

Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jorge Lastra Torres - Irene Soto Munizaga - Dra. Claudia Chartier Muñoz - Andrea Künsemüller Solé - Dr. Carlos Becerra Verdugo - Pablo Pérez Ojeda - Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas - Departamento de Ética del Consejo General del COLMED - Madelyn Maluenda Pérez - Dr. José Peralta Camposano - Diego Oportus Herrera - Dr. Arturo Paillalef Córdova - Ignacio Avendaño Leyton - Dr. Marcelo Acevedo Mardones - Ernesto González Barría - Dra. Carolina Del Castillo Celis - Nicolás Hauri Jerez - Macarena Olivares Molina - Dr. Freddy Constanzo Parra - Katherine Berríos González - Daniela Miranda Briceño - Dra. Pamela Bórquez Vera - Natacha Fernández Urrutia - Dr. Juan Carlos Acuña Cisternas - Rocío Toro Bravo - Dra. Gisela Viveros Moncada.

DERECHO MÉDICO II



Falmed es una fundación creada hace más de 29 años por el Colegio Médico de Chile con el objetivo de asesorar a los médicos y médicas, y representarlos en casos de presunta mal praxis, además de entregarles las herramientas necesarias para ejercer su profesión de acuerdo a la correcta Lex Artis médica.

La institución basa sus servicios en tres grandes pilares: prevención, defensa y protección. Falmed entrega asesorías en materias legales y comunicacionales, además de representación legal.

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la exitosa gestión de la Fundación, es el equipo jurídico con el que cuenta, siendo la principal institución defensora de médicos y médicas ante acusaciones por presunta mal praxis, con más de 60 abogados expertos en materias de responsabilidad profesional médica, desplegados a lo largo de todo el país.

Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jorge Lastra Torres - Irene Soto Munizaga -Dra. Claudia Chartier Muñoz
- Andrea Künsemüller Solé - Dr. Carlos Becerra Verdugo - Pablo Pérez Ojeda - Dr. Jaime Sepúlveda
Cisternas - Departamento de Ética del Consejo General del COLMED - Madelyn Maluenda Pérez -
Dr. José Peralta Camposano - Diego Oportus Herrera - Dr. Arturo Paillalef Córdova - Ignacio Avendaño
Leyton - Dr. Marcelo Acevedo Mardones - Ernesto González Barría - Dra. Carolina Del Castillo Celis -
Nicolás Hauri Jerez - Macarena Olivares Molina -Dr. Freddy Constanzo Parra - Katherine Berríos
González - Daniela Miranda Briceño - Dra. Pamela Bórquez Vera - Natacha Fernández Urrutia -
Dr. Juan Carlos Acuña Cisternas - Rocío Toro Bravo -Dra. Gisela Viveros Moncada.

DERECHO MÉDICO II



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

DERECHO MÉDICO
© FALMED

Portada, Edición y Diagramación: Andros Impresores
Registro de Propiedad Intelectual:
23-P-2237 (Febrero 2023)

Fecha: 1ª edición febrero de 2023
Tiraje: 1.000 ejemplares
Impresión: Andros Impresores
Santiago, Chile
Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

ÍNDICE

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE	
<i>Dr. Patricio Meza Rodríguez</i>	7
PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN	
<i>Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas</i>	9
PRÓLOGO	
<i>Dr. Mario Valdivia Peralta</i>	11
DERECHO MÉDICO	
<i>Abogado Juan Carlos Bello, Dr. Jorge Lastra</i>	15
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHOS DE DAÑOS EN SALUD	
<i>Abogada Irene Soto Munizaga, Dra. Claudia Chartier Muñoz</i>	35
RESPONSABILIDAD PENAL Y PROCESO PENAL	
<i>Abogada Andrea Künsemüller, Dr. Carlos Becerra Verdugo</i>	65
LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
<i>Abogado Pablo Pérez, Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas</i>	91
LA RESPONSABILIDAD ÉTICA, DEONTOLÓGICA O PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS	
<i>Departamento de Ética del Consejo General del Colmed</i>	141
DERECHO LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO EN EL EJERCICIO	
DERECHO LABORAL PÚBLICO	
<i>Abogada Madelyn Maluenda, Dr. José Rafael Peralta Camposano</i>	161

EJERCICIO PRIVADO DE LA MEDICINA	
<i>Abogado Diego Oportus, Dr. Arturo Paillalef Córdova</i>	181
PARTICULARIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES PRIVADAS	
<i>Abogado Ignacio Avendaño, Dr. Marcelo Acevedo Mardones</i>	205
CONSENTIMIENTO INFORMADO	
<i>Abogado Ernesto González Barría, Dra. Carolina Del Castillo Celis</i>	231
FICHA CLÍNICA	
<i>Abogado Nicolás Hauri Jerez, Dr. Jorge Lastra Torres</i>	239
TELEMEDICINA	
<i>Abogada Macarena Olivares Molina, Dr. Freddy Constanzo Parra</i>	259
DERECHO COMERCIAL Y TRIBUTARIO	
DE LAS FORMAS DE EJERCICIO DE LA MEDICINA PRIVADA Y ASPECTOS RELEVANTES DE SU TRIBUTACIÓN	
<i>Abogada Katherine Berríos González, Dr. Marcelo Acevedo Mardones</i>	297
PERITOS Y PERITAJES	
<i>Abogada Daniela Miranda, Dra. Pamela Verónica Bórquez Vera</i>	321
LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE	
“UN ACTO DE COMUNICACIÓN”	
<i>Abogada Natacha Fernández, Dr. Juan Carlos Acuña Cisternas</i>	345
EJERCICIO MÉDICO Y GÉNERO	
UN ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA NORMATIVA APLICABLE A MÉDICAS Y MÉDICOS EN MATERIA DE NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, PATERNIDAD Y FAMILIA	
<i>Abogada Rocío Toro Bravo</i>	365
EL ACOSO SEXUAL. UNA PROBLEMÁTICA EN CONSTANTE REVISIÓN	
<i>Dra. Gisela Viveros Moncada</i>	401

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE

Dr. Patricio Meza Rodríguez

Quisiera agradecer este espacio y comenzar saludando afectuosamente a nuestros y nuestras colegas a lo largo del país, quienes serán los destinatarios de este libro, preparado por nuestra Fundación de Asistencia Legal, FALMED, que en su misión de promover buenas prácticas médicas, siempre está entregando herramientas que sean de utilidad para ejercer una medicina de excelencia, puesto que una de las principales misiones de nuestro Colegio es velar por el correcto ejercicio de la profesión, con apego a la *lex artis* y la ética.

En esta línea, FALMED ha realizado una importante labor en materia de prevención de la judicialización de la medicina a través de la educación, que apunta a mejores procesos asistenciales, en directo beneficio de nuestros y nuestras pacientes. Y es en este afán que genera este valioso material, que contribuye al conocimiento de los médicos y médicas de su entorno y contexto jurídico, de cara al ejercicio de una medicina segura, ya que en la medida que como profesionales tengamos los conocimientos legales de las diversas consecuencias y efectos la práctica médica, estaremos mejor preparados y preparadas para la toma de decisiones.

Agradecemos el trabajo de quienes hicieron posible este texto, que recopila las principales normativas que afectan el ejercicio de nuestra profesión y, especialmente, que lo hayan hecho usando un lenguaje claro, preciso, cercano y didáctico, entregando ejemplos que permitan ver los conflictos dentro de nuestra práctica profesional, para una mirada crítica y reflexiva de quienes leamos estas páginas.

Tenemos la certeza que cada tema abordado en este texto ha sido cuidadosamente seleccionado y que será de gran utilidad para quienes ejercemos la

medicina. Valoramos también que se incluyan tópicos tan contingentes, como el de ejercicio médico y género. Esto se condice con el trabajo que hemos realizado como institución, donde hemos buscado incorporar este enfoque en nuestra labor gremial y profesional, entre el cual destacamos la creación de la Unidad de Defensa de Género, UDEGEN.

La masividad de las redes sociales, que nos deja cada vez más expuestos, tanto en nuestra vida privada como profesional; el preocupante aumento de las agresiones contra el personal de salud; la falta de recursos, que muchas veces nos lleva a trabajar en condiciones que no son las óptimas; más el estrés propio de nuestra profesión, nos lleva al imperativo de estar preparados y tener a la mano los conocimientos y herramientas que nos permitan evitar cualquier eventual problema o para saber qué alternativas tenemos para solucionarlo.

Esperamos que puedan sacar el máximo provecho a este material que ha sido preparado con mucha dedicación y profesionalismo, para poder responder a los desafíos que enfrentamos día a día en nuestro trabajo.

Sepan que cuentan con su Colegio Médico para apoyarlos en muchos aspectos, desde lo legal, a través del extenso trabajo que realiza FALMED, tanto en defensa como prevención de la judicialización de la medicina; como defendiendo sus derechos laborales, generando y exigiendo medidas que permitan mejorar sus condiciones de trabajo, poniendo a su disposición el conocimiento en contenidos clínicos relevantes, abordando el cuidado de su salud mental y beneficios sociales a través de nuestro Fondo de Solidaridad Gremial, entre otros.

Les invitamos a acercarse a su Colegio Médico y aprovechar todas las instancias e insumos que tenemos disponibles para ustedes, para hacer de este un mejor Gremio para todos y todas y seguir cuidando el prestigio de nuestra profesión, por el bienestar de nuestros y nuestras pacientes y de los equipos de salud.

Un abrazo fraterno.

Dr. Patricio Meza Rodríguez
Presidente Nacional
Colegio Médico de Chile A.G

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Para nuestra Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, FALMED –institución que tengo el orgullo de presidir–, el conocimiento por parte de nuestras y nuestros afiliados en materias de derecho médico y la consecuente prevención de la judicialización de la medicina, constituyen los pilares fundamentales y son transversales a nuestra organización, por lo que dedicamos gran parte de nuestros esfuerzos y recursos a transmitir de manera responsable y desinteresada, toda nuestra experiencia acumulada en casi 30 años y más de 5.000 juicios en la defensa de la buena medicina.

Por lo anterior es que tenemos la convicción de que, para ejercer una medicina segura, no sólo se deben aplicar con responsabilidad y compromiso los conocimientos adquiridos a lo largo de nuestra formación de pre y posgrado, sino que también se debe procurar actuar siempre acorde a la *lex artis* y dentro de los parámetros éticos propios de nuestra profesión. Ese fue precisamente el sentido de nuestro Colegio Médico y los fundadores al crear FALMED.

En tal propósito hemos desarrollado cursos de capacitación y prevención, seminarios, conversatorios, charlas, entrevistas, boletines, gacetas, entre otras actividades docentes y educativas, labor que fue realizada a un nivel superior en el año 2021 con el lanzamiento de nuestro primer *Libro de Derecho Médico*, obra que buscó traspasar desde una mirada esencialmente jurídica la vasta experiencia acumulada a lo largo de todos estos años, por el mayor estudio de abogados del país, al servicio de la práctica médica.

Ahora bien, en esta oportunidad, con mucha alegría y orgullo, ponemos a disposición de todas y todos los actores involucrados en la formación, aseguramiento, fiscalización y atención de salud, y especialmente de nuestras y nuestros

afiliados, un segundo libro que pretende acercar el derecho médico a los profesionales de la medicina, un libro de Derecho Médico que tiene por objetivo abordar nuevas temáticas relacionadas con la labor sanitaria, desde una mirada legal, pero pensado en la función médica.

Este trabajo, que penemos a vuestra disposición, se realizó mediante una labor estrecha entre médicos y médicas con abogados y abogadas de nuestra Fundación, buscando con ello la elaboración de textos cercanos en lenguaje y enfoque a la realidad que experimentan día a día los profesionales de la salud. Les agradecemos a todos y cada uno en particular su trabajo.

Deseamos que este esfuerzo conjunto sea un aporte para nuestra comunidad médica, pero también para todos los actores que, de alguna forma u otra, están relacionados con el ámbito legal y sanitario.

Esperamos finalmente que tanto este nuevo libro, como todas las acciones que llevamos a cabo en FALMED, estén alineados con el compromiso adquirido con nuestro Colegio Médico y con cada uno de nuestros afiliados y afiliadas, de brindarles la mejor defensa legal, la más completa asesoría en el ejercicio de su profesión, la prevención de la judicialización de la medicina y la promoción de un trabajo médico sustentado en la ética.

Ustedes nos dirán si lo hemos logrado, les saludo cordialmente.

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas.

Presidente

Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile

Dr. Kléber Monlezun Soto

PRÓLOGO

Dr. Mario Valdivia Peralta

El ejercicio de la profesión médica, enmarcado en el acto médico, estaba, tradicionalmente, fundamentado en una relación de servicio y de confianza.

Los médicos ponían al servicio del diagnóstico y el tratamiento del paciente todo su conocimiento y toda su capacidad, y evidentemente, nadie cuestionaba que actuaran de buena fe y responsablemente, independientemente de que recibiesen o no una remuneración por sus servicios, e independientemente del resultado del proceso en sí. Y, por lo tanto, hace unas décadas resultaba inimaginable el que se pudiese plantear dudas acerca de la probidad y competencia del acto médico y, menos aún, presentar una demanda hacia profesionales médicos por un resultado negativo durante el ejercicio de la profesión.

En la actualidad, sin embargo, hemos sido testigos de una impresionante judicialización de múltiples aspectos de la vida social, en que, a través de códigos y reglamentos, se busca regular las relaciones entre las personas, las que se fundaban en la confianza. El acto médico y, por extensión, la práctica de la profesión médica, no están exentas de estas consideraciones, y en el primer capítulo del presente libro se describen en detalle las causas de este fenómeno. Es importante recalcar que el gremio médico no está en contra de un marco regulatorio que permita asegurar los mayores estándares de atención a la comunidad, y la justa sanción de quienes actúen alejados de la *lex artis*. La preocupación surge en el uso antojadizo del marco normativo que lleva al plano litigante un alto número de situaciones en que, habiendo actuado apegados a la *lex artis*, los resultados del proceso no eran los esperados. Ello obliga a los prestadores de salud a juicios que resultan extenuantes, tanto en lo emocional como en lo material y que traen aparejado un encarecimiento de la medicina, además del hecho de que

una relación que se fundaba en la confianza hoy se ve oscurecida por un manto de desconfianza entre los participantes.

Así las cosas, resulta indispensable para los prestadores de salud el tener un acabado conocimiento del marco jurídico y administrativo que regula las prestaciones en la salud.

De esta forma, para dar respuesta a esta necesidad, un selecto grupo de abogadas, abogados, médicas y médicos, bajo el alero de FALMED, ha acometido la labor de entregarnos el segundo tomo de este texto de derecho médico.

A través de meticulosas revisiones de la literatura y estudios de la jurisprudencia, duplas compuestas por abogados o abogadas en conjunto con médicas y médicos, nos entregan, en un lenguaje comprensible para el lego en materias jurídicas, antecedentes, informaciones, conceptos y enseñanzas para orientar el quehacer médico de un modo seguro y responsable. Sin embargo, pese a estar escrito, como ya se dijo, en un lenguaje comprensible al lego, el libro no renuncia a la profundidad ni a la rigurosidad de la información aportada, convirtiéndose así, en un texto de consulta obligada, tanto para médicas y médicos como para abogadas y abogados.

Partiendo por una reseña histórica de la relación entre derecho y ejercicio de la medicina y su normativa, que podemos rastrear hasta la antigua Babilonia, así como una serie de definiciones indispensables para la comprensión del derecho médico, los autores, en sus diversos capítulos, nos guían en los, a veces, inhóspitos senderos de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, la responsabilidad ética, así como el derecho laboral público privado en el ejercicio de la medicina.

Desde capítulos de una robusta construcción teórica, indispensables al momento de litigar, como lo son los capítulos que abordan las responsabilidades civiles, penales y administrativas; hasta capítulos de una innegable utilidad práctica al momento de planificar el accionar profesional, como lo son los capítulos dedicados al consentimiento informado, la ficha clínica, las normas tributarias, la relación médico-paciente —elemento consuetudinario del quehacer médico—, y que en su abandono se originan muchas de las demandas al cuerpo médico—, peritajes; y de un modo muy actual, los aspectos normativos de la práctica de la telemedicina y la perspectiva de género en la protección a la maternidad, paternidad y familia.

Quisiera terminar este breve prólogo citando al Consejo de Ética del Colegio Médico, que en el capítulo acerca de la responsabilidad ética, nos recuerda que

el elemento central del quehacer médico y del acto médico en particular, es su componente ético del cual surgen, como obligaciones derivadas, la rigurosidad en el actuar técnico, y el cumplimiento de las normativas jurídicas y administrativas vigentes.

“La autorregulación es un elemento distintivo de las profesiones, particularmente de aquéllas que, además de cautelar los bienes más preciados del individuo, como son la vida y la salud, se desarrollan en un ambiente de gran asimetría de información entre quienes la ejercen y quienes recurren a sus servicios. Ese es el caso de la profesión médica. La responsabilidad que recae en los hombros de quienes la ejercen es, por consiguiente, inmensa, y en ese contexto se inscribe el esfuerzo del Colegio Médico, y de su Fundación de Asistencia Legal (FALMED), por avanzar en la comprensión de parte de los médicos del significado de la responsabilidad médica en el contexto normativo, ético y jurídico vigente, así como en abogar por el perfeccionamiento de éste, para resguardar la excelencia en el cuidado de nuestros pacientes”.

Dr. Mario Valdivia Peralta

Médico Cirujano, Especialista en Psiquiatría del Niño y del Adolescente,

Doctor en Psiquiatría.

Decano Facultad de Medicina

Universidad de Concepción

DERECHO MÉDICO

Abogado Juan Carlos Bello¹

Dr. Jorge Lastra²

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La formación de los médicos está centrada en el desarrollo de sus competencias técnicas con el propósito de asegurar el mayor conocimiento de la salud y la enfermedad y de esa forma poder enfrentar los problemas que las afectan. Por esta razón es que la carrera profesional está concentrada en el estudio de las ciencias básicas y el cuerpo humano, su anatomía, fisiología y otras materias similares. Igualmente, se estudian aspectos de importancia colateral, que se identifican como la economía, la administración y otras áreas de las ciencias sociales. Estas últimas para aportar elementos del contexto en el que se desempeña la acción médica. Y como es común en el ámbito de las profesiones, estas materias son resueltas en el ámbito de la autonomía en el que ellas se desarrollan. Dentro de estas revisiones del contexto en el que se produce la atención sanitaria, existe

¹ Abogado Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal Universidad Diego Portales, mención en Derecho Procesal Penal. Es Diplomado en Reforma Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado y cuenta con una especialización en la Universidad de Harvard sobre “Teoría y Herramientas del Proyecto de Negociación de Harvard”. Se desempeñó como Asesor Jurídico de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico de Chile entre 2004 y 2005. Desde ese año y hasta la fecha, es el abogado Jefe del Área Jurídica de Falmed. Docencia y exposición permanente de cursos en Chile y en el extranjero sobre derecho médico. Participación en la defensa de más de 5.000 juicios en la materia. Participó como compilador y autor del primer libro “Derecho Médico” de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (2021).

² Autor: Médico Especialista en Salud Pública, Magíster en Estudios Políticos y Sociales y Magíster en Historia de Chile Contemporáneo, ambos de la Universidad Alberto Hurtado. Ex directivo de diversos establecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud y Profesor de Salud Pública del Instituto de Salud Pública de la Universidad Andrés Bello.

una insuficiente aproximación a los aspectos legales del quehacer médico. Insuficiente puesto que no dan cuenta de la extensión y trascendencia de estos conceptos. Por ejemplo, porque no se explicitan los fundamentos del vínculo entre la medicina y el derecho, y menos se aclara el carácter mandatorio de estas cuestiones, en el sentido de que un incumplimiento de tales normativas indican un riesgo de sanción legal, por su carácter de obligación. Tampoco se enseña que a fin cuentas, la relación entre el derecho y la medicina se da en una articulación de estos dos campos, de tal forma que el derecho instala la acción médica en la estructura de las normas que rigen ese actuar profesional y que permiten la duda acerca de si se ha cumplido con el correcto actuar. Sin embargo, dicho actuar se comprende siempre en la ordenanza médica, por lo que obliga al profesional a conocer este campo mixto de la medicina y el derecho.

Con el fin de aportar en ese conocimiento entre los médicos es que este artículo trata de la relación entre la medicina y el derecho, especialmente en relación a la implicancia de esta relación que se traduce en un número cada vez más creciente de juicios y/o mediaciones que se sabe impactan en los y las profesionales y en el conjunto del gremio.

La larga historia de la medicina y el derecho ha dado pie a numerosos encuentros, pero a decir verdad a un sinnúmero de desencuentros también. Si bien las normas de convivencia y la necesidad de mantener o recuperar la salud están presentes desde la existencia misma de la comunidad humana, ambas se han ido desarrollando, demarcando e interactuando de manera tal que, por una parte, ha devenido en lo que conocemos como derecho médico y, por otra, en la llamada medicina legal.

Ambos conceptos, que hacen mención a asuntos conexos, pueden y deben ser considerados como parte de un mayor enfoque, tanto jurídico (derecho médico, cuya definición proponemos más adelante) como sanitario (medicina legal, que para estos efectos entenderemos como aquella materia que reúne varias disciplinas científicas de la medicina que se ocupan de estudiar las causas de actos relacionados con la acción sanitaria con efectos sobre la salud y /o la vida) y por lo tanto se encuentran inmersos en lo que llamamos civilización.

Conviene, solo para efectos históricos, mencionar que en las sociedades primitivas normalmente, las funciones de regular la convivencia (lo que hoy se conoce como poder judicial) y sanar (esto es la moderna medicina), estaban concentradas en un solo individuo y, por ende, los conflictos que involucraban ambas aristas podían ser y eran resueltos en un mismo proceso, por una misma norma y, lo que es más peculiar, por una misma persona. En efecto, la jefa del

clan o el jefe de la tribu, primitivamente concentraba en sus manos tanto el arte de sanar como el arte de juzgar, sus decisiones y las consecuencias de las mismas estaban fundadas y sustentadas en la autoridad unipersonal que ostentaba. Suponemos entonces que los conflictos ocurridos en este sentido eran resueltos en forma sumaria, mágica e irrevocable, y no necesariamente satisfactoria. (Ver “Historia negra de la medicina”)³.

Esta simbiosis inicial fue dando paso a la especificidad de cada disciplina, evolucionando hacia sociedades más complejas, con funciones definidas.

Para ello, el derecho fue recopilado, regulado y codificado. En esta evolución, y precisamente asociado a este trabajo, apareció la primera prueba que podemos encontrar acerca de la regulación normativa de los actos médicos. La obra se encuentra en el museo del Louvre, y se trata de la pétrea y totémica legislación plasmada en el Código de Hammurabi. (Si bien son más antiguos los Código de Ur-Nammu y de Lipit-Ishtar, estos no tienen la universalidad, ni se encuentran conservados como el del Hammurabi). Escrito en 1750 a. C. por el Rey de Babilonia que lleva su nombre y encontrado en Susa, hoy sudoeste de Irán, cuenta con 282 leyes dictadas presuntamente por el dios Shamash. Es considerado el primer conjunto de normas escritas de que se tiene conocimiento. Él mismo, además de regular situaciones bastante bizarras (por ejemplo, su ley segunda dice: “Si alguno ha lanzado un maleficio sobre un hombre sin prueba de culpabilidad, el maleficiado se arrojará al río. Si no puede salir, su casa pasa a quien le lanzó el maleficio, pero si el río lo devuelve inocente, sano y salvo, su enemigo es digno de muerte, y aquél que pasó por la prueba del agua es quien se apoderará de la casa del otro”, o la ley novena que sanciona. “Si en la casa de una vendedora de vino se reúnen rebeldes y se les apresa para conducirlos al palacio del gobernador, aquélla merece ser condenada a muerte”), es también el primer antecedente material de preceptos normativos que regulan y sancionan actos médicos.

En efecto, los siguientes son ejemplos de regulación legal de un acto médico:

215. Si un médico realiza una incisión profunda en un hombre (notable) con bisturí de bronce y le salva la vida al hombre, o si se le abre la nube de un ojo a un hombre (notable) con bisturí de bronce y le salva un ojo al hombre, se quedará con 10 siclos de plata.
218. Si un médico realiza una incisión profunda en un hombre (notable) con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la nube de un ojo a

3 Historia Negra de la Medicina, autor José-Alberto Palma, Ciudadela Libros, 2016.

un hombre (notable) con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.

220. Si le abre la nube de un ojo con un bisturí de bronce (a un esclavo) y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.

Más adelante, con el desarrollo de la medicina por una parte (especialmente en Atenas) y del derecho por otra (especialmente en Roma), las vinculaciones entre una y otra ciencia fueron convergiendo y logrando espacios propios que se mantienen hasta nuestros días, acuñando conceptos como “negligencia médica”, “medicina a la defensiva”, “lex artis”, y concluyendo hasta la fecha en la creación de una rama del derecho llamada derecho médico o derecho sanitario y, por la otra, medicina legal o medicina forense.

Los distintos estados de desarrollo, así como las diferentes civilizaciones, han encontrado siempre la forma de poner en contacto la medicina y su regulación por el derecho.

Ya en el año 4.050 a. C. los sumerios, según dan cuenta las tablas del rey de Ur, establecían una escala de pagos cuando se demostraban lesiones atribuibles al sanador.

Los antiguos egipcios, según dan cuenta registros del año 2.700 a. C., aplicaban al sanador la pena de muerte en caso de comprobar error en el ejercicio de su arte que hubiese provocado la muerte del paciente.

Se atribuye a Alejandro Magno (356 a 323 a. C.) la frase en su lecho de muerte: “muero gracias a la ayuda de varios médicos”, mientras era atendido por galeanos debido a innumerables heridas de guerra. Ello es concordante con la norma que el mismo conquistador instauró, que condenaba a la pena de crucifixión al médico que abandonase libre y voluntariamente a un enfermo.

El “fuero juzgo”, también llamado *Liber Ludiciorum* o *Lex Gothica*, texto central del derecho hispano, que en el año 1241 recopiló textos visigodos antiguos, disponía que correspondía a los familiares del enfermo dolosamente abandonado determinar la penal aplicable al médico.

Por su parte, nuestros ancestros precolombinos tampoco fueron ajenos a la generación de normas (en sentido amplio) que regulaban la actividad sanitaria. Es así como encontramos las crónicas de Fray Ramón Parré, quien, en el año 1943, al describir la vida de los Arahucos antillanos, consignaba que en caso que el espíritu del enfermo fallecido dijera a sus deudos que había muerto por mal arte del médico, estos tenían derecho a apalearlo hasta su muerte.

En los tiempos modernos, esta función de regular legalmente el actuar de los profesionales de la salud quedó en manos del Estado, especialmente después del proceso de industrialización y junto con el desarrollo de la medicina social que corresponde a aquella orientación de la salud pública que se desarrolló a mediados del siglo XIX en Europa y que entiende que la salud depende de las condiciones sociales en que vive la población, que debe ser protegida con acciones sanitarias y medidas en el ámbito social, como la alimentación, el trabajo, la vivienda y, en general, las condiciones de vida, y que las acciones y medidas para su cuidado y recuperación son responsabilidad social⁴. Es en este marco que, en particular, los propios médicos demandaron al Estado que asumiera ese rol, creando una superestructura legal que ordenara los principales aspectos de la acción sanitaria, por ejemplo, quiénes, qué características y qué aprendizajes debían cumplir para ejercer la profesión; cuáles debían ser las condiciones del ejercicio sanitario y otras cuestiones similares. De hecho, nuestro país evolucionó con la presencia creciente del Estado en la salud, a través de una institucionalidad que sumó la transformación de la beneficencia en Asistencia Social a través del control de las instituciones de salud, demandada y conquistada por los médicos, la creación de un ente central rector, a través del primer Código Sanitario que estableció la creación de la Dirección General de Sanidad, el Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social, el Servicio Médico del Seguro Obrero Obligatorio y una serie de otras entidades, lo que Benjamín Viel denomina en su texto la 'medicina socializada'⁵. Ya el año 1924 el doctor Alejandro del Río, en sus consideraciones sobre higiene pública, asistencia y previsión social, expresó la necesidad de formar recursos humanos para la higiene pública, el desarrollo de la atención de salud y de dar previsión social a los trabajadores, bajo la dirección centralizada del Estado y con las orientaciones que el saber médico debía aportar⁶.

Este brevísimo devenir histórico de relaciones jurídico-sanitarias es solo un intento de demostrar que el derecho y la medicina han tenido una larga convivencia, hasta la fecha. Pero, por supuesto, entendemos que la disciplina de derecho médico ha sido fundamentalmente desarrollada durante la segunda mitad del siglo pasado.

4 Rosen, George (1985), "¿Qué es la medicina social? Un análisis genético del concepto", en Rosen, George, *De la policía médica a la medicina social*, Primera edición, Siglo XIX Editores, 1985.

5 Viel, Benjamín (1964), *La medicina socializada: y su aplicación en Gran Bretaña, Unión Soviética y Chile*, Ediciones Universidad de Chile.

6 Del Río, Alejandro (1924), *Algunas consideraciones sobre Higiene pública. Asistencia*, pp. 109-111.

EL DERECHO Y SUS CARACTERÍSTICAS

Para efectos de este trabajo, podemos definir el derecho como aquel conjunto de principios y normas que regulan las relaciones en una sociedad y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente.

Esta conceptualización nos permite ordenadamente abordar las características esenciales del derecho y con ello las consecuencias que para los médicos y medicas tiene la misma. Es más, desde esta definición podemos acercarnos a la enunciación de un derecho médico.

Así las cosas, podemos afirmar que el derecho es un sistema que actúa o debiera actuar armónicamente, o a decir mejor, sistemáticamente, en donde todas sus normas y principios se conjugan de manera tal que producen un resultado completo y total de concordia, tanto normativa como lógicamente. Este sistema no solo está compuesto de leyes, reglamentos y dictámenes, sino que se trata de un sistema de normas (en el sentido amplio, desde la constitución hasta la sentencia en el caso concreto), normas que interactúan, se sustentan y comparten con principios que las inspiran y cuya observancia es tan relevante como le dé la ley. (Ver capítulo: Derecho Médico Falmed)⁷.

En este sentido, si pudiéramos encontrar una característica esencial y exclusiva del derecho, general y que la diferencia de todas las otras normas de conducta y regulación, es su carácter coercitivo, es la facultad que otorga al Estado para obligarnos a cumplir el derecho, y a sancionarnos en caso que no lo hagamos. Huelga decir que las sanciones que el derecho nos puede imponer (en estricto rigor que el Estado impone mediante sus órganos jurisdiccionales), son de variado carácter y entidad, y va desde las pecuniarias, (mediante una sentencia civil) hasta corporales (mediante un fallo penal). A mayor abundamiento, y solo con el fin de entender la fuerza del derecho, y por ende su relevancia, debemos concordar en que estas normas y principios, que nos obligan y permite que nos castiguen, no requieren ser conocidas ni menos aceptadas por los sujetos de derecho, basta que se encuentren debidamente promulgadas y sean ponderadas por tribunales de justicia establecidos previamente para que su fuerza nos sea impuesta, más allá de nuestra voluntad, conocimiento y aceptación.

Avanzando entonces hacia una conceptualización de este trabajo, podemos definir el derecho médico como aquel conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de una sociedad, EN TANTO LAS PERSONAS REALIZAN

⁷ Bello, Juan Carlos (2021). Derecho Médico, Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Rubicón Editores, Capítulo "Derecho Médico".

ACTOS MÉDICOS, y cuya observancia puede ser impuesta por la fuerza. Es decir, las leyes, reglamentos y normas que se refieren a cómo se debe hacer medicina, quiénes pueden ejercerla, en qué condiciones y bajo qué presupuestos.

Serán entonces el tipo de actos que realizan los sujetos de derecho los que determinen si estamos frente al derecho médico o no.

Por ello, no solo para los médicos y las médicas es relevante el derecho médico, sino para toda la sociedad, por cuanto en algún momento todos podrían realizar actos médicos. Basta recordar que al menos tenemos asegurados el acto médico de nacer y de morir (por decirlo de alguna manera) para concordar en que el derecho médico es relevante para todas las personas.

Habiendo aclarado lo anterior, corresponde entonces definir cuál es el ámbito de aplicación del derecho, en otras palabras: qué queremos decir cuando hablamos de actos médicos, o mejor aún, qué actos regula el derecho médico.

En este sentido, proponemos que el derecho médico regula, al menos, los siguientes tipos de actos.

- **Actos médicos propiamente tales:** estos son los propios de la atención médica cuando son ejecutados por médicos cirujanos; incluye la anamnesis, el examen físico, la hipótesis diagnóstica, el tratamiento y el control de la complicación.
- **Actos sanitarios no médicos:** estos son todos los actos cuyo fin es mantener o recuperar la salud, que no son ejecutados por médicos cirujanos.
- **Actos de apoyo:** son aquellos actos cuyo fin no es recuperar ni mantener la salud, pero sirven de apoyo a aquellos.
- **Actos relativos a la bioética,** tales como procesos de experimentación de nuevos medicamentos.
- **Actos de los establecimientos de salud:** se trata de las actuaciones y responsabilidades que empecen a los prestadores institucionales y los establecimientos nosocomiales.
- **Ejercicio de la profesión y oficios afines:** se trata de aquellos actos regulados por las normas que permiten ejercer la medicina y oficios pertinentes a la salud, cuya codificación se encuentra principalmente en el Código Sanitario.

En atención a lo recientemente expuesto, podemos concluir desde ya que:

- El derecho médico es bastante amplio, y se enmarca en una serie de actos y actuaciones de diferentes instancias.
- El derecho médico es disperso, y su agrupación no está restringida a un solo cuerpo legal, como podría ser el Código Sanitario, sino que incluye normas del Código Civil, Código Penal, Estatuto Administrativo, diversas leyes ad-hoc, tal como la Ley 15.076, 20.584, etc.
- El derecho médico interactúa con otras ramas del derecho, tanto del derecho procesal como del derecho penal, civil y administrativo.
- El derecho médico constituye una unidad *per se*, y, en consecuencia, requiere un abordaje particular para su aprehensión.

INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO MÉDICO

Habiendo entonces despejado los elementos basales del derecho, y específicamente del derecho médico, en su relación con la medicina, y antes de ponderar su interrelación con instituciones y regulaciones específicas, como el derecho penal o el contrato médico y sus repercusiones civiles, resulta necesario enunciar lo que estimamos como instituciones específicas del derecho médico, y por ello trataremos de conceptualizar aquellas instituciones que le son propias y actuales al derecho médico, y cuya definición nos parece relevante para entender el contexto en que el derecho, vivo y en desarrollo, se ejecuta.

LEX ARTIS: En primer lugar, y asentada en la esencia misma de esta rama del derecho que estimamos ilustrar, se encuentra el concepto de *Lex Artis* o ley del arte médico, que define de qué hablamos cuando hablamos de medicina ajustada a derecho, aunque en estricto rigor, sostenemos que se trata simplemente de medicina ajustada a medicina. Así las cosas, se ha definido la *lex artis* como “aquella práctica médica generalmente aceptada por la medicina, en un tiempo y lugar determinado, para un paciente en concreto”⁸. Esta definición nos permite entender, en primer lugar, algo fundamental para los y las médicas: que el juicio médico experto está a la base de esta definición, por lo que, aunque el acto médico se instale para su revisión en un tribunal, lo que se valora son los aspectos de la conducta médica entendidos por la propia medicina. Además, esta misma definición deja en evidencia la complejidad y la dialéctica del ejercicio

8 Bello, Juan Carlos (2021). Derecho Médico, Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Rubicón Editores, Pág. 36.

médico, especialmente cuando este es sometido a un juicio de valor normativo ante un tribunal de justicia.

De la misma definición emanan otras conclusiones importantes que no podemos soslayar.

Se trata en primer lugar de una conceptualización médica real y concreta, pues es la práctica médica la que se evalúa en caso de un proceso judicial. Ahora bien, entendiendo la diversidad y complejidad que la medicina implica, no puede sino decirse que aquella que generalmente está aceptada, es decir aquella que la generalidad, y no necesariamente la totalidad, ha asumido como terapéutica. En este sentido, los médicos pueden, frente al caso puesto en su conocimiento, tener opiniones y actuaciones diferentes y no precisamente equivocadas o al menos no reprochables desde lo jurídico. Es posible que, ante un mismo paciente, las indicaciones sean diversas y todas se encuentren ajustadas a derecho. Es lo que los médicos conocen como diagnóstico diferencial. En resumidas cuentas, se trata de resaltar la condición no unívoca de la medicina, la imposibilidad de uniformar en una sola conducta todas las actuaciones médicas posibles.

Por supuesto que, además de no uniforme, la *lex artis* necesariamente debe ser ponderada en el contexto del tiempo y del lugar en que se desarrolla. La reciente pandemia de Covid-19 nos da un ejemplo claro de lo relativa que es la *lex artis* en un contexto temporal, pues la forma y modo de tratar dicha enfermedad cuando esta irrumpió, fue muy distinta a lo que hoy conocemos como tratamiento para la misma patología. Tanto el abordaje medicamentoso, como los procedimientos aceptados han ido variando y por ello, en un hipotético juicio contra un médico por el tratamiento otorgado a un paciente Covid en enero del año 2020, no podría sostenerse como elemento acusatorio los protocolos de atención y tratamiento que se utilizan hoy (mediados del año 2022) para definir si ha actuado conforme a *lex artis*. Por supuesto que las condiciones físicas y materiales del lugar (no en su sentido solo geográfico, sino más bien en el sentido de los medios técnicos y humanos con que se cuenta) determinarán también la forma en que el profesional puede actuar y, por ende, su responsabilidad en caso de ser esta requerida ante los tribunales de justicia.

A todo lo anterior, es necesario agregar el elemento más preponderante de la *lex artis* y esto es que se ejecuta sobre a un paciente en concreto. Esta verdad ya conocida por Hipócrates (“no hay enfermedades sino enfermos”) tiene su correlato en la *lex artis* moderna, por cuanto no podrán ponderarse las actuaciones médicas como ajustada o no a *lex artis*, sin tener en consideración sobre qué tipo

de paciente se está ejerciendo la medicina que se cuestiona. Como vemos, el ejercicio jurisdiccional de ponderar la corrección o no de una actuación médica está compuesto de intrincados y variados elementos, y esto solo para determinar la conducta médica adecuada. Huelga mencionar que la responsabilidad médica no solo se sustentará en una información sobre pertinencia y sujeción a la *lex artis*, sino que incluye varios otros elementos—esencialmente normativos—cuyo desglose no es dable para este trabajo. En efecto, la actuación u omisión en la atención médica será una conducta reprochable desde lo jurídico, si a la falta a la *lex artis* se le agrega, entre otras, la culpa (en su acepción penal y civil), los elementos como la prescripción, la imputación objetiva, la responsabilidad solidaria, el principio de confianza, etc., que ponderados en su conjunto determinarán en definitiva la condición de responsabilidad penal o civil de un acto médico. En todo caso, la *lex artis* será sin duda un elemento basal para determinar la corrección de la conducta del médico cuestionado.

JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA: otro de los conceptos más utilizados en materia de derecho y medicina es lo que se ha llamado Judicialización de la Medicina.

Entendemos como tal la resolución por vía judicial de un acto médico o sus consecuencias, que podría ser resuelto por una vía no jurisdiccional.

Así las cosas, la Judicialización de la Medicina nos informa del grado de conflictividad a que puede llegar el quiebre de la relación médico-paciente, de manera tal que, ante tal desavenencia, una de las partes (generalmente el paciente) decide salirse de la relación en el ámbito médico, y llevarla a una instancia absolutamente distinta, confrontacional o al menos no amistosa, en donde terceros deberán determinar si hay o no razón para el reclamo entablado y las consecuencias de esto.

Es de nuestro entender que cuestionar los actos médicos en el ámbito judicial es un derecho que tanto pacientes como parientes están válidamente llamados a ejercer. Por otra parte, tampoco nos es ajeno el hecho que en algunas ocasiones se ha abusado del mismo, dejando de lado mecanismos menos confrontacionales (la conversación, el reclamo o la mediación, por ejemplo) para aclarar las justificadas dudas que pudieren existir en una atención sanitaria puntual. Por ello, instamos a llevar a ese ámbito amistoso las legítimas diferencias que pudieran surgir en el resultado de un acto médico. Por otro lado, y dado el mismo hecho del cuestionamiento, podemos e instamos a transformar este cuestionamiento judicial en una oportunidad: una oportunidad para hacer una mejor medicina, una oportunidad para mejorar la relación médico-paciente,

una oportunidad para profundizar la relación médico pariente, una oportunidad para crear mejores relaciones entre pares y, por supuesto, entre el personal médico y todo el equipo sanitario. En definitiva, esta “judicialización” —que pudiera ser vista como amenaza—, proponemos transformarla en una oportunidad de ser mejores médicos y médicas.

Conviene recordar que la judicialización es un fenómeno multifactorial, en cuya génesis concurren fenómenos sociales, personales e institucionales.

También es pertinente hacer presente que en Chile existe un tipo penal especial de negligencia médica, el artículo 491 del Código Penal, y esta circunstancia tiene un correlato práctico (no necesariamente consecuencial) y es que la mayoría de los cuestionamientos por actos médicos se radiquen en sede criminal, distorsionando no solo el sistema de salud, sino incluso el sistema judicial.

Otro elemento a considerar es que la realidad de la judicialización de la medicina en Chile no alcanza la de otros países, en donde las cifras asociadas por este ítem son mucho más elocuentes (USA, España, etc.), pero claramente existe una tendencia estable al aumento de juicios y cuestionamientos.

Por otra parte, debemos advertir que en nuestro país existen al menos seis vías por las cuales los médicos pueden ser cuestionados por presunta mal *praxis*:

- Penal (juicio simplificado o juicio oral ordinario).
- Civil (juicio por Indemnización de Perjuicios).
- Mediación (proceso de medicación, como requisito civil de procesabilidad).
- Corte de Apelaciones (vía Recursos de Protección).
- Procesos Administrativos (mediante investigaciones y sumarios administrativos).
- Sumarios Éticos.

En tal sentido, se ha especulado profusamente sobre las razones que han llevado a la judicialización de la medicina, y desde ya podemos asentar que su existencia, crecimiento y persistencia tiene causas diversas, que crean y fomentan este fenómeno.

En un sentido pedagógico, podríamos decir que, al menos en nuestro país, existe una triada de razones que han permitido el florecimiento de la Judicialización de la Medicina y estas se encuentran en el Ambiente, en el Paciente y en el Médico.

Causas asociadas al ambiente:

- **Falta de Control Ético efectivo del acto médico:** es sabido que los colegios profesionales perdieron su facultad de controlar éticamente aplicando sanciones que impacten efectivamente a quienes son sancionados. Hoy en Chile, la mayor sanción que un Tribunal de Ética puede imponer a un transgresor de la norma deontológica es la expulsión del Colegio Médico, no obstante, el sujeto acreedor de tal pena puede perfectamente seguir ejerciendo su profesión, en los términos que estime conveniente, tanto en el ámbito público como privado.

Esta circunstancia, sin duda ha llevado a que quienes se sientan víctimas de una negligencia médica no concurran masivamente a los Tribunales de Ética, y opten por llevar el asunto a tribunales que aparecen y efectivamente tienen mayores facultades punitivas.

- **Híper Regulación del Acto Médico:** la actividad sanitaria ha estado, por decirlo de manera gráfica, bombardeada de normas jurídicas que se van acumulando, para formar finalmente una madeja difícil de desenredar.

A primera vista pareciera que el Código Sanitario debiera reunir la mayoría de las normas legales para el ejercicio de la profesión, pero nada es más distante de la realidad. En efecto, periódicamente se dictan normas que van regulando no solo las condiciones de trabajo médico, sino que incluso la forma en que esta labor debe ejercerse. Por ello, existe un gran número de leyes que “pueden ser quebrantadas” y por ello, la posibilidad de reclamar por dicho incumplimiento es mayor.

- **Publicidad de los casos de “Negligencia Médica”:** o, como le hemos llamado, el “Síndrome de la Condena Anticipada”. En efecto, la publicación o emisión de casos de “negligencia médica” a través de periódicos, radios o televisión resulta muchas veces en un incentivo para demandar.

Es notoria, además, la diferencia en la resonancia que tiene la noticia del caso cuando recién ha ocurrido o cuando recién se ha demandado, respecto del espacio que tiene la resolución de dicho caso, la que es escasa o generalmente nula. Esta circunstancia, propia de la dinámica noticiosa en búsqueda de informar y por consiguiente pausar más que “el otro canal”, genera consecuencias variadas, de las cuales podemos resaltar que la población se queda con la idea que el profesional es culpable.

A esta realidad podemos sumarle el eficaz y multidimensional despliegue de información a través de medios menos centralizados, pero igual de penetrantes, como son las redes sociales, etc.

- **Proliferación de Seguros de Responsabilidad Profesional:** la obligatoriedad o disposición casi unánime que pesa sobre los médicos de contratar seguros de responsabilidad profesional para ejercer la medicina, hace que sea idealmente “rentable” demandarlos pues, en definitiva, además del patrimonio personal, habrá un seguro que pagará en caso que el tribunal acceda a la pretensión del demandante.

Es más, en muchos casos, en el fragor del litigio, nuestras distinguidas contrapartes nos encomian a suscribir suculentos “acuerdos”, por cuanto se trata solo de “dinero del seguro”.

Nosotros estimamos que este camino de acuerdos solo porque “el seguro paga” es el inicio de un ciclo complejo y con resultados a largo plazo preocupantes. La proliferación de acuerdos con cargos a pólizas de seguro, solo hará que (tal como la experiencia internacional lo ha demostrado) el costo, en rigor, la prima de los seguros médicos alcance cifras siderales.

Cabe hacer notar que, al menos en este punto, la causa de la judicialización, es la vez consecuencia de la misma, convirtiéndose en un verdadero círculo vicioso.

Causas asociadas al paciente:

- **Mayor conciencia de los derechos ciudadanos:** es un hecho público y notorio, además de gratificante, que las personas hayan adquirido conciencia palpable de sus derechos como ciudadanos y de la importancia de ejercerlos, defenderlos y, de ser vulnerados, reclamarlos.

Lo anterior lo consideramos un avance positivo en el desempeño social, y por supuesto lo estimamos favorablemente y, a su vez, como hombres y mujeres de derecho, lo alentamos.

En este sentido, dicha toma de conciencia también alcanza el ámbito de las reclamaciones por presuntas malas prácticas médicas, y como conductas insertas en la sociedad no quedan ajenas a la tendencia universal. Ello por supuesto trae aparejado más cuestionamientos médicos. A esto se suma que por esta nueva condición y otros factores sociales, se ha producido un cambio en la relación del paciente con su médico/a, donde exige menos paternalismo y una comunicación más asertiva y empática.

- **Expectativas desmedidas:** por otra parte, a la mayor conciencia a que aludíamos en el punto anterior, se ha hecho presente coetáneamente otro fenómeno característico de estos tiempos, y es las desmedidas expectativas que las personas tienen respecto de los procedimientos médicos y sus resultados. Es cierto que en no pocas ocasiones son los propios profesionales de la medicina quienes alimentan expectativas de salud más allá de lo razonable; la verdad es que los pacientes, con mayor frecuencia, esperan resultados seguros, determinados e invariables de actos médicos que —por supuesto— conllevan la incertidumbre propia de las actuaciones en que las variables no son siempre controlables y las posibilidades de complicaciones están siempre presentes.

Causas asociadas a los Médicos y Médicas:

- **Información Adecuada:** no podemos sino hacernos cargo de aquellas causas que se encuentran en esta vereda del acto médico, y entre ellas por supuesto está la información pertinente, oportuna, total y veraz que los médicos deben entregar a su paciente.

Muchas veces la carencia, tardanza o insuficiente información que se entrega a un paciente puede generar, en caso de complicaciones, la sensación y consecuente certeza que algo ha ocurrido que no estaba previsto y cuya responsabilidad estaría radicada en el médico o médica que realizó el acto o en el equipo de salud. Por ejemplo, como señala un artículo de JAMA Surg⁴, mostró que existe una asociación negativa entre la inteligencia emocional de los profesionales con las demandas por negligencia; y otro estudio de Ann Surg⁵, evaluó las múltiples fuentes del comportamiento del cirujano que están asociadas con demandas por negligencia, donde igualmente se resalta la importancia del trabajo en equipo y la comunicación en la exposición a la mala práctica, como factores protectores frente a una demanda judicial.

Esta circunstancia tiene diversas formas de presentación, desde la oferta de procedimientos sin riesgo hasta la entrega de información tardía. En cualquier caso, el tema está asociado a lo que se conoce como Consentimiento Informado, es decir aquella información que el paciente debe conocer para acceder o no a la realización de un procedimiento médico. Si bien se describe más adelante un capítulo entero sobre esta relevante materia, podemos afirmar desde ya que el consentimiento informado es de la esencia del acto médico, su importancia no es solo legal, sino deontológica y ética.

Conviene puntualizar que, en derecho comparado europeo, ya se ha empezado a hablar no de consentimiento informado, sino de decisión informada (esto es relevante, por cuanto radica en el paciente la decisión de la ejecución o no del acto, siempre con la información entregada).

- **Relación médico-paciente:** indisolublemente asociada a la causa anterior, se encuentra lo que consideramos el elemento más relevante (por supuesto, descontado el técnico) de aquellos que influyen en la judicialización de la medicina.

Será este vital vínculo de confianza y respeto mutuo, encaminado al fin único y superior que es la salud del paciente, lo que, en casos incluso más allá del resultado, determinará la existencia o no de un reclamo legal por presunta mal *praxis*.

Asociado a las causas de la Judicialización de la Medicina, necesariamente debemos hacernos cargo de nuestros objetivos como institución médico-jurídica y ello incluye, en su esencia, evitar, en la mayor medida posible, que la relación entre un médico y su paciente tenga un quiebre, más aún, esperamos que dicho quiebre, de producirse, no sea resuelto en el agreste escenario de un juicio.

Es así como sostenemos que es posible y deseable implementar mediadas variadas y atingentes para evitar la judicialización o al menos para disminuir “morbilidad”, y entre ellas podemos encontrar lo siguiente:

MEDIDAS PARA EVITAR LA JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA

El desarrollo específico de estas (y otras medidas atingentes) requiere por supuesto más miradas y variados enfoques; no obstante, estimamos que estas son al menos las más necesarias y urgentes, las que, en algunos casos, ya han demostrado su eficacia.

Puestos en este escenario, las medidas recomendadas a implementar son:

1. Establecer Unidades de Riesgo a cargo de un médico y con apoyo legal en todos los hospitales del país, o, al menos, en los de alta complejidad.

Las Unidades de Riesgo son entidades cuyo objetivo es propender a evitar que los conflictos que nacen como consecuencia de una atención de salud lleguen a tribunales.

Para esto, deberán establecer mecanismos de resolución de conflictos no adversariales, una suerte de pre-mediación entre las partes, de manera de solucionar los conflictos antes de pasar a una etapa judicial.

2. Consentimiento Informado.

Este tema será abordado desde dos perspectivas: formal y sustantiva.

Desde un punto de vista formal, los documentos en los cuales consta el consentimiento informado deberán ser estandarizados y adecuados a cada procedimiento, dejando de lado los formatos que desconocen las complejidades de cada caso.

Respecto al fondo, se deberá establecer una instancia previa al respectivo procedimiento, en la cual un médico explique detalladamente al paciente el procedimiento al cual va a ser sometido, sus riesgos y posibles complicaciones.

Si bien el consentimiento informado celebrado de esta forma no inhibe el ejercicio de acciones jurisdiccionales, permitirá que, una vez llevado el reclamo a la Unidad de Riesgo, sea más fácil lograr un acercamiento entre las partes y evitar el conflicto judicial.

3. Implementar políticas de calidad en la atención del usuario y de mejoramiento continuo.

Las políticas de calidad permiten hacer un diagnóstico previo de los procedimientos en la prestación de servicios, para así lograr su racionalización y optimización y obtener una mejor calidad en la atención de los usuarios.

Para esto, es necesario que se establezcan cuáles son los procedimientos necesarios para brindar una mejor atención y estandarizarlos.

Desde el punto de vista de las atenciones de salud, los protocolos médicos deberán ser revisados, actualizados y estandarizados.

Para determinar el éxito o fracaso de estas políticas de calidad, se deberán hacer auditorías externas, lo que permitirá el mejoramiento continuo de los procesos.

4. Pausa de seguridad.

La pausa de seguridad es un mecanismo que busca la disminución de riesgos mediante el establecimiento de un procedimiento que contemple un momento de chequeo del cumplimiento de los protocolos establecidos.

Este procedimiento permitirá la disminución de riesgos en las intervenciones, especialmente en lo relacionado con el abandono de compresas e instrumental quirúrgico.

Sin perjuicio de su uso intrapabellón, este procedimiento podrá adecuarse a cada uno de los procesos estandarizados mediante las políticas de calidad y mejoramiento continuo.

5. Permanente capacitación a los actores en salud.

La capacitación deberá ser obligatoria y constituirá un elemento determinante en la calificación final de las personas que actúen en salud.

Deberá ser aplicada tanto a los profesionales de la salud como al personal auxiliar y administrativo.

Creemos que este ítem debe incluir tres sub-programas de capacitación:

- a) En lo meramente técnico (perfeccionamiento profesional).
- b) En la atención de público.
- c) En el marco jurídico en el cual se desarrolla el obrar sanitario.

6. Implementar en conjunto programas de mejoramiento de la calidad clínica en los servicios clínicos. Esto es:

- Refuerzo del auditor médico de cada servicio con participación de abogado.
- Protocolo de enfermedades de mayor frecuencia y riesgo.
- Establecer reuniones clínicas permanentes.
- Protocolizar visitas médicas conjuntas.
- Programar jornadas de ética en conjunto con autoridades del servicio de salud y del hospital.

7. Fortalecer el trabajo del auditor del hospital, proceso que siempre debe estar a cargo de un médico dedicado exclusivamente a estos temas, con apoyo jurídico: temas de auditorías, protocolos y gestión de la información hacia el paciente-parientes.

8. Arbitraje Voluntario.

El mecanismo de mediación existente en Chile ha tenido un efecto satisfactorio, pero moderado en la resolución de los conflictos

médico-pacientes e instituciones-pacientes, por ello y en atención a la experiencia del derecho comparado, y específicamente a CONAMED, instancia previa de resolución de conflictos utilizada en México, creemos que podría mejorar la *performance* de la mediación, incorporándole el Arbitraje Voluntario: concretamente su aceptación dependería de la voluntad del reclamado como es hoy la participación en la mediación. Así, en definitiva, se recomendaría la aceptación del procedimiento para aquellos casos en que existe cierta seguridad en que se podrá desvirtuar el reclamo. Se trataría de dar una nueva tarea al mediador en orden a tomar una decisión respecto del conflicto, todo ello en el marco de un procedimiento tal que nos permita generar informes periciales capaces de formar la opinión del mediador. Esto requeriría un procedimiento de mayor extensión, por una parte, y llevado a efecto por mediadores capacitados en materia de salud que sean capaces de valorar adecuadamente los informes periciales, preferentemente con la participación de médicos como árbitros.

En nuestra opinión, se podrían obtener buenos resultados creando un filtro a reclamos infundados, inhibiendo a los reclamantes de demandar con posterioridad. Por otra parte, dado que los mediadores son proclives a simpatizar con los reclamantes porque habitualmente hay detrás malos resultados, independientemente de la responsabilidad involucrada, consideramos que, de implementarse un procedimiento similar al arbitraje, debe ser encargado a árbitros de derecho que fallen de acuerdo a la ley.

9. Relación Médico-Paciente/Médico-Pariente.

Hemos dejado al final esta medida que entendemos es la central y está en la base de la batería de herramientas para enfrentar la judicialización de la medicina. En efecto, luego de más de un cuarto de siglo y más de 5.000 juicios civiles y penales y defensa de médicos y médicas, hemos llegado a la conclusión unívoca que la mejor y más eficaz forma de enfrentar la judicialización de la medicina es mantener una correcta relación con los pacientes y con sus parientes.

Por cierto, nada asegura la imposibilidad de que un profesional de la medicina sea cuestionado; es un hecho que en la medida que se construya una relación basada en la ética médica, la confianza mutua, el respeto y la autonomía, los cuestionamientos disminuyen.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil de la República de Chile.

Código Penal de la República de Chile.

Derecho Médico. Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile 2021.

Historia Curiosa de la Medicina, de Pedro Gargantila, 2019.

Introducción al derecho del profesor, Agustín Squella, 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHOS DE DAÑOS EN SALUD

Abogada Irene Soto Munizaga¹

Dra. Claudia Chartier Muñoz²

En términos generales, cuando hablamos de responsabilidad nos referimos a la obligación de reparar el daño sufrido por otro, o como diría Kelsen, jurista y filósofo austriaco, “imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”.

¿Pero, por qué puede generarse esta obligación de reparar? En lo referente, la responsabilidad civil encuentra su origen en el incumplimiento de un contrato, es decir, de un vínculo previo y obligatorio entre las partes; o en razón de un hecho ilícito y dañoso perpetrado por una persona en perjuicio de otra, hecho que proviene de la transgresión de un deber genérico de no dañar a otro y que no constituye la violación de un deber contractual.

Así, tenemos una responsabilidad civil contractual y una responsabilidad civil extracontractual, de las cuales surge la obligación de reparar el daño que provocó el incumplimiento del contrato o bien el daño que generó el hecho ilícito dañoso llevado a cabo. En este sentido y a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el ámbito penal donde se sancionan conductas tentadas y frustradas, en el derecho civil no hay responsabilidad sin la existencia de un daño, con una conducta (acción u omisión) previamente perpetrada.

1 Abogada Universidad de Chile. Diplomado Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado Derecho Sancionatorio, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente, abogada en Falmed.

2 Revisora: Médica Universidad de Concepción, especialista en Cirugía Pediátrica, Universidad de Chile. Jefa de la Unidad de Cirugía Infantil del hospital de Ovalle. Pro-Secretaria Nacional del Colegio Médico de Chile. Vicepresidenta de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED).

Desde el derecho anglosajón, centrando la mirada no tanto en el responsable (autor del daño), sino que más bien en la víctima o persona perjudicada, se habla del llamado “Derecho de Daños”, buscando consolidar una disciplina autónoma, con sus propias reglas, principios y criterios; la cual para muchos, busca abogar por un tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual, en cuanto ambas serían igualmente fuente de daños³.

Para el interés del tema que nos convoca, sea que recurramos al derecho común y a la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, o lo definamos como un derecho de daños en general, hoy no existe respecto de la responsabilidad civil médica una ley especial o regulación sistemática que se haga cargo de todas y cada una de las peculiaridades que conlleva el ejercicio de la profesión. El avance progresivo de la ciencia médica y su complejización, ha generado la llamada sectorización normativa, es decir, el desarrollo de una serie de normas y leyes especiales cuya función radica en complementar el Derecho Común existente. No obstante, esto no es una falencia que se presente solo en nuestro país, a modo de ejemplo, en España hay quienes claman por la regulación integral de la materia; así se ha escrito por el doctor José Fornes Ruiz, quien fuera presidente del Colegio Oficial de Médicos de Valencia:

“Ni siquiera tenemos legislada y definida la relación entre el médico y el paciente que es principio y parte esencial de la sanidad de un país. Hablamos y hablamos sobre este controvertido asunto que, desgraciadamente para los médicos está de moda y ni siquiera nuestros doctos legisladores y esforzados juristas han sabido llevar a los textos jurídicos el más elemental de los principios de nuestra sanidad: la relación médico-paciente. Sucede que el legislador ha sido prolijo a la hora de regular muchos aspectos de esta relación: trasplante de órganos, confidencialidad de la salud, etc. y, sin embargo, nunca sobre la responsabilidad del médico ante el enfermo”⁴.

En este sentido, alcanzar un régimen legal propio que otorgue garantías tanto al médico como al paciente y demarque con precisión este rubro de la responsabilidad, resulta ser para muchos el desafío a considerar.

3 Hernán Corral. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile Thomson Reuters. II. Págs. 19 y 20.

4 Baltazar Guajardo. Aspectos de la responsabilidad civil médica. Editorial Librotecnia. II. Pág. 20.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RELACIÓN LEGAL MÉDICO-PACIENTE

Salvo las excepciones que en cada caso se presenten, hoy la tesis mayoritaria señala que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica se centra en el ámbito contractual. Entendiendo que entre el médico y el paciente existe un “contrato de prestaciones médicas”, todo juicio de responsabilidad asociado debe centrarse en acreditar, no solo que se cumplió con las obligaciones que de este contrato emanan, sino que dicho cumplimiento fue además idóneo y regular.

En lo referente, el legislador exige ciertos elementos que deben concurrir para que estemos en presencia de una responsabilidad civil contractual, elementos que se deben presentar copulativamente, es decir, todos y cada uno, para generar finalmente la obligación de reparar el daño que se alega.

Así, tenemos:

- I. La existencia de un contrato.
- II. Deudor moroso. Incumplimiento de las obligaciones de este contrato.
- III. Que este incumplimiento sea culpable.
- IV. Que de dicho incumplimiento culpable se genere un daño.

I. EXISTENCIA DE UN CONTRATO

Podemos decir que, en la actividad médica moderna, hoy no existe solo una forma contractual en virtud de la cual se prestan las atenciones médicas. Ante la persistencia de encontrar un tipo de contrato funcional a la relación médico-paciente, se intentó por los juristas inicialmente ajustarlo a lo que sería un contrato de mandato, es decir, al encargo que realiza en este caso el paciente al médico, de una gestión determinada, asumiendo el paciente el riesgo de dicha gestión. Idea que finalmente se descartó, por cuanto entender que el médico realiza actos o negocios jurídicos por cuenta del paciente, como si se tratara de un gestor de negocios, no parece lo más adecuado y se aleja considerablemente de la realidad de dicha relación.

Por lo anterior, se estableció la existencia de una “prestación de índole médica”. En este sentido se postuló identificar el contrato médico con un contrato de arrendamiento de servicios, situación que, de igual forma, no fue del todo ajustada atendido que uno de los rasgos característicos de este tipo de

contrato es la subordinación del arrendatario (en este caso el médico prestador del servicio) respecto del arrendador (paciente), particularidad que no opera nuevamente en la relación que nos convoca.

Así, han sido reiterados los intentos por encontrar, por llamarlo de alguna manera, “el contrato adecuado”. Hoy derechamente, se ha abandonado la idea que sea alguno de los contratos descritos por la legislación civil, concretamente aquellos tipos señalados por nuestro Código Civil.

Actualmente la tendencia mayoritaria señala que el contrato existente entre el médico y el paciente tiene una naturaleza *sui generis*, no descrita en los tipos de contratos que conocemos. Así lo ha entendido la Corte Suprema, al calificar esta relación como un “contrato de prestación de servicios médicos”⁵.

Lo dicho supone aceptar que se está ante un contrato que carece de tipicidad legal, en otras palabras, un contrato que no se encuentra dentro de los tipos establecidos por la legislación. No obstante, creemos que sí posee una “tipicidad social” por cuanto tiene un nombre por el cual se le identifica (así se lo ha dado la Corte Suprema) siendo reconocido en general por la jurisprudencia en tal sentido⁶.

En definitiva, hoy podemos decir que existe acuerdo para definir el contrato médico como un contrato atípico de prestación de servicios, cuyas características a la luz de los criterios clásicos del Código Civil, son las siguientes:

- **Es un contrato bilateral**

Hablamos de un contrato bilateral cuando las partes contratantes, en este caso médico y paciente, se obligan recíprocamente, uno a prestar un servicio (la atención médica) y otro a pagar un honorario por dicho servicio. Excepcionalmente podemos decir que este contrato pierde su bilateralidad cuando, por ejemplo, el médico expresamente decide no cobrar sus honorarios, situación que lo posiciona ante un contrato unilateral, entendiendo por este aquel en el cual solo una de las partes se obliga.

5 Rol 38151-2016, Corte Suprema, 15 de abril de 2017.

6 Álvaro Vidal. Responsabilidad civil por negligencia médica. Academia Judicial de Chile. V. Pág. 20.

- **Es un contrato consensual**

Cuando hablamos de un contrato consensual, nos referimos a aquellos que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes. Así, existe un acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente, que puede darse expresamente o puede deducirse de ciertos actos conducentes a establecer que sí existe un acuerdo entre ambos (dentro de los ejemplos más clásicos, puede señalarse el caso en el cual el paciente concurra a la consulta particular del médico y en esta atención se decida su tratamiento).

Atendido que, por regla general, en una atención médica el paciente desconoce los distintos tratamientos o riesgos asociados, se ha señalado que el consentimiento tiene una característica especial, es cualificado. En este sentido, el paciente debe encontrarse en la situación de poder tomar una decisión informada y para esto concurrirá previamente el médico, quien le otorgará esa información clara y suficiente.

- **Es un contrato principal**

En este caso, se trata de un acuerdo que existe por sí solo, sin la necesidad de otros acuerdos entre el médico y el paciente.

- **Es un contrato que puede ser oneroso o gratuito**

Atendido a un criterio económico, es decir si dicho contrato resulta útil o provechoso tanto para el médico como para el paciente, o solo para uno de ellos; podemos diferenciar si es oneroso o gratuito.

Será oneroso cuando del contrato resulten beneficios para ambos, en este sentido la remuneración recibida por el médico será el elemento representativo de ese beneficio; por su parte, la mejoría que experimente el paciente o la reparación de su daño fisiológico resultará ser su provecho.

El contrato existente entre el médico y el paciente, por regla general, es oneroso; no obstante, pueden existir casos en los cuales se manifieste una gratuidad. A modo de ejemplo, un médico que no cobre honorario alguno a la madre o padre de un amigo o colega, en este caso queda de manifiesto que el provecho será solo para el paciente, no existiendo un beneficio económico respecto del médico.

En términos generales, la importancia jurídica de esta distinción radica en los grados de culpa de los cuales el deudor (en este caso el médico) debe responder. Si hablamos de un contrato oneroso (en beneficio de ambos) el médico

debe responder por una “culpa leve”, es decir, una culpa promedio, aquella falta de diligencia o cuidado que puede surgir ordinariamente en el ejercicio del acto médico.

Por el contrario, si hablamos de un contrato gratuito (tomaremos el caso que sea en beneficio solo del paciente), el médico responderá por una “culpa grave”. En lo referente y a diferencia de lo que podamos pensar, esto no supone una mayor carga para el médico, por el contrario, el estándar de exigencia en este tipo de contrato se asocia a aquella diligencia que aún las personas imprudentes suelen emplear en ejercicio de sus actos; en otras palabras, un estándar de diligencia menor a lo exigido respecto de un clásico contrato oneroso.

- **Es un contrato *intuitu personae***

Por regla general la relación médico-paciente se asocia a un elemento de confianza. Por una parte, se entiende que el paciente “elige a quien entrega el cuidado de su salud” y, por otra, el médico en el ejercicio de la profesión liberal, salvo excepciones, no tiene la obligación legal de prestar sus servicios a un paciente determinado.

En lo referente, debe hacerse la salvedad de aquellos casos en los cuales sí existe una atención médica obligatoria, sea quien sea el paciente (como la realidad médica hospitalaria). Al respecto señalar⁷:

- o Cuando el médico está contratado por un establecimiento de salud y debe prestar sus servicios a requerimiento de este. Así, la negación de atención de un paciente no es discrecional del médico a cargo, por cuanto es parte de su obligación contractual con dicho establecimiento o resulta de su calidad de funcionario en cumplimiento de una función pública. De existir cualquier inconveniente con el paciente, lo recomendable es plantear la situación a la jefatura directa, siendo esta la encargada de decidir si se otorga o no, una alternancia de atención por otro profesional.
- o De acuerdo al artículo 48 del Decreto Supremo N° 369 de 1986 que aprueba el reglamento del régimen de prestaciones de salud establecido por la Ley 18.469, *“los profesionales e instituciones inscritos en la modalidad de libre elección, están por este solo hecho, obligados a otorgar las prestaciones a los beneficiarios de la ley que opten por ella, de conformidad a los normas y en los*

⁷ Baltazar Guajardo. Ob. Cit. Págs. 42 y 43.

términos que para la referida modalidad establecen la ley, reglamentos, el arancel y las instrucciones que imparta el Ministerio de Salud”.

Salvo estas excepciones, las consecuencias de ser por regla general, un contrato de confianza o *intuitu personae* radica en varios factores, destacando como uno de ellos la posibilidad que tienen las partes (tanto el médico como el paciente) de dejar sin efecto el contrato en cualquier momento, tomando el profesional todas las medidas de seguridad correspondientes y entendiendo que su renuncia no debe causar daño al paciente.

- **Es un contrato de tracto sucesivo**

Por regla general, se trata de un contrato que no tiene una ejecución instantánea y que se va cumpliendo en el tiempo. En este sentido resulta habitual que, de una primera atención realizada por el médico al paciente, se deriven otras atenciones en el transcurso del tiempo.

En otras palabras, en un contrato con estas características, las obligaciones persisten y no se agotan en lo inmediato. A modo de ejemplo, los cuidados postoperatorios por parte del médico continúan después del acto quirúrgico, lo mismo con la obligación del paciente de seguir el tratamiento indicado.

II. DEUDOR MOROSO. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ESTE CONTRATO

Para determinar qué es lo que se tiene que incumplir para que exista responsabilidad, resulta necesario acudir al contenido de este contrato, es decir, a aquello que las partes han pactado. En lo referente podemos decir que lo pactado en este caso está de cierta forma dirigido por la *lex artis* médica y por la Ley 20.584 (Ley de Derechos y Deberes del Paciente), no obstante la interpretación e integración proveniente del Código Civil.

Por lo demás, dentro de estos contenidos existen aquellos indisponibles para las partes, es decir, no renunciables y cuyo fin principal es de cierta forma, blindar al paciente de los riesgos que implica la actividad médica. Esto queda expuesto por lo señalado en el artículo 1° de la Ley de Derechos y Deberes del Paciente, el cual indica lo siguiente:

“Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud".

De lo referido, podemos observar la injerencia de esta ley respecto de todos los prestadores de salud, públicos y privados. Además, tal aplicación se extiende a toda la cadena de personal médico, es decir, a cada persona que intervenga en la prestación de salud, sin distinguir acerca de la participación que le corresponda⁸.

En este capítulo intentaremos abordar el contenido de este contrato, qué lo compone, cuáles son sus principales deberes o, en definitiva, las obligaciones más importantes que se deben cumplir para evitar en alguna medida ser considerado(a) responsable en un juicio civil indemnizatorio. Lo anterior, sumado a los daños que de su incumplimiento culposos se puedan generar, atendido que tal como señalamos, la responsabilidad civil solo se concibe con la existencia de los mismos.

¿A QUÉ SE OBLIGA EL MÉDICO?

Antes de singularizar los principales deberes, es importante señalar que, por regla general, la obligación del médico resulta ser una obligación de medios. Esto significa que el médico debe desplegar cierta conducta correspondiente a lo que le impone la *lex artis* médica, no olvidando que esta es parte del contenido del contrato.

En otras palabras, hacer lo que se debe hacer conforme a la ciencia médica en miras a un resultado determinado. Este resultado no se incorpora a la obligación, el médico se obliga a hacer todo lo correspondiente a su ciencia, pero no está obligado a sanar o curar al paciente, sin perjuicio de ser esto evidentemente lo buscado. De esta forma, se trata del establecimiento de una obligación de deber de cuidado, que no obstante no conseguir el resultado buscado, puede entenderse igualmente cumplida.

Así, si durante la intervención el paciente fallece y se acredita que el médico realizó o cumplió con su prestación en la forma debida (ajustada a *lex artis*), habrá cumplimiento del contrato y el médico quedará liberado de la obligación.

⁸ Carlos Pizarro. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. Revista Chilena de Derecho. Volumen 41 N° 3. Pág. 26 y ss.

En cambio, si la muerte del paciente se vincula causalmente con una infracción a su prestación, habrá incumplimiento y por ende se generará el deber de indemnizar, no obstante la posibilidad de liberarse acreditando la existencia de un caso fortuito como razón del mismo⁹.

Por otra parte, y más escasamente, tenemos las obligaciones de resultado, las cuales tal como señala su nombre, obligan al médico a un resultado determinado, siendo irrelevante los medios que emplee para lograrlo. Respecto de estas, la tesis predominante nos dice que son aquellas relacionadas principalmente con las intervenciones estéticas.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al expresar lo siguiente: “Que, asimismo, se encuentra establecido que la actora y el médico demandado se vincularon por un contrato de prestación de servicios profesionales de cirugía plástica que la primera requirió del segundo. Es decir, se trató de una intervención estética y no terapéutica, cuyo propósito es causar un mejoramiento en la armonía corporal de la paciente o un embellecimiento de su aspecto físico, o a lo más, corregir defectos físicos que no constituyen enfermedad. Es posible inferir que la naturaleza de la obligación contraída por el demandado no se satisface únicamente con aplicación rigurosa de la *lex artis*, sino con la obtención del resultado convenido, de manera que solo opera la liberación de responsabilidad por causas extrañas, esto es, por ausencia de causalidad, por fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero”¹⁰.

Asimismo, se ha planteado por alguna jurisprudencia, la existencia de obligaciones de resultado respecto de la interpretación de ciertas imágenes radiológicas.

Hecha esta diferencia y atendido que el médico se encuentra en la generalidad de los casos ante obligaciones de medios, resulta necesario referirnos a la importancia de la *lex artis*, como contenido fundamental del contrato a cumplir.

- **La *lex artis* médica**

Al respecto la Corte Suprema ha señalado:

“Retomando las ideas relacionadas con las obligaciones que genera el contrato de prestación de servicios médicos para los profesionales de la salud, como se

9 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág.73.

10 Rol 21373-2015, Corte Suprema, 10 de marzo de 2016.

adelantó, la regla general es que aquellos contraen obligaciones de acuerdo a la *lex artis*, puesto que el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte paciente, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por esa contraparte”¹¹.

¿Pero cuáles son los “conocimientos y capacidades” que señala el máximo tribunal?

En términos simples, podemos decir que la *lex artis* es aquella práctica profesional, aceptada como correcta por la ciencia médica o por una gran mayoría de profesionales altamente calificados.

Así, resulta importante que el médico mantenga su capacidad clínica, sus conocimientos y habilidades debidamente actualizados, utilizando en cada caso todos los medios técnicos y científicos que estén a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes.

La *lex artis* médica comprende la calidad de diagnóstico, la elección del procedimiento o tratamiento adecuado (con el consentimiento del paciente), la destreza en la operación o tratamiento, la oportunidad en que se realiza la intervención, deberes presenciales y cualquier otro aspecto que permita el correcto desenvolvimiento de la relación médico-paciente¹².

En este sentido, se excluye la aplicación de procedimientos o tratamientos innovadores o novedosos aún no acreditados por la comunidad profesional. Esto ni siquiera con el consentimiento del paciente, precisamente porque, al ser un tratamiento nuevo, no validado lo suficiente, se ignoran los riesgos asociados¹³.

Sin perjuicio de esto, es importante precisar la posibilidad que las partes (médico-paciente) en virtud de su voluntad, otorguen a esta *lex artis* una mayor rigurosidad, definiendo con esto un contenido contractual más específico, pero teniendo siempre como punto de partida o estándar mínimo, la práctica correctamente aceptada por la comunidad médica calificada.

En definitiva, lo primero a lo que se obliga el médico es al cumplimiento de su *lex artis*, por cuanto esta integra el contrato celebrado con el paciente.

11 Rol 38151-2016, Corte Suprema, 25 de abril de 2017.

12 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 78.

13 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 79.

- **Ley de Derechos y Deberes del Paciente: Deber de Seguridad e Información.**

Para efectos del tema que nos atañe, en este apartado profundizaremos aquellos deberes de Seguridad e Información que desde nuestra experiencia, están dentro de los más frecuentes y objetados por los pacientes, familiares o representantes legales al momento de ejercer una acción indemnizatoria.

- o **Deber de seguridad e indemnidad respecto de la vida, integridad física y psíquica del paciente.**

Al respecto, la Ley de Derechos y Deberes del Paciente ha incorporado el llamado Principio de Protección, esto se traduce en la necesidad de garantizar la seguridad del paciente y la calidad de su atención.

Dispone el artículo 4° de la normativa:

“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 normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas...”

Sin perjuicio de lo señalado y respecto de los protocolos, mayoritariamente aquellos establecidos por el Ministerio de Salud y las guías internas de cada establecimiento, consideramos relevante destacar que el propio Minsal los ha definido como orientaciones para la práctica médica, entendiendo que el actuar del médico debe ajustarse primero que todo, a aquello que resulta mejor para el paciente en el caso concreto.

- o **Deber de información.**

En lo referente, señala la misma normativa que: *“toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado”.*

Asimismo, el artículo 10 en su inciso 1° dispone que: *“Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, 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...”.*

Teniendo presente que este deber surge de la asimetría existente entre el médico y el paciente y se relaciona con el consentimiento informado, como materia a tratar en otro apartado, solo nos referiremos a él en términos generales, señalando que la finalidad del mismo radica en otorgar al paciente la posibilidad de adoptar una decisión informada respecto de una intervención o tratamiento médico, considerando los riesgos asociados.

En cuanto a la cantidad de información que se debe entregar, esta debe ser la necesaria, ni más ni menos; evitando a todas luces la insuficiencia de la misma.

Finalmente señalar que, “en la práctica la infracción de este deber dará lugar a indemnización cuando vaya unido a una mala *praxis* médica en la intervención o cuando, debido a la omisión de información respecto de los tratamientos procedentes, el paciente no se sana, experimentando la pérdida de la chance de hacerlo, de haber tenido la posibilidad de elegir u optar por otro tratamiento que se le omitió”¹⁴.

o **Otros deberes a considerar por el médico:**

- Deber de otorgar un trato digno.
- Deber a otorgar una atención preferente.
- Deber de confidencialidad.

¿A QUÉ SE OBLIGA EL PACIENTE?

Dentro de los deberes que se imponen al paciente y para efectos de nuestro interés, profundizaremos en el que consideramos resulta ser el más habitual de los deberes infraccionados, tanto por él como por sus familiares o representantes legales; el deber de colaborar en el acto médico.

• **Ley de Derechos y Deberes del Paciente: deber de colaboración**

En este caso se trata de un deber general de colaboración que impone la ley referida, tanto al paciente como a sus familiares o representantes legales.

Así, señala el artículo 36:

“Tanto la persona que solicita la atención de salud, como sus familiares o representantes legales, deberán colaborar con los miembros del equipo de salud que la atiende, informando de manera veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos

¹⁴ Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 278.

los antecedentes que conozcan o les sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento”.

Podemos observar que dicho deber se traduce principalmente en un deber de información que tiene el paciente respecto del médico en su atención de salud, esto con el fin de procurar la eficacia del acto médico en la medida que se sustente sobre hechos reales.

Sobre este punto, la profesora Brantt Zumarán concluye certeramente sobre la razón de este deber de información, señalando lo siguiente: “Sólo de esta manera (entregando oportunamente información al facultativo) el médico podrá ejercer correctamente sus obligaciones”¹⁵.

Asimismo, dentro de este deber de información se ha entendido la obligación del paciente de obedecer las instrucciones del facultativo, perseverando en el tratamiento y cumpliendo las indicaciones otorgadas. Situación que cobra especial relevancia en la fase post operatoria del acto quirúrgico, por cuanto, otorgada el alta médica, será el paciente, sus familiares o representantes legales quienes deberán velar porque dicho tratamiento e indicaciones se cumplan, no pudiendo imputar responsabilidad alguna al médico si el daño alegado en un juicio civil indemnizatorio proviene de dicho incumplimiento. En este sentido, podemos afirmar que se trata de una carga, cuyo cumplimiento beneficia directamente al paciente.

Por último, señalar que el deber de colaboración que tiene el paciente no se agota en el acto médico, sino que persiste como un deber de autocuidado durante todo el período hasta el alta médica definitiva.

- **Otros deberes a considerar por el paciente:**

- Cuidar las instalaciones y equipamiento del recinto de salud.
- Tratar respetuosamente al personal de salud.
- Respetar el reglamento interno del establecimiento.
- Informarse acerca de los horarios de funcionamiento, de las modalidades de atención y formas de pago.
- Informarse acerca de los procedimientos de reclamos y consultas establecidas.

¹⁵ María Graciela Brantt. Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pág. 511.

III. QUE ESTE INCUMPLIMIENTO SEA CULPABLE

En términos generales la culpa se define como aquella falta de diligencia o cuidado debido, en el cumplimiento de una obligación o ejecución de un acto. Así, no todo incumplimiento resulta culpable por sí mismo, sino que solo aquel que surge de un descuido, por omisión de un actuar diligente esperado.

En lo referente, la primera inquietud nos conduce a pensar ¿cuál es entonces la diligencia debida para no caer en un incumplimiento culpable? Al estar en un ámbito de responsabilidad contractual, esto dependerá de los beneficios que genere el contrato para las partes. Así, si del contrato se beneficia solo el paciente, la diligencia exigida será aquella referida a la culpa grave; si de este contrato se benefician tanto el médico como el paciente, el estándar de diligencia atenderá a una culpa leve y, por último, si el contrato beneficia solo al médico, el estándar será el de la culpa levísima.

Entendemos por culpa grave aquel descuido mayor, el actuar de una persona que no toma ninguna clase de resguardo o precaución en el cumplimiento de sus obligaciones. Como señalamos, esta culpa se genera cuando el contrato reporta beneficio solo al paciente, caso en que, por ejemplo, el profesional decida no cobrar los honorarios de su atención por tratarse de un familiar o amigo cercano. Evitarla para el médico resulta fácil, por cuanto basta tomar mínimas precauciones que, por sí, estarán por sobre el descuido absoluto.

La culpa leve por su parte atiende a la regla general y se refiere a aquella falta de diligencia que las personas ordinaria o comúnmente utilizan en sus actos o negocios, resulta el estándar medio de culpa asociado a un comportamiento bueno y razonable, tanto del médico como del paciente.

Por su parte, la culpa levísima es el máximo estándar de culpa, en la cual se exige la diligencia de una persona extremadamente prudente o cuidadosa. En este sentido, resulta razonable esperar que, si el contrato en una situación excepcional beneficia solo al médico, este deba actuar con el mayor cuidado posible.

Independiente del estándar de culpa al cual se exponga el médico en un juicio civil indemnizatorio, como factor común es importante señalar que esta siempre se presumirá.

Ahora bien, al tratarse principalmente de obligaciones de medios, tal como señalamos precedentemente, esta presunción no obrará necesariamente en contra del médico, por cuanto la existencia de un daño final no supone necesariamente que haya existido un incumplimiento. El médico puede haber actuado de modo perfectamente ajustado a la técnica exigida e igualmente el paciente

no haberse sanado, es por esto que, mientras no se acredite el incumplimiento, no puede operar la presunción referida¹⁶.

En este sentido, y atendido que en las obligaciones de medio, el médico se obliga a desplegar una conducta diligente y no la obtención de un resultado determinado, el hecho de que no exista una diligencia en esta conducta constituirá un incumplimiento. En otras palabras, incumple el médico que actuó con culpa al no emplear la diligencia debida, constituyendo en este caso la culpa un elemento constitutivo de dicho incumplimiento.

Para explicar un poco más en qué consiste la diligencia debida, nos referiremos a aquello que ha planteado la doctrina más autorizada, una diligencia promotora del cumplimiento. Esta impone al médico el deber de adoptar medidas al tiempo de contratar, ello con el fin de evitar y superar aquellos impedimentos u obstáculos que puedan afectar el normal y correcto desenvolvimiento de la prestación. Es una diligencia impulsora del cumplimiento, que constituye un elemento natural del contrato, imponiendo la necesidad de desplegar una actividad razonable según las circunstancias, dirigidas concretamente al hecho que la prestación sea una realidad. Así, si el médico omite aquella actividad que una persona razonable y prudente hubiese empleado en su lugar, será responsable por el incumplimiento¹⁷.

Ahora bien, lo anterior no obsta a la posibilidad que existan situaciones que eximan al médico de dicha responsabilidad, entendiendo en este caso que el incumplimiento no se observó por la falta de diligencia del profesional. Así, el hecho de probarse la concurrencia de un caso fortuito (como un evento imprevisible e irresistible para el médico) o una fuerza mayor (un hecho de la naturaleza que le impide obrar con la diligencia esperada), la culpa exclusiva del paciente o el hecho de una tercera persona de la cual no se es responsable, resultan todas situaciones que eximirán al facultativo de la responsabilidad que en un juicio civil indemnizatorio se le pueda imputar.

16 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 113.

17 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 119.

IV. QUE DE DICHO INCUMPLIMIENTO CULPABLE SE GENERE UN DAÑO

Como ya mencionamos, para que exista responsabilidad civil es necesario que exista un daño. Este, en términos generales, se puede definir como todo detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona experimente por culpa de otra, sea en su persona, en sus bienes o en sus derechos extrapatrimoniales.

Desde los autores más clásicos se ha afirmado que basta que se lesione un interés para que se genere un daño indemnizable, interés que debe ser legítimo, es decir, jurídicamente protegido y no contrario a derecho. Así por ejemplo, la pérdida de una extremidad y el sufrimiento del paciente son las consecuencias materiales de la lesión del derecho a su integridad física y psíquica (interés jurídicamente tutelado) y los gastos de recuperación y rehabilitación son una consecuencia patrimonial de la misma lesión¹⁸.

Es importante considerar que el daño para ser indemnizable debe cumplir con ciertos requisitos. A saber:

- **Debe ser un daño cierto, real y efectivo:** no se indemnizará un daño que presente características de incierto, hipotético o eventual. Esto no quiere decir que se exija que el daño sea actual, por cuanto es indemnizable el daño futuro, pero solo en la medida en que, al momento en que se dicta la sentencia, haya certeza (al menos moral) de que necesariamente sobrevendrá. Como se ha señalado, “la certidumbre del daño debe ser actual, pero el perjuicio puede ser futuro”¹⁹.
- **El daño debe provenir del incumplimiento:** así, los daños secundarios o indirectos no pueden ser indemnizados, esto atendida la relación de causalidad necesaria como elemento indispensable para configurar la responsabilidad civil.
- **El daño debe ser previsible:** en este sentido, el daño que no solo resulta imposible de prever para el médico que actuó en el caso concreto, sino que para cualquier médico prudente y razonable, en la misma situación, no puede considerarse un efecto directo del incumplimiento. Así, por ejemplo, un daño previsible resulta ser la muerte-fetal de no manejarse correctamente una pre-eclampsia.

¹⁸ Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 195.

¹⁹ Jaime Fernández. Derecho de Daños. Editorial La Ley. Pág. 49.

Teniendo presente estas características tenemos que la procedencia de la reparación ante el incumplimiento comprende, tanto el daño patrimonial como el daño extrapatrimonial, esto especialmente si el contrato de prestación de servicios médicos involucra el cuidado de un bien no patrimonial, como es la conservación de la salud.

DAÑOS PATRIMONIALES

• DAÑO EMERGENTE

El daño emergente en este caso, lo entenderemos como aquella pérdida o menoscabo, presente o futuro, que sufre el patrimonio del paciente. El ejemplo más clásico resulta ser la pretensión indemnizatoria de este, para que se le restituya el dinero que pagó por la atención médica o el tratamiento indicado, ya sea en la consulta particular o institución de salud que prestó el servicio originalmente y/o en aquella a la cual debió concurrir en lo posterior.

En materia médica, este daño se complejiza cuando lo que se reclama es la indemnización de un daño emergente futuro, por ejemplo, gastos de rehabilitación o tratamientos de apoyo psicológico. En lo referente se ha planteado que este tipo de daño a futuro resulta ser un daño hipotético y que, como tal, se contraponen al requisito de certeza de todo daño para ser indemnizado.

• LUCRO CESANTE

A diferencia del daño emergente, el lucro cesante se caracteriza por ser un daño futuro e incierto y puede definirse, en este caso, como la privación de una ganancia legítima, real y seria que el paciente habría percibido si el contrato de prestación de servicios médicos se hubiese cumplido. En otras palabras, aquello que el paciente dejó de percibir por motivo del incumplimiento.

Para algunos autores, este daño se ha definido como “la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso”²⁰. En otras palabras, la pérdida de ganancias ciertas, como una consecuencia material, derivada de la lesión del interés del paciente (interés

²⁰ Hernán Corral. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Thomson Reuters. Pág. 143.

protegido por el contrato) de incorporar a su patrimonio un determinado valor que, de haberse cumplido el contrato, sí habría incorporado²¹.

En virtud de los requisitos de todo daño señalados precedentemente y la necesidad de certeza del mismo, antes resultaba muy poco común que este daño fuese indemnizado, por cuanto su carácter futuro e incierto impedía en lo concreto determinar su existencia y extensión. Hoy la tendencia mayoritaria acepta su indemnización, siempre y cuando se acredite por el demandante que su ocurrencia resulta efectivamente probable dentro del curso natural de los acontecimientos, intentando con esto alcanzar una posibilidad cierta de que efectivamente se genere.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

• DAÑO MORAL

En términos generales el daño moral se ha definido como aquel pesar, dolor o molestia que sufre una persona, tanto en su sensibilidad física como en sus sentimientos, creencias o afectos.

Al respecto, sabemos que en materia médica, la ejecución del contrato compromete tanto la vida como la integridad física y psíquica del paciente. En este sentido, resulta razonable que si se incumplen las obligaciones del mismo se indemnicen dichos intereses de naturaleza no patrimonial.

Hoy no existe discusión acerca de si el daño moral es indemnizable o no en materia contractual, por cuanto hay consenso de que sí lo es, en la medida que sea razonablemente previsible al momento en que se celebró el contrato.

Para que el daño moral sea indemnizado debe ser significativo, es decir, del incumplimiento del contrato debe producirse (en una relación directa e inmediata) la lesión de un interés no patrimonial que integre el fin de protección del contrato, siendo este la vida e integridad física y psíquica del paciente.

A modo de ejemplo, tenemos a una persona que se somete a una operación por la fractura de uno de sus meniscos. “Dicha operación tendrá como consecuencia normal que el paciente no pueda caminar correctamente por un tiempo, que corresponderá al tiempo de recuperación; pero podría ocurrir que ese tiempo se extienda y que quizás la inflamación y el dolor durante el postoperatorio fuese

²¹ Antonio Morales. Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Editorial Cizur Menor. Pág. 45.

mayor al común. Sin embargo, transcurrido un tiempo, la rodilla del paciente se halla en perfectas condiciones. En este supuesto difícilmente podríamos entender que hay un daño moral significativo, sino que simplemente se concretó el riesgo normal de un mayor cuidado. Empero, si el dolor y la inflamación exceden tal riesgo normal, y aquello se debe a la mala *praxis* comprobada del médico tratante, sí podríamos hablar de un daño moral en estricto sentido”²².

DAÑOS ESPECIALES A CONSIDERAR

• DAÑO CORPORAL

Mención aparte merece el daño corporal, por cuanto de él se derivan tanto perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales (daño moral), entendiendo por un lado el detrimento que una persona experimente en su cuerpo y, por otro, las consecuencias que de ello pueden derivar. Así, por ejemplo, la pérdida de un dedo implica una objetiva disminución corporal, derivándose de esto una consecuencia económica a título de daño emergente y lucro cesante; y otra consecuencia no económica como el perjuicio moral²³.

En términos generales, el daño corporal se ha definido como aquel perjuicio que se le causa a una persona en su organismo o en su mente, un daño biológico que afecta la integridad sicosomática de la persona, perjudicando su salud y comprometiendo su bienestar integral²⁴.

Pero, en concreto, ¿qué tipo de daño es el daño corporal, patrimonial o extrapatrimonial?

Para una parte de la doctrina e incluso en algunas sentencias, este daño ha sido considerado derechoamente de carácter patrimonial, no obstante, esto ha ocurrido porque “se ha confundido el perjuicio corporal con sus consecuencias económicas; concretamente con la incapacidad que tiene el lesionado para generar ingresos y utilidades. Se piensa que quien ha experimentado un detrimento en su cuerpo está incapacitado para trabajar y, por lo mismo, inhabilitado

22 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 216.

23 Fabián Elorriaga. El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Revista Anales Derecho UC, temas de responsabilidad civil. Pág. 2 y 3.

24 Id.

de generar ingresos. Luego, si no se generan ingresos a consecuencia de este daño, quiere decir que tiene una configuración material²⁵.

Sin embargo, hoy podemos decir en sentido amplio, que el daño corporal se encuentra considerado dentro del daño extrapatrimonial, comprendiéndose en este no solo el dolor o sufrimiento que experimente una persona (daño moral), sino que también las lesiones corporales y la pérdida de oportunidades para disfrutar la vida. Así, si el paciente ha sufrido un daño corporal, sea biológico, fisiológico o estético, este debe ser indemnizado como un daño no patrimonial.

De lo señalado resulta necesario estimar que el daño corporal como el tipo de daño que es, tiene características propias que se deben valorar por sí mismas y, en este sentido, debe ser indemnizado como tal.

Como una especie de daño no patrimonial, la principal característica del daño corporal es la incapacidad funcional que produce, pues “una vez que la lesión se consolida, la víctima se encuentra en una situación desmejorada respecto de aquella que disfrutaba antes del ilícito, al encontrarse discapacitada –total o parcialmente– en su funcionalidad física o corporal”²⁶.

A lo anterior se suma que su indemnización puede concurrir con la reparación de un daño moral en sí mismo (lesión a la integridad psíquica, dolor o aflicción), con un daño emergente y/o con un lucro cesante.

En definitiva, tratándose de un daño diferente al daño moral y a aquel de carácter patrimonial, se ha estimado que su peculiaridad radica en las consecuencias que se siguen de las lesiones generadas, las cuales pueden ser de naturaleza patrimonial y/o extrapatrimonial. A partir de esto, se ha estimado que se trata de consecuencias que deberán valorarse por separado²⁷.

• PÉRDIDA DE UNA CHANCE

En términos generales, la pérdida de chance se ha considerado como un tipo de daño conducente a la pérdida de una oportunidad de obtener un bien (beneficio o ventaja) de carácter material o inmaterial. Así, por ejemplo, un paciente deportista de alto rendimiento que concurre a su traumatólogo por la fractura

²⁵ Fabián Elorriaga. Ob. Cit. Pág. 4.

²⁶ Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 222.

²⁷ Enrique Barros. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 287.

de su pierna, de existir un error en su tratamiento médico, pierde la chance de seguir desarrollándose profesionalmente.

Actualmente no se encuentra totalmente definido el carácter patrimonial o no patrimonial de la pérdida de una chance, no obstante se ha estimado con mayor frecuencia que se trataría de un tipo de daño no patrimonial, esto especialmente cuando se “involucran elementos que dicen relación con chances que benefician directamente el estado o la esfera personal de la persona, o tienden a ella, como la pérdida de la oportunidad de tratarse, de tener una mejor calidad de vida, de pasar más tiempo con una persona querida”²⁸. En este caso el daño se comporta más bien como un daño de carácter extrapatrimonial.

En otras palabras, “se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”²⁹.

Es importante precisar que este tipo de daño no debe confundirse con el lucro cesante, por cuanto este último opera, tal como se señaló, sobre la pérdida de una ganancia patrimonial que probablemente se hubiese generado de no existir un incumplimiento, traduciéndose en un daño que descansa sobre un juicio de probabilidad dentro del curso natural de los acontecimientos.

Respecto de la pérdida de chance, si bien debe ser probable, como daño no opera desde lo que se dejó o no de percibir económicamente. Así, acudiendo al ejemplo inicialmente indicado, desconocemos si el paciente deportista de alto rendimiento tenía efectivamente la probabilidad de seguir desarrollándose o no en su profesión; solo sabemos que un error médico, en este caso en el tratamiento de su fractura, le ha ocasionado la pérdida de la oportunidad de poder seguir incursionando en ello.

Como todo daño, la pérdida de chance deber ser cierta (probable) y significativa. Su certeza recae sobre el hecho mismo de la pérdida de la oportunidad,

28 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 225.

29 Félix Trigo. Pérdida de Chance. Editorial Astrea. Pág. 25.

en este sentido, probada la eventual condición ventajosa a la que podría haber tenido acceso el paciente; su indemnización resulta procedente.

Es relevante destacar que, “lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir... la pérdida de la chance se hace indemnizable solo cuando las chances representan para la víctima de su privación, una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente... En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor”³⁰. A modo de ejemplo, la consideración del médico de no plantear un tratamiento altamente costoso para el paciente, por estimar la imposibilidad por parte de este de costearlo, privándolo con esta decisión de optar por una mejor recuperación.

Por último, señalar que hoy su procedencia es plenamente aceptada por la jurisprudencia de nuestro país.

¿PERO QUÉ PASA CUANDO EL DAÑO SE MANIFIESTA CON POSTERIORIDAD AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO?

Para otorgar una respuesta adecuada a esta interrogante, primero que todo resulta necesario referirnos a la institución de la Prescripción.

Esta se ha definido como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales.

Extinguir la acción se traduce en este caso en la imposibilidad que tendrá el paciente para exigir el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato, ya sea forzosamente o por una equivalencia, como resulta ser la indemnización de perjuicios. En otras palabras, transcurrido cierto tiempo, cesa su posibilidad para accionar en juicio.

En materia contractual, este plazo será de 5 años desde que la obligación se hace exigible, es decir, desde que se incumple con las obligaciones que emanan de dicho contrato. Sin perjuicio de esto y tal como señalamos en un comienzo, sabemos que no existe responsabilidad sin daño, el cual debe generarse de este incumplimiento en una relación causa-efecto.

³⁰ Ignacio Ríos y Rodrigo Silva. Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 267.

En lo referente, lo más habitual es que esta relación de causalidad se manifieste en lo inmediato, ante el incumplimiento tenemos un daño o al menos un atisbo de él. En este caso resulta claro que el plazo de cinco años se contará desde dicho incumplimiento.

No obstante, en la práctica médica pueden existir situaciones en las cuales el daño se manifieste muy posteriormente al incumplimiento, podríamos decir en una relación de causa-efecto tardía.

Al respecto atenderemos a un ejemplo clásico: un paciente que se somete a una intervención quirúrgica sin incidentes, con pausas de seguridad y listas de chequeo conformes y con un post operatorio en buenas condiciones, todos antecedentes que permiten al profesional otorgar su alta médica. Transcurrido un tiempo (indeterminado), ante síntomas de fiebre y malestar general, el paciente acude al Servicio de Urgencia respectivo, practicándose en este exámenes de imágenes donde se evidencia la existencia de material quirúrgico en su interior.

Tenemos entonces un daño tardío como efecto de lo que el paciente considerará un actuar negligente del médico y/o de su equipo. Un daño que puede evidenciarse, días, meses o años después de la operación practicada, por cuanto es sabido la existencia de pacientes en los cuales se advierte dicho material mucho tiempo después.

De esta situación resulta la interrogante planteada, ¿desde cuándo tenemos que contar los 5 años para entender que la acción del paciente contra el médico se encuentra prescrita? Si dicho daño en el paciente se manifestó 5 años después de su intervención, ¿podría entonces considerarse su acción como prescrita?

Tal como señalamos, dentro de los requisitos para que se genere la responsabilidad civil, se encuentra la necesidad de que exista un daño. En este sentido y en casos especiales como estos, ante la existencia de un daño tardío resulta razonable que el plazo de prescripción comience a correr desde su ocurrencia, entendiéndolo como uno de los elementos necesarios para que nazca la obligación del médico de indemnizar. Lo anterior, evidentemente de acreditarse la relación causa-efecto entre dicho daño y el incumplimiento demandado.

Así, tenemos una situación que sitúa al médico en la posibilidad de verse expuesto a un juicio civil indemnizatorio en un tiempo muy posterior a la ejecución de su prestación, tiempo que dependerá de la manifestación de un daño en el paciente y que, tal como referimos, puede alcanzar incluso más de cinco años para que se genere.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos considerar que esta solución sigue resultando discutible, por cuanto se contrapone al tenor literal del artículo 2514 del Código Civil, el cual consagra que la prescripción comienza a correr desde que la obligación se hace exigible, es decir, desde que se produce el incumplimiento dañoso.

DAÑOS GENERADOS EN OTRAS PERSONAS. CASO DE LA VÍCTIMA NO PACIENTE

Atendido lo expuesto, ya sabemos que la responsabilidad médica es una responsabilidad que se da entre el médico y el paciente que celebraron un contrato de prestación de servicios médicos. Pero, ¿qué pasa, cuando de la prestación médica se genera un daño a una persona que no resulta ser el paciente?

Al respecto se habla de las víctimas por repercusión o rebote, personas respecto de las cuales no hubo un contrato, pero cuentan con la acción para demandar por los daños que, del incumplimiento del contrato celebrado entre el médico y el paciente, se le generaron. Esto, considerando la existencia de un daño efectivo en el paciente, sea su fallecimiento o la ocurrencia de una situación irreparable que le impide demandar por sí mismo.

A modo de ejemplo nos remitiremos al caso del paciente que fallece en una intervención quirúrgica por una infracción a la *lex artis* por parte del médico, teniendo en lo posterior una demanda presentada por los hijos del mismo, con la pretensión que se les indemnice el daño que se les generó por la muerte de su madre o padre.

En este caso saldremos de la responsabilidad contractual (por cuanto no hay contrato entre el médico y los hijos del paciente) y nos remitiremos a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Tal como señalamos en un comienzo, este tipo de responsabilidad atiende a la obligación de reparar el daño generado por un hecho ilícito, entendiendo por esto una acción u omisión infractora de un deber general de no dañar a otro, que no supone el incumplimiento de un deber contractual.

Al respecto, dentro de los principales inconvenientes del daño por repercusión o rebote, encontramos la dificultad de “determinar quiénes son las personas que están verdaderamente legitimadas para pretender ser indemnizadas por parte del causante de los daños, puesto que la cadena de

perjudicados a consecuencia de un hecho dañoso, podría llegar a ser verdaderamente insospechada”³¹.

En términos generales y con miras a resolver este inconveniente, se ha acudido a los requisitos generales de todo daño. La necesidad de que este sea cierto, real y efectivo y que logre probarse por la víctima, sumado a la necesidad de que afecte un interés legítimo de la misma.

Es importante precisar que quien resulta lesionado o perjudicado por repercusión, reclama la reparación de su propio daño, ejerciendo con esto un derecho originario. “De allí que puedan coexistir perfectamente el daño de la víctima inicial con el que se experimenta por rebote”³².

Sin perjuicio de lo señalado y atendido en el ejemplo propuesto, el juez para determinar si procede o no la pretensión indemnizatoria de los hijos del paciente, deberá prestar atención al contrato y al incumplimiento del mismo. Así, será un conflicto que se resolverá en sede extracontractual, pero donde “el razonamiento del tribunal para conceder o no la indemnización, será al abrigo del contrato con la víctima directa”³³, en este caso el paciente fallecido.

EL ESTATUTO DE ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. UN DERECHO DE OPCIÓN DEL PACIENTE

Para finalizar, nos planteamos la siguiente interrogante al momento que se ejerce una acción por responsabilidad civil médica:

¿Puede el paciente abandonar las normas de responsabilidad contractual y dirigir su acción indemnizatoria en base a las normas de la responsabilidad civil extracontractual?

La tendencia jurisprudencial le ha otorgado al paciente un derecho de opción, la posibilidad de elegir entre un estatuto de responsabilidad u otro al momento de reclamar su pretensión indemnizatoria.

Si bien es cierto estimamos que la sede general sigue siendo el estatuto contractual, nada impediría que el paciente pudiese acogerse a las disposiciones

31 Fabián Elorriaga. El daño por repercusión o rebote. Revista Chilena del Derecho. Pág. 370.

32 Fabián Elorriaga. Ob. Cit. Pág. 391.

33 Álvaro Vidal. Ob. Cit. Pág. 27.

extracontractuales para lograr la satisfacción de las pretensiones formuladas en su demanda. Esto, por cuanto se ha entendido que un mismo hecho puede contar con las características propias de una infracción contractual y al mismo tiempo de un delito o cuasidelito civil.

Así se habla de un cúmulo de responsabilidades. Este se produce cada vez que durante la ejecución de un contrato o con ocasión de su cumplimiento, se causa daño a la persona o propiedad de otro.

¿Pero qué marcaría la diferencia respecto del médico, si el paciente decide optar por uno u otro estatuto de responsabilidad?

Al respecto, existen importantes diferencias entre un estatuto u otro. Para los efectos que nos convoca, distinguiremos las más relevantes:

- En ambas existe un elemento subjetivo de dolo o culpa. Si bien es muy infrecuente que en materia de responsabilidad civil médica exista dolo (como una intención positiva de causar un daño al paciente), esta distinción solo se realiza en materia contractual. Así, la extensión de la indemnización variará según exista dolo o culpa y, por otra parte, tal como se señaló precedentemente, el grado de diligencia requerido dependerá de quién se vea beneficiado por el contrato celebrado, existiendo una gradación entre culpa grave, leve o levísima.
- Respecto de la responsabilidad contractual el incumplimiento se presume culpable, correspondiéndole al médico acreditar si este incumplimiento se debió a un caso fortuito, una fuerza mayor o a la culpa exclusiva del paciente. Así el llamado peso de la prueba recaerá sobre el facultativo.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, el peso de la prueba recaerá sobre el paciente o el demandante, debiendo acreditar que el perjuicio ocasionado resulta de un incumplimiento culpable por parte del médico.

- En el evento que sean varios los obligados al pago de la indemnización, la obligación puede ser simplemente conjunta o solidaria.

Para el caso, entenderemos por una obligación simplemente conjunta, aquella en la cual el médico estará obligado solo al pago de su parte o cuota en la deuda; y por solidaria aquella en la cual estará obligado al pago total de la misma, pudiendo el paciente perseguir ese monto respecto de cualquiera de los obligados.

Por regla general, en materia contractual, la responsabilidad es simplemente conjunta, no obstante existir la posibilidad que las partes pacten una solidaridad. Esto a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, en la cual los autores de un delito o cuasidelito serán solidariamente responsables por el daño causado.

- En atención a la prescripción de la acción que tiene el paciente para demandar, en materia contractual y tal como señalamos, este plazo será de 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible. En cambio, en materia extracontractual será de 4 años, discutiéndose si este plazo se cuenta desde la perpetración del acto culpable o doloso, o desde la generación del daño.
- Finalmente, respecto de la extensión del daño a reparar, sabiendo que hoy se acepta una reparación integral del mismo en ambas sedes (tanto patrimonial como extrapatrimonial); tratándose de la responsabilidad extracontractual, la ley confiere al juez una mayor amplitud para fijar el daño y el monto de la indemnización. A diferencia de lo que sucede en el ámbito contractual, en la cual la ley obliga al juez a condicionar dichos factores, al beneficio que reportará el contrato para las partes, no siendo lo mismo la reparación de un daño que proviene de una culpa estándar como la culpa leve, de aquel daño que proviene de una culpa grave o levísima.

CONCLUSIÓN

Podemos decir que históricamente se ha discutido sobre la naturaleza legal de la relación médico-paciente, cobrando relevancia para efectos de la responsabilidad civil, cuando producto de esta relación se han ocasionado daños.

Tal como se expuso, en la actualidad la tesis mayoritaria en la materia acude principalmente al estatuto de la responsabilidad contractual, sin perjuicio del derecho de opción que tiene el paciente para ejercer su acción indemnizatoria por la vía extracontractual.

Como pudimos observar, son variados los tipos de daños que pueden surgir ante un incumplimiento culpable de las obligaciones. Si bien y a la luz de nuestro derecho común, concretamente nuestro Código Civil, estos sí admiten una clasificación entre patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral); hoy podemos decir que no existe un criterio de uniformidad respecto de los mismos.

El surgimiento doctrinario de nuevos tipos de daños (como un daño corporal o la pérdida de una chance), llama a los jueces a poner una mayor atención sobre elementos y/o características específicas que tradicionalmente resultaban obviadas respecto de los mismos. De igual forma y sin dejar de lado los requisitos formales de todo daño, con el tiempo la incorporación de nuevos tipos se ha traducido finalmente en un aumento de los montos indemnizatorios en beneficio de quien los demanda.

Considerando que en un juicio civil indemnizatorio, ni los tipos de daños ni los montos se encuentran valorados previamente, hoy resulta en una autonomía plena para el juez determinar su existencia y monto. Esta situación ha conducido a una alta discrepancia de las sentencias dictadas en la materia, teniendo así fallos que se fundan en hechos de menor gravedad con altos montos indemnizatorios versus fallos con antecedentes de hecho de alta complejidad, con montos indemnizatorios bajos o derechamente sin condena.

Atendida el alza sostenida de la judicialización de los casos por responsabilidad civil médica en nuestro país, como defensa creemos relevante la necesidad actual de alcanzar cierta uniformidad en la materia. En mira a ello y como una herramienta a considerar, el Poder Judicial en conjunto con ciertas universidades (particularmente la Universidad de Concepción) han trabajado en el desarrollo de los llamados Baremos Jurisprudenciales.

En lo referente, y por medio de esta herramienta, se ha otorgado acceso tanto a la jurisprudencia existente, como a los datos estadísticos y tablas de montos indemnizatorios mínimos y máximos fijados en materia de daño moral respecto de casos similares, información que se ha extraído de las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.

Actualmente, respecto de la responsabilidad médica, esta herramienta se encuentra en desarrollo. Sin duda creemos relevante que así se concrete, por cuanto la necesidad de un criterio indemnizatorio fundando los fallos en experiencias y decisiones previas de otros jueces, ayudará en el intento por ganar la objetividad y certeza jurídica que todo juicio civil de estas características requiere.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvaro Vidal. *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Academia Judicial de Chile. V.
- Antonio Morales. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Editorial Cizur Menor.
- Baltazar Guajardo. *Aspectos de la responsabilidad civil médica*. Editorial Librotecnia. II.
- Carlos Pizarro. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad, Revista Chilena de Derecho, Volumen 41 N° 3.
- Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fabián Elorriaga. El daño por repercusión o rebote. Revista Chilena del Derecho.
- Fabián Elorriaga. El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Revista Anales Derecho UC, temas de responsabilidad civil.
- Félix Trigo. *Pérdida de Chance*. Editorial Astrea.
- Hernán Corral. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Thomson Reuters. II.
- Ignacio Ríos y Rodrigo Silva. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Editorial Jurídica de Chile.
- Jaime Fernández. *Derecho de Daños*. Editorial La Ley.
- María Graciela Brantt. *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Rol 38151-2016, Corte Suprema, 15 de abril de 2017.
- Rol 21373-2015, Corte Suprema, 10 de marzo de 2016.
- Rol 38151-2016, Corte Suprema, 25 de abril de 2017.

RESPONSABILIDAD PENAL Y PROCESO PENAL

Abogada Andrea Künsemüller¹

Dr. Carlos Becerra Verdugo²

INTRODUCCIÓN

La aplicación de una sanción penal a la actividad médica es un tema que cobra especial relevancia por cuanto estamos hablando de una actividad que cumple un rol social, que procura la sanación y recuperación de la vida humana.

Bajo tal premisa, no deja de ser complejo enfrentarse a un escenario en donde al profesional médico se le va a imputar, en virtud del ejercicio de la medicina, la comisión de un resultado dañoso, sobre todo cuando no existe la intención de lesionar un bien jurídico como la vida humana sino, más bien, se responde a la búsqueda de ayuda, asistencia o consejo por parte de un paciente a un profesional médico.

Esta descripción es lo que nuestro ordenamiento jurídico conoce como *cualidelo*, cuando el autor del hecho dañoso actuó con culpa, sin la intención de producir ese resultado perjudicial.

En efecto, el siguiente capítulo se centrará en explicar la imputabilidad de responsabilidad médica, desde los conceptos de Responsabilidad, sus alcances doctrinarios y elementos, para finalizar con su aplicación práctica en nuestro sistema procesal chileno.

¹ Autora: Abogada Universidad Andrés Bello, año 2012, Diplomado en litigación penal estratégica, Universidad Alberto Hurtado, año 2016; Curso de Razonamiento Jurídico y Proceso Judicial, Universidad Alberto Hurtado año 2020; Curso Debido Proceso, Universidad de Chile, año 2020. Se desempeña en Falmed desde el año 2014 en la Unidad Penal.

² Revisor: Médico Especialista en Salud Pública. Directorio Falmed 2017-2022 Secretario Técnico Udelam 2020-2022 Presidente Consejo Regional Puerto Montt 2020-2022.

I. CONSIDERACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

La responsabilidad es “aquella que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley penal sanciona por ser contrarios al orden social”³. Así mismo, entre las varias acepciones que tiene en el Diccionario de la Real Academia Española, nos quedaremos con aquella que la define como deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Dicho concepto implica que el sujeto debe hacerse responsable por aquellos actos, ya sea de manera directa o indirecta que causare con su conducta imprudente al ejecutar un acto contrario a lo mandatado por ley.

La existencia de la responsabilidad penal, como su propio nombre lo indica, se sitúa en el área del derecho penal y busca sancionar a una persona por una acción u omisión que transgredan las normas descritas en nuestro código penal chileno.

A partir de lo relatado, podemos desprender que para que se configure la responsabilidad penal debe producirse la comisión de un delito o cuasidelito penal descrito y sancionado en nuestro ordenamiento jurídico.

Al situarnos en el ámbito de la responsabilidad médica, identificamos tres tipos de responsabilidades, a saber: responsabilidad civil que corresponde a la obligación de una persona de reparar los daños y perjuicios que le haya causado a una persona. Responsabilidad administrativa cuando existe una infracción a los deberes y obligaciones impuestas al profesional de la salud en su relación con el Estado. Y, por último, la responsabilidad penal, materia de nuestro estudio, que se concreta cuando un profesional de la salud realiza o ejecuta una conducta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico penal.

Para que podamos hablar de responsabilidad penal médica, es fundamental especificar el rol del sujeto activo, es decir, que necesariamente el sujeto activo de la acción u omisión debe ostentar la calidad de profesional médico. Así también lo entiende el profesor Carlos Künsemüller, quien señala: *“El individuo debe poseer una determinada calidad, porque la configuración del delito así lo requiere, ya que*

3 Arturo Alessandri Rodríguez, De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., pág. 26.

*lo que se persigue sancionar, precisamente, son agresiones cometidas por determinadas personas*⁴.

La responsabilidad penal del médico busca sancionar al facultativo que en su actuar se ha alejado de una correcta práctica médica en el ejercicio de su profesión, es decir, que su actuar ha devenido en una conducta omisiva a prestar el debido cuidado, lo que a juicio del paciente y/o sociedad significa un error en el diagnóstico, tratamiento médico inadecuado, resultado quirúrgico inesperado o inobservancia de pautas o guías clínicas. Este catálogo de conductas nos sitúa frente a un actuar culposo del médico frente al paciente.

Conforme a lo expresado, y de acuerdo a lo señalado por la doctrina, para que se configure la responsabilidad médica es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión.
2. Que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente.
3. Que el médico haya actuado con negligencia culpable por haber incurrido en algunas de las conductas descritas en el párrafo anterior.
4. Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.
5. Otros autores agregan que el resultado sea previsible.

Ahora bien, debemos tener claridad que la imputación de responsabilidad penal a un sujeto activo supone un proceso valorativo, es decir que el solo hecho de haber causado un daño o no haber evitado un resultado lesivo por el sujeto garante, no implica una obligación *per se* de responder por aquello, sino que debe tratarse de actos negligentes, imprudentes, es decir, un acto culposo, de acuerdo a lo que se expondrá a lo largo del presente capítulo.

4 Carlos Künsemüller, "Responsabilidad Penal del Acto Médico" en Revista Chilena de Derecho, Vól. 13. Pág. 259.

II. DELITOS IMPRUDENTES, DELITOS CULPOSOS

Para adentrarnos al análisis de la responsabilidad penal médica, debemos tener presente lo prescrito en nuestro código penal al respecto.

1. Artículo 2 Código Penal: *Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarán un delito, constituyen cuasidelito solo si hay culpa en el que las cometiera.*
2. Artículo 490 Código Penal: *El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado...*
3. Inciso primero del artículo 491 Código Penal Chileno: *El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.*

En virtud de lo descrito en los citados artículos, es menester entender con mayor claridad los conceptos a que hace referencia nuestra legislación, a saber, los cuasidelitos, la culpa, la imprudencia temeraria y la negligencia culpable.

Cabe hacer presente que el delito que tipifica la conducta del médico se encuentra inserto dentro del Título décimo del Código Penal, referente a los cuasidelitos, en el que a diferencia de los delitos “no suponen la descripción de un hecho aislado sino tan solo de situaciones inculpativas que, fundadas en necesidades sociales y de justicia, producto de la vida de relación, cumplen la tarea de precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de dirección final de que el hombre medio es capaz, a causa de la cual debe considerársele justa”⁵.

En palabras aún más sencillas, se trata de un evento que puede causar lesiones en una persona, siendo catalogado como cuasidelito de lesiones o bien un resultado que signifique la muerte de una persona, siendo catalogado como cuasidelito de homicidio. Un ejemplo de lo anterior es un accidente de tránsito.

Desde el punto de vista médico, se refiere a que en el ejercicio de la práctica médica, el profesional haya ejecutado un acto con descuido o, como algunos lo han definido, con inobservancia a la *lex artis* médica, por ejemplo, haber empleado una técnica quirúrgica inadecuada y no descrita en la literatura médica,

⁵ Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición.

produciendo secuelas en el paciente o que, a partir de un equivocado diagnóstico, el facultativo prescriba un tratamiento inadecuado.

La doctrina clásica ha sostenido que los conceptos de culpa, imprudencia y negligencia son considerados sinónimos; si bien son expresiones distintas, dichos conceptos aluden a situaciones análogas, por cuanto tienen una misma finalidad que es la infracción al deber de cuidado.

Sumado a dicho argumento, la doctrina ha preferido la utilización del concepto de imprudencia o delitos imprudentes, porque permite caracterizar de forma más pura el núcleo de la infracción, evitando de ese modo la confusión que genera con el uso de la expresión “Culpabilidad”⁶.

Así lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, quien a través de sentencia definitiva en causa ROL: 7070-2017, señala: “actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previniéndolo confía imprudentemente en poder evitarlo”.

Para que nazca responsabilidad culposa se requiere: a) que exista un comportamiento voluntario; b) que ese acto humano, acción u omisión origine un resultado antijurídico; c) que ese resultado sea previsible; d) que exista la obligación de preverlo y, e) que haya relación causal entre la acción y omisión y el resultado típico⁷.

Como lo ha sostenido Tatiana Vargas las expresiones “culpa” y “cuasidelito” aluden indistintamente al concepto de “culpa”, imprudencia, descuido o negligencia. La conducta que configura el delito, donde el sujeto activo de la acción es el médico, se denomina imprudencia, la que precisamente se define como: “falta de cuidado que debe tener quien realiza una conducta con el objeto de evitar la producción de resultados inesperados cuya causación por ella le era posible prever”⁸.

Todos los conceptos antes señalados, la ley penal los contempla y menciona de manera expresa, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de impericia,

6 Tatiana Vargas Pinto, “Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica”, Editorial Der Ediciones.

7 Rol 7070-2017, Corte Suprema, 15 de septiembre de 2008.

8 Enrique Cury “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”. Revista de Ciencias Penales. T. XXXVII, Pág. 97.

concepto relevante al momento de establecer la responsabilidad penal médica, y que se encuentra, en este caso, estrechamente relacionado con los preceptos de negligencia, culpa o descuido.

Dicho concepto lo encontramos en el Código de Ética, en su artículo 22, el cual indica “falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúa con ignorancia, impericia o negligencia debidamente comprobada”. La impericia es el desempeño deficiente profesional para el cual se requieren conocimientos, habilidades o destrezas especiales que no todos poseen.

En este sentido, cuando la citada norma hace referencia al actuar del médico con ignorancia, impericia o negligencia se refiere a la falta de aptitudes, experiencias y/o conocimientos ya sean teóricos y prácticos, mínimos o básicos, indispensables para el correcto desempeño de la profesión médica, y que debe emplear en cada caso.

De esta forma, el concepto de impericia se asemeja al de negligencia o descuido en el actuar de un médico, ya que por *“tratarse de personas que, por ejercer una profesión en si riesgosa (...) o por haber creado una situación peligrosa superflua (...) están sometidas a un deber más estricto de evitar las consecuencias indeseables que pudieran derivar de la práctica de aquella o de la mantención de esta”*⁹.

Justamente, al médico se le exige un deber más estricto, ya que para él *“se entiende que es previsible, ante todo cuanto pertenece a la lex artis de la profesión del sujeto, es decir, el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad en razón de la cual despliega la conducta creadora de peligro”*¹⁰.

III. ELEMENTOS DE LA CULPA

1. INFRACCIÓN AL DEBIDO CUIDADO

Como lo expresamos con anterioridad, la expresión debido cuidado se encuentra subsumida en el concepto de culpa que se le exige al médico, la obligación de prever el riesgo y la obligación de tener un comportamiento conforme al cuidado requerido por la norma, que dice relación con el aspecto objetivo de la culpa.

9 Cury, Enrique, “Derecho Penal, parte general”, 3ª edición, año 2004, Pág. 345.

10 *Ibíd*, Pág. 337.

Conforme a lo establecido, la falta de cuidado en el ejercicio de la acción médica es un elemento fundamental para que se configure una conducta imprudente. La existencia de una infracción del debido cuidado importa porque nos permite imputar normativamente la conducta en virtud de un juicio valorativo.

Este juicio valorativo dice relación con el conocimiento que tenga el sujeto de la conducta que está realizando, pudiendo distinguir al respecto entre imprudencia consciente e inconsciente. En la primera, se entiende que el sujeto conoce la posibilidad de realizar la conducta prohibida, descrita en el tipo penal, por lo que solo interesa fijar el deber objetivo de cuidado para su imputación normativa. Por el contrario, la imprudencia inconsciente dice relación con que, si bien no se ha representado la posibilidad de cometer una conducta prohibida, el agente ha podido, al menos, conocer la posibilidad del resultado¹¹.

Sabemos que las actuaciones médicas en sí mismas suponen un riesgo dada su complejidad, mas no por eso no serán ejecutadas al pretender un fin mayor que es precisamente la actividad curativa. En este entendido es que el cumplimiento del deber de cuidado deviene precisamente en observar dicha medida de peligro, que por las características del bien jurídico que protege, están socialmente aceptadas, lo que conoceremos como riesgo permitido. Así, el cirujano que hace una cirugía cardiovascular, corre el riesgo de que el paciente muera, pudiendo, sin lugar a dudas, prever esa posibilidad, al igual que lo hace quien opera a un enfermo de cáncer generalizado. Pero, a pesar de aquello, ¿deben abstenerse de actuar por la posibilidad presente y conocida del riesgo?¹²

Estamos conscientes que, en la actualidad, la atención de salud ha propendido a una exigibilidad por parte de los pacientes de obtener no solo un resultado determinado, sino que además un resultado conforme con sus expectativas, minimizando la ocurrencia de riesgos asociados a un procedimiento o atención determinada. Sin perjuicio de ello, desde el punto de vista de la ley y de la judicatura, hay plena conciencia de la existencia de dichos riesgos, los que deberán ponerse en conocimiento de los pacientes previo a la prestación del servicio.

Como ya lo esbozamos con anterioridad, los parámetros de una correcta práctica médica van a estar dados por la actuación. Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la

11 Tatiana Vargas Pinto, Ob. Cit. Pág. 28.

12 Carlos Künsemüller, Ob. Cit. Pág. 267.

profesión, acudiendo a exámenes y análisis para establecer un diagnóstico, y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curar a los pacientes. Dicho de otro modo, el acto médico debe realizarse de acuerdo a la *lex artis*, definida como “aquella práctica médica generalmente aceptada, en un tiempo y lugar determinados, para pacientes en concreto”¹³.

El médico no debe olvidarse de las normas de cuidado que pesan sobre su acción, y en la medida de que no se sigan dichas exigencias, se configura un incumplimiento a la norma, obteniendo un resultado imputable a su conducta.

2. LA PREVISIBILIDAD DEL RIESGO Y DEL RESULTADO

La previsibilidad descansa bajo dos supuestos: el conocimiento y la producción del resultado. De este modo, se trata únicamente de representarse la posibilidad de que con su conducta se obtenga un resultado lesivo, posibilidad que solo “se determina *ex post*, cuando ya se realizó la conducta típica”¹⁴.

En cuanto a la responsabilidad penal del facultativo, la Excm. Corte Suprema, en sentencia definitiva de fecha 04.10.07, causa Rol 3299-2007, en su considerando Tercero señala: “(...) Para atribuir responsabilidad civil y penal a un médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de la culpa, en primer lugar: Relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo; y en segundo lugar la previsibilidad de tal resultado”.

La previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trata, el médico no lo previó, debiendo hacerlo.

Según Manuel Luzón Domingo, agrega el fallo de la Excm. Corte Suprema, el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto. La previsibilidad, en efecto, es el límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito, y es lo suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es en lo voluntario. Prosigue el fallo: “...corresponde al juzgador precisar y analizar, en primer término, cuál es la actuación u omisión que se atribuye al facultativo como causa de su culpa o responsabilidad médica, para

¹³ “Derecho Médico”, Falmed y Colegio médico de Chile, Rubicón Editores, Pág. 36.

¹⁴ Tatiana Vargas Pinto, Ob. Cit. Pág. 69.

continuar luego, con que entre esta y el resultado lesivo haya una relación directa de causa y efecto; para concluir convenciendo que este resultado, atendido el grado de conocimientos que medianamente ha de exigirse a un profesional universitario de esa categoría en su arte, era normalmente previsible, por lo que si no hizo lo debido o recomendado por la ciencia médica, surge su responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su profesión¹⁵.

3. LA EVITABILIDAD

Como ya lo hemos expuesto, el sujeto activo de la acción tiene la obligación de previsión pudiendo determinar con ella la evitabilidad del resultado producido. En este caso, la consecuencia de la actuación culposa del sujeto es evitable, es decir que si el sujeto no hubiese incurrido en una determinada acción u omisión el delito no se hubiese producido.

IV. OBLIGACIÓN DE MEDIOS VERSUS OBLIGACIÓN DE RESULTADO EN EL EJERCICIO MÉDICO

Al profesional médico se le debe exigir que en el desempeño de su profesión emplee todos los medios suficientes para cumplir con su cometido, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento; esta concepción del quehacer médico es lo que conocemos como obligación de medios.

Bajo esta concepción de exigencia de responsabilidad, lo que se exige al médico no es obtener un resultado determinado, como sería el sanar o curar a su paciente, ya que ello va a depender de otros factores, algunas veces incluso ajenos a la voluntad del médico.

Resulta necesario señalar, que en la práctica médica existen casos donde el objetivo no significa un restablecimiento de la condición de salud del paciente, sino que se busca obtener un resultado meramente embellecedor, como es el caso de las cirugías estéticas, en donde no se responderá por una obligación de resultado, sino que por una obligación de medios. Bajo este supuesto, el profesional médico pudo haber actuado de forma correcta y cumpliendo las exigencias de una buena práctica médica, pero de igual modo no obtuvo el resultado esperado.

¹⁵ Rol: 3299-2017, Corte Suprema, 04 de octubre de 2007.

La distinción entre obligaciones de resultado y de medios presenta relevancia en materia civil a propósito de las cirugías estéticas. En el ámbito de la responsabilidad penal, “existen riesgos de extensión por la fuerza de las obligaciones de resultado, como ha ocurrido especialmente en Colombia, sobre la base de extender las obligaciones preoperatorias”¹⁶.

Sin perjuicio de dicha excepción, en materia de responsabilidad médica, la regla general es que la obligación por la cual debe responder un médico es de “medios”, o también denominada obligación de prudencia y diligencia, y así lo ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema indica en fallo de fecha 04 octubre de 2007, en autos Rol 3299-2007: “En el ejercicio de la profesión liberal de médico lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, haría prácticamente imposible el ejercicio de la profesión del ramo, sino lo que se impone a este es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que vale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento.

V. CONFLICTO MÉDICO-PACIENTE

La judicialización de la medicina se ha convertido en un fenómeno creciente, visualizado por el alto número de ingreso de reclamos judiciales, ya sea a través de la presentación de una demanda en sede civil o presentación de denuncia o querrela en sede penal.

Esta práctica de llevar la relación médico-paciente al ámbito judicial, ha producido que el ejercicio de la medicina se vuelva una ciencia defensiva, ya que el recelo que subyace de su ejercicio procura una actuación cautelosa y casi con “miedo”.

Las consecuencias sociales de la judicialización de la medicina, han significado no solo el agotamiento del paradigma –médico-paciente– como una relación paternalista, sino que, asimismo, un comportamiento “defensivo” por parte del facultativo. Este último concepto visualizado, por cierto, con cierta

¹⁶ Tatiana Vargas Pinto, Ob. Cit. Pág. 55.

frecuencia en los juicios de negligencia médica, supone la indicación de mayor cantidad de exámenes a los pacientes o evitar ejecutar procedimientos de alto riesgo, principalmente para reducir su exposición a la responsabilidad por mala *praxis* médica¹⁷.

La judicialización penal de la actividad médica supone, en primer lugar, la existencia de un conflicto entre médico-paciente, ya sea por una acción o por una omisión; en segundo término, que esa acción u omisión le haya causado una lesión al paciente y, en tercer lugar, que la actuación del médico se haya ejecutado sin el debido cuidado exigido, configurándose un actuar culposos.

VI. ETAPAS Y DESARROLLO DEL PROCESO PENAL, ALGUNAS CONSIDERACIONES APLICABLES

Nuestro sistema procesal penal, conocido como sistema acusatorio, es un procedimiento adversarial, en el que las funciones de investigación y acusación se encuentran entregados a órganos independientes. La investigación por un lado está a cargo del Ministerio Público, a través de un fiscal adjunto, mientras que el juzgamiento y determinación de responsabilidades es competencia de un Tribunal de Justicia.

Nuestro Código Procesal Penal es el documento que establece de forma detallada todas las etapas propias de enjuiciamiento, desde el inicio de la investigación hasta su conclusión, a través de una sentencia condenatoria o absolutoria.

En los siguientes párrafos nos abocaremos a explicar a grandes rasgos algunos de los hitos más relevantes dentro del proceso penal, y que conforman la estructura práctica de los juicios de negligencia médica.

1. INICIO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que lleva a cabo el Ministerio Público se puede iniciar de diferentes formas:

¹⁷ Sclar, David; Housman, Michael, "Medical malpractice and physician liability: examining alternatives to defensive medicine", *Harvard Health Policy Review*, vol. 4, n° 1, Pág. 76.

1. A través de una denuncia interpuesta ante Carabineros de Chile, ante la Policía de Investigaciones de Chile, ante el propio Ministerio Público o ante cualquier tribunal con competencia criminal.
2. Por querrella interpuesta directamente ante los Tribunales de Garantía.
3. De oficio por el Ministerio Público, cuando toma conocimiento por cualquier medio de un hecho constitutivo de delito.

Una vez iniciada la investigación, y puestos los hechos en conocimiento del Ministerio Público, el fiscal deberá llevar a cabo todas las diligencias necesarias para aclarar si existen o no las responsabilidades denunciadas.

Desde este minuto y hasta que el fiscal declare cerrada la investigación, tanto víctima como imputado tienen el derecho de solicitar todas las diligencias que estimen pertinentes para lograr el esclarecimiento de los hechos que se indagan. Conforme lo establece la legislación nacional, el fiscal tendrá un plazo determinado para pronunciarse respecto de dichas solicitudes en cuanto a su procedencia, pudiendo en caso de rechazo presentar un reclamo formal ante las autoridades del Ministerio Público.

Dichas diligencias, a modo ejemplar, pueden consistir en:

1. Tomar declaración a víctima(s) e imputado(s).
2. Tomar declaración a todos los testigos que tengan conocimiento directo o indirecto en los hechos que se investigan.
3. Oficiar al Servicio Médico Legal, con el fin de que estudie los antecedentes recabados durante la investigación y emita un informe al efecto.
4. Oficiar a la Institución de Salud donde se produjeron los hechos denunciados con el fin de solicitar todos los antecedentes médicos del paciente.
5. Cualquier otra diligencia o instrucción particular que el fiscal a cargo de la investigación estime pertinente.

Una vez realizada una o más de las diligencias antes descritas, el fiscal está facultado para ejercer acciones que signifiquen finalizar el proceso por otras vías distintas a la de una sentencia definitiva, ya sea condenatoria o absolutoria.

La primera de dichas acciones es el archivo provisional de la investigación, que procede cuando no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar alguna actividad conducente al esclarecimiento de los hechos, pudiendo eventualmente reabrirse a solicitud de la víctima.

En segundo lugar, existe la posibilidad de que el Ministerio Público aplique el principio de oportunidad, el cual dice relación con que el fiscal a cargo de la investigación puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en caso de que se cumplan con determinados requisitos, descritos expresamente en la ley.

Por el contrario, si durante la etapa de investigación preliminar o, como lo ha llamado la doctrina, investigación penal des-formalizada, el fiscal considera que tiene elementos suficientes para sustentar alguna imputación en contra de alguna persona determinada (llamado imputado), procederá a solicitar una audiencia de formalización de la investigación, la cual consiste en la comunicación a un imputado/s determinado/s que existe una causa penal en su contra, manifestándole en detalle los hechos por los cuales está siendo investigado.

2. FORMALIZACIÓN

Esta institución es aquella instaurada por el legislador en defensa de los derechos y garantías del imputado, toda vez que obliga al fiscal, o ente persecutor, a comunicarle frente a un Tribunal los hechos en específico por los que se le investiga, así como los delitos que estos configurarían, asegurándose con ello que la persona investigada tenga pleno conocimiento de las imputaciones que se le realizan.

Sin perjuicio que el Ministerio Público comienza su investigación desde el minuto en que los hechos son puestos en su conocimiento, es a partir de la formalización cuando comienza formalmente la etapa investigativa, debiendo fijarse en aquel acto o audiencia, un plazo de duración de dicha investigación.

Este plazo no podrá exceder de dos años, contados desde la fecha en que se ha formalizado la investigación. De esta forma, una vez transcurrido ese periodo, el fiscal se verá obligado a comunicar su cierre.

Cabe destacar que, en el periodo de investigación, el sistema procesal contempla la posibilidad de poner fin, de manera anticipada al procedimiento mediante salidas alternativas al proceso, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos y la pena asignada al delito lo permita.

Estas alternativas ponen fin al procedimiento, y no significan un reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado, sino que única y exclusivamente buscan terminar la causa penal mediante el cumplimiento de determinadas condiciones, según se explicará a continuación. Estas salidas

alternativas son la “suspensión condicional del procedimiento” y “acuerdos reparatorios”.

La primera supone un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público y, tal como lo dice su nombre, procura una suspensión de la investigación por un periodo determinado, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, en el cual el imputado deberá dar cumplimiento con determinadas condiciones impuestas por el fiscal.

Una vez concluido el período de suspensión condicional, y habiendo cumplido las condiciones impuestas, el Tribunal de Garantía competente procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

A diferencia de la suspensión condicional, el acuerdo reparatorio supone un acuerdo entre la víctima y el imputado, siendo sometido a la aprobación de un Juez de Garantía, el que verificará si se cumplen las condiciones señaladas en la ley para su suscripción. Una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado, el mismo Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Cierre de investigación

Retomando la etapa de investigación formalizada, en caso que no haya sido posible arribar a algunas de las salidas alternativas antes referidas, y una vez practicadas todas las diligencias necesarias para establecer la comisión del hecho punible y la participación de sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal a cargo de la investigación decretará el cierre de la misma, debiendo comunicar una de estas tres opciones: 1) solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; 2) comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento y; 3) formular acusación en contra de la o las personas que estima responsables de los hechos investigados.

El sobreseimiento definitivo consiste en una resolución judicial que declara terminado el proceso penal, respecto de una o más personas, producto de la existencia de una causal que impida de forma concluyente continuar con la persecución penal. El Juez de Garantía podrá decretar el sobreseimiento definitivo, ya sea porque el hecho investigado no es constitutivo de delito, o cuando apareciera claramente establecida la inocencia del imputado, o cuando el imputado estuviese exento de responsabilidad criminal por estar privado totalmente de razón, o cuando se hubiese extinguido la responsabilidad penal del imputado, o cuando sobrevenga un hecho que, con arreglo a la ley, pusiera fin a dicha responsabilidad o bien cuando el hecho de que se tratare, hubiere sido materia

de un procedimiento penal en que hubiese caído sentencia firme respecto del imputado.

El sobreseimiento temporal, a diferencia del definitivo, es aquel que paraliza el proceso penal hasta que cese el inconveniente legal que haya detenido la persecución penal.

El hecho de que el fiscal comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento significa que, durante el periodo de investigación, no pudo reunir los antecedentes suficientes para fundar una acusación e imputarles responsabilidad a las personas investigadas. Sin perjuicio de lo anterior, la investigación podría reabrirse con posterioridad en caso de que aparecieran nuevos antecedentes que justificaran seguir investigando.

En virtud que ambas opciones significan un cierre de la investigación y un término al menos temporal de la causa, la ley le otorga facultades a la víctima para impugnar dicha decisión, en algunos casos por vía de recursos judiciales ante la Corte de Apelaciones respectiva y, en otras, sostener una acusación particular ante el Tribunal competente, en los mismos términos que lo hubiese hecho el Ministerio Público, utilizando la prueba recabada por el ente persecutor, pero prescindiendo de su participación.

Por último, el fiscal podrá presentar acusación en contra de uno o más personas determinadas, cuando considere que los antecedentes reunidos de la investigación son suficientes para acreditar el hecho punible y la participación del o los imputados.

3. PREPARACIÓN DE JUICIO ORAL

La etapa de acusación es una instancia relevante toda vez que ella nos lleva a lo que conocemos como juicio oral, en la que finalmente se va a discutir y determinar la culpabilidad o inocencia del o los imputados.

La acusación debe contener de manera precisa los hechos que a juicio del Ministerio Público son constitutivos de delito, los que deben ser un reflejo de aquellos señalados en la audiencia de formalización, además de individualizar a los acusados, su participación, preceptos legales aplicables, señalamiento de los medios de prueba para sostener su teoría y la pena aplicable.

Una vez presentada la acusación ante el Tribunal respectivo, el Juez de Garantía citará a una audiencia llamada de preparación de juicio oral, oportunidad en la que el abogado defensor del imputado expondrá la tesis sobre la que

fundamenta su defensa, y deberá señalar los medios de prueba de los que se valdrá para sostener su tesis.

3. JUICIO ORAL

Una vez finalizada la audiencia de preparación de juicio oral ante el Juzgado de Garantía, se dictará una resolución llamada auto de apertura de juicio oral, la cual contiene la acusación del Ministerio Público, la prueba de que se valdrá, la pena solicitada, la prueba del querellante (si fuera el caso) y la prueba de la defensa para que sea conocido por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal.

En esta instancia, el conocimiento de la investigación deja de ser resorte del Juez de Garantía y pasa a ser competencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal compuesto por tres Jueces, quienes finalmente serán los llamados a resolver la controversia sometida a su conocimiento.

Durante el desarrollo del juicio, los contradictores podrán exponer sus teorías del caso, las que deberán ser acreditadas con la prueba ofrecida en la audiencia de preparación de Juicio Oral.

En esta etapa y ante el Tribunal, deberán declarar todas las personas ofrecidas para ello por las partes (testigos, peritos, etc.), así como exhibir y dar lectura a todos los documentos, imágenes y antecedentes que se hayan ofrecido al respecto.

Una vez concluida la etapa de recepción de prueba, se le otorgará la palabra a las partes para que le expongan verbalmente al Tribunal sus conclusiones finales, lo que se conoce como alegatos de clausura.

Clausurado el debate, los Jueces del Tribunal presentes en la audiencia de Juicio, deben deliberar el asunto sometido a su conocimiento exclusivamente en base a la prueba presentada durante el juicio.

Dicha deliberación concluirá en la dictación de una sentencia definitiva condenatoria o absolutoria, la que quedará plasmada en un documento denominado sentencia, que debe contener, de manera detallada, lo siguiente: 1) La mención del Tribunal, la fecha de su dictación y la identificación del acusado y sus acusadores; 2) la enunciación breve de los hechos; 3) la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren favorables o desfavorables para el imputado y valoración de los medios de prueba; 4) las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar los hechos; 5) la resolución que condenare o absuelve a cada uno de los

acusados; 6) el pronunciamiento sobre las costas de la causa, y 7) la firma del o los Jueces que la dictaron.

Sin perjuicio de la decisión descrita, aquella parte que se hubiese visto perjudicada con la sentencia, podrá buscar su invalidación a través del Recurso de Nulidad ante la Corte de Apelaciones respectiva o Corte Suprema, conforme a la causal invocada.

4. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Este procedimiento conocido como Juicio Simplificado, mantiene la misma estructura del Juicio Oral antes descrito, con ciertos matices en virtud de su simpleza y brevedad.

Como lo dispone el artículo 388 del Código Penal, su ámbito de aplicación corresponde al conocimiento y fallo de las faltas; dicho procedimiento se aplicará, además, respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, que no exceda de 61 a 540 días de presidio o reclusión.

Las principales características de este procedimiento son:

1. Que el fiscal a cargo de la investigación presenta un requerimiento en contra del o los imputados, el cual reemplaza a la acusación en los términos antes detallados, debiendo cumplir con los mismos requisitos de esta última.
2. En segundo lugar, el Tribunal competente llamado a conocer del requerimiento será el Juzgado de Garantía, siendo este un Tribunal unipersonal (compuesto por un solo Juez).
3. En tercer lugar, en la primera audiencia, luego de la presentación del requerimiento, el Tribunal estará obligado a preguntarle al imputado conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Penal, si admite responsabilidad en los hechos que se le imputan, para cuyo efecto el fiscal podrá modificar la pena requerida.

Cabe destacar que el fiscal podrá optar por este procedimiento, desde que inicia la investigación hasta la víspera de la acusación, prescindiendo de la etapa la formalización.

5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Este procedimiento es un mecanismo especial, regulado en el Código Procesal Penal, que le permite al Juez de Garantía conocer y dictar sentencia sobre un asunto sometido a su conocimiento de manera rápida, eliminando las formalidades de un Juicio Oral, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por la norma.

El fiscal en forma exclusiva podrá solicitar al Juez su aplicación, en virtud de un acuerdo con el acusado, para lo cual, este último, en conocimiento de los hechos de la formalización y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

El juicio abreviado será conocido por el Juez de Garantía, quien luego de asegurarse de la aceptación del acusado, abrirá el debate otorgando la palabra al fiscal, quien expondrá un resumen de los hechos en los que funda su acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la justificaren, para luego otorgar la palabra al querellante, defensor e imputado.

Cabe destacar que en este procedimiento es fundamental que el Juez de Garantía verifique que el imputado comprenda en qué consiste el procedimiento, que está prestando su voluntad de forma libre y voluntaria, y que los antecedentes enumerados por el fiscal son suficientes para acreditar el delito que se le imputa, toda vez que en dicho procedimiento, que sustituye al juicio oral, el Juez de Garantía dictará sentencia prescindiendo de todos los elementos probatorios que otorga un Juicio Oral.

Terminado el debate, el Juez de Garantía dictará sentencia. En caso de ser condenatoria no podrá ser superior ni más desfavorable a aquella solicitada por el fiscal o el querellante, en su caso.

VII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR DE CONVICCIÓN

Nuestro sistema procesal, a pesar de que garantiza a nuestros tribunales de justicia la libre apreciación de prueba, ha debido fijar parámetros objetivos con el fin de que se permita una valoración ceñida a ciertos criterios de objetividad, lógica, certeza y realidad.

La valorización de la prueba ha sido definida como: “conjunto de reglas u orientaciones que sirven a los efectos de guiar la tarea de construir inferencias

a partir de la prueba que es válidamente producida en un juicio, como también para asignar mayor o menor fuerza a esta última¹⁸.

Nuestro Código Procesal Penal recoge su concepto en el artículo 297 que señala: *“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Como se desprende del referido artículo, se han expuesto con precisión los niveles de exigencia para la valoración de la prueba, de manera tal que el Juez se verá obligado a objetivar su decisión con argumentos plausibles, y siempre ligados a la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

El artículo citado guarda relación directa con el artículo 340 del Código Procesal Penal, por cuanto indica el nivel de convicción del Tribunal para efectos de dictar una sentencia definitiva, a saber, *“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.*

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

La justificación de exigir un estándar de convicción tal al Tribunal, se funda en la protección por el debido proceso y respeto de las garantías del imputado durante el juicio.

¹⁸ Rodrigo Coloma Correa, “¿Realmente importa la sana crítica?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, Pág. 756.

Con el objeto de ejemplificar dicho razonamiento, en sentencia de fecha 26 de diciembre de 2018, Rol 188-2019 dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, se expresa de la siguiente forma: *“Convicción del artículo 340 del Código Procesal Penal. Que así las cosas, considerando que la prueba de cargo incorporada en el juicio no ha logrado vencer el estándar de convicción contenido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, acorde con el cual nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley y existiendo dudas importantes basadas en la razón, que surgen tanto de las contradicciones existentes en la prueba y la falta de esta, debe decidirse a favor del acusado, por cuanto una condena exige que el tribunal esté convencido tanto respecto de la comisión del hecho punible como de la participación que en él le ha cabido a aquel, lo que en este caso no ocurre. Así las cosas, como lo ha señalado la doctrina, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la presunción de inocencia establecida en la ley, en la Constitución y en los tratados internacionales, todo ello en virtud del principio in dubio pro reo, como manifestación de la presunción de inocencia”*.

VIII. PRUEBA RELEVANTE EN MATERIA DE NEGLIGENCIA MÉDICA

En materia de negligencia médica, debe observarse con especial meticulosidad la prueba que va a ser ofrecida ante el Tribunal, procurando que la misma trate de abarcar en mayor medida todas y cada una de las imputaciones formuladas, logrando así desvirtuar la tesis sostenida por la fiscalía y parte querellante.

La meticulosidad de la prueba que se ofrezca rendir está condicionada por la complejidad del caso que se somete al conocimiento de un Tribunal.

De este modo, en materia de negligencia médica y desde el punto de vista de los medios de prueba a rendir en un Juicio, cobra especial relevancia la declaración de expertos conocidos como Peritos, la ficha clínica del paciente, guías ministeriales o guías clínicas internas, sumario administrativo, informe de evento centinela, entre otros.

La experiencia en juicios por mala *praxis* nos ha indicado que la prueba pericial resulta un elemento especialmente relevante, no solo para la defensa, sino que también para el ente acusador. Misma situación ocurre con la ficha médica, razón por la cual analizaremos brevemente ambos medios probatorios.

La figura del Perito es un medio de prueba técnico a partir de la cual se pretende que un especialista en determinada materia logre que el Juez, desconocedor de su área, pueda valorar y apreciar los hechos que han sido expuestos a su conocimiento.

Nuestro Código Procesal Penal regula la procedencia de informe de peritos en su artículo 314, permitiendo que tanto el Ministerio Público como demás intervinientes puedan presentar informes elaborados por peritos de su confianza, así como solicitar en la audiencia de preparación del Juicio Oral que estos fueren citados a declarar a dicho Juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del Perito.

Durante el proceso de investigación, es habitual que el Ministerio Público solicite una opinión técnica al Servicio Médico Legal, para que un experto del área específica, se pronuncie respecto de si concurre infracción a la *Lex artis*. Para ello el Ministerio Público le proporcionará toda la información contenida en la carpeta fiscal, dándole especial relevancia a la ficha clínica, declaración del paciente y/o familiares, declaración del personal de salud involucrado, otros informes periciales si los hubiese, entre otros.

Lo anterior no obsta para que el fiscal eventualmente pueda solicitar un informe a un perito de su confianza, ya sea para contar con una segunda opinión, o debido a que el Servicio Médico Legal no cuenta con médico especialista en el área de la medicina que se requiere.

El resto de los intervinientes en el proceso, querellante y defensor, sin perjuicio de poder acompañar los informes periciales que consideren pertinentes, podrán también solicitar un pronunciamiento al departamento de responsabilidad médica del Servicio Médico Legal, a través del fiscal, quien en su calidad de persecutor de la actividad penal está facultado para ello.

La ficha clínica, como elemento probatorio, será indispensable durante el transcurso del Juicio Oral o Juicio Simplificado, siempre y cuando sea incluida como medio probatorio de manera íntegra, ordenada, actualizada y legible.

Sin perjuicio de la definición de ficha clínica que otorga la ley de derechos y deberes del paciente en su artículo 12, preferiremos utilizar aquella propuesta por el País Vasco en el Decreto 272 de 1986 que la Conceptualiza como: *“el documento donde se contiene toda la información de utilidad clínica relativa al estado de salud o enfermedad de la población asistida en el Hospital, siendo un medio de comunicación muy valioso para transmitir esta información entre los distintos miembros que intervienen en el plan de asistencia del enfermo”*.

La ficha médica será considerada como el instrumento probatorio por esencia, dado que en ella deben registrarse todas las actuaciones médicas efectuadas, resultados de exámenes, consentimiento informado, protocolos quirúrgicos, protocolos de anestesia, registro de enfermería, entre otros.

Conforme a lo expresado, debemos tener presente que aquello que no esté registrado en la ficha clínica del paciente, hace suponer que la acción sanitaria no se realizó.

IX. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este último capítulo analizaremos –brevemente– una sentencia penal emitida en un juicio simplificado, que cobra relevancia por cuanto, pese a que tuvo un resultado absolutorio, señala de forma expresa que se acreditó un actuar negligente.

Resumen de los hechos

Paciente de género femenino, de 63 años con antecedentes Mórbidos de diabetes Mellitus tipo 2, insulino requirente, insuficiencia renal crónica, concurrió en cuatro oportunidades al servicio de urgencia hospitalario. En la cuarta consulta, el paciente ingresó por dolor precordial siendo atendido por un médico cirujano, quien ordenó la realización de diversos exámenes de laboratorio, derivando a la paciente a la sala de observación que estaba a cargo de otro profesional médico, también imputado. Los resultados de los exámenes fueron impresos a las 15:24 horas y a juicio de la fiscalía (de acuerdo al requerimiento) revelaban que se encontraba cursando un síndrome urémico agudo grave. La paciente se mantuvo en la sala de observación hasta las 23:00 horas del mismo día, hora en que el primer doctor que la atendió la habría dado de alta con destino a su domicilio, sin haber observado los exámenes que se habían solicitado.

Dos días después de su alta clínica, la paciente concurre a otro centro de salud, con diagnóstico de infección generalizada de foco urinario, diabetes Mellitus tipo II descompensado y nefropatía diabética etapa IV, ordenándose al día siguiente su diálisis. Sin embargo, durante la instalación del catéter de hemodiálisis la paciente presentó un paro cardiorespiratorio, falleciendo en el lugar.

Razonamiento del Tribunal

En el fallo, el Tribunal estableció tres puntos principales que debían ser abordados para decidir si absolver o condenar.

El primer punto dice relación con la específica negligencia atribuida a las imputadas por cuanto ninguna de ellas revisó el resultado de los exámenes médicos de la paciente, los que conforme al requerimiento se encontraban alterados, pese a lo cual fue dada de alta por una de las imputadas.

A este respecto, el propio Tribunal en su considerando séptimo, señala que *“es total y absolutamente claro el obrar negligente de la imputada XX en los términos indicados, al dar de alta a una paciente, sin revisar sus exámenes, en circunstancias que aceptó refrendar un diagnóstico realizado por otro doctor, al extender la receta médica”*.

En segundo término, se analiza por el Tribunal la atribución de responsabilidad jurídica penalmente relevante de ambas imputadas, la que deriva de la primera pregunta, esto es, que, al dejar de ver estos exámenes, el síndrome urémico que expresaban no fue tratado a tiempo, lo que llevó a que la paciente fuese internada en otro centro asistencial dos días después, y al día siguiente, dentro del proceso de preparación para una hemodiálisis, falleciera de un paro cardiorrespiratorio.

Es decir, el análisis del Tribunal está orientado a establecer si la paciente presentaba un síndrome urémico al momento de ser dada de alta, y si a causa de la falta de diagnóstico y atención oportuna, le produjo el fallecimiento.

En este sentido, el Tribunal en su considerando octavo estimó que *“conforme al estándar de duda razonable que pone el juicio de atribución penal al interior del proceso, no puede darse por probado que el día 13 de noviembre la paciente XX fuese portadora de un síndrome urémico, no había afectación al corazón, como por ejemplo arritmias, no existía compromiso de conciencia, no habían temperaturas elevadas o bajas, las enzimas cardíacas estaban en nivel normal, y si bien los exámenes de laboratorio plantean una alteración, ellos por si mismos no pueden dar lugar al establecimiento de un síndrome urémico, en especial a una paciente de estas características, que con sus patología de base, ya era una enferma crónica, por lo que sus niveles siempre no podrían ser normales”*.

A renglón seguido, el propio Tribunal señaló *“que sin perjuicio que esta sola razón basta para absolver, igualmente se debe contestar la última pregunta que generó este juicio”*.

Es decir, el Tribunal si bien consideró que el actuar de las imputadas en orden a no revisar los exámenes de la paciente y darle el alta constituyó una negligencia, no es razón suficiente para configurar un cuasidelito de homicidio, ya que no se pudo acreditar que la víctima padecía efectivamente de síndrome urémico ni que su padecimiento y tardío tratamiento fuese la causa de muerte.

Ahora bien, en lo que respecta a la tercera pregunta, el órgano jurisdiccional analiza sobre el cuestionamiento realizado por ambas defensas, en el sentido que la causa de muerte no fue un síndrome urémico agudo, sino la colocación errada del catéter venoso central.

Luego de examinar exhaustivamente la prueba presentada por los intervinientes, llega a la siguiente conclusión: *“La declaración de todos estos médicos implica que el hemotórax existió, no hay discusión acerca de la baja de los hemotocritos, que implica una baja sustancial de glóbulos rojos y tratándose de una baja de 18 puntos, ello implica que hay una pérdida de sangre más que relevante, de más de medio litro como dijo el radiólogo XX, a su vez la radiografía muestra un lado derecho totalmente velado, lo que explica que debe ser desestimada la volemisación como explicación del contenido que muestra la radiografía del día 16 de noviembre, porque de lo contrario el ocupamiento de la cavidad pleural sería simétrica y no unilateral -lado derecho del tórax-, quedando como explicación plausible que se trate de sangre y que la misma provenga como consecuencia del riesgo que significa la instalación de un catéter central venoso donde se puede generar un trauma en algún vaso”.*

Con esto, el Tribunal declara que una posible causa de muerte de la paciente pudo haber consistido en la afectación de un vaso producto de la instalación de un catéter, pero que esta conducta habría concretizado la creación de un riesgo jurídicamente permitido, siendo la consecuencia, un riesgo asumido por la literatura y práctica médica

En conclusión, si bien el Tribunal da por acreditado el actuar negligente de las imputadas, al no ser esta causa directa del fallecimiento de la paciente, no es posible atribuirle responsabilidad penal, ni calificar su actuar dentro del cuasidelito de homicidio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arturo Alessandri Rodríguez, “De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil Chileno”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.
2. Carlos Künsemüller, “Responsabilidad Penal del Acto Médico”, en Revista Chilena de Derecho, Vól. 13.
3. Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición.

4. Tatiana Vargas Pinto, “Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica”, Editorial Der Ediciones.
5. Enrique Cury, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”. *Revista de Ciencias Penales*. T. XXXVII.
6. “Derecho Médico”, Falmed y Colegio Médico de Chile, Rubicón Editores.
7. Sclar, David; Housman, Michael, “Medical malpractice and physician liability: examining alternatives to defensive medicine”, *Harvard Health Policy Review*, Vol. 4, nº 1.
8. Rodrigo Coloma Correa, “¿Realmente importa la sana crítica?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, Nº 3.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Abogado Pablo Pérez¹

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas²

PRÓLOGO

A través de la siguiente presentación, intentaremos determinar el ámbito de la responsabilidad administrativa, su concepto, a quiénes afecta, sus efectos y extinción, así cómo en la práctica médica esta responsabilidad tiene su expresión.

A lo largo del estudio de los ámbitos de responsabilidad existentes en el ámbito jurídico, se habla comúnmente de tres ámbitos de responsabilidad jurídica. El primero referente al ámbito de la responsabilidad civil, consistente en el efecto producido por la acción u omisión ilícita que provoca o produce un daño, evaluable patrimonialmente o en dinero, que produce la obligación de reparar dicho daño (en otras palabras, aquellos casos en que el o la paciente, o sus parientes disconformes con un resultado médico, buscan responsabilizar a un profesional y/o a su institución de este resultado, solicitando a un tribunal que fije una indemnización pecuniaria para resarcir el daño producido) ; por su parte, la responsabilidad penal es aquella que se genera como consecuencia de la configuración de un ilícito penal, en calidad de autor, cómplice o encubridor, que también configura un daño que debe ser reparado, pero en este caso no de

¹ Autor: Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Título de abogado otorgado por la Excelentísima Corte Suprema, año 2015. Diplomado en Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2017. Diplomado en derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2019.

² Autor: Médico Especialista en Salud Pública, Tesorero Nacional del Colegio Médico de Chile. Presidente Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Vicedecano de la Facultad de Medicina de la Universidad de San Sebastián sede Concepción.

forma económica, como en el caso de la responsabilidad civil, sino a través de la aplicación de una pena, que constituye, precisamente, la especial forma de reparar el daño producto de la comisión de un ilícito penal (aquí estaremos en la hipótesis de que el resultado no esperado, pretende estimarse como un delito que debe ser castigado con una sanción que priva o restrinja la libertad del médico). Finalmente, en lo que nos interesa, la responsabilidad administrativa se genera en un especial sujeto, esto es, el funcionario público, como consecuencia de la vulneración o violación acreditada a través de los procedimientos administrativos idóneos al afecto, de una norma de conducta u obligación administrativa o funcionaria. El quebrantamiento de este orden administrativo producto de la contravención de una obligación administrativa o funcionaria, también produce un daño, al igual que en los otros dos órdenes de responsabilidad reseñados previamente, pero en este caso la forma de reparación de este daño se configura a partir de la aplicación al funcionario público respectivo, de una medida disciplinaria o sanción administrativa. Lo anterior tiene su fundamento en el bien común o interés general y en el imperativo del desarrollo de la función pública, pues, la relación que resulta evidente a todos es la que existe entre el Estado y el funcionario o, más preciso, el órgano de la Administración del Estado y una persona humana que forma parte de la dotación del mismo. Cuando aquella persona infringe sus deberes funcionarios, no es al Estado propiamente tal a quien daña, sino que a todos los habitantes de la República, por cuanto, pasa a llevar las funciones encaminadas a satisfacer el Interés General de la Nación toda y, por ello, si el profesional funcionario no es capaz de estar a la par con esa finalidad, no puede seguir contribuyendo (pues, ya no lo hará) con esa ardua tarea y debe ser sancionado por la gravedad de su actuar u omisión, porque hay un Bien Jurídico Protegido mucho mayor que el de un particular, como ocurriría por ejemplo en el ámbito civil, pues, allí se verá afectado solamente el interés de las partes de una relación jurídica, en cambio en materia administrativa, el imperativo de desarrollo y satisfacción de necesidades públicas o desarrollo de la función pública, en el caso de no satisfacción de la misma, provoca un daño al interés general o bien común de la población o colectividad. Podemos decir entonces que la responsabilidad del médico funcionario por actos que estén reñidos con la debida conducta prescrita para los funcionarios es especial, pues solo afecta a los funcionarios públicos, y a la vez concomitante con la responsabilidad civil por el mismo hecho, e incluso con la responsabilidad penal. Concretamente, un actuar médico específico (la realización de una colangiopancreatografía endoscópica retrógrada, a un paciente del sistema público) cuyo resultado sea inesperado (por ejemplo, la perforación del intestino, o incluso una pancreatitis) podrá implicar responsabilidades de variados tipos y cuyas

sanciones para el médico serán según el proceso en que se hayan dictado, desde pecuniarias (civiles), corporales (penales), hasta funcionarias (administrativas).

Ahora bien, intentando una conceptualización del término, podemos indicar que si la responsabilidad es “administrativa”, significa lisa y llanamente, en el aspecto que nos interesa, que el quebrantamiento del orden se da por no respetar el principio de juridicidad y cometer infracciones que importan un desorden en la regulación de las relaciones entre los profesionales funcionarios y el Estado. Los Estatutos que son aplicables a los funcionarios establecen una serie de deberes que deben ser respetados al pie de la letra, pues, en materia administrativa, a diferencia de lo civil, solo puede hacerse aquello que está permitido por la ley de manera expresa; todo lo que se haga fuera de ella implica infracción. Así las cosas, la ley ha dado pautas claras de comportamiento de los funcionarios, aunque bastante amplias y subjetivas muchas veces, pero allí están y estas deben ser seguidas. Si el funcionario no sigue estos lineamientos, entonces, genera una responsabilidad y con ello, el peso de tener que remediar el daño causado que, en materia administrativa, se materializará dicha reparación con la imposición de una sanción tipificada por la ley.

De esta forma, en los tres órdenes de responsabilidad existentes y descritos en líneas anteriores, se provoca un daño causado por una acción u omisión, pero la forma de reparación de dicho daño varía según el tipo o de la responsabilidad de la que se trate. En el caso de la responsabilidad civil, la reparación del daño está dado por un cantidad o suma de dinero; en la responsabilidad penal, la reparación está dada por la aplicación de una pena asociada al crimen o simple delito cometido; y en el caso de la reparación del daño de la responsabilidad administrativa, la reparación del daño está dada por la aplicación de una medida disciplinaria o sanción administrativa, que en el ámbito administrativo, tal como se analizará en las siguientes líneas, están configuradas en un orden creciente de intensidad.

En síntesis, para que se pueda estar en presencia de una responsabilidad administrativa, debemos estar en presencia de un funcionario público (médico-cirujano), la infracción de una norma de conducta administrativa contenida en algún texto legal funcionario o estatutario (infracción a la *lex artis* médica), la producción de un daño acreditado a través de una investigación sumaria o sumario administrativo (resultado dañoso, por ejemplo, perforación intestinal) , y, finalmente, la aplicación de una medida disciplinaria o sanción administrativa (a través de un proceso debidamente sustanciado).

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN, DERECHO ESTATUTARIO Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Tal como se ha señalado con anterioridad, la responsabilidad administrativa es aquella a la cual puede estar sujeto el funcionario público, como consecuencia de la vulneración de una conducta u obligación funcionaria contemplada en un texto legal o estatuto jurídico, y que es determinada a través de los procedimientos administrativos idóneos (investigación sumaria o sumario administrativo).

El funcionario público no es otra cosa que la persona natural que desempeña un cargo o empleo público, ya sea bajo la modalidad de planta o a contrata. A estos funcionarios públicos se les aplica íntegramente las disposiciones legales contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 29 del año 2005, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Este es el primer estatuto jurídico o estatutario aplicable al funcionario público, el cual se aplicará de forma directa, o bien de forma supletoria o por defecto, según si el funcionario tenga en su quehacer laboral alguna norma o estatuto directamente aplicable. Por ejemplo, los profesionales médicos tienen estatutos propios, los cuales se aplican de manera directa, a saber: las denominadas leyes médicas: 19.664, 15.076, o bien, el Estatuto de Funcionarios Municipales de la ley 18.883 en el caso de médicos que laboren en Departamentos de Salud Municipal, y también en el caso del Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, contenida en la Ley 19.378.

En todos estos casos, los profesionales médicos estarán sujetos a su primer cuerpo o estatuto de normas aplicables de manera directa, según donde se trabaje o preste funciones profesionales, a saber, los Estatutos Normativos de la Ley 15.076, 19.664, Ley 18.883 o bien la Ley 19.378. Sin embargo, salvo el caso de los funcionarios de atención primaria de salud municipal, el resto de los profesionales funcionarios siempre estarán sujetos o por defecto, a la aplicación del Estatuto Administrativo General del Decreto con Fuerza del Ley N° 29 del año 2005. Este es, a su vez, el Estatuto Jurídico que impone la mayor cantidad de obligaciones o deberes funcionarios, tal como se verá a lo largo de esta presentación.

No debe perderse de vista la implicación fundamental de ser funcionario público, pues como se puede advertir, por una parte, el tener dicha calidad habilita al funcionario para ser objeto de responsabilidad administrativa; y por otra, vincula al funcionario por todo el tiempo que mantenga el carácter de tal, a observar y estar sujeto indefectiblemente a un régimen vertical, jerarquizado y disciplinado, que impone, necesariamente, el cumplimiento obligatorio de obligaciones administrativas, y en particular, del deber de obediencia. En efecto, el

artículo 7° de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado de Chile señala expresamente que: *“Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”*.

Lo anterior tiene una incidencia práctica exorbitante en la relación del funcionario con su jefatura y en relación con el cumplimiento de imperativos u obligaciones funcionarias, en el marco de la responsabilidad administrativa. Por ello, entonces, conviene recalcar que los médicos y médicas del servicio público no solo tienen especiales obligaciones en, por ejemplo, la atención de sus pacientes, sino que, además, a diferencia del ejercicio profesional privado, están normativamente sujetos a lo que los abogados llaman el deber de obediencia, esto es a acatar las indicaciones e instrucciones que le participen sus superiores jerárquicos, principalmente los jefes de servicio clínico en cuestión, los directores de establecimientos o dispositivos de salud donde se desempeñen (hospital, centro de salud familiar, etc.).

II. ¿QUIÉNES PUEDEN SER SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA?

La responsabilidad administrativa se aplica a quienes tengan la calidad de empleado público, sea en general o en el ámbito municipal. Para efectos de este trabajo veremos a estas categorías que son las que alcanzan a la mayor cantidad de trabajadores del sector público.

En tal orden de cosas, para ser más precisos, nuestra Contraloría General de la República ha establecido, siguiendo lo dispuesto en el artículo 119 del Estatuto Administrativo General, que el empleado que ha infringido sus obligaciones o deberes funcionarios incurre en responsabilidad administrativa, la cual, acreditada a través de un procedimiento legal (sumario administrativo o investigación sumaria), hace acreedor al infractor a una sanción disciplinaria³.

En suma, para el buen entender, simplemente es responsable administrativamente *quien incurra en alguna acción u omisión, negligente o maliciosa que importe estrictamente la inobservancia de una obligación o deber, de aquellos tipificados por la ley respectiva dictada conforme a la Constitución y que, lleve aparejada una sanción o*

3 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 4.325, de 1990.

gravamen también definido legalmente. O más aún, simplemente quien infringe sus obligaciones o deberes funcionarios, habiendo sido investido para desempeñar un cargo público. Así las cosas, será responsable administrativamente el médico funcionario, quien en el desempeño de su labor pública ejecute una conducta que importe una negligencia médica. En otras palabras, el ginecólogo de planta de un servicio de maternidad de un hospital público, que haya actuado con infracción a la lex artis en una atención obstétrica (por ejemplo, por no realizar una cesárea de urgencia indicada por la buena práctica médica) será acreedor de una sanción administrativa.

Pero, ante lo dicho, queda preguntarnos, ¿quién es el empleado al que se refieren los artículos 119 del Estatuto General y 118 del Estatuto Municipal? Conforme al Dictamen de la Contraloría General de la República, empleado es quien ocupa un cargo o empleo público, de planta o a contrata. Funcionario, quien desarrolla una actividad pública, investido para ello por acto de autoridad competente⁴. Interesante resulta observar esta distinción entre “empleado” y “funcionario”, por cuanto, al entender del órgano de control, no resultan ser lo mismo. Ello, por cuanto, de acuerdo a las definiciones de los Estatutos que venimos observando, un cargo público, en primer lugar, es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones públicas, a través del cual, se realiza una función administrativa. Luego, preciso es considerar que un cargo de planta es aquel que tiene el carácter de permanente dentro de la dotación de un determinado servicio, y el empleo a contrata, aquel de carácter transitorio que se consulta en dicha dotación. Por su parte, el concepto de funcionario resulta mucho más amplio que eso, por cuanto implica el desarrollo de cualquier actividad pública que corresponde al gran cometido del Estado. En este sentido, la Contraloría ha señalado que las personas naturales que desempeñan una función pública, son funcionarios y, en tal carácter, les son aplicables las disposiciones del respectivo Estatuto Administrativo en lo que sean conciliables con la actividad que ejercen y de la investidura de que se hallen revestidos. Entre esas normas se consideran de ineludible aplicación las concernientes a la responsabilidad administrativa, ya que de otra manera se llegaría al contrasentido de admitir, por un lado, el pleno ejercicio de los derechos que confiere la función y, por el otro, consagrar la irresponsabilidad personal en caso de uso abusivo o arbitrario de las facultades que poseen⁵.

4 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 62.218, de 1977.

5 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 62.218, de 1977.

Ello resulta del todo interesante, porque existe una serie de profesionales que se desempeñan dentro de un establecimiento público, a honorarios, bajo el Código del Trabajo u otras regulaciones que no son el Estatuto Administrativo mismo, especialmente, por ejemplo, los funcionarios municipales contratados por una Corporación Municipal. Allí, será importante dilucidar si pueden o no ser sujetos de Sumario Administrativo o de Investigación sumaria.

Lo anterior es sumamente discutible y materia de interpretación, por cuanto, la Contraloría General ha optado por la interpretación amplia. Sin embargo, si vamos al tenor estricto del artículo 118 del Estatuto Municipal y 119 del General, leemos “*el empleado*” y se entiende por tal el que ejerce un cargo que se contempla en las plantas o como empleo a contrata, en las instituciones regidas por los respectivos Estatutos, a través del cual se realiza una función administrativa. En tal sentido, tratándose la responsabilidad legal de un asunto de derecho estricto, debería interpretarse restrictivamente su aplicación, por cuanto una hipótesis legal de esta índole no puede extenderse a situaciones no contempladas por el Legislador. Sin embargo, para dilucidar muy bien esta situación, se hace necesario situarse en el primer artículo de los Estatutos que nos ocupan. Así las cosas, el Estatuto Administrativo General establece que “*Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias y de los Servicios Públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el artículo 21 de la ley 18.575*”. De inmediato, señalaremos que las excepciones a que se refiere la disposición recientemente transcrita, son las Subsecretarías de cada ministerio. Ahora bien, en cuanto al Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, se establece que, “*El Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales se aplicará al personal nombrado en un cargo de las plantas de las municipalidades (...)*” Luego se agrega que “*(...) Los funcionarios a contrata estarán sujetos a esta ley en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de estos cargos*” y se entiende por cargos de plantas municipales, “*(...) aquéllos que conforman la organización estable de la municipalidad y solo podrán corresponder a las funciones que se cumplen en virtud de la ley 18.695*”; y por cargos a contrata, aquellos de carácter transitorio.

En tal sentido, puede entenderse entonces que solamente están sujetos al régimen de responsabilidad administrativa, de forma excluyente, los funcionarios de planta o a contrata.

III. DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES O DEBERES FUNCIONARIOS

Tal como se ha venido señalando hasta ahora, para que se produzca o nazca la responsabilidad administrativa de un funcionario público, es menester la existencia de una obligación de conducta exigida por la ley en algún cuerpo normativo o estatutario. A continuación, examinaremos las principales obligaciones funcionarias, las cuales están contenidas en el artículo 61° del Estatuto Administrativo General, y que también replican otros cuerpos de leyes, tales como el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales.

Se recuerda al lector que estas obligaciones administrativas, si bien es cierto no están contempladas en las leyes médicas especiales, como la Ley 15.076 y 19.664, igualmente son obligatorias y aplicables supletoriamente o por defecto a cualquier funcionario público, a través de la fuerza obligatoria del Estatuto Administrativo General.

Veamos, a continuación, las obligaciones funcionarias de mayor relevancia:

a) Deberes funcionarias del Estatuto Administrativo General y Municipal.

Establece el artículo 61° del Estatuto Administrativo General y 58° del Municipal que los funcionarios:

a.1) Deberán desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación.

a.1.1.) Desempeño Personal.

Este deber funcionario implica, en simples términos, que las funciones que realiza el profesional funcionario, sobre todo si se trata de un médico, es *intuitio personae*, lo cual quiere decir que es esencial que sea la persona misma la que ejecuta el trabajo, atendidas sus cualidades, su conocimiento, idoneidad, de manera tal que no puede encargar que sus labores propias sean entregadas a un tercero. En materia del ejercicio médico, bien sabemos que en la red de salud de un determinado establecimiento hospitalario, consultorio, etcétera, está integrada por distintos actores que contribuyen con el fin de la mantención o el restablecimiento de la salud de las personas, tales como técnicos paramédicos, enfermeras, técnicos en enfermería, médicos cirujanos, arsenaleros, etcétera, quienes, si bien tienen un objetivo final, que es la mejor atención y aplicación de sus respectivas *lex artis* en el cuidado, rehabilitación, diagnóstico de un paciente, cada uno tiene asignadas funciones que no pueden ser ejecutadas por otro, como, por ejemplo, el diagnóstico del paciente debe ser realizado por el médico

respectivo y no puede delegar estas funciones en el o la técnico en enfermería, dado que, esta última no tiene definido dentro de sus actividades realizar diagnósticos. Por eso la exigencia de la ley de que el respectivo profesional funcionario ejerza directamente las labores del cargo para el que fue nombrado. Como queda claro entonces, el médico cirujano contratado por el Estado para ejercer la medicina, deberá examinar, diagnosticar, tratar y eventualmente controlar de manera personal a los pacientes que por disposición administrativa le corresponda, en el ámbito de su experticia y dentro de las funciones de sus especiales conocimientos.

Sin embargo, por otro lado, existen casos en que puede admitirse la delegación de funciones. Esta debe ser parcial, sobre materias específicas, debe realizarse mediante un acto administrativo escrito, publicado o notificado, debe hacerse en el personal de la dependencia del delegante.

Ahora bien, el trabajo médico, como ya adelantamos, es una delicadeza extrema, por el fin que persigue, de manera tal que debe serse sumamente responsable al momento de proceder a la respectiva delegación, ello, porque la responsabilidad de las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerán en el delegado. Ahora bien, cuando se delega una función, quedo en cierto modo impedido de realizarla, mientras no revoque esa delegación.

Debemos, por su parte, hacer la siguiente prevención: puede concebirse la delegación respecto de funciones que efectivamente puedan ser ejecutadas sin problemas por otra persona, por ejemplo, algo propio de la jefatura, como firmar documentos, asistir a alguna audiencia pública, etcétera. Sin embargo, ¿podemos pensar que existe una plena libertad de delegar funciones que ejecuta un médico cirujano? Si bien la ley no hace distinción alguna y, en donde la norma no hace distinción, en materia administrativa, no cabe hacerla por interpretación, no nos parece prudente que el médico delegue sus funciones profesionales propiamente tales en un tercero, habida consideración a la responsabilidad que conlleva su ejercicio. La atención de pacientes, diagnósticos, exámenes, intervenciones quirúrgicas, son de tal índole, que no debe admitir la indistinta ejecución por cualquier persona ajena a ese cargo. Pero, como lo indicamos, la ley no lo prohíbe en ese sentido, sino que nuestro consejo es para evitar la concurrencia de otra clase de responsabilidades que pudieran emanar de este acto. Ahora bien, el profesional funcionario no tendrá la facultad de delegar a su arbitrio el ejercicio de sus facultades, sino que ello debe hacerse por la autoridad competente del establecimiento, por cuanto la Jefatura superior de estos servicios es la que por ley tiene la posibilidad de organizar internamente el

Hospital, consultorio y otro similar. De esa manera, si hay un médico internista, por ejemplo, funcionario de la dotación, no puede por su propia mano determinar que delegará sus funciones en un tercero, debe hacerlo quien esté investido para ello. Así las cosas, si la autorización o el acto de delegación fundada no se encuentra escrito, notificado o publicado y el funcionario de todas formas encarga sus actividades a otro, incurrirá en responsabilidad administrativa.

a.1.2.) Desempeño de manera regular y continua.

Existe una relación estrecha de este deber con el principio de *continuidad del servicio público*, por cuanto el desempeño de las funciones debe ser “permanente”. Así las cosas, el artículo 3° de la Ley 18.575, establece que se deben atender las necesidades públicas de manera continua y permanente, es decir, sin interrupciones injustificadas o ilegales, ello porque la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y debe promover el bien común, más aún tratándose del caso de garantizar las acciones de salud y el restablecimiento de la misma.

Por su parte, que sea regular quiere decir, en primer término, que se realice de manera constante. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por “regular”, “*Ajustado y conforme a regla. // Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. // Ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir*”⁶. De ello se desprende que el actuar personal del funcionario, debe ejecutarse conforme a la Constitución y a las leyes, pero también de manera constante en tiempo y forma. Pero también ajustándose a los Estatutos o Instrucciones propios del establecimiento en el que se desempeña y a la instrucción jerarquizada.

a.2) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mayor prestación de los servicios que a esta correspondan.

Cada establecimiento de Salud pública deberá tener definidos sus lineamientos o campo de actuación, conforme a la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella. Entra aquí un juego de discusión entre los fines que persigue la Administración del Estado y los medios empleados por sus distintos integrantes para obtener los respectivos objetivos. En ese orden de cosas, los Estatutos en comento no definen ni dan pautas concretas sobre cómo debe ser el desarrollo de las funciones de los funcionarios, sino que de manera amplia señala que solo debe existir una orientación hacia un determinado resultado.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (2001), p. 1.326.

De esa manera, el espectro que nos dejan los artículos 61 letra b) y 58 letra b) del Estatuto General y el Municipal, respectivamente, es bastante amplio, permitiéndose prácticamente que cualquier actividad que parezca fuera de toda norma de la institución de salud que corresponda, será sancionada administrativamente. Ello, particularmente ha generado una serie de problemas pragmáticos a la hora de establecer la existencia de responsabilidad, por cuanto muchas veces queda a la discreción —si es que no arbitrio— de quien deba juzgar una infracción a este deber. Por ello es de suma importancia, al momento de ingresar a prestar servicios dentro de algún establecimiento de Salud Pública, conocer, primeramente, los Reglamentos, Protocolos, Instrucciones establecidas de antemano que definan el actuar de los funcionarios de la respectiva institución. Es más, propendemos a que los médicos funcionarios participen activamente en la generación de estos protocolos e instrucciones o reglamentos.

Si como lineamientos generales podemos desprender del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que son las grandes finalidades de todos estos establecimientos **ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda ejecutar tales acciones**⁷.

Ahora bien, lo que busca la norma es que, en el cumplimiento de sus funciones, el respectivo funcionario ponga todos los medios necesarios para lograr el cometido del órgano administrativo en que se desempeña. Tratándose del ejercicio médico, el profesional deberá ejecutar todas las acciones conforme a la *lex artis* para lograr particularmente la recuperación y rehabilitación de la persona enferma, usuaria del sistema público. En tal sentido, importante es señalar con especial atención que, en el cumplimiento de este deber, deben observarse estrictamente los principios de eficiencia y eficacia, consagrados en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

a.3) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución.

Este deber es un tanto curioso, puesto que se refiere a principios y a comportamientos básicos de la convivencia humana. Es obvio que las labores deben realizarse con esmero, a saber, con ahínco, máxima dedicación, celo, prolijidad,

⁷ Artículo 1° del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005.

en atención al interés general por el que se está velando y teniendo en especial consideración el servicio a la persona humana y el respeto a las garantías constitucionales en todo orden de cosas. Es obvio que deben ejecutarse las labores con respeto, de acuerdo a las reglas de convivencia social, con las palabras adecuadas y actuar profesional. Sin embargo, aunque ello resulte obvio, por supuesto, muchas veces no se cumple por variados factores y, en definitiva, este deber se ve como una reacción del Legislador frente a las precariedades existentes desde hace años en las entidades de la Administración Pública, estableciéndose este deber mínimo de buen trato y actuar, como una garantía frente a los usuarios de los servicios públicos y también en la relación entre los distintos integrantes de la administración del Estado.

Así las cosas, suele ocurrir que algunos profesionales funcionarios tienen reclamos de pacientes por mal trato, por no explicar bien un diagnóstico, por no otorgar injustificadamente un certificado médico, por violentar psicológicamente a algún otro funcionario, por abandonar anticipadamente su lugar de trabajo, por interrumpir la jornada injustificadamente; todas estas situaciones, si son comprobadas, pueden dar lugar a la responsabilidad administrativa.

Este deber obedece al principio de Servicialidad del Estado, en virtud del cual se exige que la Administración Pública tenga especial preocupación por brindar a todas las personas una atención adecuada y bienes públicos de buena calidad⁸.

Este deber funcionario debe estar relacionado con la prohibición contenida en los respectivos Estatutos Administrativos de no someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes, también con el no ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales y la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio contra la dignidad de los demás funcionarios, tales como, acoso sexual, discriminación arbitraria y realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo. En definitiva, se trata de normas básicas de conducta social y compromiso con la labor desarrollada por el cuerpo médico, que nos recuerda, sin rodeos ni tapujos, las normas éticas de desarrollo profesional y aquellas

⁸ Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile, Pág. 51.

contenidas en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, específicamente en sus títulos II y III artículos 7 al 22, pero en este caso, dichos imperativos, en el caso de los funcionarios públicos, tienen un correlato sancionatorio administrativo, y sus conceptos teóricos suelen ser llenados en virtud del caso concreto que se ha tenido a la vista en un proceso administrativo.

a.4) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico.

Cuando ingresamos a la Administración del Estado, debemos asumir que no se puede defraudar a la misma, trabajando menos tiempo por el que me he obligado ni tampoco puedo pretender desobedecer las órdenes de la autoridad, pues, existe este deber estricto, según se verá.

Así las cosas, como es lógico, el primer llamamiento que hace la ley es a cumplir la jornada de trabajo propia y fija del cargo público contratado. Tratándose de médicos cirujanos, existen, en especial, dos grandes regímenes que regulan estos aspectos, a saber, las Leyes N° 19.664 y N° 15.076, rigiendo la primera los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales y, la segunda, esencialmente los cargos de 28 horas semanales o denominados Turnos nocturnos, y en días sábados y festivos. Por lo tanto, si el profesional se encuentra contratado por 44 horas semanales, debe, efectivamente, ejecutar esas 44 horas semanales, según la distribución legal o la que determine con el superior jerárquico. Se hace presente que las interrupciones de jornada, para colación u otro motivo similar, no se cuenta como jornada, por lo que el trabajo debe ser efectivo en la cantidad de horas contratadas.

Respecto a las horas extraordinarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 19.664, los Directores de los Servicios de Salud podrán ordenar, respecto de los profesionales funcionarios, la ejecución de trabajos extraordinarios a continuación de la jornada diurna ordinaria y nocturna, y en días sábados, domingos y festivos, cuando haya de realizarse tareas imposterables.

Se entiende por horas extraordinarias a las que exceden la jornada ordinaria de cargos de 44 horas de un profesional, y por trabajo extraordinario nocturno el que se realiza entre las 21:00 horas de un día y las 08:00 horas del día siguiente, que no corresponda al sistema de cargos de 28 horas de los establecimientos hospitalarios. Asimismo, si uno trabaja 28 horas semanales, cualquier actividad que exceda a esa jornada es hora extraordinaria.

Esto se condice con la obligación de dar continuidad del servicio y, siempre y cuando se tenga que velar por el buen funcionamiento del servicio, el superior

jerárquico puede, fundadamente, ordenar que se trabaje más allá de la jornada pactada. Por su parte, el funcionario no puede oponerse a tal orden; salvo que esta sea ilegal (generalmente tratándose de este punto no lo es) y siempre que no le asista un motivo grave para no cumplir, aunque en este punto es más atendible el interés general comprometido que el interés personal del funcionario.

Ahora bien, es interesante anotar la exigencia del artículo 72 del Estatuto General. Aquí se explica que *“Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones (...)”* Agrega la norma que *“Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito del jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados (...)”*. Por último, se indica que ***“Los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución, previa investigación sumaria”***. De esa manera, el no cumplir con la jornada pactada y ordenada extraordinaria, puede dar lugar a responsabilidad y a la máxima sanción administrativa.

En este punto resulta interesante observar, a modo de ejemplo, el Dictamen de la Contraloría General N° 38.119, de 2007, que en resumen señala que la implementación de turnos entre el personal de un Servicio de Salud, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la administración del Estado, consagrado en el artículo 1 de la Constitución; de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de necesidades colectivas de los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de estos, contemplados en los artículos 3 y 5 de la Ley 18.575. A su vez, conforme al artículo 70 de la Ley 18.834, la autoridad al ejercer la atribución de fijar turnos debe tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante atención regular y continua de las necesidades colectivas de sus usuarios⁹.

⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 38.119, de 22 de agosto de 2007: “Se ha dirigido a esta Contraloría General, funcionaria del Servicio de Salud Metropolitano Sur, con desempeño en el servicio de Neonatología del Hospital Barros Luco Trudeau, reclamando de la modificación de la jornada laboral a contar del 1° de mayo de 2007, ordenada por la Dirección de ese establecimiento hospitalario respecto de los auxiliares técnicos paramédicos que se desempeñan en el cuarto turno en esa unidad, entre los cuales se encuentra la ocurrente, al ser cambiados al tercer turno.

Fundamenta su reclamación en la inconveniencia de la decisión adoptada, por consideraciones que dicen relación con la mayor, exigencia que representa el turno que se les asigna, la edad de las servidoras involucradas, la falta de participación de las funcionarias afectadas en la decisión, y otras de similar índole.

Suele ocurrir también, que el superior pueda extender el horario discrecionalmente, siempre que las necesidades del servicio así lo hagan menester¹⁰.

Requerido su informe, la Directora del Hospital Barros Luco Trudeau mediante el oficio N° 280, de 2007, señala que la medida adoptada en el ejercicio del artículo 70 del Estatuto Administrativo, obedece a la necesidad de mejorar la dotación de personal, a fin de cubrir la demanda de atención en el Servicio de Neonatología.

Sobre el particular, cabe anotar que el artículo 65 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, establece que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios es de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.

A continuación, añade el artículo 70 del referido Estatuto Administrativo, como una excepción a la distribución de la jornada antes citada, en lo atinente, que el jefe superior de la institución ordenará los turnos pertinentes entre su personal y fijará los descansos complementarios que correspondan.

Ahora bien, la implementación de turnos entre el personal de un Servicio, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la Administración del Estado, consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, y de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de las necesidades colectivas por los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de estos, contemplados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Tales principios informan la normativa jurídica de rango inferior, como sucede precisamente con la atribución de fijar turnos entre el personal contenida en el aludido artículo 70, debiendo la autoridad administrativa al ejercer esa facultad tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio público respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante la atención regular y continua de las necesidades colectivas de sus usuarios.

La jornada laboral así fijada por la jefatura superior, atendidas las labores que deben desarrollar los servidores respectivos, en razón de la naturaleza de las funciones que cumple el órgano administrativo al cual pertenecen, constituye para esos servidores su jornada de trabajo ordinaria, a la cual deben dar cumplimiento en virtud de las obligaciones funcionarias que a ellos les asisten, contenidas en el artículo 61, letras a), b) y d) del mismo cuerpo legal estatutario, cuales son, desempeñar personalmente el cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan; y, cumplir la jornada de trabajo y realizar, los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico, respectivamente.

En cuanto a las alegaciones vertidas por la recurrente, para los fines de revertir la medida adoptada, cabe precisar que ellas dicen relación con razones de conveniencia, relativas a la gestión de las atenciones de salud que presta la entidad pública, y más precisamente, referidas a la administración del recurso humano, materia de competencia exclusiva de las correspondientes autoridades de la Administración Activa, sin que este Organismo Contralor tenga atribuciones en tales asuntos". (El ennegrecido es nuestro).

10 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 91.637, de 18 de noviembre de 2015: Don -----, funcionario del Servicio -----, señala que, dada su calidad de chofer, se le habría ordenado ingresar a sus labores una hora antes del inicio de su 'jornada ordinaria

Ahora bien, no tan solo se consideran trabajos extraordinarios aquellos que se realicen fuera de la jornada, sino que, además, aquellos ordenados por destinación o comisión de servicios, que veremos más adelante.

de trabajo', por lo que consulta si corresponde estimar como tiempo extraordinario el referido lapso.

Requerido de informe, el ----- manifiesta que a través de su resolución exenta N° 3.778, de 2014, determinó que la jornada laboral ordinaria de sus funcionarios se inicia a las 8:00 horas, la cual se extiende por 9 horas diarias de lunes a jueves y 8 horas los viernes. Agrega que según la jurisprudencia administrativa que menciona, no constituye 'hora extraordinaria' el tiempo comprendido entre las 7:00 y las 8:00 horas, por lo que resulta improcedente su pago.

Sobre el particular, las letras a) y d) del artículo 61 de la ley N° 18.834, preceptúan que son obligaciones de cada funcionario desempeñar personalmente las tareas del cargo en forma regular y continua, así como cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que se le ordenen.

Luego, el inciso primero de su artículo 65 dispone que "La jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias".

El inciso primero del artículo 66 prescribe que la autoridad pertinente "podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables", agregando su inciso segundo que aquéllos se compensarán en la forma ahí descrita.

En este contexto, cabe señalar que las horas extraordinarias serán las que se realicen a continuación de la jornada habitual que cumplen los funcionarios, no resultando procedente que se considere como 'trabajo extraordinario' el desempeñado con antelación al inicio de la jornada laboral ordinaria, por no existir precepto alguno que lo permita (aplica los dictámenes N°s 2.286 y 26.658, ambos de 2014, de este origen).

Luego, es útil consignar que el legislador solo ha regulado la duración de la jornada semanal y el límite máximo diario de la misma de los funcionarios regidos por dicho cuerpo estatutario, por lo que compete a los jefes superiores de los Servicios fijar la hora de ingreso y de término de la jornada del personal de su dependencia, en virtud de las facultades que les otorga el artículo 31 de la ley N° 18.575, para dirigir, organizar y administrar el correspondiente organismo (aplica criterio contenido en el dictamen N° 10.743, de 2012, de este Ente de Control).

Asimismo, compete a dicha autoridad fijar las modificaciones al horario de ingreso de los pertinentes funcionarios, fundándose en 'razones de servicio', tal como se ha manifestado, entre otros, en el dictamen N° 50.635, de 2014, de esta procedencia.

Ahora bien, es claro puntualizar en relación al asunto en análisis, que, por ejemplo, los choferes para el desarrollo de sus labores deben trasladarse previamente al lugar y en los tiempos que la autoridad lo disponga. Sostener lo contrario, implicaría un desmedro para el servidor que debe emplear su tiempo de descanso en el acatamiento de tareas del Servicio y un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración (aplica criterio contenido en el dictamen N° 31.575, de 2011, de este Ente Contralor).

Consecuente con lo manifestado, y acorde a los antecedentes tenidos a la vista, la jefatura superior del ----- debe modificar formalmente la jornada ordinaria de trabajo del interesado, si por razones de servicio este debe comenzar efectivamente sus labores de chofer de lunes a viernes a las 7:00 horas, teniendo aquél derecho a que esa institución le compense o remunere como 'trabajo extraordinario' todo el lapso que exceda las cuarenta y cuatro horas semanales, según sea el caso, en las condiciones autorizadas por la ley".

De esa manera, generalmente ocurre en la práctica, por ejemplo, que el Jefe de Servicio requiera la realización de labores fuera del horario habitual de trabajo de los médicos, teniendo en especial consideración la alta brecha de profesionales médicos en los servicios de salud, en hospitales o en los organismos municipales. De esa manera, si se ordena fundada y formalmente la realización de labores fuera de dicho tiempo, el funcionario no podrá rehusarse a cumplir con tal orden, pues, lo contrario, puede ser objeto de una investigación sumaria y posterior destitución.

a.5) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente.

Esto también dice relación con los principios de continuidad del servicio público, Servicialidad del Estado, el de obediencia y de jerarquía. Para efectos ilustrativos, debemos indicar que los funcionarios públicos pueden ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para las que han sido designados, dentro de la institución correspondiente. Las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior de la respectiva institución. Así las cosas, la destinación implica prestar servicios en cualquiera localidad en un empleo de la misma institución y jerarquía.

a.6) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico¹¹.

Esta es una de las obligaciones más gravitantes en el ámbito funcional, y tal como se adelantó en capítulos anteriores, tiene su fundamento inmediato en lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la cual señala expresamente que: **“Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”**.

Así las cosas, cuando un profesional asume un cargo en la Administración del Estado, debe tener inmediatamente presente que queda a disposición de su Jefe Superior del Servicio. Esta obligación en la práctica concede un ámbito exorbitante a jefaturas para impartir órdenes o instrucciones a funcionarios subordinados, los que a todo evento deben cumplir con la orden dada. Estas órdenes se deben impartir a la discreción de la jefatura (no a su arbitrio), pero que

¹¹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 38.764, de 21 de agosto de 2006: Se ha dirigido a esta Contraloría General la Sra. XY, Asistente Social, funcionaria grado 15° E.U.S. del Hospital San Luis del Servicio de Salud Metropolitano Sur, solicitando un pronunciamiento respecto de la situación que le afecta.

en la práctica, en base a lo anterior, siguen cometiéndose sendos abusos e incluso ordenándose la realización de tareas imposibles e incluso ilegales. Pese a ello, la ley es clara y estas órdenes deben cumplirse, con algunos reparos que procederemos a explicar. Es decir, si bien existe y recomendamos dar cumplimiento al deber de obediencia administrativa, no podemos soslayar que las indicaciones deben ser acatadas por médicos y médicas que tienen un amplio y especial conocimiento, específicamente en las labores profesionales que estos realicen. Creemos en consecuencia que, por ejemplo, la vía de abordaje de una apendicectomía es de resorte del profesional que la ejecuta y no del superior jerárquico.

Así las cosas, por ello vimos anteriormente que, si el superior jerárquico, a vía ejemplar, ordena la realización de horas extraordinarias, si determina que

Expone la interesada que en marzo del año en curso fue notificada verbalmente por el Director de ese centro hospitalario de una nueva organización de las funciones de las Asistentes Sociales del establecimiento, asignándosele a ella las labores relacionadas con el Proyecto de Rehabilitación Kinésica, del servicio de Bienestar del Hospital y la atención de los pacientes hospitalizados.

Ante la determinación de la autoridad administrativa, la consultante manifestó sus reparos argumentando que la nueva distribución de funciones se traduciría en una excesiva carga de trabajo a la cual no podría responder apropiadamente, consideraciones que no fueron acogidas por la superioridad, negándose en consecuencia la señora XY, a llevar a cabo tal asignación de funciones, disponiendo entonces la autoridad el registro de una anotación de demérito en su hoja de vida.

Requerido su informe, el Servicio de Salud Metropolitano Sur ha procedido a evacuarlo mediante Ord. N° 858, de 2006, señalando, en síntesis, que la reorganización de funciones de las Asistentes Sociales del Hospital San Luis se dispuso mediante Memorándum N° 24, de 15 de marzo del año en curso, documento que la reclamante pretendió desconocer y por ese motivo fue citada ante el Director del establecimiento, quien le reiteró sus términos. Asimismo, ratifica lo expuesto por la servidora, en el sentido que ante la negativa de esta a acatar lo dispuesto por la autoridad, se dispuso el registro de una anotación de demérito en su hoja de vida, cuya notificación asimismo rechazó firmar la afectada.

Al respecto, cabe manifestar, en primer término, que de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”.

Asimismo, es necesario tener presente lo establecido por el legislador en el artículo 61, letra f), de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda- que al respecto señala: “Serán obligaciones de cada funcionario: f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico”, resultando útil tener en cuenta, además, que cuando el funcionario estima ilegal una orden, debe representarla por escrito, conforme al procedimiento previsto en el artículo 62 del mismo cuerpo legal.

un funcionario debe ser destinado o comisionado, ello debe seguirse sin que se rehúse el funcionario; esto porque en cierto modo, cuando se asume una función pública, debe relegarse mi interés personal en pos al interés y la Servicialidad públicos.

Sin embargo, suele ocurrir muchas veces que el superior dé una orden que no se ajuste a la Constitución y a las leyes o Estatutos Jurídicos dictados conforme a ella. Frente a eso, y como mecanismo de contrapeso, la ley pone a disposición del funcionario afectado por una orden ilegal, el mecanismo de la representación administrativa contemplado y previsto en el artículo 62° del Estatuto Administrativo.

a.6.1) Acto de Representación de Ilegalidad de la Orden del superior jerárquico.

La representación consiste en el *acto escrito en virtud del cual, el inferior jerárquico manifiesta a su superior que la orden que se le está dando, de acuerdo a su parecer, es ilegal, con el objeto de que se revoque el respectivo mandato o, en caso de que la*

Señala el artículo en comento, que si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que represente la orden, como el superior que la reitere, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control ha manifestado que los funcionarios públicos se encuentran en la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por la superioridad del Servicio y quien infringe esa obligación puede ser objeto de anotaciones de demérito o medidas disciplinarias, como aconteció en la especie. (Aplica dictámenes N°s. 5.902, de 2000; 10.479, y 12.154, ambos de 2001, entre otros).

Por último es necesario informar que este Organismo de Control no tiene competencia para pronunciarse acerca del contenido de las anotaciones de mérito o de demérito que se hayan consignado en la hoja de vida de los funcionarios, correspondiendo la facultad de determinar cuáles actuaciones o conductas justifican anotaciones de tal naturaleza, privativamente, a las respectivas jefaturas directas de los administrados.

En este sentido cabe expresar que las anotaciones de demérito solo pueden impugnarse ante esta Entidad Fiscalizadora, una vez que los afectados se encuentren notificados del fallo de la apelación de su calificación, porque tales anotaciones y las solicitudes de que ellas sean registradas en la respectiva hoja de vida forman parte del procedimiento de evaluación anual del desempeño de cada servidor.

En consecuencia, atendidas las consideraciones antes expuestas, se desestima la presentación de la especie, toda vez que la actuación de la superioridad se encuentra ajustada a la normativa y jurisprudencia administrativa vigente sobre la materia.

superioridad insista en el mismo, se exima de responsabilidad administrativa al inferior, trasladando plenamente esta al Jefe que dio la orden.

En tal sentido, por ejemplo, si el Jefe del médico cirujano le ordena no dar atención alguna a un paciente, debiendo hacerlo, ello, sin duda es inconstitucional e ilegal. En ese caso, el funcionario inferior jerárquico deberá presentar un escrito a su jefatura, con copia al Superior de este último, manifestando, por ejemplo, que su orden atenta contra los artículos 1° y 9° de la Constitución Política de la República, esto es, la de velar por la integridad física y psíquica de las personas, dar una protección de salud y que no se vulneren las normas sobre Derechos y Deberes de los pacientes. Ante la situación anotada, la Jefatura que estableció el encargo tendrá la facultad o de retirarlo o de insistir en el mismo. Si opta por dejarlo sin efecto, no existirá problema alguno, pero si su inclinación es por mantener la orden, el inferior jerárquico debe cumplirla de todas formas, aunque sea, insistimos, ilegal. Sin embargo, la responsabilidad administrativa, civil y criminal o de cualquier índole ya no recaerá sobre el funcionario obligado a obedecer, sino que sobre su superior.

Lo relevante de todo lo explicado es que el deber de obediencia siempre prevalece, por sobre todas las cosas, mientras la orden se encuentre vigente.

a.7) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado.

Creemos que este es el mayor deber que ha de ser considerado por los funcionarios, por cuanto su contenido y alcance engloba a todos los demás, en especial, por cuanto consagra la entrega casi incondicional a la vocación por el Servicio Público.

En primer término, este es un deber especialmente consagrado por nuestra Constitución Política, la cual, en su artículo 8° inciso 1°, establece que ***“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”***. Debido a que la base de la Carta Fundamental es muy general, es necesario remitirse a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El artículo 11 bis de dicha ley establece expresamente que los funcionarios de la Administración deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La ley mencionada al final del párrafo anterior, establece en su artículo 54 que, *“Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa”*. Por su parte, la misma disposición define a este principio, indicando: *“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”*.

Algunos ejemplos que contravienen, especialmente, el principio de probidad administrativa, son los siguientes:

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña*¹².
2. *Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero*¹³.

¹² Es preciso indicar que, de conformidad a la Ley de Derechos Y Deberes de los Pacientes, el médico tratante puede tener acceso a la información contenida en la ficha clínica de un usuario del sistema. En efecto, la misma ley establece que existen en esos instrumentos datos sensibles de las personas que no deben ser revelados y, si ello se infringe, procedería la responsabilidad civil o penal, conforme al uso que se haya dado de la información. Así las cosas, supongamos que un paciente padece de la enfermedad derivada del virus del VIH y el médico tratante tiene una rencilla anterior con ese paciente y sabe que, si revela esta información a la familia de este último le generará problemas personales. Entonces, procede a ejecutar esa acción ilegal e inmoral. Por supuesto que, con ello, se genera, además, responsabilidad administrativa, en el entendido de que está violando principalmente el principio de probidad y, es tan grave la actuación que puede conllevar la sanción de destitución.

¹³ Al efecto, podemos ejemplificar con la siguiente situación: el hecho de ejecutar una determinada intervención quirúrgica no respetando la lista de espera de algún paciente, y resulta que ese paciente es el profesor universitario del hijo del médico. Entonces, si el médico facilita dicha intervención, el paciente pasará de curso al hijo. Ello claramente conlleva un beneficio indirecto para el médico, pero directo a un tercero, su retoño. En tal sentido, podemos ver una hipótesis de falta a la probidad. De hecho, esto puede configurar el delito de cohecho. Otro caso, y que podría resultar gravísimo, es el hecho de que un jefe de departamento, por ejemplo, realizase requerimientos de carácter sexual a una funcionaria de jerarquía funcionaria, bajo amenazas de que si no accede, será desvinculada de su cargo.

3. *Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución en provecho propio o de terceros*¹⁴.
4. *Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales*¹⁵.
5. *Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.*

Exceptúense de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

*La acumulación de millas u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares*¹⁶.

14 Los funcionarios públicos no pueden bajo ningún respecto, utilizar los bienes públicos para el provecho propio. Por ejemplo, si un médico cirujano tiene su consulta particular en la que realiza radiografías y la maquinaria de su centro falla y, por lo tanto, no puede ejecutar ese examen radiológico a su paciente privado, por lo que le solicita que asista al Hospital público donde también el médico ejerce sus labores, y allí, con los medios del Hospital ejecuta el mentado examen, y, a mayor abundamiento, ese paciente –por supuesto– no es institucional, y le paga honorarios al médico, estará violando la probidad administrativa, pues, del uso de la maquinaria radiológica del hospital está obteniendo, por supuesto, el pago de un servicio particular. Esto es grave y puede conllevar destitución. Otro ejemplo, el médico cirujano, ante una emergencia familiar, utiliza la ambulancia del hospital para acercarse y resolver dicha emergencia. Estará utilizando indebidamente un vehículo institucional, desviándolo de los fines públicos para el que estaba destinado.

15 Supongamos que un médico cirujano tiene su horario funcionario de 08:00 a 11:00 de la mañana del día lunes, pero a las 10:00 horas decide ir a un banco a cambiar un cheque personal. Ello, por supuesto, no tiene que ver en absoluto con las funciones propias de su cargo, sino que, es una actividad netamente personal. Incluso ese acto, por más inocente que parezca, es una vulneración al principio de probidad, pues, este es de derecho estricto. De hecho, si durante su horario de trabajo un médico atiende pacientes particulares de los que recibe remuneración por esos servicios, si, por ejemplo, durante el horario funcionario se dedica a realizar cualquier actividad extra programática no contemplada en sus funciones, conlleva la conculcación a este importantísimo deber funcionario.

16 Aquí lo que ha de importar es que el donativo, privilegio, es determinante para que el médico cirujano preste adecuadamente su función.

6. *Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.*

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta¹⁷.

7. *Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y*
8. *Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.*

Visto todo lo anterior, vemos que, en general, cualquier acto que implique el desvío de la actuación a fines diversos al interés general, a la Servicialidad hacia la persona humana y a los principios rectores contenidos en la Constitución y las leyes, pueden constituir actos no probos. Aquí lo determinante es la **pree-minencia al interés general sobre el particular**, que implica el logro del bien común, contenido en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución y, se entiende por bien común el “*crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías*”. La Constitución establece que el Estado está al servicio de la persona humana, no que la persona está al servicio del Estado y, en ese entendido, cualquier acto contrario a ese elemental principio será contrario a la probidad.

Además, la probidad conlleva el hecho de **desempeñar honesta y lealmente la función o cargo**, lo que quiere decir es que deben respetarse, ante todo, y frente a cualquier gobierno “de turno” que se encuentre vigente, los valores y principios de la Carta Fundamental y las leyes, respetando la dignidad humana

¹⁷ Un ejemplo claro sería que el Director del Servicio de Salud, siendo socio de una sociedad médica, decida adjudicar en un proceso de licitación a dicha sociedad la posibilidad de prestar servicios externos a un Hospital de la Red. Otro caso, por ejemplo, es que un médico cirujano tenga un hijo que también es médico y, este deba decidir sobre la adjudicación de un cargo público convocado por concurso en un Hospital. Por supuesto que el encargado de decidir debe abstenerse de participar en el proceso, pero si no lo hace, aunque no se adjudique el cargo al hijo, igualmente estaría vulnerando el principio de abstención, porque la imparcialidad estará entredicho.

y los derechos fundamentales que derivan de ella, por el hecho de ser personas. El actuar del funcionario debe ser recto, justo, de acuerdo a las reglas elementales de una convivencia humana pacífica y al Estado de Derecho y, por lo demás, leal, es decir, no dejar jamás de observar los objetivos que conlleva su cargo. A decir de los más antiguos, para estos efectos, se es médico funcionario no solo durante la jornada laboral, sino en todo el desempeño personal del profesional.

IV. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: PROCEDIMIENTOS LEGALES, LA INVESTIGACIÓN SUMARIA

Hemos visto que uno de los medios idóneos para determinar la existencia de responsabilidad administrativa y la respectiva sanción, es la investigación sumaria. Esta tiene lugar cuando el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, estimare que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria o en caso de disponerlo expresamente la ley, ordenará mediante resolución administrativa la instrucción de una investigación sumaria, la cual tiene la siguiente finalidad:

- a) Verificar la existencia de los hechos;
- b) Obtener la individualización de los responsables;
- c) Determinar la participación de dichos responsables en los hechos;
- d) Establecer, en caso que corresponda, las sanciones a que sea acreedor el sumariado, o su absoluta inocencia, o incluso iniciar un sumario administrativo.

En primer término, ante alguna denuncia o constatación de hechos, la superioridad del servicio deberá (no es facultativo) ordenar el inicio de la investigación. Ello se hará por escrito, mediante un Acto Administrativo.

En segundo lugar, al momento de instruir dicho sumario, el Jefe de Servicio deberá designar al investigador. Este investigador puede ser cualquier funcionario dependiente del instructor y debe obedecer a esta orden. Sin perjuicio de ello, podría abstenerse de aceptar esta designación cuando aparezcan circunstancias que hagan parcial el curso de la indagación respectiva.

Una vez instruida y comenzada la investigación, deben tenerse en consideración los siguientes aspectos:

- 1°. El procedimiento será fundamentalmente **verbal**;
- 2°. Se deberá levantar acta de todo lo actuado, la que firmarán los que hayan actuado;
- 3°. Se deben incluir todos los documentos probatorios que sean presentados por los interesados.
- 4°. La investigación no puede exceder de cinco días¹⁸.
- 5°. Después de terminada la investigación, se podrán formular cargos (escrito que contiene las “acusaciones” que se formulan al inculpado).
- 6°. El afectado por la investigación debe ser notificado de esos cargos. Tras ello, cuenta con un plazo perentorio de dos días para responder a estos, haciendo valer lo que diga relación a la defensa de sus derechos. **Con ello, se garantiza el principio a ser oído, o de bilateralidad de la audiencia, elemento propio del debido proceso.**
- 7°. Puede el afectado pedir un término probatorio. Si lo hace, el investigador tendrá la obligación de concederlo, siempre y cuando esa solicitud diga relación directa con los hechos materia de la investigación. Este término no podrá exceder de tres días¹⁹.
- 8°. Finalmente, una vez vencido el término de prueba, el investigador debe emitir una vista o informe en el plazo de dos días. Este informe debe contener:
 - a) Relación de los hechos;

¹⁸ En la práctica estos plazos no se cumplen y se exceden con creces. Ante ello, la Contraloría General de la República ha establecido que ese exceso no anula el procedimiento, por cuanto no son plazos fatales o perentorios para la Administración, pero sí da lugar a responsabilidad administrativa del investigador, por no seguir la ley y dilatar innecesariamente un proceso administrativo.

Por otro lado, en este punto, necesario es hacer presente que, de acuerdo a los DICTÁMENES 4.243, DE 1990; 15.477, DE 1993, no se contempla la posibilidad de que en las investigaciones sumarias se prorrogue el plazo de cinco días señalado en el artículo 126 para concluir la etapa indagatoria, de manera de que, habiéndose cumplido dicho plazo y no pudiéndose dar término a la investigación, el proceso deberá elevarse a sumario administrativo.

¹⁹ Dictamen 18.108, de 2002: La petición de rendir prueba que consulta el inciso 4° del artículo 126 en las investigaciones, al igual que la consignada para los sumarios administrativos, es obligatoria para el investigador, por tratarse de un derecho establecido a favor del inculpado, sin que corresponda al investigador evaluar la procedencia o improcedencia de la respectiva solicitud.

- b) Los fundamentos y conclusiones a los que se haya llegado;
 - c) Una proposición de sanción o sobreseimiento, y se elevan los antecedentes a la Superioridad Jerárquica.
- 9°. Se hace presente que, como consecuencia de una investigación sumaria, no podrá tener lugar la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el Estatuto, como, por ejemplo, las inasistencias reiteradas e injustificadas, dan lugar a una investigación y puede destituirse en el marco de ese procedimiento administrativo.
 - 10°. Conocido el informe o vista, la autoridad que ordenó la investigación dictará la resolución respectiva en el plazo de dos días, sancionando o sobreseyendo al afectado.
 - 11°. En contra de la anterior resolución, proceden los recursos de reposición y de apelación.
 - 12°. El recurso de reposición se debe interponer en el plazo de dos días contados desde la notificación de la correspondiente resolución. Se presenta en la oficina de partes de la institución y va dirigido a la autoridad que ordenó la investigación.
 - 13°. En subsidio, se puede interponer recurso de apelación, es decir, se presenta conjuntamente, en el mismo escrito que la reposición. Este es para el superior jerárquico de quien ordenó la investigación. Si no tiene superior, la reposición agota la vía administrativa.
 - 14°. Una vez notificada la total tramitación de la resolución que aplica la medida disciplinaria, el acto queda a firme y no puede ser dejado sin efecto más que por la vía de la invalidación o anulación por razones de ilegalidad, sea de oficio o a petición de parte, al igual que en el caso de los sumarios administrativos. Constituye una ilegalidad que vicia el procedimiento investigativo, la falta de fecha del dictamen o vista fiscal, ya que tal omisión impide determinar si se respetó el plazo que tiene el inculpado para formular sus descargos, más aún cuando ellos se dedujeron dentro del expediente. La total tramitación ha de incluir el cumplimiento del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General, del decreto o resolución que aplica la medida disciplinaria, así como del que dispone el sobreseimiento o una absolución.
 - 15°. Si en el transcurso de la investigación se constata que los hechos revis-ten una mayor gravedad, se pondrá término a este procedimiento y se

dispondrá, por la autoridad competente, que la investigación prosiga mediante un sumario administrativo²⁰.

- 16°. Si la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad así lo exigieren, a juicio de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, se dispondrá la instrucción de un sumario administrativo²¹.

V. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: PROCEDIMIENTOS LEGALES, EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

Los sumarios constituyen el medio formal de establecer ciertos hechos sometidos a investigación, imputándolos a sus autores y deslindando en definitiva las responsabilidades que ellos arrojan para los funcionarios implicados²².

Los sumarios administrativos son procesos específicamente reglados por la ley y los actos sancionatorios que de ellos derivan no son susceptibles de otros recursos que los expresamente contemplados en la preceptiva que norma su tramitación.

20 De acuerdo a los DICTÁMENES 3.765, DE 1970; 54.135, DE 1975; 3.480, DE 1991: El acto administrativo por medio del cual se ordena elevar a sumario administrativo una investigación sumaria debe materializarse en una resolución del jefe superior de servicio o del funcionario en quien se encontrare radicada esta facultad, y atendida esta circunstancia, puede consistir en una mera resolución interna dictada dentro de la misma investigación por la autoridad competente, en que se dispone la apertura del nuevo procedimiento disciplinario. El hecho de elevarse a sumario administrativo una investigación sumaria le da a este procedimiento el carácter de un nuevo proceso, que, por lo mismo, debe comenzar desde su inicio, con la constitución de la Fiscalía. Por disponerse mediante una resolución interna dentro de la investigación sumaria, la orden de elevarla a sumario no está sometida a trámite en la Contraloría General de la República, organismo que conocerá de ella al tomar razón del decreto o resolución que pone término al sumario administrativo, absolviendo o sancionando al imputado (3.765/70, 54.135/75).

21 DICTÁMENES de la Contraloría General de la República N° 31.245, DE 1961; 50.202, DE 1970.

22 DICTÁMENES de la Contraloría General de la República N° 31.245, DE 1961; 50.202, DE 1970.

a) Instrucción del sumario

El sumario administrativo se ordenará por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda. Dicha instrucción procede conforme a la ley:

- 1°. Cuando a raíz de una investigación sumaria se constata que los hechos investigados revisten una mayor gravedad. Esta determinación puede ser propuesta por el investigador a su jefatura superior, elevando los antecedentes para que esta última sea la que mediante acto administrativo fundado ordene el sumario administrativo. En este caso solo hay un cambio de procedimiento, pues, lisa y llanamente hay una sustitución, continuándose en base a los mismos antecedentes con el sumario.
- 2°. Cuando sin haber existido previamente una investigación sumaria, derechamente la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad hacen menester, a juicio del Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, el inicio de este procedimiento sancionatorio.

Por lo general, el Instructor del sumario administrativo toma conocimiento de los hechos que podrían motivarlo, mediante denuncias realizadas por los mismos funcionarios del establecimiento o por los usuarios. La ley no regla cómo deben hacerse dichas denuncias, por cuanto, en materia administrativa, debe regir la desformalización. Tampoco es necesario que se acompañen antecedentes o documentos en la denuncia, por cuanto será precisamente el objeto del procedimiento sumarial recabar los mismos. Ahora bien, si es el mismo superior jerárquico quien detecta las situaciones que podrían conllevar a determinar responsabilidad administrativa, deberá desde luego ordenar el procedimiento.

De esa manera, se hace presente que la instrucción de un sumario tiene por objeto, más allá de sancionar derechamente a un funcionario público, velar por la recta ejecución de los cargos públicos, con miras a satisfacer el bien común y el interés general. Y bajo ese precepto, no es un capricho o facultad del Jefe Superior de servicio el ordenar un sumario administrativo, sino que una obligación. Ello, por cuanto es su obligación fundamental el ***ejercer un control jerárquico permanente del órgano y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el***

cumplimiento de los fines establecidos, como la legalidad y oportunidad de las actuaciones²³.

En el caso de las actuaciones de médicos funcionarios, el inicio de uno y otro proceso podrá ser gatillado ya sea porque mediante un reclamo de un paciente o pariente se imputa obrar con negligencia en una atención médica o, por ejemplo, en caso de existir faltas o atrasos no justificados. En definitiva, el superior jerárquico puede tener a la vista diversas y variadas conductas para generar un proceso administrativo. Las responsabilidades administrativas serán de todas las jefaturas que, ante las denuncias de hechos graves, deben iniciar un proceso sumarial, y no lo hacen. En el caso de salud, no existe un director regional sino los directores de servicios de salud, que en algunas regiones hay más de uno: Metropolitana, Quinta, Octava, Araucanía, Los Lagos.

b) Designación del fiscal

Por ley se le permite a un funcionario dependiente del superior jerárquico conocer de las situaciones que busquen determinar la existencia de responsabilidad administrativa. Solo en ocasiones incluso podrá juzgar, según veremos más adelante. Por ello, al ejercer estas acciones propias de la jurisdicción deberá observar estrictamente el principio de legalidad y los anotados en el acápite V de este capítulo, así como todas las normas constitucionales y legales para asegurar la existencia de un proceso racional y justo.

i. El fiscal debe tener igual o mayor grado de jerarquía que el inculcado.

El fiscal designado debe tener igual o mayor grado o jerarquía que el funcionario que aparezca involucrado en los hechos. Ello, lógicamente, para asegurar la debida imparcialidad y objetividad de quien debe conocer del sumario, de manera de que no se vea intimidado por la superioridad que pudiera tener el inculcado.

Ahora bien, en cuanto a la calidad funcionaria de los fiscales, la Contraloría General de la República ha establecido:

- 1°.- **Caso de los suplentes:** el empleado suplente reemplaza al titular con todas las facultades, prerrogativas, derechos y deberes propios del cargo, pues es designado por la autoridad precisamente para ejercer una plaza determinada, cuyo titular se encuentra imposibilitado de servirla. Por la

²³ Artículo 64 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

autoridad jerárquica que inviste, bien puede actuar como fiscal instructor en los sumarios que se le confíen, más aún si se tiene en consideración que el artículo 129 no distingue respecto de la calidad en que el fiscal desempeña el grado que exige²⁴.

- 2º.- **Funcionarios contratados asimilados a grado:** no existe inconveniente para que los funcionarios contratados, asimilados a grado, puedan ser nombrados fiscales en sumarios administrativos. En efecto, la parte final del inciso 1º del artículo 129 del Estatuto Administrativo solo exige que el fiscal tenga igual o mayor grado o jerarquía funcionaria que quien aparezca inculpado, refiriéndose así a la posición jerárquica que deben poseer tanto el investigador como el o los otros inculcados, posición jerárquica que deriva, a su vez, de los cargos que unos y otros ocupan en la dotación del respectivo Servicio, y al tenor del artículo 10 el empleo a contrata es un cargo que debe “tener asignado un grado, de acuerdo con la función que (se) desempeña”²⁵.

Tampoco existe inconveniente en designar en calidad de fiscal a quien desempeña un cargo adscrito a la planta, pese a carecer de jerarquía, si el funcionario que lo desempeña cumple el requisito de tener “igual o mayor grado” que el empleado a quien se está sometiendo a sumario²⁶.

- 3.- **Funcionario en comisión de servicio de otra repartición:** no existe inconveniente alguno para designar como fiscal instructor de un sumario administrativo al funcionario de otra repartición que se encuentre en comisión de servicio en la institución en la cual se han cometido los ilícitos que han de investigarse²⁷.
- 4.- **Funcionarios designados a honorarios (el criterio se hace extensible a quienes tengan la calidad de becarios:** no corresponde designar fiscal en un sumario administrativo a una persona que se desempeña a honorarios, porque esta contratación solo constituye una prestación particular de servicios a la Administración del Estado, constitutiva de labores

24 Dictámenes de la Contraloría General de la República, 3.508, 16.114 Y 37.462, DE 1972; 8.658, de 1973.

25 Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 44.634, de 1976, y 20.184, de 1993.

26 Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 19.914 y 20.184, ambos de 1993.

27 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 39.016, de 1995.

accidentales y no permanentes de la institución, que no reviste la calidad de empleo público. Además, el fiscal debe regirse por el mismo Estatuto jurídico del sumariado, lo que obviamente no puede verificarse en el caso de la persona contratada a honorarios²⁸.

ii. *Abstención del fiscal.*

Por otro lado, debe tenerse en consideración, ante todo, el deber de obediencia de los funcionarios, de manera que si se le ordena a alguno ser fiscal, no debe rehusarse a cumplir con tal cometido. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, atendida la función que debe realizar este funcionario de la Administración del Estado, excepcionalmente la ley le da la posibilidad de excluirse de hacerlo. Ello, atendiendo lo dispuesto en 12 de la Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. En tal sentido, señala la disposición que *“Las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Son motivos de abstención los siguientes:*

1. Tener **interés personal** en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
2. Tener **parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo**, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

El parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado abarca a los padres o madres, hijo o hijas, abuelos o abuelas, nietos o nietas, hermanos o hermanas, tíos o tías, sobrinos o sobrinas y primos o primas.

El parentesco de afinidad dentro del segundo grado incluye suegros o suegras, nueros, yernos, hijastros o hijastras y cuñados o cuñadas.

3. Tener **amistad íntima o enemistad manifiesta** con alguna de las personas mencionadas anteriormente.

²⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 29.537, de 1989.

4. *Haber tenido intervención como **perito** o como **testigo** en el procedimiento de que se trate.*
5. *Tener **relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto**, o haberle prestado en los dos últimos años **servicios profesionales** de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.*

Entonces, si el funcionario que ha sido designado fiscal previene la existencia de algunas de estas causales, debe negarse por escrito ante su jefe superior, quien le ha ordenado ejecutar la tarea de realizar esa función, pues, lo contrario será vulnerar el principio de probidad administrativa y, si bien no acarreará la nulidad del procedimiento sancionatorio, si generará responsabilidad administrativa del fiscal.

Si no existe inconveniente, **el fiscal aceptará formalmente el cargo de tal y comenzará con el procedimiento.**

iii. *Caso de que en el procedimiento aparezca un inculpado de mayor grado o jerarquía.*

En tal caso, el fiscal seguirá tramitando el procedimiento hasta que disponga el cierre de la investigación.

iv. *Designación del actuario.*

La resolución que designa al fiscal le será notificada y este, al aceptar el cargo, designará un actuario, el que se entenderá en comisión de servicio para todos los efectos legales. El actuario podrá ser funcionario de cualquier institución de la Administración del Estado, no necesariamente de la repartición en la que se desempeñe el fiscal, tendrá la calidad de ministro de fe y certificará todas las actuaciones del sumario.

La circunstancia de hallarse en comisión de servicio, en todo caso, no significa que el actuario quede relevado del desempeño de sus funciones, y solo tendrá derecho a percibir viáticos en la medida que concurren los requisitos que hacen procedente el pago de este estipendio.

Las funciones del actuario pueden ser asimiladas con las de un Secretario de Tribunal, en cuanto a que este debe autorizar todas las providencias, despachos y actos emanados de la fiscalía, y de custodiar el sumario y todos los documentos y papeles que sean presentados en el procedimiento administrativo. En especial, el actuario deberá preocuparse por²⁹:

29 Véanse los artículos 379 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

- 1°. Velar por el secreto del sumario, en tanto se encuentre en tal estado, de acuerdo a la ley. De esa manera, deberá dar conocimiento a cualquiera persona que lo solicitare, del proceso que tenga bajo su custodia y de los actos emanados del mismo; salvo los casos en que el procedimiento deba ser secreto en conformidad a la ley;
- 2°. Guardar con el conveniente arreglo el proceso sumarial y demás papeles del mismo, de acuerdo a las instrucciones del fiscal;
- 3°. Autorizar los actos administrativos del sumario;
- 4°. Llevar foliado el expediente sumarial, en letras y números. Formará este mismo con todas las declaraciones, actuaciones y diligencias a medida que se vayan sucediendo y con todos los documentos que acompañen;
- 5°. Recibir todos los antecedentes que se presenten en el sumario por los interesados, dejando constancia debida de la fecha y hora en que los reciban;
- 6°. Deberá firmar todas las actuaciones.

c) Notificaciones en el Sumario Administrativo

Las notificaciones que se realicen en el proceso deberán hacerse **personalmente**. Si el funcionario no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se lo notificará por **carta certificada**, de lo cual deberá dejarse constancia. En ambos casos se deberá entregar copia íntegra de la resolución respectiva.

En cuanto a los funcionarios citados a declarar ante el fiscal, deberán fijar en su primera comparecencia un domicilio dentro del radio urbano en el que la fiscalía ejerza sus funciones. Si no dieren cumplimiento a esta obligación, se harán las notificaciones por carta certificada al domicilio registrado en la institución, y en caso de no contarse con tal información, en la oficina del afectado.

El funcionario se entenderá notificado cumplidos tres días desde que la carta haya sido despachada.

La Contraloría ha establecido al respecto que, Notificar es comunicar a una persona un hecho que le afecta, es decir, una forma de poner en conocimiento del interesado un evento que le concierne³⁰. La notificación constituye un

30 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 10.484, de 2001.

trámite esencial de los sumarios administrativos, por cuanto es la única vía que permite al afectado tomar conocimiento oficial de los hechos que se le imputan y defenderse de ellos, conforme a los principios del debido proceso. Su no realización conforme a la ley, vicia el proceso disciplinario³¹.

También ha argüido el ente contralor que la falta de notificación o el defectuoso cumplimiento de la diligencia, vicia de nulidad el procedimiento sumarial³². Es el caso, por ejemplo, de una notificación practicada por el actuario en que se limitó a dejar constancia en el acta respectiva, de haber dejado en el domicilio del inculcado copia de la formulación de cargos³³. Para que proceda la notificación por carta certificada, es indispensable que se haya practicado previamente la búsqueda por dos días consecutivos que prescribe el inciso 1º del artículo 131³⁴, siendo esencial para la validez de esta diligencia que se deje constancia en el sumario que esas búsquedas se han efectuado, ya que de no constar esta circunstancia, procederá reabrir el procedimiento al estado de notificar los cargos o la medida disciplinaria, según corresponda³⁵.

d) Implicancias y recusaciones en contra del fiscal o del actuario

Los funcionarios citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculcados, serán apercibidos para que dentro del segundo día formulen las causales de implicancia o recusación en contra del fiscal o del actuario. En otras palabras, a la persona (médico funcionario) que es citada a declarar, debe solicitársele, como primera parte de su declaración, que manifieste si tiene o no algún reparo sobre la persona del fiscal, tales como enemistad manifiesta, etc. de manera tal que, si dicha pregunta no es hecha, la declaración y posterior investigación puede quedar nula.

En el evento de que concurra alguna de estas causales, los encargados de llevar el sumario administrativo perderán su competencia, siempre que fundadamente se hayan declarado la implicancia o recusación. El Estatuto Administrativo no indica cuáles serían las causales de implicancia de los fiscales

31 Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 1.947 de 1990, y 41.363 de 1997.

32 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 23.352, de 1993.

33 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 28.279, de 1992.

34 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.887, de 1993.

35 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 23.453, de 1994.

o el actuario, pero en general, dicen relación con el vínculo o interés que puedan tener el fiscal o el actuario con el sumario mismo y los afectados por los hechos que se investigan, lo cual hace que estos funcionarios pierdan imparcialidad al momento de realizar su labor.

Por su parte, se considerarán causales de recusación solo las siguientes:

- a) Tener el fiscal o el actuario interés directo o indirecto en los hechos que se investigan;
- b) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los inculpados, y
- c) Tener parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado y de afinidad hasta el segundo, inclusive, o de adopción con alguno de los inculpados.

Formulada la recusación, el fiscal o el actuario, según corresponda, dejarán de intervenir, salvo en lo relativo a actividades que no puedan paralizarse sin comprometer el éxito de la investigación.

La solicitud de recusación será resuelta en el plazo de dos días por el fiscal respecto del actuario y por la autoridad que ordenó el sumario respecto del fiscal. En caso de ser acogida, se designará un nuevo fiscal o actuario.

El fiscal o el actuario podrán declararse implicados por algunas de las causas mencionadas en el artículo 133 del Estatuto Administrativo o por algún otro hecho que a su juicio les reste imparcialidad. En este caso resolverá la autoridad que ordenó el sumario en el mismo plazo indicado anteriormente, en lo relativo al fiscal y este respecto del actuario.

Cada vez que se nombre un nuevo fiscal o actuario se notificará al sumariado para los efectos de recusar a los mismos.

e) Etapa de Investigación

El fiscal tendrá amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite.

El ordenamiento jurídico ha asegurado a la persona encargada de investigar los hechos dentro de un sumario administrativo, el máximo de libertad e independencia en su acción indagatoria, de modo que puede disponer de todas aquellas medidas que estime convenientes para informarse de cuanto dato considere útil para la prosecución de la causa. Por esta razón, los funcionarios que se nieguen a cooperar con esta labor investigadora podrán ser objeto de las

sanciones que correspondan, de acuerdo a las reglas generales que establece la Ley Administrativa³⁶.

La investigación de los hechos deberá realizarse en el plazo de 20 días, al término de los cuales se declarará cerrada la investigación y se formularán cargos al o los afectados o se solicitará el sobreseimiento, para lo cual habrá un plazo de tres días.

Así las cosas, si una vez agotada la etapa de investigación de los hechos el fiscal instructor alcanza la convicción de que asiste responsabilidad administrativa a algún funcionario por haber participado en la comisión de los hechos contravencionales administrativos, debe proceder a formular cargos en su contra. La formulación de cargos es un trámite obligatorio dentro del sumario.

En casos calificados, al existir diligencias pendientes decretadas oportunamente y no cumplidas por fuerza mayor, se podrá prorrogar el plazo de instrucción del sumario hasta completar sesenta días, resolviendo sobre ello el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda.

Si una vez agotada la etapa de investigación verifica que no existen ilícitos administrativos o no hay funcionarios responsables de los que establezca, debe proponer el sobreseimiento, por no existir mérito para formular cargos a funcionario alguno³⁷. Así, corresponde resolver el sobreseimiento en un sumario cuando es necesario reconocer que nunca debió haberse incoado por no existir mérito para iniciarlo, y sobreseer a un presunto inculpado cuando no tenía la calidad de funcionario que se le suponía al comenzar el sumario, atendida la circunstancia de que en la misma fecha medió una causal de cesación de funciones. Ahora bien, la Ley Estatutaria solo contempla un tipo de sobreseimiento como figura legal destinada a poner término a un sumario administrativo. Este sobreseimiento es definitivo. No contempla, por consiguiente, el sobreseimiento temporal como causal de suspensión del procedimiento, como ocurre, en cambio, en materia procesal penal, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Procesal Penal que rige el antiguo procedimiento. Por lo tanto, no es admisible, por ejemplo, suspender el procedimiento sumarial para luego reabrirlo por ausencia del sumariado, ya que lo procedente en este caso es solicitar prórroga del plazo de instrucción del expediente en espera de la comparecencia del afectado, solicitar la designación

36 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 50.202, de 1970.

37 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 66.483, de 1975.

de un fiscal *ad hoc* en el lugar donde presta sus servicios o declarar su rebeldía, en caso de contumacia a presentarse a declarar. Todas estas son diligencias internas del proceso sumarial, de responsabilidad del fiscal instructor.

Por su parte, establece la ley que, en el evento de proponer el fiscal el sobreseimiento, se enviarán los antecedentes al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, en su caso, quien estará facultado para aprobar o rechazar tal proposición. En el caso de rechazarla, dispondrá que se complete la investigación dentro del plazo de cinco días.

e) Formulación de cargos

Establece la ley que, una vez que se halle cerrada la investigación, y si del mérito del proceso es procedente, se formularán los cargos al inculcado y el sumario deja de ser secreto para este y el abogado que asuma su defensa.

Este hito es destacable, pues, dada la dinámica procesal de los sumarios administrativos, es recién en esta instancia, (cuando al médico se le formulan cargos por el fiscal) en que se generan dos derechos esenciales y que en etapas anteriores no son considerados:

- El expediente deja de estar sujeto a secreto absoluto y pasa a ser secreto en forma relativa, o, dicho de otra manera, el médico y su abogado pueden recién acceder a las piezas que componen dicha investigación, conocer las declaraciones de testigos y/o denunciantes, los documentos que se hayan incorporado, etc.
- Nace el derecho a defensa letrada del médico, es decir, el médico puede nombrar formalmente un abogado que lo represente y actúe válidamente en el proceso.

Como puede observarse, la formulación de cargos cambia, por así decirlo, las condiciones del inculcado.

La formulación de cargos es una diligencia procesal indispensable dentro de un sumario, pues tiende a asegurar el derecho a defensa del inculcado, consagrado en la Constitución. Se entiende por tal, el acto administrativo de procedimiento, escrito y debidamente fundado o motivado, en virtud del cual, el fiscal del sumario administrativo detalla los antecedentes de la investigación, la existencia de los hechos y su comprobación, la participación del inculcado en los mismos y cuáles son en concreto las infracciones administrativas cometidas.

Los cargos deben estar referidos a hechos concretos, verificados, que impliquen infracción de deberes u obligaciones del empleo³⁸. Ahora bien, nada impide que una vez formulados, el fiscal instructor pueda reformularlos con posterioridad, dándose las condiciones legales, pero en tal caso debe cumplir nuevamente con el respectivo trámite de notificación y con el deber de abrir la etapa de descargos a favor del inculpado³⁹.

La reiterada jurisprudencia administrativa, contenida, v. gr., en Dictamen N° 8.857, de 1980, ha establecido que los cargos deben formularse en forma concreta, precisando específicamente la o las infracciones en que habrían incurrido los inculpados, como única manera de que estos puedan asumir adecuadamente su defensa. No es admisible formular cargos indicando que se han transgredido determinados artículos del Estatuto Administrativo, menciones que por su extensión e imprecisión no reúnen las características antes señaladas.

g) Notificación de los cargos al imputado y descargos

Con ello se materializa el principio de bilateralidad de la audiencia, como elemento esencial del debido proceso. Así las cosas, la ley ordena que el inculpado será notificado de los cargos y tendrá un plazo de **cinco días** (no se cuentan los días sábados y festivos) contados desde la fecha de notificación de estos para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas. En casos debidamente calificados, podrá prorrogarse el mismo por otros cinco días, siempre que la prórroga haya sido solicitada antes del vencimiento del plazo.

Esto tiene perfecta concordancia con el principio de contradicción contenido en la Ley N° 19.880, que establece en su artículo 10° que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Además, los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos por un asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

38 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20.792, de 1979.

39 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 33.336, de 2001.

Estimamos que, si bien es cierto, la asistencia de un abogado letrado en esta es una facultad para el inculpado, no es menos cierto que tratándose de un proceso normado, sustentado en normas legales y principios de derecho, recomendamos la asesoría de un abogado en todas las instancias del sumario, pero especialmente en esta etapa procesal.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

h) Rendición de prueba

Si el inculpado solicitare rendir prueba, el fiscal señalará un plazo para tal efecto, el que no podrá exceder en total de 20 días. El hecho de no darse lugar por el fiscal a las diligencias probatorias solicitadas por el inculpado, vulnera el principio del debido proceso establecido en el inciso 5º del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, pues importa dejarlo en la indefensión⁴⁰.

i) Dictamen del fiscal

Contestados los cargos o vencido el plazo del período de prueba, el fiscal emitirá, dentro de cinco días, un dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar.

Dicho dictamen deberá contener:

- a) la individualización del o de los inculpados;
- b) la relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos;
- c) la participación y grado de culpabilidad que les hubiere correspondido a los sumariados;
- d) la anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes, y la proposición a la autoridad correspondiente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los inculpados.

Quando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudieren importar la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes, el dictamen deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes a la justicia

⁴⁰ Dictamen General de la República N° 37.683, de 1995.

ordinaria, sin perjuicio de la denuncia que de los delitos debió hacerse en la oportunidad debida.

La Contraloría General de la República, al respecto ha señalado que “La Vista fiscal debe contener fundamentos concretos y comprobables, respaldados por antecedentes precisos conformadores del mérito del sumario, que acrediten sin lugar a dudas la participación y el grado de culpabilidad del inculcado en los hechos investigados. No debe apoyarse solamente en presunciones generales que no descansan en esos supuestos verificables en el expediente”⁴¹. También en este punto ha señalado que, “el Dictamen o Vista del fiscal es solo una proposición que se eleva a conocimiento de la autoridad titular de la potestad sancionadora, que es la llamada a resolver el sumario, conforme a criterios de legalidad y racionalidad, teniendo a la vista el mérito del expediente”⁴².

j) Resolución de la autoridad que ordenó el sumario administrativo

- a) Emitido el dictamen, el fiscal elevará los antecedentes del sumario al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso, quien resolverá en el plazo de cinco días, dictando al efecto una resolución en la cual absolverá al inculcado o aplicará la medida disciplinaria, en su caso.
- b) Tratándose de la medida de destitución, los antecedentes se elevarán a la autoridad facultada para hacer el nombramiento.
- c) No obstante, la autoridad correspondiente podrá ordenar la realización de **nuevas diligencias** o la **corrección de vicios de procedimiento**, fijando un plazo para tales efectos.
- d) Si de las diligencias ordenadas resultaren nuevos cargos, se notificarán sin más trámite al afectado, quien tendrá un plazo de **tres días para hacer observaciones**.
- e) Ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos.
- f) La aplicación de toda medida disciplinaria deberá ser notificada al afectado.

41 Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 13.935, de 1994; y 10.899, de 1999.

42 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 39.447, de 1994.

Ahora bien, los sumarios administrativos y las investigaciones sumarias en los cuales se haya comprobado la existencia de responsabilidad administrativa, deben concluir con la aplicación de alguna de las medidas disciplinarias que taxativamente se señalan en el Estatuto Administrativo, a la o las personas inculpadas, mediante una resolución dictada por la autoridad competente que lo hubiere ordenado incoar.

Huelga señalar que la resolución sancionadora, en cuanto acto administrativo terminal de un procedimiento administrativo, se rige por la ley vigente al momento de su emisión, debe individualizar claramente a los sancionados, indicar la fuente legal en que se basa, ordenar expresamente su toma de razón, disponer su anotación en la hoja de vida del funcionario y su archivo, previa notificación conforme a lo prescrito por el Estatuto Administrativo.

Los decretos y resoluciones que aplican medidas disciplinarias, por constituir actos terminales de un proceso reglado, una vez dictados y totalmente tramitados, se hacen irrevocables y no pueden ser modificados o extinguidos por la autoridad administrativa basada en consideraciones de mérito u oportunidad, sino solo por la vía de acreditar que padecen de un vicio de ilegalidad. Tendría lugar, entonces, la figura de la invalidación administrativa contenida en la Ley 19.880.

l) Reapertura del sumario

De acuerdo a la ley, esta tiene lugar por orden de la autoridad que ordenó el sumario, en circunstancias de que se haga menester realizar nuevas diligencias o la corrección de vicios del procedimiento, fijando un plazo prudencial para tales efectos.

Se hace presente que, mientras se encuentra en tramitación el proceso disciplinario, la autoridad llamada a aplicar la medida disciplinaria puede ordenar que se reabra el sumario para completar trámites, allegar antecedentes o salvar cualquiera irregularidad que a su juicio se haya producido durante la tramitación.

Con posterioridad a la aplicación de la medida disciplinaria, la jurisprudencia ha admitido de antiguo que pueda ordenarse la reapertura del sumario a petición fundada de parte, para revisar lo actuado a fin de establecer si los antecedentes considerados en el sumario adolecen de alguna irregularidad que obligue a modificar la determinación anterior. En este caso, corresponde a la autoridad administrativa que aplicó la sanción pronunciarse sobre la reapertura y la posible invalidación de la sanción disciplinaria antes aplicada.

La reapertura de un sumario afinado no implica necesariamente la modificación de la sanción impuesta al afectado.

m) Impugnación

En contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

- a) De reposición ante la misma autoridad que la hubiere dictado, y
- b) De apelación ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria.

El recurso de apelación solo podrá interponerse con el carácter de subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida.

Los recursos deberán ser fundados e interponerse en el plazo de cinco días, contados desde la notificación, y deberán ser fallados dentro de los cinco días siguientes.

Acogida la apelación o propuesta la aplicación de una medida disciplinaria distinta, se devolverá la resolución correspondiente con el sumario, a fin de que se dicte en el plazo de cinco días la que corresponda por la autoridad competente.

Es esta la materialización del principio de impugnación, contenido en el artículo 9° de la Ley 18.575 que establece al efecto que *“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales⁴³ a que haya lugar”*.

n) Sumario administrativo ordenado por la Contraloría General de la República. (Resolución 510 de 2013)

- a) Se originan en las conclusiones de los informes de auditoría, investigaciones especiales y de los dictámenes.
- b) La Contraloría General de la República también puede continuar los sumarios iniciados en las entidades públicas, cuando lo estime pertinente, en aras de su buen resultado.

43 Como la Nulidad de Derecho Público.

- c) Plazo de sustanciación: 90 días. Periodo indagatorio: 30 días, salvo prórroga. Los plazos son de días hábiles.

VI. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD: SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Como ya hemos visto, rige en este punto el debido proceso y el principio de legalidad, de manera tal que solo la ley puede establecer las sanciones que proceden frente a casos de responsabilidad administrativa. De esa manera, debemos remitirnos a lo dispuesto en los artículos 120 del Estatuto Municipal y 121 del General.

El Estatuto Administrativo no describe tipos penales, ni asigna sanciones a cada infracción cometida por los funcionarios públicos, sino que señala un conjunto de obligaciones que estos deben cumplir dentro y fuera de la institución. Excepcionalmente, el artículo 125 describe conductas que necesariamente deben sancionarse con la destitución, dada la gravedad de las mismas, pues obstan a que el empleado pueda seguir desempeñándose en la Administración del Estado⁴⁴.

Se hace presente que, de acuerdo a la doctrina administrativa de la Contraloría General de la República, es improcedente aplicar al inculpado en una investigación sumaria o en un sumario administrativo, dos medidas disciplinarias por unos mismos hechos, ya que al afectado con un proceso de esta naturaleza solo puede aplicársele una medida disciplinaria por la totalidad de las imputaciones establecidas en su contra.

De esa manera, la ley establece de manera taxativa las siguientes sanciones administrativas:

- a) Censura;
- b) Multa;
- c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses; y
- d) Destitución.

Veamos cada una de ellas:

⁴⁴ PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2011), Op. Cit. Pág. 915.

a) La censura

La censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente.

b) La multa

De acuerdo a la Ley, la multa consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de esta. El funcionario en todo caso mantendrá su obligación de servir el cargo.

Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:

- a) Si la multa no excede del diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos;
- b) Si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de tres puntos, y
- c) Si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos.

c) La suspensión

La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones, y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.

d) La destitución

La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.

La medida disciplinaria de destitución procederá solo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

- a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;

- b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;
- c) Condena por crimen o simple delito, y
- d) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.
- e) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales.

Cabe señalar que, respecto a las causales de destitución, la jurisprudencia administrativa ha establecido que aceptar la tesis en orden a que la destitución procede tan solo en los casos taxativamente indicados en el artículo 125, significaría no poder poner término a los servicios de un empleado respecto del cual no se ha configurado una causal específica de destitución, pese a estar suficientemente acreditada en el sumario administrativo la infracción grave de sus deberes funcionarios, incluso del principio de probidad administrativa consagrado en la Ley 18.575, y obligar, consiguientemente, a mantener en servicio a funcionarios cuya conducta reprochable, debidamente comprobada, exige alejar de la Administración, a fin de asegurar el regular y eficiente funcionamiento del servicio y permitir la adecuada, oportuna y cabal atención de las necesidades colectivas⁴⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia judicial desarrolló una tesis diversa. A este respecto, se ha indicado que “El derecho a gozar de la estabilidad en el empleo, que garantizan la Constitución Política de la República, el Estatuto Administrativo, importa una especie de propiedad, garantizado como bien incorporal por el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política del Estado, como ya lo ha resuelto esta Corte” (Considerando 1°). “Una interpretación adecuada” de la Ley Estatutaria lleva a la conclusión de que el Estatuto “regula los casos específicos en que puede y debe aplicarse la medida de destitución”, y que la palabra “siempre”, que emplea en el inciso 2° del artículo 119 (125), debe entenderse en el sentido de que en estos casos no ha de considerarse “la existencia de circunstancias atenuantes”, como lo ordena, en general, el artículo 125 para rebajar la medida consultada en el Estatuto Administrativo. De esta manera, “para aplicar la medida disciplinaria de destitución, es necesario que esta pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada por la

45 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20.483, de 1995.

ley” (Considerando 3º). Una autoridad no puede “infligirla indistintamente por cualquier falta, sino solo puede aplicarla a los casos contemplados expresamente por la ley” (Considerando 4º)⁴⁶.

Se hace presente que el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado, ha señalado que: “como se ha visto en el numeral anterior —el informe de la Comisión— rechazó la posibilidad de que la autoridad administrativa aplicara la medida disciplinaria de destitución sobre la base de su sola calificación discrecional de gravedad. Aceptó su procedencia, pero condicionada a una ley expresa que tipificara la conducta como sancionable con la destitución, sea en forma específica, como lo hacen las letras a), b) y c) del artículo 125, o en forma genérica, como lo hace el encabezamiento del inciso 2º de este artículo 125, al remitirse a “hechos constitutivos de la infracción —que— vulneren gravemente el principio de la probidad administrativa”, principio que está claramente regulado en el nuevo Título III agregado a la Ley Orgánica Constitucional por la misma Ley N° 19.653, de 1999, o su letra d), que acepta como causal de destitución a “los demás casos contemplados en este Estatuto o en leyes especiales”.

Después de analizar esta materia, la Comisión decidió dar a las causales que se enumeran —en el artículo 125 del Estatuto Administrativo, dice el Informe— el carácter de taxativas, para lo cual reemplazó la voz ‘siempre’ por ‘solo’. Con ello se elimina todo grado de discrecionalidad en la aplicación de la medida disciplinaria de destitución, la que solo procederá cuando haya causa legal expresa con lo que se superarán los problemas interpretativos a que se ha hecho mención, pues la autoridad administrativa estará impedida de aplicar la destitución por hechos que ella, por sí, califique de gravedad⁴⁷.

Por último, con la modificación legal introducida en el año 1999, la Contraloría General ha tornado su pensamiento y, en tal sentido, ha reconocido la taxatividad de las causales de destitución. Al efecto ha indicado que, *“La modificación que la Ley N° 19.653 introdujo a este artículo 125 del Estatuto Administrativo, ha determinado que la aplicación de la destitución se restrinja “solo” a las situaciones previstas en ese artículo, esto es, les ha otorgado un carácter de taxativo. La mención incorporada a su inciso 2º, en orden a que solo procederá “cuando los hechos constitutivos de la infracción*

46 Sentencia de la Excm. Corte Suprema: BRAHM YURASZECK, JORGE Y OTROS CON ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT, fallo de 24 DE ENERO DE 1991, ROL N° 16.208 de 1990.

47 Boletín 1510, de 2007, Pág. 77.

vulneren gravemente el principio de la probidad administrativa”, tiene por objeto describir una conducta reprochable que admite diversas modalidades de ejecución, las que, en todo caso, deben tener la calidad de graves para poder ser sancionadas con esa medida disciplinaria. Por tal motivo, la destitución puede ser aplicada por la comisión de distintas faltas que afecten al señalado principio, siempre que ellas signifiquen una transgresión grave al mismo”⁴⁸.

Es importante hacer presente que, en caso que un médico sea destituido por causal basado en un proceso administrativo, este quedará inhabilitado para ser contratado en cualquier servicio de la administración del Estado, en ningún oficio o profesión, y en ninguna calidad. Esta inhabilidad dura cinco años contados desde que la resolución que decretó la destitución haya quedado a firme.

Si el funcionario destituido ostentaba otros cargos públicos, los perderá también, en razón de lo que se ha venido a llamar “inhabilidad sobreviniente”.

La reincorporación al servicio público es de pleno derecho, por ello no hay necesidad de tramitar ningún decreto de rehabilitación, sino que basta el mero transcurso del tiempo.

VII. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A fin de consagrar el principio de certeza jurídica y en el entendido de que la responsabilidad administrativa no puede ser perpetua, existen ciertos hechos que generan como consecuencia jurídica la extinción de la señalada responsabilidad. Estas causales de extinción obedecen a hechos que naturalmente impedirán hacer efectiva la responsabilidad administrativa y, también, a la oportunidad para aplicar una determinada sanción. De esa manera, el legislador estableció cuatro causales de extinción, a saber, la muerte del responsable, por haber cesado en sus funciones, por el cumplimiento de la sanción y por la prescripción.

- a) Por muerte:** el fallecimiento produce la expiración de funciones del empleado a contar del día del deceso⁴⁹. Por producir la desvinculación jurídica de la Administración Pública, el fallecimiento obliga a poner

48 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.621, de 1993.

49 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5.523 de 1969.

término a las funciones del empleado desde ese preciso día⁵⁰. Además, recordemos que la responsabilidad administrativa es personal, de manera tal que, habiendo fallecido el funcionario, no puede ser posible perseguir responsabilidad en contra de nadie más, pues, no se trasmite a sus herederos. Por ello, si hay multa pendiente, queda sin efecto.

- b) Por haber cesado en sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 147⁵¹.** El inciso final del artículo 147 del Estatuto, que se refiere a la renuncia, establece que, *“Si se encontrare en tramitación un sumario administrativo en el que estuviere involucrado un funcionario, y este cesare en sus funciones, el procedimiento deberá continuarse hasta su normal término, anotándose en su hoja de vida la sanción que el mérito del sumario determine”*.
- c) Por el cumplimiento de la sanción:** pues, con ello, se encuentra restablecido el quebrantamiento que se habría producido al interés general por la infracción cometida por el funcionario.
- d) Prescripción⁵².** El Estatuto Administrativo no define la prescripción. Pero el Código Civil, en su artículo 2.492, señala al respecto que la prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos por el lapso del tiempo.

De acuerdo a la ley, la prescripción opera en cuatro años contados desde el día en que el funcionario hubiere incurrido en la acción u omisión que dio origen a la responsabilidad administrativa; salvo que los hechos fueren constitutivos de delitos, pues, en tal caso, la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal.

Interrupción de la prescripción.

La prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido si el funcionario incurriere nuevamente en falta

50 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7.378 de 1990.

51 “No puede instruirse sumario contra quien no inviste la calidad de funcionario público. El Estatuto Administrativo solo permite tramitar hasta su término legal el sumario que se hubiere iniciado mientras el empleado que ha cesado en funciones, se hallaba en ejercicio de su cargo, como lo establece el artículo 157, letra b), en concordancia con el artículo 147 inciso final del Estatuto Administrativo. (DICTÁMENES 8.035, 12.187, 12.817 Y 13.463, DE 1990).

52 Conforme a las reglas generales, la prescripción debe ser alegada en cualquiera instancia sumarial (13.621/98, 15.587/99). La Administración no puede declararla de oficio (7.806/97, 45.763/98).

administrativa, y se suspende desde que se formulen cargos en el sumario o investigación sumaria respectiva.

Si el proceso administrativo se paraliza por más de dos años, o transcurren dos calificaciones funcionarias sin que haya sido sancionado, continuará corriendo el plazo de la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

La prescripción debe ser alegada.

La prescripción, como institución general del Derecho, debe ser alegada desde el momento que se regula en base a ciertas características básicas o esenciales, entre las que se destaca, precisamente, el que debe ser alegada, por aplicación del principio procesal que dispone que el impulso de la actuación jurídica pertenece a las partes interesadas, permitiéndose solo por excepción y en virtud de norma expresa, la actuación de oficio de quien conoce del asunto jurídico de que se trata.

La prescripción de la acción disciplinaria en los sumarios administrativos, por lo mismo, debe ser alegada por el sumariado, no puede ser declarada de oficio por la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón del acto sancionador. Si no se alega la prescripción, corresponde cursar el decreto o resolución que aplica la medida disciplinaria, sin cuestionar tal hecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Silva Cimma, Enrique (1996). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. Santiago.
2. Reyes Poblete, Miguel Ángel (2019). *Sumarios Administrativos. Teoría y Práctica*. Segunda Edición Actualizada. Editorial Librotecnia. Santiago.
3. Bermúdez Soto, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición actualizada. Santiago.
4. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. Gobierno de Chile. Enero 2018.
5. Camacho Cepeda, Gladys (2008). *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
6. Guzmán Suárez, Lionel (2002). Probidad Administrativa. Universidad de Tarapacá. Arica.
7. Pantoja Bauzá, Rolando (2011). *Estatuto Administrativo Interpretado*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

8. Estatuto Administrativo Interpretado. Ley N° 18.834. Contraloría General de la República. Edición Septiembre 2018.
9. Cordero Quinzacara, Eduardo (2014). “Los Principios que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XLII, Valparaíso.
10. García de Enterría, Eduardo (2008). Curso de Derecho Administrativo, Edición I. Editorial Thompson Reuters. Madrid.

LA RESPONSABILIDAD ÉTICA, DEONTOLÓGICA O PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS

Departamento de Ética del Consejo General del Colmed

Varios Autores¹

1. INTRODUCCIÓN

Es habitual, al abordar en profundidad materias éticas relacionadas con la profesión médica, que nos encontremos con una inevitable ambigüedad en el significado de los términos que son utilizados para describir las situaciones que enfrentamos en el ejercicio del arte. Estas expresiones, que definen las materias sobre las que trata la ética médica y que, generalmente, se encuentran embebidas de una fuerte carga emocional que agrega dificultad a su análisis, encuentran una dificultad adicional en su comprensión al tratarse, muchas de ellas, de expresiones que tienen un significado jurídico, preciso y normado, que nos es desconocido a la mayoría de los médicos y que, a menudo, no coincide con su uso cotidiano. Tal es el caso de la expresión “responsabilidad ética, deontológica o profesional” en el contexto de la práctica de la medicina, en sus distintas facetas. El propósito de este capítulo es entregar los rudimentos jurídicos necesarios para comprender el significado normativo de la responsabilidad médica, que nos permitan comprender, de mejor modo, el complejo entorno ético y jurídico en el que se desenvuelve la práctica de la medicina en el siglo XXI. Para ello, tras una concisa introducción sobre el significado ético de las obligaciones del médico en la relación con sus pacientes, se desarrolla de modo extenso el significado jurídico de la responsabilidad médica y la forma como se encuentra regulado en nuestra normativa. Este último aspecto tiene

¹ Autores: Departamento de Ética del Consejo Nacional del Colegio Médico de Chile: Drs. Anamaría Arriagada; Lionel Bernier; Mauricio Besio; Gladys Bórquez (Presidenta); Constanza Micolich; Carmen Nadal; Hugo Ortega; Sofía Salas; Rodrigo A. Salinas (Secretario); Carlos Valenzuela; Sr. Adelio Misseroni (Abogado).

especial relevancia en el contexto actual, en el que se ha abierto la posibilidad de modificar la regulación ética del ejercicio de nuestra profesión, debilitada por décadas desde las modificaciones legales que tuvieron lugar a partir de la dictación de la Constitución del año 1980 y su legislación subsecuente, que privaron a nuestros pacientes de las herramientas legales que les permitían hacer efectiva la responsabilidad de los médicos por las faltas éticas que cometan en su práctica, responsabilidad fundamental de nuestro Orden y aspecto esencial de la profesión médica.

2. DESARROLLO

2.1. ASPECTOS ÉTICOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO RESPONSABLE DE LA PROFESIÓN MÉDICA

Quienes nos dedicamos a la medicina tenemos, por diversos motivos, poca cercanía con la reflexión sistemática que resulta propia de las humanidades. En particular, nuestro acercamiento a la ética es eminentemente funcional, orientado a dirimir en nuestro fuero interno o mediante el apoyo de colegas, el mejor modo de actuar clínicamente ante un caso problemático. Sabemos, no obstante, que el “caso” se encuentra encarnado en una persona particular, portadora no solo de enfermedades sino también de una biografía, de anhelos y —la mayoría de las veces— de un deseo de restablecer su estado de salud.

Para interiorizarnos en el tema de la responsabilidad ética, puede ser útil bosquejar puntos de acuerdo preliminares sobre ciertos conceptos o ideas a tratar. Tal vez el más necesario sea el intento de delimitar moral y ética. Sobre su diferencia, parece existir un consenso amplio que señala que la *moral* adopta la forma de normas y preceptos, orientadores de acciones particulares, mientras que la *ética* es entendida como una filosofía moral, reflexión acerca de las normas y preceptos propios de la moral.

De la distinción anterior deriva una constatación práctica: la moral es propia de una colectividad que comparte dichas normas o adhiere a creencias que las sustentan. Esto es bastante claro cuando tomamos como ejemplo la moral que es propia de los diferentes credos religiosos, con diferencias más o menos profundas entre ellos; es algo más difícil de observar en las sociedades plurales propias de nuestro mundo contemporáneo, donde una mirada superficial probablemente verá un relativismo moral cuando no una definitiva ausencia de esta. La ética, en tanto filosofía moral, se enfrenta al desafío de reflexionar

acerca de esta aparente ausencia de cohesión normativa, ofreciendo alternativas de comprensión que faciliten un diálogo fructífero entre posturas disímiles. En lo recién planteado, subyace el cambio que ha experimentado la pregunta esencial que la reflexión ética busca responder: en la Grecia clásica —sobre todo con Aristóteles— era “¿qué virtudes se deben practicar para alcanzar una vida buena y feliz?”, pregunta que asume que diferentes personas comparten una idea de felicidad semejante; en la actualidad, la reformulación sería “¿qué normas morales mínimas debemos respetar para poder convivir, dadas las diversas formas existentes de ser feliz?”.

Entendida como filosofía moral, la ética asumirá el método reflexivo filosófico. Sin embargo, existen múltiples escuelas o corrientes filosóficas a lo largo de la historia que han propuesto formas de comprender la realidad muy disímiles. Varias de estas corrientes coexisten actualmente, por lo que no es posible concebir la existencia de una forma única de reflexión ética, más bien debemos asumir que existe una variedad de ellas en nuestro entorno. Para complejizar más aún esta situación, es necesario recordar que a lo largo del siglo XX surgen importantes y fundadas críticas a la idea de la racionalidad humana como fundamento último de la reflexión filosófica y ética. El proyecto de la Ilustración, que pretendía llevar a la humanidad a una etapa de madurez plena y acercarla a la paz perpetua, resulta cuestionado por guerras y genocidios con millones de muertes; en el ámbito médico, las experimentaciones con seres humanos llevadas a cabo por los nazis, o las efectuadas en el “experimento Tuskegee” conducido en los Estados Unidos de Norteamérica hasta comienzos de los años setenta, conducen a reformular los códigos de ética médica tanto en los ámbitos clínicos como de investigación. La racionalidad que se asume como intrínseca a lo humano ha estado justificadamente cuestionada en los últimos decenios.

Como reacción a lo planteado, se han buscado activamente formas de consensuar aquellos aspectos esenciales que debieran respetarse en la toma de decisiones médicas. Esto no solo por la constatación de actos humanos alejados de la racionalidad y de la bondad hacia los semejantes, sino también porque la aplicación de los avances tecno-científicos pueden generar tanto efectos benéficos como nocivos. Por otra parte, se han elaborado éticas que no son entendibles ni tratables desde la filosofía y se acercan más a la ciencia y a la política como teorías de la decisión o teorías y prácticas del bien, donde el bien está definido religiosa o ideológicamente, y el método de decisión se estudia principalmente por las neurociencias, las ciencias humanas, antropología cultural y la teologías (neuroteología, teología moral o moral ideológica) o ideologías.

Las afecciones de salud implican, para quienes las padecen, grados variables de vulnerabilidad. Su búsqueda de asistencia médica genera un contrato implícito con el profesional, un compromiso de poner a su disposición los conocimientos adquiridos, para asistirle mediante un proceso terapéutico. En el ejercicio cotidiano de la medicina, muchas veces es necesario tomar en forma rápida y en solitario decisiones que pueden ser irreversibles. Los códigos deontológicos o las convicciones morales personales pueden, en ocasiones, facilitar esta toma de decisión, pero no logran abarcar todos los ámbitos que están presentes en una relación entre dos personas, en este caso quien se encuentra enferma y quien tiene la posibilidad de asistirle en su aflicción. Una adecuada reflexión ética, con un enfoque prioritariamente práctico, debiera poder incorporar los aspectos que quedan fuera de las normas o códigos, conduciendo a un actuar clínico responsable.

Un juicio ético prudencial deberá abordar los conflictos que puedan surgir entre la pluralidad humana (personas que adhieren a preceptos morales divergentes o con diferentes ideas acerca de lo que es una vida feliz y buena) y aquellas reglas que pretenden constituirse como universales. ¿Se priorizará el respeto a las normas o a las personas en su singularidad constitutiva? Un juicio ético prudencial, muchas veces, requerirá de una deliberación conjunta entre varias personas. Y aunque en su esencia debiera generar una propuesta provisoria, susceptible de revisión ante la aparición de nuevos elementos relevantes, en ocasiones la decisión clínica determina una secuencia de eventos irreversible o difícilmente modificable. Es allí donde el concepto de responsabilidad ética y médica cobra su mayor relevancia.

El reconocimiento de la responsabilidad sobre los actos propios, significa admitir que existe una acción libre del sujeto que produce consecuencias de las que este debe hacerse cargo, lo que implica reconocer, aceptar y sentirse obligado moralmente a actuar de modo consecuente. Si son consecuencias negativas, este hacerse cargo puede asumir la reparación, satisfacción o compensación; si son positivas, consiste en reconocerlas y aceptar recompensa, distinción, agradecimiento o indiferencia. En la filosofía y otras disciplinas no jurídicas, como la medicina, este hacerse cargo se suma, además, al juicio cognitivo, moral, ético y estético de los fundamentos y valores a partir de los cuales las decisiones son tomadas, independientemente de sus consecuencias, y fundadas en las perspectivas valóricas o religiosas del individuo.

2.2. ASPECTOS DEONTOLÓGICOS RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

2.2.1. Diversas acepciones de responsabilidad

En las lenguas romances –al igual que en ciertas lenguas germánicas– el sustantivo *responsabilidad* deriva del adjetivo responsable, el que proviene, a su vez, del latín *respondere* y *responsare* (*responsum dare*), expresiones compuestas por el prefijo *re* (reiteración, volver al punto de partida, de nuevo) y por el verbo *spondere* (prometer, obligarse, dar la propia palabra, comprometerse a algo), del cual provienen, por ejemplo, *sponsio* y *sponsum* (promesa solemne, obligación recíproca, garantía), y palabras de nuestro idioma como esposo y esponsales o desposorio, que es la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, según la definición establecida en el artículo 98 del Código Civil, que guarda mucha similitud con el origen etimológico de la expresión.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua contempla cuatro acepciones del vocablo responsabilidad, a saber: i) cualidad de responsable; ii) deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; iii) cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado, y iv) capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

2.2.1.1. La responsabilidad como virtud

En una primera aproximación, la responsabilidad, en cuanto cualidad de responsable, es, según el diccionario de la Lengua Española, aquello que se dice de una persona “que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. En tal sentido, puede ser definida como una virtud derivada de la diligencia, que consiste en apreciar las acciones, omisiones, palabras y realizarlas con amor, dedicación, rigor, completitud y prontitud en los tiempos, circunstancias en que ellas se necesiten. La responsabilidad incluye la acción de hacerse cargo, asumir y considerar esas acciones y todas sus consecuencias de tal modo de poder llevarlas a cabo óptimamente, tratar los daños que estas acciones pudiesen originar o paliar al máximo sus efectos adversos, accidentes, respuestas idiosincráticas y controlar al máximo los riesgos que ellas tienen.

Presentada así, la responsabilidad se da en varios niveles y circunstancias donde ella se inserta en la práctica médica.

a. En el trato con el paciente

a.1. *Trato profesional en el acto médico-paciente propiamente tal.*

Sea en la práctica privada o pública, el trato con el paciente debe darse con el máximo respeto, decoro, sinceridad y claridad posible. El médico es responsable de hacer la anamnesis, examen físico, las hipótesis diagnósticas, la solicitud de exámenes, las prescripciones, las solicitudes de interconsultas y todo lo necesario para la atención óptima del paciente, de acuerdo a la *lex artis* actualizada que él debe tener y saber adecuar a las disponibilidades de recursos médicos y de salud en ese entorno, cultura y entendimiento médico-paciente. Las prescripciones tienen que ser de tal modo indicadas que no le quepan dudas al paciente para realizarlas ni al farmacéutico u otro profesional que las provea y dejar algún contacto en el caso de duda, deben tener su nombre completo, identidad y firma. Debe percatarse que el paciente ha entendido bien todas sus indicaciones. Los documentos como recetas y fichas clínicas deben ser legibles y entendibles.

Todas las prescripciones pueden tener efectos adversos, de los que el médico debe hacerse cargo, indicándoselos al paciente o señalándole donde se encuentran descritos en detalle, tratándolos en el caso que sean de su especialidad y derivándolos en el caso que tenga competencia. El médico no es responsable de la producción de efectos adversos, pero sí de su manejo. Se pueden producir efectos adversos únicos no descritos, llamados idiosincráticos, de los cuales el médico tampoco es responsable, pero de los cuales debe hacerse cargo.

Toda acción médica debería tener, además, un indicador de tiempo y lugar donde sucede.

Dentro de las responsabilidades éticas que tiene el médico en la relación con sus pacientes se encuentra, en un lugar destacado, la obligación de obtener el consentimiento informado al momento de decidir los estudios y tratamientos que se le realizarán al paciente, toda vez que sea posible. Este proceso se funda en la obligación de respetar la autonomía de las personas, componente esencial de la libertad del individuo y que, a su vez, es la expresión de los derechos y dignidad inherentes a todos los seres humanos.

a.2. *Trato profesional en la acción médica en hospital o servicio con equipo médico.*

En el acto médico colectivo donde un equipo de profesionales se hace cargo del paciente, cada acción médica está exigida con la responsabilidad enunciativa. La situación responsable es que cada paciente tenga un médico tratante que asume todo el proceso y que debiera ser el primero que lo atiende y hospitaliza o recibe en el servicio, aunque no sea el más entendido en la patología del

paciente. De cambiar de tratante, debería quedar escrito el cambio. La situación donde nadie queda a cargo es anómala y no corresponde a una medicina completa, rigurosa y responsable.

b. Trato general del paciente

Toda relación médico-paciente es una relación entre seres humanos, pero tiene características propias que la hacen distintiva y sujeta a responsabilidades especiales. La relación es asimétrica porque el paciente entrega su consentimiento, confidencialidad e intimidad al médico desde el momento que lo elige como su tratante. El médico ejerce así un poder que no se tiene en otro tipo de relaciones. Cuando todo se maneja en el ambiente profesional, no deberían presentarse problemas derivados de intereses que no fueran la mejor atención de la situación de salud del paciente. El profesional debe cuidar el lenguaje y familiaridad que tiene con el paciente. Esta relación asimétrica de poder puede ser derivada por el médico o por el paciente hacia otros objetivos como intereses eróticos, económicos, políticos, de influencias, etc. Como se ha dicho, es responsabilidad del médico mantener la relación dentro del ámbito estrictamente profesional y salirse de él es una infracción grave que puede tener diferentes evaluaciones desde el plano de la ética médica o del plano legal e incluso delictual. No es posible dar un tratamiento general a estas infracciones dado que son muy diversas y se acercan más bien a la situación casuística.

c. Médicos que ejercen autoridad en servicios público o privados

En este caso, es importante que el profesional haga cumplir las directivas institucionales y las sanitarias incluidas en guías, directrices, protocolos, además de todas las disposiciones administrativas para un mejor servicio al paciente. El trato con todos los subalternos debe ser cordial, firme y claro. La responsabilidad que tiene es que la institución cumpla óptimamente el servicio a la comunidad.

No está demás recordar las principales virtudes del ejercicio profesional. Diligencia, prudencia (la decisión en la circunstancia, tiempo, situación y evaluación óptimas y por lo tanto con el menor riesgo posible) y pericia (dominio actualizado de la *lex artis*). Es responsabilidad del profesional decidir con al menos estas tres virtudes. Agreguemos la humildad de reconocer habilidades que se tienen y limitaciones para derivar o no pacientes y la justicia que es atender a todos por igual, siguiendo las normativas de decisión crítica ante recursos limitados o situaciones muy complejas.

d. En materia de políticas públicas

Considerando que en nuestro país impera una reconocida inequidad en el acceso a la salud de las personas, la responsabilidad ética del médico involucra el deber de ser un agente activo para lograr el acceso universal a una atención digna y de calidad para todos, con el objetivo de lograr que los beneficios de la medicina estén al alcance de la totalidad de las personas que lo requieran.

En otras palabras, es un deber del médico, dentro de las obligaciones implicadas en el contexto de su responsabilidad, tener un grado de participación en la confección de las políticas públicas en materia sanitaria. Estas deben considerar la propuesta de John Rawls (1921-2002), el destacado Filósofo político del siglo XX, que en su “Teoría de la Justicia” se pregunta: ¿cómo es posible que un orden institucional sea justo?, a la vez que propone los principios que, en su opinión, deberían gobernar la sociedad. Uno de ellos es particularmente relevante en materia de salud. Rawls sostiene que la justicia en esta materia requiere que se actúe de acuerdo con lo que denomina “Principio de Diferencia” esto es, que los menos favorecidos disfruten del mayor bienestar posible. Esto significa que la Sociedad, el Estado y el Derecho, tienen el deber de atenuar las desigualdades, estableciendo para ello, aunque parezca paradójico, la idea de una acción desigual niveladora que consiste en dar más a quien menos tiene y más necesita, y dar menos a quien más tiene y menos necesita. Este objetivo, en materia sanitaria, es una urgencia en nuestro país.

2.2.1.2. La responsabilidad como obligación de reparar

Cuando hablamos de responsabilidad en el sentido de satisfacer o reparar, estamos aludiendo a la consecuencia que conlleva para un individuo la realización de una determinada conducta que contraviene un deber al que se encontraba sujeto en virtud de un hecho voluntario o por disposición normativa.

La expresión responsabilidad, en el sentido que nos ocupa, presupone, por consiguiente, la noción de obligación o deber, términos que, etimológicamente, provienen de “*ob-ligatio*” —estar unido, estar atado— y “*de-habere*” —tener en su poder una cosa de otro—, de allí que tanto la obligación como el deber entrañan, necesariamente, una deuda y un compromiso con el otro.

Por consiguiente, si una persona cumple los deberes y obligaciones que le imponen las normas vigentes en la sociedad o grupo al que pertenece, no incurrirá en faltas a la responsabilidad, la que surgirá solo ante la conculcación de dichos deberes y obligaciones, en cuyo caso deberá recibir y soportar las consecuencias

sancionatorias de tal vulneración, que dependen, en definitiva, de la naturaleza de la norma transgredida.

Así, la responsabilidad que surge de la violación de una norma moral será diversa a la que surja de la infracción de una norma jurídica, y la sanción que tal conculcación llevará aparejada será también distinta.

Ahora bien, para determinar la naturaleza de la responsabilidad —moral o jurídica— que surge por la vulneración de las normas que rigen una determinada profesión, habrá que elucidar la naturaleza de la norma que impone el deber u obligación infringido.

Tal distinción cobra especial relevancia tratándose de la responsabilidad que surge para un facultativo al contravenir una disposición que regula el ejercicio profesional, desde que el cuerpo normativo que contiene las normas que rigen el correcto ejercicio de la profesión de médico cirujano en Chile se denomina *Código de Ética*, lo que podría llevarnos a la conclusión —apresurada— de que las normas en él contenidas son éticas o morales y la responsabilidad que su infracción llevaría aparejada tendría igual naturaleza.

Sin embargo, tales normas no responden, necesariamente, a las características propias de los preceptos morales y, en muchos sentidos, se asemejan más a las normas jurídicas. Así, verbigracia, la heteronomía propia del Derecho —a diferencia de la autonomía de la Moral— se encuentra presente en las normas que rigen una determinada actividad profesional, por cuanto su origen y validez provienen de una instancia exterior al destinatario —el cuerpo profesional respectivo y, específicamente, el órgano facultado para dictarlas, cumpliendo los requisitos establecidos para ello—, prescindiendo de la conformidad o disconformidad del destinatario de la norma con el deber u obligación que impone. De igual forma, la bilateralidad y carácter imperativo-atributivo de este tipo de normas, así como la coercibilidad de unas y otras, las distingue del carácter unilateral, imperativo e incoercible de los preceptos morales.

Por consiguiente, y a diferencia de la terminología que utiliza el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en otros sistemas normativos —como, por ejemplo, en Europa continental— se suele utilizar la expresión deontología profesional para referirse a aquel *“conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional”*².

² Lega, Carlo. Deontología de la profesión de abogado, en Curso de Ética Profesional Jurídica, San José, 2005, p. 193.

Como señala Lega³ “[l]as numerosas definiciones de deontología profesional que han sido elaboradas por la doctrina tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan su carácter moral. No se preocupan, en cambio, de afrontar el problema de su naturaleza como complejo normativo, limitándose a considerarla bajo el aspecto ético. Pero, por un lado, no siempre es posible incluir las reglas deontológicas entre las meramente morales, y, por otro, no es siempre fácil o posible clasificarlas en alguna de las categorías jurídicas tradicionales, puesto que muchas presentan un carácter intrínseco de extrajuridicidad”.

En tal sentido, señala Romeo Casabona⁴ que “el Tribunal Constitucional español [...] ha venido estableciendo que las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Por el contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios [...]”. En este mismo sentido, señala Casado⁵ que, en la jerarquía de las distintas clases de normas que rigen nuestra conducta, las deontológicas constituyen algo más vinculante y conducente a sanción —desde el punto de vista externo— que las normas morales y menos que el derecho.

Por consiguiente, encontrándose la deontología profesional a mitad de camino entre las normas morales y jurídicas, muchos autores, al analizar la naturaleza de tales preceptos, sostienen que estamos en presencia de un *tertium genus*, con características de uno y otro ámbito normativo. Y la responsabilidad que ha de surgir para quien incumple tales preceptos estará revestida de las particularidades que tales normas poseen.

2.2.2. La responsabilidad deontológica de los médicos en el ordenamiento jurídico nacional

La responsabilidad ética, deontológica o profesional es aquella en que incurre el titular de una determinada profesión al vulnerar los deberes especiales que esta le impone.

3 Op. cit., pp. 195-196

4 Enciclopedia de Bioética y Derecho. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/65>

5 María Casado González: Ética, Derecho y deontología profesional, en Revista Derecho y Salud, Volumen 6, Núm. 1, 1998.

El término profesión procede de la raíz latina *fassio*, que nos ha llegado integrada en dos vocablos, *confessio* y *professio*, que, además, en latín significan lo mismo. Todavía en nuestro idioma se identifica “hacer profesión de fe” con confesar públicamente la fe, y se dice de alguien que profesa tal religión cuando hace manifestación pública de ello. De ahí que la sociología haya definido las profesiones como roles sociales específicos, en los que el profesional se compromete públicamente a realizar una cierta labor a favor de los ciudadanos, y estos le aceptan como tal, permitiendo que gestione el poder social inherente a ese rol⁶.

En consecuencia, la profesión está constituida por un grupo de personas que declara de manera oficial que sus miembros se comprometen a actuar y a comportarse de acuerdo a conductas normadas en su generalidad con especificaciones de aplicación en la particularidad, a los cuales el grupo mismo y la sociedad pueden sancionar, cuando no actúan de acuerdo con estas normas precisas de conducta. La profesión médica, entonces, se presenta ante la sociedad como un instrumento de beneficio social y la sociedad acepta la profesión mediante un pronunciamiento reglamentado, esperando que sirva objetivos sociales importantes, especialmente aquellos imprescindibles para la vida o calidad de vida humana.

Para cautelar este objetivo y evitar toda desviación, la profesión médica cuenta con un Código de Ética que precisa las normas de conducta por las cuales sus miembros deben ser juzgados y castigados cuando las infrinjan.

En nuestro ordenamiento jurídico, la norma fundamental que sirve de fundamento a la responsabilidad profesional está contenida en el párrafo cuarto del numeral 16° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, a propósito de la garantía de la libertad de trabajo y su protección:

“Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que

⁶ Diego Gracia Guillén, Nueva misión de la Universidad. Lección inaugural Curso Académico 2007-2008, Departamento de Estudios e Imagen corporativa, UCM, Madrid, 2007.

se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”.

La norma del párrafo anterior relativa a los colegios profesionales fue introducida por la Ley N° 20.050, de 2005, no existiendo referencia alguna a los colegios profesionales, en la vigente carta fundamental, con anterioridad a tal modificación. Además, la referida ley introdujo una disposición vigésima transitoria, que preceptúa que “[e]n tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del número 16° del Artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios”.

La norma constitucional antes referida mantuvo el carácter voluntario de la colegiación, distinguiendo entre profesionales asociados a un colegio profesional y aquellos que no lo están, entregando a órganos jurisdiccionales diversos el conocimiento y juzgamiento de las infracciones a los deberes que una determinada profesión impone a sus miembros: a sus respectivos colegios, en caso de pertenecer a ellos y a tribunales especiales, en el caso de los no asociados a un colegio profesional.

Sin embargo, al no haberse dictado —después de más de dieciséis años de entrada en vigencia la norma en cuestión— una ley que regule la materia, la mentada disposición constitucional no ha cambiado mayormente el sistema de control ético de las profesiones, que se mantiene débil, o casi inexistente en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en la inmensa mayoría de los países desarrollados, en que se consagra un control ético fuerte del ejercicio profesional.

Como es sabido, hasta el año 1981 existió en Chile un control deontológico efectivo del ejercicio profesional. En el caso de los médicos, este encontraba su fundamento en la Ley N° 9.263, de 1948, que creó el Colegio Médico de Chile, y cuyo objeto, según lo dispuesto en su artículo 2°, es “*el perfeccionamiento, la protección económica y social y la supervigilancia de la profesión de médico-cirujano*”.

Además de regular su estructura, patrimonio y facultades de los órganos del Colegio Médico, la referida ley establecía que las personas que se creyeran perjudicadas con los procedimientos profesionales de un médico-cirujano podían ocurrir al respectivo Consejo Regional, el cual apreciaba privadamente y en conciencia el motivo de la queja, oyendo al interesado (artículo 26), pudiendo imponer al médico que incurriera en cualquier acto desdoroso para la profesión,

abusivo de su ejercicio o incompatible con la dignidad y cultura profesionales, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción, las sanciones de amonestación, censura, multa de uno a diez sueldos vitales mensuales, suspensión del ejercicio de la profesión por un plazo no superior a seis meses y de hasta un año en caso de reincidencia (artículo 29). El Consejo General, conociendo de una reclamación a requerimiento del Consejo Regional respectivo o de oficio, podía acordar la cancelación de la inscripción en el Registro del Colegio Médico de Chile, por los dos tercios de sus miembros, siempre que motivos graves lo aconsejen, resolución que era apelable ante la Corte Suprema, vista por dicho tribunal en pleno y solo podía ser confirmada por el voto de los dos tercios de los miembros presentes. Confirmada la resolución, el médico era borrado de los Registros del Colegio y esta determinación era comunicada a cada uno de los diferentes Consejos Regionales del país y a las autoridades correspondientes para su cumplimiento. Como la ley exigía a todo médico estar inscrito en el Registro Especial del distrito jurisdiccional de su residencia para ejercer la profesión (artículo 25), la cancelación de aquel implicaba la prohibición del ejercicio profesional.

La situación anteriormente descrita cambió radicalmente en 1981, con la dictación del Decreto Ley N° 3.621, que fija normas sobre colegios profesionales. En su parte considerativa, el referido cuerpo normativo arguye que *“la libertad de trabajo conlleva necesariamente la libertad de afiliación o desafilación a cualquier clase de asociaciones, de modo que ellas no puedan establecerse como requisito para ejercer una actividad laboral”*, agregando que *“los Colegios Profesionales, cuya inscripción se impone con carácter de obligatoria para el ejercicio de la profesión respectiva, constituyen la única excepción a la norma anteriormente citada, lo que ha significado favorecer condiciones proclives a la mantención de sistemas monópolicos en amplios e importantes sectores laborales del país”*.

En definitiva, concluye que, siendo estas entidades colegiadas asociaciones gremiales de profesionales, deben, por lo tanto, someterse, en su organización y funcionamiento, a las normas especialmente dictadas para ellas en el Decreto Ley N° 2.757, de 1979, sobre la base de la completa libertad de afiliación y desafilación que las caracteriza. Por último, señala que las facultades jurisdiccionales, tanto para dirimir conflictos entre los profesionales o entre estos y sus clientes como para velar por el cumplimiento de la ética profesional, otorgadas a los Colegios, pueden ser idóneamente ejercidas por los tribunales de justicia, estableciendo con este fin procedimientos adecuados, lo que evitará el contrasentido que la misma entidad encargada de la defensa y desarrollo de los

intereses profesionales de sus miembros, conozca y resuelva sobre las faltas a la ética profesional cometidas por estos en el ejercicio de su profesión.

Fue así como el gobierno de facto de la época puso fin al control ético del ejercicio profesional, pues desde la dictación del referido decreto ley y hasta la reforma constitucional de 2005—en que, teóricamente, se restituyó al respectivo colegio la facultad de conocer de las reclamaciones sobre la conducta ética de sus asociados— el control deontológico por parte de los tribunales de justicia, cuanto menos en el ámbito médico, fue prácticamente inexistente.

Sin embargo, los cambios que introdujo la reforma constitucional de 2005 fueron más teóricos que reales, desde que poco ha cambiado en cuanto a un control efectivo de la ética profesional.

En efecto, para que la norma de la carta fundamental se transforme en un efectivo control ético del ejercicio profesional, resulta imprescindible que una ley regule las facultades de que estarán investidos los colegios profesionales ante las infracciones a las normas éticas en que incurran sus asociados y de las consecuencias legales que los juicios éticos tendrán. Hoy en día las facultades de las que gozan no difieren de aquellas de que eran titulares antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, y que son propias del ejercicio de las facultades de policía correccional de que goza cualquier entidad privada.

Del tratamiento constitucional que sobre la materia efectúa la Constitución Política de la República deriva indubitadamente una triada de elementos aplicables a la asociación, particularmente ejercida en el ámbito de las profesiones titulares: se trata de una manifestación de libertad de la persona, que importa su ingreso, permanencia y eventual retiro; es un ámbito de vinculación entre individuos que comparten no solo intereses tangenciales sino una misma visión de su profesión y de su papel en sociedad y, precisamente, en aras de cautelar dichos aspectos, los colegios profesionales tienen reconocido el derecho a la tuición ética de sus miembros, aun cuando sin facultades efectivas, desde que no puede suspender el ejercicio profesional, en forma transitoria o definitiva, de quienes incurrir en vulneraciones graves de las normas deontológicas.

Tal tuición resulta fundamental en la vida de estos colegios, pues resguarda los aspectos fundamentales de la profesión misma en cuanto al deber ser o deontología de esta y también importa preservar las bases de la asociatividad generada en su entorno y la mantención de una necesaria *affectio societatis* entre sus miembros, lo cual se manifiesta en la adopción pactada de estatutos, códigos de ética o reglamentos de conducta aplicables a estos, cuya infracción genera responsabilidades y eventuales sanciones internas.

Es dable señalar que estas reflexiones se confirmaron en la discusión acerca de la ya citada modificación del artículo 19 N° 16 de la Constitución en virtud de la Ley N° 20.050, haciendo referencia a la tuición ética de los colegios profesionales, destacándose por ejemplo la visión del profesor Lautaro Ríos en la materia: *“Compartió la tesis del tratadista don Darío Ortíz, quien, siguiendo la ley orgánica de los colegios profesionales de España, afirma que tres cosas son esenciales en esta materia: un colegio por cada profesión, obligación de pertenencia y potestades de derecho público entregadas por el Estado. Entre ellas se destacan la potestad de registro —el colegio controla la calificación profesional para ingresar—, la potestad reglamentaria, única forma de regular la deontología de la profesión en lo técnico y en lo ético y, en tercer lugar, la potestad disciplinaria para poder ejercer un efectivo control. Estos elementos, dijo, pueden ayudar a solucionar el verdadero desbarajuste que se ha producido con estas instituciones”*⁷.

2.2.3. El control ético (deontológico) en el ejercicio de la medicina

La norma contenida en el artículo 19 N° 16°, párrafo cuarto, de la Constitución Política de la República, según hemos señalado anteriormente, pareciera tener más bien un carácter programático, por cuanto mientras no se dicte una ley que regule la materia, los colegios profesionales no podrían aplicar otras sanciones que las propias de una corporación privada, sin que exista claridad de cuáles serían las sanciones que han de aplicar los tribunales ordinarios a que están sometidos los profesionales que no pertenezcan a un colegio profesional, no pudiendo obviamente ser las mismas que han de aplicar los colegios profesionales, pues estas dicen relación con el carácter de miembro de la asociación respectiva —v.gr. suspensión de la calidad de afiliado o expulsión del Colegio—.

De lo razonado, se puede apreciar que poco ha cambiado con la reforma constitucional sobre la materia, manteniéndose el carácter voluntario del control ético de las profesiones.

El Colegio Médico de Chile, sin embargo, ha dictado normativas internas de funcionamiento orientadas a dar cumplimiento a los preceptos éticos definidos en su código, independientemente de la trascendencia legal que las infracciones éticas tengan. El ejercicio de la jurisdicción ética al interior del Colegio Médico de Chile se encuentra radicado en los Tribunales de Ética de la Orden,

⁷ Informe Comisión de Constitución Control Ético de los Colegios Profesionales sobre sus Asociados, Historia de la Ley N° 20.050, Congreso Nacional.

constituidos por un Tribunal Nacional y veinte tribunales regionales, en cada uno de los Consejos Regionales que componen la institución.

Son competentes para conocer de las infracciones a la ética profesional y aplicar las penas contempladas en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, los Tribunales Regionales de Ética, en primera instancia, y el Tribunal Nacional de Ética, en segunda, sin perjuicio de ciertas materias que son conocidas por este último Tribunal en única instancia (artículo 1° del Reglamento de Tribunales de Ética del Colegio Médico de Chile).

Las normas deontológicas que rigen la profesión médica se encuentran contenidas en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, el cual, si bien ha sido dictado por la institución y sería, en principio, solo aplicable a sus asociados, contiene normas de carácter universal, aplicables a todo profesional que ejerza la medicina, por lo que los tribunales ordinarios, al conocer de las reclamaciones que se promuevan contra médicos no pertenecientes al Colegio Médico de Chile, necesariamente han de aplicar los preceptos de este código deontológico. Así, a modo ejemplar, los tribunales superiores de justicia han invocado el referido cuerpo normativo para fundamentar sus resoluciones en las causas Rol 3729-2017, del Tribunal Constitucional, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, y Rol 95034-2020, de la Corte Suprema, con ocasión de un recurso de protección interpuesto por la negativa de un machi condenado y en huelga de hambre a realizarse acciones de salud.

El vigente Código de Ética del Colegio Médico de Chile consta de un Preámbulo, relativo a los principios generales que regulan el ejercicio profesional médico, y de diez títulos, el primero de los cuales se refiere al Objeto y Ámbito de Aplicación del presente Código.

El Título II se refiere a los Deberes Generales del Médico, haciendo especial hincapié en el deber de respetar la vida humana desde su inicio y hasta su término. Pero, reconociendo la diversidad de valores existentes en la sociedad, preceptúa que, en ciertas circunstancias, la autonomía de la mujer embarazada es considerada por sobre el valor de la vida fetal, por lo que la legislación vigente permite la realización de una interrupción voluntaria del embarazo. En estos casos, el médico podrá practicarla, sin perjuicio de su derecho para excusarse de intervenir invocando la objeción de conciencia, en la forma que el ordenamiento jurídico y este Código determinen. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad no lo exime de sus deberes de informar a la mujer embarazada sobre los derechos

que la ley le confiere en esta materia ni de otorgarle los cuidados necesarios, anteriores y posteriores a la intervención.

El Título III regula las Relaciones del Médico con sus Pacientes, destacando entre las reglas generales de comportamiento los principios de confianza, libertad y autonomía. Asimismo, se sanciona al médico que actúe con negligencia, imprudencia o impericia, definiendo estas conductas y señalando aquellas que quedan excluidas de estas categorías.

En este Título se consagra, asimismo, un párrafo dedicado a la información y al consentimiento, destacando especialmente la autonomía del paciente para aceptar o rechazar pruebas diagnósticas y tratamientos.

En materia de Secreto Profesional, se impone al médico el deber de garantizar el anonimato de los pacientes a quienes se haga referencia en publicaciones científicas, reuniones clínicas y presentaciones públicas, y se establece que solo con el consentimiento de aquellos puede el médico revelar su identidad. Asimismo, se prohíbe a los facultativos participar en la constitución de bancos de datos sanitarios que no garanticen suficientemente la confidencialidad de la información, como también suscribir convenios de prestación de servicios profesionales que obliguen a entregar información sujeta a secreto profesional. Cabe destacar también que no son consideradas válidas aquellas autorizaciones de carácter genérico, otorgadas por los pacientes con anterioridad a los hechos que las motivan, o insertas en contratos de adhesión celebrados con instituciones de salud.

Por último, se establecen ciertas situaciones de excepción en las cuales el médico puede develar información sobre su paciente, después de una debida deliberación.

Concluye el Título III con un párrafo relativo a Honorarios Profesionales, donde se exige total transparencia en su determinación, destacando que el objetivo primordial del acto médico es buscar la salud del paciente, no pudiendo tener como fin exclusivo el lucro. Asimismo, se mantiene el deber ético de solidaridad entre médicos, prohibiéndose el cobro de honorarios respecto de colegas y ciertos familiares, estableciéndose, eso sí, el deber de solicitar previamente en forma personal dicha atención, con el objeto de evitar abusos.

En el Título IV, sobre Publicidad Profesional e Información al Público, se prohíbe al facultativo toda forma de publicidad, directa o indirecta, señalándose expresamente ciertas conductas que merecen especial reproche desde el punto de vista ético.

A las Relaciones con Empresas de Productos Clínicos y Farmacéuticos se refiere el Título V. A este respecto, debemos destacar los límites que se establecen a la posibilidad de aceptar donaciones o invitaciones, las cuales jamás pueden limitar o coartar la independencia profesional del médico.

En el Título VI se introducen nuevas disposiciones sobre investigación científica. En esta materia, deberá siempre obtenerse el consentimiento informado del sujeto de investigación y respetarse plenamente su autonomía, aplicándose aquellas normas nacionales e internacionales ratificadas por el Colegio Médico de Chile.

El Título VII se refiere a las Relaciones del Médico con sus Colegas y con los demás Profesionales de la Salud, las cuales deben siempre basarse en el respeto, deferencia, lealtad y consideración recíprocos, siendo deber de todo médico defender a aquel colega que haya sido injustamente atacado o denunciado.

De Algunas Formas Especiales de Ejercicio Profesional trata el Título VIII. Estos profesionales deben tener especial cuidado para que sus actuaciones no vulneren los imperativos éticos establecidos en el Código de nuestra Orden. Así, los facultativos que desarrollen actividades de carácter médico legal, de control o de auditoría, deberán comunicar expresamente a la persona involucrada en la diligencia la naturaleza de la función que realizan y las posibles consecuencias de su gestión.

Finalmente, los Títulos IX y X se refieren a las Relaciones del Médico con el Colegio Médico de Chile, a las Sanciones y su Ejecución. En cuanto a la aplicación de las sanciones —expulsión de la institución; suspensión de la calidad de asociado entre un mes y tres años, la cual lleva aparejada la inhabilitación para desempeñar cargos gremiales por el mismo período; multa; censura y amonestación—corresponde a los Tribunales de Ética del Colegio Médico de Chile, según hemos señalado.

3. CONCLUSIONES

La autorregulación es un elemento distintivo de las profesiones, particularmente de aquellas que, además de cautelar los bienes más preciados del individuo, como son la vida y la salud, se desarrollan en un ambiente de gran asimetría de información entre quienes la ejercen y quienes recurren a sus servicios. Ese es el caso de la profesión médica. La responsabilidad que recae en los hombros de quienes la ejercen es, por consiguiente, inmensa, y en ese contexto

se inscribe el esfuerzo del Colegio Médico, y de su Fundación de Asistencia Legal (FALMED), por avanzar en la comprensión de parte de los médicos del significado de la responsabilidad médica en el contexto normativo, ético y jurídico vigente, así como en abogar por el perfeccionamiento de este, para resguardar la excelencia en el cuidado de nuestros pacientes.

Estimamos que la nueva carta fundamental que propondrá la Convención Constitucional, creada por la Ley N° 21.200, que modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, y que será sometido a plebiscito nacional, según dispone el artículo 142 de la Constitución, debería contemplar la posibilidad de que la ley regule un sistema de control ético efectivo del ejercicio de la profesión de médico cirujano, ya sea mediante corporaciones de derecho público únicas en cada territorio que se determine, o mediante un sistema de jurisdicción universal, a cargo de los pares. Para ello, es indispensable la participación preferente de los colegios profesionales en la redacción de los respectivos códigos de ética, así como en la conformación de los tribunales que persigan las responsabilidades derivadas de las infracciones a sus normas.

El daño que el Decreto Ley N° 3.621, de 1981, produjo en el ejercicio profesional es invaluable y, como señaló el profesor Lautaro Ríos hace ya muchos años, la ética profesional es un requerimiento de la vida social, tan indispensable para la salud de esta como el agua para la vida humana. Y esto seguirá siendo así aunque ahora ocurra —como el agua en los tiempos de sequía— que la ética escasee cuando más se necesita.

BIBLIOGRAFÍA

- Cortina, Adela y Martínez, Emilio (2001). *Ética*. Madrid: Akal.
- Gracia, Diego (2007). *Nueva misión de la Universidad. Lección inaugural Curso Académico 2007-2008*. Madrid: UCM.
- Lega, Carlo (2005). Deontología de la profesión de abogado, en *Curso de Ética Profesional Jurídica*. San José.
- Ricœur, Paul (1996). *Sí mismo como otro*. México DF: Siglo XXI.
- Ricœur, Paul (2008). *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*. Madrid: Trotta.

DERECHO LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO EN EL EJERCICIO

DERECHO LABORAL PÚBLICO

Abogada Madelyn Maluenda¹

Dr. José Rafael Peralta Camposano²

INTRODUCCIÓN

La importancia de estudiar las normas que conforman al derecho radica en que permitirá entender las particularidades propias de la relación jurídica del funcionario público con el Estado.

En este artículo se expondrán los puntos más relevantes de la normativa que regula la función pública, así como también ahondaremos en qué significa ser un funcionario público y las consecuencias que derivan de este vínculo.

Se expondrán los derechos que tiene un funcionario público y qué podría exigir, ya sea ante la Contraloría General de la República como ante los Tribunales de Justicia. Asimismo, se expondrán los deberes y prohibiciones, así como el proceso calificadorio al que están sujetos los funcionarios, para finalizar con las causales de término de esta relación particular entre el Estado y el profesional funcionario.

¹ Autora: Abogada UDELAM, a cargo de la primera a la quinta región. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte y Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Se desempeña desde el año 2013 en Falmed, ingresando a UDELAM a partir del año 2018.

² Revisor: Médico cirujano de la Universidad de Chile, con Magíster en Docencia en Carreras de la Salud de la misma institución. Integrante de la Dirección Académica y académico del Departamento de Educación en Ciencias de la Salud de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, así como Subdirector Académico en el periodo 2019-2022. Presidente de la Unidad de Defensa Laboral, entidad que reúne al Colegio Médico y a su Fundación de asistencia legal.

CAPÍTULO I: ASPECTOS PRELIMINARES

1.1. MARCO NORMATIVO

Cuando hablamos de derecho laboral público nos referimos al régimen especial que rige a los funcionarios públicos, tanto en sus derechos como en sus deberes.

Los funcionarios públicos están supeditados a un conjunto de preceptos que se encuentran en distintos Estatutos que establecen el marco jurídico en el que se pueden desenvolver, ya que, en el ámbito público, la Administración del Estado solo puede hacer aquello que la ley le permite. Esto trae como consecuencia que ni los funcionarios públicos ni la autoridad administrativa pueden negociar condiciones laborales distintas a aquellas que la ley ordena. Por esta razón es relevante conocer cuáles son las leyes que conforman el mencionado marco que conocemos como “*derecho laboral público*”.

El primer cuerpo legal que regula el actuar de la Administración, y que, por tanto, incide en el quehacer de los funcionarios públicos, es la Constitución Política de la República. Actualmente, la Carta Fundamental establece en primer lugar que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es el bien común (Art. 1º), lo que resulta relevante porque, como se verá, muchas de las decisiones que debe tomar la autoridad administrativa, como parte del Estado, se rigen por esta finalidad, no pudiendo hacer nada contrario a esta. Junto con ello, se establece el deber de todos los funcionarios a someterse al principio de probidad, así como el deber de transparencia (Art. 8), principios que son desarrollados en distintas leyes, como explicaremos más abajo. Asimismo, establece el derecho a acceder a los empleos públicos (Art. 19 N° 17) y entrega a la Ley Orgánica Constitucional el deber de garantizar la igualdad de oportunidades de ingreso a la carrera funcionaria, como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes (Art. 38).

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, cuyo texto coordinado y sistematizado se encuentra en el D.F.L. N° 1 del 2001, como su nombre lo dice, establece las bases de la Administración y por ende del Derecho Laboral Público. Esta ley reitera la finalidad del quehacer de todos quienes son parte de la administración, esto es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas de forma continua y permanente (Art. 3), así como el deber de las autoridades y funcionarios de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública (art. 5). Además, establece que los funcionarios de la

Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado y el deber de cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico (Art. 7). También esta ley señala que el personal de la Administración del Estado se regirá por normas estatutarias, las que establecerán los deberes y derechos de los funcionarios, así como el ingreso y la cesión de sus funciones (Art. 15). Estas normas estatutarias deberán velar por la dignidad de la función pública y vuelve a referirse al carácter técnico, profesional y jerarquizado de dicha función (Art. 17). En sus títulos II y III consagra las bases de la carrera funcionaria y el deber de probidad, que desarrollaremos más adelante.

Estos preceptos estatutarios están diseminados en distintas leyes, dependiendo del establecimiento en donde el médico funcionario se desempeñe, siendo el estatuto supletorio, el contenido en el *D.F.L. N° 29 del 2004, Fija Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado De La Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo*. Mientras que el régimen supletorio de los funcionarios municipales, es la Ley N° 18.883 que Aprueba Estatuto Administrativo Para Funcionarios Municipales.

En el caso del desempeño de los médicos profesionales funcionarios, es preciso distinguir entre aquellos que trabajan en cargos de planta o a contrata en los distintos servicios de salud y hospitales, de aquellos que trabajan en la atención primaria de salud municipal. Los primeros se encuentran regulados por la Ley 19.664 y 15.076; y los segundos, regulados por la Ley 19.378. Ambas leyes establecen derechos y deberes para los funcionarios y conforman lo que conocemos como el derecho laboral médico, que estudiaremos en acápite posteriores.

1.2. ¿QUÉ IMPLICA SER FUNCIONARIO PÚBLICO?

Independiente del Estatuto por el cual esté regido el funcionario en particular, es preciso entender qué implica la calidad de funcionario público y la naturaleza jurídica especial que une al funcionario con la administración, lo que ayudará a entender el por qué de algunas normas que se expondrán más adelante.

Los funcionarios públicos son las personas que ejercen concretamente las actividades materiales que le corresponde realizar a la administración pública³. Como ya se adelantó en el acápite anterior, estos funcionarios públicos se

3 José Miguel Valdivia (2018). Manual de Derecho Administrativo, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, p. 57.

encuentran regidos por las normas de derecho público, cuyo fin último es la satisfacción de las necesidades de la población y el interés general, lo que implica que, al contrario de lo que ocurre con los trabajadores del sector privado, el régimen laboral de estos funcionarios se encuentra principalmente supeditado a dicho fin último. Por esta razón, se encuentran sujetos a este régimen jerarquizado, que les compele a cumplir con las órdenes que sus superiores realizan, aún incluso cuando estas sean ilegales.

Una de las principales características de esta naturaleza especial de este régimen jurídico laboral de los funcionarios públicos, es que estamos ante un régimen estatutario, donde los derechos y deberes son fijados por la ley y no por la Administración Pública.

Otra de las peculiaridades de este vínculo es que la autoridad, previo a autorizar la utilización de ciertos derechos a los funcionarios, como permisos o incluso feriados legales, debe previamente atender a si el interés general no se verá afectado con la ejecución de dicha prerrogativa. En efecto, la misma ley establece en ciertas situaciones, que estos derechos pueden ser anticipados o postergados si la población se puede ver afectada con esta decisión.

Esta naturaleza también explica el por qué la autoridad podría incluso fijar horas extraordinarias, ante la necesidad de cumplir la continuidad del servicio. A todo esto se agrega el carácter jerarquizado de la relación, que obliga al funcionario acatar las órdenes que le entreguen sus superiores, lo que sumado al interés general, muchas veces puede importar que el funcionario pueda ver alterada su normalidad, con tal de atender las necesidades de la población, como ocurrió con la emergencia sanitaria que empezó en 2020, donde las prerrogativas de la administración quedaron en evidencia ante los extenuantes turnos que tuvieron que imponerse, incluso a aquellos funcionarios que en tiempos normales no realizaban esos tipos de trabajo.

1.3. EL INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN Y LOS TIPOS DE CARGOS

Al contrario de lo que ocurre con el sector privado, los funcionarios públicos al ingresar a la administración no deben firmar un contrato de trabajo, sino que la forma de ingreso es a través del nombramiento que hace la autoridad por resolución exenta, la cual es un acto administrativo en el que consta la designación del profesional en un determinado cargo.

Hay dos tipos de cargos públicos: a contrata, que es aquel de carácter transitorio y que no puede extenderse más allá del 31 de diciembre de cada año, mientras que los cargos de planta, son los cargos permanentes de cada servicio.

Este nombramiento puede ser previo concurso público o a través de nombramiento directo. En el caso de los funcionarios regidos por la Ley N° 19.664, y que ingresan a trabajar a los servicios de salud pueden ingresar a la etapa de destinación y formación, a través del concurso público (Art.8) conocido como CONISS (Concurso Nacional de Ingreso a los Servicios de Salud), pero también pueden ingresar a través de contratación directa (Art.9). En el caso de los funcionarios municipales también pueden ingresar mediante concurso público o a través de contratación directa.

También pueden entrar a prestar funciones en los establecimientos de salud a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, los cuales si bien no tienen la calidad de funcionarios públicos, la Contraloría General de la República les ha reconocido el carácter de servidores públicos, que al ejercer una función pública se encuentran sometidos también al principio de probidad administrativa (Dictamen 86.190 de 2013), sin embargo, no tienen otros derechos que los que se le reconocen expresamente en el respectivo contrato.

Mientras que en el caso de los profesionales contratados en la atención primaria, estos son contratados a plazo fijo o indefinido. Los funcionarios a plazo fijo, al igual que la contrata, son contratados para cumplir sus funciones desde el 01 de enero al 31 de diciembre de cada año o en períodos inferiores. Mientras que los que son contratados indefinidamente, son los funcionarios que ingresan a través de concurso público.

Los requisitos para ingresar a la administración del Estado los encontramos en los respectivos Estatutos Administrativos (Art. 12) y de funcionarios municipales (Art. 10). El profesor y Contralor Jorge Bermúdez⁴ los esquematiza de la siguiente manera:

- Ser ciudadano, excepto el caso de extranjeros con conocimientos científicos o de carácter especial.
- Cumplimiento de ley de reclutamiento y movilización.
- Salud compatible con el desempeño del cargo.
- Haber aprobado educación básica y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que se exija para el empleo.

⁴ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Editorial Thomson Reuters, 2016, p. 344.

- No haber cesado en cargo público producto de una calificación deficiente o medida disciplinaria de destitución (salvo si han transcurrido más de cinco años).
- No encontrarse inhabilitado para ejercer funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por crimen o simple delito.

1.4. DE LA NATURALEZA DE LA CALIDAD DE BECARIO

Es importante detenernos, por lo menos brevemente, en este vínculo, ya que muchas veces genera confusión en aquellos que lo ostentan. El becario no es funcionario público ni tampoco trabajador, rigiéndose única y exclusivamente por lo que dice la ley, el Decreto 507 de 1990, del Ministerio de Salud, que Aprueba Reglamento de Becarios de la Ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud.

La consecuencia de esto es que no podrán reclamar otros derechos que aquellos que el reglamento les reconozca, encontrándose supeditados a este régimen, por lo que nada de lo expuesto en este artículo se les aplica. Tampoco pueden reclamar en Contraloría por sus derechos a través del reclamo de ilegalidad que establece el Estatuto Administrativo.

CAPÍTULO II: DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS MÉDICOS

Los derechos de los funcionarios médicos se encuentran en distintos cuerpos legales y dependerá de los establecimientos asistenciales donde se desempeñan, las normas aplicables a cada uno de los casos. En este acápite se enumeran los derechos esenciales que componen el derecho laboral público, distinguiendo entre las leyes que los regulan, los cuales pueden ser exigidos a la administración del Estado. Tenemos que agregar que la Ley N° 15.076, es supletoria a la Ley 19.664, es decir, todo aquello no regulado por esta última es regulado por la primera. Estas, a su vez, son suplidas por el Estatuto Administrativo.

2.1. DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL CARGO

En principio este derecho está garantizado expresamente por la ley a los funcionarios que conforman la planta de cada servicio, reconociéndoles el derecho a gozar de estabilidad y de ascender en el respectivo escalafón (Art. 89, Estatuto Administrativo).

Decimos en principio porque Contraloría General de la República, como los tribunales superiores de justicia, han reconocido el derecho de los funcionarios a contrata que llevan más de dos renovaciones anuales en un determinado establecimiento de salud, sean parte de la red asistencial o de alguna municipalidad, puedan ser renovados en sus cargos, a menos que exista la motivación suficiente para no hacerlo.

2.2. DERECHO AL PAGO DE REMUNERACIONES ÍNTEGRAS

El primero de los derechos de los cuales goza un funcionario médico es el derecho a percibir sus remuneraciones, las cuales se devengan desde que el funcionario asume el cargo y se paga por mensualidades iguales y vencidas (Art. 94, Estatuto Administrativo).

En el caso de los funcionarios regidos por la Ley 19.664, las remuneraciones se clasifican de la siguiente manera, según lo establecen los artículos 26 y 27 por remuneraciones permanentes y transitorias. Dentro de las permanentes se encuentra el sueldo base; la asignación por antigüedad, la asignación de experiencia calificada (a quienes estén en cargos a contrata asimilados a planta superior nivel I), la asignación de reforzamiento profesional diurno y la asignación de permanencia para especialistas y subespecialistas inscritos en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de la Superintendencia de Salud. La principal naturaleza de estas asignaciones es que todo funcionario que cumpla con los requisitos de cada una de ellas, podrá percibirlas, no estando sujetas al presupuesto de los servicios.

Distinta es la situación de aquellas remuneraciones conocidas como transitorias, porque estas dependen en su concesión y en la fijación de sus montos de la decisión discrecional del director del servicio de salud. Estas son: la asignación de responsabilidad; la asignación de estímulo; la bonificación por desempeño individual; y la bonificación por desempeño colectivo.

Por su parte, la remuneración de los médicos con cargos de 28 horas se encuentra regulada por la Ley 15.076, respecto de las cuales no ahondaremos debido a la extensión.

La Ley 19.378 también distingue entre remuneraciones fijas y permanentes. Entre las fijas se encuentra el sueldo base y la asignación de atención primaria municipal, y entre las asignaciones transitorias la asignación por responsabilidad directiva; la asignación por desempeño en condiciones difíciles; la asignación de zona y la asignación de mérito y las que establezca el Alcalde con

la aprobación del Concejo Municipal, en virtud del artículo 46 de la misma ley, las que serán otorgadas según las necesidades del servicio.

2.3. DERECHO A DESCANSO

El primero de los derechos que se establece para garantizar el descanso de los funcionarios es el feriado legal. Este derecho de descanso remunerado que se le otorga anualmente a los funcionarios variará en su duración de acuerdo al número de años de permanencia en la administración. Inicialmente es de 15 días para los funcionarios con 15 años de servicios, 20 días hábiles para los servidores con quince o más años de servicio y menos de veinte; y 25 días hábiles para funcionarios con más de veinte años. Los profesionales con desempeño en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, de Magallanes y de la Antártica Chilena y en las provincias de Chiloé y Palena de la Región de Los Lagos, tendrán derecho a que sus feriados aumenten en cinco días hábiles.

Los profesionales funcionarios regidos por la Ley 15.076 y que se desempeñen como radiólogos y radioterapeutas, los anatomopatólogos de hospitales generales y de tuberculosis que trabajen en jornada completa, los médicos legistas tanatólogos, los que trabajen con isótopos radioactivos o estén expuestos habitualmente a radiaciones; los químicos farmacéuticos legistas, los psiquiatras tratantes, los laboratoristas clínicos, los bacteriólogos, los profesionales que ejerzan sus funciones en servicios de urgencia, residencia hospitalaria y residencia de maternidades, y los que en el ejercicio de sus funciones estén dedicados habitualmente a la atención de la tuberculosis, además del feriado legal recientemente enumerado, tendrán derecho a un feriado especial de 15 días corridos, el que deberá estar separado por no menos de cuatro meses del feriado ordinario.

Para los funcionarios que trabajan en servicios de salud y hospitales de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, que trabajen permanentemente en sistemas de turnos nocturnos y en días domingo y festivos, en Servicio de Urgencia, Maternidades, Unidades de Cuidados Intensivos y Residencias Médicas, en cargos de 28 horas semanales y ligados de 11/28 y 22/28 horas semanales, la Ley 19.230 establece un descanso compensatorio especial; este beneficio es compatible con el feriado legal de 10 días hábiles y que será efectivo con los cargos compatibles de cargos de 11,22 ó 33 horas semanales del mismo establecimiento donde se desempeñe el de 28 horas. Este descanso tendrá que estar separado del feriado legal o de la fracción no inferior a diez días, si el feriado se

toma en forma fraccionada, por no menos de tres meses. Este descanso también podrá acumularse con el descanso del año siguiente si la autoridad lo anticipa o posterga a una fecha distinta a la elegida por el funcionario.

2.4. DERECHO A TIEMPO DE COLACIÓN Y EL BENEFICIO DE ALIMENTACIÓN

Estos derechos no se encuentran regulados en las leyes señaladas, sino en otros cuerpos normativos. El primero de ellos fue establecido por el Decreto N° 1897 de 26 de noviembre de 1965 del Ministerio de Salud, que establece para todos los funcionarios (entre los que se encuentran quienes pertenecen a los Servicios de Salud) el derecho a tiempo de colación, consagrado a todos los funcionarios que desempeñan cargos superiores a 43 horas. En el numeral 4 de este reglamento se establece: “La jornada de trabajo se interrumpirá en las actividades mencionadas en el número anterior por un intervalo de 30 minutos”.

Respecto a la alimentación, debemos indicar que este no es un derecho que los funcionarios puedan exigir, sino que en realidad es un beneficio que pueden conceder facultativamente los servicios de salud en virtud de la Ley 20.799.

2.5. DERECHO DE PERFECCIONAMIENTO

Para los médicos, este derecho se traduce en el derecho a acceder a programas de formación de especialización, a los cuales podrán ingresar dependiendo si ingresaron a través del concurso a la EDF o si ingresaron a través de contratación directa o si están regidos por la Ley N° 19.378. En el primer caso, los EDF pueden concursar para ingresar a una beca, conservando su calidad de funcionarios del servicio, siendo enviados en comisión de estudios (Concurso de Becas para profesionales de la última promoción (CONISS)). Mientras que, en el segundo caso, pueden concursar por las becas de especialización, perdiendo la calidad de funcionarios y adoptando la calidad especial de becarios Proceso de Selección para acceder a cupos en programas de especialización para médicos cirujanos regidos por el Artículo 9 de la Ley 19.664 (CONE SS). Y los médicos funcionarios de la Ley 19.378 Proceso de Selección para acceder a cupos en programa de especialización para médicos cirujanos con desempeño en la atención primaria de salud, contratados por la Ley N° 19.378 o por el artículo 9° de la Ley N° 19.664 (CONE APS).

2.6. DERECHO A PERMISOS

Los funcionarios tienen derecho a distintos tipos de permisos, a saber, el permiso con goce de remuneraciones y sin goce de estas últimas. El primero de ellos, como su nombre lo indica, les permite ausentarse de sus labores hasta por seis días hábiles en el año, conservando el derecho a recibir sus estipendios. El segundo, puede ser hasta un máximo de seis meses por semestre por motivos particulares, en el caso de los médicos regidos por las Leyes 19.664 y 15.076 a tres meses anualmente en el caso de los médicos regidos por la Ley 19.378.

2.7. DERECHO A HACER USO DE LICENCIA MÉDICA

Estos derechos dicen relación con los derechos a hacer licencia por enfermedad común o por maternidad (pre y posnatal y postnatal parental), derecho que es reconocido por el artículo 111 del Estatuto Administrativo, concediéndoles a los funcionarios el derecho a gozar de la integridad de sus remuneraciones durante el período que se encuentren haciendo uso de este reposo médico.

2.8. DERECHO A RECLAMAR SUS DERECHOS ANTE LAS AUTORIDADES

Todo funcionario tiene derecho a reclamar por los derechos que le están siendo ilegal o arbitrariamente vulnerados, contando con mecanismos establecidos por la ley para exigirlos.

El primero de ellos es el Reclamo de ilegalidad establecido por el Estatuto Administrativo en su artículo 160, el que establece un plazo de diez días para presentar el reclamo ante la Contraloría General de la República; el único inconveniente es el tiempo de espera para obtener una respuesta, el que puede variar entre cuatro meses (Contralorías regionales) a año y medio aproximadamente (Contraloría General de la República). Asimismo, en la misma línea, se establece en el artículo 156 del Estatuto Administrativo Municipal.

El segundo es el procedimiento judicial consagrado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, que resulta aplicable a los funcionarios públicos. A raíz de una reciente modificación, este procedimiento es la Tutela Laboral por vulneración de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a

su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, esto es, distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que busquen anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

Con este procedimiento se busca el cese de la medida que afecta los derechos fundamentales antes señalados, así como la reparación efectiva del daño que hubiese producido al funcionario.

CAPÍTULO III: DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS Y PROHIBICIONES

3.1. DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS

Tantos los profesionales que se desempeñan en establecimientos de salud dependientes de los servicios, así como los con desempeño en establecimientos municipales, tienen deberes fijados por ley y que, en caso de incumplirlos, se pueden ver expuestos a anotaciones de demérito o sanciones administrativas, previa investigación o sumario administrativos.

Estos deberes podemos clasificarlos de la siguiente manera. Estos deberes no están especificados en la “ley médica”, sino en el Estatuto Administrativo (artículo 61) y en el Estatuto de funcionarios municipales (Artículo 58):

1. Aquellos que dicen relación con el desempeño del funcionario en el cargo: el desempeño debe ser en primer lugar personal, lo que implica que no puede encargar el desarrollo de su función a otra persona; debe realizarse de manera continua y regular. Esto implica que debe realizarse de manera permanente, atendido el principio de continuidad que toda la administración debe observar, incluidos los funcionarios públicos. Además, debe orientar su desarrollo al cumplimiento de los de los objetivos de la institución y a la mayor prestación de los servicios que

a esta correspondan. Junto con ello también exige que las labores se cumplan con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución, deber que implica que mientras el funcionario cuente con los medios para cumplir su función, debe hacerlo de la manera más óptima y, por último, cumplir con la jornada de trabajo.

2. Deberes en relación con el deber de obediencia: dentro de estos deberes encontramos el deber de obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico, aun cuando la orden sea ilegal, caso en el cual solo puede representarle a la autoridad dicha ilegalidad, para que la deje sin efecto y, en caso contrario, que esto no ocurra, liberar al funcionario de responsabilidad administrativa. También se encuentra el deber de cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico; cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente.
3. Deber de probidad: este deber implica según la ley la conducta moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado. Este deber debe ser complementado con la norma contenida en el artículo 62 de la Ley N° 18.575, donde se indican conductas que atentan directamente contra la probidad, pero por la extensión de este trabajo, no ahondaremos en ellas.
4. Deber de reserva: guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales. En materia de atenciones de salud, podemos dar como ejemplo el deber de reserva contenido en el artículo 12 de la Ley 20.584⁵.
5. Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo: este deber se explica dada la naturaleza especial del vínculo de funcionario público y la responsabilidad que representa ser quien concreta los fines de la administración, con la realización de la actividad material de la administración. Por lo que el funcionario debe observar un buen comportamiento incluso en su vida privada.

5 Ley sobre Derechos y deberes de los pacientes, 20.584, 2012.

6. Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ella sea de interés para la administración, debiendo esta guardar debida reserva de los mismos.
7. Denunciar ante el Ministerio Público o ante la Policía si no hubiere fiscalía en el lugar en el que el funcionario presta sus servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquellos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la Ley 18.575.
8. Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. Generalmente este deber pesará sobre aquellos jefes superiores de algún servicio público. A este respecto, cabe señalar que la fianza constituye una caución de otra obligación personal.
9. Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que este fije, atendidas las circunstancias del caso.

3.2. LAS PROHIBICIONES A LAS QUE ESTÁN SUJETOS LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Los funcionarios públicos no solo están sometidos a los deberes legales señalados anteriormente, sino que además deben respetar distintas prohibiciones indicadas por la ley. Para los funcionarios de los hospitales y servicios de salud están regulados en el artículo 84 del Estatuto Administrativo, y para los médicos de Atención Primaria se encuentra en el artículo 82 del Estatuto de los funcionarios municipales:

- a) *Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas.*
- b) *Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción.*
- c) *Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer*

grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción.

- d) *Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico.*
- e) *Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes.*
- f) *Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.*
- g) *Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales.*
- h) *Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones.*
- i) *Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado.*
- j) *Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro.*
- k) *Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.*
- l) *Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación.*
- m) *Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo.*

CAPÍTULO IV: LAS CALIFICACIONES FUNCIONARIAS

Todo funcionario público, independiente de la ley que lo rige, está sometido al proceso de calificaciones, el cual busca evaluar el desempeño de los funcionarios, lo que se ve explicado por la necesidad de contar únicamente con los funcionarios que cumplan eficazmente con sus funciones con miras a la satisfacción de las necesidades de la población.

El reglamento supletorio es el Reglamento General de Calificaciones del Personal afecto al Estatuto Administrativo, contenido en el Decreto Supremo N° 1.825, de 1998, del Ministerio del Interior. Los profesionales funcionarios regidos por las Leyes 19.664 o 15.076, se encuentran regulados por un reglamento especial, establecido en Decreto N° 110, de 1963. Mientras que los funcionarios de la Atención Primaria se encuentran regidos respecto de sus calificaciones por el Decreto N° 1889 que aprueba el Reglamento de la Carrera Funcionaria del Personal regido por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

En principio, todos los funcionarios deben ser calificados, salvo aquellos ingresados dentro de los últimos tres meses del período calificadorio y los que tengan menos de seis meses de trabajo efectivo en el año.

Este proceso está compuesto por distintas etapas. La primera de ellas es la precalificación, que es la evaluación previa realizada por el jefe directo del evaluado. Se le comunica al funcionario para que realice las observaciones pertinentes y luego estas sean derivadas a la junta calificadora, la cual será la encargada de calificar al funcionario. Tanto en las calificaciones y precalificaciones se deberán considerar para calificar las anotaciones de mérito, que son aquellas que dan cuenta de las situaciones destacables del funcionario, y de las anotaciones de demérito que dejan constancia de incumplimiento de normas disciplinarias. Asimismo, se deberán considerar todos los antecedentes objetivos que consten en la hoja de vida.

Cada uno de los factores se califican con nota de 1 a 7, y cada uno de ellos tiene un determinado coeficiente, el cual se multiplica con la nota respectiva, dando un puntaje determinado en cada uno de ellos, los cuales se sumarán y determinarán en qué lista quedarán. Estos factores son: Eficiencia (coeficiente 5); Cooperación e iniciativa (coeficiente 4); Conducta (coeficiente 3); Preparación y conocimientos (coeficiente 2); Puntualidad, asistencia y presentación personal (coeficiente 1).

Las listas en las que pueden quedar los funcionarios son:

- o De 105 a 89 puntos, con ninguna nota inferior a 4: Lista N° 1, de Mérito.
- o De 88 a 60 puntos, con ninguna nota inferior a 3: Lista N° 2, Buena.
- o De 59 a 45 puntos, con ninguna nota inferior a 2: Lista N° 3, Regular.
- o Menos de 45 puntos: Lista N° 4, Mala.

La junta calificadora está conformada por cinco funcionarios de la más alta jerarquía—se exceptúa al jefe superior del servicio— y con la participación de un funcionario de la misma profesión del personal calificado, determinado por su antigüedad en el servicio.

Las notas impuestas por la junta pueden ser apeladas ante el jefe superior del servicio dentro del plazo de cinco días, quien solo podrá subirlas o mantenerlas. Una vez notificada la decisión de esta autoridad de rechazar la apelación, el funcionario tiene el plazo de 15 días para reclamar en contra de los vicios de legalidad del procedimiento.

CAPÍTULO V: DEL TÉRMINO DE LAS FUNCIONES

5.1. DEL TÉRMINO DE CONTRATA Y CONTRATOS A PLAZO FIJO

La regla general en materia de nombramiento administrativo son los cargos a contrata, que como ya se dijo son cargos transitorios que pueden durar hasta el 31 de diciembre de cada año, por lo que llegada la fecha, termina la relación entre el funcionario y el Estado; salvo que estemos ante el caso del funcionario que lleva más de dos renovaciones, quien podrá reclamar ante Contraloría si no se le renovó su contrato sin motivo alguno, atendido que en opinión de este órgano, el funcionario ya se habría formado la confianza legítima, esto es la convicción que sería renovado, por lo que no es posible no renovar la contrata sino existe un hecho objetivo⁶.

6 BERMUDEZ SOTO, Jorge. “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol. 18, n.2 [citado 2022-01-31], pp.83-105. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200004>.

5.2. RENUNCIA Y EL INCENTIVO AL RETIRO

La renuncia es el acto escrito por el cual el funcionario expresa cesar en sus funciones para la autoridad que lo nombró. Esta renuncia hará efecto una vez aceptada por la referida autoridad y la total tramitación del acto administrativo respectivo. Por lo que el funcionario solo podrá desistirse, por escrito, antes del cumplimiento de los hitos señalados. La renuncia solo podrá ser retenida en caso que el funcionario esté siendo investigado a través de sumario administrativo y existan antecedentes serios de que pueda ser destituido, pero solo podrá ser retenida hasta 30 días.

Mientras que a los funcionarios municipales se les suma la exigencia de que deben presentar con 30 de días de anticipación a la fecha en que surtirá efecto la renuncia.

Un mecanismo utilizado para promover el retiro de los profesionales que se encuentran en las edades de 60 a 69 en el caso de las mujeres y 65 a 69 en el caso de los hombres y, que se desempeñen como funcionarios públicos, por 11 años continuos o discontinuos en cargos de la Ley 19.664 y/o 15.076. Para acceder a este beneficio, deben postular a los llamados que se hagan cada año y si se adjudican uno de los cupos, deberán renunciar a todos los cargos. Este incentivo al retiro equivale a 11 meses de remuneración imponible. La remuneración que servirá de base para el cálculo de la bonificación por retiro voluntario, será la que resulte del promedio de remuneraciones mensuales imponibles que le haya correspondido al profesional funcionario, considerando el total de horas servidas en los doce meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

5.3. LA OBTENCIÓN DE JUBILACIÓN, PENSIÓN O RENTA VITALICIA EN RELACIÓN AL CARGO PÚBLICO

Los funcionarios públicos que se pensionen por vejez pierden su calidad de funcionarios públicos desde el momento que obtienen la pensión respectiva, dictándose un acto que indica la fecha en que se concretó este hecho y que por ende cesó en sus funciones, aun cuando se hubiese pensionado antes de cumplir con la edad establecida para pensionarse.

5.4. LA DECLARACIÓN DE VACANCIA

El Estatuto Administrativo establece causales taxativas para la declaración de la vacancia en el cargo, las cuales están señaladas en el artículo 150 del Estatuto Administrativo. Estas son:

- a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo: esta causal implica que la autoridad de manera discrecional (puede o no usarla) puede declarar la vacancia, previo dictamen de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, cuando un funcionario haya estado con licencia en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años. No se consideran dentro de esta las licencias por accidente de trabajo o enfermedades profesionales, así como las licencias por maternidad.
- b) Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado: nos remitimos al acápite 1.3 del Capítulo I.
- c) Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional: si por más de dos períodos calificatorios consecutivos el funcionario es calificado en lista condicional o en un período es calificado en lista de eliminación.
- d) Por no presentación de la renuncia, según lo señalado en el artículo 148, inciso final: esta causal se refiere a los cargos de exclusiva confianza, quienes deben renunciar dentro del plazo de 48 horas de pedida su renuncia por el Presidente de la República.

5.5. LA DESTITUCIÓN

Si se determina previo sumario administrativo o, en ciertos casos, investigación sumaria, y tiene lugar cuando un funcionario incurrió en algunas de las conductas que más abajo se indican, por lo que será sancionado por la sanción mencionada, lo que implica no solo el cese de su función, sino que además puede traer aparejada la sanción de inhabilitación para trabajar en la Administración Pública hasta por cinco años.

Las conductas que pueden ser sancionadas con destitución son:

- a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada.
- b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 del Estatuto.

- c) Condena por crimen o simple delito, y
- d) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.
- e) En los demás casos contemplados en el Estatuto o en leyes especiales.

5.6. SUPRESIÓN DEL EMPLEO

Esta causal opera en los supuestos de reestructuración de las plantas, donde la autoridad puede decidir qué puestos puede suprimir; en este caso, es la única causal que da derecho a una indemnización que consistirá en un mes de remuneraciones por cada año de servicio, con un máximo de hasta seis; se consideran los períodos continuos y discontinuos servidos como funcionarios públicos.

CONCLUSIÓN

Como se desprende de la lectura de lo expuesto en este artículo, el derecho laboral público médico está conformado por una serie de preceptos que conforman las particularidades de esta relación entre el profesional funcionario médico y la Administración del Estado.

Los distintos principios que informan la actividad de la administración influyen en los derechos y deberes establecidos para los funcionarios, lo que explica la razón de ser de muchos de ellos. En efecto, el foco de los deberes está puesto principalmente en garantizar la continuidad y regularidad de los servicios prestados a la población, por lo que la exigencia realizada a los funcionarios públicos es mayor incluso que a los trabajadores del sector privado, llegando además a exigirles una conducta intachable en ejercicio de sus funciones y una vida social acorde a la dignidad del cargo.

El protagonismo de este derecho público laboral lo tiene el principio de legalidad, ya que desde el ingreso hasta el término de la relación del funcionario con el Estado se ve regido por este principio, lo que impide la negociación o la renuncia de alguno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Jorge Bermúdez Soto, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol.18, n.2 [citado 2022-01-31], pp.83-105. disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. issn 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502005000200004>
2. Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, Editorial Thomson Reuters, 2016.
3. José Miguel Valdivia (2018). *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

EJERCICIO PRIVADO DE LA MEDICINA

Abogado Diego Oportus¹

Dr. Arturo Paillalef Córdova²

INTRODUCCIÓN

Existe una larga e inacabada evolución de la labor del médico a lo largo de nuestra historia, desde la otrora común dedicación exclusiva que ejercía el facultativo en un centro de salud pública, de aquel profesional de la medicina que respondía de llamado las demandas particulares domiciliarias de quienes podían permitírselo, o el bien recordado “médico del pueblo”, que, en una consulta particular, atendía las más diversas exigencias sanitarias de una comunidad reducida. En todos estos casos destacaba la relación casi exclusiva entre el médico y el paciente, sin intermediarios o terceros. Actualmente, en un mundo globalizado e integrado, nos enfrentamos a un contexto complejizado por la entrada de otros dos actores fundamentales a esta básica y fundamental relación: El prestador institucional de salud y las aseguradoras de salud. Consideremos, además, la existencia y masificación de los llamados “megaprestadores de salud”, redes de clínicas con alcance nacional, estos grandes centros han logrado una elevada complejidad, permitiendo que aumente la capacidad de estudios y resolución de patologías, con pilares tanto en el recurso médico como en la tecnología. La existencia de un sistema de salud diversificado con fuerte presencia

¹ Autor: Abogado, Universidad de Concepción, año de titulación 2015; Diplomado en Negocio y Derecho Inmobiliario, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2019; Diplomado en Derecho de Protección de la Salud y Gestión Sanitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2022; Abogado Jefe de la Unidad de Defensa de la Medicina Privada de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile.

² Revisor: Cirujano General - Cirujano Plástico y Reparador. Magíster en Gestión de Organizaciones. Ex Jefe Departamento Medicina Privada Colmed.

de corporaciones comerciales que integran los seguros de salud y los mismos prestadores privados que otorgan las prestaciones. Alrededor del médico y del paciente, podemos agregar, también hay relaciones con seguros complementarios y de otras índoles, sistemas informáticos que respaldan fichas y licencias electrónicas, servicios institucionales de toda índole como IAAS, Marketing, etc. Cada uno de los participantes de esta red de relaciones, incluidos, por supuesto, los médicos, están sujetos al cumplimiento de una variada legislación, complementada por instrucciones de la política sanitaria de turno y situaciones contextuales, que están siempre bajo la aguda mirada de la autoridad.

El vínculo entre el médico y el paciente, que sigue siendo la relación fundamental en cualquiera prestación de salud, es una más de las muchas relaciones que pueden configurarse de esta compleja telaraña de relaciones con consecuencias jurídicas.

El desarrollo económico, social y cultural que ha alcanzado nuestra sociedad, sin dejar de lado el desarrollo propio de la ciencia médica, y la compleja red de vínculos que opera entre sus actores, personas e instituciones, han convertido al médico en un profesional que, más allá de saber y aplicar los conocimientos técnicos relativos a la predicción, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades humanas y rehabilitación de las secuelas que se puedan producir, debe estar plenamente consciente de la calidad y amplitud de la posición que asume al enfrentar a los pacientes e instituciones, y el alcance de su actuar dentro de este enmarañado sistema, de manera que pueda dar satisfactorio cumplimiento a una amplia normativa, evitando comprometer su responsabilidad a todo nivel.

EJERCICIO INDEPENDIENTE DE LA MEDICINA

En términos sencillos, podemos entender como ejercicio privado o independiente de la medicina a aquel ejercido por un médico o médica, sin estar sujeto a un contrato de trabajo propiamente tal o en calidad de funcionario público. Se está bajo vínculo laboral por contrato de trabajo³ cuando el médico o médica se desempeña en virtud de una convención con un empleador, obligándose

³ Código del Trabajo, Art. 7: "Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".

ambos recíprocamente, el médico a prestar servicios personales propios de su profesión bajo dependencia y subordinación de un empleador, mientras que este último se obliga a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Para desempeñarse bajo vínculo laboral no es necesario haber firmado un contrato de trabajo, sino que deben darse en los hechos los elementos propios de una relación laboral (Existencia de partes: empleador y trabajador; prestación de servicios personales del trabajador, remuneración, subordinación y dependencia)⁴.

Por otra parte, se ejerce la profesión médica en calidad de funcionario público cuando el “empleador” es el Estado o alguno de sus órganos. Jurídicamente se define como empleado público o funcionario público a *“la persona que desempeña un empleo en algún servicio fiscal y que, por lo tanto, se remunera con cargo al Presupuesto de la Nación, a las leyes que lo adicionan o complementen o a presupuestos globales mantenidos con caudales públicos colectados a virtud de ley”*, sea en calidad de planta o a contrata, dependiendo de la permanencia y organización estable de un servicio o temporalidad de los servicios prestados.

No debe confundirse el ejercicio privado de la medicina con la prestación de servicios profesionales médicos para el sistema público o privado de salud. Perfectamente se puede ejercer privadamente la medicina dentro del sistema de salud pública prestando servicios de esta índole a un prestador institucional de dicho sistema público. Por ejemplo: haciendo turnos a honorarios a un determinado hospital. Así como también se puede ejercer la profesión de manera dependiente para un prestador institucional como una clínica o centro médico, que por su naturaleza pertenecen al sistema de salud privada.

Efectuar esta distinción y conocer la posición del médico en sus relaciones con terceros es de suma importancia, pues en uno u otro caso operará un régimen jurídico distinto, ya sea el régimen del Código del Trabajo o el del Estatuto Administrativo o, conforme a la materia que nos ocupa, el régimen del derecho común, reglado principalmente por las normas del Código Civil, en que la voluntad de las partes cobra una gran importancia, además de otra variedad de normativa técnica sectorial específica.

4 Patricia Núñez, Derecho Médico, III. El Contrato de Trabajo, Págs. 282 y siguientes.

I. RELACIONES CONTRACTUALES DEL MÉDICO CON TERCEROS

Sobre el particular, quedan comprendidas todas aquellas relaciones contractuales que pueden derivar del ejercicio privado de la medicina, en los términos ya expuestos. A fin de abordar la materia de una manera sistemática y enfocada en aquellos asuntos de mayor trascendencia e interés, trataremos en este acápite los siguientes puntos:

I.1. PRESTACIÓN INDIVIDUAL DE SERVICIOS MÉDICOS

El facultativo o facultativa, al ejercer la profesión médica de manera privada, puede relacionarse —*jurídicamente*— directamente con el paciente, sin intermediarios. El caso, históricamente típico, es el de aquel médico o médica que tiene su consulta particular, con un despacho, una sala de espera y una secretaria, que además hace las veces de recepcionista, donde los pacientes contratan directamente sus servicios profesionales. Por otra parte, el médico o médica puede celebrar un contrato de prestación de servicios con un prestador institucional de salud (hospital, centro médico, clínica, centro de diálisis, etc.), en este caso los servicios profesionales se otorgan al prestador institucional, quien para todos los efectos es el prestador de servicios médicos respecto de los pacientes. En otras palabras, el facultativo o facultativa actúa con el paciente en nombre del prestador institucional.

a) Prestación de servicios a un prestador institucional de salud

Esta figura suele materializarse mediante la celebración de un *contrato de honorarios* o *contrato de prestación de servicios*. Lo primero que debemos advertir es que este tipo de contrato no está definido ni regulado orgánicamente en nuestra legislación. En nuestro sistema se trata y asimila a este con los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales, tratados en los artículos 2.006 y siguientes del Código Civil.

El Estatuto Administrativo hace referencia a este tipo de contrato al tratar las diversas formas en que la administración pública puede contratar al personal. La Contraloría General de la República sobre el particular ha señalado que “*El contrato a honorarios no está definido por la ley, pero esta lo regula de forma tal, que conlleva a entenderlo como un mecanismo de prestación de servicios que permite..., contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, cuando requiera ejecutar*

*labores propias de la Corporación, que presenten un carácter ocasional, específico, puntual y no habitual*⁵.

Con todo, considerando los elementos propios de este tipo de convención, podemos decir que el contrato de honorarios o prestación de servicios es un acuerdo, escriturado o no, en razón del cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, con autonomía y por un tiempo determinado, a favor de otro, mientras que la otra parte se obliga a pagar por estos servicios una cierta cantidad de dinero.

La principal diferencia de este tipo de contrato con un contrato de trabajo es la subordinación y dependencia que tiene quien presta los servicios con quien paga por ellos, pues en el contrato de prestación de servicios el médico o médica cuenta con autonomía, el prestador no está obligado a cumplir una jornada laboral ni a acatar órdenes de superiores, pues no hay superiores, se considera que las dos partes están en un plano de igualdad y, en razón de esta igualdad, pueden hacer valer plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo negociar, pactar y regular libremente los diferentes aspectos que serán parte su vínculo contractual.

En un principio esta libertad de contratación, que permite incluso que dicho acuerdo no deba necesariamente contar por escrito, puede parecer una ventaja. Sin embargo, esta libertad trae aparejados graves inconvenientes para los prestadores de servicios personales, que salen a la luz cuando se generan conflictos durante la ejecución de los contratos a honorarios. Revisemos algunas situaciones prácticas:

Como la relación entre el prestador individual e institucional se rige por el acuerdo de voluntades, de no estar debidamente escriturado el contrato de honorarios, muchas situaciones pueden caer en un vacío regulatorio, siendo de cargo del demandante —normalmente el prestador individual— probar el derecho en juicio, esto es, acreditar todos los aspectos del convenio.

Ejemplo: si se celebra un contrato de prestación de servicios por un año calendario e intempestivamente una clínica comunica, el día 2 de enero, que no desea continuar con el contrato, poniéndole término. En este caso será de cargo del médico o médica prestador individual probar que las prestaciones se extendían hasta el 31 de diciembre. Así también correspondería a este mismo

5 Contraloría General de la República, Dictamen N° 7266, de 10 de Febrero de 2005, descriptor: “Contratos a honorarios en Municipio”.

acreditar el tipo de servicios que debía prestar, monto de los honorarios, dónde se ejecutarían estos servicios, durante qué horarios, y en general, todos los demás elementos del mismo.

Los precios se regulan por el mercado, por lo que no existen mínimos o máximos para valorar monetariamente la labor del prestador del servicio, pudiendo darse casos en que un médico o médica de igual capacidad y desempeño, reciba un monto de dinero significativamente menor que otro colega que se desempeña en iguales funciones en otra institución o, incluso, para el mismo prestador institucional.

Al no regir el Código del Trabajo, muchas instituciones protectoras del trabajador, propias del Derecho del Trabajo, no operan en la relación del médico o médica prestador de servicios profesionales. Como lo son: el derecho a reposo por incapacidad (licencia médica), el pre y postnatal, derecho de sindicalización, derecho a vacaciones o feriado legal, tutela por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, protección por acoso laboral, fuero maternal, indemnización por años de servicio, entre varias otras.

Los contratos de prestación de servicios suelen traer incorporada una cláusula de terminación sin expresión de causa, que debe ser informada con cierto tiempo de antelación. Esto puede ser beneficioso para un facultativo o facultativa, pero a su vez puede generar inestabilidad y preocupación por la pérdida de la fuente de ingresos, pues en cualquier momento puede ser informado que ya no son requeridos sus servicios.

Un intento de negociación colectiva puede traer aparejado un atentado a la libre competencia, incurriendo en figuras que incluso pueden tener carácter de delito.

Por ejemplo: si un grupo de médicos y médicas que trabajan a honorarios para un centro médico, descontento por las condiciones ofrecidas por el prestador de salud institucional, decide organizarse a fin de obtener un mejor sistema informático e infraestructura general, personal auxiliar mejor calificado, mejorar y aunar el valor de los servicios pagados por la clínica, claramente estaría incurriendo en una figura de colusión, tipificada y sancionada por el Decreto Ley 211 que regula la materia.

Históricamente esta figura del contrato de honorarios ha servido como una cortina para encubrir lo que en los hechos se configura como una verdadera relación laboral. Esto ocurre, como mencionamos en uno de los párrafos anteriores, porque la legislación laboral otorga una amplia protección al trabajador,

es decir, lo reviste de derechos que le son inherentes e irrenunciables, a su vez, estos derechos del trabajador se constituyen como verdaderas obligaciones para el empleador. Además de las mencionadas y de manera muy somera, atendidas las finalidades de este capítulo, mencionaremos un grupo de derechos que pueden incluirse como parte de los derechos de protección del trabajador: los derechos de seguridad social⁶.

En razón de los derechos de seguridad social el empleador debe tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores y mantener los implementos necesarios para prevenir los accidentes y las enfermedades profesionales. Además de contar con los elementos necesarios para responder de forma oportuna y adecuada a los accidentes laborales y eventuales emergencias. Conjuntamente, opera en esta materia una normativa especial de seguridad social que incorpora diferentes contingencias sociales que, de acaecer, se encuentran cubiertas por la ley⁷ y, además, se establecen los mecanismos mediante los cuales se ha de reparar y superar dichas contingencias.

Podemos mencionar como un ejemplo práctico de este tipo de derechos, atendida la situación de pandemia, el deber que tendría un empleador de otorgar guantes, mascarillas y alcohol gel a los médicos y médicas empleados, cuidar aforos, mantener una adecuada ventilación, tomar temperatura y requerir a los pacientes un PCR negativo previa consulta; y en caso que un médico o médica se contagiase de COVID producto de su trabajo, gozaría de atención médica gratuita en alguna mutual y de licencia médica subvencionada por el seguro de la mencionada ley.

Constituye una práctica común de los prestadores institucionales de salud exigir que el médico o médica que desee prestar servicios a honorarios en su institución lo haga por medio de una sociedad, persona jurídica distinta a la persona natural del facultativo o facultativa. Esto permite a los prestadores institucionales alegar que existe una vinculación entre personas jurídicas, que se contrató a la sociedad prestadora de servicios médicos y no al médico, de manera tal que el médico o médica trabaja para la sociedad y no para el prestador institucional de salud. Así, cuentan con un fuerte argumento para alegar que no existe vínculo de contrato de trabajo entre el médico o médica y el prestador institucional de salud.

6 Libro II, Título I, del Código del Trabajo, artículos 184 a 193.

7 Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

No obstante lo anterior, este régimen de contratación de prestación de servicios a honorarios puede constituir un sistema cómodo y beneficioso para un médico o médica, puesto que al gozar de libertad y autonomía, fácilmente —dependiendo siempre de los términos pactados— podría dejar de prestar sus servicios profesionales para una institución y hacerlo con otro prestador institucional que ofrezca mejores condiciones en general, o que se adecua a sus necesidades particulares, lo que le permite al profesional una gran flexibilidad y movilidad laboral. Por otra parte, no se encuentra sujeto a exclusividad, de manera que el médico o médica puede prestar sus servicios en varias instituciones y acomodar sus horarios como mejor le parezca. También, en principio, podría suspender la prestación de sus servicios por distintas razones (estudios, vacaciones, enfermedad, maternidad, etc.), sin que ello comprometa mayormente su responsabilidad para con el prestador institucional. Obviamente los honorarios por los servicios no prestados no serían pagados y en todo caso dependerá siempre de los términos pactados en el contrato de honorarios.

Otra significativa ventaja de vincularse mediante este tipo de contrato es que, para todos los efectos, para el paciente, el prestador de servicios médicos es la institución, y como tal, le corresponde a esta velar por el cumplimiento de la normativa sectorial, como sería la mantención de sistemas informáticos para el resguardo de la ficha clínica, mantener vigente convenios con operadoras de licencias médicas electrónicas, obtener la autorización sanitaria cuando corresponda, sistema de agenda y personal auxiliar, convenios con instituciones de salud previsional y/o con el Fondo Nacional de Salud, recibir el pago de los pacientes y tramitar el copago de los bonos, etc.. Esto no significa que el médico o médica quede excluido de todo tipo de responsabilidad con el paciente, pues responderá siempre de los delitos o cuasidelitos derivados de la atención médica, como puede ser el caso de discriminación, abuso sexual o negligencia médica.

Finalmente, tratándose del ejercicio de la medicina mediante vinculación por contrato de honorarios con un prestador institucional de salud, resulta siempre conveniente escriturarlo debidamente mediante la suscripción de un documento que contenga y regule los elementos más importantes de la relación contractual.

b) Prestación de servicios otorgados directamente al paciente

Esta es la forma jurídica más simple de la relación médico-paciente. El paciente elige a un médico o médica para obtener de él los servicios médicos ofrecidos por el profesional.

Hay factores que influyen en la contratación, como son: la especialidad del facultativo o facultativa y el tipo de atención requerida por el paciente; el lugar de atención, circunscrita normalmente a un determinado lugar geográfico y que a su vez puede ser en un despacho privado, un centro médico o una atención domiciliaria, debiendo incluir aquí también las atenciones prestadas mediante modalidad de telemedicina; influye también el sistema de salud previsional, público o privado, al que se encuentra afiliado el paciente, y si el médico tiene o no convenios con el FONASA o alguna de las instituciones de salud previsional. Con todo, ninguno de estos factores resulta necesariamente determinante para que un paciente que desea atenderse con un médico o médica pueda requerir sus servicios pagando directamente los honorarios médicos.

Es importante destacar en este punto, que aquel médico que desee ejercer la profesión de manera independiente debe cumplir con una serie de exigencias reglamentarias sectoriales y específicas para prestar sus servicios. Entre ellas podemos mencionar la necesidad de contar con un convenio con alguna de las operadoras de licencias médicas electrónicas, a fin de poder otorgar licencias médicas cuando el tratamiento de la enfermedad así lo requiera. Dependiendo de los servicios médicos prestados requerirá o no de una autorización sanitaria de la Secretaría Regional Ministerial de Salud correspondiente para poder prestar sus servicios. En este sentido, la norma prescribe: *“Las Consultas Médicas y Dentales no requieren de autorización sanitaria, salvo que en ellas se realicen actividades que, de acuerdo al reglamento, correspondan a aquellas que se deben ejecutar en Salas de Procedimientos o Pabellones de Cirugía Menor (ver decreto supremo N° 283, de 1997, del Ministerio de Salud, especialmente inciso segundo del artículo 11)”*⁸.

El médico o médica, además, deberá dar personalmente estricto cumplimiento a Ley N° 20.584 que, en 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 sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes”*.

Especial detenimiento requiere la Ley N° 20.585 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, pues los derechos del paciente que constituyen verdaderas obligaciones para el prestador de salud y de tratarse de un prestador

⁸ Decreto N° 58, del año 2008, Ministerio de Salud, “Autorización Sanitaria de Establecimientos de Salud Privados”, Acápita 1.2.2.

individual que ejerce de manera privada la profesión, recaerá exclusivamente en él la responsabilidad de dar cabal cumplimiento a cada uno de ellos. Podemos mencionar entre los derechos más relevantes que contiene la norma en comento, los siguientes:

Derecho de información: Este derecho es uno de los más importantes señalados en la ley y recibe un especial tratamiento en este cuerpo normativo. Puede definirse como el derecho de toda persona a ser informada acerca de los derechos que le asisten como paciente, su diagnóstico, los posibles tratamientos para enfrentar la enfermedad y sus eventuales riesgos y pronósticos, así como de la ocurrencia de todo evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado. Este derecho tiene todo un párrafo dedicado a su tratamiento (Párrafo 5° de la Ley N° 20.585), contenido entre los artículos 8 y siguientes. De modo ilustrativo se transcriben las siguientes normas, atendida su relevancia:

El artículo 8 predica:

“Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

a) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.

b) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud...”.

Y a su vez el Artículo 11 señala:

“Toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:

a) La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;

b) El período de tratamiento;

c) Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y

d) Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

El prestador deberá entregar por escrito la información sobre los aranceles y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que le fueron aplicadas, incluyendo pormenorizadamente, cuando corresponda, los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días-cama y honorarios de quienes le atendieron, antes del pago, si este correspondiere.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de este, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corresponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita”.

Como se puede observar, no basta entregar la información, sino que debe existir una preocupación por parte del prestador de que aquello que transmite sea comprensible para el paciente, lo que cobra especial relevancia tratándose de personas que no manejan el idioma castellano o tienen algún grado de incapacidad.

Derecho a recibir un trato digno y respetuoso⁹: este trato debe ser otorgado en todo momento y ante cualquier circunstancia, mediante la utilización de un lenguaje adecuado y comprensible atendidas las circunstancias del paciente; observar una actitud amable y cortés, llamando a las personas por su nombre; mostrando empatía, contención y respeto por el duelo ajeno. Este derecho exige protección y respeto por la vida privada y honra del paciente, teniendo especial cuidado con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera sea su uso.

Derecho a atención preferente¹⁰: este derecho asiste a personas mayores de sesenta años o con alguna discapacidad, así como a sus cuidadores o cuidadoras, para ser atendidos preferente y oportunamente, a fin de facilitar su acceso a las atenciones de salud.

Reserva de información contenida en la ficha clínica¹¹: toda la información contenida en la ficha clínica es considerada como dato sensible. El prestador de

9 Ley 20.584, Párrafo 2°, artículo 5.

10 Ley 20.584, Párrafo 3°, artículos 5 bis., 5 ter. y 5 quáter.

11 Ley 20.584, Párrafo 6°, artículos 12 y 13.

servicios médicos tiene la obligación de llevar este registro de manera completa, en cualquier tipo de soporte que asegure el acceso oportuno, conservación y confidencialidad de los datos contenidos en él. Esta información reservada solo puede ser entregada a las personas que la ley o el titular de los datos autoriza para su entrega, que son: a) el titular de la ficha clínica, su representante legal o sus herederos; b) tercero debidamente autorizado por el titular mediante poder notarial; c) los tribunales de justicia (siempre mediante una resolución judicial); d) fiscales del Ministerio Público y abogados, ambos autorizados por un juez; e) el Instituto de Salud Pública, en el ejercicio de sus facultades.

Es deber del prestador de salud mantener y resguardar las fichas clínicas de sus pacientes por un período de, al menos, 15 años.

Derecho a la autonomía en la atención de salud¹²: este derecho permite a los pacientes otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento médico, salvo que la negativa ponga en riesgo la salud pública. Este derecho debe ser ejercido de manera libre, voluntaria, expresa e informada, y en ningún caso puede tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

En la actualidad constituye una forma común de ejercicio profesional médico privado que un médico o médica contrate con una clínica o centro médico el arriendo de un *box de consulta*. Al igual que lo señalado en el acápite dedicado a la prestación de servicios médicos para un prestador institucional de salud, es frecuente que este convenio se celebre solo de palabra. Cuando se perfecciona mediante la firma de un documento, suele hacerse a través de la suscripción de un contrato de arrendamiento de inmueble, de simple adhesión, que, además de ser estrictamente impropio, contiene una serie de omisiones y falencias que normalmente actúan en perjuicio del médico o médica.

El arrendamiento de box de consulta suele ir acompañado de una serie de bienes y servicios anexos como lo son: sistemas informáticos de agenda y atención de pacientes, servicio de guardias, servicio de personal auxiliar (como aseo y secretaría), servicio de soporte de ficha clínica, formularios tipo, cobranza y administración general, incluso publicidad. Es común que los pacientes crean que están contratando los servicios médicos con un prestador institucional. No obstante, jurídicamente existe una relación de prestación de servicios médicos con un prestador individual de salud, mientras que el centro médico o clínica entrega

12 Ley 20.584, Párrafo 7°, artículos 14 al 16.

los servicios accesorios para el buen desarrollo de la prestación médica propiamente tal, incluso alguno de estos establecimientos ha calificado sus servicios como de *hotelería*. Por eso, más que hablar de un contrato de arrendamiento de inmueble, parece más preciso hablar de un contrato de *infraestructura*, que no se encuentra reglado específicamente en nuestra legislación y que es resultado de la creación doctrinaria.

En este caso, es también importante escriturar y consagrar en el documento suscrito todos los bienes y servicios que se están contratando y que constituyen las obligaciones del arrendador (clínica o centro médico) como contraprestación al pago de la renta fijada, de manera tal que de no prestarse estos servicios, o de prestarse incompleta o deficientemente, el o la profesional (arrendataria) cuente con un medio probatorio suficiente que acredite el derecho que se reclama, a fin de poder exigir en un juicio que se cumpla el contrato pactado o que se ponga término al mismo, ambos con indemnización de perjuicios, si es que existen daños y pueden estos también acreditarse. En este caso, bastará al facultativo o facultativa, probar, además del contrato, el cumplimiento de su obligación (haber pagado oportunamente la renta pactada), debiendo el arrendador acreditar ante el juez que ha cumplido todas sus obligaciones de manera completa y oportunamente.

Especial consideración debe tenerse respecto de la ficha clínica. Aquí el prestador es el médico o médica, no el arrendador, y por más que este último ofrezca servicios de soporte de las fichas, la obligación de conservación y resguardo aún recae sobre el prestador individual.

II. LIBRE COMPETENCIA. EL MÉDICO COMO COMPETIDOR Y AGENTE ECONÓMICO

Para abordar correctamente este macro tema, atendido que se trata de una materia técnica especializada que escapa del programa de estudios propio de la formación de los médicos, médicas y especialistas, entregado por las universidades, es necesario primero tener una noción general de ciertos conceptos y principios básicos que gobiernan esta materia, los que serán abordados de manera simple y sintética.

El objetivo de la economía, como ciencia, intenta resolver la forma más eficiente de administrar y asignar los recursos, que son escasos y de uso alternativo, para satisfacer las necesidades de las personas, las que a su vez son múltiples,

infinitas y jerarquizables. En este entendido, el problema económico es un problema de asignación eficiente de recursos limitados, para satisfacer las infinitas necesidades humanas. Esto obliga a que las personas los utilicen de forma eficiente, destinándolos a aquellas actividades que les solucionen sus necesidades más urgentes (de ahí la característica de que sean jerarquizables).

Teóricamente en una *economía de mercado*, los recursos se asignan por medio de las decisiones libres que toman los oferentes y los demandantes de bienes y servicios que se encuentran disponibles en el mercado.

De manera casi absoluta, y como una máxima sobre la materia, se ha sostenido que todo precio resulta de la confrontación, en el mercado, de la oferta y la demanda de un determinado bien o servicio. El precio se considera como un punto de equilibrio entre la oferta y la demanda. Además, los precios constituyen un factor determinante tanto de la oferta como de la demanda, pues actúan en razón inversa de la oferta y en razón directa de la demanda. Es decir, si la oferta aumenta el precio disminuye; si la oferta disminuye el precio aumenta; si la demanda aumenta el precio aumenta y si la demanda disminuye el precio disminuye:

- A mayor precio tiende a aumentar la oferta y a disminuir la demanda.
- A menor precio tiende a disminuir la oferta y a aumentar la demanda.

Advertimos desde ya que estas reglas no tienen el carácter de incondicional, constituyen simples tendencias y, como dependen de las decisiones humanas, pueden variar por múltiples causas.

Mercado relevante es aquel que incluye todos los bienes o servicios entre los que existe una competencia cercana y respecto de los cuales no hay sustitutos próximos y suficientes. Esta figura tiene una dimensión *material* (productos o servicios que compiten entre sí), una dimensión *espacial* (normalmente determinada por el área geográfica donde ocurre la competencia) y una dimensión *temporal* (tiempo en el cual pueden ingresar nuevos competidores al mercado). Esta figura es de suma importancia porque para analizar cualquier caso particular que pueda atentar contra la libre competencia, se debe determinar primero cuál es el mercado relevante, aquel en donde el hecho, acto o contrato producirá o tenderá a producir sus efectos.

¿Qué es la competencia? Es la situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o un mismo servicio. Teóricamente, para que exista una competencia perfecta se requiere la concurrencia simultánea de cinco condiciones esenciales:

1. **Atomicidad del mercado.** Existencia de un número considerable de oferentes y de demandantes, en forma tal que cada uno, individualmente considerado, sea insuficiente desde el punto de vista del total para poder influir en el mercado.
2. **Homogeneidad del producto.** Significa que los productos ofrecidos por un competidor son idénticos a los demás existentes en el mercado, de manera que a los consumidores les resulte indiferente adquirir los productos de uno u otro.
3. **Libre acceso al mercado o libre competencia.** Se traduce en la posibilidad de ingresar o retirarse libremente del mercado, en cualquier momento y sin que existan trabas para ello.
4. **Plena movilidad de los factores productivos.** La movilidad es la facilidad y velocidad con que los factores pueden cambiar de ocupación, industria, región o país. Los factores tienden a desarrollar actividades y a desplazarse hacia aquellos lugares en que sus utilidades son más atractivas.
5. **Transparencia.** Es preciso que cada uno de los diferentes agentes que forman parte del mercado tenga conocimiento cabal, perfecto y completo del mismo. De la oferta, demanda y precio del producto o servicio.

Cabe señalar, sin embargo, que el modelo de competencia perfecta difícilmente se da en la realidad, se trata solamente de un ideal teórico. Las normas sobre la materia tienden a desarrollar, potenciar y mantener estas condiciones a fin de aspirar la creación de un mercado perfecto.

¿Qué se entiende por libre competencia?¹³ Para estos efectos entendemos como tal el derecho de todas las personas y empresas a participar con eficiencia y en igualdad de condiciones en las actividades económicas, logrando así ofrecer productos y servicios con la mejor combinación de precio y calidad, variedad e innovación, maximizando el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general.

En nuestro derecho, el resguardo de la libre competencia es de suma importancia, pues constituye la piedra angular de nuestro sistema económico y a su vez el motor de la economía, impactando directamente en el bienestar de las

¹³ Diccionario Jurídico de la RAE: "Sistema en el que el precio de los bienes y servicios es acordado mediante el **libre** consentimiento de quienes intervienen en el tráfico económico, con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda".

personas, en la confiabilidad de las empresas y, en definitiva, en la estabilidad económica del país. Constituye un bien jurídico altamente protegido por nuestra legislación económica, específicamente por el Decreto Ley 211 de 1973.

El caer en conductas que atenten contra la libre competencia no es privativo de las grandes empresas, sino que depende exclusivamente del mercado de que se trata, el rol de los agentes económicos y el grado de influencia que estos ejercen dentro del mercado en que participan. En este sentido, y dependiendo de las circunstancias particulares del mercado relevante, el rol que desempeñan como agentes económicos y la influencia que ejerzan sobre el mismo, los médicos pueden estar altamente expuestos a incurrir en conductas anticompetitivas.

¿Cuáles son las conductas que se deben evitar? El Decreto Ley 211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia, señala como conductas atentatorias contra la libre competencia, las siguientes:

*“Artículo 3.- El que ejecutare o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que **impida, restrinja o entorpezca la libre competencia**, o que **tienda a producir dichos efectos**, será sancionado con las medidas señaladas en el art.26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones pueden disponerse en cada caso”.*

Cabe destacar que no solo es punible el hecho, acto o convención consumado que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sino todo aquel que *tienda a producir* dichos efectos. Que la ley prescriba que simples hechos también son punibles, significa que no es necesario que estos se realicen con la intención de obtener mayores beneficios económicos o afectar la libre competencia.

A pesar de esta figura general, de carácter amplio y elástico consagrada en el inciso primero del artículo 3 del D.L. 211, que permite incluir cualquier situación ambigua, la norma menciona algunas situaciones específicas que atentan contra la libre competencia. Continúa diciendo el inciso segundo de la norma en comento:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

*“Los **acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí**, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores,*

consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

Podemos identificar figuras como los **carteles**, que son acuerdos entre empresas competidoras en los que se fijan precios, de venta o de compra, a no pagar mayores precios por las materias primas, a no otorgar condiciones más favorables de las existentes, a limitar la producción o a distribuirse el mercado. Lo que busca el cartel es manipular el mercado en su beneficio regulando la competencia, no su eliminación. Otra figura es el **boicot**, que en general supone un acuerdo para no negociar con otros agentes económicos para excluirlos de su participación en el mercado, impedir el ingreso de competidores o fortalecer la posición que las partes involucradas en el acuerdo.

- a) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*
- b) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.*
- c) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o relevantes o de director en 2 o más empresas competidoras entre sí, siempre que el Grupo Empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 UF en el último año calendario. Con todo, solo se materializará esta infracción si transcurridos 90 días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”.*

Históricamente, las prácticas imputadas a los profesionales médicos por las que han sido investigados y sancionados por la Fiscalía Nacional Económica se han encuadrado particularmente en las figuras descritas en la letra a), esto es, el acuerdo o prácticas concertadas de competidores para fijar precios o limitar el ingreso de otros competidores.

SITUACIÓN PARTICULAR DE LAS ASOCIACIONES GREMIALES

Por su naturaleza, las asociaciones gremiales agrupan agentes de un sector particular del mercado, creando el escenario propicio para generar instancias en las que los competidores puedan compartir información o concertar prácticas

que pueden afectar negativamente al mercado. Es por ello que la propia Fiscalía Nacional Económica ha dictado una guía de recomendación¹⁴ en la que se especifican situaciones que deben ser evitadas.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tal como lo recoge la guía de promoción elaborada por la FNE, señala que:

*“Las asociaciones gremiales están por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícitos anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Tales reuniones y conversaciones, aun cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de sus objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal. **Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales que claramente transgreden las disposiciones de libre competencia.** Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de las autoridades de competencia de todo el mundo”.*

Debemos mencionar acá que no solo las asociaciones gremiales concentran o pueden concentrar agentes de comercio cuyas interacciones pueden significar riesgos a las normas de la libre competencia, también lo son las sociedades comerciales y sociedades científicas.

Entre las conductas que más riesgos generan se encuentran las vinculadas a la coordinación y acuerdo entre los competidores. Así, la Fiscalía Nacional Económica ha señalado que la **colaboración entre competidores**, ya sea que conste o no en un acuerdo formal, dará lugar a una revisión por parte del ente persecutor sobre los efectos que puede tener en el mercado. Otra conducta que genera riesgos es el **intercambio de información**, ya que, dependiendo de su naturaleza, podría tener consecuencias negativas en el mercado.

Para la Fiscalía Nacional Económica, *información relevante es toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado.* Por ejemplo, el conocer el

¹⁴ “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia”, Fiscalía Nacional Económica; https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/guia_-asociaciones_gremiales.pdf

precio que determinado competidor cobra por una prestación, o el porcentaje que se está negociando para aumentar una prestación, podría generar una coordinación implícita con otro competidor, impidiendo que el mercado actúe libremente, perjudicando con ello a los destinatarios de los servicios, quienes verán incrementados los valores de las prestaciones.

Otro tipo de información relevante que pudiese ser compartida en estas agrupaciones son las listas de clientes, políticas de descuentos, servicios anexos o términos y condiciones de pago. En mercados donde la participación de agentes económicos es limitada, como podría ser el caso de una determinada especialidad médica que actúa en una zona delimitada del país que concentra gran porcentaje del mercado, resulta muy fácil que el intercambio de información relevante ocurra y que los médicos involucrados, para estos efectos agentes económicos, ignoren que están incurriendo en prácticas anticompetitivas susceptibles de ser sancionadas.

Sanciones. En materia de libre competencia, el D.L. 211 distingue tres tipos de sanciones:

- 1) Las multas.
- 2) Otras medidas del artículo 26.
- 3) Sanciones penales.

1. Las multas

La aplicación de multas es una de las estrategias sancionatorias más utilizadas, no solo en el derecho chileno de la libre competencia, sino también a nivel comparado. A modo de comentario, desde el análisis económico se ha entendido que las multas son las que de mejor manera responden al objetivo de disuadir a los infractores de la realización de conductas contrarias a la libre competencia, ya que reducen y, en ciertos casos, anulan el beneficio económico que se pudiese obtener con la ejecución de estas conductas delictivas. En la medida en que el costo sea mayor a los beneficios esperables de una actividad ilícita, los agentes deberían, en principio, abstenerse de observar estas conductas. Todo lo anterior en la medida que las instituciones encargadas de velar por la libre competencia funcionen adecuadamente.

Este tipo de sanción la encontramos consagrada en el artículo 26, inciso segundo, letra c) del D.L. 211, que indica que el Tribunal en su sentencia definitiva puede adoptar como medida *las multas a beneficio fiscal*. Para determinar, en

principio, el monto de la multa, debemos distinguir: **A)** Si se puede determinar el monto de las ventas o el beneficio económico que le reporta al infractor, la multa podrá alcanzar: **A.1)** Hasta el 30% de las ventas correspondientes a los productos o servicios asociados a la infracción, por el período durante el cual se haya extendido esta; o, **A.2)** El doble del beneficio económico reportado por la infracción; y, **B)** Si **no** se puede determinar el monto de las ventas o el beneficio económico, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60 mil UTA. Esto es alrededor de 36 mil millones de pesos, aproximadamente.

La crítica más recurrente contra este tipo de sanciones pecuniarias, hasta antes de la reforma introducida en el año 2016 impulsada por los casos emblemáticos de la colusión de las farmacias y el papel higiénico, decía relación con la poca eficacia que tenían las multas para disuadir a los grandes agentes económicos de incurrir en estas prácticas debido a su baja cuantía. Se dio el caso en que las multas a que eran condenados los infractores resultaban insuficientes y no cumplían su finalidad disuasiva, porque el beneficio económico obtenido a raíz de la conducta lesiva contra la libre competencia resultaba mayor que la sanción monetaria, por lo que la multa quedaba absorbida dentro de los resultados de la operación. Llegaron a darse casos en que las multas por estas infracciones se encontraban registradas dentro de las estimaciones y planificación contable de los infractores.

Las multas pueden ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. A su vez, las multas impuestas a las personas naturales no podrán ser pagadas por la persona jurídica en la que ejercieron sus funciones, ni por los accionistas o socios de la misma. Tampoco podrán ser pagadas por otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial.

En el caso de las multas aplicadas a las personas jurídicas, responden solidariamente también sus directores, administradores y personas que se hayan beneficiado del mismo acto, siempre que hubiesen participado de su realización. Con ello se refuerza la efectividad de la sanción, ya que impide que la disolución de la persona jurídica sancionada con la imposición de una multa sirva como un mecanismo para burlar la sanción substrayéndose de su cumplimiento.

Para ejemplificar lo dicho con anterioridad, supongamos que un matrimonio de médicos constituye una sociedad de prestaciones médicas, siendo el marido el administrador de la sociedad. La sociedad incurre en actos contrarios a la libre competencia y es condenada al pago de una multa de 100 UTA; el marido, administrador de la sociedad, es condenado como persona natural al pago de 50

UTA; y la médica, que no participó de los actos delictivos ni se aprovechó de los ejecutados por su marido, es absuelta. En este caso, las multas son personales de cada uno, la sociedad no puede solventar la multa impuesta al médico administrador, pero, en sentido contrario, la multa de 100 UTA impuesta a la sociedad, al ser solidaria, obliga también al administrador, quien tendrá que responder con su patrimonio propio.

2) Otras medidas sancionatorias del artículo 26 del D.L. 211:

- a) *Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;*
- b) *Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;*
- d) *En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.*

3) Sanciones penales

La figura delictual la encontramos en el artículo 62, que dispone: *"El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".* Esto es de 3 años y un día hasta 10 años de presidio.

Cumplimiento efectivo de la pena. Como mecanismo disuasivo la ley prescribe que, si alguno de los condenados cumple con requisitos para acceder a beneficios punitivos, como la remisión de la pena, la reclusión parcial, libertad vigilada, reclusión nocturna, aun así, el condenado deberá cumplir efectivamente un año de pena privativa de libertad.

CONCLUSIÓN

Dentro del ejercicio profesional privado, los médicos y médicas cumplen una serie de roles y se relacionan de distinta manera con pacientes y terceros. Así, el médico puede efectuar su labor prestando la atención directamente a un paciente, en una consulta propia o arrendando un box de algún centro médico privado, o puede prestar sus servicios para un prestador institucional de salud, público o privado, como clínicas y hospitales. Cada una de estas formas presenta características especiales de relevancia jurídica que el profesional de la salud debe considerar en todo momento, particularmente antes de su ejercicio, de manera de ajustar sus relaciones con pacientes, prestadores institucionales y aseguradoras, a la figura que más se ajuste a sus intereses y proyecciones, precavando situaciones de riesgo que comprometan su responsabilidad civil, penal, administrativa y sanitaria.

Cambiando el enfoque, el mismo médico o médica puede detentar la calidad de socio o socia, ya sea porque pertenece a alguna asociación gremial, sociedad comercial o de profesionales y/o a alguna sociedad científica. En estos casos, si se cumplen determinados requisitos, puede ser considerado, bajo el prisma de las normas de la libre competencia, como un competidor respecto de los demás miembros de su asociación, generándose un escenario próspero y altamente peligroso para caer en conductas anticompetitivas, si no se tiene la precaución y asesoría necesaria.

Finalmente, tener absoluta claridad de la posición del médico o médica en los distintos escenarios que puede enfrentar en su vida profesional privada, los derechos que le asisten y obligaciones que le pesan en cada uno de ellos, les permite conducirse de manera recta a los ojos del derecho y la justicia, así como beneficiosa a sus intereses personales, evitando abusos y precavando eventuales conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

Código del Trabajo.

Patricia Núñez, Derecho Médico, III. El Contrato de Trabajo, Págs. 282 y siguientes.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 7266, de 10 de Febrero de 2005, descriptor: “Contratos a honorarios en Municipio”.

Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Decreto N° 58, del año 2008, Ministerio de Salud, "Autorización Sanitaria de Establecimientos de Salud Privados".

Ley 20.584.

Diccionario Jurídico de la RAE.

Decreto Ley 211 de 1973.

Asociaciones Gremiales y Libre Competencia, Fiscalía Nacional Económica;
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf

PARTICULARIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES PRIVADAS

Abogado Ignacio Avendaño¹

Dr. Marcelo Acevedo Mardones²

Tal como ocurre en todo tipo de profesiones, el mercado laboral nos ofrece distintos sectores en donde se puede ejercer o prestar los servicios profesionales y, es así, que en el ejercicio médico la forma más frecuente de distinguir es en aquellos que se desempeñan en el sector público y aquellos que trabajan en el sector privado.

En los últimos años, las médicas y médicos que se desempeñan en el sector privado ya sea parcial o completamente se ha incrementado significativamente, sobrepasando actualmente el 50% del universo total de médicos acreditados en el país. Frente a este escenario, entender la dinámica y formas de relación laboral que se establecen se transforma en una necesidad para velar por el justo y adecuado libre ejercicio de nuestra profesión. La protección laboral y equilibrio en las formas de relacionarse, ya sea individual o colectivamente, son subsumidas sin duda alguna por la legislación y el establecimiento de relaciones contractuales que den protección a los médicos en su actuar en el sector privado.

Cuando nos referimos al sector público nos estamos refiriendo a aquellos funcionarios que se desempeñan en servicios de salud, hospitales, Centros de Atención Familiar, Servicios de Atención Primaria de Urgencias de Alta

¹ Autor: Abogado, Diplomado en Normativa Laboral y Previsional en la Empresa y Magíster en Derecho mención Derecho Procesal.

² Autor: Médico cirujano, especialidad Traumatología. Presidente de la Fundación Medicina y Educación Solidaria. Máster en Dirección de Organizaciones y Personas, de la Universidad Adolfo Ibáñez; y diplomado en Desarrollo Organizacional, otorgado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Mediación y Responsabilidad Médica, otorgado por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Resolución, etc., quienes principalmente se encuentran regulados por la siguiente normativa: Estatuto Administrativo de Funcionarios Públicos; Ley N° 19.964 que establece normas especiales para profesionales funcionarios; Ley N° 15.076 que fija el Estatuto para los médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas; Ley N° 19.378 que establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, entre otras leyes. Cabe aclarar que en este tipo de contrataciones se suele denominar funcionario o servidor público a los profesionales que se desempeñan en las entidades fiscales u órganos de la administración del Estado, siendo –más bien– utilizada la nomenclatura de trabajador para aquellos que se encuentran regidos o regulados por el Código del Trabajo³.

Por su parte, quienes trabajan en el sector privado son aquellos que se desempeñan en clínicas o en cualquiera empresa privada cuyo giro esté relacionado con el ámbito de la salud, encontrándose estos trabajadores esencialmente regulados, ya sea, por el Código del Trabajo o por su propio contrato, como ocurre en la prestación de servicios a honorarios.

Ahora bien, esta distinción no es baladí por cuanto para efectos de determinar los derechos y obligaciones que se generan para ambas partes debemos necesariamente tener conocimiento de la ley aplicable a cada funcionario o trabajador, ya que son distintas las formas en que el legislador ha regulado este tipo de relaciones laborales, siendo solo algunas materias que se regulan transversalmente para ambos sectores, como lo son, a modo de ejemplo, las normas de protección de maternidad; sanción a los actos o conductas de acoso laboral y sexual; seguridad social, etc.

En este entendido, el presente trabajo pretende dar una revisión a las características de las relaciones laborales en el sector privado, en especial, respecto de aquellos trabajadores que se encuentran regulados por el Código del Trabajo y las particulares que conlleva este sistema de contratación, además, nos referiremos someramente a la regulación del teletrabajo y trabajo a distancia y, por último, analizaremos lo que está ocurriendo a nivel judicial a propósito de los contratados a honorarios ante entidades fiscales o del Estado.

³ El Código del Trabajo en su artículo 3° letra c) define al trabajador como: “*toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo*”.

Como señalamos anteriormente, en el ámbito privado las relaciones laborales pueden ser a través de la prestación de servicios a honorarios o mediante contratación bajo las normas del Código del Trabajo.

Ahora bien, los contratos o convenios de honorarios son una expresión genérica que se utiliza para designar cualquier contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero en donde efectivamente hay prestación de servicios⁴.

Este tipo de contratos está pensado para personas que prestan servicios con cierta autonomía, es decir, para trabajadores independientes que desarrollan sus servicios en forma esporádica para una determinada empresa, sin estar sujetos a jornadas de trabajos ni control de parte de jefaturas, estando solo regidos o regulados por los derechos y obligaciones que contiene el contrato civil de prestación de servicios. Se caracterizan principalmente por no haber un vínculo de subordinación y no existir una remuneración, ya que el pago es un honorario, existiendo además la obligación de otorgarse la boleta de honorarios, documento que por norma general emite el prestador del servicio por este tipo de contrato y que se utiliza para efectos tributarios⁵.

No obstante, cabe hacer presente que en la actualidad en Chile existen innumerables situaciones que implican falsos contratos de prestación de servicios, puesto que en la realidad son contratos de trabajo simulados al darse un auténtico vínculo de subordinación⁶.

En efecto, debemos indicar que los trabajadores a honorarios no se rigen por el Código del Trabajo, sino que por su propio contrato por lo que cualquier beneficio al que tengan derecho dependerá del acuerdo al que hayan arribado con quienes hicieron el respectivo convenio o contrato.

4 Este tipo de contrato no está expresamente definido por la ley, por lo tanto, es un contrato de tipo innominado, sin embargo, la doctrina lo ha asimilado al contrato de arrendamiento, específicamente, el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que se encuentra regulado en el Código Civil, en los artículos 2006 y siguientes. Así también lo ha entendido la Dirección del Trabajo, en su Dictamen N° 585/47, del año 2004, en el cual se establece que: "(...) *el personal sujeto a contrato de honorarios se rige por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que regula el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil*".

5 Francisco Walker, Derecho de las relaciones laborales, Editorial Librotecnia. T. I, p. 188.

6 *Ídem*.

Por otra parte, el contrato individual de trabajo se encuentra definido en el artículo 7° del Código del Trabajo y que dispone: *“El contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo subordinación y dependencia del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”*.

De la definición que nos otorga el Código es posible inferir los siguientes elementos de un contrato de trabajo: 1) Un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador; 2) Una prestación de servicios personales por el trabajador; 3) Una remuneración de tales servicios por el empleador, y 4) La prestación de los servicios personales bajo vínculo de dependencia y subordinación.

En cuanto a las características del contrato individual de trabajo⁷ podemos señalar las siguientes:

1. Es bilateral. Las partes contratantes se obligan recíprocamente⁸, es decir, se generan obligaciones para ambas partes, tanto de carácter patrimonial como personales, siendo las principales (no únicas) la de prestar los servicios por parte del trabajador y la de pagar la remuneración convenida para el empleador.
2. Es oneroso. Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes⁹, gravándose cada uno a beneficio del otro.
3. Es conmutativo. Las obligaciones que contraen las partes se miran como equivalentes. Esta característica puede ser discutida atendida la natural desproporción entre lo aportado por el empleador y la prestación del trabajador, pues mientras para aquel el pago de la remuneración implica un esfuerzo pecuniario, el trabajador aporta un importante esfuerzo personal.
4. Es principal. Subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención o contrato.
5. Es nominado. Posee su propia denominación -contrato de trabajo- y tiene una regulación jurídica particular, con sus elementos tipificantes que lo distinguen de otras figuras contractuales de prestación de servicios.

⁷ Gabriela Lanata, Contrato individual de trabajo, Editorial LexisNexis, p. 89.

⁸ Artículo 1439 del Código Civil.

⁹ Artículo 1440 del Código Civil.

6. Es dirigido. Le compete al Estado a través de la legislación laboral regular los elementos básicos del contrato, en detrimento de la autonomía de la voluntad de los contratantes.
7. Es de tracto sucesivo. Se realizan y se cumplen en el tiempo, en forma continuada, es decir, las obligaciones que nacen de él se van cumpliendo y renovando constantemente.
8. Es consensual¹⁰, es decir, se perfecciona por el solo consentimiento¹¹ o acuerdo de las partes, por lo que la exigencia de escrituración del contrato no es solemnidad, sino que es una formalidad de prueba del vínculo laboral. En otras palabras, si no hay un contrato escrito, de todas formas puede existir un vínculo contractual laboral, lo cual obedece también al principio de primacía de la realidad que rige las relaciones laborales y que trataremos en los párrafos siguientes.

Es más, refuerza lo sostenido en el párrafo precedente lo dispuesto en el inciso primero del artículo 8° del Código del Trabajo y que señala: *“Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”*.

En el mismo sentido, debemos señalar que en el derecho del trabajo existen una serie de principios fundamentales¹² que buscan proteger a la parte débil en la relación laboral, es decir, se trata de lograr un trato justo y equitativo en la misma, porque en ella se encuentra una parte en condiciones de desventaja, el trabajador, por lo que con la aplicación de los principios laborales se procura alcanzar la igualdad de las partes en dicha relación.

A mayor abundamiento, la realidad del trabajo asalariado justifica plenamente el tratamiento normativo diferente que entrega el derecho del trabajo. Por ello, la idea central en que se inspira el ordenamiento laboral no es la igualdad entre las personas, sino la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así punto de partida del derecho, para convertirse en la meta o aspiración del orden jurídico.

¹⁰ Artículo 9° del Código del Trabajo.

¹¹ Artículo 1443 del Código Civil.

¹² Entre los más importantes principios del derecho del trabajo podemos señalar los siguientes: principio de irrenunciabilidad de los derechos; principio protector; principio de la continuidad; principio de primacía de la realidad; principio de la buena fe.

Por esto, uno de los principios fundamentales que orienta al derecho del trabajo, es el principio protector, ya que este derecho en vez de inspirarse en un propósito de igualdad, busca, precisamente, amparar al trabajador, la parte más débil de la relación laboral. Por ello, en el derecho del trabajo se establece la regla “*in dubio pro operario*”, según la cual si una norma puede entenderse de diversas maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador.

Asimismo, otro principio importante que rige en el derecho del trabajo es el de primacía de la realidad, en donde se otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la práctica, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido. Por lo tanto, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, debe darse preferencia a los hechos¹³. Prima, entonces, la verdad de los hechos por sobre la apariencia, la forma o la denominación que le asignan estas al contrato.

En otras palabras, en caso de discrepancia entre lo que sucede en la práctica y lo que surge de los documentos, debe darse preferencia a lo primero pues la realidad expresa necesariamente la verdad, en tanto que la documentación puede reflejar la ficción dirigida a esconderla con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales.

Este principio sin duda constituye una garantía para el trabajador en caso de encontrarse ante la informalidad laboral o cuando se le quiere otorgar otra nomenclatura a un contrato que es evidentemente laboral, tal como ocurre —por ejemplo— en ciertos contratos de prestación de servicios a honorarios en donde se establecen condiciones u obligaciones que son más propias de un contrato individual de trabajo¹⁴. En este caso en particular, previo análisis, lo que se suele hacer judicialmente es que al momento del término del vínculo contractual se demande la existencia de la relación laboral, a fin de obtener el pago de

13 Corte Suprema, 16 de marzo de 1987, rol 21.950.

14 “En el caso de las personas contratadas a honorarios estas deben regirse por las reglas del contrato específico, tal cual lo señala la ley. No obstante, dicha afirmación no puede aceptarse como regla automática en casos que la actividad contractual del municipio ha exorbitado los fines legítimos que la norma habilitante le confiere, contraviniendo el orden público laboral” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5 de octubre de 2010, RIT 0-910-2010).

las indemnizaciones¹⁵ y prestaciones laborales¹⁶ que contempla el Código del Trabajo, por cuanto es usual que al término del contrato de prestación de servicios a honorarios no se haga pago de ningún estipendio (salvo acuerdo entre las partes), de hecho en dichos contratos generalmente ni siquiera se establecen causales para ponerle término ni un plazo para ello, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones laborales regidas por el Código del Trabajo.

Ahora bien, cabe precisar que la subordinación es el elemento esencial para calificar un acuerdo como un contrato individual de trabajo. En este sentido, nuestra jurisprudencia nos ha indicado qué se debe entender por este vínculo de subordinación al señalar que: *“Esta característica se manifiesta en la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de las funciones y la subordinación a controles e instrucciones impartidas por el empleador a cuyo acatamiento debe sujetarse el trabajador”*¹⁷.

Por su parte, la Dirección del Trabajo reiteradamente ha establecido que el vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren diversas manifestaciones o elementos fácticos como, por ejemplo:

- “a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues, en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento;*
- b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo;*
- c) Durante el desarrollo de la jornada de trabajo tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores;*
- d) El trabajo se realiza dentro de las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y*

¹⁵ Indemnización por años de servicios; indemnización sustitutiva del aviso previo e injustificación de la causal de despido.

¹⁶ Feriado legal y feriado proporcional, pago de cotizaciones de seguridad social, nulidad del despido, cobro de remuneraciones adeudadas.

¹⁷ Corte Suprema, Fallos del Mes N° 457, p. 2700.

controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador;

- e) *Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, debe sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador*^{m8}.

Ahora bien, cabe mencionar que constituye una realidad incuestionable en nuestro país que los empleadores intentan eludir sus problemáticas internas en cuanto a la contratación de personal y el presupuesto para ello, recurriendo a fórmulas que no están permitidas por la ley, ya que no se cumplen los presupuestos exigidos por esta, dejando a los trabajadores, que sin ninguna duda se han desempeñado bajo subordinación y dependencia en los términos del Código del Trabajo, en la más absoluta desprotección y faltando a la verdad cuando se niega ese vínculo de dependencia laboral.

No obstante, es menester señalar que la calificación jurídica de un contrato de trabajo le corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, en específico, a los Juzgados del Trabajo, no siendo competente en este aspecto la Dirección del Trabajo¹⁹, por lo que para efectos de obtener el reconocimiento de tal calidad se deberá necesariamente demandar judicialmente ante el tribunal correspondiente.

Por otro lado, habíamos señalado respecto de la consensualidad que, para el nacimiento o creación de un contrato de trabajo, solo se requería del consentimiento o acuerdo entre las partes. Pues bien, esta situación en cuanto al consentimiento de las partes se mantiene análoga durante la vigencia de la relación laboral, en donde las modificaciones contractuales que se quieran realizar deben necesariamente ser de mutuo acuerdo, no pudiendo el empleador imponer u obligar a los trabajadores a firmar un anexo que contenga alguna

18 Dictamen 5.848/386 de 26 de noviembre de 1998.

19 Rol N° 887-2008, Corte Suprema, 12 de mayo de 2008.

modificación y que pueda perjudicar sus derechos laborales²⁰, los que además, según la ley, revisten el carácter de irrenunciables²¹.

Ahora bien, es menester señalar que no es necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de los reajustes de remuneraciones legales.

No obstante lo anterior, excepcionalmente el empleador puede, de manera unilateral, modificar el contrato en los casos que se refiere el artículo 12 del Código del Trabajo, recogiendo lo que la doctrina laboral denomina “*ius variandi*”.

El concepto de “*ius variandi*” significa la potestad del empleador de variar, de acuerdo a ciertos límites, la modalidad de prestación de servicios de las tareas del trabajador²².

Por su parte, nuestros tribunales de justicia han definido al “*ius variandi*” como una excepción al principio general del derecho relativo a que los contratos bilaterales no pueden ser modificados unilateralmente; y en atención a su condición excepcional, debe interpretarse en forma restrictiva, excluyéndose entonces todas las modificaciones discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser económico, social o moral²³.

Ahora bien, el artículo 12 antes mencionado establece que el empleador puede alterar la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Asimismo, el artículo agrega que, por circunstancias que afecten a todo el proceso, establecimiento o a alguno de sus conjuntos operativos, puede el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida, hasta por 60

20 El inciso primero del artículo 11 del Código del Trabajo señala: “*Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo*”. Se ha señalado por parte de la Corte Suprema que esta norma es de orden público cuyo contenido tiene, por lo mismo, carácter imperativo, y que en consecuencia las modificaciones contractuales que no cumplen con las formalidades señaladas no permiten tener por acreditadas las estipulaciones objeto de modificaciones (C. Suprema, 5 de julio de 2001, rol N° 2178-2001).

21 El inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo dispone: “*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*”.

22 Francisco Walker, Derecho de las relaciones laborales, Editorial Librotecnia. T. I, p. 194.

23 Corte Suprema, 29 de noviembre de 2007, rol 2692-2007.

minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar aviso al trabajador con treinta días de anticipación.

Añadiendo la norma que el trabajador afectado podrá reclamar de estas modificaciones en el plazo de treinta días hábiles contados desde la ocurrencia del hecho o de la notificación del aviso ante el Inspector del Trabajo, a fin de que este se pronuncie sobre el cumplimiento de las situaciones señaladas precedentemente, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro del quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

No está demás señalar que esta excepción es bastante limitada por cuanto en el caso de alteración de la naturaleza de los servicios, la cual debe ser similar, o del lugar o recinto donde deben prestarse, no pueden producirse menoscabo al trabajador, entendiéndose por la Dirección del Trabajo como todo hecho o circunstancia que determine una disminución en el nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, diversa de frecuencia de turnos, etc.²⁴.

Por otro lado, las razones para adelantar o atrasar el horario de ingreso al trabajo tienen que ser de gran envergadura, lo que demuestra que la ley ha querido darle a esta situación un carácter bastante excepcional.

Otra de las particularidades que se da en los contratos de trabajo regidos por el Código Laboral, dice relación con la temporalidad de los mismos, ya que es común distinguir entre contratos de trabajo de duración indefinida, de plazo fijo y por obra o faena.

Los contratos de duración indefinida son aquellos en que se establece sin definir un límite de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a la duración del contrato.

Por su parte, los contratos a plazo fijo son aquellos cuya duración en el tiempo se encuentra limitada a un período determinado. Ello implica que las partes se obligan recíprocamente por un tiempo determinado, existiendo certeza en cuanto a su vigencia y precisándose una fecha a partir de la cual cesan sus efectos jurídicos²⁵. Este tipo de contratación implica un verdadero pacto de disolución

24 Dictamen N° 3494/266 de 30 de septiembre de 1998.

25 Dictamen N° 3878/197, Dirección del Trabajo, 22 junio 1995.

anticipada, de común acuerdo y, en consecuencia, las partes están obligadas a cumplirlo hasta que el plazo venza conforme los principios generales del derecho y, especialmente, con aquel que indica que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes²⁶.

El Código del Trabajo permite que el contrato se pacte hasta por un año y, de forma excepcional, tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por este, puede ser de hasta dos años^{27 28}.

Asimismo, el Código permite que un contrato de trabajo a plazo fijo se transforme en uno de duración indefinida, en los siguientes casos:

- i) Por el solo hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador;
- ii) Como consecuencia de la segunda renovación de un contrato a plazo fijo.

Por su parte, como una forma de evitar los abusos de parte de los empleadores, el Código establece una presunción a favor del trabajador y que consiste en aquellos casos en que se haya prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presume que el contrato es de duración indefinida.

A su vez, el contrato por obra, tarea o servicio determinado se caracteriza por constituir una relación laboral específicamente establecida para una determinada labor, la que debe detallarse en forma suficientemente precisa en el contrato individual de trabajo²⁹.

Cabe señalar que al igual como ocurre en los contratos a plazo fijo, en los contratos por obra o faena pueden transformarse en indefinido si el trabajador continúa trabajando con conocimiento del empleador. Esta ficción no se

26 Lanata, ob. cit., p. 92.

27 Artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

28 El Dictamen N° 65/01 de la Dirección del Trabajo, de fecha 7 enero de 2014, ha interpretado esta norma en el sentido de que *“la duración del contrato de plazo fijo considerando el término original y su renovación, no puede exceder del período indicado en la ley, esto es, un año o dos años, según corresponda”*.

29 Walker, ob. cit., p. 200.

encuentra específicamente regulada en el Código del Trabajo, siendo nuestra jurisprudencia quienes han dado dicha interpretación a favor del trabajador³⁰.

A mayor abundamiento, dicha solución e integración de las normas emana de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia al sostener: *“que los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo (conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato), deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración—no indefinidos—de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley. Dicha conclusión, implica dar el verdadero alcance a los contratos por obra o faena, ajustándolos al espíritu del legislador laboral, que los previó en forma excepcional y evitar que estos puedan ser utilizados para eludir las indemnizaciones previstas para los de duración indefinida, por la vía de invocar la autonomía de la voluntad o la temporalidad que pueda afectar al empleador en sus vinculaciones con terceros, desde que con ello se estaría permitiendo la renuncia a derechos que son irrenunciables”*³¹.

En este sentido, podemos ver que existen una serie de particularidades que distinguen a las relaciones laborales regidas por el Código del Trabajo, y que son propias o exclusivas de dicha área, no siendo —en consecuencia— aplicables por analogía a otros tipos de contrataciones y es por eso que el objeto de este primer capítulo fue dar a conocer este tipo de características.

II. TELETRABAJO Y TRABAJO A DISTANCIA

Bien sabemos que producto de la pandemia sanitaria por Covid-19 las relaciones laborales se vieron bastante modificadas en atención a las normas sobre distanciamiento social, lo cual trajo consigo la instauración de un nuevo sistema en la forma de la prestación de los servicios personales.

Dicha situación vino a ser regulada a través de la Ley N° 21.220, publicada en el Diario Oficial el día 26 de marzo de 2020 y que establece normas sobre trabajo a distancia y teletrabajo³². No obstante, cabe hacer presente que dicha regula-

30 Corte Suprema, 18 de noviembre de 2015, rol N° 5513-2015.

31 Corte Suprema, 18 noviembre 2014, rol N° 4061-2014.

32 Es dable destacar que la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen N° 1389/007 de fecha 08 de abril de 2020, fijó el alcance y sentido de la Ley N° 21.220.

ción solo es aplicable a aquellos trabajadores cuya vinculación este sometida al Código del Trabajo³³, por lo que los funcionarios públicos deberán sujetarse a las normas que dicte la autoridad pública para tal efecto o a las modificaciones legales que se puedan realizar en los cuerpos normativos a los que se encuentren sujetos.

Ahora bien, cabe mencionar que las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, pero en ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que se reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración.

Es *trabajo a distancia* aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Por su parte, se denomina *teletrabajo* si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

Por otro lado, las partes deben determinar el lugar donde el trabajador prestará los servicios, que podrá ser el domicilio del trabajador u otro sitio determinado. Con todo, si los servicios, por su naturaleza, fueran susceptibles de prestarse en distintos lugares, podrán acordar que el trabajador elija libremente dónde ejercerá sus funciones³⁴.

En caso de que la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo se acuerde con posterioridad al inicio de la relación laboral, cualquiera de las partes puede unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas en el contrato de trabajo, previo aviso por escrito a la otra con una anticipación mínima de treinta días. Si la relación laboral se inició con esta modalidad de trabajo, será siempre necesario el acuerdo de ambas partes para adoptar la modalidad de trabajo presencial.

33 Esta forma especial de contratación se incorporó en el Código del Trabajo en el libro I, título II de los contratos especiales, capítulo IX, artículos 152 quáter G a 152 quáter O, siendo en total 8 artículos que regulan la materia.

34 No se considerará trabajo a distancia o teletrabajo si el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa.

La modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella.

El empleador, en caso de los trabajadores con jornada laboral, deberá implementar a su costo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia. Si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal³⁵.

Con todo, en el caso del teletrabajo las partes pueden acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo. Sin embargo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores. En aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con, a lo menos, una semana de anticipación.

Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador debe respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Por su parte, además de las estipulaciones previstas en todo contrato de trabajo dicho acuerdo además debe contener las siguientes estipulaciones:

1. Indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, especificando si será de forma total o

³⁵ Sujetándose a las normas sobre duración de la jornada de los artículos 22 y 28 y las relativas al descanso semanal del Párrafo 4° del Capítulo IV del Libro Primero del Código del Trabajo.

parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación entre trabajo presencial y trabajo a distancia o teletrabajo.

2. El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios, salvo que las partes hayan acordado que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones, lo que debe expresarse.
3. El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo, el cual puede ser indefinido o por un tiempo determinado.
4. Los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.
5. La circunstancia de haberse acordado que el trabajador a distancia puede distribuir su jornada en el horario que mejor se adapte a sus necesidades o que el teletrabajador se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo.
6. El tiempo de desconexión.

Ahora bien, los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deben ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador.

Por su parte, las condiciones específicas de seguridad y salud a que deben sujetarse los trabajadores serán reguladas por un reglamento que dictará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social. En aquellos casos en que las partes estipulen que los servicios se prestarán desde el domicilio del trabajador u otro lugar previamente determinado, el empleador comunicará al trabajador las condiciones de seguridad y salud que el puesto de trabajo debe cumplir de acuerdo al inciso anterior, debiendo, en todo caso, velar por el cumplimiento de dichas condiciones, conforme al deber de protección que le asiste al empleador. En caso de que la prestación de los servicios se realice en el domicilio del trabajador o de un tercero, el empleador no podrá ingresar a él sin previa autorización de uno u otro, en su caso³⁶.

³⁶ En todo caso, el empleador podrá siempre requerir al respectivo organismo administrador del seguro de la Ley N° 16.744 que, previa autorización del trabajador, acceda al domicilio de este e informe acerca de si el puesto de trabajo cumple con todas las condiciones de seguridad y salud reguladas en el reglamento señalado en el inciso primero y demás normas vigentes sobre

Ahora bien, conforme al deber de protección que tiene el empleador, siempre deberá informar por escrito al trabajador a distancia o teletrabajador acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los medios de trabajo correctos según cada caso en particular, de conformidad a la normativa vigente. Adicionalmente, en forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá efectuar una capacitación al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud que debe tener presente para desempeñar dichas labores.

El empleador debe, además, informar por escrito al trabajador de la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos en la empresa en el momento del inicio de las labores. Asimismo, en caso de que se constituya un sindicato con posterioridad al inicio de las labores, el empleador deberá informar este hecho a los trabajadores sometidos a este contrato.

El trabajador sujeto a estas normas siempre podrá acceder a las instalaciones de la empresa y, en cualquier caso, el empleador deberá garantizar que pueda participar en las actividades colectivas que se realicen, siendo de cargo del empleador los gastos de traslado de los trabajadores.

Pues bien, como pudimos analizar respecto de esta forma o modalidad de prestar los servicios personales, la ley vino a regularizar una situación de hecho que se originó producto de la pandemia, reglamentando específicamente ciertos derechos y obligaciones para las partes, lo cual naturalmente constituye un resguardo especialmente para el trabajador, ya que se establecen una serie de garantías a favor de este y con ello se evitan ciertos abusos, a los que pueden incurrir los empleadores al contar—actualmente—con esta legislación.

III. CONTRATOS A HONORARIOS EN EL SECTOR PÚBLICO

Como señalamos al inicio del presente trabajo, los contratos a honorarios son una expresión genérica que se utiliza para designar cualquier contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero en donde efectivamente hay prestación de servicios³⁷. En otras palabras,

la materia. Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier tiempo, la Dirección del Trabajo, previa autorización del trabajador, podrá fiscalizar el debido cumplimiento de la normativa laboral en el puesto de trabajo a distancia o teletrabajo.

³⁷ Desde el punto de vista administrativo, la Contraloría General de la República, define el contrato de honorarios en su Dictamen N° 7.266, de fecha 10 de febrero de 2005, como

se trata de una figura contractual regida por las normas de derecho privado—Código Civil—, siendo una de las modalidades de contratos más utilizados en el sector público, hecho que permite que los órganos de la administración del Estado (entidad pública) puedan celebrar contratos privados con personas naturales o particulares.

Ahora bien, este tipo de contratación se encuentra expresamente regulada en el artículo 11 del Estatuto Administrativo y que señala: *“Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.*

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

A su vez, el artículo 24 de la Ley N° 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios de los servicios de salud, dispone en lo pertinente que: *“No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, los Directores de Servicio, de oficio o a petición de los Directores de establecimientos, podrán celebrar convenios con médicos cirujanos, cirujanos dentistas, farmacéuticos o químicos farmacéuticos y bioquímicos, con la debida calificación técnica y experiencia, cuyos servicios sean requeridos en forma ocasional y transitoria, como tratantes o consultores en situaciones específicas de apoyo al trabajo asistencial de los respectivos Servicios, a través de una modalidad de llamada que se regirá por las normas de este artículo.*

Esta modalidad tendrá por objeto reforzar las actividades clínicas de los establecimientos asistenciales, cuando estas no puedan lograrse por medio de los recursos humanos propios del respectivo Servicio de Salud y sean indispensables para la ejecución eficiente de las funciones del establecimiento, aun cuando se trate de labores habituales de la institución”.

“El contrato a honorarios no está definido por la ley, pero esta lo regula de forma tal, que conlleva a entenderlo como un mecanismo de prestación de servicios que permite a la Administración Municipal, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, cuando requiera ejecutar labores propias de la Corporación, que presenten un carácter ocasional, específico, puntual y no habitual. Ahora bien, doctrinariamente se lo puede definir como un acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”.

Agregando en su inciso sexto: *“Los profesionales contratados bajo esta modalidad se regirán únicamente por las reglas que establezca el contrato respectivo y no les serán aplicables las normas estatutarias que rijan para los profesionales funcionarios. Los efectos de esta clase de convenios se someterán a la legislación común”*.

Pues bien, como podemos apreciar de las normas transcritas, la ley autoriza este tipo de contratación a honorarios cuando se trate de: 1) de labores accidentales u ocasionales, o 2) para cometidos o situaciones específicas.

Sin embargo, en la práctica nos encontramos que este tipo de contratos se suele dar más bien de forma permanente, por cuanto ocurre que existen muchos médicos que se mantienen desempeñando sus funciones por años a través de este sistema de contratación, lo cual es con plena infracción a estas normas que regulan la materia, según se desprende de la simple lectura de las mismas.

Ahora bien, las personas contratadas bajo esta modalidad carecen de la calidad de funcionario o empleado público, lo cual les impide gozar de gran parte de los beneficios de los funcionarios, a modo de ejemplo podemos señalar los siguientes: *“Por no invertir la calidad de empleados públicos es improcedente admitir la afiliación de las personas contratadas a honorarios a un Servicio de Bienestar constituido de acuerdo con el Decreto N° 722, de 1955,..... pues dichas dependencias tienen como propósito esencial otorgar prestaciones de seguridad social a los funcionarios públicos, carácter que no poseen las personas contratadas a honorarios”*³⁸; *“Tampoco cabe aceptarlos como miembros de una asociación de funcionarios, ya que según la Ley N° 19.296 es claro que solo pueden afiliarse a una asociación de esa naturaleza los trabajadores que se desempeñan en un servicio público, precisamente porque es a los empleados de la Administración estatal a quienes la ley reconoce el derecho de asociación”*³⁹.

En consecuencia, no son funcionarios públicos y tampoco existe un vínculo laboral entre la institución estatal y el trabajador, sino que solo se considera prestación de servicios en materias determinadas, siendo el convenio de honorarios un contrato civil en donde se establecen las obligaciones, derechos y condiciones que el trabajador tiene. En consecuencia, las partes se rigen por su contrato pero este no excluye por sí mismo la aplicación del Código del Trabajo por tratarse esta de una norma de orden público. Luego, su vinculación lo puede ser conforme a las normas generales, que pueden ser las del derecho común (Código Civil) o las del Código del Trabajo, cuestión que corresponde dilucidar a

38 Dictamen N° 10.536 de 1989, Contraloría General de la República.

39 Dictamen N° 40.777 de 1995 Contraloría General de la República.

los Juzgados del Trabajo cuando se interpone una acción judicial de declaración de existencia de la relación laboral.

Por lo anteriormente expuesto, el conflicto jurídico surge cuando los trabajadores a honorarios no desarrollan labores ocasionales o accidentales, más bien desarrollan labores de carácter permanente en entidades públicas, cumpliendo horario de trabajo, acatando instrucciones u órdenes de su jefatura y realizando funciones propias de funcionarios contratados por la Administración del Estado. En efecto, según estadísticas entregadas en marzo de 2021 por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES), se desempeñaban como trabajadores a honorarios 47.724 personas, lo que en términos de participación alcanza un 10,8% de la totalidad de la fuerza laboral efectiva en el Gobierno Central⁴⁰.

En efecto, constituye una realidad incuestionable que los servicios públicos intentan eludir sus problemáticas internas en cuanto a la contratación de personal y el presupuesto para ello, recurriendo a fórmulas que no están permitidas por la ley, ya que no se cumplen los presupuestos exigidos por esta (labores ocasionales o transitorias), dejando a los trabajadores, que sin ninguna duda se desempeñan bajo subordinación y dependencia en los términos del Código del Trabajo, en la más absoluta desprotección, infringiendo de paso el deber de contribuir al bien común de los ciudadanos, que es transversal a toda la Administración Pública.

De esta manera, lo que a un empleador proveniente del mundo privado no le está permitido y que además es sancionado cuando se detecta (tener trabajadores dependientes con contrato a honorarios), en el caso de los servicios públicos se ha transformado en una conducta normal y que suele quedar impune.

Sin embargo, producto de lo señalado anteriormente, esto ha traído como consecuencia que los trabajadores bajo régimen de contratación a honorarios presenten un número considerable de demandas laborales en contra del Fisco de Chile. Es más, nuestra Excm. Corte Suprema en el año 2015 acogió una de las primeras demandas en donde se reconoce la relación laboral entre un trabajador y un órgano de la Administración del Estado (Municipalidad de Santiago), obligando al ente fiscal al pago de las prestaciones laborales y de seguridad social que establece el Código del Trabajo. En este caso, la Corte consideró que las funciones que este desempeñó se desarrollaban en forma permanente y

40 Ministerio de Hacienda, dirección de presupuestos. Informe Trimestral de Recursos Humanos del Sector Público 2021.

continúa durante cuatro años, incumpliendo la condición establecida en la Ley N° 18.883 que establece que se podrá contratar bajo régimen de honorarios a personas que presten servicios accidentales y no habituales⁴¹.

No obstante, tal como se puede apreciar, tuvieron que pasar varios años para que se comenzara a cambiar el criterio de la Excma. Corte Suprema y otorgar a la relación jurídica contractual entre las entidades fiscales y las personas contratadas bajo esta modalidad, la interpretación jurídica más acorde a la realidad y no la más conveniente al Fisco. En efecto, a diferencia de lo que tradicionalmente había sostenido nuestro Máximo Tribunal en su jurisprudencia anterior, así como por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, esa nueva sentencia de la Corte Suprema consideró que la relación existente entre el demandante y el órgano de la Administración del Estado debía considerarse como de naturaleza laboral, atendido el vínculo de subordinación y dependencia existente entre las partes y la existencia de una remuneración mensual a favor del demandante como contraprestación por sus servicios. Esto es, que se configurarían en los hechos los elementos que definen los contratos de trabajo⁴² y ante ello la Corte hizo aplicables las disposiciones del Código del Trabajo.

Esta sentencia de unificación de jurisprudencia resulta del todo relevante, dado que se impone una correcta exégesis de la ley al establecer la existencia de la relación de subordinación-dependencia que le es propia al derecho laboral. En lo particular, la Corte expresó en fallo rol N° 11.584-2014 que: *“La acertada interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, en relación, en este caso, con el artículo 4° de la Ley N° 18.883, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, en la especie una Municipalidad, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo. En otros términos, se uniforma la jurisprudencia, en el sentido que corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece —para el caso— el artículo 4° de la Ley N° 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que*

41 Corte Suprema, 1 de abril de 2015, rol 11.584-2014.

42 1) Un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador; 2) Una prestación de servicios personales por el trabajador; 3) Una remuneración de tales servicios por el empleador; y 4) La prestación de los servicios personales bajo vínculo de dependencia y subordinación.

las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente”.

Por su parte, la sentencia de reemplazo declaró la existencia de una relación laboral señalando al efecto que: *“Como hecho de la causa ha de tenerse la existencia de dicha subordinación y dependencia, aunque no aparezca el cumplimiento de horario específico; también se ha demostrado el pago de remuneración mensualmente contra el recibo firmado por el trabajador, en contraprestación a los servicios cumplidos; por último, la realización íntegra de la labor para la que fuera contratado y que se mantuvo por más de 4 años de manera ininterrumpida. Estos son los hechos probados en este proceso y a los que corresponde calificar jurídicamente, sin perjuicio de la denominación que las partes hayan dado a la relación que las unía e, incluso, no obstante esa denominación y las cláusulas pactadas en los respectivos instrumentos suscritos por ellas”.*

El fallo en cuestión resulta importante por dos motivos, en primer lugar, porque viene a corregir la notable falta de protección de derechos que tiene un relevante sector de los trabajadores de la Administración del Estado; y en segundo lugar, porque a falta de una solución de tal problema por los órganos del Estado naturalmente llamados a ello, la propia administración y el legislador, ha sido el Poder Judicial quien ha actuado, lo que conlleva una solución pero a la vez un problema de funcionamiento de nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, el problema de funcionamiento se deja en evidencia, debido a que en uso de sus facultades, es el Poder Judicial el que ha venido a cumplir y solucionar un problema de orden político, no en el sentido político partidista, sino el más puro sentido de la política, esto es en el “qué hacer” y “cómo hacerlo”; así las cosas, es la administración quienes deben determinar la modalidad jurídico contractual en las que se desenvolverán las dotaciones del personal, por lo que si sabiendo la falta de personal que tienen según las dotaciones autorizadas, al momento de elaborar los programas presupuestarios ningún servicio y ninguna autoridad ha sido capaz de pedir traspasar efectivamente y no de manera simbólica, la dotación de personal honorarios a contrata. Y es por esta falta de acción de las autoridades estatales y políticas que han tenido que ser los tribunales y en lo particular la Corte Suprema, el que ha venido a salvar y, más bien dicho, a proteger la relación jurídica contractual entre el Estado y las personas naturales contratas bajo modalidad de honorarios.

Como se dijo anteriormente, los trabajadores a honorarios ejercen sus funciones sin ser funcionarios, sin tener los derechos propios de ellos pero igualmente sujetos a las obligaciones que emanen de sus contratos y a las que les resulten aplicables del Estatuto de la institución y otros cuerpos legales.

Así las cosas, el problema es una situación de hecho. El Estatuto Administrativo, al contemplar la contrata y los honorarios como modalidades por las cuales se pueden vincular personas naturales con la administración, consideró cada una de ellas para situaciones particulares. Así, según el artículo 3º letra c) del Estatuto, el empleo a contrata es de carácter transitorio; y el artículo 11 del mismo texto legal autoriza la contratación a base de honorarios de profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución.

Con todo, en los hechos, los órganos de la Administración del Estado tienen miles de funcionarios a contrata y a honorarios ejerciendo funciones permanentes y esenciales, que dejan a aquellos en la incertidumbre de la duración de sus funciones y a estos en una desprotección laboral y de seguridad social no asimilable a ninguna otra categoría de trabajadores en nuestro país. Es notorio que se requiere una solución general y definitiva para el problema, que idealmente debiese pasar por reformas legales así como de prácticas de la administración para sus trabajadores.

Este cambio en la jurisprudencia sitúa al personal a honorarios que presta servicios a la administración como trabajadores sometidos al Código del Trabajo, y con ello se genera una desigualdad de trato legal, dado que en varios aspectos el funcionario no goza de los mismos derechos que los trabajadores, por ejemplo, en materia de desvinculación e indemnización por años de servicios, entre otras.

Es así como los funcionarios a honorarios recurren a los Tribunales de Justicia buscando soluciones individuales para un problema que debiese ser solucionado de manera general por el legislador, siendo este tipo de materia de las de mayor ingreso ante los juzgados laborales, en donde los funcionarios a honorarios buscan no solamente velar por su situación actual, sino también cobrando prestaciones laborales y de seguridad social que nunca antes les han pagado a estos trabajadores y que, aplicándose el Código del Trabajo, ahora debiesen recibir.

En efecto, los Juzgados del Trabajo y las Cortes en los últimos años han aplicado las normas contenidas en el Código del Trabajo a los trabajadores a honorarios contratados por la Administración Pública que desempeñan una función pública, en la medida que se ha verificado la existencia de una relación laboral conforme a los términos del artículo 7º de dicho Código⁴³, y para ellos

43 “El contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo subordinación y dependencia del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

se han fundado en el artículo 8⁴⁴, el cual contiene una presunción legal sobre la existencia de la relación laboral.

A mayor abundamiento, la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo de sendos recursos de nulidad deducidos por órganos de la Administración del Estado, ha sostenido que: *“Justo es reconocer que el tema en análisis no es pacífico, pero en el caso concreto de autos, en donde han quedado establecidos en forma marcada todos los elementos que conforman una relación laboral y que, en consideración a lo anterior, esta Corte estima procedente la construcción legal efectuada por la sentenciadora, para hacer aplicable el Código del Trabajo a los demandantes que prestaron servicios para la municipalidad demandada, forzoso resulta concluir que aquí no ha existido infracción de ley en los términos que señala la recurrente, esto es, a los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 18.883 (ya analizados), arts. 1, 7 y 177 del Código del Trabajo, referidos a ámbito de aplicación del Código del Trabajo, al concepto de contrato laboral y de los finiquitos, artículo 68 de la Ley N° 18.695; y artículos 1545, 1546 y 1560 del Código Civil.*

*Por lo anterior, entonces, la causal de nulidad será rechazada”*⁴⁵.

Asimismo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó ha señalado que: *“(3°) Que de lo reseñado precedentemente queda de manifiesto que, más allá del nombre que se le diera a los diversos contratos de trabajo celebrados entre las partes, existió entre ellas una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligaron recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero -al así reconocerlo expresamente la demandada y cumplir el demandante una jornada ordinaria de trabajo-, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada, lo que no es más que el concepto de contrato individual de trabajo que establece el artículo 7° del Código del ramo, y que se desarrolló de manera continua desde agosto de 2001 hasta el 30 de junio de 2010”*⁴⁶.

En el mismo sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt resolvió: *“Que, como se ha dejado dicho, que las personas que prestan servicios sobre la base de honorarios en los organismos pertenecientes a la Administración del Estado, están afectas a las normas que establezca el respectivo contrato y marginados de la aplicación de*

⁴⁴ “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

⁴⁵ C.A. de La Serena, 26 agosto 2009, rol 98-2009, causa caratulada Aguilera y otros con Municipalidad de Coquimbo.

⁴⁶ C.A. de Copiapó, 01 abril 2011, rol 3-2011, causa caratulada Quezada con Municipalidad de Vallenar; Recurso de Unificación de Jurisprudencia rechazado, rol 3644-2011.

las disposiciones del Estatuto Administrativo, y en las materias o aspectos no regulados por las normas estatutarias será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo y tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, ya que esto rige en aquellas materias no reguladas por las normas estatutarias aplicables.

DÉCIMO NOVENO: Que, por otra parte los servicios prestados por el actor se han desarrollado con obligaciones de cumplir horario, ha sido retribuido con un honorario mensual, sujeto a cumplimiento de instrucciones, lo que significa que existía un vínculo de subordinación u dependencia, elementos que son de la esencia del contrato del trabajo, así como la prestación de servicios personales y el pago de una remuneración, lo que se encuentra acreditado en el presente negocio, circunstancias todas estas que hacen concluir a estos sentenciadores que es aplicable a la situación del actor el artículo 7º del Código del Trabajo”⁴⁷.

Sin embargo, también hemos notado que en la actualidad cada vez lo jueces laborales son más rigurosos para efectos de dar por acreditada la existencia de la relación laboral, debiendo el trabajador demandante contar con bastantes pruebas que acredite la efectividad de estar sujeto a un vínculo de subordinación y dependencia. Esto se debe principalmente al exceso o abuso de acciones judiciales en este mismo sentido, razón que ha motivado a los jueces a ser más exigentes al momento de fallar este tipo de casos.

IV. CONCLUSIONES

Como pudimos apreciar a lo largo del presente trabajo, las relaciones laborales en el ámbito privado tienen bastantes particularidades que la distinguen de otras formas de contratación, lo cual justifica su trato diferente en cuanto al objeto de protección del derecho que, en este caso, se trata de resguardar a la parte débil de la relación laboral.

Este tipo de contratación es la más utilizada en nuestro país, lo cual involucra que exista una constante iniciativa en la mejora de las condiciones contractuales, por ello es común que el Código del Trabajo esté en constante modificación en aras de resguardar y mejorar los derechos de los trabajadores.

Por lo anterior es que justamente el legislador vino a regular también el teletrabajo y trabajo a distancia en el sector privado, estableciendo una serie

47 C.A. de Puerto Montt, 15 noviembre 2010, causa rol 195-2010; Recurso Unificación de Jurisprudencia rechazado, rol 9454-2010.

de condiciones y particularidades que fueron analizadas someramente en el presente trabajo, pero que constituyen una garantía para los trabajadores sometidos a este régimen.

Ahora bien, en base a lo desarrollado en la normativa vigente respecto a los prestadores de servicios a honorarios, la consideramos del todo insuficiente. En primer lugar, se evidencia un vacío legal en torno a la regulación de la relación entre el Estado y los prestadores de servicios a honorarios, aplicando, según el caso, el Código Civil o el Código del Trabajo. En segundo lugar, se evidencia la falta de legalidad por parte de las instituciones del Estado al momento de aplicar lo establecido en el artículo 11 del Estatuto Administrativo, que permite la contratación de trabajadores a honorarios bajo supuestos específicos, los que no se cumplen en la realidad, encubriendo una relación laboral, bajo la figura del prestador de servicios a honorarios, constituyéndose el llamado “falso honorario”. En tercer lugar, el incumplimiento de los acuerdos entre los funcionarios públicos y el Estado, donde uno de sus ejes principales es la limitación de la contratación a honorarios y la disminución de los trabajadores a honorarios que serían traspasados a régimen de contrata. Finalmente, se evidencia la falta de voluntad por parte del Estado para resolver los conflictos suscitados con los trabajadores que están bajo su dependencia, desamparados frente al derecho, reproduciendo así, la precarización laboral de los trabajadores a honorarios que se encuentran en una situación desigual respecto de los funcionarios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

Gabriela Lanata, *Contrato individual de trabajo*, Editorial LexisNexis.

Lucía Pierry, *Derecho individual del trabajo*, Ediciones Der.

Francisco Walker, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Librotecnia.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Abogado Ernesto González Barría¹

Dra. Carolina Del Castillo Celis²

Es probable que para muchos de los que ejercemos la medicina, al pensar en “consentimiento informado”, asoma en nuestra mente un documento que debemos completar obligatoriamente como condición legal necesaria previa al ejercicio de la práctica médica, cuando el acto médico deviene en procedimientos quirúrgicos o cuya naturaleza implican riesgos para la salud o condición vital de quienes se someterán a dichas prestaciones. Habitualmente, en la *praxis*, el acto del consentimiento informado adopta ribetes más bien burocráticos, de fría superficialidad, sin los alcances necesarios intersubjetivos que fundamentan una adecuada relación médico-paciente para quienes sufren una condición de vulnerabilidad que siempre tendrá connotación integral.

¹ Autor: Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile desde agosto de 2011. Abogado de ejercicio libre, especialista en materias civiles, comerciales, laborales y penales, a diversas empresas de la provincia de Llanquihue y al Gobierno Regional de Los Lagos. Trabaja en Falmed desde septiembre del año 2011, teniendo a cargo la ciudad de Puerto Montt. Actualmente es abogado jefe de la Zonal Austral, cuya extensión va desde Valdivia a Punta Arenas.

² Revisora: Médica cirujana de la Universidad de La Frontera, Especialidad Neurología Adulto. Universidad de Chile. Master Neuroinmunología, Universidad Autónoma de Barcelona. Diplomado en gestión de organizaciones de salud públicas y privadas, Universidad de los Andes. Diplomado en Medicina del Sueño en la Práctica Clínica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Docente de la Universidad de La Frontera, Referente de Neurología del Servicio de Salud Araucanía Sur, Neuróloga Hospital Hernán Henríquez. Secretaria de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED).

En los próximos párrafos realizaré una breve aproximación que personalmente considero útil para entender cómo hemos llegado al punto actual en cuanto a relación médico-paciente y consentimiento informado.

Para poder dimensionar el real valor del consentimiento informado, es necesario dar una mirada en la historia de la medicina y su relación en la esfera humana. El modelo de relación médico-paciente más antiguo y también más extenso en duración ha sido el modelo paternalista, en el cual el médico es el depositario de todo conocimiento técnico y moral en cuestiones de salud, y por la misma razón es quien tradicionalmente toma las decisiones sin considerar el sentir o parecer del paciente. Este modelo meritocrático ha sido predominante en otras áreas de la vida de las personas y no solo con lo que respecta a su salud, siendo considerado válido en nuestro ámbito desde alrededor de 500 años a. d. C., hasta el siglo pasado.

La antigua medicina griega explicaba la patología basada en la teoría de los humores, y en la que el médico, ciñéndose al *ethos* de la época, ejercía con sus especiales facultades el acto médico, en la consecución del restablecimiento del orden natural en el paciente. Este último, por su condición de enfermo—*infirmus*: falta de firmeza, débil—se consideraba inhabilitado para la toma de decisiones, entregándose en “cuerpo y alma” a quien detentaba el poder de sanación. Tras cientos de años donde impera este modelo y luego de diversos sucesos que producen cambios profundos en la sociedad, se produce paulatinamente el quiebre, tanto del paternalismo religioso como del sociopolítico, que devienen en la progresión hacia el ejercicio de la autonomía religiosa y el cambio desde la gobernanza de los pueblos por designios divinos y decisiones despóticas hacia prácticas de orden democrático que darán lugar a la libertad de creencia y de conciencia, adquiriendo las personas el carácter de ciudadanos con derechos reconocidos y con potestad para decidir. Tardó otros cientos de años en verse cuestionado el paternalismo médico, y es recién en el siglo XX que se admite la inconsistencia existente, cuando al ciudadano, sujeto pleno de derecho en otras instancias, se le despoja de su autonomía al ingresar a un nosocomio.

Tras la Segunda Guerra Mundial, y debido a las atrocidades ocurridas de las cuales no se exceptuó la investigación científica, se generó un proceso revisionista de los principios éticos de la relación médico-paciente, más allá de la práctica clínica habitual. Nace así el Código de Nuremberg (1947), que se registra como el primer código de ética internacional de investigación, en cuyo texto destaca como elemento fundamental el consentimiento voluntario de quienes participan como sujetos de investigación. De temporalidad más reciente en este

mismo tenor, será la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005, indicando que las intervenciones médicas en distintos ámbitos solo se llevarán a cabo previo consentimiento libre y con la información adecuada de la persona.

En las últimas décadas, y debido a intervenciones y estudios médicos con consecuencias negativas, realizados sin la adecuada información y consentimiento de los involucrados y secundario a una serie de juicios, sentencias y cambios legislativos, nace una nueva jurisprudencia que incorpora definitivamente el consentimiento informado en la práctica clínica. Destaca el juicio de *Schloendorff vs Hospital de Nueva York* en 1914, iniciado luego del reclamo de una paciente tras haber sido sometida a cirugía sin su consentimiento, estando anestesiada con éter para un examen y que resultó además con complicaciones. En el citado juicio, el juez Benjamín Cardozo determinó en opinión del tribunal que “Todo ser humano de edad adulta y que esté en pleno uso de sus facultades mentales tiene el derecho de determinar lo que se le hace a su cuerpo; un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una **agresión** de la que es **responsable de los daños resultantes**. Esto es cierto excepto en casos de emergencia donde el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que se pueda obtener el consentimiento”.

En 1932, en el estudio “*Tuskegee Syphilis Study*”, se inició el seguimiento de la evolución natural de pacientes afroamericanos infectados con sífilis sin el consentimiento apropiado, a cambio de exámenes médicos y comida “gratis”, y que incluso tras la amplia disponibilidad de tratamiento con penicilina desde el año 1943 para esta patología, no fue ofrecida a los participantes y el estudio se mantuvo hasta el año 1972. Esto dio pie al Informe Belmont que finalmente impulsaría el nacimiento en la década de los 70 de la bioética principialista, que posiciona como derecho la autonomía del paciente en las decisiones sobre su propio cuerpo y salud, según sus valores y condicionantes personales. Desde entonces, se han realizado esfuerzos *in crescendo* para intentar dejar atrás el tradicional paternalismo, lo cual, en la actualidad, es materia de trabajo en proceso dada la multidimensionalidad del abordaje de la relación médico-paciente, que es, a su vez, reflejo de las características sociológicas y políticas locales, que influyen y determinan el momento en el que logramos o avanzamos en el cambio hacia la autonomía más concreta y real de la persona enferma.

En Chile, el año 2012 entra en vigencia la Ley N° 20.584 que establece los derechos y deberes del paciente y regula el consentimiento informado, entregando autonomía a la persona para decidir a qué procedimientos o tratamientos

someterse. Ahora bien, desde el punto de vista relacional y bioético, es importante resaltar la importancia pertinente a este acto que muchas veces se ve reducido a “*obtener la firma para realizar el tratamiento o procedimiento X*”, como un acto burocrático y obligatorio tras el decreto de la Ley en cuestión, y solo inserto dentro de la medicina defensiva, olvidando el real trascendido que corresponde al respeto de la autonomía de las personas en el contexto de la relación médico-paciente y que se instrumentaliza a través de una firma en un documento en ocasiones en las que el proceder médico implica mayor riesgo o eventuales consecuencias. En la mayoría de las ocasiones es verbal, comunicativo y deliberativo dentro de la relación establecida y que debiera ocurrir durante todo el proceso de enfermedad y no solo como un evento en particular (Bioética clínica - Juan Pablo Beca). Para enfatizar lo relevante de la autonomía del paciente, me permito citar al Dr. Miguel Kottow en su texto “Introducción a la bioética”, quien propone denominar este proceso “decisión informada”, enfatizando en que el paciente toma una decisión en forma autónoma basada en información suficiente y que puede coincidir o discrepar con el médico, situación que no siempre es aceptada por el clínico, estimando que el término consentimiento informado “devela la tendencia a entregar información sesgada que lleve al paciente a compartir las decisiones que el médico sugiere”. Con fines prácticos, continuaremos utilizando el término “consentimiento informado” por ser el más difundido.

Con respecto a la Ley 20.584 de nuestro país, en vigencia desde 01/10/2012 que regula los derechos y deberes del paciente, e incluye información relevante sobre el consentimiento informado, comparto algunos tópicos:

“1. Del consentimiento informado

Artículo 14.- 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.

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

Respecto a esto, destacar la importancia y atingencia de indicar que la información entregada debe ser suficiente y comprensible para el paciente, siendo deber del médico el lograr transmitir los aspectos que serán de mayor relevancia para la persona (y/o cuidador autorizado), y no necesariamente los aspectos técnicos y científicos que puedan resultarles extraños y lejanos, buscando más bien informar sobre las repercusiones que las diferentes alternativas terapéuticas

puedan tener en él o ella, posibles efectos indeseados y las perspectivas pronósticas (*Introducción a la bioética*, Dr. Kottow).

A su vez, se recalca que el depositario de la información sobre las prestaciones médicas, haciendo uso de su natural autonomía, puede rechazar las terapias propuestas por parte del médico; dada la situación, debe revisarse, mediante un proceso de retroalimentación comunicacional, que la información entregada haya sido comprendida efectivamente y reforzar aspectos no beneficiosos o deletéreos en caso de no someterse a lo propuesto, validar las decisiones cuando corresponda y registrar lo expuesto. Es razonable tener en cuenta que, en toda relación intersubjetiva, existirán fenómenos dialécticos con diferentes expectativas para las partes. Es el médico quien debe esforzarse en lograr el consenso de mayor beneficio para el paciente.

Continuando con el tópico legal, es claro en definir en qué circunstancias debe realizarse por escrito:

“Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”.

En ciertos grupos de pacientes pueden generarse dudas respecto a la competencia y autonomía de estos, como, por ejemplo, en los menores de edad:

“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 respecto de 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”.

En un escenario que involucre menores de edad y adolescentes, debe considerarse caso a caso la capacidad de decidir y comprender la información entregada —que debe considerar los aspectos más relevantes para el paciente—, siendo un grupo heterogéneo en sus características, que no está de más

insistirlo, es deber del médico cumplir su función en forma comprensible y adecuada a cada paciente; en términos ideales y dependiendo de la condición y gravedad del paciente, el trabajo dentro de un equipo multidisciplinario—como en oncología—es deseable.

En cuanto a las características que se declaran como necesarias para el proceso del consentimiento informado, asoman diversas interrogantes que podrían interferir en este acto, como, por ejemplo, la definición o el cuestionamiento de la competencia mental. Históricamente, dentro de un modelo de relación médico-paciente paternalista, se considera al paciente como vulnerable o no capacitado para la toma de decisiones, esto dado por la presencia de dolor o angustia e incluso por el hecho de disentir en lo planteado por el médico, provocando el cuestionamiento del ejercicio de la autonomía. Sobre este mismo punto, en otro grupo etario es también un asunto de no menor relevancia, ya que no es infrecuente en las personas mayores la asociación de *delirium* junto con patologías intercurrentes, pudiendo alterarse en forma temporal su capacidad de toma de decisiones. En la práctica clínica se observa también esta mirada de vulnerabilidad y paternalismo desde la perspectiva particular de los cercanos a los enfermos (como ya he mencionado en menores de edad y en personas mayores principalmente), siendo con frecuencia quienes manifiestan su oposición a la entrega de información al enfermo, entorpeciendo inconscientemente, de este modo, la posibilidad de consentir o disentir y de mantener la autonomía del paciente. La recomendación sigue por el camino de buscar la comunicación efectiva tomando en cuenta la mayor cantidad de aspectos biopsicosociales en juego; esto permitirá a los intervinientes mejor comprensión y respeto por las naturales capacidades deliberativas de las personas, existiendo así pocas excepciones para no entregarla por incompetencia del receptor.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es prudente recordar que existen excepciones frente a las cuales se debe prescindir la necesidad de “la firma del consentimiento informado como condición *sine qua non* para el procedimiento X”, como, por ejemplo, en caso de riesgo vital y que el paciente no se encuentre en condición de recibir y comprender la información por su gravedad, lo que debe quedar registrado en la ficha y proceder en consecución del bien mayor, e informar al paciente y/o representantes legales y cuidadores autorizados apenas sea posible. Por otro lado, la voluntariedad o consentimiento de un acto o tratamiento no será necesario en caso de que esto afecte a la salud pública.

REFLEXIÓN FINAL

El camino recorrido en la historia de la medicina y de la humanidad nos ha encaminado a una relación en la que destaca la relevancia de la entrega adecuada y oportuna de información, lo que permite la autonomía del paciente a través de la decisión informada sobre eventuales terapias o intervenciones en la patología que lo aqueja.

Parece razonable y adecuado considerar el consentimiento como un recordatorio permanente y oportuno de lo favorable y beneficioso para una adecuada relación médico-paciente en términos dialógicos, logrando que la comunicación sea efectiva y cordial, reforzando la autonomía de quienes se encuentran atribulados por un problema de salud.

Más allá de lo contractual y legal, el establecimiento de una relación médico-paciente, respetuosa, interpersonal y participativa, facilita el diagnóstico y la disposición del paciente ante los resultados negativos o inesperados, disminuyendo la probabilidad de judicialización del acto médico, dado que se ha satisfecho la necesidad de información y autonomía que forman parte de lo que hemos definido como dignidad humana. La confianza en la relación así establecida, nos alejará de la medicina “deshumanizada”, concepto tantas veces citado y enrostrado por las masas.

BIBLIOGRAFÍA

- Varios autores, *Derecho Médico*, Falmed, 2021, Santiago.
- Miguel Kottow, *Introducción a la bioética*. Editorial Mediterráneo. 3 edición 2016.
- Juan Pablo Beca y Carmen Astete. *Bioética clínica*. Editorial Mediterráneo. 2012.
- Ley 20584 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>
- *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914). (Full text via HathiTrust Digital Library).
- <https://www.cdc.gov/tuskegee/timeline.htm>
- https://www.ussc.gov/2.-Informe_Belmont.pdf
- Decreto Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005.

FICHA CLÍNICA

Abogado Nicolás Hauri Jerez¹

Dr. Jorge Lastra Torres²

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En la vida cotidiana, para sostener la existencia de un hecho, recurrimos a la evidencia. Será esta evidencia la que permitirá dar fundamento a una suposición o mera conjetura para transformarla en una probabilidad de certeza. La evidencia también nos permitirá aproximarnos al pasado; hacernos una idea, a través del análisis de un testimonio de lo ocurrido con anterioridad e intentar conocer o entender causas o razones, y también, para explorar conductas y acciones futuras para corregir, enmendar o sostener lo que corresponda realizar.

Esta evidencia, en el campo del ejercicio de la medicina, resulta ser crucial, ya que permite dar continuidad a los razonamientos y es la base de las decisiones a partir de los elementos o antecedentes obtenidos de muestras o exámenes. Igualmente, la evidencia registrada en la ficha clínica, permitirá, en situaciones en que se ponga en duda el correcto actuar del profesional médico, reconstruir la lógica de la conducta médica y realizar un fundado juicio de valor de las acciones

¹ Autor: Nicolás Hauri Jerez, Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho Penal de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Máster (c) en Filosofía Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, Docente de Responsabilidad Legal Médica, Facultad de Medicina de la Universidad de Concepción.

² Revisor: Médico especialista en Salud Pública, Magister en Estudios Políticos y Sociales y Magister en Historia de Chile Contemporáneo, ambos de la Universidad Alberto Hurtado. Ex directivo de diversos establecimientos de Sistema Nacional de Servicios de Salud y Profesor de Salud Pública del Instituto de Salud Pública de la Universidad Andrés Bello.

desplegadas para determinar si estas se llevaron a cabo o no con apego a la *lex artis*.

Estos elementos objetivos que fundan decisiones terapéuticas, tratamientos médicos y acciones curativas, han sido recogidos como antecedentes relevantes de la acción de los médicos desde los albores de la medicina, según dan cuenta las imperecederas obras de Hipócrates³ y Galeno⁴, pioneros de la ciencia médica occidental, cuyas conclusiones y explicaciones se sustentaron en los registros llevados a cabo por ellos mismos, en donde incluso, conforme a la mitología griega, en las paredes del Templo de Epidauro, recinto dedicado a Asclepio, Dios de la Medicina y Curación, se encontraban inscritos nombres de enfermos y sus dolencias.

En cuanto a la estructura actual de la ficha clínica, sus orígenes se encuentran en la obra del médico inglés Thomas Syddenham, fundador del método anátomo clínico, quien creó la concepción de la enfermedad tal como la conocemos hoy. (En su tratado *Observaciones médicas*, escrito en 1655, dice que: “para alcanzar la perfección en nuestro arte es necesario tener una historia o descripción de todas las enfermedades tan gráfica y natural como sea posible”, citado por Alejandro Garretón Silva (1967), *Formación de la personalidad del médico*, Editorial Universitaria, pp.: 71).

El registro clínico, dentro de sus elementos recoge, de forma ordenada y sistemática, la información obtenida en las entrevistas entre el médico y el paciente, los que sumados a los elementos proporcionados por el examen físico, junto con los resultados de los estudios de laboratorio, imagenología, de los procedimientos quirúrgicos que fueren del caso y que se llevasen a cabo, además del tratamiento farmacológico prescrito y las indicaciones de alta, constituyen lo que se conoce hoy día como historia clínica, que debe quedar registrada en la ficha clínica.

Pues bien, la importancia que tiene la ficha clínica desde el punto de vista del ejercicio de la medicina, también la tiene desde el punto de vista del paciente. La existencia de los derechos fundamentales encuentra justificación en la dignidad de la persona como un valor absoluto⁵, cuyo reconocimiento se encuentra

3 Hipócrates, “Tratados”, Editorial Gredos, 2001, pag. 27.

4 Galeno, “Enfermedades”, Editorial Gredos, 2001, pag. 25.

5 Ramos Vergara, Paulina, & Arenas Massa, Ángela. (2013). CHILE: ACCESO A LA FICHA CLÍNICA PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. Revista Chilena de Derecho, 40(3), 1055-1071. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000300017>

como uno de los principios orientadores y fundantes de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en el sentido de que los datos contenidos en ella no son de libre acceso y que se encuentran cautelados por el imperativo legal de reserva y confidencialidad, justamente por cuanto el derecho a la privacidad es una expresión que dimana precisamente de esta dignidad.

Así las cosas, la finalidad de este trabajo es llevar a cabo una exposición respecto del valor de la ficha clínica y la regulación jurídica que marca los contornos normativos de este documento, su campo de aplicación, los requisitos esenciales para cumplir con su finalidad, tanto médicos, jurídicos como reglamentarios. Asimismo, en sus aspectos específicos relacionados con el uso como elemento de investigación científica y como un instrumento médico legal, en que la información contenida en ella, con los debidos resguardos dada su naturaleza, puede ser ponderada y considerada en el caso de que, ante los Tribunales de Justicia, se pongan en cuestión las acciones desplegadas por parte de un médico o médica, es decir, el empleo de este instrumento como un importantísimo elemento probatorio para establecer la inocencia o culpabilidad de un profesional de la salud en un juicio civil o penal.

2. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTO DE LA FICHA CLÍNICA

Resulta necesario indicar en forma previa que no es sino desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes) el día 1 de octubre de 2012, que la ficha clínica tiene reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Antes de esta ley no existía una consagración legal y regulación sistematizada de este instrumento consustancial al ejercicio de la medicina sino que su existencia estaba estructurada por la práctica médica, las recomendaciones de las distintas sociedades científicas existentes, las enseñanzas impartidas en las distintas Facultades de Medicina del país y de las directrices administrativas que impartía la autoridad sanitaria, tanto para fines estadísticos como de resguardo en relación a las actuaciones del personal a su cargo.

Tal escenario prelegislativo en ocasiones generaba discusiones y conflictos a nivel jurídico y ético respecto a ciertas consideraciones que debían ser tomadas en cuenta por los centros asistenciales, tanto públicos como privados, y también por los profesionales de la salud respecto a quién era el propietario de la ficha

misma, quiénes tenían acceso a los antecedentes que en ella se consignaban, si existía un límite al acceso a la información contenida en la ficha cuando se trataba de investigaciones científicas, dado que, salvo consideraciones de índole ética, no existía limitación alguna para ello.

Pues bien, a partir de su entrada en vigencia es que el escenario cambió en orden de que la ficha clínica se encuentra regulada tanto en la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes como también por el Decreto N° 41 que aprueba el Reglamento sobre Fichas Clínicas del Ministerio de Salud del 15 de diciembre del año 2012. Hacemos presente además que esta regulación respecto de la Ficha resulta aplicable y también exigible tanto se trate de un prestador individual o institucional, sea público o privado.

El artículo 12 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes señala que *“La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente”*.

Esta definición legal da cuenta de los aspectos más importantes de la ficha clínica, aun cuando no menciona otros igual de relevantes como es el servir de medio de comunicación entre los distintos integrantes del equipo de salud que interviene en las diversas atenciones a las que se somete el paciente ni tampoco la importantísima utilidad que brinda para fines estadísticos y de investigación.

3. REQUISITOS Y ELEMENTOS DE LA FICHA CLÍNICA

Conforme al artículo 12 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, la ficha clínica podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte. En ese sentido, la ley otorga libertad al prestador para optar por aquel mecanismo que le sea más funcional a sus características. Sin embargo, sea cual sea el soporte que elija, la ley le exige, en todo caso, que los registros que lleve sean completos, asegurándose el acceso, conservación y confidencialidad de los datos, como también la autenticidad de su contenido y los cambios efectuados en ella. Sólo así los registros, anotaciones y demás antecedentes podrán ser considerados como ficha clínica.

De este modo, y conforme a lo señalado en el artículo 12 citado y al Reglamento respectivo, podemos indicar como los requisitos que debe reunir una ficha clínica los siguientes:

- a) **Debe ser Completa.** Que la ficha clínica sea completa quiere decir que en ella se deben consignar o agregar todas las actuaciones médicas relevantes realizadas en el paciente con motivo de su atención ante el prestador. Lo anterior es de necesaria exigencia dado que de otro modo, esto es, contar con una información parcial o incompleta, implica no disponer de los elementos necesarios para brindar una atención adecuada conforme a la *lex artis*, lo que va en la línea de lo expresado en el artículo 3 del Reglamento sobre fichas clínicas, donde se indica que el paciente tiene derecho a que quede constancia en la respectiva ficha clínica de la información proveniente de las atenciones de salud que reciba de un prestador cuanto esta deba ser proporcionada por escrito, o si se proporciona en forma verbal, que la referida información se haga constar por escrito en la referida ficha.

¿Qué actuaciones médicas relevantes son las que deben ser consignadas en la ficha clínica? La respuesta la otorga el artículo 6° del Reglamento sobre Fichas Clínicas, que señala cuales son los antecedentes que debe contener o expresar:

- Identificación actualizada del paciente: nombre completo, número y tipo de documento de identificación: cédula de identidad, pasaporte, u otro; sexo, fecha de nacimiento, domicilio, teléfonos de contacto y/o correo electrónico, ocupación, representante legal o apoderado para fines de su atención de salud y sistema de salud al que pertenece.
- Número identificador de la ficha, fecha de su creación, nombre o denominación completa del prestador respectivo, indicando cédula de identificación nacional o rol único tributario, según corresponda.
- Registro cronológico y fechado de todas las atenciones de salud recibidas: consultas, anamnesis, evoluciones clínicas, indicaciones, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, intervenciones quirúrgicas, protocolos quirúrgicos u operatorios, resultados de exámenes realizados, interconsultas y derivaciones, hojas de enfermería, hojas de evolución clínica, epicrisis y cualquier otra información clínica.
- Decisiones adoptadas por el paciente o respecto de su atención, tales como consentimientos informados, rechazos de tratamientos, solicitud de alta voluntaria, altas disciplinarias y requerimientos vinculados a sus convicciones religiosas, étnicas o culturales, en su caso.

b) Debe ser ordenada y actualizada. Como se trata de un instrumento en el que se consignan datos e información importante de las atenciones brindadas al paciente, para que tales registros sean útiles, estos tienen que ser agregados de tal modo que permitan a cualquier profesional hacerse de la información para actuar en el paciente, por lo que debe ser llevada en forma ordenada, según lo dispone el artículo 5 del Reglamento sobre Fichas Clínicas.

Pero, además de lo anterior, los datos que se consignan en ella deben ser actualizados en cada atención médica que se brinde, según se señala en el artículo 7 del Reglamento. ¿Qué información es la que debe ser actualizada en cada atención médica? la referida a nombre completo, número y tipo de documento de identificación: cédula de identidad, pasaporte, u otro; sexo, fecha de nacimiento, domicilio, teléfonos de contacto y/o correo electrónico, ocupación, representante legal o apoderado para fines de su atención de salud y sistema de salud al que pertenece.

¿En qué momento deben ser consignados estos antecedentes para que se pueda entender que la ficha clínica se encuentra actualizada? La respuesta la da el artículo 2 inciso 2° del Reglamento, que exige que las anotaciones o registros se deben realizar por parte del profesional que efectúa la prestación de salud en el acto de otorgarla o inmediatamente después de ello.

c) Debe ser inteligible. Según el artículo 5 del Reglamento, la ficha clínica, cualquiera sea su soporte, deberá ser elaborada en forma clara y legible, conservando su estructura en forma ordenada y secuencial. La exigencia de cumplir con este requisito está dada por varias razones prácticas, que van desde la simple lectura de lo descrito hasta comprender en forma íntegra la vida clínica del paciente desde el punto de vista cronológico; pero la más relevante dice relación con aquellas situaciones en que en un escenario judicial, donde se cuestiona o pone en duda un procedimiento médico por parte de un paciente o de su familia, la principal prueba que existe para establecer el actuar diligente o bien negligente en la atención médica de una persona, es la ficha clínica. En ese sentido, si el registro de las diversas actuaciones médicas llevadas a cabo no está consignado en forma clara o legible, no se podrá extraer información de ellas que permita fundar conclusiones, no será útil para quien debe defenderse de las imputaciones, y en el peor de los casos, pudiese incluso prescindirse de ella como elemento de análisis por ser imposible “traducir” su

contenido por parte de los intervinientes o auxiliares de la administración de justicia.

- d) **Debe ser inviolable y veraz.** Este requisito de la ficha clínica pretende garantizar que las distintas anotaciones y registros no puedan ser alterados o modificados sin una causa calificada o justificada, y que, en caso de ser necesario, se contemplen mecanismos que permitan dar cuenta de las razones que lo autorizan y de las personas que tengan la potestad para permitir una enmienda o modificación en los registros del paciente contenidos en la Ficha.

Respecto de este requisito, el artículo 8 del Reglamento, en lo pertinente, expresa que las Fichas Clínicas, cualquiera sea su soporte, deben almacenarse en un archivo o repositorio que garantice que los registros son completos y que asegure además la conservación de los datos como también la autenticidad de su contenido y los cambios efectuados en ella.

Por lo mismo es que el Reglamento, en su artículo 9, exige que las Fichas Clínicas deben gestionarse en forma centralizada, asegurando un acceso controlado a ellas solo respecto a quienes, conforme a la ley, tienen acceso a ellas. Además, la norma señala que deberán existir medidas de seguridad para evitar los accesos de quienes no estén directamente relacionados con la atención de salud del titular de la ficha, incluido el personal de salud y administrativo del prestador.

Respecto de las Fichas Clínicas en soporte electrónico, el artículo 8 del Reglamento exige, respecto de este requisito, que el contenido debe ser respaldado en cada proceso de incorporación de documentos, deben existir medidas de seguridad y barreras de protección frente a accesos no autorizados y debe contemplarse, en caso de ser necesario, la sustitución de la información por la versión más reciente de que se disponga, en el menor tiempo posible, en caso de presentarse una alteración no programada o autorizada, para lo cual, conforme a la misma norma, se requiere disponer de una copia de seguridad en el lugar de operación de los sistemas de información y otra en el centro de almacenamiento de datos electrónicos que tenga un estricto control de acceso, registro de entrada y salida de respaldos.

Tratándose de las fichas clínicas en soporte de papel, la referida norma indica que debe existir un archivo único y centralizado de fichas, con un sistema de control de extravíos y omisiones de documentos, con

estricto registro de las solicitudes de acceso a las fichas, con indicación de las fechas de pedido y devolución de las mismas y del destinatario responsable.

- e) **Debe ser confidencial.** Este deber de confidencialidad que debe regir respecto de la ficha clínica surge por aplicación del artículo 5° de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, que señala como un derecho que le asiste a las personas en su atención de salud, el recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y circunstancia, por lo que los prestadores deberán respetar y proteger la vida privada y la honra de las personas. En base a ello, el artículo 12 de la misma ley indica, al permitirle al prestador optar por cualquier soporte para la confección de la ficha clínica, la exigencia que asegura la debida confidencialidad de los datos en ella consignados.

En ese sentido, toda la regulación respecto a la ficha clínica y la información contenida en ella, parte de la base de que se trata de información que, atendido el contexto en que se obtiene y los aspectos de intimidad y privacidad que involucra, debe ser mantenida en reserva, sin que terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud puedan tener acceso a ella, incluyendo entre estos últimos a personal de salud y administrativo del mismo prestador, no vinculado a la atención de la persona, existiendo un imperativo para los prestadores, sean públicos o privados, de adoptar las medidas necesarias para cautelar esta confidencialidad.

Pues bien, en la misma línea de lo expuesto, es que la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, en su artículo 12 señala que toda la información que surja, tanto en la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueren sometidas las personas, será considerada como dato sensible, según lo dispuesto en el artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

¿Cuáles son los datos sensibles? Conforme a la letra g) del artículo 2° de la Ley de Protección de la Vida Privada son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como 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.

En caso de que, sin el consentimiento del paciente o de sus representantes legales, se divulgare o se hicieran públicos los datos e información contenida en la

ficha clínica, la Ley sobre Protección de la Vida Privada, en su artículo 23 señala que la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal.

Sin perjuicio de la regla general señalada, en orden a la confidencialidad de los datos contenidos en la ficha clínica, la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes contempla excepciones en donde la información contenida en la ficha, copia de la misma o parte de ella, será entregada, total o parcialmente, a solicitud expresa de ciertas personas y determinados organismos, en los casos, forma y condiciones que la ley establece. Estas excepciones son las siguientes:

- El titular de la ficha clínica, esto es al paciente, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del paciente, a sus herederos.
- Un tercero debidamente autorizado por el paciente, mediante un 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.

Las instituciones y personas indicadas precedentemente, conforme lo señala el inciso final del artículo 12 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, tienen la obligación de tomar las providencias necesarias para asegurar la reserva de la identidad del titular de las fichas clínicas a las que accedan, de los datos médicos, genéticos u otros de carácter sensible contenidos en ellas y para que toda esta información sea utilizada exclusivamente para los fines para los cuales fue requerida.

Existen además otras hipótesis donde ciertos organismos o reparticiones públicas, en el estricto ejercicio de sus potestades y prerrogativas otorgadas por ley, pueden acceder a la información contenida en la ficha clínica de un paciente, por estar conociendo estos casos. Ellos son los siguientes:

- Los que se confieren a la Superintendencia de Salud en los artículos 110 N° 4, 115 N° 7, 121 N°s 4 y 11 y aquellos considerados en los artículos 110 N° 17, 115 N° 6; 121 N°s 10 y 11 y 189 todos del DFL N° 1, de 2005, de este

Ministerio cuando cumplan las labores de fiscalización que la propia Ley 20.584 le asigna en sus artículos 38 y 37 relativos al cumplimiento de sus normas. Pueden señalarse, además, las funciones fiscalizadoras de la Intendencia de Prestadores, respecto de las entidades acreditadas, de acuerdo con el artículo 121 N° 4 de ese DFL.

- Del mismo modo queda comprendido en esta prerrogativa el ejercicio de las facultades de fiscalización por parte del Fondo Nacional de Salud, conforme al artículo 50 de dicho texto, para verificar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas al beneficiario.
- En el mismo ámbito se encuentran aquellas asignadas a las ISAPRE para el otorgamiento de beneficios de salud, según lo dispuesto en los artículos 189 de dicho DFL y 10 de la Ley N° 19.628.

4. FUNCIONES DE LA FICHA CLÍNICA

Esta ficha clínica, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos a los que hemos hecho mención, tiene varias funciones de distinta naturaleza, algunas de ellas no directamente relacionadas con la atención del paciente propiamente. La primera de ellas, y tal vez la más relevante para sus fines, es la función sanitaria, como una herramienta cualitativa que integra información necesaria en el proceso médico asistencial. Pero existen otras dos funciones que dicen relación con dos aspectos muy relevantes para el ejercicio de la medicina: La función médico legal y la función de investigación científica.

a) Función Médico Legal: el Profesor de Medicina Legal Dr. Alberto Teke Schlicht, respecto a esta función médico legal de la ficha clínica señalaba que *“este documento es de capital importancia en casos de juicio por responsabilidad profesional, debido a que puede significar la salvación o la condena de un médico”*⁶. Lo anterior encuentra su justificación en la forma en que nuestro ordenamiento jurídico configura el régimen de responsabilidad, tanto civil como penal, que rige la conducta de los profesionales de la salud.

En ese sentido, podemos señalar que el régimen general de responsabilidad que rige en Chile descansa en establecer, esencialmente, si la conducta desplegada por parte de un médico o de un equipo médico se ajusta o no a la *lex artis* de

⁶ Teke Schlicht, Alberto, “Medicina Legal y Criminalística”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2004, pag. 320.

la especialidad, entendiendo por esta a aquella práctica médica generalmente aceptada por la medicina, en un tiempo y lugar determinados, para un paciente en concreto.

Pues bien, en el caso de que una persona o sus familiares decidan cuestionar judicialmente el o los procedimientos llevados a cabo por un médico, lo que ocurrirá es que el juez llamado a dirimir ese conflicto, deberá realizar un proceso de comparación entre la conducta efectivamente desplegada por parte del médico o equipo médico demandado y lo que esta *lex artis*, en el caso concreto, sugería o indicaba llevar a cabo teniendo en consideración el tiempo, el lugar y el espacio en donde se produjo la actuación médica.

Entonces, en esta tarea, el juez, para considerar la conducta efectivamente desplegada por parte del médico, necesariamente tendrá que recurrir a la ficha clínica y a los antecedentes y registros que ahí se contienen, los cuales permitirán a este reconstruir la historia y la cadena de acontecimientos vinculados a la atención del paciente y establecer si el profesional ajustó o no su acción a la *lex artis* de la especialidad respectiva.

Sin embargo, como el juez no es un médico que pueda realizar este proceso de análisis por tratarse de un ejercicio que requiere necesariamente contar con conocimientos de una determinada ciencia, es que para tal tarea se hace de la asistencia, por regla general, de un perito o experto.

Para llevar a cabo este proceso, este perito debe contar con conocimientos médico legales, los que son imprescindibles para emprender este análisis de la evidencia puesta en conocimiento al juez o la que dispongan las partes, haciéndose cargo de los cuestionamientos que se refieren fundamentalmente al desempeño o conducta del médico, más que a aspectos puramente técnicos⁷.

Y en este aspecto es que encontramos diferencias entre un médico legista y un médico clínico, que resulta necesario considerar. En ese sentido, es muy clarificadora la opinión de la Dra. Reyna Carillo, que nos señala que, por regla muy general, los médicos asistenciales no tienen conocimientos de la norma jurídica, no dominan el lenguaje jurídico y desconocen el criterio médico – legal, siendo su desempeño esencialmente en hospitales, clínicas o consultorios, en directa relación con sus colegas y esencialmente con sus pacientes, a diferencia del médico legista que, contando con conocimientos médicos y biológicos, cuentan

⁷ Carillo Fabela, Reyna, "El Perito y la Prueba Pericial en asuntos de Responsabilidad Médica", en López Mesa, Marcelo Tratado de Responsabilidad Médica, Editorial Legis, 2007, Pág. 551.

además con herramientas metodológicas para extraer de la información proporcionada por un médico asistencial y que consta en la historia clínica de un paciente, los elementos necesarios para resolver los problemas que plantea el Derecho⁸.

Así las cosas, este análisis llevado a cabo por parte de este perito, con conocimientos en medicina legal, aplicando metodología pertinente conforme sea el tema a dilucidar a nivel judicial, tendrá como punto de partida o como piedra angular a partir de la cual construir su trabajo, la ficha clínica. Será considerando las fechas allí consignadas que podrá determinar si se actuó oportunamente en el paciente, será teniendo en vista los antecedentes ahí señalados que podrá dictaminar si las decisiones adoptadas por el médico o el equipo médico fueron juicios válidos, fundados en la evidencia y ajustadas a la *lex artis*. De ese modo, cobra real sentido el que la ficha clínica sea una forma de comunicación, no solo entre los profesionales vinculados en la atención de un paciente, sino que además con aquellos que, llegado el momento, deban de analizar retrospectiva y críticamente lo hecho, como en este caso son los peritos.

El análisis señalado, en los hechos, se materializará en lo que se denomina un informe pericial, que consiste en un medio de prueba, emitido por uno o más peritos, que contiene las conclusiones debidamente fundadas y que dan respuesta al planteamiento formulado por el juez o las partes solicitantes⁹. Este perito, al rendir su informe, expondrá su opinión sobre los hechos, conjuntando en su dictamen la ciencia y la técnica, sustentadas en sólidos principios éticos y deontológicos, en forma objetiva, imparcial, concreta, precisa y clara¹⁰.

Una vez que este informe pericial, cumpliendo con las formalidades legales, es incorporado en el juicio, podrá ser considerado por parte del juez para resolver fundadamente el pleito entre las partes, basado ahora en la evidencia y en una opinión experta, que le permite sustentar su veredicto condenatorio o absolutorio.

b) Función de elemento de investigación científica: el empleo de la información contenida en la ficha clínica para efectos de llevar a cabo investigaciones retrospectivas o prospectivas de carácter científico, es de capital importancia para el desarrollo de nuevo conocimiento. Hasta antes de la Ley de Derechos y

⁸ *Ídem*, Pág. 552.

⁹ *Ídem*, Pág. 545.

¹⁰ *Ídem*, Pág. 546.

Deberes de los Pacientes y la Ley N° 20.120 Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su genoma, y que prohíbe la clonación humana, salvo consideraciones de carácter bioético, no existían mayores restricciones para acceder a la información que allí se encontraba y ponerla a disposición de los investigadores de las distintas universidades o centros de estudios, pero con la entrada en vigencia de las leyes mencionadas el escenario cambió radicalmente.

Estas restricciones cuentan como antecedentes tres situaciones: a) la protección legal concedida a la intimidad, confidencialidad y privacidad de los datos de carácter personal; b) la progresiva informatización de datos clínicos que haría más factible la invasión de la privacidad personal por parte de terceros; y c) la posibilidad de emplear datos genéticos de las personas lo cual constituye un aumento en el grado de vulnerabilidad¹¹.

Como ya señalamos anteriormente, salvo que se trate de profesionales que estén directamente relacionados con la atención de salud, el acceso a la información contenida en la ficha clínica se encuentra bajo reserva, salvo que nos encontremos en alguna de las hipótesis de excepción que señala el artículo 13 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes a este deber de confidencialidad, dentro de las cuales no se contempla el acceso a la ficha clínica para fines de investigación biomédica, clínica o epidemiológica.

De ese modo, de ser necesario acceder a la información contenida en la ficha clínica por parte de un investigador, se debería obtener la autorización del paciente, de su representante legal o bien de sus herederos en caso de que este haya fallecido, en los mismos términos señalados en el artículo 13 de la Ley de Derechos y Deberes.

Conforme al artículo 10 de la Ley 20.120, para llevar adelante una investigación científica en seres humanos, junto con que esta deba ser llevada a cabo por profesionales idóneos en la materia, justificarse en su objetivo y metodología, deberá contar con las autorizaciones tanto del paciente como también la del director del establecimiento dentro del cual se efectúe, previo informe favorable del Comité Ético Científico que corresponda.

Tratándose de la autorización del paciente, conforme al artículo 11 de la Ley 20.120, debe ser previa, expresa, libre e informada o, en defecto del paciente, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad a la ley. Este consentimiento

11 Oyarzún, Manuel "Acceso a la Ficha Clínica con fines de investigación biomédica", Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias, 2015, N° 31, Pág. 212-216.

del paciente es válido cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno.

El consentimiento deberá constar en un acta firmada por la persona que ha de consentir en la investigación, por el director responsable de ella y por el director del centro o establecimiento donde ella se llevará a cabo, quien, además, actuará como ministro de fe.

En todo caso, el consentimiento deberá ser nuevamente solicitado cada vez que los términos o condiciones en que se desarrolle la investigación sufran modificaciones, salvo que estas sean consideradas menores por el Comité Ético Científico que haya aprobado el proyecto de investigación.

Respecto de aquellos pacientes adultos que no son capaces física ni mentalmente de expresar su consentimiento o de los que no es posible conocer su preferencia, conforme al artículo 28 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, no se podrá respecto a ellos, llevar a cabo investigación biomédica, a menos que la condición física o mental que impide otorgar el consentimiento o expresar su preferencia sea una característica necesaria del grupo investigado. En ese caso, no se podrá involucrar en investigación sin consentimiento a una persona cuya condición de salud sea tratable de modo que pueda recobrar su capacidad de consentir. En el caso de que la persona haya recuperado su capacidad física o mental para otorgar el referido consentimiento, deberá obtenerse este de inmediato.

En las circunstancias antes expresadas, señala el artículo 28 de la Ley de Derechos y Deberes, que el protocolo de la investigación deberá contener las razones específicas para incluir a individuos con una enfermedad que no les permite expresar su consentimiento o manifestar su preferencia, debiéndose acreditar además que la investigación involucra un potencial beneficio directo para la persona e implica riesgos mínimos para ella, todo ello previo informe favorable de un comité ético científico acreditado y con la autorización de la Seremi de Salud respectiva.

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.

5. ¿A QUIÉN PERTENECE LA FICHA CLÍNICA?

Hemos señalado los requisitos que tanto la ley como las normas reglamentarias exigen para que el registro de los antecedentes médicos de una persona pueda ser considerados como una ficha clínica e indicamos las distintas funciones que este documento tiene. Sin embargo, existe un aspecto que creemos que resulta necesario aclarar en lo que dice relación con la ficha clínica, el cual consiste en determinar a quién pertenece esta ficha.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, existían dos posturas sobre el particular que planteaban sus argumentos a falta de norma jurídica expresa que resolviese el punto: por un lado, aquellos que sostenían que la ficha clínica era de propiedad del médico o de la institución de salud de que se trate, indicándose que el médico no puede ser solo un mero custodio de la Ficha ya que la elaboración de ella comprende un trabajo intelectual que va mucho más allá de mantener un documento de un tercero en su poder, y si el médico es el responsable de la ficha clínica, esta no puede tener como dueño al paciente que no tiene responsabilidad alguna sobre ella¹². Por otro lado, la opinión contraria sostenía que la ficha clínica es de propiedad del paciente, ya que este tiene el derecho y la facultad de disponer de su contenido, incluso preservando su reserva de los eventuales herederos si guarda datos sensibles que estima adecuado no conozcan sus deudos¹³.

Ante ese escenario, la situación se aborda al inicio de la tramitación del proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, en donde se expresa en el mensaje que envía el Poder Ejecutivo al Congreso, a propósito de la confidencialidad de la información de salud, que *“Más que discutir de a quién le corresponde la propiedad de la materialidad de la ficha clínica, lo relevante es garantizar su resguardo por los prestadores y, al mismo tiempo, el régimen restringido bajo el cual terceros, no*

12 Vacarezza R. “¿A quién pertenece la ficha clínica?”, Revista Médica de Chile 2003; 131: 111-4.

13 Rosselot J, Eduardo. (2003). “¿A quién pertenece la ficha clínica?”, Revista Médica de Chile, 2003, 131(7), 815-816. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-988720030007000015>.

*relacionados con la atención de salud, pueden tener conocimiento de la información de salud de una persona*¹⁴.

De este modo, la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes no pretendió zanjar en forma expresa este punto sobre quién es el propietario de la ficha clínica, sino que de algún modo establece, fundado en el deber de confidencialidad de la información clínica de los pacientes, una solución ecléctica, en el sentido de que, respecto del paciente, la ley le otorga un acceso a su información médica contenido en la ficha clínica sin ningún límite, dado que se trata de antecedentes propios, que le pertenecen y respecto de los cuales rige esta confidencialidad y que en caso de ser requeridos por él, el médico o el centro asistencial en donde se encuentre la referida información, deberá otorgarla sin mayor dilación. En la misma línea, pero respecto del prestador, la ficha clínica permanecerá por un período de, al menos, quince años en su poder, quien será responsable de la reserva de su contenido y de la custodia de la materialidad misma de la ficha clínica, sea esta llevada en forma electrónica o en papel.

Por lo anterior, podemos indicar que más que un derecho de propiedad sobre la ficha clínica que tenga el paciente, corresponde señalar que este tiene un derecho a conocer la información, asistiéndole la facultad de exigir el debido tratamiento o manejo de estos datos, por lo que resulta conveniente hablar de acceso a la información, existiendo derechos y obligaciones tanto para el médico como para el paciente en tal sentido¹⁵.

6. ELIMINACIÓN DE LA FICHA CLÍNICA POR EL PRESTADOR

El artículo 13 de la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes encarga a su Reglamento lo relativo tanto a la conservación como a la posterior eliminación que, de forma voluntaria, puede hacer el prestador a cuyo cargo se encuentra la ficha clínica.

En ese sentido, ya señalamos que el prestador, sea público o privado, individual o institucional, tiene la obligación de conservar en su poder y en las condiciones exigidas por la ley, la ficha clínica por el lapso de 15 años, los cuales se cuentan desde el último ingreso de información que experimente.

14 Boletín N° 4398-11, Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas con salud. Cámara de Diputados, 26 de julio de 2006. p.10

15 Hansen, Pedro, (2021). Ficha Clínica, Derecho Médico, 248.

Transcurrido el plazo antes señalado, el prestador podrá eliminarlas a través de los medios, propios o ajenos, necesarios y que aseguren la confidencialidad de la información y efectiva destrucción, conforme lo señala el artículo 12 del Reglamento sobre Fichas Clínicas. Además, esta norma señala que los prestadores deberán levantar un acta en la que se dejará constancia de todo lo obrado y se registrará, al menos, el nombre del paciente y el número identificador de las fichas clínicas. Tratándose de los prestadores institucionales públicos deberán autorizar la eliminación de las fichas clínicas a través de la correspondiente resolución y los prestadores privados, tanto individuales como institucionales, deberán protocolizar dicha acta ante notario.

Finalmente, este artículo 12 del Reglamento sobre Fichas Clínicas, expresa que la responsabilidad del prestador respecto a la conservación y reserva de la ficha clínica, cesará una vez que dicho instrumento se encuentre totalmente eliminado, sin perjuicio de su obligación de mantener reserva permanente sobre su contenido, conforme a lo establecido en el artículo 7º de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Cabe hacer presente eso si que, del tenor de las normas que rigen este proceso, el acto de eliminación de una ficha clínica, transcurrido el plazo de 15 años, es de carácter voluntario, no existiendo obligación respecto del prestador a realizarlo, sino que una vez que lo considere oportuno, transcurrido el mínimo señalado en la ley.

Finalmente, se debe agregar, que el sistema de acreditación de calidad de nuestro país, en el ámbito de los registros, de acuerdo al Manual de Cotejo de la Atención Cerrado, señala que el prestador institucional debe contar con un sistema estandarizado de registro de datos clínicos y administrativos de los pacientes, utilizando un sistema formal de ficha clínica única e individual. Así mismo, indica que se deben aplicar procedimientos para evitar pérdidas, mantener la integridad de los registros y su confidencialidad, por el tiempo establecido en la regulación vigente. (Superintendencia de Salud, Manual del Estándar General de Acreditación para Prestadores Institucionales de Atención Cerrada).

7. CONCLUSIONES

- La ficha clínica, desde los albores de la medicina, constituye un elemento esencial para el correcto ejercicio de la misma. Se trata de un documento que permite reconstruir las acciones médicas llevadas a cabo por el

médico o equipo médico que trató a un paciente y cuya utilidad se proyecta tanto para servir de medio de comunicación entre quienes participan o intervienen en dicha atención, como también de entregar elementos que puedan permitir determinar, en un escenario de disputa judicial, si lo obrado se ajustó o no a la práctica médica.

- Este documento que, en nuestro país, durante mucho tiempo no fue objeto de una regulación normativa, sino que se encontraba delimitado por sugerencias académicas o instrucciones administrativas emanadas desde el Ministerio de Salud o de los distintos servicios a lo largo de Chile, viene, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes y del Decreto Supremo N° 41 que contiene el Reglamento sobre Fichas Clínicas, a ser objeto de una regulación formal y expresa.
- Dentro de las materias que se encarga de regular esta ley se encuentran, como las más relevantes, los requisitos que se deben de cumplir por parte del prestador, sea público o privado, individual o institucional, para que este documento pueda ser considerado como una ficha clínica, dentro de los cuales, la confidencialidad resulta ser, a nuestro juicio, el más trascendente, señalando el legislador que la regla es que los terceros no vinculados directamente con la atención del paciente no tienen acceso a la información contenida en ella, la cual para todos los efectos se considera como dato sensible. Sin embargo, la ley, en ciertas hipótesis, autoriza en casos calificados que terceros no vinculados a la atención de salud puedan tener acceso a ella, lo que siempre obedece a una causa muy calificada o a que el mismo paciente consiente en ello.
- Cumpliendo con los requisitos legales y reglamentarios, esta ficha clínica puede brindar distintas funciones que trascienden a la actividad médica asistencial, como servir de base para llevar a cabo actividades de investigación científica biomédica, tanto retrospectiva como prospectiva, como también ser el elemento esencial para que un médico legista o con conocimiento de medicina legal pueda extraer información relevante respecto a determinar, en caso de un escenario judicial donde se ponga en duda la actuación de un médico o de un equipo médico, si las acciones llevadas a cabo se ajustan o no a la práctica médica habitual, lo que servirá al juez para fundar adecuadamente su decisión judicial.
- Finalmente, podemos indicar que la información contenida en la ficha clínica, siendo del paciente, el prestador, a cuyo cargo se encuentra el deber

de resguardar el soporte material, sea en soporte electrónico o papel, debe custodiar su integridad por el plazo de 15 años desde la última atención. Transcurrido el lapso señalado, el prestador a cargo puede proceder a eliminar tales registros, dando cumplimiento a las normas que se hacen cargo de dicho procedimiento, según sea este prestador público o privado.

BIBLIOGRAFÍA

- Galeno, “Enfermedades”, Editorial Gredos, año 2007.
- Hansen, Pedro (2021). “Ficha Clínica”, *Derecho Médico*, Rubicón Editores.
- Hipócrates, “Tratados”, Editorial Gredos, año 2007.
- López Mesa, Marcelo, “Tratado de Responsabilidad Médica”, Editorial Legis, 2007.
- Oyarzún, Manuel, “Acceso a la Ficha Clínica con fines de investigación biomédica”, *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias*, 2015, N° 31.
- Ramos Vergara, Paulina, & Arenas Massa, Ángela (2013). CHILE: ACCESO A LA FICHA CLÍNICA PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. *Revista Chilena de Derecho*, 40(3). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000300017>.
- Rosselot J, Eduardo (2003). ¿A quién pertenece la ficha clínica?, *Revista Médica de Chile*, 2003, 131(7) <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872003000700015>.
- Teke Schlicht, Alberto, “Medicina Legal y Criminalística”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2004.
- Vacarezza R. ¿A quién pertenece la ficha clínica?, *Revista Médica de Chile* 2003, N° 131.

TELEMEDICINA

Abogada Macarena Olivares Molina¹Dr. Freddy Constanzo Parra²

INTRODUCCIÓN

La Telemedicina viene reclamando su posición en la atención de nuestros pacientes desde un tiempo no despreciable^{3 4}, y como todo cambio o nueva disciplina en la Medicina tradicional, está requiriendo demostrar su utilidad. Actualmente se encuentra bajo referéndum público, intentando determinar su real espacio que logre sobrepasar la prueba del tiempo⁵. Para su suerte, ha tenido la ayuda de un evento no menor en nuestra historia⁶ y con los años veremos si hizo buen uso de esta oportunidad fortuita.

La Telemedicina se ha transformado en una extensión complementaria a la atención presencial, cuando por cualquier motivo no es posible suministrarla

1 Autora: Abogada. Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile AG. Correspondencia: molivares@falmed.cl

2 Autor: Servicio de Neurología. Hospital las Higueras de Talcahuano. Unidad de Teleprocesos. Hospital las Higueras de Talcahuano. Especialidad Médica en Neurología. Escuela de Medicina, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción. Correspondencia: fconstanzo@ucsc.cl

3 EM Sterhle, N Shabde, One hundred years of telemedicine: does this new technology have a place in paediatrics?, Archives of Disease in Childhood, 91(12), 2006.

4 Cecil Wittson, Reba Benschoter, Two-way television: helping the medical center reach out, Am J Psychiatry, 129, 1972.

5 Ann Blandford et al, Opportunities and challenges for telehealth within, and beyond, a pandemic, Lancet Glob Health, 8(11), 2020.

6 La OMS declaró pandemia a causa del Covid-19 el 11 de marzo de 2020.

en el momento oportuno⁷. La ausencia de este reconocimiento y consecuente uso, sin duda trae consigo fallas en el acceso oportuno, cobertura, continuidad, equidad, complementariedad y cohesión del sistema de salud. Es comprensible que su arribo genere un accidente que presente nuevas necesidades que deban ser cubiertas⁸, pero no por ello debe ser vista con desconfianza o temor, siempre que se tomen las precauciones necesarias para evitar estos accidentes. Más aún, su utilidad potencial puede tener horizontes insospechados, como, por ejemplo, el control de algunas de nuestras tan comentadas listas de espera⁹ o presentar una alta satisfacción usuaria¹⁰, o su incorporación en nuestro sistema público de salud en Unidades de Paciente Crítico¹¹, por nombrar algunos objetivos de uso.

La Telemedicina, como cualquier otra área de la Medicina, debe tomar el saber acumulado de esta y definir su estrategia y aplicabilidad propias que sean basadas en la mejor evidencia disponible. Dentro de estas estrategias en construcción destaca el marco legal de su aplicabilidad, que ha sido trabajado en algunos países de mayor desarrollo¹² y que está comenzando a tener reflejo natural en sus tribunales¹³.

En Chile, ante la ausencia de una legislación específica en esta materia, surge la necesidad de que tengamos conocimiento general de las distintas recomendaciones, normativas, códigos y leyes de atención en salud, que generan una base para su ejercicio acorde a *Lex Artis*. No obstante, existen a lo largo de nuestro

7 Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la ética de la Telemedicina, 2028, Disponible en: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-Telemedicina/>

8 Steve Matthewman, *Accidentology: A Critical Assessment of Paul Virilio's Political Economy of Speed*, Cultural Politics, 9, 2013.

9 Freddy Constanzo *et al.*, Contribution of a synchronic teleneurology program to decrease the patient number waiting for a first consultation and their waiting time in Chile, *BMC Med Inform Decis Mak*, 20(1), 2020.

10 Freddy Constanzo *et al.*, Validation of a patient satisfaction survey of the Teleneurology program in Chile, *BMC Res Notes* 12, 359 (2019). Disponible en: <https://bmcrenotes.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13104-019-4358-1>.

11 Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, Ordinario C 21 N° 165 del 17 de enero de 2022, sobre "Teleasistencia en Unidades de Paciente Crítico".

12 DLA Piper, *Telehealth around the world: A global guide*, 2020. Disponible en: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2020/11/telehealth-around-the-world-global-guide/>

13 Kar-wai Tong, *Telehealth as a double-edged sword: Lessons from court cases to gain understanding of medico-legal risks*, *Medicine and law*, 38, 2019.

país distintas iniciativas de desarrollo telemédico, tanto públicas como privadas, que han tomado este marco normativo, resumiéndolo en normas locales. Así ha sido la práctica de la Unidad de Teleprocesos (UT) del Hospital las Higueras de Talcahuano (HHT) desde el año 2008, a la cual nos referiremos por ser un centro de atención público donde la Telemedicina es una prestación habitual.

El objetivo del presente artículo es describir el marco normativo en Telemedicina utilizado en Chile. Este trabajo estará dividido en cuatro partes: i) conceptos de Telemedicina más comúnmente usados; ii) el marco normativo vigente; iii) la aplicación de normativas en Teleconsulta; y iv) algunas implicancias médico legales.

1. CONCEPTOS

Desde su concepción por el Dr. Kenneth Bird el año 1969¹⁴, el término Telemedicina se ha establecido como el de mayor uso en distintos ámbitos de nuestra sociedad¹⁵. Sin embargo, el rápido desarrollo tecnológico ha puesto en evidencia que es insuficiente para abarcar todos sus conceptos, por esta razón, han existido esfuerzos constantes por establecer una taxonomía lógica^{16 17}. Es importante recalcar que tomará tiempo y esfuerzo delimitar en su justa medida cada significado. Deberemos aceptar que variarán constantemente dentro de un rango acorde a la época, tal como ha sido la norma en otras áreas.

A nivel internacional existen muy buenas revisiones de estos conceptos por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (1) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) (2), así como a nivel nacional por parte del Ministerio de Salud (Minsal) (3,4), el Centro Nacional en Sistemas de Información en Salud (CENS) (5) y CORFO InnovaChile (6). Se invita al lector a tener la oportunidad de consultarlas si ha de ejercer la Medicina utilizando este nuevo campo. Estas referencias las usaremos continuamente desde ahora, y a partir de ellas se desprenden algunos términos comúnmente usados:

14 Rashid Bashshur *et al.*, The taxonomy of telemedicine, *Telemed J E Health*, 17(6), 2011.

15 Farhad Fatehi, Richard Wootton, Telemedicine, telehealth or e-health? A bibliometric analysis of the trends in the use of these terms, *J Telemed Telecare*, 18(8), 2012.

16 Liezl van Dik, A Review of Telehealth Service Implementation Frameworks, *Int J Environ Res Public Health*, 11(2), 2014.

17 Rashid Bashshur *et al.*, *Idem*.

- a) **Telemedicina:** literalmente significa “*Curar a distancia*” (Griego “Tele” y Latin “medicus”)¹⁸. Según Oxford Dictionary, “*La Telemedicina es el diagnóstico y tratamiento remoto de pacientes utilizando tecnología de telecomunicaciones*”.
- b) **Telesalud:** la OMS la definió como “*La prestación de servicios de atención médica, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de la salud, utilizando tecnologías de información y comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, investigación y evaluación, y para la educación continua de los proveedores de atención médica, todo con el fin de mejorar la salud de individuos y sus comunidades*” (1). Una concepción más reciente por parte del New England Journal of Medicine Catalyst la define de forma más breve como “*La prestación de servicios de atención sanitaria, educación sanitaria e información sanitaria a través de tecnologías remotas*”¹⁹.
- c) **eSalud o Salud electrónica:** “*Es un campo emergente de la informática médica que se refiere a la organización y entrega de servicios de salud e información a través de Internet y las tecnologías relacionadas*”²⁰.
- d) **mSalud o Salud móvil:** el Observatorio Global de eSalud la definió como “*la práctica médica y de salud pública respaldada por dispositivos móviles, como teléfonos móviles, dispositivos de monitoreo, asistentes digitales personales y otros dispositivos inalámbricos*”²¹.

Es interesante cómo estos conceptos se interrelacionan y han ido apareciendo de forma progresiva en la literatura médica²².

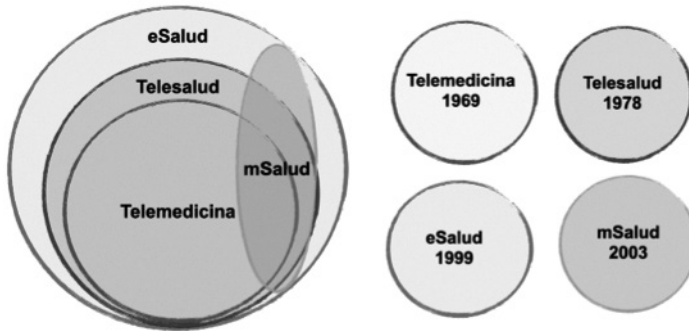
18 EM Sterhle, N Shabde, One hundred years of telemedicine: does this new technology have a place in paediatrics?, Archives of Disease in Childhood, 91(12), 2006.

19 NEJM Catalyst, What Is Telehealth?, 2018. Disponible en: <https://catalyst.nejm.org/doi/full/10.1056/CAT.18.0268>

20 Emiel Boogerd *et al.*, “What Is eHealth”: Time for An Update?, JMIR Research Protocols, 4(1), 2015.

21 OMS, mHealth: New horizons for health through mobile technologies: second global survey on eHealth, 2011. Disponible en: https://www.who.int/goe/publications/goe_mhealth_web.pdf.

22 Liezl van Dik, A Review of Telehealth Service Implementation Frameworks, Int J Environ Res Public Health, 11(2), 2014.



- e) **Telemonitoreo:** es la monitorización electrónica o la monitorización remota donde los datos fisiológicos y relacionados con la enfermedad del paciente se transmiten digitalmente por teléfono, Internet o videoconferencia, desde su hogar a un centro de atención médica, proporcionando retroalimentación clínica²³.
- f) **Teleconsulta:** corresponde a una consulta a distancia con intercambio de información realizada a través de tecnologías de la información y telecomunicaciones en modalidad sincrónica (tiempo real) entre un paciente y uno o más miembros del equipo de salud (ej., videollamadas). Durante dicho acto también podrían participar con algún rol y funciones miembros de los equipos de salud que se encuentran físicamente al lado del paciente (6).
- g) **Telemedicina sincrónica:** o videoconferencia en vivo, es una interacción audiovisual bidireccional entre un paciente y un proveedor de atención²⁴ o entre los equipos de salud (4).
- h) **Telemedicina asincrónica:** se refiere a la técnica de “almacenar y enviar” (nuestros ingenieros de la UT incluyen “recibir”), cuando un paciente o médico recopila antecedentes médicos, imágenes o informes de la

23 Federico Arriaga *et al.*, Remote Patient Monitoring: A Systematic Review, *Telemed J E Health*, 26(5), 2020.

24 The Office of the National Coordinator for Health Information Technology, *Telemedicine and Telehealth*, 2020. Disponible en: <https://www.healthit.gov/topic/health-it-health-care-settings/telemedicine-and-telehealth>.

enfermedad y luego los envía a un médico especialista para obtener un diagnóstico y tratamiento²⁵. Siendo una interacción “diferida” (4).

- i) **Telesalud híbrida:** modelo que consiste en alternar visitas presenciales y Telesalud²⁶. Situación óptima, según los autores.
- j) **Brecha digital:** se refiere a la creciente brecha entre los miembros desfavorecidos de la sociedad, especialmente personas de condición pobre, procedencia rural, adultos mayores o discapacitados que no tienen acceso a computadoras o Internet; y las personas ricas, de clase media y jóvenes que viven en áreas urbanas y suburbanas que sí tienen acceso²⁷. Este concepto presenta un componente de falla en el acceso informático (computador, teléfono móvil, Tablet, Internet) y una carencia en las habilidades necesarias para utilizar estas tecnologías digitales²⁸.
- k) **Principio de analogía:** en cuya virtud las reglas que son aplicables a la atención presencial valen también para la atención remota, salvo que el impacto del factor distancia obligue a establecer reglas distintas para reducir ese impacto (6).
- l) **Principio de complementariedad:** desde una perspectiva del sistema de salud, este principio destaca el rol complementario de la Telemedicina y la Telesalud para la atención clínica presencial. Aunque en determinados contextos de salud, los actos telemédicos pueden cumplir una función extensiva, complementaria o incluso sustitutiva. Sirve para delimitar el ámbito de la regulación de la Telemedicina y Telesalud a solo aquellas materias que son consecuencia del impacto del factor distancia (física y organizacional) (6).
- m) **Dato sensible:** aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen

25 Oren Mechanic *et al.*, StatPearls [Internet], Treasure Island (FL): StatPearls Publishing, Telehealth Systems, 2021. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK459384/>

26 Anjali Raj, Is Hybrid Telehealth Model the Next Step for Private Healthcare in India?, Health Serv Insights, 14, 2021.

27 Digital Divide. Disponible en: <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/digital-divide/start.html>

28 Bernhard Ertl *et al.*, Getting closer to the digital divide: An analysis of impacts on digital competencies based on the German PIAAC sample, Int J Educ Dev, 78, 2020.

racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual²⁹.

2. MARCO NORMATIVO

Para el ejercicio de los distintos servicios de Telemedicina se debe considerar el marco normativo actual en materia sanitaria, que es amplio y abarca a todas las formas de atención de salud, no obstante, todavía estar en proceso de regulación especializada. Sin perjuicios estamos atentos a la tercera edición de los *Lineamientos para el desarrollo de la Telemedicina y la Telesalud en Chile*. En efecto, esto podría ser uno de los importantes avances reglamentarios en la materia que podría tener la aptitud de considerarse como estándar para la implementación de los servicios telemédicos y luego, el desarrollo de su ejecución en miras al objetivo bajo el cual se implementa contemplando las cargas que corresponderán a los actores de la prestación de salud remota, sean estos institucionales, individuales, públicos o privados.

Por ello, en un esfuerzo por sistematizar el marco normativo aplicable a la Telemedicina, se analizarán normas y directrices de distintas autoridades y organizaciones en Telesalud, que a modo general, explican las consideraciones legales para el debido cumplimiento de la buena práctica médica.

El marco normativo se puede explicar en sentido amplio y restringido:

- a) **Sentido amplio:** basado en los principios éticos que envuelven a la Telemedicina contenidos en instrumentos e insumos elaborados a través de consensos nacionales e internacionales, emanados de la autoridad nacional, de organismos intermedios y/o de organismos internacionales reconocidos por su colaboración en la Medicina. A continuación se listan los más relevantes:
 - Declaración de la Asociación Médica Mundial (AMM) sobre la ética de la Telemedicina, Adoptada por la 58a Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007 y enmendada por la 69a Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018.
 - Telemedicina: oportunidades y desarrollos en Estados Miembros, reporte de la segunda encuesta mundial en eSalud, 2009, de la OMS (1).

²⁹ Ley sobre protección de la vida privada, 19628, 1999.

- I Jornada Nacional de Telemedicina, “Consenso de Valdivia en el contexto RISS” de septiembre de 2015, documento final, organizado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Marco de Implementación de un Servicio de Telemedicina, 2016 de la OPS (2).
- Programa Nacional de Telesalud en el contexto de Redes Integradas de Servicios de Salud del año 2018, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal (En adelante el **Programa Nacional de Telesalud (PNTS)**) (3).
- Telemedicina durante la epidemia de COVID-19 en Chile: Guía de Buenas Prácticas y Recomendaciones, del CENS, publicado en abril de 2020 (5).
- Fundamentos para los lineamientos para el desarrollo de la Telemedicina y Telesalud en Chile, bien público estratégico para la competitividad CORFO InnovaChile, segunda edición del 1 de diciembre del año 2020 (en adelante los **Lineamientos en Telesalud (LTS)**) (6).
- Orientaciones técnicas para el desarrollo e implementación de la atención a distancia 2021. Ordinario C105 N° 2632, del 31 de agosto de 2021 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal (4).

b) Sentido restringido: basado en la normativa nacional concebida como un estatuto jurídico vigente, compuesto por un listado de leyes sanitarias preexistentes y directrices administrativas emanadas de la autoridad sanitaria con ocasión de la implementación de la Telemedicina para prestadores institucionales o individuales, públicos o privados.

b.1) Legislación aplicable:

- Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República que consagra el Derecho a la Vida Digna y a la Integridad Física y Psíquica de las Personas.
- Artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud y establece como deber del Estado proteger el libre e igualitario acceso a acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo.
- Artículo 3° de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado que establece el principio de servicialidad del Estado.

- Artículo 23 del Código Sanitario, genera un deber a la autoridad sanitaria para que en casos de enfermedades transmisibles susceptibles de ocasionar epidemias, se disponga a entregar los medios adecuados de diagnóstico para el eficaz reconocimiento de ellas.
- Ley sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, 20.584, 2012.
- Artículo 4º: establece el deber de seguridad respecto a los pacientes, bajo el cual el equipo de salud y prestadores de salud cumplan las normas vigentes, los protocolos establecidos en materia de seguridad y calidad de la atención sanitaria a fin de apartar todo evento adverso evitable, según las prácticas comúnmente aceptadas. Al mismo tiempo, señala que estas normas y protocolos deben ser aprobados por resolución del Ministerio de Salud.
- Artículo 10º: que establece el deber de entregar información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, antes, durante y después de la atención médica sobre: el estado de salud, el posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles, los riesgos previsible, el pronóstico esperado y el proceso previsible post operatorio cuando procediere, todo ello de acuerdo con su edad, condición personal y emocional.
- Artículo 13º: que establece la definición de ficha clínica y la confidencialidad de datos expresados en ella, la cual podrá configurarse de manera electrónica, papel o cualquier otro soporte, siempre que el registro sea completo y asegure el acceso oportuno, conservación, confidencialidad, autenticidad de su contenido y los cambios efectuados en ella.
- Artículo 14º: el deber de respetar el derecho de la persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento de salud (Consentimiento informado).
- Ley N° 21.267 que establece medidas para facilitar la adquisición de remedios en el contexto de una alerta sanitaria por epidemia o pandemia.
- Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.
- Decreto 41, Reglamento sobre Fichas Clínicas.
- Artículo 2º: que establece la obligatoriedad de registro en la ficha clínica y su fin de información de salud integral del paciente dentro del

otorgamiento de una atención de salud. Los tipos de formato en que pueden llevarse; papel, electrónica u otro y la regulación de su contenido como dato sensible, de conformidad al artículo 2º letra g) de la Ley 19.628.

- Artículo 5º: que establece el deber de ser elaborada en forma clara y legible, conservando su estructura en forma ordenada y secuencial.
- Artículo 8º: que establece consideraciones al soporte de la ficha clínica, el cual tiene parámetros de almacenamiento que garanticen registros completos, con acceso oportuno, conservación, autenticidad y confidencialidad de los datos; luego, respecto a la ficha electrónica, señala lo siguiente: tener una copia de seguridad en bases de datos simultáneamente; la concentración en un archivo único que permita su acceso expedito, control, registro y salida de respaldos; medidas de seguridad y barreras de protección; programas de restauración de servicio, actualización del soporte y mecanismos de sustitución en los casos que deje de operar.
- Resolución Exenta N° 54 del 13 de febrero de 2020, que modifica la Norma Técnica de Fonasa, Resolución Exenta N° 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnicas administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, en la modalidad de Libre Elección.
- Resolución Exenta N° 204 del 24 de marzo de 2020 que modifica la Resolución Exenta N° 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnico-administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II DFL N° 1, del 2005, del Ministerio de Salud, en la modalidad de libre elección.
- Resolución Exenta N° 220 del 17 de febrero de 2021 que modifica la Resolución Exenta N° 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II del DFL N° 1/2005 del Ministerio de Salud.

b.2) Directrices y lineamientos administrativos emanados de la autoridad sanitaria:

- Memorándum A15 4995 del 31 de diciembre de 2013, que informa en relación con la aplicabilidad de la modalidad de Telemedicina

en las prestaciones de salud asociadas al Auge-Ges y la responsabilidad médica asociada a dicha modalidad, de la División Jurídica del Minsal.

- Ordinario C27 N° 131 del 22 de enero de 2015, sobre Causal de egreso por Telemedicina N°17, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Ordinario C27 N° 1449 del 11 de mayo de 2015, sobre la Aplicabilidad de Telemedicina en prestaciones de Consulta de Especialidad en Patologías Ges, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Memorándum A15 N° 2223 del 3 de septiembre de 2015, sobre empleo de Telemedicina para patologías no Ges, de la División Jurídica del Minsal.
- Ordinario N° 2C/247 del 19 de enero de 2018, sobre Aplicabilidad de consentimiento informado en atenciones por Telemedicina, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Ordinario B52 N° 2533 del 30 de mayo de 2019, sobre Registro de Telemedicina, de la Subsecretaría de Salud Pública del Minsal.
- Memorándum A15 N° 2588 del 14 de agosto de 2019, informa en relación a prestaciones médicas a distancia, de la División Jurídica del Minsal.
- Oficio Circular de la Intendencia de Prestadores de Salud N° 7 del 13 de abril de 2020, que informa e instruye sobre los deberes específicos que asisten a los prestadores individuales e institucionales de salud, que otorguen prestaciones a las que son aplicables las normas del Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del D.F.L. N° 1, 2005, del Ministerio de Salud, en la Modalidad de Libre Elección, para el otorgamiento de prestaciones que se otorguen en forma remota, a fin de dar cabal acatamiento de la Ley N° 20.584.
- Ordinario A15 N° 2448 del 4 de agosto de 2020, sobre el uso de tecnologías de información y comunicación en el ámbito de la salud, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Ordinario A26 N° 2494 del 12 de agosto de 2020, sobre despacho de medicamentos de atención remota, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.

- Ordinario C21 N° 3052 del 07 de octubre de 2020, sobre Respaldo de Registro Atención Remota en Ficha Clínica, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Ordinario C 26 N° 1187 del 29 de abril de 2021, sobre atenciones a distancia en Problemas de Salud Ges, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.
- Ordinario C 21 N° 165 del 17 de enero de 2022, sobre Teleasistencia en Unidades de Paciente Crítico, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal.

3. APLICACIÓN DE NORMATIVAS EN TELECONSULTA

Para la realización de una Teleconsulta, se requiere habitualmente de: i) un servicio de Telesalud, ii) prestadores habilitados, iii) obtención de un consentimiento informado, y iv) Teleconsulta estandarizada.

a) Servicios de Telesalud

Los Servicios de Telesalud se encuentran habitualmente a cargo de un centro intermediario de servicios de Telesalud. El centro intermediario de servicios de Telesalud es el centro, unidad, entidad, estructura u organización que lleva a cabo las funciones de gestión y mantenimiento del sistema de telecomunicaciones e información, a través del cual es posible habilitar servicios de Telemedicina o Telesalud, en los casos en que dichas funciones en particular son llevadas a cabo por una unidad o centro dedicado a tales funciones por parte del prestador, o en los casos en que dichas funciones son llevadas a cabo por una entidad externa tercera, diferente del prestador de salud (6). Puede tener un ámbito nacional, regional o institucional (2).

Es frecuente que las funciones de un centro intermediario de servicios de Telesalud sean desempeñadas en realidad por el mismo prestador de salud a través de alguna de sus unidades o departamentos, según el caso o el tipo de servicio o prestación (4,6).

Lo importante es que cuente con un mínimo de operatividad que garantice la consecución del servicio que se prestará, en todas sus etapas, pues de él dependerá que el servicio sea otorgado de forma eficaz cumpliendo los objetivos para lo cual se ha implementado, (por ejemplo, una atención de seguimiento de un paciente que tuvo atención presencial, etc). También debe contar con planes de contingencia en caso de incidentes, como corte de energía o Internet (4).

El modelo de implementación de un Servicio de Telemedicina recomendada por la OPS (2), con los objetivos de mejora continua, control de calidad y acreditación, sugiere distintas características como:

- Gestión, seguridad, estadísticas, evaluación (ej.: satisfacción usuaria, impacto sanitario) y eficiencia (rendimiento, programación). Considerando la realidad local en la cual el servicio se implementará: análisis del contexto socio-cultural, necesidades de los usuarios, objetivos sanitarios factibles de intervenir mediante esta vía y sostenibilidad del sistema tecnológico (para evitar los programas pilotos permanentes).
- Implicancias éticas y legales ante nueva forma de atención sanitaria, por ejemplo: privacidad de los datos, seguridad y gestión de la información sanitaria, consentimiento informado y principio de suficiencia (en toda prestación a distancia, la regla general es que el médico u otro profesional de la salud debe recabar la información suficiente que le permita dar curso a un siguiente acto de salud—sea presencial o no—, de tal modo que se dé continuidad a la atención del paciente) (6).
- Coordinación, integración y cohesión con otras unidades u organizaciones (flujogramas y continuidad del cuidado).
- Capacitación continua a pacientes, comunidad y equipo de salud, solución de brechas digitales para mayor acceso y usabilidad, interoperabilidad, creación y actualización de normativas, investigación, innovación y extensión.
- Estructura (capital humano, organigrama, infraestructura, tecnología).
- Cartera de servicios, aranceles, retribuciones e incentivos.

b) Prestadores

Una prestación telemédica ideal sería aquella en la que el profesional a cargo se encuentra capacitado, sometido a normativas de funcionamiento claras, validado y posteriormente acreditado mediante instituciones afines (2). En principio, no existen requisitos especiales para otorgar una prestación de Telemedicina, por lo que cumpliendo los lineamientos del marco jurídico enunciado más arriba, es posible que las atenciones de salud remota puedan realizarse tanto por prestadores institucionales o individuales, privados o públicos.

Los prestadores deben utilizar *software*, flujograma, procedimiento de atención, registro, asegurar suficiencia de sus prestaciones, continuidad del cuidado

y seguridad de la información, que cumpla con todos los criterios de calidad³⁰ y legalidad (3) vigentes. En este contexto, el Oficio Circular de la Intendencia de Prestadores de Salud N° 7 del 13 de abril de 2020, Individuales e Institucionales, que otorguen prestaciones comprendidas en el Arancel de Modalidad de Libre Elección de Fonasa, indicó como objetivos:

- Hipótesis regulatorias mínimas, a cumplir en las prestaciones de salud remotas a la luz de la Ley N° 20.584.
- Establecimiento de deberes en general y reforzamiento del resguardo de la esfera de intimidad en la prestación de salud.
- Procedimiento de reclamo en línea, en virtud del Decreto N° 35, de 2012, del Minsal, que regula el Procedimiento de Reclamo por Ley N° 20.584, en prestadores institucionales de salud³¹.

Los objetivos antes mencionados se refieren a la información a entregar al momento de agendar la hora para el otorgamiento de la prestación remota, derecho a la información financiera, licencias médicas, certificados, recetas, notificación de una patología cubierta por las Garantías Explícitas en Salud, características adecuadas del espacio físico donde se realizará la prestación, desarrollo y oportunidad de la entrega de la prestación remota, así como acciones remediales en caso de imposibilidad de otorgar por una causa no imputable al paciente (con constancia en ficha clínica), resguardo de la intimidad del paciente y el uso de imágenes, constancia del desarrollo y término del otorgamiento de la prestación remota en ficha clínica, entregar o remitir al paciente una constancia de la atención de salud otorgada quien deberá ratificar recibo, resguardo de la confidencialidad de la información clínica de los pacientes y su registro en ficha clínica, debido almacenamiento de la información y custodia y, finalmente, establecer sistema informático de reclamos en línea.

Como los prestadores deben cumplir el criterio de oportunidad (que también es posible inferir del PNTS), la afectación de este por cualquier acto u omisión pudiera causar algún daño potencialmente atribuible al profesional o a la organización de salud, y sería una situación que los colocaría en la posición de

³⁰ CENS, Sello de Calidad, Evaluación de Calidad de Sistemas *Software* en Telemedicina. Disponible en : <https://cens.cl/soluciones/sellos/calidad-software-Telemedicina/>

³¹ Javiera Naranjo, De la Normativa a la Práctica, Seminario 7: Telemedicina, cómo acercarnos virtualmente, otorgando atención oportuna y segura, 2020. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-19661_sem_7_1.pdf

reparar ese daño. Logrando que la eficiencia en la oportunidad sea un estándar de la prestación médica que se otorga (3).

Esperamos que estos deberes sean discutidos y mejorados en el proyecto de ley que autoriza a los prestadores de salud para efectuar atenciones mediante Telemedicina, en trámite en el Congreso³² a la fecha de la elaboración del presente artículo.

c) Consentimiento informado

El consentimiento informado es un proceso que asegura el derecho de autonomía de un paciente³³, resguardado en la Ley 20.584, y de forma específica en los artículos 10, 14 y 15. Cabe preguntarse, ¿cuál es su aplicación al realizar prestaciones telemédicas? Al respecto podemos encontrar referencias en:

- Ordinario N° 2C/247 del 19 de enero de 2018 sobre Aplicabilidad de consentimiento informado en atenciones por Telemedicina, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, donde se indica:
- *“Las atenciones de Telemedicina en Consulta de Especialidad ya sea Ambulatoria, de Hospitalización o de Urgencia, no constituyen un procedimiento invasivo ni que conlleve riesgo relevante para la salud. Tampoco lo constituyen los informes de procedimientos o exámenes realizados por Telemedicina. En este contexto es que no es necesario contar con un registro firmado de tal consentimiento, entendiéndose que en el acto de atención médica, el profesional explica al paciente el proceso de atención a desarrollar mediante Telemedicina y la continuidad de atención asociada a la misma”.*
- Si se cumple con lo establecido en las Políticas de Seguridad de la Información emanadas desde el Minsal, la Ley N° 20.584 y la Ley 19.628, no se requiere un registro escrito de consentimiento informado para tomar fotografías en el contexto de una atención médica, ni para grabar una atención de Telemedicina realizada por Red de Videoconferencia Minsal, en contexto de atención crítica o de urgencia y que se requiera respaldar para efectos de posibles auditorías futuras.
- *“Las atenciones de Telemedicina que involucren procedimientos invasivos, por ejemplo: realización de Teletrombolisis en Ataque Cerebro Vascular u otras*

32 Disponible en : <https://senado.cl/camara-baja-conocera-regulacion-de-atenciones-de-Telemedicina>.

33 Carmen Pierart, *Derecho Médico*, Falmed, Pág. 275.

similares deberán contar con un Consentimiento informado con registro firmado, no obstante, se deberá considerar lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Derechos y Deberes, respecto a la manifestación de voluntad en situaciones determinadas”.

- Memorándum A15 N° 2588 del 14 de agosto de 2019 sobre información en relación a prestaciones médicas a distancia de la División Jurídica del Minsal, que precisa *“El paciente debe recibir información en lenguaje sencillo que le permita tener expectativas claras sobre el tipo de atención que recibirá, sobre las demás opciones de atención disponibles, sobre los costos asociados (si corresponde) y sobre la duración esperada de la atención remota”*³⁴. El cumplimiento del deber de información cuyo reconocimiento depende de la aplicación de formalidades consideradas como la buena práctica, se encontrará cumplido cuando de la revisión de la ficha clínica de un paciente esté la consignación de dos cosas: la efectiva entrega de la información y la comprensión del paciente respecto a lo recepcionado^{35,36}. Solo en estos términos hablaremos de un consentimiento informado preconstituido

34 La Resolución Exenta N° 54, que modifica la Norma Técnica de Fonasa, Resolución Exenta N° 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnicas administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud en la modalidad de Libre Elección, del 13 de febrero de 2020. Indica *“Para las Consultas de Telemedicina de Dermatología, Geriátría, Endocrinología, Neurología, Nefrología y Diabetología se considera una duración de, al menos, 10 minutos, mientras que para la de Psiquiatría se consideran al menos 30 minutos, duración que quedará registrada en el medio informático que disponga FONASA, destinado para ese fin”*. También instruye que el prestador debe llevar registro de consentimientos informados.

35 Corte Suprema Rol N° 5849-2009 sobre la infracción del deber de información: *“Que el consentimiento informado del paciente impone al facultativo un deber humanista, relacionado con la dignidad del paciente. Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, solo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas a su control o internas del organismo del enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico.”*

36 Corte de Apelaciones de Concepción, 2013, Rol 1473-2012, sobre el estándar el consentimiento informado, señala: *“la información del 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”*.

como prueba en el evento de judicialización de un caso de atención sanitaria telemédica que ha producido un daño.

- El PNTS refuerza lo indicado previamente al indicar que *“es obligación del médico asegurar que el paciente ha recibido una información apropiada, clara y se asegure del entendimiento de los procedimientos e indicaciones necesarias, además asegurarse que es físicamente capaz y que se da cuenta de la importancia de su rol en el proceso. El mismo principio se debe aplicar a un miembro de la familia o a otra persona que ayude al paciente a utilizar la Telemedicina”* (3).
- Los LTS en lo particular sugieren:
 - o El consentimiento informado pertenece a los principios de protección al paciente (junto a la seguridad de los datos, confidencialidad y privacidad y continuidad del cuidado). *“En la atención clínica a distancia este principio en cuanto a sus requisitos y formalidades (consentimiento informado verbal o por escrito), está sujeto a las mismas exigencias legales de la atención en salud presencial, aunque caben al menos dos consideraciones. Primero, las características propias de la modalidad de atención por Telemedicina con sus riesgos y limitaciones deben ser informadas al paciente, por lo que no basta con la información relativa a la prestación. Segundo, debido a que la modalidad a distancia requiere tratamiento e intercambio de datos, especial importancia adquiere el consentimiento del paciente para el uso de sus datos”*. Esto conlleva al deber de obtener el consentimiento informado.
 - o *“En el caso de menores de 14 años, el consentimiento debe ser otorgado por uno o ambos padres, informando al menor según su edad y madurez, salvo que los padres no tengan su cuidado personal, caso en el cual debe ser representado por el tercero que tenga su cuidado, conforme a resolución judicial, o por su tutor”... “Y en el caso de mayores de 14 años, el consentimiento es otorgado directamente por ellos si a juicio del profesional de salud posee la edad y madurez suficiente según las circunstancias del acto clínico sin perjuicio de que los padres sean informados mientras no ponga en riesgo su privacidad e intimidad”*.
- Recomiendan que, *“en el caso de que proceda el consentimiento verbal del paciente para aceptar o rechazar la atención de salud a distancia, se registre tanto la aceptación como el rechazo de dicha modalidad. La exigencia de registro es importante por la implicación que tiene para asignar las responsabilidades de los profesionales de la salud involucrados en el proceso de atención. El registro se*

puede llevar a cabo en la ficha clínica dando cuenta del proceso de consentimiento informado, o bien mediante el registro audiovisual o de audio de este proceso”.

- *“El consentimiento informado debe incluir información respecto de los servicios que ofrece el prestador, así como de la modalidad de atención a distancia, mencionando los alcances, límites, riesgos y beneficios asociados a dicha modalidad”... “Esta información puede entregarse al paciente a través de la aplicación de la prestación o servicio telemédico, previo a que establezca contacto con el profesional de salud, terminando el proceso de consentimiento informado con la manifestación de voluntad del paciente al momento del inicio de la atención con el profesional”.*
- *“Debido a la distancia física entre equipo de salud y paciente, sumado a los riesgos asociados a la transmisión de los datos, la modalidad telemédica hace recomendable acompañar en el proceso de consentimiento informado información documentada por escrito, antes o al inicio de la atención. Esta recomendación tiene sustento legal en el artículo 2° del Decreto N° 31/2012, que faculta al prestador a añadir documentos escritos—pudiendo ser en soporte digital o papel, pues el regulador no distingue— en que conste la información entregada, cuando se trate de atenciones de salud que solo requieran una manifestación verbal para aceptar o rechazar” (6).*
- A modo de ejemplo de aplicación de las normas de consentimiento informado, en la práctica diaria de la UT del HTT se ha tomado la siguiente conducta:
 1. Las Teleconsultas son de pacientes estables, no en contexto de urgencia.
 2. Es criterio de exclusión para Teleconsulta el usuario que rechaza esta modalidad, incluso antes de su agendamiento por parte del equipo generador de la interconsulta o control. Estos usuarios son agendados para atención presencial.
 3. Al paciente agendado para Teleconsulta, al momento de su contacto, educación y chequeo de brecha digital por parte de la UT, previo a la realización de la Teleconsulta, nuevamente se le pregunta sobre aceptación o rechazo de esta modalidad de atención. En caso de retractarse, constituyendo nuevamente criterio de exclusión, es reagendado para atención presencial. Esta información queda respaldada en ficha clínica electrónica por parte de la UT.

4. Los canales de comunicación entre el usuario y la UT, previo, durante o posterior a la Teleconsulta, son mediante email, contacto telefónico o videoconferencia institucionales (que incluye sala de espera virtual) y plataforma de mensajería instantánea. Estos contactos no realizan atenciones de salud o comparten información sensible del paciente, solo se utilizan para educar respecto de la prestación (4).
5. El usuario, al momento de ingresar a la plataforma de Teleconsulta, debe autenticarse y aceptar los términos de condiciones (que de nuevo explica modalidad, alcance de la atención y posibilidad de presencia de alumnos en prácticas o residentes por ser el HHT centro docente asistencial). En caso de rechazo, el paciente es reagendado de forma presencial. En caso de no aceptar atención por alumnos o residentes, se indica al tutor que la atención debe ser realizada sin ellos, y de no ser posible, se reagenda de forma presencial. Esta información queda respaldada en ficha clínica electrónica por parte de la UT.
6. Al momento de iniciar la Teleconsulta, el profesional confirma la aceptación de modalidad y consulta por dudas, registrando su aceptación en ficha clínica.
7. Todo procedimiento invasivo o que conlleve riesgo para la salud, que sea indicado producto de una Teleconsulta, es causal de atención presencial cuya oportunidad de atención dependerá de su gravedad (derivación a urgencia, hospitalización o atención ambulatoria).

En síntesis, podemos destacar que esta base sirve de contenido para un buen consentimiento informado porque constituye el límite del acto médico, la validación y participación informada del paciente, lo que en ocasiones funcionará como condición de exención de responsabilidad procurando una práctica médica eficiente y pro paciente. Sin embargo, esto no quiere decir que su contenido esté directamente orientado a excluir la responsabilidad del profesional sanitario sino, más bien, al hecho de reconocer las limitaciones del acto médico y al mismo tiempo las necesidades del paciente, dado que bajo esa fórmula se entenderá que se basta a sí mismo para producir el efecto esperado de respeto y consideración a los derechos de las partes que concurren en él.

No obstante lo anterior, nuestra UT considera que estas normativas y sugerencias obligan a implementar un sistema que en estricto rigor no sigue el principio de analogía respecto de las atenciones presenciales tradicionales.

d) Teleconsulta estandarizada

Una Teleconsulta estandarizada incluye al menos: i) agendamiento, ii) atención, iii) registro, y iv) servicio de post atención.

i. Agendamiento

Antes del inicio de la prestación telemédica, es necesario se cumplan una serie de indicadores de calidad referidas a³⁷:

1. Información financiera: valor, modalidad de pago, condiciones previsionales de acceso.

2. Mínimas condiciones:

1. Identificación y autenticación, las que constituyen un deber, consecuencia del impacto de la distancia física (4,6). Por ejemplo, la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal recomienda utilizar Clave Única como autenticación del paciente; del profesional se espera identificación con su nombre completo, profesión y especialidad (4).
2. Requisitos tecnológicos, los que deben estar claros y tener idealmente soporte de parte del prestador³⁸ (4,5).
3. Privacidad: como el prestador es responsable de que la prestación se realice en un ambiente privado y dedicado exclusivamente para ello, queda prohibido realizarla en lugares de acceso público donde la privacidad del beneficiario se pueda ver comprometida³⁹. En nuestra UT, cada vez que ocurre esta situación, el usuario es agendado nuevamente para cuando tenga las condiciones de ambiente disponibles y de no ser así, nos indique su necesidad de acudir presencialmente.

3. Oportunidad: incluye el proceso administrativo de agendamiento de hora (4) y duración mínima de la prestación.

37 Javiera Naranjo, De la Normativa a la Práctica, Seminario 7: Telemedicina, cómo acercarnos virtualmente, otorgando atención oportuna y segura, 2020. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-19661_sem_7_1.pdf

38 Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, Ordinario A15 N° 2448 del 4 de agosto de 2020, sobre el uso de tecnologías de información y comunicación en el ámbito de la salud.

39 Subsecretaría de Salud Pública del Minsal, Resolución Exenta N° 204 del 24 de marzo de 2020 que modifica la Resolución Exenta N° 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnico administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II DFL N° 1, del 2005, del Ministerio de Salud, en la modalidad de libre elección.

Como la oportunidad corresponde a un fundamento básico de la calidad en salud que hace referencia a que el paciente reciba la atención óptima en el momento en que lo requiera, sea cual sea su patología y tipo de tratamiento⁴⁰, es necesario acotar esta a lo que el servicio telemédico pueda realmente cubrir. Por este motivo debemos contar con una lista de prestaciones disponibles, con criterios de inclusión y exclusión, como pueden ser cuando el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable, gestión de enfermedades crónicas, seguimiento después del tratamiento inicial⁴¹ o definidas por el equipo profesional⁴² o profesional prestador según su especialidad.

El Minsal desde hace varios años tiene memorándums respecto de la aplicabilidad (criterios de inclusión) de la Telemedicina en prestaciones de salud asociadas al Auge-Ges⁴³, que fueron formalizadas de común acuerdo con la Superintendencia de Salud y Fonasa el 2015⁴⁴ y cuya aplicación fue reafirmada en septiembre del mismo año para patologías no Ges⁴⁵. Durante el año 2021 emitió un nuevo ordinario tendiente a priorizar el desarrollo de la modalidad de atención a distancia para la gestión de los casos Ges⁴⁶.

40 ISOTools, Conceptos fundamentales de la calidad en salud. Disponible en : <https://www.isotools.org/2015/06/29/conceptos-fundamentales-de-la-calidad-en-salud/>

41 Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la ética de la Telemedicina, 2028, Disponible en: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-Telemedicina/>

42 Freddy Constanzo et al, Validation of a patient satisfaction survey of the Teleneurology program in Chile, *BMC Res Notes* 12, 359 (2019). Disponible en: <https://bmcrsnotes.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13104-019-4358-1>.

43 División Jurídica del Minsal, Memorándum A15 4995 del 31 de diciembre de 2013 que informa en relación a la aplicabilidad de la modalidad de Telemedicina en las prestaciones de salud asociadas al Auge-Ges y la responsabilidad médica asociada a dicha modalidad.

44 Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, ordinario C27 N° 1449 del 11 de mayo de 2015 sobre la Aplicabilidad de Telemedicina en Prestaciones de Consulta de Especialidad en Patologías GES.

45 División Jurídica del Minsal, Memorándum A15 N° 2223 del 3 de septiembre de 2015 sobre empleo de Telemedicina.

46 Subsecretaría de redes asistenciales, Ordinario C26 N° 1187 del 29 de abril de 2021 sobre las Atenciones a distancia en Problemas de Salud GES.

ii. Atención

La Superintendencia de Salud organiza la prestación alrededor de los siguientes conceptos⁴⁷:

- i) **Oportunidad:** entrega de la prestación en el momento convenido, suspensión de la prestación.
- ii) **Información previsual:** licencias médicas, certificados médicos, recetas.
- iii) **Información clínica:** derecho a efectuar consultas. Entrega de información comprensible de diagnóstico, tratamiento, efectos, exámenes, etc.
- iv) **Toma o uso de imágenes:** limitado al contexto de la prestación. Consentimiento del paciente. Custodia de registros.
- v) **Asistencia o compañía:** si es menor de 18 años, adulto mayor o de otro grupo que requiera de apoyo para comprensión de la información (problemas de visión o audición, baja escolaridad, entre otros) (4).

A través de ello se cumplen los principios de registro, suficiencia, consentimiento informado y continuidad del cuidado indicados por los LTS (6).

El proceso de atención tiene además múltiples dimensiones, como:

- 1. **Modalidad Relacional:** es decir, si la Teleconsulta es entre paciente y profesional, paciente/profesional interconsultor y profesional interconsultado, o entre equipos de salud, con o sin el soporte de un centro intermediario de Telesalud y mediante videoconferencia, contacto telefónico o Telemedicina asincrónica (6).
- 2. **Tecnología:** uso de la tecnología a través de la cual se practica la atención, con el objeto de no tener inconvenientes y sacar el máximo provecho a estas herramientas, como adecuada conexión a Internet, registro médico electrónico, *software* de videoconferencia, calidad del audio (estar en un lugar con aislamiento acústico), nitidez de la imagen (4,5) (errores usuales son posicionar la fuente de luz desde la espalda, ubicarse de forma excéntrica al centro de la pantalla y utilizar fondo policromático). Utilización de periféricos si los recursos lo permiten, es decir, tomar en

47 Javiera Naranjo, De la Normativa a la Práctica, Seminario 7: Telemedicina, cómo acercarnos virtualmente, otorgando atención oportuna y segura, 2020. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-19661_sem_7_1.pdf

consideración contar con equipamiento y dispositivos médicos al lado del enfermo, que mejoren la información clínica de acuerdo con la especialidad (ej.: dermatoscopio, estetoscopio electrónico, retinoscopio u otros) (4).

3. **Relación médico paciente:** mantener el estándar de atención al igual que durante una consulta presencial (confianza y respeto mutuos, vestimenta, fondo de pantalla), velar por la comprensión de las consultas e indicaciones (incluyendo uso de lenguaje no verbal), mesura ante alguna falla en el uso de la tecnología, tanto por parte del paciente como del prestador y estar atento a los principios de confidencialidad y privacidad⁴⁸ (5,6).
4. **Responsabilidades del médico:** el médico al que se le pide su opinión, a través de la Telemedicina, debe mantener un registro detallado de los consejos que entrega, como también de la información recibida en la cual basó su consejo para asegurar la trazabilidad. Debe asegurarse que el paciente haya comprendido el consejo y las sugerencias de tratamiento entregadas y en lo posible tome medidas para promover la continuidad de la atención. El médico que pide a otro médico consejo o una segunda opinión es responsable del tratamiento y de otras decisiones y recomendaciones dadas al paciente. Debe estar consciente y respetar las dificultades e incertidumbres que puedan presentarse cuando esté en contacto con el paciente, a través de Telemedicina. Debe estar preparado a recomendar un contacto directo médico-paciente cuando estime que es en beneficio del paciente. Debe asegurarse que el seguro médico del paciente incluye la Telemedicina⁴⁹. Finalmente, recordar que se recomienda en el caso de consentimiento verbal del paciente para aceptar o rechazar la atención de salud a distancia, se registre tanto la aceptación como el rechazo de dicha modalidad (6).
5. **Prescripción de receta:** en el contexto de las prestaciones de salud a distancia, es posible el uso de medios o soportes electrónicos para que la receta pueda ser recibida por el paciente o tercero autorizado, siempre

48 Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la ética de la Telemedicina, 2028, Disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-Telemedicina/>

49 Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la ética de la Telemedicina, idem.

y cuando se utilicen los requisitos técnicos pertinentes y de seguridad adecuados⁵⁰.

En este sentido, el Minsal a causa de la pandemia COVID:

- a. Promulgó la Ley N° 21.267 que establece medidas para facilitar la adquisición de remedios en el contexto de una alerta sanitaria por epidemia o pandemia. Esta ley indica: *“los productos farmacéuticos podrán ser expendidos por cualquier establecimiento autorizado para ello, mostrando una copia de la receta médica que los prescriba, ya sea en formato físico o digital, en cualquiera de sus formas”, “Las recetas que hayan sido extendidas dentro de los seis meses anteriores a la publicación del decreto de alerta sanitaria respectivo y las que sean extendidas durante su vigencia tendrán validez para la dispensación de los productos farmacéuticos prescritos en ellas, hasta seis meses después del término de la alerta sanitaria”* y reemplazó *“en el inciso penúltimo del artículo 101 del Código Sanitario, la expresión “mediante firma electrónica avanzada conforme a lo dispuesto en la ley No 19.799”, por el texto siguiente: “según lo dispuesto en el reglamento”*.
- b. Emitió el ordinario A 26 N.º 2494 sobre el despacho de medicamentos de atención remota, indicando que *“En el contexto de estas atenciones, los medicamentos prescritos a los usuarios de Fonasa por profesionales de la red de atención remota y hospital digital deberán ser despachados por los establecimientos dependientes y no dependientes del Servicio de Salud respectivo, según inscripción del usuario. Para ello, solo serán válidas las recetas de atención remota emitidas por médicos debidamente ingresados en los registros de prescriptores de cada centro de salud, y solo en el establecimiento al que pertenezca el usuario”*. En este mismo documento se establece cómo es el proceso de inscripción de los médicos remotos prescriptores a los registros oficiales de cada centro⁵¹.

6. Término de la atención: es de vital importancia que sea registrado el momento de término de la atención. También cuando el paciente no se presenta (NSP) ó cuando por cualquier motivo ha quedado en estado “No atendido” (4).

⁵⁰ División Jurídica perteneciente al Minsal, Memorandum A15 N° 2588 del 14 de agosto de 2019, Informa en relación a prestaciones médicas a distancia.

⁵¹ Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, Ordinario A26 N° 2494 del 12 de agosto de 2020 sobre despacho de medicamentos de atención remota.

Para el sistema público presenta implicancias de registro como Causal de Egreso N.º 17, cuya fecha de salida del paciente de la Lista de Espera corresponde a la fecha de realización de la Teleconsulta por el especialista o a la fecha de la información al paciente cuando la prestación ha sido de Telemedicina asincrónica⁵². Toda producción de estrategias locales en Telemedicina debe ser registrada en la Serie A del REM A30⁵³ o A32⁵⁴. También el registro de la atención implica el recurso humano que debe estar considerado en la programación (4), cuyo rendimiento en profesionales médicos de atención primaria es de tres consultas por hora para actividades de teleinterconsulta sincrónica o asincrónica y en médicos de nivel secundario y terciario de dos o tres Teleconsultas por hora y seis consultas por hora en modalidad de teleinterconsulta asincrónica⁵⁵.

Para la modalidad de libre elección, el prestador una vez finalizada la atención, al cerrar la sesión de Teleconsulta, Fonasa automáticamente validará el bono de atención y quedará disponible para su cobranza electrónica⁵⁶.

iii. Registro

El registro en Telemedicina y Telesalud debe contar con los elementos de toda ficha clínica (completa, ordenada, actualizada, inteligible, inviolable, veraz y confidencial)⁵⁷. El incumplimiento al deber de escrituración se ha planteado como una falta a la *Lex Artis*, independientemente que desde el punto de vista

52 Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal, Ordinario C27 N° 131 del 22 de enero de 2015 sobre Causal de egreso por Telemedicina N° 17.

53 Subsecretaría de Salud Pública del Minsal, Ordinario B52 N° 2533 del 30 de mayo de 2019 sobre Registro de Telemedicina.

54 Servicio de Salud Talcahuano, Orientaciones para registro y tributación de Actividades Remotas y de Telemedicina, 2021.

55 Minsal, Anexo 26: Criterios Técnicos para Programación Red Salud Digital. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/09/ANEXO-26-2022.pdf>

56 Subsecretaría de Salud Pública del Minsal, Resolución Exenta N° 54 del 13 de febrero de 2020, que modifica la Norma Técnica de Fonasa, Resolución Exenta N° 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnicas administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud en la modalidad de Libre Elección.

57 Pedro Hansen, Derecho Médico, Falmed, Pág. 245.

médico las actuaciones pudieren tener justificación⁵⁸. Por ello, lo que no se escruta, no existe⁵⁹.

Todo registro debe seguir la normativa vigente sobre acceso a la información y protección de datos personales. Es decir, Ley N° 19.628 sobre protección de datos personales, Ley N° 20.584 sobre deberes y derechos del paciente, Ley 19.223 sobre delitos informáticos y los artículos 2º, 5º y 8º del Decreto 41 Reglamento sobre Fichas Clínicas.

Específicamente en Telemedicina, el registro de calidad es mandatorio en la normativa nacional (3) y debe contar con lineamientos de ciberseguridad de nivel alto⁶⁰. Debido a los riesgos de filtración de información, el personal de salud tiene la obligación de asegurar que se hayan aplicado todos los protocolos de seguridad establecidos (por ejemplo, la encriptación de datos) y es deseable contar con registro médico electrónico que interopere con otros sistemas de información del mismo nivel de seguridad (4). Por este motivo, no se deben utilizar plataformas de mensajería instantánea para atenciones de salud, debido a que no cumplen con referencias internacionales (Estándar de Seguridad ISO 27.001) (4). Para mayor detalle en ciberseguridad, consultar “Orientaciones técnicas para el desarrollo e implementación de la atención a distancia 2021”, que se encuentra en nuestras referencias.

La Superintendencia de Salud se refiere al registro para efectos de atención remota, en el ámbito de resguardo de la intimidad de los pacientes⁶¹, de la siguiente forma:

1. Registros audiovisuales de la consulta: consentimiento previo de los pacientes, respeto a su honra e intimidad y manejo de dato sensible (Ley N° 19.628).
2. Acceso Ficha Clínica: deber de custodia y responsabilidad del prestador, controlado, restringido y con autorización previa de acceso del paciente.

58 Pedro Hansen, Derecho Médico, Falmed, Pág. 247.

59 Pedro Hansen. *Idem*, pág. 245.

60 Pedro Hansen, *Idem*, pág. 255.

61 Javiera Naranjo, De la Normativa a la Práctica, Seminario 7: Telemedicina, cómo acercarnos virtualmente, otorgando atención oportuna y segura, 2020. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-19661_sem_7_1.pdf

3. Bases de datos: prohibición de divulgación, venta, etcétera, de los antecedentes clínicos de los pacientes (Ley N.º 20.635) bajo responsabilidad del prestador.

Cumpléndose de esta forma lo indicado en Oficio Circular de la Intendencia de Prestadores de Salud N.º 7 del 13 de abril de 2020, y cuyo respaldo de registro fue reforzado por el Minsal para las redes asistenciales el 07 de octubre de 2020 a través del ordinario C21 N.º 3052⁶².

iv. Post-atención

Posterior al término de la prestación telemédica existen criterios de calidad normados que también hay que cumplir. Unos se refieren a la entrega de información, es decir, envío de certificados, notificación GES, recetas, licencias médicas o constancia de atención de la prestación. Otros, a los procedimientos de reclamos en línea, que pueden ser efectuados según el Decreto N.º 35 de 2012, que indica el reglamento sobre el procedimiento de reclamo de la Ley N.º 20.584⁶³. Como apoyo a esta última situación, el sistema público cuenta con la Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias (OIRS), que se rige por el Decreto Supremo N.º 680, del 21 de septiembre de 1990, del Ministerio del Interior, en el cual en su Artículo N.º 1 indica que los Servicios Públicos deberán establecer Oficinas de Información. La OIRS permite que cualquier persona pueda acceder a información pública de acuerdo a la Ley 20.285 Sobre acceso a la Información pública (Ley de Transparencia). Estos criterios de calidad de post-atención permiten al usuario realizar reembolso de su prestación en modalidad de libre elección⁶⁴, mantener su continuidad del cuidado al coordinar

62 Subsecretaría de Salud Pública del Minsal, Ordinario C21 N.º 3052 del 07 de octubre de 2020, sobre Respaldo de Registro Atención Remota en Ficha Clínica.

63 Oficio Circular de la Intendencia de Prestadores de Salud N.º 7 del 13 de abril de 2020, que informa e instruye sobre los deberes específicos que asisten a los prestadores individuales e institucionales de salud, que otorguen prestaciones a las que son aplicables las normas del Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del D.F.L. N.º 1, 2005, del Ministerio de Salud, en la Modalidad de Libre Elección, para el otorgamiento de prestaciones que se otorguen en forma remota, a fin de dar cabal acatamiento de la Ley N.º 20.584.

64 Subsecretaría de Salud Pública del Minsal, Resolución Exenta N.º 54 del 13 de febrero de 2020, que modifica la Norma Técnica de Fonasa, Resolución Exenta N.º 277/2011 del Ministerio de Salud que aprobó las normas técnicas administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del Libro II del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud en la modalidad de Libre Elección.

las prestaciones de salud siguientes (6) y presentar una mayor satisfacción usuaria⁶⁵.

El Minsal indica que el resumen de atención enviado al paciente contenga al menos los siguientes datos:

1. Nombre de la institución prestadora.
2. Identificación del o los profesionales que entregaron la atención, deseable con firma del profesional.
3. Diagnóstico y tratamiento prescrito.
4. Fecha y hora en que fue efectuada la atención⁶⁶ (4).

En nuestra UT, cada Teleconsulta finaliza con la posibilidad de acceder nuevamente al funcionario coordinador de las atenciones y posteriormente con una encuesta de satisfacción usuaria online. No se entrega un resumen escrito de la atención por cada Teleconsulta, debido a que por analogía con respecto a todas las prestaciones presenciales de consulta en nuestro hospital, estos resúmenes son entregados por el profesional a petición del paciente al momento de la Teleconsulta o vía OIRS.

4. ALGUNAS IMPLICANCIAS MÉDICO LEGALES EN TELEMEDICINA

La Telemedicina plantea desafíos para determinar los límites de responsabilidad médico legal entre los distintos prestadores que participan de una atención de salud remota. En la literatura analizada, la diferenciación de cargas es difusa porque las responsabilidades de las organizaciones y de los profesionales de la salud están inmersas en una cadena de actos dirigidos hacia un mismo fin. Por ello, cuando hay una atención de salud telemédica que pudiese generar un daño, lo primero será buscar el mecanismo para discernir quién asumirá la responsabilidad sobre toda la cadena de la prestación. Creemos que para el resguardo de este conflicto, la existencia de protocolos locales con definiciones

65 Freddy Constanzo *et al.*, Validation of a patient satisfaction survey of the Teleneurology program in Chile, *BMC Res Notes* 12, 359 (2019). Disponible en: <https://bmcrsnotes.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13104-019-4358-1>.

66 Oficio Circular de la Intendencia de Prestadores de Salud N° 7 del 13 de abril de 2020. *Idem*.

de procedimientos de atención, criterios de inclusión, de exclusión, plan de contingencia, capacitación continua⁶⁷ e idealmente acreditación, proporcionarán la claridad necesaria para establecer, fundadamente, en qué condiciones una organización o un profesional deberá ser responsable por su actuar.

En este contexto, las recomendaciones y lineamientos elaborados por el Ministerio de Salud desde el año 2013 ya mencionados, y de los cuales destacan el PNTS y los LTS, desarrollan un marco regulatorio y principios bajo los cuales debe entenderse la *Lex Artis* telemédica. Constituyendo un primer acercamiento al estándar de responsabilidad que existe para los prestadores de salud que realizan actividades de Telemedicina y Telesalud, ya que entregan orientaciones para una práctica normal centrada en el paciente, con garantías de calidad y seguridad, proporcionando elementos básicos a tener en cuenta para futuras propuestas regulatorias o legales en la materia (6).

Dicho esto, se analizarán algunas consideraciones de la responsabilidad de los prestadores institucionales e individuales, públicos y privados con énfasis en la distribución de obligaciones y deberes desarrollados particularmente en el PNTS y los LTS, y que dicen relación con los deberes que se insertan en una atención de salud telemática. Para tal efecto, es necesario hacer tres prevenciones:

1. El PNTS y los LTS tienen una naturaleza distinta porque el primero es la creación de una Política Pública en materia de Salud Pública y, el segundo, es un insumo técnico para poner en marcha los servicios de Telemedicina que le son aplicables al sistema público y también, al privado (6).
2. La responsabilidad civil, penal y administrativa médica es la misma que ha existido para juzgar las atenciones médicas presenciales. En caso de que una atención de salud telemática produzca un daño, esta se medirá en base al contenido y alcance de las obligaciones y deberes de cada uno de los profesionales de salud que participen en el algoritmo de la atención sanitaria (6). Sin embargo, debe existir un análisis propio en base a los dos factores adicionales que no se encuentran en las atenciones de salud presenciales y que son, el factor distancia y la utilización de las tecnologías de información. Dichos elementos adicionan riesgos que merecen un estudio pormenorizado, pues si bien los deberes y obligaciones ya regulados por la legislación no cambian dramáticamente, sí se acentúan en un nivel práctico, pues ya no solo se exigirá cumplir con

67 Dirección, Hospital las Higueras de Talcahuano, Resolución exenta N° 2900 del 23 de junio de 2021, Manual de organización y funcionamiento de la Unidad de Teleprocesos.

la *Lex Artis* en base a los conocimientos científicos de un determinado diagnóstico o tratamiento, además, se deberán garantizar los derechos de los pacientes mediante mecanismos organizacionales que aseguren el derecho de información en la identificación y autenticación del equipo de salud; las condiciones de la atención de salud telemédica⁶⁸; cumplir el estándar de seguridad de la información⁶⁹; resguardar el deber de confidencialidad⁷⁰ y el deber de obtener un Consentimiento Informado.

3. Este análisis se enfoca en la judicialización de la medicina desde la perspectiva de la defensa de los profesionales de salud en juicios en donde se cuestiona la imprudencia médica.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

Precisado lo anterior, cabe señalar que a pesar de que los LTS son posteriores al PNTS, esto no hace que uno prevalezca sobre el otro. Ambos son directrices que se integran y que, en consecuencia, se tendrán en consideración para juzgar la buena o deficiente práctica médica en Telemedicina. Es más, conforme al artículo 4 de la Ley 20.584 que consagra el deber de Seguridad, el PNTS estaría bajo la hipótesis de su inciso final, que refiere, cito textual “Las normas y protocolos a que se refiere el inciso primero serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica disponible”, lo cual, dejaría en segundo plano a los LTS, a pesar de que estos últimos son de especial relevancia en contenido y calidad, lo propio sería procurar que tuvieran la misma vinculación o incluso más aplicación que los primeros.

Así las cosas, el PNTS ha sido categórico en establecer la responsabilidad del profesional médico, conforme lo siguiente:

“El médico queda en libertad y completa independencia de decidir si utiliza o recomienda la Telemedicina para su paciente. La decisión debe basarse en el beneficio de la persona. Cuando se utiliza la Telemedicina directamente con la persona, el médico asume la responsabilidad del caso en cuestión. Esto incluye el diagnóstico, opinión, tratamiento e intervenciones médicas directas. El médico que pide la opinión a otro colega es

68 Ley 20.584, art. 8° sobre el Derecho a la Información.

69 Decreto 41 del año 2012 del Ministerio de Salud.

70 Ley 20.584, art. 12 y 13 inc. 2 sobre el Deber de Confidencialidad y Reserva.

responsable del tratamiento y de otras decisiones y recomendaciones entregadas al paciente. Es esencial que el médico que no tiene contacto directo con el paciente (médico que realiza la Telemedicina) pueda participar en procedimientos de seguimiento, si es necesario. Cuando personas que no son médicos participen en la Telemedicina, el médico debe asegurarse que la formación y la competencia de estos otros profesionales de la salud sean adecuadas a fin de garantizar una utilización apropiada de la Telemedicina” (3).

Evidentemente, aquí, hay muchos deberes. Comentemos uno a uno.

En primer lugar, el PNTS sugiere que será el médico, quien producto de su opinión y recomendación, eventualmente deberá responder en caso de una atención de salud que cause daño en el diagnóstico, tratamiento y/o intervenciones médicas pertinentes producto de la utilización de Telemedicina. Seguidamente, agrega que en cuanto a calidad y seguridad de la atención, su responsabilidad deviene en que *no debe optar por la consulta mediante Telemedicina a menos que considere que es la mejor opción disponible*, para lo cual, deberá tomar en cuenta *la calidad, el acceso y el costo* (3).

Esto podría significar dos cosas: primero, que el médico puede proponer una consulta telemática cuando eso no ponga en riesgo a la salud del paciente en atención al deber de asistencia médica y de seguridad y, segundo, esta decisión debe tener en cuenta el criterio de oportunidad⁷¹, esto es, para lo que ha sido ideada, pues si su cometido es acceder a una atención de salud que de otro modo no sería posible o muy difícil, la afectación de esa oportunidad por cualquier acto u omisión que cause daño efectivamente atribuible al profesional o a la organización de salud, los colocará en la situación de tener de reparar el perjuicio causado. Entonces, el estándar se pone en la eficiencia de la oportunidad de la prestación médica que se otorga⁷².

71 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 24742-2018, como precedente judicial en la materia, que señala, cito textual: “ante lo ocurrido, la paciente quedó en la más absoluta incertidumbre, tanto así que la indujo a recurrir a esta sede para obtener la atención del especialista” y concluye que “si bien el sistema de Salud ha validado el uso de Telemedicina como una forma alternativa de brindar la garantía de oportunidad que establece la ley del ramo, lo cierto es que si aquella no se realiza en presencia de la paciente, o no se le informa sobre su uso, ni menos de su resultado, la garantía de oportunidad resulta ilusoria”. La Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud (también llamada Ley AUGE), en su artículo 4° se refiere a la Garantía Explícita de Oportunidad, definiéndose como el “plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas”.

72 Disponible en: <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/25393-profesora-carmen-dominguez-hidalgoalgunas-consideraciones-sobre-Telemedicina-y-responsabilidad-civil>.

En la segunda situación planteada, esto es, sobre la responsabilidad del médico que solicite la opinión a otro facultativo, entendida como Teleconsultoría, es que, de acuerdo con el PNTS, la responsabilidad se radicaría en el primero. Sin embargo, aceptar esto significa restar valor a lo establecido en los LTS, pues, diferencia responsabilidad del médico consultor y la del consultado, de la siguiente manera: *el profesional consultado asume responsabilidad solo por la calidad de la opinión que emite, habiendo especificado las condiciones en las cuales su opinión es válida. El profesional consultante en su calidad de tratante asume la responsabilidad por las decisiones que tome sobre la base de las recomendaciones recibidas. Tratándose de un médico será responsable de los diagnósticos, tratamientos u otras indicaciones o recomendaciones que entregue a su paciente una vez recibida la opinión de apoyo* (6). Esta premisa que parece razonable y equitativa, produce una atenuación de la obligación inicial del médico tratante, sin perjuicio de recordar lo dicho al inicio de este título: los LTS no suprimen las aseveraciones contenidas en el PNTS, por tanto, resultaría muy difícil optar entre una premisa y la otra sin, a lo menos, recurrir a uno de los principios que se plantean en el marco regulatorio del primero, que, en el caso particular, sería el *principio de continuidad del cuidado del paciente* en virtud del cual, un protocolo organizacional *ad hoc* establezca la participación del profesional de la salud, la forma, calidad y cualidad de la información que se transmite⁷³.

En tercer lugar, referente a la supervisión del médico sobre otros profesionales de la salud no médicos en cuanto a su formación y competencia para realizar prestaciones de Telemedicina, entendemos que esto no es necesariamente así, pues dicha carga debería ser supeditada a lo planteado en los LTS, en virtud del cual el *principio de la habilitación profesional* hace que la autoridad regulatoria o los prestadores de salud solo puedan *recomendar* el adquirir competencias técnicas para prestar servicios de Telemedicina, sin olvidar que la propia organización debiera realizar las capacitaciones necesarias como parte de la formación y profesionalización de sus funcionarios (6).

73 Los LTS, sobre el principio de continuidad del paciente, refiere lo siguiente: Los actos y procesos de atención al paciente bajo la modalidad telemédica son parte integral de un sistema bien organizado que debe garantizar la continuidad del cuidado del paciente, evitando la fragmentación de la información que se podría generar entre los actos telemédicos, o entre estos actos y los presenciales. Este deber recae primariamente en el prestador, quien debe diseñar e implementar mecanismos que aseguren, dentro de protocolos, que cada prestación a distancia finaliza con la debida y completa información al paciente y coordinar con las prestaciones de salud siguientes.

Estos tres aspectos, a nuestro juicio, generan una carga desproporcionada para el médico perteneciente a una organización, lo que podría redundar equivocadamente en la exigibilidad de un estándar irracional. En efecto, vale preguntarse lo siguiente: ¿es razonable conforme a la luz del nuestro ordenamiento jurídico atribuir responsabilidad a dicho profesional por situaciones donde este no tiene mayor control?, como, por ejemplo, la ocurrencia de una falla en la cadena de actuaciones del protocolo de atención a distancia debido a la falta de infraestructura o porque un miembro del equipo de salud no está debidamente capacitado para participar en una atención telemédica, entre otros. Creemos que la respuesta ante esta interrogante debe ser, necesariamente, suministrada por los protocolos de atención elaborados para realizar prestaciones de salud remotas, en cumplimiento con los mandatos de ambas directrices. Dichos instrumentos deben propender a delimitar las responsabilidades del prestador institucional, del facultativo y del personal no médico conforme a los *principios de división de trabajo y de confianza*, en virtud de los cuales, los participantes de una actividad colectiva que trabajan para conseguir un objetivo común colaboran de forma equitativa y en la medida de su competencia⁷⁴.

Lo anterior, teniendo en vista lo ya dicho en los LTS en el sentido de que, en los casos de la responsabilidad civil, *“es importante considerar los modelos relacionales en Telemedicina (.....) y los protocolos de atención respectivos, los cuales contribuyen a especificar y anticipar el rango de posibilidades que pueden ocurrir en las prestaciones clínicas a distancia, y establecer el curso de acción a seguir en cada escenario. De esta forma, ayudan a reducir los riesgos y disminuir la ocurrencia de un daño al paciente. En todo caso, si bien existen responsabilidades compartidas por el equipo de salud que desarrolla de forma conjunta el proceso de atención clínica de acuerdo a ciertos protocolos, estas responsabilidades son diferenciadas según las esferas de competencia de cada profesional participante, de la misma manera como sucede en la atención presencial”*(6).

APROXIMACIONES A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA TELEMEDICINA EN EL ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO

La Administración del Estado obedece a mandatos constitucionales y legales en virtud de los cuales se plasma el principio de Servicialidad. Es aquella a través de sus órganos, quienes, en primer lugar, deben soportar la carga de la correcta ejecución de una política pública en Telesalud, más no el servidor, sobre todo

⁷⁴ Juan Ignacio Rosas Oliva, La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica, Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 5, 2011.

cuando este cumple con todos los lineamientos impartidos con ocasión de su propuesta. Por ello, es consecuente pensar que si se demanda un daño a pacientes por atenciones deficientes en el sistema público y, en consecuencia, estos son justiciados mediante la figura de la Falta de Servicio⁷⁵, tal cosa no debería ser una situación que afecte de forma directa al facultativo o al personal de salud, a menos que el daño se deba a una falta personal con imprudencia o dolo en su actuar.

Lo anterior, porque en este tipo de juicios se cuestiona un funcionamiento deficiente en la organización, probablemente originado en las condicionantes y habilitantes con las que el profesional debe contar al momento de realizar prestaciones de salud telemática, que dicho sea de paso, queda entregada en un 90% a la infraestructura y a los recursos con los que cuenta el servicio y que no dependen en absoluto del médico funcionario de salud.

Por otro lado, en el ámbito privado se ha dado lugar a la llamada culpa organizacional, cuestión que queda entregada a una secuencia de actos concatenados que no responden a un individuo inconfundible. En efecto, el reproche por el máximo tribunal en esta materia se encuentra dirigido a las directrices del establecimiento y no al acto médico propiamente tal⁷⁶.

Por estas consideraciones, a lo menos resultaría dudosa la procedencia de responsabilidad de un médico o profesional de la salud como consecuencia de actos administrativos y de suministro en los que no tiene mayor control y que, además, no dependen de su ejercicio médico.

En consecuencia, la delimitación de responsabilidad entre el profesional y el prestador, sea público o privado, debe contemplar un análisis completo de todas las variantes enunciadas precedentemente para poder distinguir qué corresponde a cada quien. La extensión del acto médico y por ende, la esfera de

75 Responsabilidad establecida en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución de la República; Artículos 4º y 44º de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

76 Corte Suprema, Primera Sala, Sentencia Rol N° 19182-2017 de fecha 29 de enero de 2018, Recurso de Casación Forma y Fondo: "... no hay duda de que respecto de la clínica se puede configurar la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en forma directa, como lo señala el profesor Carlos Pizarro `En definitiva, lo relevante para configurar la responsabilidad directa de la clínica ni está en la mala praxis del médico o de sus empleador, la que, incluso, puede estar ausente, si no en una falta o culpa en la organización. Se trata de un reproche a las directrices del establecimiento que pueden incidir en el personal médico o empleados, o por una infraestructura necesaria pero ausente o aquella defectuosa".

control del mismo mediante la *Lex Artis*, permitirá definir cuándo el profesional de la salud no debería soportar un cuestionamiento en su actuar.

Los actos médicos tales como: el análisis de exámenes; derivación a un especialista; la correcta comunicación con el paciente; entrega de información suficiente para obtener un consentimiento informado válido, entre otros, mantienen conforme a los instrumentos referidos, el estándar exigido para las atenciones presenciales con los acentos propios de la Telemedicina asociados al factor distancia y al uso de las tecnologías de comunicación, siendo en consecuencia de cargo del profesional médico (3).

Por otro lado, situaciones relativas a la entrega de exámenes, la efectiva derivación e interconexión con el especialista, el agendamiento de hora, la posibilidad de contar con la ficha médica en cualquier momento y desde cualquier recinto, requieren de una estructura tecnológica que inevitablemente debe soportar la organización de salud en cumplimiento de su deber de proporcionar equipamientos y productos de adecuada calidad, desligándose de este modo, cualquier imputación al profesional de salud, quien luego de evaluar sus condicionantes habilitantes y de representar oportunamente una debida anormalidad de suministro, debería ser eximido de aquella⁷⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, es claro que queda mucho por hacer normativamente en cuanto a delimitar la responsabilidad de los diferentes actores del sistema de salud; lo cierto es que ante cualquier evento adverso que se ocasione durante o después de la atención de salud remota, este será evaluado con miras a saber si aquel era previsible y si este se pudo haber evitado. El análisis *ex post* debería contemplar todas las condicionantes de la propia organización y del profesional a cargo, lo cual incluye, en lo particular, si el facultativo realizó o no una inspección en su rol de cuidador de los deberes sanitarios circunscritos al acto médico que ya se encuentran impuestos en la ley.

En el mismo sentido, somos de la opinión que la Telemedicina debe aprovecharse de acuerdo a sus características para facilitar la continuidad del cuidado, ubicándose en los momentos específicos de la cadena del proceso de atención de salud remota, contemplando todo aquello que ya se encuentra regulado por las normas sanitarias, por sobre todo, la Ley 20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, teniendo en vista desde ya, que la definición de responsabilidades

⁷⁷ Decreto N° 161/1982 del Ministerio de Salud que Aprueba el Reglamento de Hospitales y Clínicas, art. 19.

es un elemento crucial para lograr un mejor desempeño de los profesionales y evitar que la medicina defensiva sea obstáculo para su prometedor desarrollo.

5. FUTURO

Por ser de común diagnóstico en nuestro trabajo diario, existen varias líneas de desarrollo a corto y mediano plazo que nos parecen relevantes:

Crear una legislación específica, que logre reunir e idealmente simplificar los conceptos, principios y normativas previamente nombradas en este artículo. No obstante, es necesario evitar que ellas sean más exigentes o menos prácticas en comparación con la atención presencial. De ser así, en la intención de mejorar, podemos comprometer el éxito de la implementación de esta estrategia a nivel nacional como complemento a la atención presencial. Situación que sigue los conceptos de cambio desarrollados por Gerard Langley y colaboradores, resumidos en que “todas las mejoras requerirán cambios, pero, no todos los cambios darán lugar a mejoras”⁷⁸.

Esta legislación idealmente debiera evitar ser sobreprotectora y paternalista, e incluir límites claros en las responsabilidades entre los distintos prestadores. Ej.: diferenciar responsabilidades en Teleconsulta para el profesional, el servicio de Telesalud y la institución prestadora.

Habilitar programas y *Syllabus* en la educación superior para la enseñanza de la eSalud, Telesalud y Telemedicina, con el objeto de crear estas competencias en los profesionales de la salud.

Establecer programas de educación comunitaria para disminuir la brecha digital, de manera que las prestaciones telemédicas sean sostenibles en el tiempo y la satisfacción usuaria sea óptima.

En un ámbito más particular, desarrollar plataformas de videoconferencia y mensajería instantánea específicas para las prestaciones de salud a distancia, que pueden ser diseñadas a nivel local como en el caso de nuestra UT y su *software* de videoconferencia.

Finalmente, entre las muchas bondades de la Telemedicina está la posibilidad del teletrabajo, más allá de lo autorizado por la pandemia, que beneficiará no solo a los usuarios, sino que puede mejorar la calidad de vida de

⁷⁸Institute for Healthcare Improvement, Using Change Concepts for Improvement. Disponible en: <http://www.ihl.org/resources/Pages/Changes/UsingChangeConceptsforImprovement.aspx>

los profesionales prestadores de salud, disminuir los costos de funcionamiento y aumentar la eficiencia y eficacia de las instituciones de salud⁷⁹.

6. CONCLUSIÓN

El presente artículo ha pretendido describir el marco normativo en Telemedicina utilizado en Chile debido a la creciente importancia de esta nueva disciplina médica a nivel mundial y nacional y su progresiva extensión en la legislación. Para ello hemos debido definir los conceptos más comunes utilizados en Telemedicina que incluyen campos más amplios como Telesalud y Salud electrónica, así como términos más restringidos. Posteriormente ha sido enumerado el marco normativo, que, ante la ausencia de una normativa especializada, está formado por un importante número de normativas tanto en sentido amplio como restringido, internacionales y nacionales, de las cuales destacan a nivel nacional el PNTS, los LTS y últimamente las Orientaciones técnicas para el desarrollo e implementación de la atención a distancia 2021. De este marco normativo, hemos determinado a modo de ejemplo su aplicación en Teleconsulta, por ser una prestación sincrónica con muchas similitudes a la atención presencial. De ella nos pareció pertinente analizar los servicios de Telesalud, las características de los prestadores habilitados, la importancia de la obtención de un consentimiento informado y los pasos a seguir en la realización de una Teleconsulta estandarizada a través de su agendamiento, atención, registro y servicio de post atención. Finalmente, hemos querido analizar algunas implicancias médico legales que nos parecen de importancia y cómo ellas podrían generar una carga desproporcionada para el médico, redundando en una exigibilidad por sobre el estándar presencial y cómo la delimitación de responsabilidad entre el profesional y el prestador, sea público o privado, debe contemplar la *Lex Artis*. Así mismo, compartimos las líneas de desarrollo de corto y mediano plazo diagnosticadas en nuestra práctica diaria.

Esperamos que este análisis pueda ser de utilidad al lector.

DECLARACIÓN DE INTERESES

Los autores no declaran conflicto de interés.

79 Subdirección de las Personas, Hospital las Higueras de Talcahuano, Resolución exenta n° 5868 del 03 de diciembre de 2021 sobre autorización de teletrabajo a médicos individualizados.

AGRADECIMIENTOS

A los funcionarios de la Unidad de Teleprocesos, el Servicio de Neurología del Hospital las Higueras de Talcahuano y residentes de Neurología de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, por su excelente trabajo diario y esfuerzo en investigación.

Al BQ. Cristóbal Alvarado Livacic, PhD, Jefe de la Unidad de Investigación del HHT y docente de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, por la revisión y edición del presente artículo.

Al Abg. Juan Carlos Bello, Jefe nacional de la Fundación de asistencia legal del Colegio Médico de Chile AG, por la revisión del presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA

OMS, Telemedicine: opportunities and developments in Member States: report on the second global survey on eHealth, 2009. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44497/9789241564144_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y

OPS, Marco de Implementación de un Servicio de Telemedicina, 2016. Disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/28413/9789275319031_spa.pdf?sequence=6&isAllowed=y

Minsal, Subsecretaría de redes asistenciales, Programa Nacional de Telesalud En el contexto de Redes Integradas de Servicios de Salud, 2018. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/Programa-Nacional-de-Telesalud.pdf>

Minsal, Subsecretaría de Redes Asistenciales perteneciente al Minsal. Ordinario C105 N° 2632 del 31 de agosto de 2021, "Orientaciones técnicas para el desarrollo e implementación de la atención a distancia 2021".

CENS, Telemedicina durante la epidemia de COVID-19 en Chile: Guía de Buenas Prácticas y Recomendaciones, 2020. Disponible en: <https://cens.cl/wp-content/uploads/2020/04/cens-gua-Teleconsulta-en-tiempos-de-pandemia.pdf>

Corfo InnovaChile, Fundamentos para los Lineamientos para el desarrollo de la Telemedicina y Telesalud en Chile, Bien Público Estratégico 18BPE-93834, Segunda Edición. 2020. Disponible en: <https://lineamientosTelesalud.cl/2021/01/segunda-edicion-de-los-fundamentos-para-los-lineamientos-para-la-Telemedicina-y-Telesalud-en-chile/>

DERECHO COMERCIAL Y TRIBUTARIO

DE LAS FORMAS DE EJERCICIO DE LA MEDICINA PRIVADA Y ASPECTOS RELEVANTES DE SU TRIBUTACIÓN

Abogada Katherine Berríos González¹

Dr. Marcelo Acevedo Mardones²

INTRODUCCIÓN

El derecho comercial y el derecho tributario no son ajenos al ejercicio médico, son por el contrario los marcos legales o, coloquialmente, los vehículos que rigen e impulsan la actividad y el crecimiento de los profesionales de la medicina, de modo que estos puedan ejercer su profesión de manera liberal e independiente con total libertad, valiéndose de las figuras que la ley otorga para este fin.

Este capítulo busca proporcionar directrices a los profesionales médicos al momento de decidir ejercer la medicina bajo la perspectiva del derecho privado desde un punto de vista comercial y tributario, en su calidad de contribuyente y sujeto pasivo del impuesto, es decir, aquella persona que tiene la obligación de pagar el tributo.

Se busca mediante esta información orientar al profesional médico en los tipos sociales más habituales en el gremio, que se utilizan para el desarrollo de la actividad, ilustrando las formas de constitución de sociedades y las gestiones

¹ Autora: Abogada UDMP-FALMED, Magíster en Derecho Corporativo, Universidad Central de Chile, Diplomado en Derecho Concursal, Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Gestión Tributaria, Duoc UC, con experiencia en el área tributaria y comercial, ex jefa del área jurídica de la Fundación de Asistencia Tributaria de Colegio Médico de Chile A.G. (FATMED) por más de cuatro años.

² Revisor: Médico cirujano, especialidad Traumatología. Presidente de la Fundación Medicina y Educación Solidaria. Máster en Dirección de Organizaciones y Personas de la Universidad Adolfo Ibáñez; y diplomado en Desarrollo Organizacional, otorgado por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Mediación y Responsabilidad Médica, otorgado por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

posteriores, como el inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, haciendo mención en términos sencillos a la forma en que deben tributar y los regímenes tributarios incorporados con la Ley de Modernización Tributaria, vigentes desde enero de 2020.

Así, también, se desarrolla la exención del Impuesto al Valor Agregado en la prestación de servicios médicos a partir de la Ley N° 21.420 y su entrada en vigencia.

Seguidamente, se señalan las ventajas y las obligaciones que implican constituir una sociedad, así como también situaciones que se deben tener en consideración.

Finalmente, el presente documento no busca ser un manual o guía paso a paso, sino servir de base para la toma de decisiones, ya que cada caso dista de uno a otro.

I. FORMAS DE EJERCICIO DE LA MEDICINA PRIVADA

En Chile, los profesionales médicos, con el objeto de ejercer su actividad económica en el ámbito privado, tienen la opción de prestar servicios médicos como persona natural o constituirse como una persona jurídica.

Según las definiciones legales, debemos entender como persona natural *a todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*. En tanto, como persona jurídica a *una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*³.

A su vez, una sociedad civil o comercial es un tipo de persona jurídica que se define como *un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir los beneficios que de ello provengan*. Señalando también que *La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados*⁴.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, una persona natural tiene dos alternativas para ejercer su actividad, esto es, de forma independiente a

3 Artículos 55 y 545. Código Civil, DFL N° 1, 2000.

4 Artículo 2053, Código Civil, Ob. Cit.

través de boletas de honorarios o bien, como empresario individual⁵, con todas las obligaciones de una empresa, sin ser persona jurídica.

Así, también, es posible determinar dos grandes grupos de sociedades: las sociedades de personas y las sociedades de capital. En este sentido, el Servicio de Impuestos Internos proporciona un concepto de ambas en los siguientes términos: “Las de personas se constituyen en atención a las personas que la integran y las de capitales en razón de los aportes, por tanto, en esta última los socios pueden cambiar sin necesidad de autorización de los demás, lo que ocurre precisamente en las anónimas”⁶, es decir, en las “de personas”, la persona del socio es lo relevante y determinante desde la constitución, e incluso para mantener la vigencia de la sociedad, tienen como fundamento la confianza, y en las “de capital”, lo que prima es el capital, indistintamente de las personas que la conformen, por ejemplo, inversionistas en una clínica, cuyo único aporte será monetario y se beneficiarán de las utilidades de la sociedad.

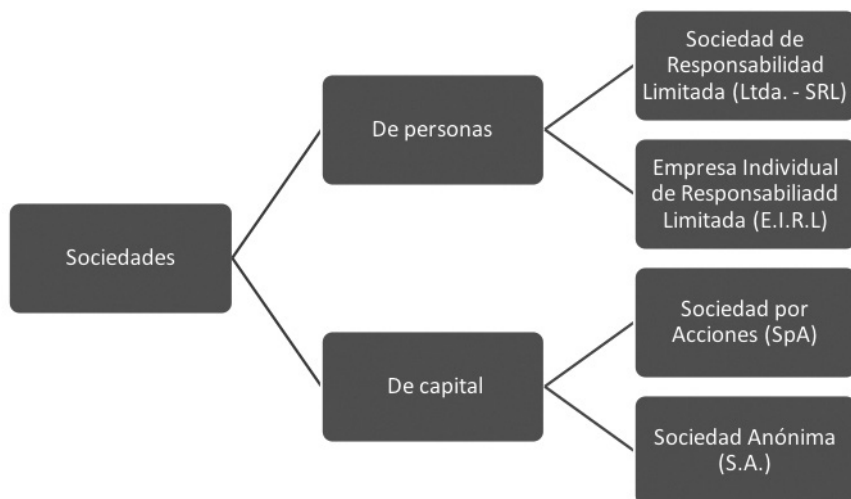
En el mismo orden de ideas, la Ley de Impuesto a la Renta señala que se entenderá *Por sociedades de personas, las sociedades de cualquier clase o denominación, excluyendo únicamente a las anónimas*. Considerando a su vez para los efectos de esta ley a las sociedades por acciones, como anónimas⁷.

Es así que podemos clasificar los tipos societarios más habituales en el gremio médico como sigue:

5 Empresario individual: es una persona natural que inicia actividades en el Servicio de Impuestos Internos y se organiza como una empresa, desarrollando una actividad sujeta a impuesto de empresa, pero conservando su propio rut.

6 Servicio de Impuestos Internos, Formas de Invertir en Chile, disponible en: https://www.sii.cl/portales/investors/formas_invertir/constituyendo_sociedad.htm

7 Artículo 2 N°6, Ley de Impuesto a la Renta, DL 824, 1974.



Es relevante referirnos a cada uno de los tipos societarios y sus particularidades.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- **Concepto:** es una sociedad de personas, que debe contar con dos o más socios, que administran libremente por sí o por mandatarios y que limitan su responsabilidad al monto de sus aportes o a lo que a más de esto se obliguen en los estatutos.
- **Objeto o giro social:** se refiere a la actividad a desarrollar por la empresa. Ejemplo: La prestación de servicios médicos, capacitaciones, investigación, inversiones, etcétera.

Para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada puede tener más de un giro o actividad, siempre que no se trate de aquellos objetos que la ley ha establecido como exclusivos de las sociedades anónimas abiertas o especiales⁸.

⁸ Objeto de las S.A. abierta o especial: actividades tales como las Compañías Aseguradoras y Reaseguradoras, las Administradoras de Fondos Mutuos, las Bolsas de Valores y otras actividades económicas relacionadas. Artículo 126, Ley Sobre Sociedades Anónimas, 18.046, 1981.

- **Razón social o nombre social:** puede contener el nombre de uno o más de los socios, o referencia al objeto de la sociedad, debiendo terminar con la frase “Limitada, Ltda. o SRL”. Ejemplo: SERVICIOS MÉDICOS DR. CORRALES LIMITADA o bien JAIME CORRALES Y COMPAÑÍA LIMITADA.
- **Número de socios:** dos o más socios con un límite de cincuenta personas naturales o jurídicas.
- **Representación legal y administración:** es libre, puede ser representada conjunta o indistintamente por los socios o bien por un tercero ajeno a la sociedad a través de un mandato.
- **Responsabilidad:** limitan su responsabilidad al monto de sus aportes o a más de esto, según se haya pactado en los estatutos de la sociedad.

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- **Concepto:** es una empresa unipersonal, una persona jurídica distinta del titular o constituyente, de carácter comercial, de objeto único, no obstante, puede realizar toda clase de operaciones civiles o comerciales, salvo las contempladas para las sociedades anónimas.
- **Objeto o giro social:** debe tratarse de un giro único, siempre que no se trate de aquellos objetos que la ley ha establecido como exclusivos de las sociedades anónimas abiertas o especiales. Ejemplo: solo la prestación de servicios médicos.
- **Razón social o nombre social:** debe contener el nombre completo del constituyente y rubro de la empresa y terminar con la expresión “E.I.R.L.” o “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”. Ejemplo: SOCIEDAD MÉDICA JUAN ANTONIO CAMPOS FLORES E.I.R.L.
- **Número de socios:** uno, se trata de una empresa unipersonal.
- **Representación legal y administración:** por regla general debe ejercerla el constituyente, no obstante, puede mandar a un tercero y cuando se trata de una persona extranjera sin domicilio o residencia en Chile, debe obligatoriamente otorgarse mandato a un tercero, sea chileno o extranjero con residencia definitiva.
- **Responsabilidad:** por regla general esta se limita hasta el monto del aporte.

SOCIEDAD POR ACCIONES

- **Concepto:** es una sociedad de capital, creada por uno o más accionistas, cuyo capital es representado en acciones, donde la responsabilidad de sus accionistas se limita al monto de su aporte.
- **Objeto o giro social:** puede tener más de un giro o actividad, siempre que no se trate de aquellos objetos que la ley ha establecido como exclusivos de las sociedades anónimas abiertas o especiales.
- **Razón social o nombre social:** puede establecerse libremente, solo debe concluir con la sigla “SpA” o la frase “Sociedad por Acciones”.
- **Número de accionistas:** uno o más accionistas.
- **Representación legal y administración:** es libre, puede ser administrada por una o más personas, puede ser a través de un Directorio, de un Administrador o Gerente, sea o no accionista.
- **Responsabilidad:** son responsables hasta por el monto de su aporte.

SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

- **Concepto:** es una sociedad de capital, creada por dos o más accionistas, cuyo capital se encuentra dividido en acciones, administrada por un Directorio y donde los accionistas son responsables solo por sus respectivos aportes.
- **Objeto o giro social:** puede tener más de un objeto o actividad, siempre que no sea de aquellos que están reservados para las sociedades anónimas abiertas o especiales.
- **Razón social o nombre social:** puede establecerse libremente, solo debe concluir con la sigla “S.A.” o la frase “Sociedad Anónima”.
- **Número de accionistas:** dos o más accionistas.
- **Representación legal:** debe ejercerse por un Directorio integrado por un mínimo de tres directores.
- **Responsabilidad:** los accionistas son responsables hasta el monto de su aporte.

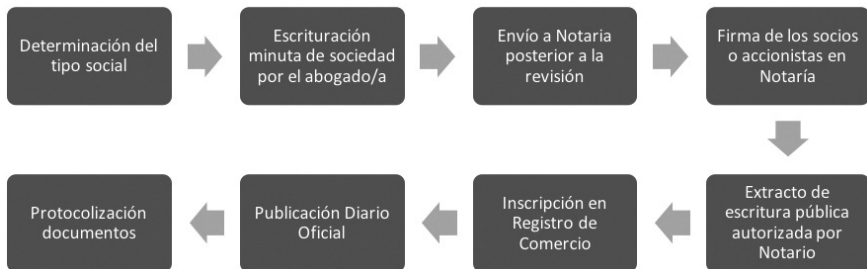
II. SISTEMAS DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD

Actualmente existen y conviven dos sistemas para constituir sociedades. Por un lado, el Sistema Registral o Tradicional y, por otro lado, el Sistema o Régimen Simplificado, los cuales se explican a continuación.

Sistema Registral: es aquel que debe llevarse a efecto a través de una escritura pública⁹, cuya minuta es redactada por un abogado y debe ser firmada por los socios o accionistas, según corresponda. Posterior a ello, un extracto de la escritura pública debe ser inscrito en el Registro de Comercio del domicilio social y publicado en el Diario Oficial.

A su vez, los documentos de constitución pueden ser protocolizados¹⁰, no siendo este un requisito esencial en el proceso, pero es recomendable realizar a fin de generar un control y resguardo de la información.

A continuación, el paso a paso en la conformación de una sociedad bajo el sistema registral.



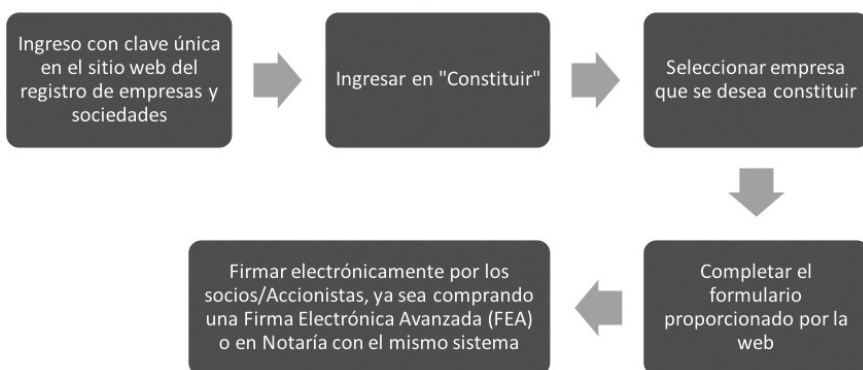
Sistema o Régimen Simplificado: es la denominada “Empresa en un día”. Este consiste en el llenado de un formulario en la plataforma digital dispuesta al efecto, administrada por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el que debe ser suscrito con Firma Electrónica Avanzada (FEA). Quienes no cuenten con

⁹ Para el caso de las SpA, puede constituirse a través de un instrumento privado, suscrito por sus otorgantes y cuyas firmas sean autorizadas por un notario público, en cuyo registro será protocolizado el instrumento, según lo dispuesto en el artículo 425 del Código de Comercio.

¹⁰ La Protocolización es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita, artículo 415, Código Orgánico de Tribunales.

FEA, pueden concurrir a una Notaría para la suscripción, quedando constituida en dicho acto¹¹.

A continuación, el paso a paso para constituir una sociedad bajo la modalidad simplificada¹².



III. INICIO DE ACTIVIDADES ANTE EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

El Código Tributario y la Ley de Impuesto a la Renta, establecen que todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, que ejerzan una actividad económica en Chile, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario, a fin de cumplir con las obligaciones contenidas en las normas antes mencionadas. En efecto, las personas que inicien sus negocios o labores que sean susceptibles de producir rentas gravadas (impuestos), deberán presentar, dentro de los dos meses siguientes a aquel en que comiencen sus actividades, una declaración jurada sobre dicha iniciación¹³.

La prestación exclusiva de servicios médicos se clasifica, dependiendo de su tributación, en rentas del artículo 42 N° 2 esto es, *ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquier otra profesión u ocupación lucrativa no*

¹¹ Ley que Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, 20.659, 2013.

¹² Ingresar en el siguiente sitio web www.registrodeempresasysociedades.cl del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

¹³ Artículo 66 y SS. Código Tributario, DL N° 830, 1974.

comprendida en la Primera Categoría, y en el artículo 20 N° 5, esto es, todas las rentas, cualquiera que fuere su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas, ambos artículos consagrados en la Ley de Impuesto a la Renta, por tanto, están obligados a efectuar la declaración de inicio de actividades.

En la práctica, para poder efectuar el inicio de actividades es necesario contar con la Clave Única otorgada por el Servicio de Registro Civil e Identificación o bien con su clave tributaria otorgada por el Servicio de Impuestos Internos, con la que deberá ingresar e individualizarse en el sitio web de la institución mencionada www.sii.cl.

La declaración inicial se hará en una carpeta tributaria electrónica que el servicio habilitará para cada contribuyente que incluirá un formulario con todos los campos requeridos para el enrolamiento del contribuyente. Para esto, el contribuyente deberá adjuntar a la carpeta tributaria los antecedentes relacionados con el inicio de actividades, dependiendo de las observancias de cada caso¹⁴.

A modo ejemplar, para una Sociedad por Acciones se requiere la Constitución de la Sociedad, los antecedentes de inscripción en el Registro de Comercio, la publicación en el Diario Oficial y la acreditación del domicilio, esto último a través de un Certificado de Dominio Vigente si se es dueño de la propiedad, un contrato de arrendamiento o una cesión de uso de domicilio.

Efectuada la declaración de inicio de actividades, la persona natural estará en condiciones de emitir las correspondientes boletas de honorarios por la prestación de sus servicios de forma independiente y, para el caso de la persona jurídica, efectuada la gestión además de contar con el Rol Único Tributario y personalidad jurídica distinta de los socios que la componen, podrá emitir boletas, facturas y otros documentos tributarios.

IV. TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES MÉDICAS

Las sociedades médicas pueden tributar tanto en Primera como en Segunda Categoría, situación que debe ser comunicada al Servicio de Impuestos Internos en el respectivo inicio de actividades. A continuación, se señala a qué corresponde cada categoría.

¹⁴ Artículo 68, Código Tributario, DL N° 830, 1974.

- **Primera Categoría:** de las rentas del capital y de las empresas comerciales, industriales, mineras y otras.

Ejemplo: institutos de enseñanza, clínicas, hospitales, laboratorios, empresas de diversión y esparcimiento, etcétera.

- **Segunda Categoría:** de las rentas del trabajo. Dependiente, independiente y de las sociedades de profesionales.

Es así que las sociedades por regla general deben tributar en primera categoría y en el régimen tributario que se acomode a los requerimientos de su empresa.

IMPUESTO DE PRIMERA CATEGORÍA

A partir de la Ley de Modernización Tributaria que entró en vigencia el año 2020 existen cinco regímenes tributarios, tres de ellos atinentes a la actividad médica, según se indican en el siguiente cuadro:

Impuesto de Primera Categoría (IDPC)			
Régimen	Pro Pyme General	Pro Pyme Transparente	Régimen General
Dirigido	Micro, Pequeños y Medianos contribuyentes	Micro, Pequeños y Medianos contribuyentes, siempre que sus socios sean contribuyentes de impuestos finales, tales como Impuesto Global Complementario e Impuesto Adicional	Puede acogerse todo contribuyente cuyos ingresos no les permita ser Pymes
Tasa de Impuesto	25%	No paga IDPC	27%
Crédito	100%	No tiene crédito	100%
Contabilidad	Completa	Simplificada	Completa

En relación con el cuadro y para un mayor entendimiento es necesario efectuar algunos alcances conceptuales:

Pyme: es aquella empresa que reúne ciertos requisitos copulativos:

- a) Que el capital efectivo al inicio de actividades no exceda las 85.000 Unidades de Fomento (UF);

- b) Que el promedio de ingresos brutos de los últimos tres años no exceda las 75.000 UF¹⁵;
- c) Los ingresos pasivos (por ejemplo, las que provengan de inversiones) no superen el 35% de total de los ingresos de su actividad.

Por tanto, incumpliendo cualquier requisito señalado precedentemente dejan de ser catalogados como Pymes y deberán tributar en el régimen general, como se indica en el cuadro.

Tasa de Impuesto: en términos ilustrativos es el porcentaje de impuesto que deben pagar las empresas por las utilidades anuales obtenidas, dependiendo del régimen de tributación al que se encuentren acogidas, como se indica en la tabla. Para el régimen Pro Pyme General será del 25% y para el Régimen General será una tasa del 27%.

En este punto cabe hacer presente para el régimen Pro Pyme General existe una disposición transitoria de disminución de la tasa de impuesto de Primera Categoría, la que será de un 10% para las rentas que se obtengan durante los años comerciales 2020, 2021 y 2022, y de 25% para los años siguientes¹⁶.

Crédito: es el derecho que tienen los socios o accionistas de una persona natural o jurídica que paga IDPC, a rebajar de su impuesto personal lo pagado por la empresa en proporción a su participación en ella, teniendo presente el régimen de tributación.

Ejemplo: si el impuesto a pagar es de \$5.000.000 por la empresa, pero existen dos socios en ella que participan en un 50% cada uno, tienen derecho a utilizar como rebaja (crédito) en su impuesto personal \$2.500.000, cada uno.

Impuestos finales: son aquellos que afectan a las personas naturales que son socios o accionistas de una empresa cuando realizan retiros o distribuyen dividendos, sumado a lo que se obtenga por trabajo dependiente e independiente. Son impuestos finales el Impuesto Global Complementario y el Impuesto Adicional.

¹⁵ El requisito es mantener dicho promedio durante la estadía en el régimen pyme, el promedio de ingresos solo puede excederse por una vez, pero no debe superar en ningún caso las 85.000 UF.

Para el promedio de ingresos también se consideran las empresas relacionadas.

¹⁶ Servicio de Impuestos internos, Circular N° 11, 2021, disponible en https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2021/circu11.pdf

Impuesto Global Complementario (IGC): es un impuesto personal, global, progresivo y complementario que se determina y paga una vez al año por las personas naturales con domicilio o residencia en Chile. Afecta a los contribuyentes cuya renta neta (ingresos netos) exceda de 13,5 Unidades Tributarias Anuales (UTA)¹⁷.

Es un Impuesto progresivo, porque a mayor ingreso, mayor es la tasa de impuesto, llegando a una tasa inclusive del 40%, como se muestra a continuación y a modo ejemplar.

Tabla de cálculo del Impuesto Global Complementario vigente para el Año Tributario 2021

RENTA IMPONIBLE ANUAL		FACTOR	CANTIDAD A REBAJAR
DESDE	HASTA		
\$ 0,00	\$ 8.266.698,00 (13,5 UTA)	Exento	\$ 0.00
\$ 8.266.698,01 (13,5 UTA)	\$ 18.370.440,00 (30 UTA)	0,04 (4%)	\$ 330.667,92
\$ 18.370.440,01 (30 UTA)	\$ 30.617.400,00 (50 UTA)	0,08 (8%)	\$ 1.065.485,52
\$ 30.617.400,01 (50 UTA)	\$ 42.864.360,00 (70 UTA)	0,135 (13,5%)	\$ 2.749.442,52
\$ 42.864.360,01 (70 UTA)	\$ 55.111.320,00 (90 UTA)	0,23 (23%)	\$ 6.821.556,72
\$ 55.111.320,01 (90 UTA)	\$ 73.481.760,00 (120 UTA)	0,304 (30,4%)	\$ 10.899.794,40
\$ 73.481.760,01 (120 UTA)	\$ 189.827.880,00 (310 UTA)	0,35 (35%)	\$ 14.279.955,36
\$ 189.827.880,01 (310 UTA)	y más	0,4 (40%)	\$ 23.771.349,36

*Obtenida de la web del SII, se incorporan datos en negrita.

Impuesto Adicional (IA): es un impuesto personal que se paga una vez al año y afecta a las personas naturales o jurídicas que no tienen ni residencia ni domicilio en Chile. Se aplica con una tasa general del 35% sobre los retiros o dividendos al exterior que sean de fuente chilena.

Es así que, de acuerdo al cuadro de Primera Categoría, tenemos el régimen Pro Pyme Transparente que no paga IDPC, porque las utilidades de la empresa

¹⁷ Servicio de Impuestos Internos, impuestos directos disponible en https://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/impuestos/imp_directos.htm

van a pasar directamente a tributar al IGC de la persona socia o accionista de la empresa y, al no pagar IDPC, tampoco tiene crédito alguno a favor del socio.

Contabilidad completa: es aquella que comprende los libros Caja, Diario, Mayor e Inventarios y Balances, independiente de los otros libros que exija la Ley.

Contabilidad Simplificada: consiste en términos simples en llevar un control de ingresos y gastos del contribuyente.

IMPUESTO DE SEGUNDA CATEGORÍA

El impuesto de Segunda Categoría es un impuesto único de retención progresivo, que grava mensualmente las rentas cuya fuente generadora es el trabajo, siempre que la prestación de servicios se realice bajo un vínculo de dependencia con un empleador, y opera con igual mecanismo que el IGC, es decir, a mayor ingreso, mayor tasa de impuestos.

Por ejemplo: los sueldos, sobresueldos, salarios, gratificaciones, etcétera, cualquiera otra asignación que aumente la remuneración pagada por servicios personales, con excepción de las cotizaciones previsionales o imposiciones obligatorias¹⁸.

En esta categoría también se encuentran los ingresos provenientes de profesiones liberales o cualquier profesión u ocupación lucrativa que no esté comprendida en el impuesto de Primera Categoría ni en lo indicado en el párrafo anterior, es decir, aquellos profesionales que emiten boletas de honorarios por los servicios prestados¹⁹.

Es en este apartado donde se encuentran las denominadas **Sociedades de Profesionales**, que tributan en Segunda Categoría por las condiciones especiales que cumplen.

¹⁸ Artículo 42 N° 1, Ley de Impuesto a la Renta, DL N° 824, 1974.

¹⁹ Artículo 42 N° 2, Idem.

SOCIEDADES DE PROFESIONALES

Las sociedades de profesionales constituyen una ficción legal tributaria que, por las características especiales de su existencia, tributan en Segunda Categoría, es decir, en virtud de las rentas del trabajo independiente, mediante la emisión de boletas de honorarios de la sociedad, no pagando impuesto por la sociedad sino derechamente el impuesto personal de cada socio, en base a una contabilidad completa.

Conceptualmente, las sociedades de profesionales son aquellas que se dedican exclusivamente a prestar servicios o asesorías profesionales, por intermedio de sus socios, asociados o con la colaboración de dependientes que contribuyan a la prestación del servicio profesional. Ejemplo: médico y enfermera u otros profesionales médicos.

El ejercicio de la profesión es un atributo solo de las personas, es decir, que para que exista una sociedad de profesionales es requisito indispensable que se trate de una sociedad de “personas”, en que todas ellas sean profesionales y que su objeto exclusivo sea la prestación de servicios o asesorías profesionales. Como se señaló anteriormente, las personas pueden ser naturales o jurídicas, por tanto, una sociedad de profesionales puede estar compuesta por una o más personas jurídicas, siempre que estas también sean sociedades de profesionales.

Todos los integrantes de la persona jurídica que se forma como sociedad de profesionales deben contar con la aptitud o título que los habilita para ejercer el servicio o la actividad que se exprese en el objeto social. Así, también, la sociedad de profesionales que forme parte de otra sociedad de profesionales debe tener el mismo objeto social de la sociedad que integra o integrará.

El Servicio de Impuestos Internos ha señalado que las profesiones de las personas que integran la sociedad, deben ser profesiones idénticas, similares, afines o complementarias. Así se ha señalado en una consulta que efectuaron a dicho organismo, donde se busca clarificar en qué categoría tributaría una sociedad profesional formada por un médico cirujano, una matrona y una ingeniera comercial, en que manifiestan que su objeto será la prestación de todo tipo de servicios médicos y podrá además realizar cualquier otra actividad, principalmente, la adquisición de instrumental, equipos médicos y la prestación de todo tipo de servicios, asesorías y consultorías técnicas.

El Servicio de Impuestos Internos concluyó lo siguiente:

“III. CONCLUSIÓN:

De acuerdo con lo señalado, cabe expresar que la sociedad de profesionales a que se refiere su presentación, es un contribuyente de la Primera Categoría, pues se trata de una sociedad de personas cuyos socios si bien son profesionales, no lo son de profesiones idénticas, similares, afines o complementarias y además, el objeto de la sociedad no es exclusivo en cuanto a la prestación de servicios o asesorías profesionales, ya que incluye la posibilidad de comercializar instrumental y equipos médicos.

De lo dicho se sigue que dicha sociedad debe obligatoriamente tributar conforme a las normas tributarias aplicables a los contribuyentes de la Primera Categoría”²⁰.

En consecuencia, los requisitos para poder constituir una sociedad de profesionales son los siguientes²¹:

- a) Debe tratarse de una sociedad de personas.
- b) Debe tratarse de profesiones iguales, afines o complementarias.
- c) Estos servicios deben ser prestados por intermedio de sus socios, asociados o con la colaboración de dependientes que coadyuven a la prestación del servicio profesional.
- d) Puede estar compuesta de personas jurídicas, siempre que sean sociedades de profesionales que tengan el mismo giro de la nueva sociedad de profesionales que integran o integrarán.
- e) El giro o actividad debe ser la prestación de servicios o asesorías profesionales.

Las sociedades de profesionales que cumplen con los requisitos señalados tributan en base a las rentas de Segunda Categoría, no obstante, de forma opcional pueden tributar en Primera Categoría, ejerciendo dicha opción en los tres primeros meses del año comercial respectivo²², a través de una declaración al

20 Servicio de Impuestos Internos, ORD. N° 3433, DE 18.12.2012, disponible en <https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2012/renta/ja3433.htm>

21 Circular N° 50, Servicio de Impuestos Internos, 2022.

22 Año comercial: es el período de doce meses que termina el 31 de diciembre o 30 de junio, cuando así lo autorice el Director Regional. Año Tributario: Es el año en que deben pagarse los impuestos del año comercial anterior, por ejemplo: El Año Tributario 2021 (AT 2021) es el resultado del Año Comercial 2020.

Servicio de Impuestos Internos, acogiéndose al tipo de tributación indicado, la que comenzará a regir ese mismo año.

Ahora bien, las sociedades de profesionales que ejercen la opción de tributar bajo las normas de Primera Categoría no podrán volver al sistema de tributación de la Segunda Categoría.

En cuanto a la constitución de la sociedad de profesionales y dado que se trata de una sociedad de personas, el tipo social es la Sociedad de Responsabilidad Limitada, con la única salvedad de que el objeto social debe ser exclusivamente la prestación de servicios o asesorías profesionales en el área de competencia de los socios que la formarán.

Por tanto, en cuanto a formalidades, son los mismos indicados previamente, distinguiendo entre el sistema registral o tradicional y el régimen o sistema simplificado de “empresa en un día” a opción o conveniencia del contribuyente.

EXENCIÓN AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

Conforme a la normativa vigente hasta el 31 de diciembre de 2022, la prestación de servicios médicos, sean estos ejercidos por una persona natural directamente o a través de un Centro Médico, donde prima el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia o arte y no en el empleo de bienes de capital, y que se presten de forma ambulatoria, se encontrarán exentos de Impuesto al Valor Agregado (IVA)²³.

Cuando existen, por ejemplo, ventas de insumos o medicamentos que no formen parte de la atención médica prestada, sino como un acto posterior lucrativo, dicha actividad estará afectada a IVA, porque constituye una actividad distinta a la médica, de venta de productos.

El día 4 de febrero de 2022 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.420, que reduce o elimina algunas exenciones tributarias, estableciendo entre otras

²³ El Servicio de Impuestos Internos ha señalado en diversos oficios, pronunciándose en el mismo sentido. “La actividad desarrollada por los centros médicos y en la medida que sus servicios consistan solo en la prestación exclusiva de servicios médicos ambulatorios, sin que proporcionen alojamiento, estadía o alimentación, o determinados tratamientos médicos para recuperar la salud, propios de los hospitales, clínicas o maternidades, tal actividad se clasifica en el N°5 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no encontrándose gravada con el Impuesto al Valor Agregado. Oficio N°4736 de 20-12-2002, disponible en <https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2002/ventas/ja415.htm>

modificaciones que, a partir del **1 de enero de 2023**, todos los servicios estarán afectos a IVA²⁴, cambiando el criterio mencionado previamente, pero con algunas excepciones, entre ellas, los servicios de salud que se presten de forma ambulatoria.

La mencionada ley modifica el artículo 12, letra E) de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios²⁵, incorporando a este respecto el numeral 20) que señala lo siguiente:

“Artículo 12°.- Estarán exentos del impuesto establecido en este título: [...]

E.- Las siguientes remuneraciones y servicios: [...]

20) Los servicios, prestaciones y procedimientos de salud ambulatorios, que se proporcionen sin alojamiento, alimentación o tratamientos médicos para recuperar la salud propios de prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas o maternidades.

Esta exención incluye el suministro de los insumos y medicamentos, efectuados en la ejecución del servicio ambulatorio, siempre que sean utilizados y consumidos en dicho procedimiento e incluidos en el precio cobrado por la prestación.

Los servicios de laboratorio no se incluyen en esta exención”.

Con el fin de dilucidar la aplicación y alcance de la norma citada, el Servicio de Impuestos Internos, emitió con fecha 27 de octubre de 2022, la Circular N° 50, que entre otros puntos señala los requisitos de procedencia de la exención al pago del IVA consagrada en el numeral 20 antes citado, los cuales son:

1. Tratarse de servicios, prestaciones y tratamientos de salud

Entendiendo por “prestaciones de salud” todas las señaladas en la nómina de aranceles que se publican en el sitio web del Fondo Nacional de Salud, es decir, que se encuentran señaladas en dichas nóminas, que sean asimilables a las mismas o se desarrollen en el contexto de dichos procedimientos, independientemente del monto de su remuneración y si son desarrolladas o no por un prestador institucional de salud, pero siempre que sean prestados por profesionales capacitados para ello de acuerdo con lo establecido en el Libro V del

²⁴ Artículo 6, Ley que reduce o elimina exenciones tributarias que indica, 21.420, 2022.

²⁵ Decreto Ley N° 825, de 1974.

Código Sanitario, con independencia de si estas prestaciones se efectúan por vías telemáticas (telemedicina)²⁶.

2. De carácter ambulatorio

El Servicio “considera ambulatorios todos aquellos servicios médicos que no impliquen un tratamiento continuo de salud que incluya pernoctación y alimentación. En cambio, cuando se trate de un servicio que requiera para su prestación pernoctación y alimentación, y es la misma entidad que presta dichos servicios la que, a su vez, desarrolla los servicios de salud, estos tendrán el carácter de hospitalarios”²⁷.

Exención del IVA en relación al tipo social

Es necesario entender que, para este caso específico, la exención atiende a la naturaleza de la prestación médica, es decir, cuando se presta con el carácter de ambulatoria, por tanto, señala el Servicio de Impuestos Internos “para efectos de la presente exención, tampoco es relevante si el prestador tiene la calidad de sociedad de personas o de capital”²⁸.

Por ejemplo, un profesional médico que tenga una sociedad por acciones (SpA) que preste servicios médicos de carácter ambulatorio, estará exento del pago de IVA.

V. OBLIGACIONES Y VENTAJAS EN LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD

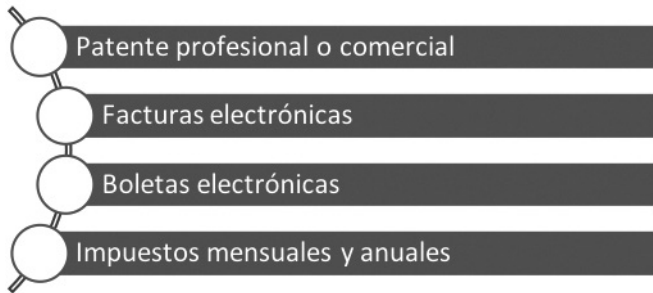
Obligaciones adicionales que involucran la creación de una sociedad.

Constituir una sociedad trae aparejadas obligaciones de índole tributaria que él o los socios deben considerar:

²⁶ Circular N° 50, Servicio de Impuestos Internos, 2022.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ídem*.



Patente profesional y/o comercial

La patente en cualquiera de sus formas es un permiso que se otorga a las personas para poder trabajar en el territorio que ocupan. La Ley de Rentas Municipales señala al respecto que *El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal*²⁹.

En consecuencia, los médicos que ejerzan libremente su actividad profesional, es decir, en forma independiente o liberal, deberán pagar patente profesional, la que asciende a una Unidad Tributaria Mensual (UTM), de forma anual, el pago de esta contribución los habilitará para ejercer su profesión en todo el territorio nacional³⁰. Es facultativo de cada municipalidad efectuar el cobro anual o semestralmente.

Por otro lado, si los médicos ejercen su actividad a través de una sociedad, tienen la obligación de pagar patente comercial, debiendo la sociedad pagar dicho impuesto. En este caso, el pago se hará en virtud de cálculos que varían de persona a persona en base a operaciones contables que determinan el Capital Propio Tributario de la empresa y que es informado a la respectiva municipalidad, que no podrá ser menor a 1 UTM ni superior a 8000 UTM.

Ambas patentes deben pagarse en la municipalidad que corresponda al domicilio social y/o profesional que está previamente informado en el Servicio de Impuestos Internos, de manera presencial o vía web, siempre y cuando dicha

²⁹ Artículo 23, fija texto refundido y sistematizado del Decreto Ley Núm. 3.063, de 1979, sobre rentas Municipales, Decreto Ley N° 2385, 1996.

³⁰ Artículo 32, *Ídem*.

institución tenga activo el sistema de pago, dentro de los meses de enero y julio de cada año, mientras la actividad que realiza se encuentre vigente, es decir, mientras no se informe el término de giro de la persona, sea natural o jurídica, a la respectiva municipalidad.

El no pago de esta carga impositiva acarrea tanto para la persona natural cómo para la persona jurídica multas e intereses por parte del Juzgado de Policía Local, asimismo, la mora o retardo en el pago de la patente de cualquier negocio, giro o establecimiento sujeto a dicho pago, facultará al alcalde para decretar la inmediata clausura de dicho negocio o establecimiento, por todo el tiempo que dure la mora y sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondiere ejercitar para obtener el pago de lo adeudado.

Facturas electrónicas

Existe la obligación legal, respecto de todas aquellas empresas que emitan facturas, junto a otros documentos tributarios electrónicos como liquidación, factura, notas de débito y crédito y factura de compra, de hacerlo a través de medios electrónicos³¹.

Para implementar esto, puede efectuarse a través de dos sistemas:

- a) Sistema de facturación gratuito del Servicio de Impuestos Internos.
- b) Sistema de facturación de mercado.

En ambos casos se deberá contar con un Certificado Digital, que tiene por objeto entregar un nivel adicional de seguridad y privacidad al contribuyente en la realización de los trámites y transacciones por Internet, y estos pueden ser adquiridos de un listado de proveedores facilitados por el Servicio de Impuestos Internos.

Boletas electrónicas

Con la Ley de Modernización Tributaria también se incorporó la obligación de emitir boletas electrónicas y boletas no afectas o exentas electrónicas, que los documentos tributarios generados y firmados electrónicamente, que dan cuenta de las ventas de bienes y/o la prestación de servicios a un consumidor final, vigente a partir del 1 de enero de 2021.

³¹ Ley Factura electrónica, 20.727, 2014.

En este sentido, lo que corresponde a la prestación de servicios médicos es la boleta no afecta o exenta electrónica.

Pago de Impuestos

Dependiendo de la figura tributaria, existirá la obligación de pagar impuestos mensuales y el pago anual del impuesto a la Renta, en el mes de abril de cada año.

Ventajas de constituir sociedad

Dentro de las ventajas de constituir sociedad, podemos apreciar las siguientes:



Separación de patrimonio: esto supone una división del patrimonio personal y del patrimonio social, que además de mantener ordenadas las respectivas cuentas, sirve como protección patrimonial, por cuando los socios de una sociedad legalmente constituida responden hasta el monto de sus aportes, frente a una eventual insolvencia.

Esto no sucede cuando se trata de un empresario individual, puesto que al no ser persona jurídica y trabajar con su propio RUN, va a responder con todo su patrimonio en una situación similar.

Posibilidad de asociación: el poder asociarse con más profesionales de la salud permite un crecimiento económico, ofrecer el servicio médico a una mayor escala, pudiendo ser un centro especializado, o bien diversificando a los profesionales.

Inversionistas: no todos los socios en una sociedad deben trabajar en ella, si se quiere mirar a una mayor escala, por ejemplo, pensar en la compra de máquinas o en inmuebles como consultas médicas, es decir, una mayor inversión y

no se cuenta con el dinero, es posible asociarse con personas que inviertan en su empresa, en calidad de socios capitalistas.

Identidad o imagen corporativa: mayor nivel de consolidación, credibilidad y seriedad al momento de insertarse en el mercado, creando de esta forma una mayor confianza en el paciente.

CONCLUSIONES

Es una realidad la necesidad que surge a los profesionales médicos de crear sociedad y como consecuencia convertirse en un sujeto pasivo del impuesto, muchas veces como una iniciativa propia de crecimiento, otras como exigencia de las clínicas donde se pretende prestar el servicio.

Es necesario ser precavidos, por ejemplo, con el sistema de constitución que se utilizará; existe como se señaló previamente, la posibilidad de utilizar un sistema simplificado, el denominado, “empresa en un día”, que es “amigable” con el usuario, en el sentido de que cualquier persona puede constituir sociedad, más no es recomendable efectuar dicha gestión sin asesoría previa.

Es por ello que antes de tomar una decisión es importante asesorarse por los profesionales especialistas de cada área, ya sean abogados o contadores, exponiendo las necesidades y motivaciones personales o de grupo, tener en consideración preguntas tales como ¿es importante la persona que será mi socio, por su trabajo? O, por el contrario, ¿es importante como inversionista? Esto permitirá determinar el tipo social. Expresar también la idea de negocio y buscar en conjunto el modelo que se ajuste a esa visión, estableciendo el régimen tributario más beneficioso a esa figura.

A veces se opta por un régimen tributario que a simple vista parece sencillo y cómodo, por ejemplo, no pagar Impuesto de Primera Categoría y no llevar contabilidad completa, pero en un análisis más profundo, puede ser perjudicial, puesto que es necesario establecer los ingresos que ese contribuyente tendrá, ver cuál es su tasa de impuesto personal en el Global Complementario y de ese resultado terminará pagando en base a una tasa de 35% o un 40% inclusive, sin derecho a crédito, en vez de un 25%, con un 100% de crédito. Los regímenes están pensados en razón del movimiento de las empresas, y es por ello que los ingresos de las sociedades marcan el tipo de contribuyente y sus pautas.

Incluso es importante, que al momento de decidir la marca que utilizarán en el mercado, esta no esté protegida ni registrada previamente.

Constituir una sociedad trae muchas responsabilidades extras, involucra asumir cargas no solo económicas, sino administrativas y también tributarias, que si se incumplen pueden fácilmente terminar en fiscalizaciones y malos ratos con los entes fiscalizadores, como el Servicio de Impuestos Internos o la Tesorería General de la República e incluso la Dirección del Trabajo, puesto que en muchos casos se tomará el rol de empleador. De ahí la importancia de contar con un equipo de apoyo capacitado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Código Civil, DFL N° 1, 2000.
2. Código de Comercio, 1965.
3. Código Tributario, DL N° 830, 1974.
4. Decreto Ley N° 2385, 1996. Fija texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas Municipales.
5. Ley de Impuesto a la Renta, DL N° 824, 1974.
6. Ley que reduce o elimina exenciones tributarias que indica, 21.420, 2022.
7. Ley que Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, 20.659, 2013.
8. Ley Sobre Sociedades Anónimas, 18.046, 1981.
9. Servicio de Impuestos internos, Circular N° 11, 2021, disponible en https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2021/circu11.pdf
10. Servicio de Impuestos Internos, Formas de Invertir en Chile, disponible en: https://www.sii.cl/portales/investors/formas_invertir/constituyendo_sociedad.htm
11. Servicio de Impuestos Internos, Impuestos directos, disponible en https://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/impuestos/imp_directos.htm
12. Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 4736 de 20-12-2002, disponible en <https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2002/ventas/ja415.htm>
13. Servicio de Impuestos Internos, ORD. N° 3433, DE 18.12.2012, disponible en <https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2012/renta/ja3433.htm>
14. Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 50 de 27.10.2022, disponible en https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2022/circu50.pdf

PERITOS Y PERITAJES

Abogada Daniela Miranda¹

Dra. Pamela Verónica Bórquez Vera²

INTRODUCCIÓN

Cuando el actuar médico es cuestionado desde un punto de vista legal, quienes examinan el caso pueden necesitar la opinión experta de un perito médico, quien, a través de un procedimiento metodológico, realizará un análisis de este, el llamado peritaje, y lo dejará registrado en un documento oficial, conocido como informe pericial, además de la posibilidad de ser citado a tribunales para declarar sobre este y responder preguntas relacionadas.

Por lo tanto, el peritaje no es solo el informe pericial, sino es el resultado de un proceso complejo, que empieza con la recopilación de la información, análisis y conclusiones del caso llamado a comentar, con la responsabilidad de explicar con claridad su visión de los hechos, de forma escrita y verbal (cuando se necesite), apoyado de su expertiz profesional.

Para entender que son los peritajes y su importancia, es necesario comenzar con el contexto legal y cómo se utilizan en el mundo judicial; la intención es acercar los conceptos de ambos aspectos que se deben unir, siendo esenciales para tener una visión completa y más real del trabajo de un perito.

¹ Autora: Licenciada en Ciencias Jurídicas y abogada de la Universidad Finis Terrae, Diplomado Responsabilidad Legal en Salud Universidad Finis Terrae, actualmente abogada de Falmed..

² Autora: Médica Universidad de Chile, Especialidad Medicina Legal otorgado por la Universidad de Chile. Especialista en Medicina Legal otorgado por Servicio Médico Legal y CONACEM. Profesora Adjunta de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Chile.

Ante una acción legal en la sede civil, penal o administrativa, donde se cuestiona el actuar médico en la causa (se puede traducir en una demanda, querrela o sumario), el asunto o interés gira en torno a la *lex artis*, esta es aquella práctica médica generalmente aceptada por la medicina, en un tiempo y lugar determinados, para un paciente en concreto; sus características son que es relativa en tiempo, lugar, persona y no es unívoca (son diferentes para cada paciente).

Para comprender en lo práctico que significa la *lex artis* médica vamos a ocupar un ejemplo, ¿sería lo mismo un cuadro de una apendicitis en un niño de ocho años o de un adulto mayor de 75 años con enfermedades de base?; en el mismo escenario, ¿sería lo mismo la forma de diagnosticar la misma patología en el año 1950 que en la actualidad?, ¿se tienen las mismas herramientas en una clínica prestigiosa que trabaja con tecnología actual versus con la posta rural? Evidentemente no, pero incluso, ¿sería la misma forma práctica médica generalmente aceptada por la medicina en dos niños de ocho años, atendidos en el mismo tiempo y lugar, pero si la forma de presentación del cuadro fue diferente?, acudió uno de los niños con un cuadro de dolor de dos horas, sin fiebre y un vómito hace tres horas, y el otro niño asistió por segunda vez debido a que el cuadro no mejora y mantiene fiebre alta, ¿sería la misma forma de atención en los mismos niños? Es por esto que la *lex artis* médica es única para cada paciente.

En las causas médicas están en duda la experiencia del médico, su trabajo y profesionalismo. Existe un paciente o un tercero que considera que en la atención al paciente hubo una falta, un daño causado por el profesional de salud, en ese momento nace el derecho a demandar y solicitar una indemnización o castigo por un mal actuar; en lo práctico, se considera qué el profesional actuó con negligencia, impericia o imprudencia, por lo tanto, el asunto en el proceso judicial va a ser probar si realmente en la atención que recibió el paciente estuvieron presentes estos aspectos.

Existen dos partes en el proceso, una parte acusando a la otra de realizar un acto que provocó un daño que no estaba considerado, y otra defendiéndose de las acusaciones y justificando sus acciones con el paciente; ambas partes están apoyándose en las pruebas que a van a presentar, van a plantear y defender su visión o “verdad”, contando lo que ocurrió y lo que los impulsó a solicitar que un tercero se pronuncie en este conflicto, este tercero será el juez. En un juicio, se considera que existe una persona que estima que alguno de sus derechos fueron lesionados o vulnerados por otra persona y que necesitan ser protegidos por la ley; de acuerdo con lo indicado por los cuerpos legales, se necesita un proceso justo que escuche a ambas partes y presenten sus pruebas respecto a los hechos.

Dentro del proceso o acción legal, existen diferentes etapas procesales, dependiendo de si estamos hablando de una demanda civil, una querrela/denuncia penal, o un sumario en el ámbito del derecho administrativo; cada proceso es diferente según las formas de tramitar, cada uno tiene sus reglas propias procesales, sus plazos, etc., pero todos ellos tienen en común la etapa de pruebas.

Cuando somos una de las partes en el juicio (demandante o demandado), necesitamos que el asunto o situación que debe ser discutida, se base en hechos específicos (los puntos de prueba).

Las versiones de lo sucedido o la verdad de cada parte (por lo general son contrarias) tienen que estar claras en su planteamiento, en esta instancia las partes están contando sus apreciaciones de una situación ocurrida bajo sus ojos.

El juez debe llegar a la “verdad imparcial”, lo más limpia y transparente, sin contaminar con la apreciación personal de las partes y así mirar lo que ocurrió imparcialmente. En este sentido, las pruebas son esencialmente vitales para el proceso judicial, con ellas se asientan los hechos del escenario de la discusión. Este puede ser el problema más difícil del juez ya que, en la presentación del asunto a conocer, se encuentra con dos versiones, a simple vista contrarias; pero ante ese escenario, el juez debe tomar ambas versiones y comenzar a comparar, buscando los hechos aceptados por ambas partes, los sucesos contados sin conflicto entre ellas.

Luego, el juez tiene que identificar aquellos hechos que no son compatibles entre las dos versiones contadas por las partes, estos serán los puntos de conflicto, y sobre ellos es donde hay que presentar las pruebas, con estas una parte intenta convencer al juez que su versión de los hechos es real y ajustada a la verdad, a diferencia de lo contado por la contraparte.

Teniendo claro los hechos aceptados por ambas partes y las situaciones o hechos en conflicto, se puede apreciar las impresiones y daños que sufrió el demandante (corporal, psicológico, económico, moral, etc.) y la explicación del demandado del por qué actuó de esa forma y por qué no de otra, siendo su defensa.

Dentro de los tipos de pruebas en el proceso, se encuentran los documentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, inspección del tribunal y los peritajes.

En los casos relacionados con temas médicos, tienen que ser discutidos, decididos y resueltos por personas que no saben de medicina (jueces, abogados, fiscales, defensores), que no manejan estos temas tan alejados de su arte o

ciencia, sus roles son importantes por los bienes jurídicos que deben proteger y son llamados a actuar con equidad y justicia.

Desde las miradas de los involucrados en el proceso, las personas autorizadas para actuar en representación de las partes son los abogados, quienes tampoco manejan los conocimientos médicos necesarios para defender los derechos de sus representados, y su compromiso es representar sus intereses de la mejor manera posible. Ante este doble problema presentado en la sede judicial, para sustentar y superar este asunto, los involucrados se apoyan en las pericias, en ellas se explica la medicina aplicada al caso concreto.

En los procesos judiciales se ofrecen pruebas documentales, literatura médica acorde a la causa, pero en general, son textos técnicos, dirigidos a un público educado en esa área que ya maneja vocabulario acorde al tema en específico, tomando un asunto teórico o basado en un caso parecido, pero no igual (nunca pueden ser los casos iguales unos a otros) al que está siendo discutido en la causa. Las pericias en concreto sirven para apoyar y aterrizar la teoría que se está planteando en esta causa, e insistimos, en esta causa, no en otra o en una parecida, solo en esta (recordar que la causa es única en persona, momento y lugar), y con esa información se puede explicar en concreto el hecho y situaciones de lo ocurrido.

DESARROLLO

¿QUÉ ES UN PERITO?

Lo más importante en este tema, siguiendo con la idea anterior, en el proceso judicial es necesario saber y determinar si el actuar médico es adecuado a la práctica, si el paciente fue atendido con toda la diligencia que se puede exigir a los profesionales de la salud en ese momento, en ese tiempo y a esa persona. Para lograr este objetivo, ¿quiénes pueden decir con certeza si la *lex artis* médica fue la correcta o no? Solamente las personas preparadas en el tema, los que han estudiado y se perfeccionan en esta área, los que tienen experiencia, es decir, los que son expertos en el tema médico de la causa legal. Pero tampoco cualquier médico o profesional de la salud debería participar en el juicio, debería ser uno especializado en el área que se está discutiendo, que maneje profundamente la patología o técnica utilizada con el paciente, y además debe tener la capacidad de explicar de una forma sencilla los argumentos de la atención, aclarando el

por qué el perito considera que el actuar del médico fue acorde a lo esperado o no.

La palabra peritaje tiene sus raíces en el latín *peritus* que significa experto o perito, más *aje*, conocido como conjunto o acción, por lo tanto, el peritaje sería la opinión de un experto en un tema específico basado en su experiencia y conocimiento.

El doctor en derecho Alex Carocca Pérez define a los peritos como las “personas que, teniendo conocimientos especializados en alguna ciencia o arte, prestan un informe en un proceso dando a conocer al tribunal sus conocimientos o máximas de experiencias especializadas, que le deberán servir para formar su convencimiento respecto a la coincidencia entre afirmaciones formuladas por las partes y las producidas por los medios de prueba”³.

Los únicos que pueden dar alguna opinión válida y fundada en estos juicios relacionados con el arte de la medicina son los médicos o profesionales del área de la salud, ya que ellos se transforman en expertos con sus estudios y experiencia al ejercer su profesión.

Es importante no perder la visión que en un proceso legal, finalmente, los que deciden si el actuar de los cuestionados (médicos o profesionales de la salud en estos casos específicamente) son culpables y deben ser castigados o penalizados, o si consideran que son inocentes y que su actuar fue el correcto en el caso, son los jueces; los que guían la investigación e informan si los hechos que fueron indagados eran posibles delitos, son los fiscales, y quienes tienen la capacidad de representar a las personas en los tribunales son los abogados, pero el rol de los peritos toma la importancia de iluminar a los neófitos, explican de la forma más sencilla y simple el arte que manejan y ayudan para esclarecer los hechos, informando qué significan los términos técnicos; interpretan las fichas clínicas y los resultados de todos los exámenes y ayudan a crear el criterio del juzgador. La parte ética del trabajo de un perito se puede relacionar con la imparcialidad que debe tener al confeccionar el peritaje, alejándose de los errores o malas interpretaciones de los hechos o actos.

³ Alex Carocca, El nuevo sistema procesal penal, Editorial jurídica La Ley, p. 236.

LA ÉTICA QUE SE ESPERA DEL PERITO

Todas las personas que han sido llamadas a ser perito en una causa tienen que luchar permanentemente contra sus personalidades y sus egos, siendo imposible limpiarlos de su razonamiento, es parte de ser humanos, estos aspectos son los que nos diferencian del resto como una persona única y especial, diferente de todos.

Al presentarse en un escenario como un experto, el ego florece naturalmente, y para convencer al resto, buscando también seguridad, la postura del perito puede tomar una actitud a la mirada sobre el resto de soberbia o poco empática, sin querer hacerlo. Todo depende del estilo y carácter que tenga el médico, pero mientras más cercano y sencilla la imagen que reflejen, pero alcanzando la seriedad con su *curriculum*, el efecto buscado en el tribunal será mas efectivo.

Lo aconsejable en este aspecto es trabajar con la seguridad y carácter del perito; mientras más seguro de la información que va a comunicar, y convencido del asunto que está exponiendo, será más sólido el peritaje, si asiste sin dudas de su planteamiento, apoyándose en todas las herramientas que tenía al alcance de sus manos, el perito se ve más tranquilo y relajado, teniendo calma y buena disposición para responder las preguntas que le hicieron, con convicción y seriedad.

Al contrario, si está inseguro, nervioso, incómodo o de mal humor, se considera desde afuera (las personas que están recibiendo el mensaje) que está tenso, sin ánimo de contestar o no maneja bien el área que está comentando. Si su impresión es que las preguntas que están realizando son un ataque personal a su integridad, tiende a contestar de forma burlona o de forma áspera, brota el desafecto a su personalidad, dejando atrás su calidad de especialista, perdiendo el ambiente óptimo para lograr exponer su opinión del caso.

Con esto vemos la parte más difícil del rol del perito, intentar llegar a ser un experto con una opinión lo más imparcial posible y evitar contaminarse con sus propios prejuicios.

El profesor de Costa Rica, Antonio Piga Rivero, postuló que para llegar a ser un buen perito es necesario limpiar y corregir las impurezas en la personalidad que puedan afectar negativamente en su misión.

- El perito debería cuidar y mantener las virtudes del equilibrio, la autocrítica, la prudencia y la minuciosidad. Para emitir un informe, es importante estudiar a fondo el caso, preocuparse de los detalles mas pequeños de la ficha clínica o documentos a analizar (informes de los exámenes, indicaciones, horas, fechas, etc.).

- Un perito legal no debe desear ser un juez. Debe mantenerse en su función y realizarla a conciencia, exponerla con claridad, detalle y objetividad. No se puede olvidar que la pericia no es una sentencia, es una herramienta para entender la situación, acercando el derecho con la medicina, pero el rol de dictar el fallo es del juez.
- Un perito no debe dejarse arrastrar por sus intuiciones sin comprobaciones exhaustivas. A pesar de la experiencia que se tenga del área que está comentado en su peritaje, no se debe confiar por su “ojo clínico”, incluso cuando tengan razón. El argumento de “lo he visto mil veces” (y seguramente sea verdad), baja la seriedad ante la mirada de un juez, aunque este no tenga la certeza que tiene el perito. Pero si comentan que en el estudio “x” que analizó tanta cantidad de pacientes y que el resultado ocurrió en el 80% de los pacientes estudiados, está bajando esta información a un método más medible y confiable a los ojos del resto.
- El afán de notoriedad, la vanidad o el orgullo, son defectos muy graves en un perito. Cuando ha sido llamado a una causa por ser experto, pero se encuentra con un plano poco amigable (en la sensación de una persona que no ha asistido a un juicio), naturalmente la defensa más cercana es atacar al otro con su *curriculum* o años de experiencia e, incluso, con ironía, pero esta defensa también le quita la seriedad al perito y puede causar antipatía en contra de la imagen del expositor, creando anticuerpos en contra del informe; por esto, ante las consultas o interrogaciones que se sientan incómodas o ataques, lo mejor es contestar con calma, sin cambiar el tono, siendo claro en la respuesta.

REGLAS GENERALES DEL PERITO, DE EDMOND LOCARD (1877-1966)

Edmond Locard nació en Francia, estudió y se dedicó al derecho y medicina en la Universidad de Lyon, es reconocido por la historia de los investigadores al ser pionero en la ciencia forense y criminología, trabajó como ayudante del Dr. Alexandre Lacassagne (conocido como el padre de la medicina forense moderna). El Dr. Locard se ganó el apodo de acuerdo con sus obras y trabajos, informalmente como el “Sherlock Holmes de Francia”; él postula que “Los restos que cubren nuestras ropas y cuerpos son testigos mudos y fieles de nuestros movimientos y encuentros”. Pudo llegar a la práctica y concretar su teoría en la Primera Guerra Mundial, trabajando en el servicio secreto de Francia, intentando estudiar e identificar los sitios por donde pasaron los soldados tomados prisioneros, y buscando identificar el lugar donde se encontraban los enemigos.

La obra de este autor es fascinante, porque trabajó intensamente para relacionar las dos artes, el derecho y la medicina, observados desde lejos como distantes o alejados, pero en realidad, poniendo más atención a los detalles y los objetivos que tienen, es imposible separarlos, ya que en estos casos están trabajando por el mismo fin; sus teorías son utilizadas hasta hoy y no pierden su vigencia.

El Dr. Edmond Locard postuló las reglas generales del perito:

1. No aceptar peritajes sino en aquello en lo que se sea realmente competente.
2. Que el peritaje sea factible.
3. Que las distintas piezas de convicción que se aporten permitan la discusión del problema y el contra peritaje.
4. Si surge alguna dificultad, solicítese el concurso de algún especialista.
5. En caso de desacuerdo con otro u otros peritos, explíquense en términos mesurados las razones de la disconformidad, huyendo de ironías ni suponiendo mala fe o parcialidad en el contradictor.
6. Rehúse el conocimiento de los autos en tanto no se haya dado fin al examen técnico, para que el perito no se vea sugestionado por condicionamientos morales.
7. Aparte de su actividad técnica, el perito no se inmiscuirá en otros asuntos ajenos a su función.
8. Actúese con discreción en cuestiones que hubieran tenido resonancia pública.
9. Resístase cualquier tipo de presión, no queriendo dar a conocer otra cosa que el aspecto estrictamente técnico para el que fuera propuesto.
10. No se acepte ningún presente de las partes interesadas.
11. Siempre que sea posible, adjúntese al informe ilustraciones, referencias o cualquier otra cosa que le de claridad.
12. Las conclusiones del informe no han de sobrepasar los límites que las posibilidades de la ciencia permitan.
13. En los peritajes privados extrémense estas cautelas.

Estas reglas generales de los peritos son un consejo a seguir, una sugerencia, quedan a la conciencia de los que aceptan este trabajo de suma importancia. A

pesar del tiempo que ha pasado desde la creación de estas reglas a la comunidad de los peritos, sirven hasta la actualidad sin perder la vigencia; en nuestra visión, es crucial tener presentes estas reglas y repasarlas mentalmente antes de aceptar el ser perito, ya que cada uno de los médicos que acepten serlo, su ética va a estar presente en su trabajo y ser un perito significa que se debe exponer en el juicio su opinión; en la sede penal, va a ser interrogado y les van a preguntar cuál es su experiencia en el área, hace cuánto tiempo se dedica a este tema, dónde se formó académicamente, y si no está cómodo o convencido de realizarlo, su imagen va a ser afectada, su profesionalismo va a ser cuestionado.

PERITAJE

¿QUÉ SON LOS PERITAJES?

Entendiendo que ya manejamos un concepto o tenemos una idea de lo que es un perito, es necesario saber entonces qué se entiende por prueba pericial, indicando que es “el medio de convicción que consiste en oír el dictamen de personas que tienen conocimientos especiales en determinadas materias (científicas, técnicas, profesionales, artísticas) respecto de los hechos, objeto, persona u otro elemento que lo requiera y que tenga que verse sobre el asunto controvertido que se litiga”⁴.

En este sentido, el peritaje debe ser lo más simple y claro, evitando los términos técnicos y, si es necesario, explicarlos; hay que utilizar un vocabulario común y facilitar la comprensión, intentando alejar las dudas que pueden nacer en las personas que no conocen a cabalidad el tema.

Para sus argumentaciones se puede apoyar en bibliografía especializada, lo ideal sería que esté disponible y sea de fácil acceso para afianzar la credibilidad del argumento (si queda alguna duda de la explicación o corroborar la veracidad del razonamiento, se podrá consultar en los anexos adjuntados al informe pericial o en la bibliografía).

⁴ Miguel Reyes, Medios de Prueba. Situación comparativa entre los procedimientos civiles y contencioso-administrativos en Chile y derecho comparado. Santiago, Librotecnia. p. 303.

CONTENIDO DEL INFORME PERICIAL RELACIONADO CON EL ÁREA MÉDICA

El realizar un peritaje sobre una situación que se encuentra en disputa en el ámbito legal, está inmediatamente relacionado con la ética del profesional y su decisión personal; cada médico conoce el marco ético con el cual decide actuar.

Ahora, estando en la situación de que sí aceptaron realizar el peritaje, el primer problema que surge es ¿cómo se realizan los peritajes?

Para que tengan en cuenta, no existe un formato único para los peritajes y depende del estilo que tenga cada uno. Algunos utilizan imágenes, otros utilizan gráficos, otros solo describen y exponen su opinión a través de su escritura, etc. Lo importante es que el escrito sea claro, lo más simple y práctico, ya que debe iluminar el escenario a una persona que no tiene una formación médica, pero sí una formación legal.

A continuación, se sugiere cómo armar el informe pericial en sí:

Enunciación del paciente, de los antecedentes tenidos a vista y metodología

Hay que empezar con los datos que tienen para realizar su análisis, esto sería el nombre del paciente, sexo, edad, antecedentes médicos o enfermedades de base. Lo que se tiene que hacer es individualizar a la persona, con este ámbito creamos la imagen de la persona que recibió la atención, por esto es importante saber si es un hombre o mujer, si sufre de diabetes, hipertensión, si es un niño, adolescente, adulto, adulto mayor, etc.

En este punto también es importante comentar al lector de la pericia, qué antecedentes tienen a mano para realizar el análisis, ficha clínica médica, ficha clínica de enfermería, imágenes, informes de exámenes, resultados de exámenes; en las causas penales, los peritajes del servicio médico legal, autopsias, fotografías, esquemas, infografías, declaraciones, carpeta de investigación, etc., así están fundamentando el análisis que están realizando, están diciendo de dónde salieron los datos y en qué se basan para su opinión.

Hay que indicar la metodología que se va a utilizar al realizar el análisis, esta parte del informe pericial es importante para la comprensión y estructura de la obra, debido a que las personas que tienen que evaluar la pericia, necesitan saber de dónde sale el conocimiento que están utilizando en esta prueba y asegurarse que el perito que se presentó en el proceso tiene la sapiencia por experiencia y también está actualizado acerca del tema. Tienen que saber cómo llegó a estas conclusiones y de qué forma realizó el informe, cómo analizó y

sintetizó la información, la experiencia y la bibliografía (triada y base de la pericia), cuyo resultado fue el informe pericial.

En lo práctico se debería ver así en la primera parte del peritaje:

Informe y análisis médicos del paciente xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxx

Paciente:

- Nombre completo.
- RUN.
- Edad.
- Nacionalidad.
- Etnia.
- Procedimientos realizados anteriormente (partos, cirugías, tratamientos), depende si son datos importantes para el análisis.
- Enfermedades de base (si las tiene).
- Medicamentos.
- Actividad laboral.

*En general los datos que ustedes consideren importantes a considerar en el análisis.

Información a la vista para realizar el informe:

- Dato de urgencia a la institución xxxxxx de fecha xx-xx-xxxx.
- Ficha clínica del paciente.
- Carnet de control de salud (carnet de embarazo, controles de pacientes diabéticos, hipertensión, carnet de niño sano, etc.).
- Registro de farmacias.
- Imágenes de exámenes e informes de ellos (nombrar cada uno y fechas).
- Declaraciones (nombre de los involucrados).
- Alta y epicrisis (si corresponde).
- Certificado de defunción (si corresponde).
- Autopsia (indicar institución dónde se realizó SML u otro).
- Documentación en caso de persona institucionalizada (persona privada de libertad, niños o ancianos institucionalizados, etc.).

* Indicar que los documentos son legibles o ilegibles.

Metodología para realizar el informe

Para elaborar el informe se tiene que explicar la forma que se va a realizar el análisis con la información que se tiene a la vista, relacionada con el conocimiento que se tenga de estas situaciones debido a los años de experiencia ganada por la jefatura en el departamento xxxxxx de xxxxxx (institución), post grados en xxxxxxxx (lugares de estudio como universidades, becas, estudios, etc.), asistencia a conferencia de (materia), exposiciones de (materia) en (lugar), revistas acorde al tema, estudios (en qué año y lugar donde se publicaron), ensayos, publicaciones propias, etc. Cada uno de estos datos se reafirman adjuntando *curriculum vitae* y bibliografía.

Relato del hecho sanitario sometido a su consideración

Teniendo los antecedentes del paciente, para darle forma a la información obtenida, se debe realizar un resumen o acta de los hechos ocurridos, con fechas e incluso con horas (apoyados en la ficha o declaraciones). Es importante el orden de los actos, es necesario elaborar este relato fiel a la información con la que se cuenta, esto es, responsabilidad del perito, que su pericia sea lo más real y cercana a la verdad que nos muestran los documentos y herramientas que existen.

La “verdad” siempre ha sido discutida, ya que existen tantas verdades como mentes que están viendo el mismo hecho, es muy difícil llegar a una verdad aceptada por todas las partes que están relacionadas con la situación. El juez, en un momento del proceso, está intentando armar un “historial” alejado de las versiones subjetivas que tienen las partes, es por esto que los datos que aportan los antecedentes que tiene el perito gracias a la carpeta de la causa, tienen suma importancia, con ellas se puede ordenar y crear una historia que no se puede negar, y que sea aceptada por ambas partes.

Para aclarar la idea anterior, supongamos que como perito sé que a las 10:00 horas se administró un medicamento de tantos gramos al paciente, basado en la ficha clínica médica con la indicación del doctor; si al revisar la ficha clínica de enfermería también coinciden en el horario, pero no en la cantidad, entonces en el relato del hecho sanitario (esta parte de la pericia), solo deben indicar los hechos que encontraron en la información que tuvieron a la vista, en este ejemplo, la ficha clínica médica y de enfermería. En el lugar donde se realiza un análisis de los actos realizados al paciente, se puede explicar que la enfermera corrigió la cantidad del medicamento debido a que el peso del paciente cambió al actualizar la información, o porque no entendió la instrucción que dejó el médico, según lo indicado en las declaraciones, etc.

Para continuar con el ejemplo dado anteriormente, una segunda parte del informe, la parte del “relato de los hechos”, se puede realizar de dos formas, anotando cronológicamente los hechos:

- (fecha) xx-xx-xxxx paciente consulta en el servicio de urgencias del hospital R. a las 09:00 am. por cuadro doloroso 10/10, con fiebre y vómitos hace dos días, siendo caracterizado C2.
- A las 10:30 fue pasado a box de reanimación y fue traslado a UCI.
- xx-xx-xxxx a las 12:00 pm se tomó un TAC de tórax, quedó en espera de informe.
- xx-xx-xxxx el cirujano de turno decidió ingresar al paciente a una cirugía exploradora.

O también relatando los hechos como una historia:

Paciente decidió asistir al servicio de urgencia el día xx del mes xxxxxx y año xxxx, a las 09:00 am., indicando dolor 10/10 (indicado en el ingreso), siendo caracterizado C2, fue atendido a las xxxx horas en el box de reanimación y fue trasladado a UCI, el xx xx xx, a las 12:00 pm se tomó un TAC de tórax, se quedó en espera el informe... etc.

Comentarios explicativos de las razones médicas que ilustren sobre el procedimiento y resultado

En esta etapa se explican, se aclaran las razones desde el punto de vista médico, aquí es donde se traducen las fichas médicas o criterios en las prestaciones que recibió el paciente, claramente y de fácil entender; continuando con el ejemplo, esta parte comentada podría verse así:

Comentarios:

Al paciente se le recetó paracetamol debido a que se encontraba con fiebre y dolores, luego de tomarle los exámenes necesarios para descartar una infección; el paracetamol es analgésico (ayuda a bajar el dolor) y también es antipirético utilizado para controlar la fiebre. Según la guía ministerial actual, estos cuadros de dolor se manejan mejor con este medicamento, siempre y cuando se pueda descartar un problema hepático como insuficiencia. El efecto de este medicamento es bajar las molestias, pero puede enmascarar los signos, por lo tanto, es necesario buscar la causa del cuadro.

De esta forma se explica por qué se recetó ese medicamento, explicando los conceptos médicos, dejando claro y sin dudas el criterio que se usó. Dependiendo

del paciente y situación en lo particular, se puede basar en algún estudio, revista o ensayo reconocido por la comunidad médica, aceptando o reconociendo este tratamiento por sobre otros medicamentos o técnicas; debe ser mencionada la fuente o manifestar que no están de acuerdo con los actos realizados, explicando lo que se debería haber hecho.

En este momento se bajan las teorías o tesis hipotéticas y se relacionan con el caso en particular, en esta etapa están los fundamentos de los actos, se explica por qué en ese momento, en esa persona y en ese lugar se realizaron así los actos, o en contrario, se explica por qué los actos realizados con el paciente perjudicaron su salud o vida.

Si el procedimiento o actos sanitarios se desarrollaron de acuerdo con la práctica médica habitual y firma:

En esta etapa se expresa su opinión, si está de acuerdo o no con el criterio con el que se trató al paciente, teniendo en mente la *lex artis* médica.

El peritaje no es defender a alguna parte del proceso, es dar su opinión respecto a lo ocurrido en una situación. Tampoco es atacar a la contraparte o criticar el actuar de otro profesional, lo que se busca es describir de forma simple lo ocurrido y dar a conocer lo que pasó y lo que se debe hacer según la persona, lugar y tiempo.

El perito, en su rol, está ofreciendo una explicación de los hechos que pudo tener a la vista, argumentando si lo que ocurrió está de acuerdo o no con la buena práctica médica. El juez decidirá si lo planteado por el perito coincide o no con los conceptos de administración de justicia.

No está dentro de la actuación del perito indicar si el actuar del profesional es culpable o inocente en el proceso, ese es el trabajo del juez de la causa, pero su opinión es importante, debe lograr la comprensión del hecho, los factores que afectan el resultado, el criterio y razones de por qué se produjo ese resultado y su opinión de lo sucedido.

Aunque parezca algo natural, al realizar un informe o pericia, la firma es la etapa final del escrito en lo formal, es donde acepta, reconoce y sella su opinión en el documento, es el compromiso de su palabra, que no se puede adjudicar a nadie más que a él. Se tiene que identificar en la firma, su nombre, título profesional, RUT, por lo menos (puede adicionar su ICM, huella digital, etc.).

Currículo, bibliografía y anexos

Para presentar la pericia, es necesario acreditar la experiencia y preparación que se tiene, con esto se fundamenta la opinión, indicando lugares de formación académica, laborales, estudios, publicaciones, conferencias, etc. Idealmente es aconsejable tener estos documentos a mano, digitalmente y en papel.

Si se quiere citar o utilizar literatura médica, se debe realizar la bibliografía, ya que es la comprobación de sus fuentes, con ella se da sustento a la pericia y da la seriedad de la información y de los conocimientos compartidos en el informe. Mientras más accesible la información, más pesa en credibilidad y veracidad.

Se pueden anexar las revistas o estudios, guías o literatura médica que fueron citados en el desarrollo de la pericia, con esto ella se sustenta.

Requisitos judiciales de la prueba pericial

- El peritaje debe resultar necesario para acreditar el hecho correspondiente, con esto se quiere decir que solo a través de la pericia se puede explicar algún hecho que está fuera del conocimiento común de las personas que no tienen la formación del perito. Analizando este punto, podemos decir que, si el peritaje se usa para explicar algún hecho conocido y aceptado por las partes, se pierde el objetivo de esta prueba, reafirmando que como requisito es la necesidad del experto, porque si el hecho es aceptado por las partes, no existe un hecho a discutir o a aclarar y, por tanto, no existe la necesidad de utilizarlo.

Esa prueba solo podrá ser incorporada al proceso a través del perito que elaboró el informe, es el que maneja el arte, oficio o ciencia, y quien puede explicar y aclarar la cuestión para el resto de los que no manejan esas áreas. Recurriendo a su sapiencia, en teoría, tiene el poder de opinar, explicar e incluso, criticar el hecho en litigio, siempre respetando el rol del juez.

- El perito debe ser una persona idónea, que reúna las condiciones óptimas y necesarias para el fin o función determinada a la que ha sido encaminada. Como ya dijimos, la información debe ser incorporada por un experto. ¿Cómo determinamos que una persona es experta o no?, esto se hace a través de sus títulos o grados académicos, lugares, años y cargos en sus trabajos, asistencia en conferencias (presencial como asistente o como exponente), publicaciones en revistas o ensayos, todo lo que se refleja como experiencia y conocimiento, con esta información nos cercioramos que el nivel es el adecuado.

- El peritaje debe fundarse en conocimientos confiables, debe ser apto y de un nivel reconocido y aceptado socialmente de manera formal e informal, son las fuentes aceptadas por toda la comunidad; este tema se escapa de la parte judicial, es la idea que tenemos como sociedad de algunos lugares, textos o trabajos reconocidos como “serios”. La pregunta que inmediatamente aparece es ¿de dónde salen los conocimientos del perito?, ¿de dónde saca los estudios que menciona?, ¿quiénes apoyan estas fuentes?, y esto es una parte el prejuicio que tenemos como humanos, la idea que tenemos de un lugar y una parte importante es el prestigio que alcanzan las instituciones, este prestigio se alcanza por la seriedad y profesionalismo con la que trabajan las personas que los conforman. El prestigio en esta área es un ámbito esencial para alcanzar la confianza de la sociedad y con esto se afianza el trabajo realizado por sus trabajadores.

ROL DEL PERITAJE EN EL PROCESO

En el derecho, por lo general, existen diferentes posiciones en cuanto a la visión de la prueba pericial, a diferencia de los otros tipos de prueba, se considera especial o diferente debido a su naturaleza, debido a que las pruebas judiciales tienen como objetivo probar los hechos que son objeto de litigio, aquellos puntos en lo que no hay acuerdo de su existencia o formas de ocurrir.

La pericia puede ser una ayuda al tribunal, cooperando con la comprensión del fondo médico de la causa (para entender el conflicto del asunto, es necesario comprender el área en que se desarrollan los hechos), diferenciándose de las otras pruebas ya que estas aportan información complementando los hechos, pero también aclaran los motivos del actuar.

PERICIA COMO PRUEBA

Como ya dijimos, en un juicio las partes son las encargadas de presentar y exponer su versión de lo ocurrido y discutirlo en el proceso, tienen que argumentar con las pruebas que van a aportar, por lo tanto, el objetivo de la pruebas es comprobar hechos e influir en el criterio que se forma el juez respecto a la causa. Todas estas características son compartidas con el peritaje y, por tanto, no se puede desconocer como una prueba.

El jurista español Jaime Guasp explica que “la pericia es un medio de prueba procesal y personal, caracterizándose, dentro de los medios de prueba procesales y personales, por la intervención de un tercero sobre datos procesales, de modo que determina el concepto de esta prueba (...) con él se tiende a provocar la convicción judicial en un cierto sentido (...) pese a pretenderse que el perito, más que un medio de prueba, es un auxiliar del juez (...) por lo cual debe encuadrarse en categoría distinta a la de los medios probatorios, la antítesis trazada entre asesoramiento y pericia no puede mantenerse: a lo sumo cabe que se predique de la estructura orgánica de la pericia, pero no de su naturaleza funcional. Sea lo que sea orgánicamente la pericia (...), funcionalmente tiene siempre significación indiscutible de un medio de prueba”⁵.

PERITAJE COMO HERRAMIENTA AUXILIAR DEL JUEZ

La prueba pericial se reconoce con esta posición como el experto que fue llamado a iluminar la mente del juez en temas ajenos a su conocimiento, aspectos que no maneja pero que debe comprender y así, cumplir con el papel que tiene, decidir qué versión se acerca a la verdad e impartir la justicia en razón a la equidad.

El perito entrega información, datos o máximas cruciales para crear el criterio adecuado que debe tener el juez para el caso en particular, por lo tanto, ayuda a tener una visión más clara de lo sucedido, entrega su conocimiento, su trabajo y su tiempo, intentando que la opinión sea construida con las nociones del tema.

En la visión de auxiliar del juez “el informe pericial, además de no constituir propiamente un medio probatorio, por servir al juez solo para ilustrarlo acerca del alcance y contenido científico o técnico de un hecho o circunstancia probado en el proceso, se diferencia de la prueba testimonial en que mientras el perito dictamina y valora datos o elementos acreditados en el juicio, el testigo se limita a relatar sucesos que ha percibido fuera de la causa criminal, sin que esté autorizado para opinar o emitir conclusiones sobre ellos”⁶.

5 Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968, p. 385.

6 Cristóbal Nuñez, *Tratado del Proceso Penal y de Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 351 y 352.

En el concepto anterior, se está comparando la prueba testimonial con la pericia, y claramente son diferentes, pero el factor que menciona amerita un comentario, ya que al testigo solo se le permite relatar los hechos que fueron conocidos o percibidos por sus sentidos; este no es el momento de comentar lo ocurrido o manifestar su apreciación personal e imparcial de lo que ocurrió, y si lo hace, esa parte no será valorada en su declaración, no es lo que está evaluando el juez a través de su testimonio; pero el perito fue llamado por su opinión y la fundamenta con herramientas que solo él puede utilizar en el proceso, como son su conocimiento y sapiencia, él es llamado a participar en el proceso y opinar de hechos que no vivió, ni estuvo en el lugar, e incluso no conoce a las partes involucradas en los hechos. El objetivo del perito es que su arte sea conocido y entendido por el juzgador, teniendo también la posibilidad de expresar su pensamiento de lo ocurrido y manifestando si lo ocurrido o el resultado fue el que se puede esperar con los factores que afectan el hecho o si está fuera de lo esperado.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN LA PARTE DE LA PRUEBA PERICIAL

Se puede considerar a la jurisprudencia como el conjunto de sentencias emitidas por los tribunales; en los fallos se puede observar cómo la ley se aplica al caso en concreto, como decían algunos autores “cuando la ley se transforma en carne”. La ley es una idea etérea y fue creada para ser aplicada, tienen que bajar el concepto que contiene la norma y aplicarse en las acciones y situaciones. Las autoridades judiciales fueron llamadas a decidir si los hechos que tuvieron que analizar y conocer en profundidad están de acuerdo o en contra de la norma.

Para emitir la sentencia, el tribunal tiene que explicar por qué decidió de esa forma y con qué argumentos para emitir ese fallo. Si leemos una sentencia, se explica el proceso completo y va punto por punto relatando las actuaciones de las partes, comenta los puntos de prueba, finalmente explica latamente por qué su decisión fue aquella.

Vamos a analizar solo el numeral de los fallos en los que se utilizó la pericia como prueba y cómo se refirió el juez respecto al informe realizado por el perito. El resultado de la causa o los datos de las personas involucradas no son los objetivos de este análisis y queremos respetar la privacidad de los involucrados, pero, de todas formas, están los datos de las causas.

13° Juzgado Civil de Santiago, rol: C-10896-2017

DÉCIMO NOVENO: ...En efecto, ello es refrendado por el informe pericial evacuado por el médico cirujano xxxxx, quien luego de efectuar el análisis de los antecedentes médicos del paciente consignados en la ficha clínica respectiva, concluyó que el “paciente, ingresó al Hospital xxxxx con un cuadro grave de pie diabético, con shock séptico, que requirió hospitalización y múltiples intervenciones quirúrgicas, así como un manejo multidisciplinario intensivo”. Asimismo, expuso que “El Dr. tratante, ha desarrollado el plan de amputación por etapas para abordar la extremidad diabética complicada por infección, como lo preconiza la literatura actual”. Luego señaló que “El tipo de muñón desarrollado en las múltiples cirugías, es el indicado para el control de daños en infección severa de pie diabético”. Finalmente, y luego del desarrollo de su argumentación, concluye que “Durante dicha hospitalización, la atención médica efectuada por el Dr. tratante al paciente, se ajusta totalmente a la *lex artis*”. Lo señalado por el especialista informante además es coincidente con la literatura médica que ha sido acompañada por el demandado, de la que fluye que, bajo el estado general del paciente, y para enfrentar las complicaciones propias derivadas del pie diabético, el procedimiento llevado a efecto por el profesional médico aparece como el adecuado, idéntica conclusión es la formulada por los testigos presentados por el demandado, quienes estuvieron contestes en ello.

En este numeral de la sentencia podemos identificar el orden de la defensa del demandado, todas las pruebas presentadas deben ir apuntando a los puntos que se tienen que probar, en este caso, la pericia toma relevancia y solidez al estar relacionada con las pruebas acompañadas por la defensa. La pericia fue claramente coherente para el juez y logró dejar los hechos ocurridos en el caso del paciente, y los argumentos iban en la misma dirección a la literatura médica presentada y las declaraciones de los testigos presentados.

1° Juzgado de Letras de San Fernando, rol: C-822-2016

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en primer lugar, el tribunal se referirá a los instrumentos que el demandante intenta hacer valer como pericia, que corren a fojas 131 y a fojas 324. En el primero de ellos, el tribunal repara que aparece siendo suscrito por don xxxxxxxx, de quien, además de desconocerse todo tipo de antecedentes, no se indica si posee experiencia en un servicio de urgencia, a lo menos similar al ubicado en esta comuna, y tampoco se refiere a la existencia de medios que permitan acceder a los exámenes a los que se refiere en su “informe”. En cuanto al documento de fojas 324, llama la atención que se estime

como negligente el actuar del médico, en circunstancias que debe formar parte de las conclusiones del pretendido informe, lo que refleja un error metodológico. Además, la persona que aparece suscribiéndolo, que se identifica como Dr. xxxxx, no hace mención a su experiencia en el ámbito de la medicina de urgencia. En ambos casos, no se indicó el procedimiento adoptado, comparativo o descriptivo, como tampoco se hizo referencia a las condiciones del actuar de la médico que realizó la atención a la paciente, ya que, la presunción de negligencia contenida en los informes no puede descansar en la sola narración de hechos, pues, dicha conclusión debe emanar de supuestos comprobables, lo que forma parte del análisis deductivo de la prueba, y que constituye una actuación privativa del juez de la causa.

En el fallo se está comentando dos pericias o informes, se critica la forma en que se construyó el informe, no se acreditó la persona que escribió la pericia, su título o experiencia por la que fueron llamados a realizar el análisis y tampoco reconoce la metodología utilizada.

En el fondo, no se está criticando a la persona que realizó el informe (es algo aparte si le gusta el estilo del informe), faltó el orden al presentar la prueba, acreditar quién es la persona que suscribió la pericia, qué experiencia tiene, en qué se apoyó para opinar de los hechos, aquí faltó la forma de la pericia.

10° Juzgado Civil de Santiago, rol: C-270-2017

VIGESIMO PRIMERO: Que del examen y análisis de las pruebas aportadas por la parte demandante, esta sentenciadora se forma la convicción de que resulta insuficiente para acreditar o demostrar los hechos constitutivos de la situación jurídica que reclama, esto es, efectividad que la demandada de autos, incurrió en una conducta negligente o descuidada al no vigilar atentamente el proceso de parto de doña xxxxxxxx y no cambiar el plan de parto la misma, de vaginal a quirúrgico, infringiendo así, la *lex artis* de la obstetricia; toda vez que la única prueba que podría entenderse como pertinente para tal efecto, es el informe pericial del Dr. XXXXXX, incorporado a folio 191, el que apreciado conforme a la sana crítica, no logra acreditar la negligencia atribuida por los demandantes a la matrona. A mayor abundamiento, es posible constatar que el referido informe incurre en una serie de imprecisiones. Primeramente, no indica en base a qué documento realiza su pericia, limitándose a hacer referencia a una “ficha que ha tenido a su vista”, no constando en autos que alguna de las partes haya acompañado la ficha clínica de doña xxxxxxxx. En segundo término, el mencionado informe no precisa en qué hito o momento del Monitoreo Fetal Intraparto

(MEFI), el perito logra detectar que la variabilidad de la frecuencia cardiaca fetal es mínima o ausente (“registro plano”), ni tampoco se refiere a los rangos de frecuencia cardiaca que deberían entenderse como normales, pues solo explica que dicha frecuencia debe ser irregular para encontrarse dentro de lo normal. Y por último, agrega que ante la constatación del monitoreo anormal, la matrona debía informar de ello al médico tratante, puesto que dicha situación, “excede las posibilidades de toma de decisiones de conducta obstétrica de la matrona”, agregando que no consta dicha comunicación en la ficha clínica aludida, por lo que le atribuye a la demandada, no actuar de acuerdo a la *Lex Artis* en obstetricia; sin embargo, dicha conclusión resulta del todo insuficiente en razón de las evidentes carencias que presenta el informe. Por otro lado, el informe peritaje agregado a folio 175, realizado por el Dr. xxxxxxxx, medico neurólogo, concluye que el paciente, presenta un cuadro denominado Síndrome Apálico, que “corresponde a las secuelas de una hipoxia neonatal severa la cual compromete a las células neuronales grises del cerebro”, precisando que en el caso que nos convoca, “las causas de la hipoxia subyacen al periodo de parto o perinatal, no teniéndose antecedentes claros de cuál fue la causa final de esta situación”.

En este fallo, el comentario comienza con el peritaje presentado por la parte demandante. El juez considera que el informe contiene imprecisiones que hacen imposible valorar la pericia, debido a que en el desarrollo del argumento el perito comenta que, en base a la ficha que ha tenido a su vista, y en lo concreto de la causa, solo está acompañada la ficha clínica del recién nacido y no la ficha clínica de la madre (su atención en el parto), por lo tanto, todo lo que se asegura o considera erróneo en el actuar de la matrona, no consta en el proceso y con esto el juez no tiene dónde verificar o aceptar la atención recibida por la paciente en el parto y el daño causado en este acto al hijo. Además, el perito intenta explicar el problema o falla en el monitoreo fetal intraparto en cuanto al rango de secuencia cardiaca esperada, y el juez considera que no fue lo suficientemente claro para explicar la situación y, finalmente, se refiere a la falta de comunicación entre la matrona y el médico que debería estar en la ficha de la madre que no está en la causa.

CONCLUSIÓN

Como ya comentamos al principio del capítulo, el objetivo es intentar que el peritaje sea más cercano a los lectores, y crear conciencia de la importancia del peritaje en la causa legal médica. No es tan importante que se comprenda

la parte procesal del juicio o las normas que se tienen que respetar en la tramitación del litigio (eso es trabajo y deber de abogado), pero entendiendo y conociendo un poco la forma en la manera de la valoración, se quiere crear la sensación más cercana al trabajo del perito.

La participación del médico perito en el juicio oral penal es exponer la pericia y a él mismo ante los jueces, quien va a ser interrogado sobre el tema, también será consultado por la contraparte y el fiscal, tiene que explicar de forma oral en la audiencia del juicio su pericia, intentando que su explicación logre la comprensión del análisis, su lenguaje no verbal también influirá en la conciencia de las personas que están presentes en el juicio, su interacción en este plano es fundamental para que la pericia tenga la eficiencia que se busca, por lo tanto, el precio de ser perito es la exposición.

Existen algunas personas que piensan que no todos los expertos son adecuados para ser peritos, o incluso capaces de asistir como peritos en las causas; la tensión o el estrés a que está sometido el perito es demasiado fuerte y hay algunos que no son capaces de soportarlo, pero considero que nadie puede opinar de la capacidad del experto (en este caso los médicos); esa aptitud se trabaja y desarrolla con el estudio y experiencia (igual que el conocimiento necesario para el perito), pero solo ustedes pueden decidir si quieren participar en una pericia, siendo válido que no quieran participar, no porque no puedan, si no por que no quieren o no hay interés en este ámbito que mezcla el derecho con la medicina. Pero si existe la inquietud en participar y asumir el rol en un juicio, la ética y las ganas de explicar el arte que maneja deberán estar siempre presentes, es importante tener en cuenta que en los juicios se debate si se respeta la *lex artis* de los involucrados en la atención de los pacientes, pero como peritos también responden a su propia *lex artis* “el arte de realizar peritajes”, teniendo una alta carga ética y moral.

BIBLIOGRAFÍA

- Alex Carocca, *El nuevo sistema procesal penal*, Editorial Jurídica La Ley.
- Silva Vargas, P. y Valenzuela Rodríguez, J. (2011). Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111879>.
- Real Academia Española. Disponible en <https://dle.rae.es/perito>.
- Juan Carlos Bello, *Derecho Médico*, 1ª edición febrero de 2021.

- Miguel Reyes, *Medios de Prueba. Situación comparativa entre los procedimientos civiles y contencioso-administrativos en Chile y derecho comparado*. Santiago, Librotecnia.
- Antonio Piga, *Ética en la pericia médico-legal*, Medicina de Costa Rica, Vol. 17, 2000. Disponible en https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152000000100004.
- Cristóbal Nuñez, *Tratado del Proceso Penal y de Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968.

Jurisprudencia

- 13° Juzgado Civil de Santiago, rol: C-10896-2017
- 1° Juzgado de Letras de San Fernando, rol: C-822-2016
- 10° Juzgado Civil de Santiago, rol: C-270-2017

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

“UN ACTO DE COMUNICACIÓN”

Abogada Natacha Fernández¹

Dr. Juan Carlos Acuña Cisternas²

En el ejercicio de la medicina, quienes se dedican a la práctica clínica están llamados a tratar directamente con personas, por lo que el acto médico se traduce en un interactuar necesario con un otro llamado paciente. El acto médico es un proceso informativo entre las partes que participan en él, y resulta fundamental su desarrollo para lograr un entendimiento entre quienes participan en él. Es de esperarse, por lo complejo y amplio de la materia que abarca esta ciencia, que quienes acuden a solicitar una atención en salud no manejen mayores conceptos, o tengan acabado entendimiento del funcionamiento del cuerpo humano, sus patologías, enfermedades, tratamientos o procedimientos técnicos, entre otros, por lo que el acto médico debe manejarse adecuadamente. El desarrollo de la atención médica ha evolucionado al punto de que se ha hecho imprescindible el reconocimiento de derechos y deberes de los pacientes y el resguardo del personal sanitario, la generación de protocolos, procedimientos internos, educación y preparación para afrontar dicha labor. Así las cosas, los perfiles de los pacientes no son los mismos que hace quince años atrás, pues existe una mayor exigencia en cuanto a la calidad que se espera recibir en una prestación pública y privada, ello sumado a los

¹ Autora: Abogada de la Universidad Católica del Norte. Diplomado de Derecho de Recursos Naturales, Universidad Católica del Norte. Diplomado de Negociación y Mediación con mención en Mediación, aprobado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Autor: Médico cirujano de la Universidad de Concepción, especialista en cirugía general. Subespecialidad de cirugía endoscópica. Jefe de la Unidad de Cirugía Endoscópica del Hospital Guillermo Grant Benavente. Director Vocal de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (Falmed).

altos costos que implica la atención de salud. Ahora bien, la atención médica, más allá de lo técnico, es un acto comunicativo donde, generalmente, el usuario se encuentra en una situación de vulnerabilidad en cuanto a su condición de salud, que lo afecta emocionalmente y lo predispone, según sea el caso, a una atención más o menos compleja, frente a un otro, el profesional, quien cuenta con mayores conocimientos técnicos sobre esta materia.

Existen distintos tipos de perfiles de pacientes, por ejemplo, hay quienes, ayudados por el fácil y expedito acceso a la información, preparan sus atenciones médicas para aprovechar al máximo la interacción con el profesional, incluso para dar con un correcto diagnóstico previo o en conjunto con él. Otros, por su parte, confían ciegamente en una opinión médica o temen preguntar aquello que no comprenden, hay quienes seguirán al pie de la letra las instrucciones dadas, o también aquellos que buscan dar con un profesional que pueda satisfacer sus expectativas, entre muchos otros. Así, también existe una gran variedad y estilos a la hora de ejercer la medicina, existen, por ejemplo, profesionales muy atentos con quienes sus pacientes perciben gran familiaridad, otros por el contrario crean distancia desde un inicio de la relación profesional; ello se debe al mayor o menor manejo de habilidades blandas. Sea cual sea el escenario para equiparar la balanza y asumir los desafíos actuales en el ejercicio profesional, es que se debe apuntar a mejorar la preparación de los profesionales médicos con la finalidad de generar herramientas para la atención y manejo de público.

La educación formal y la práctica de la medicina pocas veces se hace cargo de comprender, más allá del acontecer biológico y funcionamiento del cuerpo humano, el acto de comunicación que involucra la atención médica, el trato adecuado y la comprensión del paciente. Sin embargo, los problemas en la comunicación es en donde reside el mayor descontento en las atenciones médicas. Los médicos y los pacientes se unen entre sí mediante un proceso comunicativo inherente al ejercicio clínico, gestando una relación algunas veces difícil, ya sea por versar sobre “salud”, por las precarias condiciones en las cuales se desarrolla la atención, por la falta de entendimiento, falta de comunicación y/o atención y un sin fin de situaciones que dependen del contexto en el que se desarrolle tal relación. La invitación del presente capítulo es permitirse la observación y entendimiento del ser humano como ser lingüístico, y cómo el adecuado e incluso intencionado uso del lenguaje puede mejorar la práctica médica y el entendimiento con los pacientes. Este estudio se sostiene en la ontología del lenguaje, como interpretación de lo que significa ser humano, tomando de referencia al

maestro Rafael Echeverría³, quien plantea un estudio acabado de estas materias, cuyos postulados básicos apuntamos son fundamentales.

1. LOS SERES HUMANOS COMO SERES LINGÜÍSTICOS

El lenguaje constituye al ser humano como tal, y es aquello que nos diferencia de manera particular de otro tipo de especies. Reconoce en la existencia humana tres dominios primarios: la corporalidad, la emocionalidad y el lenguaje, siendo este último mediante el cual damos sentido y comprensión a nuestra existencia, sin desconocer la importancia del dominio del cuerpo y la emocionalidad. De esta reflexión deriva el primer principio que sustenta la ontología del lenguaje de la mano de Echeverría, al señalar que **“no sabemos cómo son las cosas, solo sabemos cómo las interpretamos”**⁴. Se postula así que no podemos declarar la verdad del conocimiento con independencia del observador, como refiere Echeverría [...decir que algo es verdadero solo equivale a que es coherente con otras proposiciones que aceptamos como válidas]⁵. De esta manera, se traslada la atención más allá de lo observado a quien observa, y al análisis de quien efectúa esta observación.

2. EL LENGUAJE GENERA REALIDAD

Mediante el lenguaje creamos y generamos realidad, el lenguaje no es meramente un elemento descriptivo, a diferencia de lo que se pensaba antiguamente, por el contrario, mediante su uso podemos hacer que las cosas sucedan, es generativo en su esencia. No tiene así una existencia pasiva, es acción. Por tanto, mediante la utilización del lenguaje se puede generar un cambio a nivel personal como del mundo que nos rodea. De ello deriva para la ontología del lenguaje el segundo principio que refiere **“no solo actuamos de acuerdo a cómo somos, sino que también somos de acuerdo a cómo actuamos”**⁶, teniendo en ello la generación del lenguaje, como la optimización del mismo, gran responsabilidad.

3 Rafael Echavarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor.

4 Rafael Echavarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor Pág. 40.

5 Rafael Echavarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor pág., 42.

6 Rafael Echavarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor Pág. 46.

3. LOS SERES HUMANOS SE CREAN A SÍ MISMOS EN EL LENGUAJE

Finalmente, postula la ontología del lenguaje que, así como generamos realidad, igualmente podemos constituirnos en base al lenguaje. Por esto, no debemos sentirnos definidos por nuestras circunstancias, si bien nuestra historia influye en quienes somos, tenemos la posibilidad de gestarnos como queremos ser. Tal como se ha demostrado la plasticidad de nuestro cerebro, nuestra vida también puede estar a nuestro servicio a través del uso del lenguaje. Tenemos así un papel activo para modificar y transformar nuestra existencia. El tercer principio plantea, **“Los individuos actúan de acuerdo a los sistemas sociales a los que pertenecen. Pero a través de sus acciones pueden cambiar los sistemas sociales”**⁷. De nuestra interacción social se genera el lenguaje y su rol generativo permite modificarla, así como el individuo se genera en el sistema del cual participa, del mismo modo el individuo lo constituye.

Analizando la tesis planteada por el profesor Echeverría en cuanto a los tres dominios del ser humano, desprendemos:

➤ EL LENGUAJE HUMANO

Maturana plantea que el lenguaje no debe reducirse al concepto de “conversación”, sino que lo define en términos de “coordinación de coordinaciones conductuales consensuales recurrentes”⁸; Echeverría, por su parte, plantea que se trata de “una coordinación recursiva del comportamiento”⁹. La RAE, por su parte, lo define como “Facultad del ser humano de expresarse y comunicarse con los demás a través del sonido articulado o de otros sistemas de signos”¹⁰. Todos estos conceptos hacen alusión a la capacidad lingüística del ser humano, lenguaje que comprende un gran número de signos consensuales, y una capacidad de creación de nuevos signos, es evolutivo. Echeverría se centra así en una distinción particular del lenguaje, como es su carácter recursivo, haciéndolo equivalente a la reflexión. El individuo se crea a partir de las relaciones que genera con los demás, se moldea en el sistema al cual pertenece, como también por la posición que ocupa en este sistema. Es de esta forma, como mediante la capacidad

7 Rafael Echevarría, Ontología del Lenguaje, Editorial JC Sáez Editor pág.62.

8 Humberto Maturana, El Sentido de lo Humano, Editorial Planeta Chilena, Pág. 56.

9 Rafael Echavarría, Ontología del Lenguaje, Editorial JC Sáez Editor pág.53.

10 Real Academia Española (RAE).

recursiva del lenguaje, podemos observar el sistema al que se pertenece para intervenir en él, abriendo nuevas posibilidades o despojando de viejas creencias limitantes y/o modificar otras tantas; como plantea Dispenza¹¹ este cambio se efectúa orientado a mejorar nuestra realidad, para permitir nuevas experiencias y percepciones, lo que se traduce en dejar el hábito de ser uno mismo. El lenguaje no es inocente, toda proposición e interpretación abre y cierra determinadas posibilidades.

ACTOS LINGÜÍSTICOS

Dentro de la variedad de actos mediante los cuales versa el lenguaje, siguiendo el análisis efectuado por Echeverría en el estudio de la ontología del lenguaje, propone:

a. Las Afirmaciones

Actos lingüísticos que se dan cuando es el lenguaje el que debe adecuarse al mundo, son proposiciones acerca de nuestras observaciones. No describen las cosas como son, manteniendo lo propuesto inicialmente, cada quien observa según las distinciones que posea. Las afirmaciones pueden ser verdaderas o falsas, se les reconoce como “los hechos”.

b. Las Declaraciones

Actos lingüísticos que modifican el mundo y, por tanto, viene siendo la expresión más clara del poder de la palabra en cuanto generativa de realidad; dicha facultad solo es posible dependiendo si quien efectúa la declaración tiene o no la capacidad para cumplirla. Estas pueden ser validas o invalidas, y efectuada la declaración se genera el compromiso a un comportamiento en coherencia con la realidad declarada. Existen varios tipos de declaraciones que verificamos de manera cotidiana, tales como:

- **Declaración del “No”:** esta declaración compromete ampliamente la dignidad de la persona, ya sea que se exprese o se ignore su expresividad. Es decir, cuando ella no se expresa, debiendo manifestarse, compromete a la dignidad del individuo. Como también puede ocurrir que al expresarla es ignorada por otros, lo que implica una falta al respeto personal. Esta declaración nos constituye al exterior, según sea como la utilizemos.

¹¹ Joe Dispenza, Deja de ser tú, Editorial Hay House, California, Pág. 62.

- **Declaración del “Sí” (o será Sí):** esta declaración afecta la identidad de la persona por cuanto su expresión implica un compromiso, es equivalente a un acepto. Por lo que, no cumplir con tal declaración compromete igualmente la identidad con la cual nos mostramos al mundo.
- **Declaración de “Gratitud”:** si bien muchas veces se atribuye a esta declaración un habito de educación que puede terminar considerándose un acto reflejo, es importante en cuanto otorga una oportunidad de reconocimiento de lo que se posee o experimenta en la vida, a los demás y también hacia uno mismo. Muchas veces dejar de manifestar esta declaración puede causar resentimiento cuando no es reconocido el trabajo de un otro.
- **Declaración de “Perdón”:** para aquellas situaciones en las cuales no se cumple lo comprometido o mediante el actuar, sin mediar intención se causa daño a otros; resulta importante asumir la responsabilidad y hacerse cargo. Esta declaración se encuentra desglosada en tres partes. Por una parte, la petición del perdón, en la cual se manifiesta un reconocimiento de la responsabilidad, con independencia de una eventual reparación. Por otro lado, el otorgamiento del perdón que, como tal, es un acto declarativo de liberación personal. Finalmente, está el acto de perdonarse a sí mismo, muchas veces minimizado, sin embargo, fundamental para la liberación personal como acto compasivo y como manifestación de amor propio.

Mediante todas estas declaraciones generamos nuestras relaciones con otros y también moldeamos nuestra vida.

c. Las promesas, petición y oferta

Son actos declarativos mediante los cuales se coordinan acciones con otros. Al efectuarse una promesa, quien promete se obliga para con otro a ejecutar una determinada acción, por tanto, lleva en sí un compromiso a futuro. La promesa está compuesta de dos partes: el ofrecimiento y su cumplimiento. E involucra dos actos lingüísticos, como es “ofrecer” una promesa a otro y la “aceptación” de la promesa, o visto de otra forma, la solicitud de la promesa y aceptación de tal petición.

Los actos lingüísticos deben efectuarse de manera clara para evitar situaciones equívocas, en cuanto a lo que se promete como el resultado. De tal forma, quien espera se cumpla una acción determinada verá sus expectativas

frustradas y quien cree cumplir lo prometido verá que no produce su actuar la satisfacción esperada. Esto ocurre muchas veces en el ejercicio práctico del acto médico, ya sea cuando promete o idealiza resultados médicos específicos en procedimientos o tratamientos, minimizando los riesgos del proceso y generando expectativas en los pacientes, cuyo resultado no deseado se recibe como un incumplimiento a lo prometido, más que como un riesgo asociado. De igual forma ocurre cuando se simplifica la atención médica, ya sea por la experticia o frecuencia con que se realiza determinada prestación, olvidando considerar la particularidad del paciente y el contexto de la atención, no generando tal entendimiento donde el paciente asuma igualmente la responsabilidad del riesgo aceptado. Así también la falta de claridad en este tipo de actos lingüísticos puede llevar a creer que los pacientes comprenden los requerimientos efectuados para determinados procedimientos, por ejemplo, dejar de fumar previa intervención quirúrgica, por el simple hecho de señalar que es malo, sin clarificar de qué forma resulta importante tal compromiso, como los riesgos asociados al no efectuar un cambio de hábito.

LOS JUICIOS

Siguiendo a Echeverría, nos adentraremos en los juicios; ellos representan una opinión, frente a la cual se puede o no estar de acuerdo. Los juicios pertenecen a los actos lingüísticos de las declaraciones, sin embargo, no todas las declaraciones son un juicio. Ellos generan una realidad nueva, y ella reside por completo en la interpretación que proveen. Hay ciertas autoridades dotadas de poder de emitir juicios, los cuales se reconocen como válidos por la comunidad. Su validez depende entonces de la autoridad que tenga la persona para hacerlos. Cuando emitimos un juicio, además del compromiso de autoridad, suelen estar basados en observaciones de acciones ejecutadas en el pasado. Los juicios, para ser fundados, deben efectuarse para algo o por algo, lo cual proyecta una acción en el futuro: hay que considerar los estándares en relación a la acción que se proyecta a futuro, es decir, el contexto, considerar el dominio de observación en el cual se emite el juicio y sustentarlo en afirmaciones respecto de los estándares sostenidos, como también en un fundamento suficiente para sustentarlo.

Los juicios hablan respecto de quien los emite, permitiendo observar el mundo del emisor, en el entendido que actuamos como somos y somos como actuamos. Los juicios que cargamos, emitimos o callamos, de otra forma encierran nuestras interpretaciones de lo observado. Sin embargo, es importante a la hora de emitir juicios, procurar que se encuentren sustentados adecuadamente.

Como ya se ha señalado, mediante los actos lingüísticos formamos nuestra realidad, identidad y también como somos observados, y la generación de confiabilidad está plenamente ligada a la forma de comunicar al mundo exterior. El respeto es el juicio de aceptación del otro como un ser diferente, legítimo en su forma y autonomía. El respeto mutuo, refiere Maturana, no implica solo una precondition del lenguaje, sino la convivencia social de la cual emerge este.

LA ESCUCHA

Un elemento fundamental en la conversación humana es la escucha, la cual está directamente relacionada con la atención que se tiene con aquello que se dice por un otro. El hablar se valida con el escuchar, una buena comunicación no se construye únicamente con la utilización de un adecuado lenguaje, requiere que el mismo sea recibido con atención de lo que se trasmite. Haciendo la distinción con oír, que se refiere al fenómeno físico de percibir sonidos con el oído¹², a la escucha se le suma la interpretación de aquello que se dice, y el por qué las personas realizan las acciones que efectúan. Muchas veces ocurre que mientras alguien habla, quien debiese estar escuchando, mentalmente crea argumentos, los cuales esperan expectantes para validar un punto de vista u opinión e interrumpir al otro, dejando de poner atención y solo escuchándose a sí mismo. Quienes escuchan con conciencia se transforman en buenos observadores, como también en constructores de historias.

Aplicado a la atención clínica, se traduce en atender las necesidades de los pacientes, aprender de tales inquietudes para así mejorar el servicio prestado y brindar atención de calidad; esto se puede lograr comenzando por poner atención e involucrarse con atención de los pacientes. Al escuchar una conversación se abren posibilidades que permiten el reconocimiento del otro y descubrir su mundo, o al contrario, comprender las posibilidades que se cierran o las circunstancias que cambian después de una conversación. Sin embargo, ese permitirse es lo que enriquece la comunicación humana. Al sentir superioridad frente a un otro por conocimientos, creencias o cualquier elemento usado para justificar una posición, se olvida que este pensar equivale solo a un observador más, pues cada quien observa el mundo desde su particular punto de vista. Para ello una escucha activa es esencial, para lograrlo se debe partir por separar a la persona del problema, no confundir la relación con otro con la problemática o diferencia que se tenga, haciendo de la situación algo personal, desviando la atención de lo importante. Tampoco se debe ignorar la emocionalidad que deviene de

12 Real Academia Española (RAE).

una determinada situación: es inherente al ser humano como ser emotivo. Recomendaciones para prepararnos a una escucha activa:

- Escuchar **atentamente** lo que se dice, ello produce cercanía con otro, genera interés y satisfacción. Entender que el otro, como persona, tiene su propia observación de una determinada situación, sus propias percepciones y limitaciones. Para demostrar comprensión, hacer uso de frases tales como “según su perspectiva, lo que ocurre es”, evitando expresiones que impliquen negación del otro. Comprender lo que se dice no implica estar de acuerdo con ello.
- Evitar **juicios prematuros** con quien intenta comunicar algo, dado que lo anterior frena el curso de la conversación y predispone a un resultado cerrando posibilidades.
- **Mirar** a quien habla, si ello es posible, dejar de estar haciendo otras cosas que solo distraen y demuestran desinterés.
- **Evitar interrupciones** o complementaciones desde experiencias propias robando foco. Más bien observar no solo el lenguaje verbal sino también el lenguaje no verbal.
- **Preguntar**, ahondar en lo que se dice.

Las conversaciones siempre están cargadas de quienes somos, para una buena comprensión se debe considerar el contexto en el cual se desarrolla la conversación, la emocionalidad propia como ajena y la disposición en la misma mediante uso corporal. Finalmente, considerar que somos el resultado de nuestras experiencias, nuestra historia, aquello que escucho o digo varía según las experiencias personales vividas; al considerar estos elementos podemos evitar malos entendidos y errores al conversar. El habla se valida en la escucha, y una escucha activa genera confianza y el éxito de nuestras relaciones, como escuchamos también seremos escuchados, vamos así generando nuestra identidad.

RECOMENDACIONES PRÁCTICAS AL ESCUCHAR

- Poner atención mental y corporalmente a lo que se dice.
- Hacer preguntas, para orientar la información.
- Parafrasear la información entregada.
- Ratificación de información compartida.
- Poner el cuerpo a disposición de la atención.

“Entre lo que pienso,
Lo que quiero decir,
Lo que creo decir,
Lo que digo,
Lo que quieres oír,
Lo que oyes,
Lo que crees entender,
Lo que quieres entender,
Y lo que entiendes...
¡Existen 9 posibilidades de no entenderse!”
Edmond Wells¹³

LAS CONVERSACIONES Y LOS QUIEBRES

Cuando nos referimos a los quiebres, estamos haciendo alusión a aquellos momentos en que se produce una ruptura en la relación, o como refiere Echeverría “la interrupción del fluir transparente de la vida”¹⁴. En estos momentos las conversaciones pueden resultar difíciles y, por tanto, siguiendo el análisis de la ontología del lenguaje planteado por Echeverría, para abordar lo mismo de manera efectiva, se debe considerar:

1. Lo juicios personales: frente a conflictos en la comunicación, cuando se efectúan juicios personales sobre lo ocurrido, quedando atrapados en el quiebre, sin avanzar más allá, sin abordar el quiebre, evadiendo así hacerse cargo del asunto. Siendo relevante ocuparse y asumir responsabilidades en cuanto al quiebre.
2. Conversaciones sobre acciones: la necesidad de conversar con otro sobre qué hacer frente a un quiebre, asumiéndose las consecuencias del mismo o resolverlo, ya sea proponiendo soluciones mediante los actos lingüísticos referidos, por ejemplo, pedir perdón, o hacer ofertas entre otros. Hacerse cargo y ejecutando acción para resolver.

¹³ Personaje de ficción creado por el escritor francés Bernard Werber.

¹⁴ Rafael Echavarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor Pág. 188.

3. Conversaciones de posibles acciones: cuando no se logra visualizar acciones para resolver determinados quiebres, la conversación se centra en planificar acciones para reparar el quiebre o manejar las consecuencias del mismo.
4. Conversaciones sobre conversaciones: otras tantas veces ocurrirá que el quiebre genera distanciamiento entre las partes, por lo cual se pueden planear conversaciones sobre aquello, para evaluar futuras conversaciones sobre el quiebre.

Así, se deberá hacer distinción del que tipo de conversación requerida para el caso particular, siempre van a existir opciones que abran oportunidades para hacer frente al quiebre. Las relaciones humanas se construyen en el lenguaje y el mismo se resuelve en sus diferencias, para modificar aquello que no resuena o que no permite avanzar. Sostener sin embargo, que las conversaciones no deben dar lugar a diferencias, reclamos o desacuerdos, sería negar la propia naturaleza humana. A mayor complejidad y abstracción del mensaje, mayor será la posibilidad de comunicación ineficaz.

➤ LA EMOCIONALIDAD

Humberto Maturana acuñó el término *lenguajear*, cuando al conversar se entrelaza el lenguaje y el emocionar. Pero qué entendemos por las emociones y hasta qué punto creemos que pueden ser responsables de nuestra comunicación con otros. Como se refirió en un comienzo, el fenómeno humano transcurre en tres dominios: el lenguaje, el cuerpo y la emocionalidad todas confluyen y determinan la forma en que nos comunicamos. Toda comunicación tiene un elemento cognitivo y otro emocional. Para Echeverría la emoción es “una distinción que hacemos en el lenguaje, para referirnos al cambio en nuestro espacio de posibilidades a raíz de determinados acontecimientos”¹⁵, los que gatillan las emociones, que son específicas y reactivas, y que deben observarse para identificarlas y manejarlas. Los estados de ánimos vienen siendo un estado químico del ser, por lo general de corta duración, que prolonga una reacción emocional. Dispenza denomina al tiempo de duración tiempo refractario, como aquel tiempo que abarca desde su inicio hasta la liberación de estas sustancias, hasta que su efecto disminuye¹⁶. Ahora bien, en la medida que la emocionalidad empaña el actuar, condiciona la forma de ser de los

¹⁵ Rafael Echeverría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez Editor 2003, Pág. 261.

¹⁶ Joe Dispenza, *Deja de ser tú*, Pág. 119.

individuos, se debe a estar insertos en ella. Por otro lado, cuando el estado de ánimo perdura en el tiempo, se está frente al temperamento de la persona, que vendría siendo esta reacción emocional por un periodo refractario que dura semanas a meses. Y cuando una emoción dura meses a años, estamos hablando de rasgos de personalidad.

Los estados de ánimos y las posibilidades que surjan de nuestras conversaciones están directamente relacionadas, por tanto, son estas conversaciones, las que pueden cambiar horizontes y por consecuencia también los estados de ánimos; para ello se debe procurar diseñar las conversaciones para obtener resultados beneficiosos que permitan mejorar la visión del mundo, así como apostar por una mejor calidad en la prestación de los servicios clínicos brindados. Para ellos es importante:

- Observar y aprender a distinguir los estados de ánimos.
- Conciencia emocional de uno mismo.
- Entender que ellos no definen a la persona, pero sí se transitan. Autogestión emocional.
- Cuidar de las historias creadas en torno a un estado de ánimo, muchas veces justificándolos innecesariamente.
- Identificar los juicios tras estos estados de ánimos, sus fundamentos.
- Examinar la estructura lingüística en tales juicios.
- Identificar los estados de ánimos para anticipar su repetición.
- Dominar y tomar conciencia de cómo usamos nuestro cuerpo, ya que él también contribuye a generar estados de ánimos.
- Cambiar nuestras conversaciones para producir cambios en los estados de ánimos.
- Tomar responsabilidad sobre los estados de ánimos.

ESTADOS EMOCIONALES BÁSICOS

Siguiendo a Maturana, refiriéndose a los estados emocionales básicos, según su mirada, la que coincide con la problemática que ocurre cuando no se logran superar ni construir espacios interpretativos comunes en el ejercicio médico.

1. Resentimiento

Estado de ánimo que ocurre cuando los seres humanos luchan contra aquello que no pueden cambiar, incapacidad para aceptar las factibilidades de la

vida. Sentirse víctima de una acción injusta, ya sea por no recibir algo o por la negación de una posibilidad, y que nada se puede hacer para cambiar las cosas. En el resentimiento alguien aparece como responsable de tal resultado, a diferencia de la ira que se le parece, este estado de ánimo permanece oculto bajo la superficie por lo que se alimenta en silencio. El resentimiento tiene su fuente en las promesas y las expectativas legítimas no cumplidas, ambas se sustentan en un derecho de esperar determinado resultado que no sucede, una conducta esperada de otros. Ahora bien, no todo incumplimiento genera resentimiento, va a depender del caso particular. Este estado emocional suele ser reiterado en las causas de **mal praxis médica**, en los cuales los pacientes sienten se les ha incumplido o se les ha generado un resultado diferente y suele expresarse en los primeros acercamientos jurídicos, como son las audiencias de mediación, o cuando ya la relación médico-paciente se encuentra lastimada. El motivo de dejar de manifestar el resentimiento, es considerar que se está en una posición inferior de poder.

2. Aceptación

Estado de ánimo de reconciliación con las factibilidades de la vida, se acepta y fluye en armonía con las posibilidades que se cerraron, se acepta aquello que no está en nuestras manos modificar. Permite cambiar aquello posible, sin caer en lamentación por aquello que escapa de las posibilidades.

Para transitar del resentimiento a la aceptación, lo común es expresar repriminación, que consiste en culpar a otro de lo ocurrido, sumados a los juicios de lo ocurrido, lo cual puede terminar encendiendo más un asunto y los ánimos de las partes y no invitar a la reflexión o conversación. Pero se puede también efectuar la queja, que consiste en hacer saber al otro lo ocurrido, lo que genera acción para eliminar el resentimiento, lo disuelve. Así las cosas, para evitar el resentimiento se deben efectuar promesas claras, evitar generar espacio a suposiciones o expectativas ilusorias, y verificar si la otra parte recibe la información de la misma manera. En la práctica clínica ocurre que se deben entregar explicaciones respecto a procedimientos, tratamientos, entre otros, los cuales pueden llegar a ser muy técnicos así como sencillos, en tales casos procurar asegurar que la información que emitimos sea la misma recibida, que suele verificarse utilizando la expresión “¿me entendió?”, entregando al otro la responsabilidad del entendimiento, fuera que esta explicación se diera o no adecuadamente, para ello modificar la expresión por ¿me expliqué?, lo que deja en quien entrega el mensaje la responsabilidad de la información emitida y evita la presión ante la falta de comprensión.

3. Resignación

Estado de ánimo cuando aquello ocurrido no puede ser cambiado, mientras que otra parte sí lo considera posible, es decir, se cuestiona la posibilidad de no modificar una determinada situación. En este estado, para quien lo experimenta no existe posibilidad de efectuar un cambio en el futuro, no viendo en acciones presentes opción de interferir en oportunidades futuras. Como no sabemos qué hacer, preferimos no hacer nada.

4. Ambición

Estado de ánimo en el cual una persona se construye al futuro, las acciones son generativas de realidad y el futuro presenta hoy un mundo de posibilidades.

En cuanto al transitar de un estado de resignación a un estado de ambición, se deben evaluar los juicios que tenemos sobre aquello que creemos no podemos cambiar, mediante el aprendizaje, refiere Echeverría, se pueden transformar los juicios de factibilidad a juicios de posibilidades.

➤ LA CORPORALIDAD

Finalmente, el tercer dominio del ser humano es la corporalidad. Cuando hablamos de ella estamos aludiendo a las formas no lingüísticas de comunicar, relacionadas con el cuerpo y la disposición del mismo a la hora de conversar. Ocurre que solemos poner atención a lo expresado, entendiendo como tal el conjunto de palabras o información que enviamos a otro, pero no se debe olvidar que existe una comunicación permanente, que no deja de existir por más que se esté en silencio y ello viene de la mano del cuerpo.

La corporalidad es lo que expresamos cuando estamos o no hablando, se conoce como lenguaje paraverbal, no verbal o extralingüístico, la cual puede o no estar en congruencia con lo que decimos o deseamos decir. Se relaciona a los gestos (entrecejo fruncido, mirada, gesticulación, presencia, incomodidad, etc.), los cuales puede manifestar apertura o cierre a la hora de comunicar. Diversos son los estudios que apuntan a la interpretación del cuerpo a la hora de comunicar, incluso al punto de simbolizar las distintas posibilidades que otorga el cuerpo, pero más allá del aprendizaje de una técnica, lo significativo es tomar conciencia de cómo comunicamos sin necesidad de las palabras y cómo este tipo de comunicación está siempre hablando por nosotros.

En cuanto al ejercicio clínico de la medicina, y las relaciones que se generan en el entorno laboral, atender la conexión entre lo dicho verbalmente, la

intención de generar una imagen, la forma de ser y finalmente la disposición del cuerpo, es un proceso simultáneo. El hecho de concientizar la observación en lo que se comunica profesionalmente desde la corporalidad. Pero, más allá de reconocer la corporalidad de las personas, se debe dominar y trabajar la propia para evitar una mala recepción, o equívoca interpretación por incoherencias entre el discurso y la expresión paraverbal de quien comunica. El dominio de la corporalidad invita, al igual que los dominios previamente expuestos, a la observación de nuestras gesticulaciones, reacciones, posturas, entre otras, permitiendo reconocer estados de ánimo e, incluso, poner el cuerpo a disposición para generar cambios emocionales. Los actores, por ejemplo, debido a su profesión, tienen gran conciencia de cómo usar el cuerpo para impactar así en el público, sus movimientos siempre deben tener una intención y están relacionados con el contenido del papel¹⁷. Limitar el lenguaje al habla puede restringir nuestras posibilidades de ser correctamente entendidos, como de entender a otros. Por otra parte, recordar la importancia del silencio, pues mediante este igualmente se comunica, la escucha son momentos de silencio personal donde, puesta la corporalidad a nuestro servicio, invita al otro a sentirse atendido, escuchado y genera empatía. No es aleatorio que una de las quejas más frecuentes de los pacientes que inician procesos de reclamación médica, se deba al hecho de no sentirse escuchados o incluso ignorados por sus tratantes, todos los casos envuelven reproches relacionados con el lenguaje verbal y no verbal.

Mediante nuestra corporalidad también nos enfrentamos y movemos en el mundo, si se desea generar cambios en la vida, en los estados de ánimo, en la calidad de la atención clínica, hay que procurar cambiar nuestras posturas físicas.

RECOMENDACIONES

- Observar en mi cotidianeidad cómo comunica mi cuerpo, en distintos estados de ánimo, tomar nota, observarse.
- Mostrar apertura corporal de escucha.
- Probar en nuestra práctica qué funciona mejor desde la corporalidad.
- Mirar al paciente.
- Dejar de hacer otras cosas cuando lo importante sea atender a otro.

¹⁷ Constantin Stanislavski, La constricción del personaje, Alianza Editorial, Pág. 84.

LA COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO CLÍNICO

Luego del breve análisis de los actos lingüísticos y habiendo anticipado la forma en cómo el lenguaje nos abre o cierra a un mundo de posibilidades, es óptimo que el uso del lenguaje sea analizado desde el foco del ejercicio clínico. Lo enunciado previamente no es aleatorio, sino que viene de la mano de la comprensión que nuestro dominio, como ser humano, se encuentra incierto en el lenguaje, la emocionalidad y la corporalidad, todos elementos claves para la comprensión y generación de relaciones con los pacientes.

La comunicación es un complejo proceso de carácter social e interpersonal, mediante el cual se produce intercambio de mensajes verbales y no verbales, que ejerce influencia recíproca entre interlocutores, propiciando interrelaciones racionales y emocionales. En el ejercicio médico la **comunicación efectiva** impacta en la atención y en la salud de los pacientes, mejorando la precisión del diagnóstico, aumentando la adherencia al tratamiento indicado y confianza en el equipo médico, como también la satisfacción clínica del paciente, reduciendo el riesgo de mal *praxis* médica.

En el “acto médico” confluyen la comunicación, los valores, aspectos emocionales, el conocimiento técnico disponible, las decisiones asistenciales, el consentimiento, respeto y muchos otros elementos que han de manifestarse en el desarrollo del mismo. El acto médico se estructura por:

- Un encuentro entre dos personas, una con voluntad de ayuda técnica y otra con voluntad de curación.
- Un acto fundamentado en el diagnóstico y tratamiento.
- Un acto personal y social, es la sociedad en la que ambos viven la que condiciona la forma del encuentro y los valores subyacentes.

La relación clínica es un acto **libre**, basado en la **confianza técnica y humana** del médico, que transcurre en la intimidad de la consulta. Deteniéndonos en este punto, se hace mención a la libertad en cuanto a la autonomía que tiene la persona de asistir a un establecimiento de salud, sin confundirlo con el estado de ánimo de la persona que muchas veces asiste forzosamente por su propia condición deteriorada o preocupación médica. En cuanto a la confianza, esta requiere tiempo para cimentarse, se trata de una apuesta a futuro, pero en la práctica médica la confianza se desarrolla no solo en una atención específica, sino que se va construyendo en el ejercicio médico general, y es aquí donde proponemos focalizar la atención en cómo se desarrolla la comunicación en nuestras relaciones, e influir desde un adecuado uso en la generación de una nueva realidad y

cómo el mundo exterior los reconocen y observa sus atenciones. La confianza habla del proceso personal de seguridad propia, y que igualmente se invita a la observación lingüística para generar la realidad que queremos para el propio desarrollo y, por último, en cuanto al manejo técnico de la medicina y los conocimientos técnicos constantemente en desarrollo.

El modelo tradicional de la atención médica sostiene que el médico controla la atención, dado que maneja la información técnica, realiza preguntas cerradas para derivar al diagnóstico y proponer un tratamiento, es decir, se fundamenta en una relación unidireccional. De lo anterior, se espera que el paciente se adhiera al tratamiento. Este modelo escapa de la evolución lingüística actual que plantea que el proceso de comunicación es bidireccional¹⁸ y en caso alguno ausente del contexto social y emocional del caso particular. El médico no se limita a entregar información, sino que se compromete con un “acto médico” y por tanto a la coordinación de comunicación con el otro, sea paciente y/o parientes. Hoy en día los profesionales médicos no pueden percibirse como simples manuales de la aplicación de la ciencia médica y para ello es importante que el médico considere al paciente en su totalidad, como refiere Maturana, para lograr comunicación efectiva es fundamental se reconozca al otro, en este caso el paciente, como un ser legítimo, y convivir en tal aceptación¹⁹.

RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE. FUNDAMENTOS ÉTICOS

La relación médico-paciente es la piedra angular de la práctica médica. Así, la declaración de Ginebra (Setiembre de 1948) exige al médico que este debe “*velar ante todo por la salud de su paciente*”. Por su parte, el Código Internacional de Ética Médica estipula: “*El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad*”,

Dentro de los modelos de relación médico-paciente encontramos cuatro modelos principales:

1. Modelo Paternalista

El médico se asegura que el paciente reciba las intervenciones médicas que mejor garanticen su salud y bienestar, entregándole información seleccionada

¹⁸ Marcelino Garay Madariaga, Comunicación y liderazgo, sin comunicación no hay líder, Centro de Estudios en Diseño y Comunicación”. Pág. 62.

¹⁹ Humberto Maturana, El Sentido de lo Humano, Editorial Planeta Chilena, Pág. 59

para dirigir su consentimiento hacia la mejor alternativa, según su criterio. Paciente Autonomía Capacidad de elección Salud Bienestar Médico Paternalista

2. Modelo Informativo

El médico proporciona toda la información al paciente para que este, en consideración de sus valores y criterios, decida qué intervención o tratamiento es el que se quiere realizar. El médico tiene la obligación de proporcionar información veraz y actualizada sobre las alternativas disponibles.

3. Modelo Interpretativo

El médico informa al paciente todas las alternativas terapéuticas posibles, determinando los valores y prioridades del paciente, aconseja la alternativa que mejor se conjugue con ellos. Interpreta la alternativa que mejor se acomode a la realidad valórica del paciente.

4. Modelo Deliberativo

El médico y el paciente se comprometen a deliberar conjuntamente sobre los valores relacionados con la salud de este último, teniendo presente elementos de moralidad, evitando transgredir la relación referida, se decide el actuar, evitando caer en coacción.

Respecto a los modelos señalados, no es preciso referir cuál modelo se utiliza en la atención, ya que muchas veces surgen de la combinación de estos modelos o varían según la atención prestada. En cualquiera de ellos la comunicación con el paciente es vital, así como la comprensión de que es él quien finalmente consiente o no a un determinado procedimiento y/o tratamiento. Se debe propender a la mejor atención posible, respetando tanto los derechos del paciente, como los deberes como médicos. En todos aquellos casos en que limitamos entregar una adecuada información, o creemos haber sido claros a nuestro juicio personal, sin verificar lo comprendido por el paciente. Pueden existir errores que pueden posteriormente llevar al cuestionamiento de la *praxis* médica.

RECOMENDACIONES EN LA ATENCIÓN CLÍNICA

- Saludar, presentarse y despedirse del paciente.
- Deje que el paciente cuente su historia y efectuar escucha activa.
- Verbalice la preocupación del paciente.
- No niegue o ignore la emocionalidad del paciente.

- Desarrolle su disposición a negociar, no cierre su opinión en una posición. Oriente.
- Hable clara y constructivamente en un lenguaje coherente con las creencias e instrucción del paciente.
- Evite efectuar juicios respecto a la información entregada por el paciente.
- No burlarse, si ha de usar el humor que sea de manera de distender el ambiente, no se trata de un contexto de amistad y, así, evitar lastimar susceptibilidades.
- No retar al paciente.
- Solicitar autorización para revisar al paciente.
- Incluya al paciente y familiares, intégreles en el proceso de sanación.
- Reafirme la información entregada, pregunte por sus inquietudes y evite dejar cabos sueltos.
- Evite efectuar comentarios sobre otros colegas, sobre sus actuaciones, decisiones, entre otros; si ha de ser necesario, hable directamente con el profesional. Evite juicios de sus pares.
- Hable sobre tratamiento o procedimiento de manera objetiva, evite las expectativas o minimizar los procesos por muy frecuente que sea su participación en ellos.
- Ayúdele a (re)tomar el control. Vele por su salud. No asuma el rol protector sin responsabilidad del paciente.
- Sea consciente de poner el cuerpo a disposición, no olvidar que nunca dejamos de comunicar. Es decir, cuidar su lenguaje no verbal.
- Sea atento
- Tres “T”: tono, tino y tacto al comunicar.

CONCLUSIÓN

La relación médico-paciente, como toda relación social del ser humano, se constituye en el lenguaje y es el lenguaje quien nos invita a ser y estar en el presente, trayendo consigo nuestras experiencias del pasado y permitiendo visualizar un futuro cargado de posibilidades. El ser humano está en un constante

proceso de cambio y reinención, así da cuenta la historia, como también la necesidad humana de adaptarse a los sucesos que transcurren y las necesidades de quienes son usuarios de determinados servicios, como es la prestación en materia de salud. No olvidar que el otro tiene tanta importancia como el rol que se ejecuta como facultativo, y es en ese intercambio adecuado de transmisión de información y/o donde se puede generar una nueva realidad que invite a reducir el riesgo de no darse a entender óptimamente. La forma como expresamos al exterior e internamente, se traduce al mundo que se desea y expresa como posible alcanzar. De esa manera, los médicos llamados a procurar la salud del paciente, deben poner a su disposición todos los elementos técnicos y tecnológicos que dispongan, pero ayudar al paciente no es solo la aplicación de tales elementos, el acto médico es un acto complejo y múltiple que involucra la comunicación entre seres humanos. No siempre se contará con las herramientas blandas para el desarrollo idóneo de una atención clínica, pero sí se pueden educar los distintos dominios humanos y ponerlos al servicio de los profesionales a través de técnicas del lenguaje, la emocionalidad y la corporalidad y, así, brindar una atención de mayor calidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Rafael Echevarría, *Ontología del Lenguaje*, Editorial JC Sáez.
- Humberto Maturana, *El Sentido de lo Humano*, Editorial Planeta Chilena.
- Joe Dispenza, *Deja de ser tú*, Editorial Hay House, California.
- Patricio Nelson, *Conversaciones difíciles para empresas*.
- Marcelino Garay Madariaga, *Comunicación y liderazgo, sin comunicación no hay líder*, Centro de Estudios en Diseño y Comunicación.

EJERCICIO MÉDICO Y GÉNERO

UN ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA NORMATIVA APLICABLE A MÉDICAS Y MÉDICOS EN MATERIA DE NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, PATERNIDAD Y FAMILIA

Abogada Rocío Toro Bravo¹

En el presente apartado, realizaré un análisis crítico, con los denominados “*lentes del género*”², sobre la normativa aplicable a nuestras médicas y médicos afiliados en el ámbito laboral y de la seguridad social, que generan una serie de discriminaciones indirectas y, en algunos casos, directas, perpetuando desigualdades materiales entre hombres y mujeres profesionales de la salud, inclusive de una misma área de especialidad médica, y que a su vez, indeseablemente contribuyen en forma general a reproducir estereotipos de género en base a los roles de cuidado asignados histórica y culturalmente a las mujeres, independiente de su nivel socioeconómico y rol dentro del ámbito profesional.

Además, realizaré una revisión jurisprudencial en relación a la interpretación normativa sobre las principales normas que regulan el derecho de maternidad, relacionado con el derecho a sala cuna y el derecho a dar alimentos, a fin de dar

¹ Abogada, Máster en Derecho y Género: Dimensiones jurídicas y Tutela Jurisdiccional de la Universidad de Jaén. Diplomada en derecho administrativo y sancionatorio de la Universidad de Chile. Trabajo como abogada del Consejo de Defensa del Estado en materias de derecho público y derecho laboral, también se desempeñó como abogada de la Defensoría laboral Valdivia. Actualmente es abogada Jefa de la Unidad de Defensa de Género FALMED-COLMED.

² El término lentes de género o ponerse las “gafas violentas” es una metáfora para indicar que se debe analizar el mundo desde una perspectiva de género, o desde una perspectiva feminista, que nos permita una comprensión amplia de las desigualdades y discriminaciones que se producen entre mujeres y hombres, teniendo en consideración la multifactorialidad de dichas desigualdades. El concepto es acuñado por la escritora feminista Gemma Lienas Massot, quien en su libro “*El diario Violeta de Carlota* (2013)”, en que refiere la necesidad de una mirada crítica al mundo para comprender las desigualdades entre hombres y mujeres (p. 163).

cuentas de las múltiples aplicaciones que se le puede dar a una misma norma, dependiendo del tipo de contratación profesional que tenga la médica o médico.

El presente examen normativo y casuístico, se basa en la experiencia en la tramitación de casos y en la observación crítica de obstáculos normativos que afectan a nuestras afiliadas y afiliados.

A su vez, con el presente trabajo busco visibilizar estas problemáticas invitando a reflexionar sobre estos conflictos normativos, principalmente a aquellas personas que se ven involucrados en ellos, nuestras médicas y médicos, y en este sentido, incentivar la propuesta de posibles soluciones desde ellos mismos.

En dicho contexto, iniciaré la revisión por la normativa en materia de derechos de maternidad, paternidad y familia, contenidos en el libro II, título II, del Código del Trabajo, apartado directamente aplicable a los funcionarios públicos, como se indicará. En específico, abordaré la regulación del descanso de maternidad y su financiamiento, para posteriormente seguir con el derecho a lactancia y el derecho a sala cuna.

I. DERECHOS DE MATERNIDAD, PATERNIDAD Y LA VIDA FAMILIAR

La Protección a la maternidad, paternidad y vida familiar es un conjunto de normas y principios que establecen derechos irrenunciables para las trabajadoras y trabajadores, tendientes a proteger a los hijos e hijas y sus padres, en atención al interés superior del niño o niña. Este deber obliga al empleador a adoptar todas las medidas necesarias para proteger la maternidad, paternidad y la vida familiar, conforme a las regulaciones vigentes en la materia.

Este conjunto de normas y principios es aplicable al sector privado de salud, administración pública, instituciones semifiscales, municipales, entre otras, y que dependan de cualquier empleador, acogidos a un sistema previsional. También extiende su aplicación a los profesionales en formación con ciertos matices en atención a su transversalidad protectora.

Sin embargo, la multiplicidad de formas de contratación y diversidad de normas que rigen a nuestras afiliadas y afiliados en el ejercicio de sus funciones, hacen que se generen una serie de conflictos y problemáticas interpretativas sobre la aplicación universal de las mismas, que es lo que pasaremos a revisar.

El título II, libro II del Código del Trabajo se titula “De la protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar”, y desde su artículo 194 al 208, regula los

principales derechos que conocemos en materia de protección a la maternidad, y que son aplicables tanto a trabajadores del sector privado como del sector público.

La normativa de referencia es aplicable a los funcionarios y funcionarias públicas regidas por el Estatuto Administrativo Ley 18.834, 19.378 de APS y 18.883, Ley 15.076 estatuto para médicos cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bio-químicos y cirujanos dentistas y la Ley 19.664 que establece normas especiales para profesionales funcionarios de los servicios de salud y modifica la Ley 15.076.

La forma de aplicación de estas normas protectoras a los profesionales funcionarios de la salud, se realiza a través de lo que se denomina aplicación por supletoriedad o “re envío” de estas normas de maternidad, como se explicará a continuación:

Primero es el propio Código del Trabajo en su artículo 194, el que indica: *“La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”, y el propio* (...). Por su parte, en materia de derecho público encontramos normas como el artículo 89 del estatuto administrativo, Ley 18.834, que refiere: *“Asimismo, tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley y de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”*.

Una norma idéntica norma encontramos en la Ley 18.833, artículo 87, del estatuto para funcionarios municipales.

En cuanto a las denominadas “leyes medicas”, la Ley 19.664 y 15.076, encontramos el supuesto de una aplicación supletoria y doble re-envío, ya que el Estatuto Administrativo Ley 18.834 es supletorio a las Leyes 19.664 y 15.076, esto quiere decir, que en todo lo no regulado en las leyes médicas, se debe aplicar el Estatuto Administrativo, el que a su vez indica que, en materia de maternidad, se debe aplicar el título II, libro II del Código del Trabajo.

Lo anterior explica por qué al revisar estas normativas médicas no encontramos referencia alguna a los derechos de la maternidad y paternidad, lo que genera una serie de confusiones repetitivas, pudiendo observar cada cierto

tiempo cómo los servicios públicos reiteran consultas sobre la aplicabilidad de los derechos contenidos el Título II, libro II del Código del Trabajo a la Contraloría General de la República.

En dicho contexto, la referida aplicación extensiva de las normas sobre maternidad, paternidad y familia, ha sido ratificada en múltiples dictámenes³, el último de ellos, el Dictamen N° 127.271 de 06 de agosto de 2021, de Contraloría General de la República a propósito de la aplicación de la norma que ordena el teletrabajo durante el estado de excepción constitucional a profesionales funcionarias regidas por las Leyes 15.076, 19.664 y 19.378, resolviendo el ente Contralor que los funcionarios estaban cubiertos por estas normas.

Sin perjuicio de los anterior, uno de los conflictos más recurrentes y que se mantiene a la fecha se ha dado a propósito de la aplicación extensiva de este tipo de normas sobre protección a la maternidad a las denominadas becarias primarias, quienes son aquellas médicas cirujanas que mientras cursan su especialidad médica no tienen la calidad de funcionarias públicas, en atención a que la beca que cursan para obtener una especialidad médica no constituye un cargo o empleo, por lo cual no les son aplicables las normas de la Ley 18.834, la Ley 15.076 salvo el artículo 43 y las que expresamente se señalan en el Decreto Supremo N° 507, reglamento becario.

La dificultad es especialmente evidente en los hechos, toda vez que, para aquellas médicas que se encuentran cursando una especialidad como becarias primarias, les es difícil comprender el por qué de la desigualdad de trato cuando se comparan con su compañeras de labores que cursan la misma especialidad pero con la categoría de médicas EDF, y observan cómo estas últimas gozan de todos los derechos de maternidad que contiene el Código del Trabajo, aun cuando ambas especializaciones son financiadas por Servicios de Salud o el Ministerio.

La explicación al trato diferenciado a las becarias primarias en materias de maternidad se funda en que estas, como se indicó, no son funcionarias públicas, y, por ello, solo se rigen por el Decreto con Fuerza de Ley 3501, artículo 3 de la Ley 18.566, artículo 10, Ley 18.675, Decreto 91 del año 2001, solo el artículo 43 de la Ley 15.076, y por el Decreto Supremo N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, y están sujetas al sistema nacional de cotizaciones previsionales.

3 Contraloría General de la República, Dictamen N° 6.381 del 02 de marzo de 2018 y Dictamen N° 102495 del 05 mayo de 2021.

Lo anterior implica la sostenida argumentación de que estas profesionales de la salud no gozan de todos los derechos de protección a la maternidad, paternidad y familia contenidos en el Código del Trabajo, si no solo de aquellos que señale expresamente el reglamento becario al respecto, el que incluiría en la actualidad el derecho a pago de sala cuna⁴, siempre y cuando la beca sea financiada por el Ministerio de Salud o por un Servicio de Salud, y el derecho a descansos o licencias de maternidad.

En dicho contexto, en principio, las becarias primarias tendrían derechos limitados en materia de lactancia y en relación al artículo 202 C.T., que regula la prohibición de realizar actividades que se consideran perjudiciales o peligrosas para la salud de la mujer en estado de gravidez, abriéndose la posibilidad de requerir la redistribución de funciones, sin reducción de remuneraciones, como es el caso de la realización de turnos nocturnos y horas extraordinarias, cuestión que si bien causa controversia entre las mismas médicas dividiéndose en aquellas que consideran la norma un resabio que limita su libertad laboral, y aquellas que están de acuerdo con la protección. El foco se centra en la falta de claridad sobre la universalidad de los derechos de las madres estudiantes.

Lo anterior, en época de pandemia, en específico mientras se mantuvo la vigencia del estado de excepción constitucional, fue uno de los mayores problemas con los que se enfrentaron las becarias primarias embarazadas, toda vez que se dudaba de la concesión de teletrabajo, entre otros derechos.

En la misma línea sobre problemáticas de aplicación se encuentran todas aquellas médicas que prestan labores a honorarios, ya sea en el sector público o en el privado, donde tenemos un sin número de conflictos que se originan debido a que su base normativa es de índole civil. Dichos problemas jurídicos no los abordaré en esta oportunidad debido a su extensión, pero que preocupan, en la medida que vemos cómo las funcionarias a honorarios han avanzado en salidas casuísticas consistentes en la extensión de los derechos de maternidad vía dictámenes de Contraloría, en contraposición a los honorarios del sector privado, quienes no poseen, en principio, ningún tipo de derecho, más allá del contenido en sus convenios de honorarios, y en caso de no existir ningún reconocimiento de derechos, tienen escasas alternativas, debiendo acudir mayoritariamente a la vía judicial.

La universalidad de los derechos de maternidad y su aplicación extensiva es un problema no zanjado, que ha tendido a resolverse por la vía de la

4 Artículo 13, Decreto N° 507, de 1990 que aprueba el reglamento de becarios de la Ley 15.076.

casuística, principalmente a través de jurisprudencia administrativa contenida en dictámenes del ente Contralor o de la Dirección del Trabajo, así como de la jurisprudencia judicial. En dicho contexto, pasaremos a revisar qué soluciones se han presentado, dependiendo del caso concreto.

Para el caso de las denominadas becarias primarias, cabe recordar que a fin de formalizar su especialidad deben suscribir un convenio con la Subsecretaría de Salud o con el respectivo director del Servicio de Salud que financiará la beca; en dicho convenio generalmente se incluyen los derechos de maternidad de lo que pueden gozar las becarias primarias, pudiendo incluirse en algunos casos redacciones más abiertas que permiten la inclusión a través de la interpretación de mayor cantidad de derechos.

Un ejemplo de ello es la redacción en los convenios becas de las becarias primarias, la inclusión del derecho a *“licencias médicas”* o la mera alusión al derecho a *“licencias de maternidad que refiera la ley”*.

Esta redacción abrió la posibilidad de incluir dentro de los derechos de las becarias el uso del post natal de emergencia durante el estado de excepción constitucional, toda vez que el post natal de emergencia era un tipo de licencia médica. Sin embargo, la misma interpretación excluyó la posibilidad a las mismas becarias de utilizar la extensión del post natal de emergencia en la medida que este no era una licencia propiamente tal, sino un permiso sin goce de remuneraciones.

En la misma línea, ciertas universidades han incorporado dentro de sus reglamentos para el alumnado el ejercicio del derecho a lactancia o alimentación para los hijos de las alumnas, diferenciándolo del derecho de la libre extracción de la leche materna, regulado en la Ley 21.015, o han otorgado la posibilidad de que las alumnas puedan llevar a sus hijos a las salas cunas previstas para el profesorado o trabajadores de la misma universidad, en la medida que existan cupos disponibles.

En este sentido, una solución a corto plazo sería unificar los convenios beca, e incluir mayor cantidad de derechos en materia de maternidad, paternidad y familia, y una solución más profunda podría ser la modificación del Decreto 507, de 1990, para extender la aplicación normativa a los derechos de maternidad a todas las becarias.

Mientras estas soluciones no se promuevan, seguirá la incertidumbre y casuística sobre qué derechos asisten a estas madres, primando lecturas restrictivas como las que se han sostenido en varias ocasiones por Contraloría General

de la República, a propósito de otros derechos labores, refiriendo que las becarias primarias; *“carecen de la calidad jurídica de funcionarios públicos, y en ese carácter, no tienen más derechos que los expresamente reconocidos en la citada ley N° 15.076 y en la reglamentación especial a que se encuentran sujetos en el goce de las becas que les hayan sido otorgadas”*⁵.

En cualquier caso, lo anterior es discutible, y al igual como ocurrió con las funcionarias a honorarios de la administración del Estado, siempre se puede abrir la puerta a la aplicación extensiva de derechos a partir de las reconsideraciones interpretativas que se pueden dar respecto de una misma norma por parte del ente Contralor o la Dirección del Trabajo y, en última *ratio*, podemos reclamar estos derechos vía judicial, toda vez que la protección a la maternidad ha sido recogida por instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y que permiten realizar una comprensión normativa integrativa y coherente dentro del sistema jurídico chileno que tienda hacia la universalidad de los derechos protectores de la maternidad y la familia.

a. Los descansos de maternidad, paternidad y su financiamiento

Los descansos de maternidad o licencias de maternidad tienen un doble fin. Por una parte, otorgar un tiempo de descanso y recuperación a la madre trabajadora, procurando que esta pueda ausentarse de sus labores de forma justificada ante el empleador, y, por otro lado, remplazar la remuneración durante este tiempo de reposo, mediante el pago de un subsidio⁶.

Las críticas que abordaré en el siguiente apartado dicen razón con los siguientes puntos; **primero**, los descansos de maternidad, si bien generan más beneficios que detrimentos, su regulación actual en comparativa al permiso de paternidad por nacimiento de un hijo perpetúan roles de género sobre las mujeres relacionados con la imposición de mayor responsabilidad en el cuidado de los hijos e hijas.

El segundo, dice relación directa con el punto anterior, esto es, la necesidad de avanzar en la corresponsabilidad y vinculación en el cuidado de los recién

5 Contraloría General de la República, Dictámenes N°s 5.075, de 1994, N° 52.164, de 2002, N° 15.708 de 2011 <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/052164No2/html>

6 TORO BRAVO, Rocío, Examen de las problemáticas en torno a la determinación de subsidios de maternidad y de las licencias médicas de maternidad en general. Un análisis con perspectiva de género. TMF para acceder al grado de Máster en Género y Derecho: Dimensiones jurídicas y Tutela Jurisdiccional de la Universidad de Jaén. Pp4-6.

nacidos a través de la extensión del post natal del padre, en razón a que nuestro país tiene uno de los posts natales más cortos, correspondiente a cinco días hábiles.

Por último, y como **tercer punto**, abordaré cómo las licencias de maternidad producen un detrimento económico a las mujeres con remuneraciones altas, mujeres que estadísticamente podrían ubicarse dentro de aquellas que han logrado alcanzar puestos de poder. Asimismo, revisaremos cómo el sistema de seguridad social que financia estas licencias tiene vacíos normativos que perpetúan el detrimento económico y fomentan el empobrecimiento de las mujeres en estado de gravedad en ciertos casos.

Para poder construir observaciones sobre los descansos de maternidad y su financiamiento, primero debemos conocerlos. Los descansos de maternidad son los siguientes:

Descanso prenatal: es una licencia médica que indica un reposo de 42 días o seis semanas antes de la fecha probable del parto. Si el parto se produce después de la fecha probable, entonces se prorroga el prenatal hasta que se produzca de forma efectiva el nacimiento. Para determinar el día en que se inicia el período de prenatal, debemos considerar la fecha estimada del parto que nos indique nuestro médico o matrona.

En el caso de que el nacimiento se adelante, termina el prenatal e inicia de inmediato el postnatal, en dicho caso podemos identificar;

- *Licencias de prenatal prorrogado:* que es el caso en que la fecha probable de parto se atrasa, por cualquier motivo, entonces el reposo prenatal que inicialmente era de 42 días, se prorroga hasta que se produzca de forma efectiva el parto.
- *Licencias de prenatal suplementario:* que es el caso en que se otorgan licencias médicas, con fechas anteriores al pre natal, por alguna enfermedad asociada al embarazo.

Después del nacimiento tenemos las siguientes licencias:

Descanso postnatal: es una licencia médica que indica un reposo de 84 días o 12 semanas después del parto. Al igual que el descanso prenatal, es un derecho irrenunciable, por lo que la trabajadora no puede desempeñar labores durante este periodo. Al igual que en el caso del pre natal, existen circunstancias en que este descanso postnatal se incrementa:

- El post natal se extiende en el caso de que la trabajadora sufra una enfermedad comprobada a través del respectivo certificado médico, que sea consecuencia directa del alumbramiento, que le impida regresar al trabajo por un plazo superior al descanso postnatal.
- En el caso del nacimiento de un niño prematuro. Para estos efectos, se entiende que el(la) menor sería prematuro cuando el parto se produce antes de iniciada la semana número 33 de gestación, o si el niño al nacer pesa menos de 1.500 gramos. En este caso, el descanso es de 18 semanas.
- Partos múltiples. En este caso, el postnatal se aumenta en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.
- Si un parto prematuro es a la vez múltiple, la alternativa que se preferirá en cuanto a días de descanso será la que beneficie a la trabajadora.
- En el caso de que ocurra la pérdida del hijo(a) recién nacido, o habiendo nacido muerto(a), de todas formas se tiene derecho al postnatal, ya que este derecho surge con el parto.

Por último, tenemos el **descanso post natal parental**; también es una licencia médica que indica un reposo correspondiente a 84 días o 12 semanas en jornada completa, o 126 días o 18 semanas en media jornada, posteriores al término del post natal.

La particularidad de esta licencia médica es que se puede utilizar en dos modalidades (jornada completa o media jornada), y que la madre puede traspasar este descanso al padre, por un máximo de seis semanas, quien lo ejercerá en las mismas condiciones que lo hacía la madre.

Para ello, la trabajadora deberá avisar a su empleador con a lo menos 30 días de anticipación al término del postnatal, en qué modalidad ejercerá este beneficio. Si bien, el traspaso tiene como finalidad incentivar la corresponsabilidad en los cuidados del recién nacido, ha sido poco efectivo, ya que son pocos los padres quienes deciden hacer el traspaso, prefiriendo que la madre se mantenga en reposo, decisiones que en su gran mayoría están determinadas por cuestiones económicas.

Los problemas asociados a las licencias de maternidad son problemas que se podrían considerar “menores”, toda vez que generan grandes beneficios. Sin embargo, es importante la visibilización de estos conflictos, aunque sean vistos y considerados como un mal menor, a fin de poder avanzar en su perfeccionamiento.

El primer punto a analizar, cómo se adelantó, es que los descansos de maternidad en su concepción actual perpetúan los roles de género y la imposición de cuidado y responsabilidad de los hijos y de la familia sobre la madre.

Como se adelantó, podemos resumir las licencias de maternidad más comunes y utilizadas son; prenatal (42 días) exclusivo de la madre, post natal (84 días) exclusivo para la madre, y por último el post natal parental, (84 días jornada completa o 126 días media jornada), este último puede traspasarse al padre a partir de la semana siete; básicamente las primeras seis semanas serán siempre para la madre, y las restantes seis se pueden traspasar.

La introducción del post natal parental tenía por finalidad igualar las cargas de crianza entre los progenitores en la primera etapa del hijo o hija, sin embargo, no tuvo el resultado querido, y solo generó el efecto de alargar el descanso de maternidad post natal que tenían las madres, ya que porcentualmente el traspaso de post natal parental al padre es muy menor⁷.

Si bien el informe sobre la evolución del permiso de post natal parental en cinco años, desde el 2011 al 2016 de SUSESO, explica como causa de la falta de traspaso al padre de este permiso que “durante el período del permiso postnatal parental las madres amamantan a sus hijos, lo cual dificulta el traspaso del permiso al padre”⁸, la experiencia demuestra que el traspaso tiene que ver con una cuestión más bien económica.

En dicho contexto, las licencias de maternidad se financian con un subsidio estatal con un tope de pago de 81.6 UF⁹.

7 Superintendencia de Seguridad Social, (2016, noviembre): Evolución del permiso postnatal parental a cinco años de su implementación. (2011-2016). Disponible en: https://www.suseso.cl/607/articles-19844_archivo_01.pdf

“Desde la implementación del permiso postnatal parental a fines del año 2011 y hasta el mes de septiembre del año 2016, se han traspasado un total de 1.157 permisos, esto representa una muy baja proporción respecto del total de subsidios iniciados durante todo el período de análisis, equivalente a un 0,24% del total de subsidios iniciados. Se observa además que la mayor proporción de permisos traspasados se alcanzó en el año 2012 con un 0,32% del total de subsidios iniciados”.

8 *Op. cit.* en nota 7.

9 SUSESO, Circular N° 3.653, Santiago, 20 de enero de 2022. Régimen de Subsidios Maternales. Comunica el monto del subsidio mínimo a contar del 01 de enero del 2022. Consultada en: https://www.suseso.cl/606/articles-674642_archivo_01.pdf

En Chile, las mujeres ganan estadísticamente mucho menos que los hombres¹⁰, por lo que la familia decide que sea la madre quien mantenga el permiso en la medida que el traspaso al padre va a afectar la económica familiar. En la misma índole, cuando es la madre quien tiene una remuneración superior al tope legal o es funcionaria pública por lo que recibe su remuneración íntegra, se observa un traspaso de este post natal parental al padre¹¹.

Las licencias de maternidad no tienen incorporado el denominado “*mainstreaming de género*”, ya que su implementación como política pública de igualdad, no aporta a deconstruir los roles de género y, generar las condiciones sociales y económicas necesarias para una crianza compartida y corresponsabilidad igualitaria de la familia. Si así se hubiese pensado, estas licencias de maternidad debiesen llamarse licencias de cuidado y crianza, debiendo ser obligatorias para hombres y mujeres en igualdad de condiciones y extensión¹².

En este punto, una crítica generalizada sobre las licencias de maternidad, y que se trae a colación en el ámbito político cada vez que existen proyectos de ley que proponen extender el descanso de maternidad, como fue el caso del post natal parental, es la idea de que estas licencias de maternidad producen barreras de entrada a los puestos laborales, colaborando con denominado techo de cristal.

Es común escuchar argumentos relacionados con que la extensión de los descansos de maternidad, cuando se conciben como acciones positivas únicamente dirigidas hacia las mujeres, generan discriminación, toda vez que al empleador le “molesta tener que encontrar un remplazo”, ya que causa problemas de gestión para la empresa¹³.

10 Instituto Nacional de Estadística, INE (2020, 06 de marzo), “Mujeres en Chile ganan en promedio 27% menos que los hombres”, informe de prensa recuperado el 12 de marzo de 2022. <https://www.ine.gob.cl/prensa/2020/03/06/mujeres-en-chile-ganan-en-promedio-27-menos-que-los-hombres>. En este sentido, según el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, las mujeres ganan en promedio un 27% menos que los hombres, “No importa la edad que tengan las mujeres o qué nivel de estudios lograron alcanzar, pues la distancia en los montos obtenidos se da casi en todos los grupos de edades y niveles educacionales. El grupo de personas de 30 a 54 años es el que en general presenta las brechas de ingresos más importantes, especialmente entre quienes tienen postgrado, ya que las mujeres con esos niveles de estudios obtuvieron, en promedio, un 32,3% menos en ingresos que los hombres en igual condición. Instituto Nacional de Estadísticas.

11 *Op. cit.* en nota 6.

12 *Op. cit.* en nota 6.

13 *Op. cit.* en nota 6.

Sin embargo, esta crítica me parece simplista en razón a que la discriminación hacia las mujeres en edad fértil va más allá de los descansos de maternidad, y es multifactorial, histórica y cultural y en algunos casos tiene sesgos cognitivos¹⁴, no pudiendo responsabilizar la concesión de más derechos a las mujeres como la explicación de por qué son discriminadas en el ámbito laboral.

Creer que las mujeres tenemos menos oportunidades de acceder en igualdad de condiciones a puestos de trabajo por la existencia de licencias de maternidad a nuestro favor, es no entender que sin estos derechos tendríamos aún menos posibilidades de acceso al mismo entorno laboral.

La discriminación hacia las mujeres es multifactorial¹⁵ y los discursos que buscan limitar el aumento de derechos hacia nosotras, son tan sesgados que pasan por alto que estas mismas licencias de maternidad se financian con fondos estatales, y que durante esos casi seis meses de descanso maternal el empleador se está ahorrando la remuneración de la trabajadora y, en el caso de las mujeres que ganan por sobre el tope legal, está generando un mayor ahorro. Aun así, se nos sigue preguntado en las entrevistas de trabajo si estamos casadas o si planeamos tener hijos, lo que da cuenta de que no estamos ante un problema de cantidad de derechos, si no que de sesgos de género¹⁶.

En dicho contexto, es común escuchar a las afiliadas sentirse culpables de hacer uso de su derecho a licencias de maternidad, porque se les ha responsabilizado a través de comentarios de sus propios pares o equipo de trabajo dentro del establecimiento de salud, sobre el vacío laboral que quedará en el establecimiento de salud, y la falta de presupuesto del empleador para remplazar dicha plaza laboral, debiendo redistribuirse las funciones entre el equipo que ya se encuentra trabajando, lo que implica una sobrecarga.

Existe desconocimiento de la normativa en materia de seguridad social, para empezar, de cómo se financian los descansos de maternidad a través de fondos estatales, y cómo dicho financiamiento buscaba justamente evitar este tipo de situaciones hacia las mujeres trabajadoras en edad fértil en el mercado laboral,

14 TOEGEL, Ginka y BARSOUX Jean-Louis (2012): "Women Leaders: The Gender Trap", *The European Business Review*. Disponible en: <http://www.europeanbusinessreview.com/?p=2482>.

15 Véase: CRIADO PEREZ, Caroline. (2020), "*La mujer invisible*", editorial Seix Barral Los tres Mundos. E-book.

16 Op. cit. nota 6.

lo que genera un caldo de cultivo para la cultura del traspaso de responsabilidades y culpabilidades hacia la madre trabajadora.

La cultura de culpa de la maternidad en un entorno laboral y el traspaso de la responsabilidad en la gestión de remplazo que debe hacer el empleador hacia la trabajadora es común en los relatos de nuestras afiliadas, a quienes les sorprende enterarse de que la falta de contratación de un remplazo es un problema de gestión interna o simplemente se ha visto más rentable que otros asuman esas tareas.

Si bien siempre existirán empleadores destacables, no deja de llamar la atención que se sigan suscitando este tipo de situaciones, sobre todo en mujeres con altos ingresos que en muchos casos ocupan puestos de jefatura, dirección, alta responsabilidad o posiciones de prestigio en sus ámbitos laborales.

La cultura del traspaso de responsabilidad y culpabilidad por hacer uso de los derechos de maternidad en el mundo laboral parece ser un panorama aterrador si pensamos en las otras trabajadoras que componen el grueso del mercado laboral femenino, que se ubican en situaciones de menor conocimiento de sus derechos, asesoría y apoyo en general¹⁷.

En este sentido, cabe reiterar que la evaluación y estudio del por qué se produce la precarización del empleo femenino y el mantenimiento de brechas salariales tiene varias explicaciones¹⁸. En este punto se ha indicado que “Existe una desigual distribución de hombres y mujeres en el empleo: se concentran en diferentes sectores de actividad, profesiones y ocupaciones, a partir de las tareas que a través de procesos de socialización se identifican como propias o impropias de uno u otro género: en el caso de las mujeres, la asociación es con el ámbito doméstico o con actividades que duplican roles reproductivos y de servicios, consecuentemente, tienen menor valoración social y son peor remuneradas”¹⁹.

En este sentido, debemos alejarnos de las críticas que se oponen al aumento de derechos hacia las mujeres, como el caso del aumento de las licencias o

17 *Op. cit.* nota 6.

18 VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, & ZUÑIGA FAJURI, Alejandra. (2015). “La violencia de Género como Opresión estructural” *Revista chilena de derecho*, 42(2), 719-728. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200015>

19 DÍAZ ANDRADE, Estrella., (Santiago, mayo 2015). “La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género”. Cuaderno de investigación N° 55. Dirección del Trabajo, del Ministerio del Trabajo y previsión Social del Gobierno de Chile. P. 45.

descansos de maternidad, porque estaríamos partiendo desde una visión simplista y desinformada de la desigualdad. Si queremos criticar los descansos de maternidad debemos enfocarnos en que la implementación de estas medidas no traiga aparejada una discriminación indirecta que contribuya al mantenimiento de roles de género, y que las mujeres sigamos siendo vistas como las únicas responsables y obligadas a responder al cuidado de los hijos e hijas en su primera infancia²⁰.

Es razonable que por razones biológicas sea la madre la indicada a crear lazos de lactancia y apego con el hijo o hija en los primeros meses de vida. Sin embargo, es necesario deconstruir legislativamente la noción de cuidado, avanzando a licencias de crianza igualitarias en condiciones y derechos respecto de ambos padres. En la misma línea, es menester que se perfeccione el sistema de seguridad social asociado a estos descansos financiados con cargo fiscal²¹.

Con esto pasamos a nuestro segundo punto de análisis, el denominado “post natal del padre”, que, en términos jurídicos correctos, se trata solo de un permiso por nacimiento, regulado en el artículo 195 del Código del Trabajo, el que en su inciso segundo indica:

“El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable”.

Los padres chilenos solo tienen derecho a estos cinco días hábiles libres por nacimiento de sus hijos.

Actualmente el padre solo tiene la posibilidad de acceder a un descanso mayor en el caso del traspaso del post natal parental, que, como se indicó, tiene poco uso.

En este sentido, cabe reiterar que la licencia del posnatal parental, solo puede traspasarse a partir de la séptima semana, esto quiere decir que el posnatal parental en sus primeras seis semanas será siempre ejercido por la madre,

20 Toro, *Op. cit.* en nota 6.

21 Toro, *Op. cit.* en nota 6

y en las otras seis semanas podrá ser ejercido en parte o por todas esas semanas por el padre, a elección de la madre, si optan por la modalidad de post natal parental jornada completa.

La única posibilidad en Chile en que el padre pueda gozar de todos los derechos de maternidad y descansos post natales, es en el caso de muerte de la madre, supuesto en el cual el padre puede hacer uso de la totalidad del post natal, post natal parental y licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año, además de poder gozar del derecho a lactancia y sala cuna, este último siempre y cuando su empleador tenga más de 20 trabajadoras.

Es evidente que cinco días de vinculación con un recién nacido es insuficiente y da cuenta de la falta de consciencia en la corresponsabilidad paternal en los primeros meses del recién nacido/a.

En dicho contexto, la pregunta es ¿cuál es el tiempo de extensión pertinente para un eventual post natal del padre en nuestro país?, y en otra arista, ¿debe ser el post natal del padre obligatorio e irrenunciable, como es el caso de los actuales post natales de las madres?

Si bien el permiso de paternidad de nuestro país es bastante escueto, no nos encontramos tan alejados de la realidad internacional. En dicho contexto, vale la pena una revisión por los posts natales en el derecho comparado para comprender en qué han avanzado y en qué se han estancado.

En El Salvador la licencia de paternidad es de tres días hábiles con goce de sueldo por nacimiento o adopción de un hijo o hija tanto para trabajadores del sector público como el privado²². En Argentina se contempla una licencia por paternidad diferenciada correspondiente a dos días corridos por nacimiento del hijo en el sector privado, considerada como licencia especial, y de cinco días hábiles en el caso de trabajadores del sector público²³.

En Perú se otorga una licencia por nacimiento de diez días consecutivos que puede ser utilizada por el padre desde el nacimiento del hijo o hija, desde el alta

22 LANDA UGARTE, Ana y TERÁN, Marta. *"Conciliación de la corresponsabilidad social en El Salvador. Reflexiones y aportes para la construcción de una agenda nacional de cuidado"*. (2014). Organización Internacional del Trabajo. OIT. Primera Edición Larraitz Lexartza. Pp. 35-39. [Cita on line] https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro_san_jose/documents/publication/wcms_546038.pdf

23 LUPICA, Carina. *"Trabajo docente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina"*. OIT. (2010). Buenos aires. Pp. 57-58. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_131.pdf

de la madre o el menor, o a partir del tercer día desde la fecha probable de parto. Además, esta licencia paternal se puede ampliar en caso de partos múltiples o prematuros (20 días), en caso de nacimiento del menor con una enfermedad congénita terminal o discapacidad severa o complicaciones graves a la salud de la madre (30)²⁴.

En Uruguay los padres tienen un total de 13 días cuando se desempeñan en el sector privado y de diez días en caso del sector público²⁵; en Bolivia encontramos permisos de tres días hábiles que se aplica solo desde nacimiento del hijo(a)²⁶. Por su parte, Brasil regula de forma general cinco días hábiles por nacimiento de un hijo(a), sin embargo, en el año 2016 se publicó una norma que permite ampliar el permiso a 20 días hábiles en caso de que trabaje en una empresa inscrita en un programa gubernamental, denominada empresa ciudadanía, que permite a estas empresas deducir impuestos federales si otorga este tipo de licencias²⁷.

Otros ejemplos son Colombia, en el que se otorgan ocho días de licencia remunerada, Guatemala con dos días de permiso, Paraguay, también con dos días de licencia remunerada²⁸ y Venezuela en cuyo caso el permiso es de 14 días.

Respecto a uno de nuestros vecinos más lejanos, tenemos ejemplos con escasa protección, incluso para la madre, como es E.E.U.U., donde las regulaciones en esta materia suelen variar dependiendo de los estados. En dicho contexto,

24 Ley N° 29.409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada a trabajadores peruanos.

25 Gobierno de Uruguay. Ministerio de Desarrollo Social (2019, 11 de noviembre), "Licencias por maternidad, paternidad adopción y cuidados en la actividad pública y privada", Informe de Prensa Gub. Uy, recuperado 15 de mayo 2022. <https://www.gub.uy/sistema-cuidados/comunicacion/comunicados/licencias-maternidad-paternidad-adopcion-cuidados-actividad-publica>

26 OIT. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia (2012), "*Decreto Supremo N° 1212 Evo Morales Ayma, presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia*", Recuperado el 8 de julio de 2022. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90300/104008/F1362262173/BOL90300.pdf>

27 Diário Folha de S. Paulo. (2017, 17 de julio) "*La mayoría de las grandes empresas de Brasil no adhiere a la licencia de paternidad de 20 días*". Artículo de Natalia Portinari. Recuperado en 10 julio de 2022. <https://www1.folha.uol.com.br/internacional/es/economia/2017/07/1899977-la-mayoria-de-las-grandes-empresas-de-brasil-no-adhiere-a-la-licencia-por-paternidad-de-20-dias.shtml#:~:text=La%20licencia%20por%20maternidad%20es,que%20paga%20por%20estos%20d%C3%ADas>

28 Organización Internacional del Trabajo, Licencias de paternidad actualizada al 03 de noviembre de 2010, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsps/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/presentation/wcms_146270.pdf

según se informa en el reportaje del diario *Chicago Tribune*²⁹; no existen las licencias de maternidad y paternidad aseguradas, los derechos varían dependiendo del estado, y de si el trabajador es del sector público o privado. En dicho contexto, nueve estados, más el District of Columbia, cuentan con programas de licencia familiar remunerada que oscilan entre las seis y las doce semanas de permiso. Por su parte, los trabajadores del gobierno federal tienen derecho a un permiso remunerado de hasta 12 semanas.

En la mayoría de los estados, los empresarios deciden la cantidad de permisos que ofrecen a los trabajadores. Además, existe la modalidad de la licencia no remunerada. La Family and Medical Leave Act (FMLA) garantiza a hombres y mujeres 12 semanas de licencia no remunerada, pero los requisitos son estrictos³⁰.

En dicho contexto, los cinco días hábiles de permiso de nacimiento de un hijo que se otorgan en Chile, parecen ser concordantes con nuestra realidad continental más cercana, donde todavía se regula en razón de un permiso de paternidad que debe ser financiado por el empleador, y no un descanso o licencia de paternidad, que pueda ser financiada a través de un subsidio estatal, como ocurre con las mujeres.

Si bien el panorama parece bastante desalentador, en la eventualidad de avanzar hacia la extensión de un permiso de paternidad, debemos remitirnos a la experiencia de países más desarrollados, como es el caso de Suiza o Noruega, donde se ha avanzado enormemente en materia de la corresponsabilidad y vinculación en la primera crianza.

En dicho contexto, según se señala más adelante, dentro de los países que otorgan un permiso exclusivo al padre, nos encontramos con Suecia, Noruega con 14 semanas, Eslovenia con 90 días a utilizar antes de que el hijo cumpla seis meses y Islandia con 90 días y Finlandia con 54 días³¹.

El caso más destacable es el de Suecia, quien detenta el post natal más largo del mundo, donde cada uno de los padres está obligado a tomar a lo menos tres

29 *Chicago Tribune* en español (2021, 03 de noviembre), “*Cuando los hombres toman la licencia por paternidad, la economía se beneficia*”. Artículo de prensa por Mary Biekert. Recuperado el 30 de julio de 2022. <https://www.chicagotribune.com/espanol/sns-es-cuando-hombres-toman-licencia-paternidad-economia-beneficia-20211103-sjk63hwgcndrmzmi5ky6i7wwjze-story.html>

30 *Ibid. Chicago Tribune*.

31 Organización Internacional del Trabajo, mapeo de permisos de paternidad en el mundo. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang-es/index.htm

meses de descanso obligatorio e intransferible, y en caso de que los 16 meses de post natal se repartan de forma igualitaria entre ambos progenitores se otorga un bono de 1.500 euros.

La respuesta podría encontrarse en un punto medio entre nuestro nivel económico y la experiencia del derecho comparado, pudiendo plantearse un aumento progresivo del permiso por nacimiento de una hija/o que llegue a lo menos a tres meses, para que algún día aspiremos a que el post natal del padre sea idéntico al de la madre, con un carácter irrenunciable, obligatorio e intransferible, salvo excepciones específicas, como el supuesto de muerte del titular del derecho, y la inclusión de otros supuestos como falta de reconocimiento o abandono por parte del padre, para adecuarnos a una lamentable realidad nacional e internacional.

Otorgar el carácter de irrenunciable, obligatorio e imposibilidad de transferibilidad de los derechos de post natal masculino (características que hoy tienen el post natal de la madre), es el camino a la construcción cultural y social de la corresponsabilidad igualitaria.

La experiencia nos dice que los descansos de paternidad que se pueden renunciar, que no son obligatorios o que se pueden transferir, tienen poca efectividad práctica.

Respecto al tercer y último punto de análisis: las licencias de maternidad producen un detrimento económico a las mujeres con remuneraciones altas y el sistema de seguridad social que las financia tiene ciertos vacíos que fomentan el empobrecimiento de las mujeres en estado de gravidez.

Nuevamente, cabe aclarar que estas críticas se convierten en menores toda vez que se destaca el esfuerzo fiscal y político que se ha realizado para proteger y compatibilizar la maternidad y la vida laboral, siendo el siguiente análisis más que una crítica, una visibilización de ciertos obstáculos a los que se deben enfrentar las mujeres cuando han decidido ser madres.

Primero, cabe explicar que las licencias médicas de maternidad tienen un doble fin; por un lado, justificar la ausencia laboral y, por otro, percibir un subsidio estatal que remplazará la remuneración de la madre trabajadora durante el periodo de descanso maternal.

Como se adelantó, las licencias de maternidad en Chile se financian en su gran mayoría con recurso fiscales. En este sentido las licencias de maternidad de pre natal, post natal, post natal parental y por enfermedad grave de enfermedad del niño o niña menor, se financian única y exclusivamente con recursos

fiscales, esto implica, que tienen un tope de pago, que actualmente asciende a 81,6 UF, de tal manera que la madre trabajadora que tiene una remuneración por sobre dicho tope legal de pago, verá disminuido sus ingresos solo por el hecho de ser madre.

De las licencias de maternidad, solo las licencia del pre natal suplementario, descanso pre natal prorrogado y descanso post natal prolongado, se financian a través de la cotización de salud que realizan las trabajadoras a través de su 7%, administrada por entidades pagadoras de subsidios.

Este inconveniente no lo tienen las trabajadoras del sector público quienes tienen derecho a la mantención de sus remuneraciones, mientras se encuentran haciendo uso de las licencias de maternidad y licencias médicas en general.

Lo anterior se basa en el artículo 111 del Estatuto Administrativo que en lo pertinente señala que durante la vigencia de una licencia médica el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones. La Ley 18.834, que señala que durante el período de permiso postnatal parental regulado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, los funcionarios que hagan uso de él, también continuarán gozando del total de sus remuneraciones.

En la misma línea se pronuncia la Ley N° 20.891, la que regula la mantención de remuneraciones a las funcionarias y funcionarios públicos y de las Municipalidades y Corporaciones Municipales, regidos por la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Ley N° 19.070, sobre Estatuto de los Profesionales de la Educación y Ley N° 19.378, sobre Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal³².

Por su parte, en el sector privado el pago íntegro de remuneraciones por sobre el tope legal en las licencias médicas de los trabajadores y trabajadoras es un derecho que generalmente se consigue a través de negociaciones colectivas cuando la trabajadora pertenece a una empresa con un sindicato, o una empresa que posee un colectivo con fuerza de negociación.

Si bien lo anterior es un problema menor en la medida que el tope legal se considera bastante alto, el presente apartado busca abordar las inquietudes de las afiliadas y afiliados, quienes, en su gran mayoría, por su profesión médica tienen remuneraciones por sobre este subsidio de maternidad.

32 Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen N° 3850-2020 del 03 de diciembre de 2020, SUSESO. <https://www.suseso.cl/612/w3-article-613978.html>

En consecuencia, la maternidad para nuestras afiliadas significa un sacrificio y costo monetario muchas veces desproporcionado en razón de sus remuneraciones promedio, lo que las lleva a cuestionar la obligatoriedad e irrenunciabilidad de tomar la totalidad del descanso de maternidad. Son en estos casos también, en que nuestras afiliadas deciden traspasar el post natal a los padres, cuando estos tienen remuneraciones inferiores a las de ellas, y la familia debe retomar con rapidez el ritmo económico que sustentaba su hogar antes del embarazo.

Cabe recordar que durante las licencias de maternidad existe prohibición de realizar actividades remuneradas, so pena de incurrir en fraude previsional, lo que conllevaría la pérdida del subsidio de maternidad, y en caso de las trabajadoras del sector público, además se exponen a un sumario administrativo por falta de probidad, cuya sanción eventual es la destitución. Sanción especialmente grave para aquellas madres funcionarias que se puedan encontrar cursando una beca de especialidad en comisión de servicio o en el caso de las PAO.

Si bien la gran mayoría de las madres valora estas licencias de maternidad, inclusive cuando se ven mermadas sus remuneraciones, el cuestionamiento suele dirigirse a la irrenunciabilidad del derecho o la obligatoriedad del mismo cuando existen problemas de cálculo en el subsidio, cuya apelación y resolución puede durar varios meses, y en los casos en que siendo trabajadora no se tiene derecho a este subsidio por no cumplir los requisitos.

En este punto, cabe indicar que como trabajadora dependiente para recibir el subsidio debo tener a lo menos seis meses de cotizaciones previsionales y, en el caso de las trabajadoras a honorarios, debemos dirigirnos a la nueva ley de honorarios, donde el pago del subsidio dependerá de si en la declaración de impuestos (declaración renta de abril de cada año) opté por una retención completa o parcial, y si además realicé cotizaciones voluntarias como independiente.

Sin querer ahondar, lo que quiero graficar es que el subsidio equivalente a la remuneración promedio percibida antes del embarazo no se otorga solo por el solo hecho de ser madre trabajadora, si no que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos previsionales previos, que pueden terminar castigando mi pago.

Por tanto, para una trabajadora embarazada que no cumpla con los requisitos necesarios para acceder al subsidio equivalente a su remuneración promedio antes del embarazo, la licencia de maternidad será un detrimento, ya que estará obligada a tomar sus descansos de maternidad sin recibir remuneraciones

promedio durante todos esos meses. Sumado a lo anterior, además tiene la prohibición de trabajar durante este periodo, quedando en desamparo.

En consecuencia, para el punto sobre los topes de pago, la solución podría estar dada por evaluar un incentivo a los empleadores del sector privado a fin de financiar las remuneraciones de estas trabajadoras por sobre el tope legal dentro de sus empresas, ya sea a través de incentivos financieros, por ejemplo, a través de exenciones tributarias para aquellas empresas que incluyan dentro de sus contratos el pago por sobre el tope legal a sus trabajadoras en descanso de maternidad con remuneraciones por sobre el tope legal³³.

Otra alternativa, ya en un rango más profundo, sería el fortalecimiento de la negociación colectiva sindical o una reforma laboral que permita regulaciones sectoriales laborales que abarquen este tipo de materias. De cualquier forma, es claro que la solución no puede ser la renunciabilidad de los derechos laborales, en ninguna circunstancia, ya que esto podría provocar que algunos empleadores tiendan a utilizar vías de hecho o presiones indebidas para que las trabajadoras renuncien a sus derechos de maternidad³⁴.

b. El derecho a sala cuna

El derecho a sala cuna, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, es un derecho irrenunciable que tienen las trabajadoras cuyo empleador tiene 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil.

El derecho a sala cuna tiene como objetivo que la mujer pueda dejar a su hijo/a en un lugar mientras trabaja, por tanto, este derecho debe cumplirse todos los días que la trabajadora deba asistir a su empleo.

El derecho a sala cuna o la obligación que tiene el empleador consiste en tener salas anexas donde las mujeres trabajadoras pueden dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras trabajan. Ahora bien, el empleador puede dar cumplimiento a la obligación antes señalada a través de tres alternativas: i) creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo: este supuesto implica que el empleador mantenga de forma individual una sala cuna. En esta opción el empleador debe cumplir con todos los requisitos técnicos y legales de una sala cuna. ii) construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos

³³ Toro, *Op. cit.*, en nota 6.

³⁴ Toro, *Op. cit.*, en nota 6

de la misma área geográfica: este supuesto implica que el empleador mantenga de forma conjunta con otros empleadores una sala cuna, o iii) pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento que haya designado el empleador para que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

En todos estos casos, la sala cuna deberá contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación. De esta forma, las normas previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo, establecen en forma categórica las modalidades específicas para dar cumplimiento a la obligación de proporcionar servicios de sala cuna, de manera que no resulta procedente otorgar el beneficio aludido en términos distintos a los señalados precedentemente.

Respecto de la ubicación de la sala cuna, la ley no especifica el radio de esta, pero lo primordial es que el fin de la sala cuna es que esta facilite el que la madre pueda trabajar y alguien pueda cuidar de su hijo. Por tanto, el empleador deberá considerar un lugar dentro de la misma región y ojalá dentro de la misma comuna.

Pago de la movilización: si la sala cuna se encuentra fuera del lugar de trabajo y requiere movilización, por ejemplo, para que la madre vaya a dejar a su hijo o se ausente del trabajo para alimentarlo, entonces será el empleador quien deberá sumar a su sueldo este gasto de pasajes.

Si bien el derecho a sala cuna se valora enormemente dentro de las normas de protección a la maternidad, se critica la falta de incorporación del denominado “mainstreaming de género” en la redacción de la misma norma, la que concibe el derecho a otorgar sala cuna solo al empleador que tiene 20 o más trabajadoras, generando una serie de discriminaciones indirectas para las mujeres en el mercado laboral, por ejemplo; que las pequeñas empresas limiten la contratación de mujeres, llegando a contratar hasta 19 mujeres para evitar el costo monetario de asumir eventuales pagos por concepto de sala cuna. Por otro lado, el hecho de que la norma de sala cuna esté redactada solo en razón de la mujer trabajadora, contribuye a la permanencia de estereotipos sexo-genéricos³⁵, que

35 RODRIGUEZ RUIZ, Blanca, (2021, 19 de junio), Lección N° 3: “Género, constitución y ciudadanía: Hacia un Estado Post Patriarcal. clase de Máster Género y Derecho: Dimensiones jurídicas y Tutela Jurisdiccional de la Universidad de Jaén, Módulo 2: Paridad e igualdad de género en la Esfera política, judicial y administrativa. *El sistema sexo-género es una expresión acuñada por la antropóloga Gayle Rubin, en los años 70’, dentro de un capítulo de su libro, “hacia una antropología sobre las mujeres”. Según Rubin, el sistema sexo-género es un sistema de acuerdos sociales,*

determinan a nivel jurídico que la única responsable del cuidado de los hijos es la madre, ya que excluye de esta responsabilidad al empleador del padre trabajador.

En este sentido, la incorporación de un enfoque de género en la redacción de la norma de sala cuna implica establecer que este derecho sea obligatorio e irrenunciable tanto para hombres como para mujeres, empezando por una sala cuna universal.

En este punto, cabe destacar la reciente propuesta de proyecto de ley de sala cuna universal, anunciado por el gobierno, que reconoce una discriminación histórica contra las mujeres. El proyecto prevé el financiamiento de la sala cuna con el 0.1% de las cotizaciones de todos los trabajadores, hombres y mujeres de cualquier edad³⁶.

c. El derecho a alimentación

Sobre el derecho a alimentación o mejor conocido como derecho a lactancia, haré una breve reseña sobre las dificultades que se generan a la hora de ejercerlo.

El artículo 206 del Código del Trabajo, que regula el derecho a la lactancia materna, indica que las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo;
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones;
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

por lo que la sexualidad biológica se transforma en productos de la actividad humana y en los que se da satisfacción a las necesidades sexuales que resultan de esa transformación”.

36 Ministerio del Trabajo y Previsión Social (2022, 08 de agosto), “*presidente Piñera Y ministros del Trabajo y de la mujer firman proyecto de sala cuna Universal*”. Informe de Prensa, recuperado el 30 de agosto de 2022. <https://www.mintrab.gob.cl/presidente-pinera-y-ministros-del-trabajo-y-de-la-mujer-firman-proyecto-de-sala-cuna-universal/>

Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado. El derecho a “alimentar” o a “lactancia materna” no puede ser renunciado de forma alguna, y le será aplicable a toda trabajadora que tenga menores de dos años, aun cuando no goce de derecho a sala cuna, conforme el artículo 203 del Código del Trabajo.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203 (sala cuna), el periodo de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará a necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.

Al respecto, abordaré las problemáticas principalmente interpretativas que se generan en torno a cómo ejercer el derecho a lactancia, tanto para trabajadoras del sector público como el privado, dando cuenta de cómo los cambios o reconsideraciones de criterio por órganos administrativos han marcado la pauta en la forma de entender el ejercicio del mismo derecho, más allá de la ley.

Primero, cabe recordar que el Código del Trabajo refiere que las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador: a) *En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo* y b) *Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones*.

Como se adelantó, el derecho a lactancia puede ejercerse dentro de la jornada de trabajo, ya sea utilizando esta hora íntegra para salir dentro de la jornada y trasladarnos al lugar donde se encuentra el hijo/a, para luego de dar alimentos reintegrarse a labores. Asimismo, esta hora de lactancia se puede dividir en dos porciones de 30 minutos, pudiendo salir, por ejemplo, 30 minutos en la jornada de la mañana y 30 minutos en la jornada de la tarde.

El primer problema que se identifica con el ejercicio del derecho a lactancia durante la jornada, ya sea utilizando la hora íntegra o dividiéndola en dos porciones, dice **relación con los tiempos de traslado**.

En dicho contexto, el ente contralor ha indicado que: *“la ampliación del mencionado lapso concedido para alimentar a los hijos (tiempo de traslado) y el del pago de los pasajes de la movilización tienen un alcance más restrictivo, pues no favorecen a todas las madres trabajadoras, sino que solo a aquellas dependientes de entidades que, de acuerdo con lo previsto en el aludido artículo 203 del Código del Trabajo, tienen la obligación de*

*tener sala cuna para los hijos de sus funcionarias, vale decir, las que tienen veinte o más trabajadoras*³⁷, siendo este dictamen el último sin reconsideraciones asociadas.

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha reconsiderado en múltiples ocasiones el criterio, siendo la última el Ordinario 2495/67 que indica que *“Los derechos contemplados en el artículo 206 inc. 5° del Código del Trabajo, a saber, la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de los cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio*³⁸.

En consecuencia, podemos observar cómo dos órganos administrativos generan dos formas de ejercicio desigual respecto de un mismo derecho, contenido en una misma norma, destacándose un trato más favorable para las trabajadoras del sector privado.

La falta de contabilización del tiempo de traslado de forma independiente a la hora de lactancia cuando se opta por la modalidad de las letras a y b del artículo 206, y el hijo o hija no se encuentra en una sala cuna, provoca que el ejercicio del derecho en dichas modalidades se convierta en inócuo ya que la madre perderá la hora íntegra de lactancia en trasladarse a donde se encuentre el menor. En consecuencia, se optará por la modalidad que permita a lo menos el ejercicio efectivo del derecho, que en dicho caso sería adelantar o retrasar la jornada, ya que, aunque tampoco se cuente el tiempo de traslado en estos casos, a lo menos se podrá obtener un tiempo efectivo para dar alimentos.

En la misma línea, han sido constantes los cambios de criterio respecto a si se contabiliza el tiempo de traslado cuando optamos por la modalidad de retrasar o adelantar la jornada, siendo el último criterio afianzado tanto para la

37 Dictamen N°s 73094 del 2015, 8003 del 2009 17.381, de 2009 y 97.697, de 2014 todos de Contraloría General de la República.

38 Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2945/67 del 07 de junio de 2017, https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-112119_recurso_1.pdf

Contraloría como para la Dirección del Trabajo, la negativa de contabilizar el tiempo de traslado si optamos por esta modalidad de lactancia³⁹.

El segundo problema habitual sobre el ejercicio del derecho de lactancia, dice razón con los sistemas de turnos que se ejercen las jornadas en los establecimientos de salud, y la lectura que se le debe dar a las palabras “a lo menos una hora al día” cuando las jornadas se cumplen en turnos de 24 o más horas al día, que pueden realizarse en un día cronológico o de un día a otro.

Para comprender la problemática, lo primero que debemos recordar es la ya explicada aplicación supletoria o por re- envío que tienen las funcionarias públicas regidas por las Leyes 18.834, 19.664, 15.076 y 18.883, de las normas contenidos en el Título II, Libro II, sobre Protección a la Maternidad, Paternidad y Familia del Código del Trabajo.

Como se dio a conocer, el título referido contiene la regulación de la gran mayoría de normas sobre maternidad, incluyendo el derecho a alimentar al hijo menor de dos años. Sin embargo, al determinar los derechos solo se hacen alusiones generales a las jornadas, ya que esta materia ya fue regulada en el libro I, título I, del mismo Código, el que no es aplicable a las funcionarias públicas.

En el caso de las funcionarias de la administración del Estado, y en específico las funcionarias de la salud, encontramos regulaciones y principios diversos en materia de cumplimiento de jornadas de trabajo, caracterizándose por desempeñar sus labores en distintas modalidades, esto es: jornadas diurnas o nocturnas, ordinarias y extraordinarias, sometidas a sistemas horarios de 11, 22, 33 o 44 horas semanales, al que se le pueden agregar o no, turnos, a través de horas extraordinarias de trabajo.

39 Contraloría General de la República, Dictamen N° 11.631 del 29 de abril de 2019, de Contraloría General de la República indicó que: *“la ampliación del lapso de traslado en el necesario para su respectivo viaje de ida y vuelta, son beneficios de los que goza la servidora solo en el evento que, durante la jornada, se vea en el imperativo de dirigirse a dicho lugar, debiendo retornar al Servicio, concluyéndose que el derecho regulado el inciso quinto del artículo 206 del Código del Trabajo únicamente atañe a la funcionaria que requiere desplazarse durante la jornada al lugar en que esté su hijo, criterio que debe aplicarse en su caso, en atención a la obligatoriedad de los pronunciamientos de este Organismo de Control para los órganos de la Administración del Estado”*.

Por su parte la Dirección del Trabajo ha indicado en Ordinario N° 1086/11 del 26 de marzo de 2019 que *“La trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de la jornada en una o media hora, no tiene derecho a acceder a los derechos que consagra el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, esto es, el pago del valor de los pasajes y la ampliación del lapso de permiso”*, lo anterior en reconsideración al Ordinario N° 1024/21 de 17 de febrero de 2021 que si concedía el derecho en modalidad de adelantar o retrasar la jornada.

En el caso de las doctoras es común encontrarnos con distintos tipos de jornadas, con prevalencia de turnos, que incluyen turnos diurnos y nocturnos, las que con facilidad pueden superar las 12 horas de trabajo diarias, y que en casos extremos como generales de zona o EDF, becarias u otras, superan ampliamente el máximo de horas laborales que tiene permitido trabajar un trabajador del Código del Trabajo, porque su estatuto especial de carácter público, así lo permite o no lo regula.

Un ejemplo de lo anterior es que en el caso de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, que rige supletoriamente a los profesionales funcionarios de la Ley 15.076 y al personal regido por la Ley 19.664, no contempla límites al máximo de horas extraordinarias que se pueden ordenar por la autoridad. Sin embargo, el artículo 9° de la Ley N° 19.104, que reajusta remuneraciones de los trabajadores del sector público, establece que el máximo de horas extraordinarias diurnas cuyo pago podrá autorizarse, será de 40 horas por funcionario al mes, debiendo agregarse que el exceso de horas extraordinarias diurnas que se hayan efectuado sobre ese límite, que no pueden retribuirse con pago de remuneraciones, deberá ser compensado con descanso.

De esta forma, el límite referido por el artículo 9° de la Ley N° 19.104, es al pago de las horas extraordinarias diurnas, lo que implica que esa restricción no alcanza a las horas extraordinarias nocturnas ni a aquellas que se dispongan en días sábado, domingo o festivos, como tampoco a las que el servicio retribuya con descanso.

Por tanto, en caso de funcionarias públicas, sobre todo doctoras, EDF en comisión de estudios, becarias primarias, etc., es normal que las profesionales deban cumplir turnos extensos de trabajo que pueden superar las 24 horas continuas, por necesidades del servicio, con orden del jefe superior del servicio o jefatura directa, a fin de satisfacer las necesidades de salud del establecimiento.

Lo anterior es concordante con que no existe una prohibición para mandar la realización de horas extraordinarias a las mujeres lactantes o con hijos menores de dos años⁴⁰.

En dicho contexto, la problemática que surgió en materia de ejercicio del derecho a lactancia es si las funcionarias sujetas a sistemas rotativos de turno

40 Contraloría General de la República, Dictámenes N° 12.837 de 2014, N° 92.477, 2016, N° 73.094, 2015, N° 12.837 de 2014.

tenían derecho a mayor tiempo de lactancia en proporción a la continuidad y concentración de sus jornadas.

Sobre la materia, las primeras soluciones vinieron de la mano de la judicatura de la Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, quienes conociendo en particular referían que en el caso de médicas con jornadas de más de 24 horas en turnos, cuando sus hijos menores de dos años tenían alergia alimentaria grave, la hora de lactancia debía otorgarse en razón de una jornada ordinaria de trabajo de ocho horas como fue pensada por el legislador laboral cuando redactó el artículo 206 del Código del Trabajo, de tal manera que cada ocho horas de trabajo que cumpla la trabajadora funcionaria publica deberá tener acceso a una hora de lactancia⁴¹.

Esta primera aproximación judicial dio paso a un cambio de criterio por parte de la Contraloría General de la República, quien con fecha 13 de julio de 2021, emitió el Dictamen N° 121618, que indicó: *“que las madres que llevan a cabo turnos de 24 horas, tienen derecho a una hora por cada lapso de ocho horas para ejercer el derecho de alimentación del hijo o hija menor de dos años, el que podrán ejecutar en cualquiera de las modalidades señaladas en el artículo 206 del Código del Trabajo”*.

Después de este Dictamen, comenzaron a surgir una serie de preguntas, nuevamente en relación a cómo se debe ejercer el derecho en los siguientes casos, entre ellos cómo se ejerce el derecho a lactancia de “tres horas” en jornadas 22/28 (22 horas por Ley 19.664 y 28 horas por la Ley 15.076 en el mismo establecimiento); ¿cómo se ejerce el derecho a la lactancia si tengo una jornada de 24 horas que incluye dos días cronológicos?, etc.

Todas las preguntas surgen del nuevo dictamen y para resolver y analizar la problemática de cada una, lo primero que debemos indicar es que la norma señala que es *“a lo menos una hora al día”*, por tanto, una hora de lactancia es el mínimo, pudiendo siempre otorgarse más tiempo a la madre prudencialmente en razón de la jornada que cumple, en atención a la necesidad biológica de extracción de leche y amamantamiento.

En dicho contexto, se ha observado el cumplimiento literal de la normativa de *“a lo menos una hora al día”*, cuando las jornadas de turno no alcanzan el cumplimiento de 24 o 16 horas continuas de trabajo, como es el caso de las jornadas de 12 horas, en que se sigue otorgando una hora de lactancia, cuestión que, si

⁴¹ Corte Suprema, *“Santander con Hospital Clínico Metropolitano el Carmen dr, Luis Valentín Ferrada”* (2019): (Recurso de Protección-Apelación). Corte Suprema. Tercera sala, 18 de marzo de 2020, Rol 25.154-2019.

bien es correcta en derecho, nuevamente deja de lado la prudencia de la proporcionalidad que llevó a las funcionarias a requerir un pronunciamiento por vía judicial y por el órgano Contralor.

En dicho contexto, si bien una jornada de 12 horas que se cumple en un día cronológico no alcanzaría el tiempo para requerir una segunda hora de lactancia, parece prudente poder otorgar un tiempo proporcional por esas cuatro horas extras de jornada, en especial en los casos en que la funcionaria no tiene derecho a la contabilización del tiempo de traslado para ejercer el derecho.

Para el caso de las jornadas parciales, que se cumple en distintos días sin alcanzar ocho horas continuas de trabajo, el Dictamen N° 121618 de 13 de julio de 2021, no cambia en nada la hora de lactancia, ya que la hora es un mínimo. Estas jornadas parciales que se cumplen en varios días siguen siendo las jornadas más beneficiosas en materia de lactancia⁴², y son una de las razones por la que el ente contralor estableciera un aumento de la hora de lactancia para las jornadas parciales concentradas en un solo día cronológico, otorgando una hora por cada ocho horas de trabajo continuo.

Luego, siguiendo con las preguntas y dudas en la materia, cabe responder qué ocurre con las jornadas de 22/28 o de 28 horas semanales cuando estas se concentran en un día cronológico o cuando se distribuyen en dos días cronológicos, y, por último, cómo se ejerce el derecho a lactancia en la modalidad de la letra c) del artículo 206, esto es, postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo, en los supuestos anteriores.

La forma más fácil de entenderlo es con un ejemplo, en este caso hablaremos de una doctora que tiene una jornada de 28 horas, que se distribuye en turnos rotativos y variables cada seis días de 24 horas, los que abarcan por lo general dos días, esto significa que ingresa a su jornada a las 8:00 am del día uno, y sale de su jornada a las 8:00 am del día dos, abarcando su jornada por tanto dos días diferentes cronológica y temporalmente hablando.

42 Por ejemplo, una común jornada de 11 horas de la Ley 19.664 que se cumple en dos días, seguirá teniendo la misma hora de lactancia por día cronológico en que se cumple la jornada.

¿Qué ocurre entonces con sus 28 horas?: la respuesta es que hay que distinguir cuántos días abarca la jornada de 28 horas y cómo utilizarla resguardando la prohibición de acumulación de horas de lactancia⁴³.

Primero, se debe indicar que las jornadas de 28 horas de la Ley 15.076 generalmente se cumplen en turnos de 24 horas semanales, de tal manera que hago cuatro turnos mensuales de veinticuatro horas, quedando cada semana una especie de saldo a favor del servicio de cuatro horas cada semana, que se debe devolver en un quinto turno al mes para compensar esas horas faltantes, este turno se tendrá cumplir según distribución interna del hospital en base a las necesidades del servicio.

Por tanto, si mi jornada es de 24 horas y se cumple en un día cronológico, esto es, según código civil un día cronológico comienza a la medianoche, es decir a las 00:00 (inclusive) y dura 24 horas, hasta las 24:00 (exclusive).

Entonces, generé tres horas de lactancia en un solo día, por tanto, esas tres horas las puedo utilizar, durante mi jornada laboral, saliendo una hora a dar alimentos cada ocho horas continuas de trabajo, o retrasando mi ingreso a la jornada en tres horas, o adelantado mi salida de la jornada en tres horas.

En el caso del ejemplo, no sería posible porque el turno de 24 horas abarca dos días cronológicos temporales: en consecuencia, se generan dos horas de lactancia en la jornada del día uno y la tercera hora corresponde a la hora de lactancia del día dos, no pudiendo acumularse las horas del día uno, con las horas del día dos y viceversa.

Ejemplo: ingreso al turno a las 08:00 am y salgo a las 08:00 del martes. Aquí tengo dos horas de lactancia el lunes, y una hora de lactancia el martes. En consecuencia, esas horas del día lunes las puedo utilizar en cualquiera de las modalidades del artículo 206 CT, esto es, saliendo durante la jornada (cada ocho horas según Contraloría), o retrasar mi entrada a la jornada en dos horas el día uno, y adelantar mi salida el día dos en una hora. Pero no puedo por ejemplo mover estas dos horas del día lunes para el martes para salir tres horas antes, o viceversa, tomar la hora del martes y moverla al lunes para entrar tres horas después ya que eso es acumulación de horas de lactancia, y no se puede hacer.

Para terminar, cabe indicar que en materia de trabajadoras, en el Código del Trabajo no tenemos un dictamen como el de Contraloría General de la República

43 Contraloría General de la República, Dictámenes N° 37.691 de 11 de agosto de 2008, N° 35594 del 2005, N° 27376 del 2001, N° 33341 DEL 2001, N° 28358 del 2005, N° 35517 del 2003.

en que se reconozcan tres horas de lactancia por cada ocho horas de trabajo continuo, en atención a que en principio el problema de las jornadas extensas y concentradas de 24 horas no debería darse, a menos que exista una autorización de distribución especial.

Lo anterior debido a que la redacción del artículo 206 del Código del Trabajo, indica que las trabajadoras tendrán, a lo menos, una hora al día para alimentar a sus hijos, sin embargo, dicha redacción está pensada en razón de una jornada de trabajo estricta, regulada por el Código del Trabajo, esto es jornadas de 45 horas semanales, que no puede distribuirse en más de seis días, ni en menos de cinco, y que en ningún caso puede exceder diez horas diarias.

Por su parte el Código del Trabajo también regula que el máximo de horas extraordinarias de trabajo son dos horas al día y un máximo de 12 horas a la semana, en el ya mencionado Libro I, título I, el que no es aplicable a funcionarias, en consecuencia, una mujer lactante regida íntegramente por el Código del Trabajo, trabajará como 12 horas diarias incluyendo horas extras, por tanto, **la madre no estará separada de su hijo más de 12 horas, sin darle alimentación.**

Cabe indicar que a pesar de este tipo de prohibiciones el empleador puede previa autorización realizar distribuciones especiales de jornada, el problema es que, si bien pueden ser autorizadas, se deja fuera elementos importantes como el ejercicio del derecho a lactancia.

INDICE DE ABREVIATURAS

- **APS:** Atención Primaria de Salud
- **CGR:** Contraloría General de la República
- **CT:** Código del Trabajo
- **DL:** Decreto Ley
- **DFL:** Decreto con Fuerza de Ley
- **EDF:** Médico/a en etapa de destinación y formación.
- **FONASA:** Fondo Nacional de Salud
- **IPC:** Índice de Precios al Consumidor
- **IVA:** Impuesto al Valor Agregado
- **ISAPRE:** Instituciones de Salud Previsional

- **SUSESO:** Superintendencia de Seguridad Social
- **SII:** Servicio de Impuestos Internos
- **LIR:** Ley de Impuesto a la Renta
- **MINSAL:** Ministerio de Salud
- **OIT:** Organización Internacional del Trabajado
- **PREVIRE:** Previsional en Red
- **UF:** Unidad de Fomento
- **UTM:** Unidad Tributaria Mensual

BIBLIOGRAFÍA

- Criado, C. (2020). *“La mujer invisible”*, e-book. Editorial Seix Barral. Los tres mundos.
- Díaz, E. (2015). *“La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género”*. Cuaderno de Investigación N° 55. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, del Ministerio del Trabajo y previsión Social del Gobierno de Chile.
- Landa, A. y Terán M, (2014). *“Conciliación de la corresponsabilidad social en El Salvador. Reflexiones y aportes para la construcción de una agenda nacional de cuidado”*, San José, Costa Rica. Organización Internacional del Trabajo.
- Lupica, C. (2010). *“Trabajo docente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina”*, Buenos Aires, Argentina. Organización Internacional del Trabajo.
- Lienas, G. (2013). *“El diario violeta de Carlota”*, Barcelona, España, Editorial Planeta.
- Toegel, G. y Barsoux, J. (2012). “Women Leaders: The Gender Trap”, *The European Business Review*. Disponible en: <http://www.europeanbusinessreview.com/?p=2482>
- Toro, R. (2022), “Examen de problemáticas en torno a la determinación de cálculos de subsidios de maternidad y de las licencias médicas de maternidad en general. Un análisis con perspectiva de Género. TMF para acceder al grado de Máster Género y Derecho: Dimensiones jurídicas y Tutela Jurisdiccional de la Universidad de Jaén.
- Villavicencio, L., y Zúñiga, A. (2015). *“La violencia de género como opresión estructural”*, Santiago, Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 719-728. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200015>

ARTÍCULOS WEB CITADOS

Organización Internacional del Trabajo, mapeo de permisos de paternidad en el mundo. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang-es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo, Licencias de paternidad actualizada al 03 de noviembre de 2010, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/presentation/wcms_146270.pdf

Superintendencia de Seguridad Social, (2016, noviembre): Evolución del permiso postnatal parental a cinco años de su implementación. (2011-2016). Disponible en: https://www.suseso.cl/607/articles-19844_archivo_01.pdf

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile de 1989, Decreto N° 100. Diario Oficial septiembre de 2005.

Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Diario Oficial de 16 de enero de 2003.

Decreto N° 507, de 1990 que aprueba el reglamento de becarios de la ley 15.076.

Decreto N° 91, del año 2001, que aprueba el reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia a programas de especialización a que refiere la ley 19.664. del Ministerio de salud. Diario Oficial 11 de julio de 2001.

Decreto Ley N° 3.501 de 1980, que fija nuevo sistema de cotizaciones previsionales y deroga disposiciones legales que indica. Diario oficial 18 de noviembre de 1980.

Ley N° 19.378, de 1995, establece estatuto de atención primaria de salud. Diario Oficial 13 de abril de 1995.

Ley N° 18.883, de 1989, establece un nuevo estatuto para las cajas de compensación de asignación familiar (C.C.A.F.), sustituyo del actual contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 42, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Diario Oficial 26 de septiembre de 1989.

Ley N° 21.115, de 2019, establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio. Diario Oficial 02 de mayo de 2019.

Ley N° 20.891, de 2016, perfecciona el permiso post natal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica.

Ley N° 19.070, de 1991, aprueba estatuto de los profesionales de la educación. Diario Oficial 01 de julio de 1991. Diario Oficial 22 de enero de 2016.

Ley N° 19.104, de 1991, reajusta remuneraciones de los trabajadores del sector público y dicta otras normas de carácter pecuniario. Diario Oficial 07 de diciembre de 1991.

Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo. Diario Oficial 23 de septiembre de 1989.

Ley N° 15.076 que fija el texto refundido para los médicos cirujanos, farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas. Diario Oficial 08 de enero de 1963.

Ley N° 19.664 que establece normas especiales para profesionales que indica de los servicios de salud y modifica ley 15.076. Diario Oficial 11 de febrero del 2000.

Ley N° 29.409, ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada a trabajadores peruanos.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

Contraloría General de la República, Dictamen N° 6.381 de marzo de 2018.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 102.495 de 05 de mayo de 2021.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.075 del año 1994.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 52.164 de 2002.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 15.708 de 2011.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 2.746 de 03 de febrero de 2020.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 14.498 del 30 de mayo de 2019.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 223.043 de 09 de junio de 2022.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 73.094 de 2015.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 8.003 de 2009.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 17.381 de 2009.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 97.697 de 2014.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 11.631 del 29 de abril de 2019.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 92.477 de 2016.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 12.837 de 2014.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 73.094 de 2015.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 12.837 de 2014.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 37.691 del 11 de agosto de 2008.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 35.594 de 2005.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 27.376 de 2001.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 33.341 de 2001.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 28.358 de 2005.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 35.517 de 2003.

Dirección del Trabajo: Ordinario N° 1086/11 del 26 de marzo de 2019.

Dirección del Trabajo: Ordinario N° 1024/21 de 17 de febrero de 2021.

Dirección del Trabajo. Dictamen N° 2495/067 del 07 de junio de 2017.

Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen N° 3.850, de 3 de diciembre de 2020.

Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen N° 3.653, de 20 de enero de 2022.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

Corte Suprema, “*Santander con Hospital Clínico Metropolitano el Carmen dr, Luis Valentín Ferrada*” (2019): (Recurso de Protección-Apelación). Corte Suprema. Tercera sala, 18 de marzo de 2020, Rol 25.154-2019.

PÁGINAS WEB CITADAS

Diario Folha de S. Paulo. (2017, 17 de julio) “*La mayoría de las grandes empresas de Brasil no adhiere a la licencia de paternidad de 20 días*”. Artículo de Natalia Portinari. Recuperado en 10 julio de 2022. <https://www1.folha.uol.com.br/>

internacional/es/economia/2017/07/1899977-la-mayoria-de-las-grandes-empresas-de-brasil-no-adhiere-a-la-licencia-por-paternidad-de-20-dias.shtml#:~:text=La%20licencia%20por%20maternidad%20es,que%20paga%20por%20estos%20d%C3%ADas

Chicago Tribune en español (2021, 03 de noviembre), “*Cuando los hombres toman la licencia por paternidad, la economía se beneficia*”. Artículo de prensa por Mary Biekert. Recuperado el 30 de julio de 2022. <https://www.chicagotribune.com/espanol/sns-es-cuando-hombres-toman-licencia-paternidad-economia-beneficia-20211103-sjk63hwgcndrzmi5ky6i7wwjze-story.html>

Gobierno de Uruguay. Ministerio de Desarrollo Social (2019, 11 de noviembre), “Licencias por maternidad, paternidad adopción y cuidados en la actividad pública y privada”, Informe de Prensa Gub. Uy, recuperado 15 de mayo 2022. <https://www.gub.uy/sistema-cuidados/comunicacion/comunicados/licencias-maternidad-paternidad-adopcion-cuidados-actividad-publica>

Instituto Nacional de Estadística, INE (2020, 06 de marzo), “Mujeres en Chile ganan en promedio 27% menos que los hombres”, informe de prensa recuperado el 12 de marzo de 2022. <https://www.ine.gob.cl/prensa/2020/03/06/mujeres-en-chile-ganan-en-promedio-27-menos-que-los-hombres>

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (2022, 08 de agosto), “*Presidente Piñera y ministros del Trabajo y de la Mujer firman proyecto de Sala Cuna Universal*”. Informe de Prensa, recuperado el 30 de agosto de 2022. <https://www.mintrab.gob.cl/presidente-pinera-y-ministros-del-trabajo-y-de-la-mujer-firman-proyecto-de-sala-cuna-universal/>

OIT. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia (2012), “*Decreto Supremo N° 1212 Evo Morales Ayma, presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia*”, Recuperado el 8 de julio de 2022. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90300/104008/F1362262173/BOL90300.pdf>

OTROS

Rodríguez, B. (2021, 19 de junio). Lección N° 3: “*Género, constitución y ciudadanía: Hacia un Estado Post Patriarcal*”. Clase de Máster Género y Derecho: Dimensiones jurídicas y Tutela Jurisdiccional de la Universidad de Jaén, Modulo 2: Paridad e igualdad de género en la Esfera política, judicial y administrativa.

EL ACOSO SEXUAL. UNA PROBLEMÁTICA EN CONSTANTE REVISIÓN

Dra. Gisela Viveros Moncada¹

El acoso sexual es un tipo frecuente de violencia de género que tiene como resultado posible, o real, un daño físico o psicológico a quien lo sufre, lo que puede incluir amenazas, coerción, privación arbitraria de libertad, entre otros, y que abarca tanto los ámbitos de la vida pública como la vida privada.

La Organización Internacional del Trabajo define el acoso sexual como un *comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre*².

Por su parte, el artículo 2 del Código del Trabajo, conceptualiza el acoso sexual como una conducta contraria a la dignidad humana, siendo definido como *“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”*.

Por su parte, el artículo 84 letra L, tanto del Estatuto Administrativo como del Estatuto Administrativo para funcionarios Municipales, regula entre las

¹ Autora: Médica General de Zona en etapa de formación, Pediatría U. de Chile. Fundadora Departamento Nacional de Género y Salud, Colegio Médico de Chile A.G. Actualmente secretaria técnica de la Unidad de defensa de Género de FALMED (UDEGEN). Presidenta de departamento de Género y D.D.H.H. del Consejo Regional Santiago Consejera Nacional del Colegio Médico.

² Género, Salud y Seguridad en el Trabajo- El hostigamiento y acoso sexual”. Organización Internacional del Trabajo. Hoja informativa N° 4. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf

prohibiciones, la realización de cualquier acto atentatorio a la dignidad humana, remitiéndose a la definición del Código del Trabajo de acoso sexual.

En términos más simples, el acoso sexual laboral son todos aquellos requerimientos de carácter sexual, que se realicen de cualquier forma y por cualquier medio, en forma indebida, por una persona en contra de otra, quien los recibe y no los consiente. Además, estas conductas deben amenazar o perjudicar la situación laboral o las oportunidades en el empleo de la víctima de acoso³.

La revista JAMA publicó el 2016 un estudio realizado a 1.066 personas que ingresaron a programas de investigación médica en la Universidad de Michigan, que evidencia que el 66,3% de las mujeres médicas refiere que su género afectó negativamente su desarrollo profesional, comparado con un 9,8% de hombres. Además, el 30% de las mujeres informó haber experimentado acoso sexual en comparación con el 4% de los hombres.

En Chile, existe poca evidencia con respecto a estas temáticas en la práctica médica, y es importante destacar el sesgo que genera la falta de visibilización de la violencia de género y violencia sexual, para poder reconocerla y plasmarla en estadísticas reales. La agrupación Residentes Chile, realizó un estudio el año 2016, donde encuestaron a 369 personas que cursaban programas de especialización en Chile, donde un 20% refirió haber recibido acoso sexual durante su práctica médica, de los cuales un 79,7% fueron mujeres.

La Encuesta de Violencias de Género en la Práctica Médica, que contó con 2.781 respuestas de médicos y médicas que ejercen su práctica de la medicina en Chile, realizada por el Departamento de Género y Salud del Colegio Médico de Chile, un 11% de médicas refirieron haber sufrido violencia sexual versus un 3% de hombres médicos. Al indagar específicamente en consultas sobre insinuaciones sexuales, el porcentaje de respuestas afirmativas se elevó a 43% de médicas versus un 20% de médicos.

El año 2016, emana a través de instructivos presidenciales que establecen que todos los Servicios de Salud deben contar con protocolos de acoso sexual. Sin embargo, tanto su aplicabilidad como su difusión han sido deficientes para garantizar mejores condiciones laborales y mayor oportunidad de denuncia para víctimas de este tipo de violencia. El Departamento de Género y Salud ha realizado un trabajo exhaustivo de análisis de estos protocolos, evaluando

3 Manual Para el Ejercicio Profesional UDEL, pp. 89-90. <https://www.falmed.cl/falmed/prevencion/descarga-manual-para-el-ejercicio-profesional-medico-2021>

14 ítems, categorizándolos de forma cuantitativa, analizaron 29 protocolos de acoso sexual de los servicios de salud, generados entre 2012 y 2018. Lo que más ha destacado en este estudio que se encuentra pronto a publicación, han sido falencias importantes en el enfoque preventivo, claridad del proceso y medidas reparatorias.

Destaca en cuanto a las normativas vigentes que la mayoría de los protocolos mencionan leyes: 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, 18.834 artículo 84 del Estatuto Administrativo y 18.575 artículo 52, que determina la obligación de observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal. Otras leyes aludidas con menor frecuencia fueron la Ley 20.205, referente a protección del funcionario, y la Ley 20.609 referente a la discriminación arbitraria. Destaca además que la mayoría de los protocolos no explicitan que el acoso sexual constituye una forma de discriminación por razón del género y la ausencia del principio de igualdad de género en la mayoría de los protocolos.

En cuanto al procedimiento, es de vital importancia destacar que la mayoría de los protocolos no exponen los tiempos del procedimiento, específicamente en tiempos de investigación, sanción o apelación frente al caso, lo que en la práctica ha generado para la Unidad de Género, procesos largos y revictimizantes para las víctimas. Los canales de denuncia no se explicitan de manera clara, designando para la recepción de esta a personal que podría no tener en su formación un enfoque de género.

Además, todos los protocolos aplican medidas cautelares discrecionales de quien se encuentre a cargo de la investigación, sin detallar en qué casos son aplicables, ni cómo llevar a cabo este procedimiento. En cuanto a medidas de reparación, las alternativas parecen también ser insuficientes en las cuales corresponden derivación a mutualidad, a servicio de salud, etc., sin especificar la modalidad de derivación ni las personas responsables. Por el contrario, existen medidas que desincentivan la denuncia, lo que hace aún más complejo aconsejar la denuncia, explicitando “medidas disciplinarias” en caso de denuncia falsa o que no se pueda comprobar. El principal y complejo problema a resolver es el área gris en el que quedan estudiantes, a quienes no acogen estos protocolos.

El acoso sexual corresponde a una muestra grave de vulneración de derechos, que violenta y excluye a mujeres de espacios laborales, por lo que debe ser desmotivado ampliamente a través de políticas institucionales robustas y con un claro enfoque de género. En esta línea cobran particular relevancia las medidas de prevención y de reparación, en caso de no haber logrado evitar el evento

de acoso. Sobre la regulación de los reglamentos, se podría avanzar a considerar la ley referente a discriminación arbitraria (Ley N° 20.609) en los instructivos presidenciales.

Desde el Departamento de Género y Salud hemos propiciado el ampliar los canales de denuncia, a modo de facilitar el procedimiento, habilitar diferentes vías, además de especificar claramente a dónde debe recurrir la víctima para denunciar. Es de vital importancia además autorizar denuncia por terceros/as, ya que estudios demuestran que, en situaciones de acoso sexual, es frecuente que las víctimas no denuncien por miedo. Así como ha sido la experiencia de FALMED, se recomienda conformar una unidad especializada, para otorgar una primera acogida adecuada, con un equipo multidisciplinario, sensibilizado y capacitado en temáticas de género y acoso.

La prevención de estos hechos resulta imperiosa, con embargo parece ser uno de los ítems más difíciles de llevar a cabo. Según la evidencia disponible, no sería de utilidad cualquier tipo de intervención en esta área. Por ejemplo, los programas educativos breves pueden aumentar la conciencia sobre el problema, pero son insuficientes para cambiar los patrones de comportamiento. Para establecer un programa de prevención efectivo, resulta relevante contar con un diseño riguroso de evaluación del comportamiento de quienes participan, con posterior retroalimentación.

Por su parte, en relación a las sanciones a victimarios/as, estas deben ser explícitas y definidas de manera clara. Sobre la inclusión de estudiantes en el protocolo, es relevante mencionar que los servicios de salud son espacios de formación, en los cuales los/las estudiantes están en una posición jerárquica desigual. La experiencia de la Unidad de Género ha sido de un mejor resultado y aplicabilidad de protocolos universitarios, sin embargo, aún muchas víctimas quedan en indefensión al corresponder a denunciados no adscritos a las universidades. Se recomienda que los protocolos incluyan a toda persona que se encuentre realizando actividades en sus centros, independiente de su calidad contractual, ya que son susceptibles de sufrir acoso sexual.

Es imperioso mejorar de forma transversal el enfoque preventivo, la claridad en el proceso y medidas de reparación adecuadas, además de considerar la perspectiva de género como enfoque orientador fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- “Género, Salud y Seguridad en el Trabajo- El hostigamiento y acoso sexual”. Organización Internacional del Trabajo. Hoja informativa N° 4.
- “Manual Para el Ejercicio Profesional UDEL”, pp. 89-90.
- Código del Trabajo.
- Libro de Derecho Médico, Falmed, Varios Autores, Editorial Rubicón, 2021.
- <https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/view/69147>

En este trabajo, la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G, FALMED, ha querido desarrollar y dirigir el estudio del derecho médico, sumándole a las experticias de los abogados que se desempeñan en estos temas, la voz, la visión o la perspectiva médica. Para ello hemos elegido los temas del derecho médico que estamos seguros son de mayor relevancia y actualidad, y le hemos pedido a connotados y expertos juristas que los desarrollen y, posteriormente, le hemos solicitado a profesionales de la medicina que los revisen, los complementen o derechamente los co-escriban, todo ello con el fin de acercar el árido lenguaje jurídico al ejercicio de la profesión médica.

Es por ello que entendemos este libro como una continuación de nuestra labor educativa, en pos de acercar el derecho a la medicina desde una mirada doctrinaria y normativa, pero sobre todo práctica y contemporánea. Así, buscamos incentivar el estudio y el conocimiento de las normas que rigen a quienes, desde diversos lugares y funciones, ejercen la noble labor de sanar.

“Agradecemos el trabajo de quienes hicieron posible este texto, que recopila las principales normativas que afectan el ejercicio de nuestra profesión, y, especialmente, que lo hayan hecho usando un lenguaje claro, preciso, cercano y didáctico, entregando ejemplos que permitan ver los conflictos dentro de nuestra práctica profesional, para una mirada crítica y reflexiva de quienes leamos estas páginas”.

Dr. Patricio Meza Rodríguez

Presidente
Colegio Médico de Chile A.G.

“Este trabajo, que ponemos a vuestra disposición, se realizó mediante una labor estrecha entre médicos y médicas con abogados y abogadas de nuestra Fundación, buscando con ello la elaboración de textos cercanos en lenguaje y enfoque a la realidad que experimentan día a día los profesionales de la salud”.

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas.

Presidente
Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G. Dr. Kléber Monlezun Soto

“A través de meticulosas revisiones de la literatura y estudios de la jurisprudencia, duplas compuestas por abogados o abogadas en conjunto con médicos y médicas, nos entregan, en un lenguaje comprensible para el lego en materias jurídicas, antecedentes, informaciones, conceptos y enseñanzas para orientar el quehacer médico de un modo seguro y responsable”.

Dr. Mario Valdivia Peralta

Médico Cirujano, Especialista en Psiquiatría del Niño y del Adolescente, Doctor en Psiquiatría.
Decano Facultad de Medicina
Universidad de Concepción



FALMED

WWW.FALMED.CL