de derechos puede entenderse como una categoría ampliada de aquellos.

En la jurisprudencia nacional hay referencias al derecho a la igualdad y no discriminación en sede de recurso de protección y responsabilidad médica.

Así, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción 11.095-2021 del 26 de noviembre de 2021, *Fundación Coanil con Ministerio de Salud*, se resuelve un recurso de protección por cese de hospitalización administrativa involuntaria de un paciente, y se señala:



De lo dicho se puede inferir que el sostén para denegar una internación de estadía permanente del aludido paciente se basa en que, por los datos recabados durante sus hospitalizaciones, no hay fundamentos clínicos para solicitar una interdicción o generar una causa legal para su hospitalización no voluntaria en una unidad de estadía prolongada forense. No obstante, sin desconocer la validez de esas razones médicas, en concepto de esta Corte, en el presente caso hay factores que llevan a pensar que la situación no va a mejorar; por el contrario, con el relato de la recurrente, las actitudes violentas del paciente con el personal de la Residencia REMPER (residencia de protección para mayores y programa especializado de protección) Los Aromos y la comunidad van en incremento, siendo palmario que no tiene una red de apoyo social ni familiar, dificultando aún más su inserción en el sistema de atención de salud, lo que no puede ser obstáculo para brindarle las prestaciones que requiera su trastorno, ya que ese es el espíritu que anima el citado artículo 14 del reglamento: Evitar que el enfermo mental atente contra su vida y la de otras personas. La sola constancia de los atentados contra la integridad de terceros y de animales, provocados por el paciente ya individualizado, constituye una amenaza al derecho a la vida e integridad física, contemplado en el artículo 19, número 1, de la Constitución Política de la República, razón por lo cual el recurso de protección deducido debe ser acogido, adoptándose por los recurridos las medidas que se indican en lo resolutivo (considerando decimocuarto).

También, en sede de recurso de protección, se acoge el fallo rol 9.217-2021 del 14 de octubre de 2021, en el que la madre de una persona con discapacidad interpone dicha acción en contra de su cónyuge debido a que no permite el acceso de personal médico a la vivienda para que realice los cuidados domiciliarios necesarios, por cuanto la discapacidad de la persona es severa y requiere tanto monitoreo como cuidados continuos. En este caso, se vincula la obstrucción en la atención con el ejercicio del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica. La Corte de Apelaciones de Concepción señala:

Que de acuerdo con el mérito de los informes a que se viene haciendo referencia, los hechos imputados a la recurrente S.C.F.G. no aparecen acreditados, ya que las versiones de las partes están controvertidas, salvo en lo relativo a su negativa temporal a permitir el acceso al domicilio común donde se encuentra el paciente del personal especialista de cuidados domiciliarios de la Asociación Chilena de Seguridad, con la



finalidad de brindarle los cuidados y las atenciones que su delicada condición de salud requiere las veinticuatro horas del día.

En efecto, la Asociación Chilena de Seguridad señala que, entre el 24 y el 31 de agosto de 2021 inclusive, existió un impedimento de parte de la recurrida señora Fernández para el acceso del personal especialista de dicho organismo al domicilio del paciente, no pudiendo, por tal motivo, ser atendido ni supervisado en todo ese tiempo, lo que, a juicio de esta Corte, demuestra una despreocupación de la cónyuge por el estado de salud de su marido, sin importarle las consecuencias que esa omisión pudiese haberle traído atendida su precaria condición física y psíquica, que lo incapacita para valerse por sí mismo.

Dicha negativa de la recurrida, atendido el mérito de los antecedentes del proceso, pudo costarle la vida a su marido, considerando su deteriorada condición de salud, ya que se le mantuvo sin monitoreo, atenciones ni controles adecuados en ese período, que deben serle siempre brindados, tratándose de acto arbitrario e ilegal por ser un impedimento injustificado que atenta contra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona humana garantizado en el artículo 19, número 1, de la Carta, con respecto al cual esta Corte está llamada a tutelarlos.

La protección reforzada de las y los pacientes con discapacidad y el catálogo de derechos específico que se desarrollan en la Ley 20.422, se traduce también en el deber de garante que adquieren las personas naturales o jurídicas que ejercen el cuidado y los ajustes razonables que tienen que ser implementados para que no se produzca la vulneración de derechos. Es así como, en el fallo de la Corte Suprema rol 35.184-2017 del 22 de noviembre de 2017, a partir del derecho a la atención oportuna y el deber de seguridad de los establecimientos de salud que deben adaptar sus instalaciones y la prestación de servicios a las necesidades y especificidades de los pacientes, se señala lo siguiente con respecto a la muerte de una menor con discapacidad por caída al no poner a disposición de ella un dispositivo mecánico para bajar las escaleras:

Exponen los sentenciadores que corresponde tener en consideración el deber de cuidado que asiste a las instituciones de salud con respecto a los pacientes que se encuentren en sus dependencias, en tanto toda persona tiene derecho a recibir una atención oportuna, en condiciones básicas de instalaciones, equipamiento y seguridad de acuerdo con su edad, discapacidad u otras necesidades.



En consecuencia, se establece que los dependientes del Hospital Doctor Hernán Henríquez de Temuco incurrieron en falta de servicio al no prestar las condiciones de seguridad necesarias para evitar accidentes, toda vez que la conducta de dichos funcionarios debía ser proactiva y no pasiva, en el sentido de esperar que los familiares de la niña solicitaran la ayuda necesaria. Esta circunstancia fue determinante para la ocurrencia del accidente que trajo como consecuencia su muerte y causó en sus padres el daño moral que se reclama. En efecto, la institución debe mantener protocolos por escrito, con el fin de que aquel paciente que se niegue a la utilización de medios mecánicos firme un documento, evitando incertidumbres acerca de su parecer.

Sin embargo, siendo un hecho cierto que la menor sufrió una caída en altura desde las escaleras del hospital, en razón de salir en los brazos de su padre, este adulto responsable debió tomar un extremo cuidado para evitar que su hija sufriera cualquier daño, de modo que se trata de una circunstancia que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2.330 del Código Civil, es considerada a la hora de fijar el *quantum* de la indemnización, según el considerando séptimo.

Otro fallo que resalta el deber de garante, en este caso, de un establecimiento de carácter psiquiátrico, razona, además, con respecto a cómo las características específicas de la o el paciente, en este caso con tendencias a autoinfligirse daños y tendencia suicida, condicionan la manera en que debe entenderse la previsibilidad del daño para fines de la indemnización. En consecuencia, la sentencia de la Corte Suprema rol 19.182-2017, del 29 de enero de 2018, razona sobre la previsibilidad del daño a partir de las características concretas de la paciente y el tipo de afectación o discapacidad que tiene, en este caso manifestada en una depresión severa con tendencia suicida. Así, la Corte establece:

En este caso, el recurrente mezcla la previsibilidad del hecho que causa el daño con la previsibilidad del daño. El recurrente estima que el daño era imprevisible; entiende entonces infringido el artículo 1.558 del Código Civil que, como se sabe, no existiendo dolo ni culpa grave, limita la indemnización a los daños que se previeron o pudieron preverse, y que por lo tanto desprende que no existiría relación de causalidad entre el hecho y el daño. Para calibrar esta alegación resulta imprescindible comenzar advirtiendo que dicho precepto —por obvio que parezca, el recurso demuestra que, quizás, no lo sea tanto— se refiere a la previ-



sibilidad del daño y no a la previsibilidad del hecho que lo causa. Para que la sentencia recurrida hubiese infringido la limitación que impone el artículo 1.558 del citado Código tendría que ser el caso que el daño que sufrió la paciente no pudiese ser previsible, es decir, que no resulte representable al momento de celebrar el contrato que si una persona sopla durante más de cinco minutos por una cánula como lo hizo la paciente, sufrirá el perjuicio que esta experimentó. En la especie, el daño era absolutamente previsible, ya que los intentos suicidas en la paciente eran frecuentes, por lo cual, al momento de suscribir el contrato, la clínica tuvo que representarse que el suicidio de la demandante era más que probable y que su principal obligación era hacer todo lo posible por evitarlo, lo cual si bien logró, ya que la paciente no logró quitarse la vida, no pudo, sin embargo, evitar que lo intentara y los daños que se produjeron en ella fueron justamente tratando de lograr un mal mayor que era quitarse la vida, por lo cual la relación de causalidad existe y el daño era absolutamente previsible, no pudiendo, por ende, sostenerse que como usó un método no conocido por los empleados de la Clínica, entonces esta no debe indemnizar (considerando decimoséptimo).

Personas mayores

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 sostiene que la dignidad, la independencia, el protagonismo y la autonomía constituyen principios generales para la interpretación del instrumento. Expresamente, reconoce el derecho a la independencia y a la autonomía en cuanto posibilidad de tomar decisiones, de definir un plan de vida, de desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos, según el artículo 7.

Una dimensión importante de la autonomía de las personas se da en el ámbito sanitario. Allí se entiende que la capacidad de toma de decisión es un elemento central y, junto a la responsabilidad, constituyen principios orientadores de la relación entre el paciente o usuario y el equipo sanitario, evitando la verticalización y la asimetría de la información. En un lenguaje técnico, la Declaración de Bioética y Derechos Humanos de 2005, emitida por la Unesco, define estos conceptos como la facultad de adoptar decisiones sobre la propia vida, asumiendo la responsabilidad de estas y respetando a los demás. Acerca de las personas que carecen



de la capacidad para ejercerla, indica que se tomarán medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Esta Declaración da luces al unir el concepto de autonomía con el de responsabilidad, porque opta por alejarse de una concepción de libertad que exalta, en modo absoluto, al individuo. La obligación de «tomar medidas especiales» no recae exclusivamente en el usuario del servicio de salud, sino también en otros sujetos, toda vez que estas medidas especiales deben proteger «sus derechos e intereses». Por otro lado, se aprecia la autonomía del sujeto porque es imprescindible para la integración de procesos decisionales, como el consentimiento informado. El consentimiento dice relación con la realización de su bien terapéutico posible (D'Agostino, 1998: 50-55).

La autonomía es contraria al mero arbitrio. Este último es la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho. Esta referido simplemente a una voluntad subjetiva, un gusto y, por lo mismo, no es posible que adquiera una justificada o argumentada dimensión normativa. Con estos miramientos también avanza el modelo de toma de decisiones basado en el apoyo o en la asistencia (Hernández, Jamba y Sepúlveda, 2021: 42-55).

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos a Personas Mayores resguarda, en sentido amplio, el derecho a la independencia y a la autonomía en el artículo 7, entendida como el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

Desde una mirada práctica y ejemplificadora, las dimensiones de protección enunciativa de la autonomía en salud se encuentran en el respeto de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como en la independencia en la realización de sus actos; y en el acceso progresivo a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de esta.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2008, emitida por la Unesco, y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos para las personas mayores de 2015, emitida por la Organización de Estados Americanos, reconocen la ne-



cesidad de los apoyos y de los cuidados. Pese a ello, cuando uno accede a los distintos significados de ambos conceptos, se puede inferir que el cuidado está centrado y pensado en aquellas personas con algún grado de dependencia y no solo con discapacidad, asociándolo más a una mirada sanitaria y a una relación de verticalidad. Lo anterior implica asimetrías de información, vale decir, no siempre las personas pueden ejercer su autonomía producto de que puede no entregárseles toda la información necesaria. Un ejemplo concreto se da cuando la familia o el equipo de salud toma una decisión que involucra a la persona enferma sin que esta esté de acuerdo o se deciden aplicar medidas que no resolverán la patología, sino que proveerán de mayor sufrimiento o peor calidad de vida.

Por su parte, los apoyos tienden a ser entendidos de forma más amplia y se relacionan con entregar herramientas para que sean las propias personas los actores de su devenir en general, y de sus necesidades de salud y tratamientos en específico.

Los servicios de apoyos surgen con los movimientos de vida independiente que comienzan en Estados Unidos a partir de la década del sesenta, donde la maximización de la autonomía y la libertad y el dejar atrás el enfoque biomédico, dando paso a la idea de que la discapacidad y la dependencia no es solo inherente a la persona, sino que también al entorno, se convierten en la motivación para entregar distintas posibilidades a las personas y hacerlas actores y actrices de su propia vida, decidiendo en torno a qué quieren y qué necesitan.

Es importante agregar que cada país define el cuidado y los apoyos desde su propia realidad, correspondiendo a conceptos genéricos que resguardan el accionar público en mayor o menor medida, siendo su objetivo central que las personas con discapacidad y dependencia pueden avanzar hacia la promoción, protección y aseguramiento del pleno goce en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales, promoviendo de manera permanente el respeto a su dignidad, autonomía y participación.

Estos conceptos, apoyo y cuidado, son relevantes porque somos seres sociales, iguales en dignidad, pero con diferencias biológicas, psicológicas y culturales que relevan la existencia de distintas necesidades y que hacen propicio tanto el apoyo como el cuidado centrado en la persona, vale decir, el reconocimiento de cada ser humano como único e irrepetible con características específicas y una biografía propia.



Otro desafío de la autonomía en ámbito sanitario, considerado por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, lo constituye la regulación del consentimiento informado y en especial, la regulación de la voluntad anticipada e instrucciones con respecto a las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos, relevante para la proyección de las decisiones en patologías neurodegenerativas, según el artículo 13.

En el ámbito legal chileno, la Ley 20.584, que regula los derechos y los deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, en su párrafo 6, número 1, sobre autonomía, se refiere expresamente al consentimiento informado en los artículos 14 y siguientes. Todavía, el párrafo sexto, número 2, titulado «Del estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente», prescribe que las personas que se encuentren en este estado tendrán 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 espiritual.

También, las medidas afirmativas han permitido avanzar en el reconocimiento de derechos. Así, las personas mayores fueron consideradas prioridad en los procesos de vacunación contra el covid-19 (Wei Wang y otros, 2020: 371), lo que se reforzó con la entrada en vigencia de la Ley 21.168, que creó el derecho a la atención preferente en la atención de salud para personas mayores y personas con discapacidad, situación recientemente ampliada a sus cuidadores por la Ley 21.380.

La regulación internacional de los derechos de las personas mayores permitiría generar enfoques específicos hacia la diversidad de la vejez, ampliando la oferta de servicios para responder a los requerimientos de la población mayor, con un enfoque participativo. De hecho, los Estados parte «promoverán la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos clave del desarrollo social», según el artículo 8. La oferta en los servicios debe generar alianzas público-privadas con enfoque solidario.

Desde la política pública sociosanitaria, en Chile se implementa un modelo de salud familiar y comunitaria definido como:

Un modelo de relación de los miembros de los equipos de salud del sistema sanitario con las personas, sus familias y la comunidad de un



territorio, en el que se pone a las personas en el centro de la toma de decisión.³

Así, este modelo releva un enfoque biopsicosocial, con énfasis en la familia y en la comunidad; la continuidad de la atención y de los cuidados de salud; la prestación de servicios integrados; la resolutiveidad; la responsabilidad compartida entre todos los miembros de la familia y la comunidad por la salud de su familia y de cada uno de sus integrantes; la participación social; la promoción de la salud; la interculturalidad; el impacto sanitario; y el enfoque de género.

De jurisprudencia reciente, en relación con las personas mayores y su atención en salud, se puede destacar, en primer lugar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que falla el recurso de protección rol 14.934-2020, de 24 de septiembre de 2020:

Comparece el abogado Pedro Hidalgo Sarzoza, a favor de P.A.T., y recurre de protección en contra del Hospital Naval Almirante Adriaola de Talcahuano, por su actuación arbitraria e ilegal que afecta las garantías constitucionales del derecho a la vida, y a la integridad física y psíquica, así como el derecho de propiedad de P.A.T.

Señala que el afectado es una persona mayor, paciente postrado en la sección de cuidados intermedios del hospital recurrido, desde hace varios meses, luego de haber sido intervenido, quedando con secuelas tales que hoy tiene un grave diagnóstico de encefalopatía hipóxica isquémica, por lo que se trata de un paciente en estado vegetativo, postrado severo e irrecuperable, sin movilidad, sin mayores respuestas a estímulos, inmóvil, que no controla esfínter y que está imposibilitado de comunicarse. Además, se especifica que es alimentado por medio de sonda dosificada por medios mecánicos. Requiere de tales cuidados especiales que necesita hospitalización, pues debe contar con personal especializado y calificado, en términos que solo lo puede proporcionar un centro de salud como en el que actualmente se encuentra.

Precisa que lo que se pretende por esta vía es que se adopten las medidas y los resguardos necesarios para que su actual condición, de descuido y omisión en los cuidados y atenciones que requiere, se realicen

3 Para más información, véase «Orientaciones para la implementación del modelo de atención integral de salud familiar y comunitaria dirigido a equipos de salud», Ministerio de Salud y Subsecretaría de Redes Asistenciales, Organización Panamericana de la Salud, 2013, disponible en <https://bit.ly/3Q4KHGQ>.

efectivamente. Añade que no es una condición *per se* que un paciente postrado deba siempre llegar a sufrir escaras de grado cuatro, esto es, que la herida sea de tal magnitud que quede expuesto el hueso, con una laceración de entre diez y quince centímetros de extensión en la zona sacra, que se prolongan desde hace ya varios meses y que lejos de sanar o disminuir se han hecho mayores y más grandes.

Refiriéndose al nivel de descuido y a la falta de atención, menciona que el 19 de julio de 2020 la cónyuge del paciente advirtió que este no tenía el plano de relajación para evitar morderse los labios, que dio aviso y que una técnica en enfermería y enfermera de turno buscaron por todos lados el plano de relajación (boca, sábanas, lavandería, etcétera), y que con una linterna le revisaron la boca, lo aspiraron, le introdujeron un cepillo de dientes y no encontraron el dispositivo, que era del tamaño de la mordida que hace con las mandíbulas; que le tomaron exámenes de rayos X y que, como no se encontró, al día siguiente, le hicieron un TAC, diciéndose que el dispositivo estaba en el sistema digestivo; que se pidió a la cónyuge del paciente firmar para autorizar la práctica de una endoscopia; que después le informaron que, según la radióloga, había pasado las dos zonas más complejas del sistema digestivo, por lo que se haría una colonoscopia; que el lunes 20 de julio le hicieron preparación intestinal con fleet y le realizaron la colonoscopia, y que nada se encontró. Pero sucedió que el miércoles 22 de julio por la tarde, estando de visita la cónyuge del paciente y al bostezar este, una tens dijo que vio algo en la boca del afectado, y su cónyuge premunida de guantes le metió la mano y sacó el plano de relajación.

Afirma el recurrente que lo ocurrido es consecuencia de una atención muy poco profesional, que no solo es otra manifestación de un atentado a su salud y a su dignidad como paciente y ser humano, sino que además a su derecho de propiedad, pues los exámenes que le se efectuaron los debió pagar, como si se tratara de un requerimiento que el paciente hubiese hecho, y hace presente que es prácticamente imposible que hubiese tragado el plano de relajación, por su dimensión, y que desde hace varios meses ya no ingería comida, pues se alimentaba por sonda y se le hizo traqueotomía. También hace mención a una evidente preocupación por la vida e integridad física y psíquica del paciente, y deja patente que no se han empleado ni los medios ni la técnica que integran la *lex artis* médica para velar por su bienestar.

El informe del Servicio Médico Legal concluye que el estado de salud del paciente es grave, actualmente estable, en estado vegetativo con úlcera sacra profunda y extensa, sin signos de infección.

En los considerandos, se asume la veracidad de los hechos relatados (puntos 1 al 8) y se menciona que el hospital recurrido no ha dado siquiera una explicación de la situación absurda que se produjo con respecto al paciente y, por alcance, con su cónyuge. Sencillamente, nada ha dicho para entender lo que pasó con lo de la placa de relajación. Además, según el considerando noveno, en el informe del Servicio Médico Legal, para el que dispuso de los antecedentes clínicos del paciente, no se menciona el incidente. Para la Corte, las circunstancias anotadas más arriba confirman la falta de acuciosidad y de atención en las acciones de salud que denuncia el recurrente con respecto al paciente, en lo que concierne al asunto de la placa de relajación, por cuanto las faltas y omisiones en el ámbito dicho importan incumplimiento de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, pues su artículo 2 dispone que «toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente»; y el fallo en su considerando décimo, prescribe que:

Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normativas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud.

Además, la falta de atención y de cuidados debidos y oportunos al paciente de parte del personal de salud del hospital recurrido, en relación con el episodio de la placa de relajación, constituyen omisiones ilegales que han perturbado su integridad física a lo menos; y derivado de ello se ha afectado su derecho de propiedad al deber pagar por unos procedimientos médicos que resultaron injustificados, ya que el dispositivo de relajación siempre permaneció en su cavidad bucal, según el considerando decimotercero.

Por estas consideraciones, y por lo prescrito en los artículos 2 y 4 de la Ley 20.584; 19, número 1 y número 24; y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de la Excelentísima Corte Suprema, se declara que se acoge, con costas, el interpuesto a favor de P.A.T en contra del Hospital Naval Almirante Adriaola de Talcahuano, debiendo su director arbitrar todas las medidas para que



el personal de salud a su cargo observe rigurosamente el cumplimiento de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, y sus protocolos; y disponer que el paciente P.A.T queda liberado del pago correspondiente a los procedimientos médicos referidos en el motivo octavo de este fallo.

En segundo lugar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que resuelve el recurso de protección rol 45.405-2020, del 3 julio de 2020. Con fecha 22 de mayo de 2020, comparece la abogada Cecilia Alejandra Urra Gamboa, deduciendo recurso de protección en favor de G.E.U.B., en contra del Instituto Oncológico Fundación Arturo López Pérez, por el acto que estima ilegal y arbitrario consistente en la no administración del medicamento Daratumumab y por privarlo de la atención médica domiciliaria en su condición de paciente de alto riesgo en el contexto de la pandemia del covid-19, lo que vulnera su derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y su derecho de propiedad conforme expone.

Señala que G.E.U.B. de ochenta años de edad, es beneficiario de un seguro oncológico que ofrece prestaciones preferentes en la fundación recurrida, sin topes ni deducibles en el acceso a tratamientos oncológicos y medicamentos de última generación con la mayor cobertura, según reza el contrato. También, que en 2017 fue diagnosticado con mieloma múltiple, también conocido como cáncer de médula ósea, pudiendo extender su esperanza de vida entre ocho a diez años si recibe la quimioterapia adecuada. Sobre esta, señala que la quimioterapia puede ser clasificada como de primera, segunda y tercera línea. La quimioterapia de primera línea es aquella que aparece con mejores opciones para el tratamiento de un cáncer, utilizando las de segunda y tercera línea en aquellos casos en los que la enfermedad no responde el primer tratamiento o reaparece posteriormente. Luego, la sentencia señala:

En el caso del recurrente, este se ha tratado en las dependencias de la recurrida a cargo del doctor Claudio Flores Pino con dos esquemas de quimioterapia específica, evolucionando con remisiones y recaídas a partir del mes de septiembre de 2017, por lo que ha sido ya tratado con quimioterapias de primera y de segunda línea. Agrega que, en enero del año en curso, el recurrente presenta nuevas lesiones sugerentes de recaí-



da por resistencia a la terapia, y señala que el informe anatomopatológico del 31 de enero de ese año evidenció progresión de la enfermedad.

Además, advierte la necesidad de cambiar a terapia de tercera línea utilizando los fármacos Daratumumab, Bortezomib y Dexametasona. En el caso del primer fármaco, señala que para su administración era necesario contar con una evaluación de geriatría y la deliberación y decisión de un comité oncológico. En cuanto a las características del Daratumumab, señala que se trata un tratamiento de inmunoterapia consistente en un antígeno monoclonal utilizado en los mielomas múltiples con recaída o refractarios al tratamiento, registrado en el Instituto de Salud Pública y ampliamente recomendado por la comunidad internacional.

En febrero de este año, el médico tratante del recurrente se encontraba haciendo uso de su feriado legal, siendo atendido por el doctor Gazitúa, quien, además, es jefe de la Unidad de Hemato-Oncología de la fundación y que, al progresar el informe anatomopatológico de la biopsia y constatar la progresión extranodal, sugirió suspender la terapia con Lenalidomida y, en su reemplazo, propuso el uso de terapia paliativa. Ante ello, se solicitó al facultativo esperar el regreso del médico tratante para que este presentara el caso clínico al comité oncológico. No obstante, el doctor Gazitúa, sin informar al paciente y en contradicción a lo indicado por el tratante, deja constancia de su intención de no perseverar en las terapias de rescate, recomendando utilizar tratamiento paliativo Melfalan Prednisona.

En cuanto a la evaluación geriátrica requerida, esta fue realizada por el doctor Soto, quien nunca analizó la pertinencia de indicar Daratumumab al recurrente, solo realizó una evaluación sobre el uso de terapia no solicitada por el médico tratante, sino que por el doctor Gazitúa, autorizando el uso del medicamento Melfalan Prednisona. No obstante, señala que el 27 de febrero se aplicó al recurrente un primer ciclo de tratamiento de quimioterapia con las drogas Doxorrubicina Bortezomib y Dexametasona, las que no fueron autorizadas por geriatría, presentando, con respecto a la primera de ellas, sintomatología compatible con perfil de toxicidad y de reducida tolerancia a las dosis aplicadas, además de un cuadro de vómitos, diarrea, debilidad muscular, falta de apetito y náuseas, suspendiéndose el último ciclo.

Nuevamente, el médico tratante, el 17 de marzo de este año, realizó un ajuste en la quimioterapia y llevó a cabo una disminución de las dosis de Doxorrubicina y Bortezomib, indicando, además, suspensión temporal de la misma por la baja tolerancia del paciente. También le recomendó



tomar precauciones atendida la contingencia del covid 19: no postergar el reinicio de su terapia a más tardar el 13 de abril del año en curso.

Señala que su médico tratante, el doctor Flores, dejó de prestar servicios y que fue derivado como paciente a la doctora Guerra, a quien se le solicitó consulta por telemedicina.

Asimismo, y atendida su condición de paciente de alto riesgo, en razón de su edad, diagnóstico y comorbilidades (asma e hipotiroidismo), solicita a la Fundación Arturo López Pérez atención domiciliaria para recibir su tratamiento de quimioterapia, la que fue denegada por la recurrida, siendo contactado en dos ocasiones por la doctora Guerra y por el doctor Gazitua, quienes le instruyeron a continuar su tratamiento de quimioterapia en las dependencias del instituto oncológico con dosis ajustada, atendida su sintomatología de toxicidad anterior.

En cuanto al fundamento de la negativa de la recurrida, agrega que esta no dispuso ningún tipo de medida de seguridad para evitar el contagio del covid-19, situación que va en contra de lo que ha señalado la Sociedad de Geriatria y Gerontología de Chile con respecto a los adultos mayores y personas con condiciones médicas preexistentes, quienes resultan más vulnerables a hacer cuadros severos con el virus, disposición coincidente con otras opiniones dentro de la comunidad médica.

En el considerando segundo, la Corte considera que la abogada Samantha Carrasco Hurtado, en representación de la Fundación, presenta un informe solicitando su rechazo, no controvirtiendo el hecho de que don G.E.U.B. suscribió un convenio de protección oncológica con la recurrida, el que entró en vigencia el 15 de octubre de 2014, y que el paciente fue diagnosticado en agosto de 2017 con cáncer de médula ósea, activando el convenio referido y recibiendo tratamiento de quimioterapia de primera línea entre septiembre de 2017 y agosto de 2018, y terapia de segunda línea entre diciembre 2018 y enero de este año, y comenzando tratamiento de quimioterapia de tercera línea en febrero del año en curso, el cual se suspendió en marzo, recomendándose al paciente retomar la terapia a fines de abril en las dependencias de la Fundación. En el considerando tercero, la Corte señala respecto a la recurrida:

Si bien solicita que se rechace el presente recurso, porque su parte suministrará el medicamento requerido por el paciente para la continuación en el tratamiento de su patología, y que motivó el ejercicio de la presente acción de protección, por lo que se encuentra actualmente solucionado su problema de acceso al fármaco Daratumumab, la abogada



del recurrente, que compareció a alegar a estrados, señaló que tal ofrecimiento se le ha realizado bajo una serie de gravosas condiciones, que su parte no está dispuesta aceptar.

Que respecto a esta última circunstancia fáctica, la recurrida acompañó un documento un día antes de la vista de la causa, a partir del cual es posible señalar que corresponde a un certificado de Convenio Oncológico, sin fecha visible, suscrito por Cristian Ayala Munita, gerente general de la Fundación, el que señala que, conforme a la solicitud 13.404 del recurrente señor G.U.B. otorgará cobertura excepcional, consistente en la administración del medicamento Daratumumab, haciendo presente que, en lo no señalado expresamente en el certificado, rige íntegramente el convenio oncológico de primero de agosto 2014. Se acompañan documentos por parte de la recurrente que complementan la información aportada, lo que se puede leer en los considerandos cuarto y quinto.

Sobre la existencia de acto en contra del cual se recurre, atendido lo expuesto por la recurrente, los documentos acompañados y lo que señaló la recurrida, es posible establecer que, efectivamente, a la fecha de interposición del presente recurso, el Instituto Oncológico Fundación Arturo López Pérez se negaba a administrar a don G.E.U.B. el medicamento Daratumumab, pese a que había sido recetado por su médico tratante y, solo con posterioridad al mismo, ha manifestado que otorgará una «cobertura excepcional», consistente en la administración del medicamento en circunstancias que el recurrente tiene asegurado su otorgamiento por el contrato previamente suscrito al que debía darle cumplimiento. Todo esto según el considerando octavo.

La Corte califica el proceder de la recurrida como ilegal, porque ella se encontraba obligada en virtud del contrato, en que el recurrente era beneficiario de un seguro oncológico, por lo que debía brindarle prestaciones preferentes, sin topes ni deducibles en el acceso a tratamientos oncológicos y medicamentos de última generación, con la mayor cobertura, desconociendo al recurrente en el último tiempo tal obligación por un actuar con respecto al cual no ha dado una explicación razonable, afectando el derecho del recurrente de que se le financien las prestaciones idóneas para aumentar sus posibilidades de sobrevivida y calidad de la vida, según el considerando noveno. Además, el actuar lo califica de arbitrario, porque, como lo alega la recurrente, las drogas Doxorubicina Bortezomib y Dexametasona no fueron autorizadas por su médico tratante ni por geriatría, presentando el recurrente sintomatología com-



patible con perfil de toxicidad y de reducida tolerancia a las dosis aplicadas, un cuadro de vómitos, diarrea, debilidad muscular, falta de apetito y náuseas, suspendiéndose el último ciclo sin que la recurrida explicara al informar el recurso los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, al cambiarle el tratamiento y el medicamento que le recetó su médico tratante, por la circunstancias que dicho profesional se encontraba de vacaciones, según el considerando décimo. Finalmente, el considerando duodécimo de la sentencia señala:

Con respecto a la petición de la recurrente, que se realice atención domiciliaria al paciente, esta Corte considera que la recurrida ha dado explicaciones razonables de la medida, porque el tratamiento se administra únicamente por vía endovenosa, existiendo motivos de seguridad, tanto para el mismo paciente como para el personal de que no pueda llevarse a cabo en su domicilio. Solo en este caso, se han dado razones de carácter técnico y de infraestructura, lo que, además, se justifica por el estado de contingencia sanitaria, según el considerando decimosegundo.

La Corte acoge, sin costas, la acción de protección y ordena a la recurrida suministrar al recurrente el medicamento Daratumumab, rechazándose la petición que la atención médica se haga de manera domiciliaria, pero afirmándose que la Fundación Arturo López Pérez deberá proporcionar el traslado y disponer sus instalaciones para que él pueda realizarse el tratamiento sin riesgo de contagio, por tratarse de una persona con alto riesgo.

Las y los pacientes con enfermedades raras o catastróficas

Se ha abordado previamente el concepto de vulnerabilidad desde una perspectiva dinámica que propone una susceptibilidad general de todas las personas a situaciones o condiciones más o menos prolongadas con respecto a los efectos de una relación asimétrica o que requiere protección reforzada o cuidado.

Lo señalado permite reconocer relaciones entre prestador de salud y paciente que se encuentran profundamente marcadas por la situación debilitada del paciente, no solamente en el ámbito informativo, sino, además, por determinantes físicas, como dolores refractarios o efectos



desproporcionados que afectan la salud provocados por ciertas enfermedades que se han denominado como raras o catastróficas.

La Clasificación Internacional de Enfermedades actualizada a 2022, CIE-11, incorpora una codificación específica para las enfermedades raras, que según la *Rare Diseases International* es definida como una condición médica con un patrón específico de signos, síntomas clínicos y hallazgos que afectan en igual o menor proporción a 1 de 2.000 personas dentro de una región identificada por la Organización Mundial de la Salud. Incluyen, aunque no se limitan a enfermedades de origen genético poco frecuentes, tipos raros de cáncer, enfermedades infecciosas, envenenamientos, reacciones inmunitarias poco frecuentes y aquellas que reflejan condiciones indeterminadas.⁴

El principal objetivo de calificar a un conjunto de enfermedades bajo la etiqueta de *raras* es identificar las dificultades que pueden tener quienes las padecen con respecto a su tratamiento, por la poca prevalencia o especial incidencia de sus efectos negativos en la salud. La incertidumbre con respecto a posibilidades de tratamiento, acceso a medicamentos, o inclusive características de la enfermedad que impliquen una menor esperanza de vida o mayor exposición a dolores refractarios, por lo que se requiere atención especial y una adecuada política pública para atenderlas.

Además de la calificación anterior, se acuña como enfermedad catastrófica que se encuentra relacionada con la anterior, aunque el criterio se refiere al costo de la atención y al tratamiento de ella, lo que afecta de manera desproporcionada el bienestar y la calidad de vida no solo de la o el paciente, sino de su entorno familiar o de cuidado encargado de solventar dicho tratamiento. Sobre esta categoría, Parra-Baltazar, Pinto-Dongo y Quispe-Iporra (2016: 379) señalan:

Las enfermedades de alto costo, también llamadas «enfermedades catastróficas», constituyen un conjunto limitado de patologías de baja prevalencia que tiene un alto impacto económico. Según la Organización Mundial de la Salud, las enfermedades catastróficas son aquellas enfermedades cuyo tratamiento involucra un costo directo mayor a un 40% del ingreso del hogar. Estas enfermedades requieren procedimientos complejos tanto para el diagnóstico como para el tratamiento.

4 Para más información, véase «Descripción operativa de enfermedades raras», *Rare Diseases International*, disponible en <https://bit.ly/43yYR6n>.

Establecidos estos conceptos, es necesario hacer referencia a tres normas que atienden este criterio de mayor vulnerabilidad de las y los pacientes a partir de la noción dinámica que se ha planteado.

En primer lugar, la Ley 20.850 del 1 de junio de 2015, que crea un sistema de protección financiera para diagnóstico y tratamientos de alto costo que plantea como objetivo que el Fondo Nacional de Salud asegure esta protección financiera a todos los beneficiarios de los sistemas previsionales de salud de Chile, señala, además, que es una obligación estatal asegurar el acceso a este sistema, estableciéndose, en el inciso final de artículo 1, que:

El otorgamiento de las prestaciones y la protección financiera del sistema que regula esta ley serán constitutivos de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por estos ante el Fondo Nacional de Salud y la Superintendencia de Salud a través de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, conforme al ámbito de competencias que a cada institución le corresponda.

En concordancia con las categorías definidas anteriormente, la Ley 20.850, en el artículo 2, define diagnóstico y tratamiento de alto costo de la siguiente manera:

a) Diagnósticos de alto costo: El constituido por el conjunto de prestaciones demostradamente útiles para la confirmación y posterior control y tratamiento de la patología, cuando dichas prestaciones diagnósticas impiden el acceso al tratamiento o impactan catastróficamente en el gasto del beneficiario.

b) Tratamiento de alto costo: El constituido por medicamentos, alimentos o elementos de uso médico asociados a enfermedades o condiciones de salud y por las prestaciones indispensables para su confirmación diagnóstica y seguimiento, que por su costo impiden el acceso a estos o accediendo impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios.

El sistema de protección que desarrolla esta norma consiste en un conjunto de prestaciones y derechos por el que el Fondo Nacional de Salud se obliga a la cobertura de diagnósticos y tratamientos de altos costos que impactan catastróficamente en la economía de la o el paciente. Las enfermedades que se encuentran cubiertas por esta normativa son 27 y se encuentran en constante actualización por el Ministerio de Salud.



A lo señalado se suma la Ley 21.309, sobre el retiro de fondos de pensiones para afiliados y pensionados calificados como enfermos terminales. Mediante esta norma se introduce el artículo 70 bis y 70 ter en el Decreto 3.500 de 1980. El derecho incorporado en la norma señalada se configura en el primer inciso, que establece:

Todo afiliado que sea certificado como enfermo terminal por el Consejo Médico a que se refiere el artículo 70 ter tendrá derecho a percibir una pensión calculada como una renta temporal a doce meses, la que será pagada por la administradora a que estuviera afiliado a la fecha del pago, con cargo al saldo de su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, una vez reservado el capital necesario para pagar las pensiones de sobrevivencia y la cuota mortuoria, cuando corresponda.

El artículo 70 bis regula, además, la manera en que se configura el capital necesario para pagar las pensiones de sobrevivencia y cuota mortuoria, en base a la expectativa de vida de las y los beneficiarios al término de la renta temporal y a los porcentajes con respecto a la pensión de referencia que se establecen de la siguiente manera:

- a) En el caso de afiliados activos, la pensión de referencia corresponderá a un 70% del ingreso base si se encuentra cubierto por el seguro de invalidez y sobrevivencia, y a un 100% del retiro programado, en el caso de afiliados no cubiertos.
- b) Tratándose de pensionados por vejez e invalidez total definitiva, la pensión de referencia será la última pensión calculada de conformidad con el artículo 65 de esta ley.
- c) En el caso de pensionados por invalidez parcial definitiva, la pensión de referencia será la última pensión calculada de conformidad con el artículo 65 de esta ley. Si al momento del cálculo de la última pensión no se encontraba liberado el saldo retenido, la pensión deberá recalcularse considerando dicho saldo.
- d) Los pensionados por invalidez parcial transitoria, al momento de ser certificados como enfermos terminales, serán considerados inválidos totales y se les aplicará la regla de cálculo de la letra a).

Los pensionados por vejez, vejez anticipada, invalidez total o sobrevivencia, que estén afectos a las modalidades de retiro programado, retiro programado con renta vitalicia inmediata y renta temporal con renta vitalicia diferida, en los dos últimos casos siempre que estén en goce de la



renta temporal o el retiro programado respectivamente, y que presenten una condición de enfermo terminal, tendrán derecho a un recálculo de su pensión en los términos establecidos en el inciso primero.

Es relevante también la definición de enferma o enfermo terminal como toda persona con una enfermedad o condición patológica grave que haya sido diagnosticada, de carácter progresivo e irreversible, sin tratamiento específico curativo o que permita modificar su sobrevida, o bien cuando los recursos terapéuticos utilizados han dejado de ser eficaces, y con una expectativa de vida inferior a doce meses.

Finalmente, en esta materia es relevante la Ley 21.258 sobre el cáncer, que parte con un objetivo amplio según lo establecido en el Plan Nacional de Cáncer, ya que señala un marco normativo para la planificación, el desarrollo y la ejecución de políticas públicas, programas y acciones destinados a establecer las causas y prevenir el aumento de la incidencia del cáncer, tratamiento integral y la recuperación de la persona diagnosticada con dicha enfermedad.

Los principios establecidos en esta norma son coherentes con el marco teórico propuesto de medicina centrada en el paciente, tratamiento de la salud desde una perspectiva integral de bienestar, enfoque relacional de la calidad en la asistencia y protección reforzada de la o el paciente vulnerable, entendiéndose que la condición de tal puede requerir mayor atención desde las políticas públicas, por motivo de la interseccionalidad de los criterios de discriminación.

Es así como la norma incluye, entre sus principios rectores, la cooperación público-privada, intersectorial e interinstitucional para el tratamiento del cáncer, enfocándose, además, en la protección de datos médicos y sanitarios, en la participación ciudadana en las políticas y en la humanización de trato, este último relevante para el enfoque planteado en este trabajo señalándose en el literal d) de artículo 2 de la norma en comento:

El Plan Nacional del Cáncer y todas las medidas y propuestas asociadas a este, otorgadas por los equipos profesionales y de apoyo, deberán considerar la atención interdisciplinaria de las personas, reconocer espacio para la incorporación de terapias complementarias acreditadas, así como el derecho a tener compañía y asistencia espiritual, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 3 del título II de la Ley 20.584, que regula

los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Además de crearse el Fondo Nacional del Cáncer y la Comisión Nacional del Cáncer como instituciones destinadas directamente a la aplicación del Plan Nacional y el contenido de esta norma, en materia de derechos de las y los pacientes se incorpora, en el artículo 20, el derecho a la confirmación diagnóstica y consejería genética como norma novedosa que se vincula a los derechos de seguridad, acompañamiento e información que se han desarrollado en este trabajo. En efecto, la norma señala:

Las personas tienen derecho a confirmación diagnóstica y a recibir tratamiento, ante la sospecha fundada de padecer algún tipo de cáncer. Dicha sospecha deberá ser certificada por el médico tratante.

El equipo médico deberá otorgar consejería genética a los pacientes diagnosticados de cáncer, en caso de detectarse factores de riesgo personales, ambientales o familiares de padecer dicha enfermedad, así como a sus familiares en los casos que determine el reglamento. Además, el equipo médico deberá informar los tiempos transcurridos en consultas, exámenes y tratamientos.

Las y los pacientes migrantes

Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, en el documento «Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile», y Calahorrano (2022: 109 y 110), al 31 de diciembre de 2020 la población migrante era de 1.462.103 personas, a pesar de la pandemia y del progresivo endurecimiento de la política de movilidad humana nacional desde 2018. Se ha señalado que:

Los flujos migratorios estimados para los años posteriores al censo de 2017 y que se suman al componente censal de la estimación, muestran el aumento progresivo del componente de registros, el cual se situó en 518.959 personas en 2018, lo que representa un 39,9% del total de la estimación de ese año y pasa a 679.693 personas en 2020, lo que representa un 46,5% del total de personas extranjeras estimadas.

La movilidad humana en Chile está principalmente concentrada en población de países limítrofes como Perú y Bolivia, o de aquellos que,



en los últimos diez años han sufrido diásporas importantes debido a desplazamiento forzado por crisis humanitaria, como los casos de Venezuela y Haití, o por conflicto armado y violencia, como en el caso colombiano. Se puede concluir que un porcentaje importante de la población migrante en Chile es, por lo tanto, de la tendencia denominada sur-sur (Melde y otros, 2014: 1-21) y, eventualmente, han migrado de manera forzada o precaria (Vega y Parada, 2022: 53). Lo señalado trae consigo importantes brechas de adaptación que, faltas de una política clara de inclusión, terminan arrinconando a la persona en movilidad humana forzada, precaria o de transición a un régimen de menor goce de derechos y discriminación, que se manifiesta especialmente en accesibilidad a servicios para satisfacer necesidades fundamentales, más allá de que constitucionalmente se encuentre consagrada la igualdad entre nacionales y extranjeros en Chile.

Estas estadísticas, evidentemente, no demuestran la realidad más compleja que se ha hecho patente en la frontera norte los últimos años, como es el ingreso masivo de personas indocumentadas en condición de movilidad humana irregular ante la falta de mecanismos ágiles para acceder a una categoría regular.

Lo señalado, sumado a las diferencias de lenguaje, vulnerabilidad socioeconómica y general desconocimiento de la estructura procedimental y administrativa del país de recepción, todos factores que se acentúan frente a la irregularidad, permiten verificar la necesidad de atención prioritaria también en el ámbito de salud.

Una muestra de la asimetría que produce la condición de migrante regular o irregular con respecto a la accesibilidad en relación con servicios de salud por el desconocimiento de los mecanismos para hacerlo, se refleja en los antecedentes que motivan la construcción de la Política de Salud de Migrantes Internacionales de 2018, en la que se señala:

La población migrante presenta una desigual representación en el sistema público con respecto a los chilenos. Mientras un 77,7% de estos últimos pertenece al sector público Fonasa, en el caso de los migrantes corresponde a un 62% (Casen, 2015). Con respecto al acceso a la salud, utilizando un indicador grueso como persona no adscrita a ningún sistema de salud, existe una importante diferencia. En el caso de nacidos en Chile, se encuentran en esta situación un 2,5% de la población, en el caso de migrantes es un 15,7% (2015). Esta cifra llega a un 26,6% (2015)



en niños, niñas y adolescentes menores de 14 años, hijos de mujeres migrantes, en el contexto de un sistema de salud que tiene cobertura universal para niños y niñas menores de 9 años. Esto significa que algunos de estos niños hijos de migrantes internacionales no estarían accediendo a programas como inmunización, infancia, PNAC y al Sistema Chile Crece Contigo.

Con respecto al acceso tardío al control de embarazo, si bien no existe información a nivel nacional, un 63,1% de las mujeres en control en atención primaria pública en la comuna de Recoleta (4 Cesfam) presenta un ingreso tardío, comparado con un 33,4% de las chilenas. En relación con la planificación del embarazo existe una diferencia de 5,2 puntos porcentuales entre mujeres chilenas y migrantes y, con respecto a la no planificación del embarazo, son las migrantes las que presentan la mayor proporción (66,5%). Por otro lado, hay también brechas en el uso efectivo de los servicios de salud entre chilenos y migrantes internacionales, específicamente entre quienes reportan enfermedades con cobertura por el AUGE-Ges. De esta forma, un 25% de migrantes no accedió a este beneficio comparado con un 14,7% de los nacidos en Chile. El no uso del AUGE-Ges en migrantes internacionales con necesidad llegó incluso a un 42% en la región de Antofagasta, que, como se señaló, corresponde a una de las regiones con mayor porcentaje de pobreza y de no adscripción al sistema de salud en migrantes internacionales. La encuesta Casen (2013) muestra también diferencias con respecto a la dificultad de acceder a la atención de salud en el caso de presentar una enfermedad o accidente. Llama la atención la razón aducida de no acceder a la atención por no conseguir hora, que corresponde a la respuesta de un 22,5% de migrantes en comparación con un 3,3% de los nacidos en Chile. La encuesta Casen de 2015 es, en general, consistente con el patrón descrito de menor uso del sistema de salud por parte de la población migrante internacional. Esta situación es corroborada por las estadísticas de Egresos Hospitalarios (Deis y Minsal, 2014), que dan cuenta de la baja representación de la población migrante en el total de hospitalizaciones, correspondiendo solo a un 0,8% del total de los egresos. De las estadísticas de morbilidad hospitalarias llama la atención que, en la población migrante, presenta después del grupo de causas de hospitalización de embarazo, parto y puerperio el más alto porcentaje en el grupo de causas de traumatismos, envenenamientos y algunas otras consecuencias de causas externas. Esta mayor presencia con respecto a la población nacional se repite también en niños y niñas en todos los tramos etarios, que podría estar relacionada con las condi-



ciones de vivienda u otras determinantes sociales de la salud señaladas anteriormente (Equipo asesor sectorial de salud de migrantes, 2018: 10).

La Ley 21.325 de Migración y Extranjería del 11 de abril de 2021, que ha entrado en vigor desde la expedición de su Reglamento en enero de 2022, a diferencia de la norma anterior, contiene un catálogo de derechos de la persona migrante, entre los que se encuentra el derecho a la salud consagrado de la siguiente manera:

Los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales.

Todos los extranjeros estarán afectos a las acciones de salud establecidas en conformidad al Código Sanitario, en resguardo de la salud pública, al igual que los nacionales.

Resulta interesante verificar que la condición migratoria irregular no es un impedimento para el goce del derecho a la salud, entendida en la amplitud que se otorga en el artículo 19, numeral 9, de la Constitución, por lo que el catálogo de derechos de la Ley 20.584 es plenamente aplicable a la persona migrante sin distinción de su condición migratoria.

A pesar de no encontrarse una norma expresa aplicada a población migrante, es sensato aplicar criterios similares sobre la calidad de la asistencia y pertinencia cultural que aparecen en la ley para el caso de pueblos originarios; procurar, en la medida de lo posible implementar una comunicación adecuada con la o el paciente migrante, con el fin de resguardar su seguridad, derecho a la información y recabar adecuadamente el consentimiento informado, con el fin de evitar sucesos de discriminación de carácter estructural hacia las y los pacientes migrantes.

La Política de Salud de Migrantes Internacionales contiene importantes referencias a enfoques y principios que pueden ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos al momento de enfrentarse a un caso en el que la o el destinatario de la atención sea un paciente migrante. Entre ellos, interculturalidad, intersectorialidad e implementación de un sistema sensible a la población migrante como destinatario de salud, especialmente aquella que se encuentre en situación de mayor vulnerabilidad, así como el eje estratégico planteado en dicho documento sobre transversalización de la salud de los migrantes internacionales en los



programas e intervenciones de salud. Sobre este último, parece acertada la manera de abordar el problema, según se señala:

Transversalizar implica también implementar el enfoque intercultural considerando y reconociendo que la diversidad cultural es un valor y como tal constituye un recurso y no un obstáculo, frente a cualquier acción que se planifique e implemente, trátense de legislaciones, políticas, planes o programas en todas las áreas y a todos los niveles de la atención del sistema de salud.

Dada la caracterización de la población migrante que presenta nuestro país, y las barreras de acceso existentes, se abordarán algunos grupos específicos y se hará un mayor énfasis en los programas preventivos de salud. Así, la migración entendida como un hito que marca el curso de vida de las personas, particularmente durante el embarazo, la infancia y la adolescencia y las dificultades de acceso al sistema de salud, hace necesaria la consideración de estos grupos de manera especial (Equipo asesor sectorial de salud de migrantes, 2018: 42).



Referencias

- Adriasola, Gabriel (2012). «La inviolabilidad de la clínica médica: Custodia de la intimidad del paciente y de su historia». *Revista Médica del Uruguay*, 28 (2).
- Aedo, Cristián y Renzo Munita (2021). «Pandemia y repercusiones en la responsabilidad civil: Algunas reflexiones con especial énfasis en la responsabilidad médica». En *Retos del derecho privado en un contexto de crisis* (pp. 183-236). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic (1998). *Tratado de derecho civil*. Tomo I. 7.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Allard Soto, Raúl, Mônia Clarissa Hennig Leal y Liliana Galdámez Zelada (2016). «El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario». *Estudios constitucionales*, 14 (1). DOI: [10.4067/S0718-52002016000100004](https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004).
- Altisent, Rogelio y Javier Júdez (2016). «El reto de la planificación anticipada de la atención al final de la vida en España». *Med Paliat*, 23 (4): 163-164.
- Aranaz, Jesús María y Carmela Moya (2011). «Seguridad del paciente y calidad asistencial». *Revista de Calidad Asistencial*, 26 (6): 331-332.
- Arancibia, María José (2014). «Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen». *Revista de Derecho*, 9 (9): 55-80.
- Arenas-Massa Ángela, Alejandra Nocetti de la Barra, Carmen Gloria Fraile-Ducviq (2020). «Espiritualidad en el contexto de cuidados paliativos oncológicos dirigidos a personas mayores». *Pers Bioet*, 24 (2): 136-150. DOI: [10.5294/pebi.2020.24.2.2](https://doi.org/10.5294/pebi.2020.24.2.2).
- Arenas, Ángela (2021). «Algunos aspectos históricos y jurídicos de la toma de decisiones clínicas de las personas mayores que viven con demencia». En Carolina Riveros Ferrada (editora), *Protección jurídica de las personas mayores en Chile* (pp. 163-189). Santiago: Tirant lo Blanch.
- . (2022). *Voluntades anticipadas de tratamiento: Un desafío para Chile. Módulo de capacitación profesionales de Establecimientos de Larga Estadía-SENAMA*. Santiago: Fundación Simón de Cirene.

- Arimany, Josep, Laura Aragonés, Esperanza Gómez, Emma Galcerán, Martín Carles y Francesc Torralba (2017). «El testamento vital o documento de voluntades anticipadas: Consideraciones médico-legales y análisis de la situación de implantación en España». *Revista Española de Medicina Legal*, 43 (1): 35-40.
- Barcia, Rodrigo (2014). *Lecciones de derecho civil*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- Barrientos, Francisca (2018). «Cómo se insertan los servicios médicos en el ámbito de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores». *Revista de Ciencias Sociales*, 73.
- Barros, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Tomo II. 2.ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Blanco Vargas, Claudia (2019). ¿Cómo puede verse afectado el personal de salud ante un error en la atención al sujeto de cuidado, que conlleve a la generación de un evento adverso centinela? *Revista Medunab*, 21 (3).
- Brazier, Margareth y Emma Cave (2016). *Medicine, patients and the law*. 6.ª ed. Manchester: Manchester University Press.
- Calahorrano, Edison (2021a). «El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de salud: Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno». *Estudios constitucionales*, 19 (1): 4-33. DOI: [10.4067/S0718-52002021000100004](https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000100004).
- . (2021b). «La planificación anticipada del cuidado en salud: Alternativa de regulación para Chile desde el derecho comparado y la Convención Interamericana para la protección de los derechos humanos de las personas mayores». *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), 40: 201-233.
- . (2022). «La persona en situación de movilidad humana y su condición como consumidor hipervulnerable». En *Niñez en clave migratoria* (pp. 107-118). Santiago: Jurídicas de Santiago.
- Consuegra-Fernández, Marta y Alejandra Fernández-Trujillo (2020). «La soledad de los pacientes con covid-19 al final de sus vidas». *Revista de Bioética y Derecho*, 50: 81-98. Disponible en <https://bit.ly/3K-crAqJ>.
- Corral, Hernán (2018). *Curso de derecho civil chileno*. Tomo I. Santiago: Thomson Reuters.

- Williams Crenshaw, Kimberlé (1988). «Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in antidiscrimination law». *Harvard Law Review*, 101 (7): 1331-1387.
- D'agostino, Francesco (1998). *Bioética*. Turín: Giappichelli.
- De La Maza, Íñigo (2010). «Consentimiento informado, una visión panorámica». *Ius et Praxis*, 16 (2).
- Del Valle, Miguel, Lidia Albano, María Orsi y María del Carmen Martínez (2020). «Aspectos éticos de la toma y el uso de la fotografía en la práctica pediátrica». *Archivos Argentinos de Pediatría*, 118 (2): 64-68.
- Deva, M. P. (1998). «Psychosocial rehabilitation models in the Asia-Pacific region». *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, 52. DOI: [10.1111/j.1440-1819.1998.tb03270.x](https://doi.org/10.1111/j.1440-1819.1998.tb03270.x).
- Díaz de Valdés, José Manuel (2010). «A constitutional frame work for medical treatments in children and adolescents». *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2): 271-310. DOI: [10.4067/S0718-34372010000200004](https://doi.org/10.4067/S0718-34372010000200004).
- Equipo asesor sectorial de salud de migrantes (2018). *Política de salud de migrantes internacionales*. Disponible en <https://bit.ly/3rLN33h>.
- Errázuriz, Paula, Camila Valdés, Paúl Vöhringer y Esteban Calvo (2015). «Financiamiento de la salud mental en Chile: Una deuda pendiente». *Revista Médica de Chile*, 143 (9): 1179-1186.
- Escalante, J. J. y S. Lima (2007). *Experiencias nacionales e internacionales de organización y prestación de servicios oficiales de salud con pertinencia cultural*.
- Espejo, Nicolás y Carla Leiva (2012). *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (enero 1984-febrero 2012)*. Santiago: Thomson Reuters.
- Emanuel, Ezekiel y Linda Emanuel (1992): «Four models of the physician-patient relationship». *Jama*, 267 (16): 2221-2226.
- Faden, Ruth y Tom Beuchamp (1986). *A history and theory of the informed consent*. Nueva York: Oxford University Press.
- Figuroa, Rodolfo (2013). «El derecho a la salud». *Estudios constitucionales*, 11 (2): 283-332. DOI: [10.4067/S0718-52002013000200008](https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008).
- Foster, Charles (2013). *Medical Law: A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Frezza, Eldo (2019). *Patient centered healthcare: Transforming the relationship between physicians and patients*. Nueva York: Routledge.
- Godoy, Jorge y Jaime Barraza (2018). «La ficha clínica mirada desde la legislación chilena actual». *Acta bioethica*, 24 (2).

- Grygiel, Stanislaw (2002). *Extra comunione personarum nulla philosophia*. Roma: Lateran University Press.
- Hernández, Osvaldo, Amândio Jamba y Francisca Sepúlveda (2021). «Modelo de apoyos para personas con discapacidad intelectual y su impacto en la calidad de vida». *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 5 (1): 42-55.
- Herring, Jonathan (2013). *Caring and the law*. Oxford: Hart Publishing.
- Huenchuan, Sandra y Rosa Icela Rodríguez (2014). *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*. Organización de las Naciones Unidas.
- Katz, Jay (2002). *The silent world of doctor and patient*. Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Laín, Pedro (1964). *La relación médico-enfermo: Historia y teoría*. Madrid: Revista de Occidente.
- . (1969). *El médico y el enfermo*. Madrid: Guadarrama.
- Lamb, Richard (1984). «Deinstitutionalization and the homeless mentally ill». *Hospital and Community Psychiatry*, 35 (9): 899-907. DOI: [10.1176/ps.35.9.899](https://doi.org/10.1176/ps.35.9.899).
- Larraín, Cristian (2016). «Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: Análisis comparado y propuestas para el derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 26: 119-185.
- Larroucau, Jorge (2014). «¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 27 (2): 43-79.
- Leiva López, Alejandro (2013). «La regulación de la eutanasia, según la Ley 20.584 sobre derechos del paciente». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 41: 505-558.
- Lira, Francisca (2020). «El deber de informar al paciente por parte del equipo de salud en la Ley 20.584». *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 25.
- Maclean, Alasdair (2009). *Autonomy, informed consent and medical law: A relational challenge*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Maizes, Victoria, David Rakel y Catherine Niemiec (2009). «Integrative Medicine and Patient-Centered Care». *Explore*, 5 (5): 277-289. DOI: [10.1016/j.explore.2009.06.008](https://doi.org/10.1016/j.explore.2009.06.008).
- Manríquez-Hizaut, Mónica, Cristián Lagos-Fernández, Jame Rebolledo-Sanhuesa, Jame y Verónica Figueroa-Huencho (2018). «Salud in-

- tercultural en Chile: Desarrollo histórico y desafíos actuales». *Revista de Salud Pública*, 20 (6): 759-763. DOI: [10.15446/rsap.v20n6.65625](https://doi.org/10.15446/rsap.v20n6.65625).
- Melde, Susanne, Rudolf Anich, Jonathan Crush y John Oucho (2014). «Introduction: The south-south migration and development nexus». En *A new perspective of human mobility in the south* (pp. 1-21). Berlín: Springer.
- Mendoza, Sara, Viviane Jofré y Sandra Valenzuela (2006). «La toma de decisiones en salud y el modelo conceptual de Ottawa». *Investigación y Educación en Enfermería*, 24 (1): 86-92. Disponible en <https://bit.ly/44DS24G>.
- Mendoza, Alfonso (2017). «La relación médico-paciente: consideraciones bioéticas». *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63 (4): 555-564.
- Miralles, Isabel (2021). «El consentimiento y su revocación: ¿Es necesaria una reforma o una relectura del artículo 5 del Convenio de Oviedo?». En María Casado y Jesús López Baroni (coordinadores), *El Convenio de Oviedo cumple 21 años: Propuestas para su reforma* (pp. 51-64). Barcelona: Observatori de Bioètica y Dret.
- Mliinac, Michelle E. y Michelle C. Feng (2016). «Assessment of activities of daily living, self-care, and independence». *Archives of Clinical Neuropsychology*, 31 (6): 506-516, DOI: [10.1093/arclin/acw049](https://doi.org/10.1093/arclin/acw049).
- Montalvo, Federico (2017). «Derechos y deberes del paciente transfronterizo: ¿Existe un verdadero catálogo transfronterizo en el nuevo espacio común sanitario de la Unión Europea?» *Revista de Derecho Político*, 99: 359-398.
- Munita, Renzo (2022). *Sobre el recurso a la LPC en el ámbito de daños derivados de productos sanitarios defectuosos*. Santiago: Jornadas del Derecho de Consumo.
- Nogueira, Humberto (2010). «Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Uruguay), 5: 79-142.
- Ozturk, Hülya, Omür Sayligil y Zeki Yildiz (2019). «New concept in clinical care: Proposal of a moral intelligence scale». *Acta Bioethica*, 25 (2): 265-281.
- Parra-Baltazar, Isabel, Claudia Pinto-Dongo y Sara Quispe-Iporra (2016). «Ley de cobertura universal de enfermedades de alto costo».

- Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 33 (2): 379-380. DOI: [10.17843/rpmesp.2016.332.2191](https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.332.2191).
- Parra, Darío (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral para la Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez, Ruy y José Cossío (2016). *Modelos médicos y modelos jurídicos*. México: Tirant lo Blanch.
- Pizarro, Carlos (2015). «En oposición al consentimiento hipotético informado». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 44.
- . (2017). *La responsabilidad civil médica: Monografías*. Santiago: Thomson Reuters.
- Rawson, James y Julie Moretz (2016). «Patient and family centered care: A primer». *Journal of the American College of Radiology*, 13: 1544-1549.
- Riveros, Carolina (2021). «Autonomía relacional». En Carolina Riveros Ferrada (editora), *Protección jurídica de las personas mayores en Chile* (pp. 103-117). Santiago: Tirant lo Blanch.
- Rocco, Cristián y Alejandro Garrido (2017). «Seguridad del paciente y cultura de seguridad». *Revista Médica Clínica Las Condes*, 28 (5): 785-795.
- Rosel, Leonardo, Pier Pigozzi y Ángela Arenas (2022). «Desafíos clínicos y normativos para la internación forzada en Chile, en virtud de la nueva ley de salud mental». *Revista Médica de Chile*.
- Seoane, José Antonio (2008). «La relación clínica en el siglo XXI: Cuestiones éticas, médicas y jurídicas». *DS*, 16: 79-86.
- Tapia, Mauricio (2003). «Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales». *Revista de Derecho*, 15 (2).
- Vacarezza, Ricardo (2000). «De los derechos del paciente». *Revista médica de Chile*, 128 (12): 1380-1384. DOI: [10.4067/S0034-98872000001200012](https://doi.org/10.4067/S0034-98872000001200012).
- Valdivia, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Vega, Óscar y Marcos Parada (2022). «Migración en Chile: Una mirada desde los derechos humanos». *Revista Ciencias de la Documentación*, 8 (1): 45-54.
- Veloso, Carla (2016). *Análisis jurisprudencial de la falta de servicio y su naturaleza jurídica en materia sanitaria*. Tesis de magíster para la Universidad Austral de Chile.

- Vidal, Álvaro (2020). *Responsabilidad por negligencia médica*. Santiago: Academia Judicial de Chile. Disponible en <https://bit.ly/45oZyqh>.
- Wei Wang, Wu Qianhui, Juan Yang, Dong Kaige, Chen Xinghui, Bai Xufang, Chen Xinhua, Chen Zhiyuan, Cécile Viboud, Marco Ajelli y Yu Hongjie (2020). «Global, Regional, and National Estimates of Target Population Sizes for Covid-19 Vaccination: Descriptive Study». *BMJ*. DOI: [10.1136/bmj.m4704](https://doi.org/10.1136/bmj.m4704).



Derechos de las y los pacientes
Ángela Arenas Massa, Edison Calahorrano Latorre,
Renzo Munita Marambio y Carolina Riveros Ferrada, por los textos, 2023



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Constanza Valenzuela, Macarena Buzeta,
Ana María González y Marco Antonio Coloma

