

II Seminario

Internacional de Derecho Médico

Nuevos escenarios de responsabilidad en el ejercicio de la profesión médica

DERECHO MÉDICO

Seminario dirigido a médicos y abogados, realizado en el Auditorio del Consejo Nacional del Colegio Médico de Chile, los días 31 de julio y 01 de agosto de 2025



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

II Seminario Internacional de Derecho Médico



FALMED

PUBLICACIÓN

II Seminario Internacional de Derecho Médico

© FALMED

Registro de Propiedad Intelectual

2026-P-3401

ISBN digital

978-956-6477-03-7

Edición, Diagramación y Diseño

FALMED

ÍNDICE

Saludos Inaugurales Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas, Dra. Anamaria Arriagada Urzúa, Carina Vance Mafla	07
La judicialización de la salud en Iberoamérica Dr. Jorge Coronel Gálvez	14
El ejercicio de la profesión médica en Italia. Evolución ética y legal Dr. Luigi Bagnoli	26
El Consentimiento Informado, los daños, la causalidad y la imputación objetiva Carmen Domínguez Hidalgo	38
Consentimiento Informado desde la perspectiva deontológica médica Dra. Gladys Bórquez Estefo	51
La protección de los funcionarios y trabajadores en la Constitución Política de la República Romina Urzúa Arce	60
Tratamiento del derecho fundamental a la protección de datos personales de salud Renato Jijena Leiva	66
Datos personales. Marcos normativos e implicancias para la atención clínica y la toma de decisiones de salud pública Dr. Jorge Pacheco	71
Reformas en salud y su impacto en el ejercicio de la profesión médica Dr. Juan Luis Castro	77
El deber de previsión en la conducta médica Juan Ignacio Piña Rochefort	89
Perspectivas y desafíos para el trabajo médico: La Ficha Clínica Electrónica Dr. José Fernández Figueroa	101
Falta de medios y su impacto en el ejercicio de la medicina y la responsabilidad médica Gian Franco Rosso Elorriaga	110
Intromisión legislativa en la práctica médica Juan Carlos Bello Pizarro	118
Más allá del juicio: la dimensión humana del acto médico Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas	127

Saludos Inaugurales



DR. JAIME SEPÚLVEDA CISTERNAS

Presidente de la Fundación de Asistencia Legal del
Colegio Médico de Chile A.G. Dr. Kléber Monlezun Soto (FALMED)



DRA. ANAMARÍA ARRIAGADA URZÚA

Presidenta Nacional del Colegio Médico de Chile A.G.



CARINA VANCE MAFLA

Asesora Internacional en Sistemas y Servicios de Salud Organización
Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud

DR. JAIME SEPÚLVEDA CISTERNAS

Presidente de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G.

Dr. Kléber Monlezun Soto (FALMED)

Quiero expresar mi alegría por verlos a todas y todos aquí. Les agradezco en nombre de nuestra Institución que nos acompañen en esta instancia que es, sin lugar a dudas, el evento de mayor relevancia en la celebración de estos 30 años de historia.

Agradezco al Dr. Jorge Coronel, presidente de la Confederación Médica Latino iberoamericana y del Caribe, CONFEMEL. Agradezco a la presidenta del Colegio Médico, la Dra. Anamaría Arriagada, también a Carina Vance, representante de la Organización Panamericana de la Salud, en Chile (OPS) ex ministra de Salud de Ecuador, quien ha tenido la gentileza de acompañarnos esta mañana; a la representante de la Fiscalía Nacional, señora Alejandra Vera, a la señora Isabel Riera, Gerente de Negocios y Clientes de Seguros MAPFRE, quienes nos acompañan desde hace ya muchos años y nos ha permitido tener un seguro que no discrimina por región, edad, especialidad, ni por siniestralidad. Es igual para todos y todas quienes ejercemos nuestra hermosa profesión.

Agradezco a todos los miembros de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico de Chile, COLMED, que nos acompañan; al Dr. Mauricio Osorio, vicepresidente nacional de COLMED y ex tesorero de nuestra Fundación, a los presidentes regionales que asisten hoy: Dr. José Antonio Sepúlveda del Regional COLMED Magallanes, Dr. Francisco Hornig del Regional COLMED Osorno, a Guillermo Pavés del Regional Colmed Chillán, Dr. Sergio Calcagno del Regional COLMED Iquique, a la Dra. Gisela Viveros, quien en esta oportunidad representa al Regional COLMED Santiago. A todos los representantes presentes, a nuestros abogados de todo Chile, a nuestro gerente general, al personal administrativo de FALMED, a los funcionarios de COLMED, a los representantes del Poder Judicial que se encuentran presentes, y a los funcionarios y funcionarias de los distintos Servicios de Salud. A los colegas y a las colegas que les interesan los temas que vamos a tratar.

Hace 30 años el Colegio Médico dio vida a la Fundación de Asistencia Legal, la que lleva el nombre de un médico ejemplar, que tuvo una visión preclara de comprender que frente a un hecho adverso que ocurrió en aquella época y desde lo gremial, abordó lo que en ese entonces era una rareza.

Gracias al Dr. Kléber Monlezun Soto y a los dirigentes quienes lo acompañaron en esa época, hoy podemos decir —y me siento orgulloso de ello—, que bajo el alero del Colegio Médico somos FALMED, una Institución fundamental e indispensable para el trabajo que realizamos como médicos y médicas, no sólo en defensa y en promover la *lex artis* médica, sino que también con los Cursos Por Una Medicina de Excelencia, PUME, y PreFalmed, hemos abordado la prevención y la promoción de nuestro trabajo. En más de 6.000 causas y juicios que hemos tenido, excepcionalmente el resultado ha sido adverso. Y esto tiene que ver —y déjenme decirlo con orgullo—, con que quienes ejercemos la medicina en Chile lo hacemos bien. Hoy en día, somos víctimas de tanta crítica por los temas de licencias médicas, donde sobran dedos de la mano para decir quiénes lo hacen mal y faltan dedos de la mano para decir quiénes lo hacemos bien.

En FALMED hemos hecho un trabajo que permite que muy pocos hayan tenido alguna causa con resultado negativo. Gracias al trabajo de quienes ejercen la medicina a lo largo del país, y gracias a nuestro equipo de abogados que no solo comprende muy bien nuestro trabajo, ya que no solo sabe de los aspectos médicos legales, considero que, y lo repito, nos tienen un genuino cariño, porque creo que es difícil trabajar tanto tiempo con nosotros y soportarnos, sin tenernos un poco de cariño.

En noviembre de 1999, bajo la presidencia del Dr. Enrique Accorsi, que tuvo una participación activa en la Asociación Médica Mundial, y bajo la presidencia del Dr. Eduardo Welch, se hizo el “I Seminario Internacional”, para hablar de aspectos médicos legales y Consentimiento Informado, entre otros tópicos. Nos pareció que al cumplir 30 años era un buen momento para hacer este “II Seminario Internacional”, con vías a pensar el abordaje desde lo gremial, desde lo técnico, desde la profesión médica, que se refleja en el directorio donde todos quienes lo integramos somos médicos. Pienso que es una experiencia que vale la pena replicar, y que ponemos a disposición de CONFEMEL y de OPS para poder valorar una experiencia como la nuestra. La experiencia hay que conocerla y reconocer si hay algo de utilidad en lo que nosotros hemos hecho. Hoy día el escenario es complejo. Todos los días se presenta algún caso, hay demandas por todos lados y nosotros estamos ahí.

En nuestro 30° aniversario, hemos querido celebrar, entre otras cosas, con este II Seminario Internacional. La jornada de hoy, va a contar con la participación del Dr. Jorge Coronel, de CONFEMEL; del Dr. Luigi Bagnoli, presidente del Colegio Médico de Bologna, Italia, quien se va a conectar por vía telemática. Vamos a tener a la Dra. Gladys Bórquez que hablará de temas éticos, a la profesora Carmen Domínguez, a la profesora

Romina Urzúa y al profesor Renato Jijena. Mañana nos acompañará el senador Juan Luis Castro, ex presidente de nuestro colegio y también ex presidente de FALMED, el Dr. Jorge Pacheco del Departamento de Información y Estadística del Ministerio de Salud, MINSAL, el profesor Gian Franco Rosso, el profesor Juan Ignacio Piña, nuestro abogado jefe nacional, Sr. Juan Carlos Bello y a mí que me tocará cerrar este seminario en donde los temas que se abordarán son de primer nivel.

Como presidente del Directorio, me siento orgulloso cuando también hemos llegado a 30.000 afiliados. El Colegio Médico tiene aproximadamente 36.000 afiliados, la mitad de quienes ejercemos la profesión en Chile. Por lo tanto, creo que tenemos hoy una institución confiable, prestigiosa, que garantiza y asegura, y cuya única razón es servir al trabajo médico. Muchas veces nos preguntan si nosotros tenemos conflictos de intereses. Quiero aclarar que no tenemos ninguno, porque nuestro conflicto de interés declarado es la profesión médica. FALMED existe, vive y respira por los médicos y médicas que ejercemos, la que sin duda es la más hermosa y grande, más humana y social de las profesiones que existen.

DRA. ANAMARÍA ARRIAGADA URZÚA

Presidenta Nacional del Colegio Médico de Chile A.G.

Bienvenidos a este auditorio, ubicado en Nuestro Colegio Médico, Saludo al Dr. Jorge Coronel, presidente de CONFEMEL y a Carina Vance, asesora internacional en Sistemas y Servicios de Salud, OPS/OMS. También a Isabel Riera, Alejandra Vera y a todos los que me saludaron. Estamos muy honrados de que estén acá.

Quisiera partir contándoles que ayer la Academia de Medicina nos pidió una reunión en la que me acompañaron Adelio Misseroni y Rodrigo Gaete, abogados del Colegio Médico, para discutir sobre los distintos proyectos que hablan sobre la Reforma de Salud. Son varios proyectos separados que incluyen muchos cambios legales, y los decanos dijeron: bueno el Colegio Médico tiene PreFalmed para estudiantes de Medicina. Nuestro colegio ha elaborado una de las sincronías más virtuosas entre la medicina y el derecho.

Somos dos profesiones muy unidas. A veces dicen que a los doctores no les gusta que los fiscalicen y yo digo que esta profesión, por el interés y el sujeto de su preocupación, que es el ser humano sano y enfermo, necesita ser muy regulada. Por lo tanto, estamos bien acostumbrados a ser muy fiscalizados y mirados, y eso está bien. Pero frente a un escenario actual complejo donde se pretende resolver todo por la vía de la penalización o la sobre regulación, tenemos que ocuparnos de eso, y el Colegio Médico se ocupa de eso y se ocupa desde el estudiante de medicina en adelante.

Celebro mucho esta instancia. Son temas muy interesantes los que se discutirán acá. Les deseo un muy buen seminario. Agradezco enormemente a las personas que vienen de lejos. Agradezco también a nuestros socios en esto, a quienes permiten que la fundación siga creciendo siempre.

CARINA VANCE MAFLA

Asesora Internacional en Sistemas y Servicios de Salud Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud

Quisiera, en primer lugar, extender el saludo del Dr. Giovanni Escalante, quien, en efecto, se encuentra en este momento en Cuzco en actividades oficiales en las que participamos a nivel subregional. Saludo a las autoridades presentes, a los expositores nacionales e internacionales que nos acompañan, a los participantes del mundo médico y jurídico por esta valiosa oportunidad de abordar un tema que, como es dicho, representa un gran y complejo desafío en la intersección de estas profesiones, tomando en cuenta no solamente la medicina, sino teniendo en cuenta los marcos normativos y la judicialización. También un tema importante es el Derecho a la Salud, el Consentimiento Informado, la Protección de Datos Personales, así como dilemas en torno a la Responsabilidad Profesional en un contexto que suele ser de alta presión y limitaciones estructurales, ya que generan limitaciones que se relacionan a la judicialización y que tenemos que tomar en cuenta.

Desde la OPS tenemos varias Resoluciones relacionadas al ámbito de la judicialización en medicina. Las Resoluciones en la Organización Panamericana de la Salud se toman por parte de los países, así que responden también a cuáles son las prioridades que se dan en los países y cuáles son los temas que deciden priorizar. En ese sentido, quería destacar la Resolución que tenemos sobre acceso y cobertura universal a la salud que releva el derecho a contar con sistemas centrados en las personas, con marcos regulatorios robustos, transparentes, y con principios alineados con los principios de equidad, de calidad y de protección de derechos. En materia de **salud digital**, quería destacar que tenemos recomendaciones relacionadas al avance tecnológico que es, sin duda, tan importante, pero que debe ir de la mano de un desarrollo normativo y ético que garantice el uso seguro de información, el respeto a la privacidad, en la protección de derechos de datos sensibles. Eso es especialmente relevante en un momento de reformas legales a nivel regional y de Chile, que son relevantes para esta materia.

Consideramos que es importante que las discusiones sobre la responsabilidad médica reconozcan que los elementos estructurales influyen sobre la práctica clínica, el financiamiento del sistema, la estructura, la disponibilidad de recursos, la regulación

vigente y el acceso oportuno a tecnologías. Ignorando estas condiciones, sin duda podemos llegar a tener judicialización descontextualizada que no contribuya a la justicia y que no contribuya a la calidad.

Tuve la oportunidad no solamente de ser Ministra en el Ecuador, donde estos temas eran absolutamente relevantes para el país, sino también directora del Instituto Suramericano de Gobierno en Salud, donde teníamos una perspectiva de la Región o Subregión Suramericana. Uno de los temas que abordamos es la judicialización de tecnologías sanitarias y medicamentos, así como las consideraciones para su uso eficaz y seguro, velando por el cumplimiento de los derechos de las personas, pero tomando en cuenta el rol de la industria y temas como los conflictos de interés.

Quisiera felicitar a FALMED y al Colegio Médico por este Seminario, por este importante diálogo. Consideramos que la oportunidad de sentarnos de forma interdisciplinaria para discutir estos temas contribuye a tomar decisiones que sean equilibradas. Este tipo de encuentros nos recuerda los desafíos que enfrentamos a nivel regional como personal de salud, como profesionales del ámbito jurídico y como personas que requieren respuestas colaborativas y que integren la evidencia científica, la normativa ética y los derechos humanos.

La Judicialización de la salud en Iberoamérica



Dr. Jorge Coronel Gálvez
Presidente de la Confederación Médica
Latinoiberoamericana y del Caribe,
CONFEMEL.

Reseña sobre el expositor

El doctor Jorge Coronel es oriundo de Salta, Argentina, médico cirujano de la Universidad Nacional de Córdoba, médico especialista en terapia intensiva y además consultor y asesor estratégico en salud pública. Posee una maestría en Economía y Gestión de Salud de la Universidad ISALUD. Actualmente se desempeña como Vicepresidente de la Confederación Médica de la República Argentina, COMRA, y es Jefe del Programa de Recupero de Costos del Hospital San Bernardo de Salta. Es Coordinador del Servicio de Terapia Intensiva de la Clínica María Urcupiña en Salta, Consultor del Sector Salud Banco Interamericano de Desarrollo, Plan Estratégico Salta 2030, miembro asociado de la Asociación Médica Mundial por COMRA, y miembro del Comité de Bioética Asociación Médica Mundial.

Exposición

En primer lugar, quiero agradecer al Dr. Jaime Sepúlveda, a FALMED por la invitación, al Colegio Médico, a la doctora Arriagada y también la presencia de Carina Vance, y la presencia de todas y todos ustedes. Es muy lindo ver a tanta cantidad de médicos, médicas, interesados en este tema que realmente nos preocupa a todos.

He dividido la conferencia en dos partes:

La primera parte, referida a la judicialización y los costos. Esto ocurre, por ejemplo, a cuando nosotros realizamos una prescripción médica y cuando el financiador o los financiadores, tienen que hacerse cargo de algunos gastos y algunos costos ya que, hoy por hoy, la judicialización abarca una parte de las demandas que se hacen para conseguir medicamentos, conseguir tratamientos, prácticas u hospitalizaciones.

En la segunda parte, abordaremos lo que más nos preocupa: la *praxis* médica. Prefiero hablar de *praxis* en un sentido positivo, porque la buena *praxis* —que es la más habitual— merece ser destacada, más que centrarnos únicamente en el concepto de *mala praxis*.

Crisis estructural del sistema de salud

Cuando hablamos de crisis estructural, observamos que la población ha cambiado respecto a lo previsto en décadas anteriores. El envejecimiento ha generado un aumento sostenido en la demanda de salud, acompañado de transformaciones en los paradigmas

y en la epidemiología. Hoy, la mayor parte del gasto sanitario se concentra en los últimos años de vida. A este escenario se suma la creciente judicialización, un fenómeno que no solo afecta a Latinoamérica o Iberoamérica, sino que se ha expandido en todo el mundo. En muchos casos, las personas recurren a los tribunales para acceder a tratamientos, prácticas médicas u hospitalizaciones que no están cubiertas por el Estado o por los financiadores dentro de los programas obligatorios de salud.

Estas acciones se fundamentan en el derecho a la salud, reconocido en prácticamente todas las constituciones de la región y vinculado a los derechos humanos. De esta manera, la judicialización se expresa a través de amparos, tutelas, demandas judiciales, e incluso procesos por errores en los tratamientos o en el accionar de los profesionales.

Consecuencias de la judicialización

Estas pueden ser tanto positivas como negativas. Entre las positivas, destaca la garantía de los derechos en casos individuales, es decir, personas que, por diversas circunstancias, no tienen acceso a la salud o a un tratamiento específico y recurren a la vía judicial. En estos casos, los tribunales suelen fallar a favor de los pacientes, considerados la parte más vulnerable, y en virtud de lo establecido en la Constitución ordenan la financiación de medicamentos, tratamientos y hospitalizaciones. Otro aspecto positivo de la judicialización es que visibiliza las falencias del Estado y de los sistemas de salud, obligando a corregirlas. Esto nos lleva a reflexionar y preguntarnos por qué determinados tratamientos, medicamentos o prácticas específicas no están cubiertos. A ello se suma que el rápido avance de la tecnología en los últimos años ha elevado significativamente los costos en salud y en las prácticas médicas.

Entre las consecuencias negativas de la judicialización, destaca la fuerte desviación de recursos. El aumento significativo de los costos pone en aprietos a los financiadores y genera situaciones similares en distintos países. Esto produce inequidad: quienes cuentan con posibilidades de accionar judicialmente acceden con mayor facilidad a tratamientos, mientras que quienes no tienen esos recursos o viven en zonas alejadas enfrentan mayores barreras para recibir atención. Además, la gran cantidad de demandas satura el sistema judicial y ralentiza la provisión de servicios de salud.

Datos internacionales

Quiero presentarles un trabajo publicado en la Revista Médica de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Agradezco al doctor Rubén Torres, quien me proporcionó gran parte de los datos utilizados en esta presentación, y al doctor Oscar Cochlar, médico argentino que trabajó en la Superintendencia de Servicios de Salud, por sus valiosos aportes. En materia de *mala praxis*, destaco también la colaboración de la compañía Noble, una empresa aseguradora, vinculada a la Confederación Médica de Argentina, y del

doctor Fabián Vítolo, neurocirujano que ha trabajado ampliamente en temas de seguridad del paciente.

En el caso de Colombia, entre los años 2003 y 2009, gran parte de las demandas judiciales estuvieron vinculadas al reembolso de medicamentos que no estaban cubiertos por el programa obligatorio de salud o que directamente no se encontraban disponibles. Esto provocó un aumento del 68% en las demandas, lo que se tradujo en un gasto adicional equivalente a 0,5 puntos del Producto Interno Bruto (PIB). Se trata de una cifra significativa para un presupuesto de salud, que además es poco flexible.

En este contexto, nuestras decisiones de prescripción médica tienen un rol determinante: cuando no se administran con cautela, contribuyen a desviar recursos y a beneficiar principalmente a la industria farmacéutica. Así, se destina más presupuesto a medicamentos e innovaciones tecnológicas, lo que reduce los ingresos disponibles para otras necesidades del sistema. En última instancia, esto impacta también en los propios médicos y médicas responsables de prescribir. Por ello, es fundamental tomar conciencia de la importancia que tiene cada prescripción, especialmente cuando se trata de medicamentos, tratamientos o prácticas de alto costo. En Brasil, el gasto en medicamentos creció del 5,4% al 10,7%. A simple vista estas cifras pueden parecer moderadas, pero representan millones de dólares que deben ser recortados de un presupuesto sanitario ya limitado. En Costa Rica, el 90% de los medicamentos demandados correspondía a fármacos que no figuraban en los catálogos oficiales. En la mayoría de los casos, se trataba de medicamentos de alto costo, muchas veces con alternativas disponibles. Sin embargo, en lugar de utilizar los protocolos iniciales, se recurría directamente a terapias innovadoras y costosas, lo que derivaba en demandas judiciales y en un aumento significativo del gasto.

Una parte importante de los litigios está dirigida a medicamentos que no están incluidos en los protocolos ni en los programas obligatorios de salud. Esto obliga al Estado a realizar periódicamente jornadas de evaluación y actualización, ya que los protocolos suelen demorarse demasiado en incorporar nuevos tratamientos. Muchos de los fármacos demandados contaban con alternativas terapéuticas disponibles. Sin embargo, en numerosas ocasiones se utilizaron opciones de tercera línea en lugar de las de primera. Incluso, algunas prescripciones carecían de valor terapéutico o se indicaban de manera errónea para patologías en las que no correspondían. Este tipo de demandas, aunque busca cubrir la necesidad de un paciente, termina generando un costo elevado que impacta en la sostenibilidad del sistema y perjudica al resto de la población, que ve limitadas sus posibilidades de acceso.

El perfil de los litigios

En procedimientos quirúrgicos y traumatológicos, las demandas judiciales suelen estar vinculadas a la provisión de prótesis, a las que solo se accede mediante amparos o tutelas

judiciales. Se observa que la mayoría de estas demandas provienen de sectores urbanos, particularmente de clases medias y altas, que cuentan con más información y acceso a la justicia. En cambio, las personas de sectores más humildes o que viven en zonas alejadas rara vez recurren a esta vía. En muchos casos, detrás de estas acciones hay grupos de médicos o abogados especializados en gestionar este tipo de litigios.

Problemas detectados

Podemos mencionar principalmente: Debilidad institucional para garantizar los servicios incluidos; falta de transparencia en los procesos administrativos; sobrepagos en medicamentos debido a que los Estados suelen retrasar los pagos; desfase entre el costo real de los medicamentos y el que finalmente se paga.

A todo esto, se suma el costo propio de la demanda judicial, que varía según el país, pero nunca es gratuito. De esta forma, el acceso a la justicia también se vuelve desigual: algunos logran judicializar y acceder a lo que necesitan, mientras otros quedan excluidos, aumentando la inequidad en los servicios de salud.

Implicancias para las políticas públicas

Para fortalecer los sistemas de salud, es fundamental que todos los actores participen en la mesa de diálogo: médicos, gestores, jueces y ciudadanos. Solo así es posible analizar científicamente qué tecnologías tienen evidencia suficiente para ser incorporadas en los programas obligatorios de salud. La gestión debe mejorar y apoyarse en la evidencia científica. El Poder Judicial, por su parte, tiene un rol clave: comprender qué demandas se priorizan y distinguir cuáles realmente deben recibir atención preferente. La judicialización es, en definitiva, un síntoma de sistemas de salud en crisis. En toda Latinoamérica, y podría decirse que en el mundo, los altos costos y la rápida incorporación de nuevas tecnologías han generado un gasto excesivo que no puede ser cubierto en su totalidad. De ahí la urgencia de un diálogo profundo entre jueces, médicos, gestores y ciudadanos para definir cómo incorporar tecnologías y políticas con un enfoque de equidad, transparencia y evidencia científica.

Un ejemplo reciente apareció en la revista argentina Promesas, que busca reunir a gestores de distintos sectores para debatir sobre la necesidad de reformar los sistemas de salud con fundamentos científicos y criterios médicos adecuados. Sin embargo, en países como Argentina, la gran fragmentación del sistema y de sus financiadores dificulta alcanzar consensos. Como bien señaló Michael Rowling, expresidente del Instituto Nacional para la Excelencia en la Salud y la Atención en Reino Unido, NICE, en Inglaterra: “En ningún país del mundo existen los recursos suficientes para proveer a todos sus ciudadanos la totalidad de los servicios con los máximos estándares de calidad posible; cualquiera que crea lo contrario vive en el país de las maravillas”.

Por ello, debemos asumir que los presupuestos son limitados. Nuestro desafío es brindar la mejor salud posible, con calidad y una relación médico-paciente sólida que permita contener a la población. Solo así los costos podrán mantenerse acotados y accesibles para todos, evitando profundizar las desigualdades que ya conocemos.

Responsabilidad médico-legal y la *mala praxis*

La medicina, como ciencia aplicada al ser humano, no está exenta de errores. Estos pueden ocurrir y, en ocasiones, nos vemos juzgados según lo que el paciente esperaba recibir y no percibió en nuestro accionar. Esto puede derivar en una demanda. La reflexión necesaria es que debemos contar con la mejor información posible para llegar a diagnósticos acertados, minimizar errores y, cuando estos ocurran, no ocultarlos, sino analizarlos para evitar su repetición. No se trata de culpar a otros, sino de asumir la responsabilidad y corregir lo necesario.

El aumento de los juicios por errores médicos ha tenido un fuerte impacto económico en los sistemas de salud, especialmente en las últimas décadas. Este fenómeno, presente en toda Latinoamérica e Iberoamérica, se ha expandido como una ola creciente, impulsada por la mayor fluidez de las comunicaciones y el acceso de la población a información médica. Hoy, “doctor Google” asesora a nuestros pacientes, aunque muchas veces lo hace de forma inadecuada. La relación médico-paciente ha sido históricamente un vínculo de confianza, pero este lazo se ha debilitado en los últimos años, lo que ha favorecido la creciente judicialización. Para enfrentar este escenario, debemos volver a la esencia hipocrática de la medicina: escuchar al paciente.

En Grecia nació la medicina moderna, y solemos decir que los médicos hablamos “griego” mientras los abogados hablan “latín”. Esta diferencia cultural y técnica dificulta, a veces, el entendimiento mutuo. Sin embargo, la base de todo sigue siendo la comunicación con el paciente. La presión actual, con agendas ajustadas y consultas de apenas diez minutos, limita el espacio de diálogo. En Argentina, el médico y bioeticista Paco Maglio recordaba que más que un consultorio, lo que debemos tener es un “escuchatorio”. Escuchar genuinamente al paciente nos permite comprender qué le sucede, generar empatía y fortalecer el vínculo de confianza. Si logramos restablecer esa relación de escucha y cercanía, no solo reduciremos la judicialización, sino que también mejoraremos la calidad de los procesos de atención que tanto nos preocupan. Cuando hablamos de *mala praxis*, no solo nos referimos a diagnósticos errados o intervenciones inadecuadas. También hablamos del dolor que provoca en las familias y en los propios pacientes, de las pérdidas que genera, del quiebre en la relación médico-paciente, un lazo que muchas veces resulta muy difícil de recuperar. Además, las instituciones donde trabajamos también se ven afectadas. La *mala praxis* no es un problema individual, es un problema sistémico. No daña solo a los médicos: impacta a

todo el sistema de salud. Una de las definiciones más utilizadas señala que la *mala praxis* corresponde al ejercicio inadecuado o negligente de la profesión médica, que se configura cuando un profesional omite prestar el servicio de forma adecuada, produciendo un daño al paciente. Desde el punto de vista jurídico, implica el incumplimiento del deber legal del médico: aquello que se esperaba de él y que no se cumplió.

Afectación a la calidad de la atención en salud

Este fenómeno, cada vez más frecuente, refleja también un deterioro en la calidad de la atención médica, que no siempre depende del profesional en sí, sino de las condiciones del sistema en el que trabajamos. Por eso, desde CONFEMEL promovemos la necesidad de un ámbito laboral saludable. En nuestras reuniones insistimos en la importancia de analizar las condiciones en que los médicos ejercen, cómo enfrentamos la violencia y cómo estas realidades terminan condicionando nuestro accionar diario.

Los pacientes suelen llegar con una urgencia en la resolución de sus problemas, y eso nos condiciona a intentar dar respuestas rápidas, aun cuando no disponemos del tiempo suficiente para un verdadero “escuchatorio”. Esa falta de escucha puede llevarnos a incumplir normas básicas de la atención. Hoy existe una mayor expectativa y exigencia de parte de los pacientes. Muchos consultan cargados de ansiedad, esperando soluciones inmediatas. Los estudios en Argentina muestran que solo entre un 30% y 40% de las consultas en guardias corresponden a emergencias reales. El resto son patologías que podrían resolverse en la atención primaria, pero la falta de turnos disponibles deriva a las personas a las guardias.

A esto se suma el aumento en la cantidad y complejidad de las prestaciones médicas. La tecnología disponible en los últimos años ha impulsado que muchos pacientes lleguen con demandas específicas: “el doctor Google me dijo que necesito una endoscopia”, “me corresponde una resonancia”. Cuando esas solicitudes no se cumplen, el médico puede enfrentarse a una demanda. Ya no hablamos de pacientes pasivos, sino de usuarios-clientes con mayor conciencia de sus derechos, que además exigen frente a un tercer pagador, lo que este muchas veces, no está dispuesto a cubrir. Estos cambios culturales alimentan la judicialización. La mayor información disponible eleva la demanda y el uso de la justicia como vía de reclamo. Esto tiene un impacto económico y sistémico significativo.

Efectos económicos de la judicialización

En Argentina, por ejemplo, las indemnizaciones por *mala praxis* se han triplicado o cuadruplicado en las últimas décadas. Antes, un seguro médico cubría entre 20.000 y 30.000 dólares; hoy los montos superan los 100.000 dólares, especialmente en casos de fallecimiento. Además, los procesos no siempre se limitan al ámbito civil: pueden

escalar hasta instancias penales. Las primas de los seguros para los médicos también han aumentado, al igual que los honorarios legales y los acuerdos extrajudiciales. Muchas demandas ni siquiera llegan a juicio, porque se resuelven antes mediante reconocimiento de culpa o acuerdos directos. Junto con los costos directos, existen costos indirectos: inversión en protocolos de prevención, ajustes legales y administrativos, y sobre todo, la práctica de la medicina defensiva. Este fenómeno condiciona al profesional, que muchas veces pide estudios o tratamientos no porque sean lo mejor para el paciente, sino para protegerse frente a un eventual juicio.

Por un lado, puede observarse la sobreprestación ya que, existen médicos que solicitan múltiples estudios y procedimientos con el propósito de resguardarse frente a una eventual demanda judicial. Este comportamiento, motivado por la idea de prevenir cualquier omisión, incrementa de manera considerable los costos del sistema de salud. Del mismo modo, la subprestación también representa un problema relevante, en ocasiones, profesionales con amplia trayectoria prefieren no atender casos complejos para evitar riesgos legales. Esta omisión genera que los pacientes no reciban la atención oportuna, lo que conlleva demoras diagnósticas y la posibilidad de demandas por *mal praxis*. En consecuencia, tanto la sobreprestación como la subprestación afectan de manera negativa la calidad de la atención y la eficiencia del sistema sanitario.

Crisis en la relación médico-paciente

La relación médico-paciente constituye un pilar esencial en el proceso asistencial y, sin embargo, atraviesa una crisis significativa. La presión asistencial y el escaso tiempo disponible impiden con frecuencia un diálogo adecuado y una verificación de la comprensión por parte del paciente. Ello da lugar a errores habituales, como prescripciones ilegibles, explicaciones insuficientes sobre la administración de tratamientos o consumo inadecuado de medicamentos. Estas situaciones reducen la eficacia terapéutica, agravan los cuadros clínicos y aumentan la probabilidad de demandas judiciales.

La despersonalización del acto médico se ha intensificado a partir de la transformación del paciente en cliente o usuario, así como de las condiciones laborales adversas que enfrentan los profesionales, entre ellas el multiempleo. Esta dinámica, caracterizada por la necesidad de alternar entre guardias, hospitales, clínicas y consultorios, impide dedicar un tiempo suficiente a cada institución o paciente, erosionando aún más la relación asistencial. A lo anterior se suma el rol de los medios de comunicación, que otorgan gran visibilidad a los errores médicos, incluso cuando son hechos aislados, mientras invisibilizan el trabajo cotidiano en atención primaria, programas de vacunación y controles pediátricos o neonatales. Basta un error para ocupar titulares y espacios televisivos completos, lo que genera un impacto desproporcionado en la

opinión pública. Los actores involucrados en esta problemática son numerosos: los profesionales de la salud —principalmente médicos, aunque también odontólogos, enfermeros y técnicos—; los establecimientos públicos y privados donde se desarrollan las prestaciones; las aseguradoras y fondos solidarios que asumen los costos derivados; los pacientes y sus familias, directamente afectados; y, en un sentido más amplio, la población en general, que soporta las consecuencias de un sistema más costoso e ineficiente.

Asimismo, los poderes legislativos, los peritos médicos, las obras sociales y las entidades financiadoras de salud forman parte del entramado institucional donde se despliegan estas tensiones. Las respuestas corporativas del sector, sobre todo en algunos países, han sido que los médicos y las instituciones somos víctimas de esta situación. Sin embargo, no somos víctimas: hemos causado algo, y es necesario asumirlo y analizarlo. Debemos sentarnos a corregir los errores que podemos cometer. El principal problema no es el error asistencial en sí, sino el aumento de los juicios y la negación u obstaculización de la revisión de los casos.

Uno de los problemas frecuentes es que los datos desaparecen de las historias clínicas, lo que ocurre en muchos lugares. Otro error es concentrarse exclusivamente en términos médico-legales, en lugar de focalizarse en lo que le pasó al paciente y en cómo contenerlo para prevenir el daño o, si este ocurrió, cómo repararlo. Es decir, debemos enfocarnos en mejorar y reconstruir la relación con el paciente para evitar la demanda. La contratación de seguros con exigencias distintas, y la solución que a veces se propone, no está al alcance de los profesionales. No obstante, las comisiones de salud legislativas constituyen espacios donde los médicos y las instituciones deben participar activamente, sentarse a dialogar y cumplir con las acciones que les corresponden.

Judicialización por especialidad médica en Argentina

En colaboración con la empresa Noble que aportó algunos datos y el Dr. Fabián Vítolo, se elaboraron estadísticas sobre 2.500 casos de demandas, permitiendo analizar cuáles son las especialidades médicas más demandadas. En primer lugar, generalmente se encuentran las especialidades quirúrgicas y dentro de ellas, los cirujanos, obstetras, traumatólogos y cirujanos estéticos lideran las demandas. La cirugía estética, en particular, es frecuentemente demandada, ya que los pacientes esperan un resultado determinado y, si este no se obtiene, o si ocurre algún error, se genera la demanda. Respecto al riesgo de reclamos judiciales, se observa lo siguiente: de todas las demandas, las de alto riesgo —aquellas en las que realmente hubo error y que son difíciles de defender— representan solo el 34%. Las de mediano riesgo, que pueden involucrar no solo un error del médico sino también otros actores, corresponden al 33%. Las de bajo riesgo, es decir, demandas donde no ocurrió el error demandado y el médico no

cometió ni daño ni negligencia, representan el 11%. Finalmente, las demandas que no tienen riesgo suman el 22%.

Esta situación se explica, en parte, porque en Argentina es posible litigar sin gastos en temas de *mal praxis*. Esto permite que cualquier persona pueda hablar con un abogado y accionar cuando cree que no ha sido atendida adecuadamente o que se cometió un error en su tratamiento, facilitando un acceso a la justicia que en otros países de Latinoamérica no ocurre. Los juicios por responsabilidad en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad de Buenos Aires han crecido un 20% en los últimos cinco años, concentrándose alrededor del 80% en la Capital Federal y el resto en la Provincia. La mayoría de los casos corresponden al fuero civil, mientras que solo el 20% son penales, aunque estas últimas demandas van en aumento. Las especialidades más afectadas son la cirugía general, incluyendo urólogos, cirujanos generales y de tórax, seguidas de traumatología y obstetricia, que utilizan la cirugía en determinadas prácticas. Le sigue la cirugía estética, y posteriormente, clínica médica, pediatría y oftalmología.

Un aspecto que resulta llamativo es que los anestesiólogos ocupan un lugar mucho más bajo en el número de demandas, mientras que en otros países suelen situarse en el tercer o cuarto lugar. Existen, por lo tanto, diferencias según el contexto, pero estas especialidades son, en general, las más frecuentemente afectadas por litigios médicos. En el caso de la obstetricia, se analizaron 375 demandas. Se observó que la causa más frecuente es la distocia de hombro con parálisis braquial. Le siguen el inadecuado control del embarazo, la muerte por partos complicados y la parálisis cerebral no asociada a distocia de hombros, la cual constituye otra patología recurrentemente implicada en demandas. Asimismo, las cesáreas representan un motivo frecuente de reclamo. Al analizar la proporción entre partos normales y cesáreas, se evidencia que estas últimas se realizan en exceso en comparación con lo que correspondería según estándares clínicos, y cuando ocurren complicaciones, generan litigios. Las episiotomías de rutina también constituyen una causa de demanda, ya que en algunos casos se perciben como un maltrato durante el parto, y algunas mujeres consideran que fueron mal atendidas, lo que motiva acciones judiciales. En términos generales, las especialidades médicas más demandadas son: traumatología, con un 39%; cirugía, 38%; cirugía estética, 16%; y oftalmología, 7%.

En traumatología, los principales problemas en la relación médico-paciente surgen de diversas circunstancias propias de la práctica de esta especialidad. Los traumatólogos a menudo deben intervenir en emergencias cuya gravedad y desarrollo dependen del estado en que se encuentra el paciente al momento de su llegada. Esta necesidad de actuar con rapidez incrementa la probabilidad de cometer errores, los cuales pueden derivar en demandas judiciales.

Asimismo, incluso cuando la técnica aplicada resulta exitosa, el paciente puede experimentar pequeñas disfunciones como consecuencia de la intervención. Estas alteraciones, aunque previstas como posibles efectos postoperatorios, pueden generar reclamos legales debido a la percepción de daño por parte del paciente. En este contexto, la afectación percibida por los pacientes se convierte en un factor relevante en la generación de demandas, evidenciando la complejidad de la relación médico-paciente en traumatología.

Dentro de la práctica médica, los errores diagnósticos constituyen una de las principales causas de demanda. Entre los más frecuentes se encuentran el infarto de miocardio, seguido de apendicitis y peritonitis. La recurrencia de estos errores subraya la necesidad de un entrenamiento sólido y continuo del personal médico, dado que incluso un diagnóstico tardío o incorrecto puede generar consecuencias legales significativas. Por otro lado, los errores de medicación se presentan fundamentalmente en pacientes hospitalizados.

Entre las causas más comunes se encuentra la confusión de dosis o la equivocación entre medicamentos, un riesgo que se incrementa en situaciones de emergencia. Por ejemplo, en un carro de paro, pueden existir varias ampollas de apariencia similar, algunas de color oscuro y otras claras, cuya identificación incorrecta puede resultar crítica. La presencia de marcas circulares de distinto color en las ampollas—rojas, verdes o blancas—sirve como un sistema de alerta para diferenciar sustancias, como la adrenalina, que puede tener un círculo rojo, de la solución fisiológica, marcada con un círculo blanco.

Esta experiencia, adquirida a lo largo de los años, evidencia que la correcta organización y señalización de los medicamentos es fundamental para prevenir errores en situaciones críticas. Asimismo, pone de manifiesto que la conciencia y aprendizaje frente a los errores no solo dependen del conocimiento técnico, sino también de la implementación de medidas prácticas que reduzcan riesgos durante la atención de emergencia. Cuando se tuvo que rearmar un carro de paro en terapia intensiva, se puso las ampollas de color separadas y bien distribuidas para que se sepa bien qué es lo que contiene cada una, para que así en la emergencia no ocurrieran estos errores. Las personas podrían aprender de sus errores si no estuvieran tan ocupadas negándolos. En el panorama internacional, en España según datos del año 2024, se registraron más de 14.000 casos de negligencia médica, con 602 muertos en el año 2023. Las áreas críticas también fueron errores diagnósticos, cirugías plásticas, infección intrahospitalaria. La infección intrahospitalaria, que es un tema que no lo tenía en la otra estadística, y en España ya lo tienen en cuenta y aparece también como causa de demanda.

Existe una creencia popular de que la mayoría de las demandas por *mala praxis* son infundadas; sin embargo, esta percepción no se sostiene en la práctica. Si bien algunas demandas pueden considerarse como “aventuras judiciales”, la mayoría posee

fundamentos y justificación legal que deben ser reconocidos y analizados por el sistema de salud. Un ejemplo paradigmático se encuentra en Argentina, donde un error de diagnóstico en la Provincia de Buenos Aires provocó la muerte de un paciente y dio origen a la denominada “Ley Nicolás”. Esta legislación buscaba aumentar las penas asociadas a la *mal praxis*.

No obstante, la experiencia ha demostrado que incrementar la penalización sin abordar previamente los procedimientos y protocolos médicos no logra corregir las deficiencias en la práctica clínica ni reducir la incidencia de errores. Para ello, es necesario fomentar una cultura de seguridad centrada en la prevención. Puedo observar lo que hace FALMED con la educación y con este tipo de jornadas: es lo que realmente nos sirve a todos.

Reflexión final

Frente al aumento de los juicios, no podemos refugiarnos en la negación ni en el miedo. Debemos trabajar por una medicina segura, humana y transparente. No se trata de señalar culpables, sino de construir soluciones y fortalecer la formación, los vínculos, los protocolos y la confianza. Hay que volver a la buena relación médico-paciente.

El ejercicio de la profesión médica en Italia. Evolución ética y legal



Dr. Luigi Bagnoli

Presidente *Ordine dei Medici Chirurghi e degli
Odontoiatri di Bologna*, Italia

Reseña sobre el expositor

El doctor Luigi Bagnoli es médico cirujano especialista en medicina interna, gastroenterología y endoscopia digestiva. Ha sido profesor en la Facultad de Medicina y Cirugía de Boloña, impartiendo clases de Economía y Organización Sanitaria en el curso de Licenciatura en Medicina y Cirugía, además de tutor del curso de Formación de Medicina General en el campus de Boloña. Durante 20 años fue responsable de Formación de Médicos Generales en la Autoridad Sanitaria Local de Boloña y desde 2021 es presidente de *Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Bologna*.

Introducción

El hombre vive en un entorno social organizado según normas y leyes que reflejan los valores civiles, sociales y éticos; las orientaciones y las directrices expresadas y predominantes en una sociedad determinada. Estas normas tienden, hoy en día, a regular cuestiones en el ámbito sanitario tales como: relación médico-paciente, comunicación de la enfermedad; decisiones sobre el final de la vida, encarnizamiento terapéutico, eutanasia; intervenciones en el embrión, aborto, diagnóstico prenatal, clonación; procreación asistida, maternidad subrogada, esterilización, regulación de la natalidad; experimentación con seres humanos; donación y trasplante de órganos, entre muchas otras materias.

Es necesario revisar estas normas para entender el contexto en el que se desarrolla la profesión médica, entendiendo que no solo se debe seguir la legislación vigente, sino que hay otros principios de carácter ético que regulan la actividad, y que pueden ser tanto o más determinantes para el futuro del médico cuando se trata de sancionar.

Marco conceptual

Para una adecuada comprensión del marco conceptual que nos convoca, resulta imperativo delimitar con precisión una serie de constructos fundamentales. Iniciamos con el concepto de ética, entendida como la disciplina que emprende una reflexión sistemática sobre la conducta humana, discerniendo entre lo correcto e incorrecto desde una perspectiva del bien y la justicia. Su raíz etimológica, *ethos*, alude precisamente al comportamiento. En segunda instancia, abordamos la bioética, la cual se constituye como el análisis racional e interdisciplinario de la problemática moral que emerge en

el contexto de las ciencias biomédicas. Su objetivo es establecer criterios de licitud para las intervenciones en las ciencias de la vida, la práctica clínica y la investigación, con el fin último de salvaguardar la dignidad y la integridad de la persona humana. Proseguimos con la **deontología**, que se define como el cuerpo doctrinal que norma el correcto ejercicio y proceder de los individuos en el ámbito profesional, derivado de los vocablos *deon* (deber) y *logos* (estudio o conocimiento). De este se desprende el código **deontológico**, materializado como el compendio normativo que articula los derechos y, de manera preponderante, los deberes y responsabilidades del facultativo en su interacción con pacientes y colegas.

Finalmente, es crucial establecer una distinción dentro del campo ético. Por un lado, la **ética subjetiva**, que corresponde al conjunto de principios que gobiernan la conducta personal, constituyendo el fuero moral del individuo. Por otro, la ética objetiva, que regula el actuar en relación con otros, estableciendo una correlación entre derechos y deberes que, en última instancia, se traduce en norma positiva o ley.

Contexto histórico del desarrollo de la ética en medicina

Para comprender la deontología médica actual, es útil dar una mirada a su evolución histórica. El punto de partida indiscutible, por supuesto, es Hipócrates y su Juramento. Nos encontramos, por tanto, ante la manifestación primigenia de una **obligación moral autoimpuesta** por el facultativo, lo que constituye el fundamento histórico de la **ética profesional**. Desde sus orígenes, las disciplinas profesionales han articulado **códigos internos de conducta** de obligatoria observancia para sus integrantes como condición para la pertenencia al gremio. En el ámbito específico de la medicina, estos compendios normativos se han estructurado, históricamente, sobre un eje fundamental de **valores morales**. Tras la caída del mundo clásico y con el comienzo del segundo milenio, vemos que estos valores fueron fuertemente influenciados por una cosmovisión de tipo cristiano. Durante la Edad Media, se consolida la idea de que la medicina es un privilegio que exige una gran responsabilidad, habilidad y una formación rigurosa. En esta época, se establece que el médico tiene el deber de afrontar incluso los casos más complejos con el objetivo de prolongar la vida.

Un cambio fundamental ocurre a finales del siglo XVIII y principios del XIX. El **debate deontológico** se expande más allá de la **relación médico-paciente** para incluir temas de carácter social. Por primera vez, se discuten formalmente problemas de justicia, el rol del profesional en la sociedad y los inicios de lo que hoy llamaríamos **política sanitaria**. Finalmente, la gran revolución llega con la introducción del **método experimental y la investigación científica**. La aparición de tratamientos verdaderamente eficaces y la capacidad de investigar para comprender el cuerpo humano, tanto en su estado normal como patológico, dejaron en evidencia una cosa: las normas éticas anteriores, basadas

casi exclusivamente en la **moral**, ya no eran suficientes para enfrentar los nuevos y complejos dilemas que la ciencia estaba planteando.

El proceso de Núremberg

El descubrimiento de los crímenes cometidos por médicos en los campos de concentración nazi cambia para siempre la perspectiva de la **ética médica**. Durante los juicios de Núremberg, la supuesta justificación de esta conducta criminal se basó en dos argumentos principales. Por un lado, se apelaba al deber del médico de **obedecer las leyes del estado**, sin importar su contenido; y por otro, a un **principio utilitarista extremo**, según el cual, en tiempos de guerra, la investigación debía anteponer los intereses de la sociedad a los del individuo.

Sin embargo, el juicio contra los médicos nazis tuvo una consecuencia aún más profunda. Sacó a la luz y puso en evidencia que el problema no se limitaba a Alemania. Se reveló que, en muchas otras partes del mundo, también se habían realizado experimentaciones en seres humanos que eran contrarias a una ética respetuosa de los Derechos Fundamentales de la Persona. Y quizás lo más impactante es que, a pesar del horror revelado en Núremberg, estas prácticas continuaron hasta bien entrada la década de los 70.

Más allá de Núremberg

El proceso de Núremberg marca un antes y un después. Es el inicio del largo camino hacia la afirmación del papel central del paciente en las decisiones sobre cualquier procedimiento que le afecte, especialmente en el ámbito de la investigación. A partir de este momento, y a medida que la medicina desarrollaba técnicas y fármacos cada vez más capaces de interferir en los procesos biológicos, nace en la sociedad una demanda clara: la necesidad de regular y poner límites a la actuación médica para proteger a las personas. El primer gran hito de este nuevo paradigma es el Código de Núremberg de 1947. Su primer y más famoso principio es la **exigencia del consentimiento voluntario** del sujeto humano, una condición que se declara como absolutamente esencial para la **experimentación**.

Años más tarde, este principio es reforzado y detallado por la Asociación Médica Mundial en la **Declaración de Helsinki de 1964**. Este documento va un paso más allá, especificando que el **consentimiento** debe ser **explícito e informado**, y añade una salvaguarda crucial: en la investigación médica, los intereses de la ciencia y de la sociedad nunca deben prevalecer sobre el bienestar del sujeto. Sin embargo, a pesar de estos avances, la realidad demostró que la práctica médica no siempre seguía estas directrices. Un ejemplo trágico es el “escándalo de Tuskegee”, revelado al mundo en 1972. Se descubrió que, desde 1932, se había llevado a cabo un estudio sobre la sífilis no tratada

en hombres afroamericanos, a quienes se les negó el tratamiento deliberadamente, incluso después de que la penicilina estuviera disponible.

Este y otros escándalos, sumados a las **revoluciones sociales y biomédicas** de la época como la aparición de la píldora anticonceptiva en los años 60, el nacimiento de la primera bebé por fecundación *in vitro*, Louise Brown, en 1978, y la legalización del aborto en varios países, consolidaron la necesidad de una regulación mucho más estricta, dando origen al campo de la **bioética moderna y al principio de autonomía del paciente** como lo conocemos hoy.

Nacimiento de la bioética como disciplina

Frente a estos nuevos y complejos dilemas que surgieron en la segunda mitad del siglo XX, la **ética médica tradicional** ya no era suficiente. Se necesitaba un enfoque más amplio, sistemático e interdisciplinario. Es en este contexto que nace formalmente una nueva disciplina. El término **bioética**, en su acepción actual, fue propuesto por el oncólogo Van Rensselaer Potter en su libro fundamental de 1971, titulado “Bioética: un puente hacia el futuro”. Potter concibió la **bioética** como un puente entre las ciencias de la vida y las humanidades, una disciplina necesaria para guiar a la humanidad hacia un futuro sostenible. Pocos años después, en 1978, la primera **Enciclopedia de Bioética**, editada por Warren Reich, nos daría la definición clásica que usamos hasta hoy.

En ella se describe la **bioética** como “*un área de investigación que, utilizando una metodología interdisciplinaria, tiene como objeto el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y la salud, a la luz de los valores y principios morales*”. Y al año siguiente, en 1979, se publica en Estados Unidos un documento que se convertiría en la piedra angular de toda la **bioética clínica** y de investigación: el Informe Belmont. Este informe, surgido como respuesta directa a escándalos como el de Tuskegee, destiló toda la discusión ética en tres principios fundamentales que rigen la disciplina hasta el día de hoy: (1) El respeto por la Autonomía de la persona, (2) el principio de Beneficencia y su contraparte, la No Maleficencia, y (3) el principio de Justicia.

Valor protegido por la bioética: el ser humano y sus derechos fundamentales

¿Cuál es el valor fundamental que busca proteger? La respuesta es, por supuesto, el **ser humano** y sus **derechos fundamentales**. Sin embargo, aquí es donde la bioética se enfrenta a su debate más profundo y complejo. Porque al momento de realizar evaluaciones bioéticas, nos encontramos con que no hay una, sino dos visiones principales sobre qué constituye a la persona humana y de dónde emana su valor.

La primera es la **visión ontológica**. Esta perspectiva sostiene que la persona es en sí misma, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. Defiende que todo ser humano posee una dignidad intrínseca, un valor inherente que no depende de sus capacidades, su estado de conciencia o su condición de salud, y que se mantiene inalterable a lo largo de toda su vida. Frente a esta, se encuentra una segunda visión, que podríamos llamar la visión de la “calidad de vida”. Este enfoque postula que el valor de una vida humana está directamente relacionado con su calidad.

Desde esta perspectiva, la vida biológica no siempre coincide con lo que se considera una persona. Sostiene que hay circunstancias, como la pérdida de conciencia, en las que se podría considerar que se ha perdido la **dignidad** y, por lo tanto, el **valor de esa vida** cambia. Es crucial entender la importancia de esta bifurcación filosófica, porque estas dos visiones tan diferentes de la persona humana condicionan decisiones éticas radicalmente opuestas en los temas más sensibles que aborda la **bioética**, como el aborto, la eutanasia, el estatus de los embriones o las decisiones al final de la vida.

Normas deontológicas y leyes que regulan el trabajo médico

Llegamos así a la estructura regulatoria que gobierna la práctica médica actual. Es fundamental entender que el ejercicio de la medicina está regulado por un sistema dual: por un lado, tenemos las **normas deontológicas** internas de la profesión y, por otro, las leyes del Estado. El primer pilar es el Código Deontológico Médico. Esta no es una ley estatal, sino el conjunto de normas y principios que la propia comunidad profesional en diálogo, con juristas y bioeticistas, redacta y se impone a sí misma. Su gran valor es que refleja los valores más compartidos por la sociedad en un momento histórico determinado, operando como una síntesis que concilia las necesidades prácticas de la profesión con las exigencias éticas que la sociedad le impone.

El segundo pilar, por supuesto, son las leyes del Estado. Estas normas son de carácter obligatorio para todos y se pueden agrupar en dos grandes categorías:

1. Leyes sobre Responsabilidad Profesional: Son aquellas que regulan la responsabilidad civil, penal y administrativa de los médicos. En Italia, por ejemplo, las leyes más importantes de los últimos años han sido la Ley Balduzzi y, más recientemente, la Ley Gelli-Bianco, que han redefinido por completo el marco de la responsabilidad médica y la gestión del riesgo clínico.
2. Leyes sobre Aspectos Específicos del Ejercicio: Además de la responsabilidad general, el Estado ha legislado sobre temas muy concretos y sensibles. Por ejemplo, tenemos leyes históricas como la Ley Basaglia que transformó la

psiquiatría, y más recientemente la Ley N° 219 del año 2017 que regula aspectos tan cruciales como el Consentimiento Informado, las disposiciones anticipadas de tratamiento (o testamentos vitales), la terapia del dolor y las decisiones al final de la vida.

En definitiva, el médico actual debe navegar constantemente entre estos dos marcos normativos: el **Código Deontológico**, que guía su conciencia ética, y el cuerpo de leyes estatales, que establece sus obligaciones y responsabilidades jurídicas

Los pilares sobre los que se basa la evaluación bioética.

Parámetros de Juicio

Ahora que hemos visto los principios y el marco normativo, la pregunta es: ¿cómo llevamos esto a la práctica? ¿Cómo se realiza concretamente una evaluación bioética frente a un caso complejo? El proceso se basa en una serie de pilares o parámetros de juicio que nos guían en la toma de decisiones. El primer pilar, y a veces el único necesario, es lo que llamamos el **paradigma ético-clínico del objetivo médico**. Este es el criterio fundamental y nos recuerda cuál es la finalidad de nuestra profesión. Incluye cuatro elementos clave: (1) la salvaguardia de la vida, (2) la promoción de la salud del enfermo, (3) el respeto irrestricto de la dignidad de la persona, y (4) la gestión eficaz de los recursos que la comunidad nos asigna.

Frente a un dilema, lo primero es preguntarnos si nuestra decisión se alinea con estos objetivos fundamentales de la medicina. Cuando el caso es más complejo, recurrimos a un segundo pilar: los principios de la bioética, popularizados por Beauchamp y Childress en 1994. Estos actúan como un filtro más detallado y son los ya conocidos: **autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia y de totalidad**. Finalmente, el tercer pilar es el procedimiento que seguimos. Generalmente, es un Procedimiento Teleológico, como lo define Corrado Viafora. Esto significa que no solo nos guiamos por los principios en abstracto, sino que debemos evaluar las consecuencias concretas que nuestra decisión provocará en el contexto particular de cada caso clínico.

En resumen, la evaluación bioética es un proceso estructurado que va desde el gran objetivo de la medicina, pasa por el análisis a través de los principios bioéticos y aterriza en la evaluación de las consecuencias reales de nuestras acciones.

Principios de la Bioética

Principio de autonomía

Este principio reconoce el valor de la **autodeterminación de la persona** y se manifiesta en dos direcciones: hacia el enfermo y hacia el propio médico. Desde la perspectiva del enfermo, la **autonomía** es su derecho fundamental a aceptar o rechazar el tratamiento

que se le propone. Para que este derecho sea real y no una mera formalidad, se derivan dos condiciones indispensables: el paciente debe ser informado de manera clara y completa, y debe estar consciente para tomar la decisión. En esencia, se trata del respeto absoluto a la **autodeterminación del sujeto**.

Pero la **autonomía** también protege al médico. Por un lado, le prohíbe adoptar cualquier actitud paternalista encaminada a imponer una intervención sin el **consentimiento válido** del paciente. Por otro lado, y esto es muy importante, protege su propia conciencia y juicio profesional: el médico no puede ser obligado a realizar tratamientos que no considere eficaces o que vayan en contra de su criterio clínico. Esta es la **autonomía del médico**. Este principio no es solo una construcción filosófica; está sólidamente anclado en el **derecho internacional**. Los dos pilares legales más importantes que lo consagran en Europa son el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 y, posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ambos documentos elevan el **Consentimiento Informado** y la **autonomía del paciente** a la categoría de **derecho humano fundamental**.

Principio de beneficencia

Según este, el médico debe actuar siempre para salvaguardar la salud del paciente, que es la esencia del **contrato de asistencia sanitaria**. El **principio de beneficencia** normalmente permite conciliar las dos **autonomías de decisión**, la del paciente y del médico. El médico, en el ámbito de su competencia profesional, está obligado a dar todo lo que se le pide, pero solo en la medida en que considere, según su conocimiento, que es beneficioso.

Principio de no maleficencia

Este principio se resume en las máximas latinas que son el pilar de nuestra profesión: *primum non nocere*, “lo primero, no hacer daño”, y *neminem laedere*, “no dañar a nadie”. Representa la obligación ineludible de todo profesional de la salud de evitar activamente causar daño a sus pacientes. Ahora bien, es aquí donde a menudo surge uno de los dilemas éticos más complejos de la práctica clínica: la posible discrepancia entre el **principio de beneficencia** y el de **no maleficencia**. Es decir, ¿qué ocurre cuando un tratamiento que busca hacer un bien (**beneficencia**) conlleva un riesgo inevitable de causar un daño (**maleficencia**)? Pensemos en una cirugía de alto riesgo o en los efectos secundarios de una quimioterapia.

Es en este delicado equilibrio, en esta tensión entre el deber de ayudar y el deber de no dañar, donde se toman algunas de las decisiones más difíciles de la medicina.

Principio de totalidad

Para resolver la tensión que a veces se produce entre hacer el bien y no causar daño, la **bioética clásica** nos ofrece el **principio de totalidad**. Este principio establece que es éticamente lícito y, en ocasiones, necesario, dañar una parte del cuerpo si con ello se obtiene un mayor beneficio para la **persona en su totalidad**.

El ejemplo más simple es la amputación de una extremidad gangrenada para salvar la vida del paciente: se sacrifica una parte para salvar el todo.

Pero este principio tiene aplicaciones mucho más complejas y actuales, especialmente en el ámbito de los **cuidados paliativos**. Por ejemplo, el uso de fármacos para controlar síntomas que, de otro modo, serían intolerables como un dolor extremo o una disnea severa, se justifica bajo este principio, incluso si uno de sus efectos secundarios es que podrían acortar la vida del paciente.

Principio de justicia

A diferencia de los otros, que se centran principalmente en la **relación médico-paciente**, el **principio de justicia** amplía nuestra mirada hacia la **dimensión social y comunitaria de la medicina**. Este principio opera en dos niveles. A **nivel macro** exige una distribución equitativa de los recursos sanitarios en la sociedad. Esto implica tomar decisiones difíciles sobre cómo asignar presupuestos, tecnologías y servicios de una manera justa para todos. A **nivel micro**, en la práctica clínica diaria, se traduce en el deber de proporcionar a cada paciente todos los cuidados que necesite, sin ningún tipo de discriminación, ya sea por su origen, su condición social, sus creencias o cualquier otra característica personal.

Y aquí este principio establece una **salvaguarda ética fundamental**, que a menudo choca con visiones puramente **utilitaristas**: el bien de la comunidad nunca puede alcanzarse a costa de perjudicar el bien de la persona individual. La **salud pública** es un objetivo primordial, pero nunca puede justificar el sacrificio de los derechos o el bienestar de un paciente concreto.

Colegios de Médicos y Cirujanos en Italia

Para comprender el **marco deontológico y legal** que tenemos hoy en Italia, es fundamental hacer un breve repaso histórico de la colegiación médica. El punto de partida de la estructura moderna es la Ley N° 455, del 10 de julio de 1910, que formalmente constituye los Colegios Provinciales. Esta ley fue implementada casi de inmediato por su reglamento, el Real Decreto N° 1022, de agosto de 1911. Con esta estructura legal ya establecida, vimos nacer el primer Código Deontológico Médico en Italia, en la ciudad de Turín, en diciembre de 1912. Esta estructura colegial, sin embargo,

tuvo una interrupción drástica en marzo de 1935. Durante el Régimen Fascista, los Colegios Provinciales fueron suprimidos, y sus funciones fueron absorbidas por el Sindicato Fascista Médico. No fue sino hasta el término de la guerra, el 13 de septiembre de 1946, que la nueva Asamblea Constituyente restableció formalmente los Colegios Médicos, devolviéndoles su autonomía y sus funciones.

Dando un salto temporal significativo, llegamos a 1985, que marca otra reorganización clave. El Colegio de Médicos y Cirujanos evoluciona para integrar formalmente a los Odontólogos. A partir de ese año, se consolida como el Colegio de Médicos, Cirujanos y Odontólogos, estableciendo dos registros separados para los profesionales que ejercen ambas profesiones. Finalmente, el hito más reciente en esta larga evolución es la Ley N° 3, del 11 de enero de 2018, que impulsa la reorganización general de todas las profesiones sanitarias, adaptando estas estructuras históricas a los desafíos contemporáneos.

Función de los colegios según la Ley N° 3 de 2018

La Ley N° 3 de 2018, moderniza y clarifica el rol de los Colegios Médicos, centrándolo en una misión principal: ser los guardianes del interés público en materia de salud. Para lograrlo, sus funciones se articulan en tres ejes: Primero, el control del ejercicio profesional: verifican los títulos, mantienen los registros y garantizan la calidad y ética de la práctica médica; Segundo, la promoción de la competencia: se involucran activamente en la formación continua, asegurando que los profesionales se mantengan actualizados a lo largo de su carrera; Y tercero, la vigilancia y el poder disciplinario: supervisan a sus miembros y tienen la autoridad para sancionar las malas prácticas, protegiendo así directamente a los pacientes.

Además, actúan como un interlocutor técnico clave para el Estado en la creación de políticas sanitarias. En definitiva, la ley los define como el principal garante de la calidad y la ética de la profesión médica frente a la sociedad.

Sanciones disciplinarias de los Colegios (artículo N° 40 del D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221)

Se consideran 4 medidas que son:

advertencia, que consiste en advertir al culpable de que no vuelva a incurrir en la falta cometida. Es la sanción más leve; **censura**, que es una declaración de reprobación por la falta cometida. En términos de gravedad está un escalafón más arriba que la advertencia; **suspensión**, que es la prohibición temporal de ejercer la profesión. Puede ser de uno a doce meses. Es una sanción grave; **expulsión**, que es la eliminación permanente del nombre del profesional del registro del Colegio. Impide ejercer la profesión de por vida y es la sanción más grave.

Carácter obligatorio y vinculante de las disposiciones del Código Deontológico

Esto considera el conjunto de normas de conducta que debe respetar el profesional inscrito en el Colegio. A menudo, para describir estas normas, se utiliza el término anglosajón *soft law* ya que se refiere a leyes que no son emanadas del Estado, sino que son creadas por la propia comunidad profesional. Sin embargo, no deben ser tomadas como leyes débiles.

El cumplimiento de estas es de carácter obligatorio para los inscritos en el **Registro Profesional** dentro de la categoría a la que pertenecen y tienen un efecto directo en su ejercicio profesional. No solo regulan los aspectos profesionales, sino toda la esfera conductual del profesional, incluidas las conductas que el médico debe mantener con las autoridades, los ciudadanos y los colegas.

Ejercicio de las facultades y funciones disciplinarias del Colegio de Médicos

Aquí, la jurisprudencia histórica de la **Comisión Central de Profesiones Sanitarias** ha sido muy clara y consistente en el tiempo. Ya en una decisión del año 1951, se sentó una base fundamental al establecer que: *“Ningún acto de la vida del profesional sanitario inscrito, aunque se trate de su vida privada, puede escapar a la disciplina del Colegio, ya que (...) pertenece a ese ámbito del comportamiento humano que, según las leyes del decoro, entra en el ámbito de la protección del decoro y el prestigio personal”*.

Esta idea se reafirmó y se le dio un fundamento normativo más explícito en 1964. En esa ocasión, la Comisión señaló que:

“Todo el comportamiento del profesional, cuando atenta contra su decoro, entra en el ámbito de evaluación, a efectos disciplinarios, del Colegio en el que está inscrito”.

Y para justificarlo, la misma decisión cita el artículo 38 del reglamento (el D.P.R. 221/1950), que somete a procedimiento a los profesionales culpables de faltas “en el ejercicio profesional o, en cualquier caso, de hechos contrarios al decoro profesional”.

Finalmente, para que no quede ninguna duda sobre la amplitud de este criterio en tiempos más modernos, una decisión del año 2010 lo deja aún más claro. Establece que, en un juicio disciplinario, la evaluación de la conducta del médico es integral:

“(...) la responsabilidad deontológica (...) abarca todos los aspectos de su conducta, tanto con respecto a los principios de la deontología profesional como a los principios relativos a la moral social y la ética profesional, aunque no estén necesariamente sancionados por disposiciones normativas específicas”.

La línea ha sido constante. El Colegio no solo juzga el acto médico, sino al profesional en su totalidad, cuando sus acciones, públicas o privadas, pueden comprometer la confianza y el prestigio que la sociedad deposita en la profesión.

Reflexiones finales

Como hemos visto, el ejercicio de la profesión médica en Italia se enmarca en una rica y compleja evolución que va desde el juramento hipocrático hasta los modernos principios de la bioética. Acontecimientos históricos como los **juicios de Núremberg** actuaron como un catalizador, transformando un código moral interno en un robusto **sistema de derechos y deberes** anclado en la ley y en el respeto a la **autonomía del paciente**.

Hoy, el médico italiano no responde solo a la ciencia, sino que navega en un **sistema dual** donde el **código deontológico** y las **leyes del Estado** dialogan constantemente. Esta estructura, vigilada por los **colegios médicos**, le exige una responsabilidad que trasciende el acto clínico y abarca su conducta como ciudadano, recordándole que el prestigio y la confianza en la profesión son un bien que debe protegerse tanto como la salud de sus pacientes.

El Consentimiento Informado, los daños, la causalidad y la imputación objetiva



Carmen Domínguez Hidalgo

Profesora Titular, Departamento de Derecho Privado,
Pontificia Universidad Católica de Chile

Reseña sobre la expositora

Carmen Domínguez es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho Comparado y también Doctora por la Universidad Complutense de Madrid, España. Es profesora titular e investigadora de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y miembro del Departamento de Derecho Privado. Es consejera de la Academia Judicial de Chile, árbitro en todas las nóminas arbitrales de Chile. Es autora de diversos libros e innumerables publicaciones en revistas indexadas y colaboraciones con otros autores.

Exposición

1) Consideraciones generales: evolución del Consentimiento

Informado en Chile⁽¹⁾

La relación médico-paciente ha tenido en Chile una evolución semejante a la seguida en otros países, particularmente la de países con mayor desarrollo económico.

Así, se parte desde el modelo llamado **paternalista** de la medicina en que el médico era dueño y señor de la voluntad del paciente, y ejercía la *lex artis* según lo que en su criterio era mejor para el paciente. Hablar de **autonomía** o **autodeterminación del paciente** eran conceptos desconocidos, salvo en el ámbito de la cirugía donde ha existido desde antes una conciencia de que el médico debe dar información relativa al diagnóstico y tratamiento a aplicar y que debía haber una aceptación del paciente o sus familiares a esa respuesta médica. Posteriormente, el progreso científico permitió acceder a numerosas técnicas de diagnóstico y tratamientos de enfermedades, cuyos riesgos son mayores a los que existían hace 60 años. Surge entonces la necesidad de otorgar una adecuada información al paciente y obtener su asentimiento a los procedimientos que se le van a aplicar. Esto se comienza a incorporar a la práctica común.

1 Esta conferencia toma como base algunas ideas ya desarrolladas en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen "La formación del consentimiento en la relación médico-paciente", Boletín Científico Asociación Chilena de Seguridad, 2001, año3, número 5-6, pp. 16 y ss., DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Responsabilidad civil y tratamiento de incapaces y discapacitados en la Ley 20.584", Derechos y deberes de los pacientes, 2014, Cuadernos de extensión Jurídica 25, Universidad de Los Andes, pp.39 y ss. y en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "La exigencia de Consentimiento Informado como hipótesis de responsabilidad civil: su regulación en Chile", en Estatutos Espaciales de Responsabilidad, 2021, obra colectiva, Cristián Lepín y Nicolás Stitchkin Directores, Tirant Lo Blanc, Valencia, pp. 649-674.

Durante este periodo, que va entre 1980 y 2012, no existía ninguna regla que, de modo general, exigiera el **Consentimiento Informado** en materia médica, salvo, en materia de trasplante y donación de órganos. En ese período coexistían entonces áreas de la medicina donde había una práctica de **consentimiento simple** y otras donde había una de **Consentimiento Informado**. Es importante aclarar que, si bien no existían reglas que exigieran un **Consentimiento Informado**, no significaba que este no debiese ser informado y que no había reglas que aplicar. Todo contrato se forma a partir de un consentimiento y esta ha estado regulado en la normativa civil y comercial desde antaño. El Código Civil regula una parte, y luego se creó el Código Comercial para complementarle, pero siempre se ha regulado el consentimiento.

La realidad cambió con la publicación de la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de los pacientes en 2012. Esta establece una regulación general del Consentimiento Informado y pasa a ser normativa de derecho común en materia sanitaria. Luego, está el Artículo N° 13 del Decreto N°6 “Reglamento sobre Acciones Vinculadas a la Atención de Salud Realizada a Distancia” de 2022, que reforzó la obligatoriedad de obtener el Consentimiento Informado, agregando ciertas condiciones particulares cuando se está ejerciendo en el ámbito de la telemedicina.

2) Proyecciones y aristas del Consentimiento Informado

Este Consentimiento Informado tiene aristas y proyección en varias áreas. Tiene una gran proyección en materia de responsabilidad civil y, por tanto, de indemnización de perjuicios, que es dónde se centra esta presentación pues la obtención de un Consentimiento Informado es actualmente un deber general de todo médico al practicar una prestación sanitaria y, por lo mismo, su ausencia o existencia parcial son nuevas causales de responsabilidad médica si de ello se ha seguido un daño para el paciente.

2.1 Las exigencias de Ley de Derechos y Deberes y de los pacientes en materia de Consentimiento Informado

Esta normativa vino a establecer de un modo general la exigencia del Consentimiento Informado y lo hace de modo general porque aplica a todo tipo de prestador de atenciones de salud, sea público o privado. Por lo tanto, esta normativa es obligatoria para toda prestación de salud, salvo aquellas que la ley excepciona. Es interesante mencionar que la ley no otorga un concepto de Consentimiento Informado. Para encontrarlo, hay que ir a revisar el Derecho comparado. De este modo, observamos que en España se precisa que es la conformidad libre, voluntaria y consciente de una paciente manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

La Corte Interamericana, por su parte, ha entendido que el Consentimiento Informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida. De inmediato, se observa que es una definición compleja, y cumplir con las exigencias del Consentimiento Informado no es cuestión sencilla, pues requiere una serie de características que debe cumplir esa voluntad emitida por el paciente.

2.2 Regulación del Consentimiento Informado en Chile

En un análisis general, estas reglas se sitúan en un rango intermedio frente a otras regulaciones en Derecho comparado. Si bien nuestra regulación establece el contenido y la forma en que debe prestarse el Consentimiento Informado, no llega al nivel de detalle de otras legislaciones que, por ejemplo, incorporan los formularios que deben ser utilizados por los empleados para cada ocasión. Estas reglas distinguen cómo ha de formarse este consentimiento y para ello debe distinguirse si se trata de personas plenamente capaces o no. La normativa que aplica para personas plenamente capaces es el artículo N° 10 de la Ley N° 20.584. En este se establece que “toda persona tiene el derecho a ser informada en forma suficiente, oportuna, veraz y comprensible”.

La normativa no se agota con esta referencia general, sino que precisa cuál es el contenido de esa información que el profesional debe otorgar cómo: el estado de salud, el posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación, los riesgos que puedan representar, pronóstico esperado y proceso previsible del postoperatorio.

Este contenido corresponde con el que ha sido precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta ha señalado que, para entender que hubo plenitud de consentimiento, el paciente tiene que haber recibido información previa adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible; además tiene que haberla entendido cabalmente. Frente a esa información, la persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud, salvo ciertas limitaciones.

2.3 Formas de otorgar el consentimiento

Si bien en el artículo N° 14 de la Ley N° 20.584 establece que el consentimiento puede darse de forma verbal, en ciertos casos exige que sea escrito. Esto sucede con las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y en general cuando se trate de aquellos que conlleven un riesgo relevante y conocido

para la salud del afectado. Esa voluntad tiene que constar por escrito en la **ficha clínica** y debe contener el contenido general de la información referida.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es importante mencionar que la ley establece como presunción general que la persona ha recibido la información exigida cuando firma el documento donde se le explica esta información. Esta información no es procesada de la misma manera por todas las personas. Debe ser adecuada a la condición personal y emocional del paciente. Además, la exigencia no es absoluta, pues excepciona algunas situaciones. Por ejemplo: situaciones donde no intervenir genera un riesgo para la salud pública, atenciones médicas de urgencia y cuando la persona se encuentra incapacitada para expresar su voluntad.

Otra de las condiciones de este consentimiento es que debe ser dado por el paciente y solo supletoriamente por terceras personas. Esto se establece en el artículo N° 14, que reconoce el **derecho de autodeterminación del paciente**. Estando el paciente consciente, solo él puede otorgar el consentimiento, no pudiendo ser este suplido.

2.4 Excepciones al Consentimiento Informado

Puede haber una subrogación en la voluntad del paciente cuando, a juicio del profesional tratante, se dan otras condiciones. Estas ocurren cuando la persona no puede recibir la información directamente o se encuentra en un estado de alteración de conciencia. Es importante notar que la ley no define cuándo una persona no está en condición de recibir información, o cuándo se encuentra en estado de alteración de conciencia. Por lo tanto, esto depende del juicio médico y si existieran dudas, la ley dispone que el médico debe consultar al Comité de Ética del respectivo establecimiento hospitalario. En otros casos, ya que nos referimos a las excepciones que considera la ley, la decisión queda entregada a su representante legal o, en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentra. Existen, además, reglas especiales en materia de Consentimiento Informado cuando se trata de discapacitados mayores de edad.

También hay modificaciones respecto a estas reglas en algunas Normas Bioéticas, particularmente en la Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. En esta modificación, se permite la entrega de anticonceptivos de emergencia a mayores de 12 años, debiendo informar posteriormente al padre o madre de la menor, o el adulto responsable que ella señale.

Un comentario adicional y es que el derecho chileno no reconoce la “noción de próximos”. En otros sistemas se establece este concepto de próximos, donde el paciente expresa quiénes serían estos contactos (los próximos), además del orden de prelación. Solo en la Ley de Donación de Órganos se encuentra una figura parecida a los próximos, pues hay una referencia o prelación respecto a los miembros de la familia, conviviente y representante legal o curador. Se debe hacer referencia también a la validez de la

designación anticipada de la persona que podrá consentir por el paciente en materia de salud, ya que no hay legislación en Chile que trate este tema.

Por otro lado, está la situación de los menores de edad, donde la representación legal no está expresamente regulada por el código y diferencia si los padres viven juntos o separados. Es importante mencionar que, aunque la representación legal corresponda a los padres, en conformidad a un derecho cardinal del interés superior del niño, este debe ser siempre oído en conformidad al artículo N° 227 del Código Civil.

2.5 Consentimiento Informado y relación contractual médico-paciente

El **Consentimiento Informado** es una exigencia actual en la formación de la relación entre el médico y paciente. ¿Qué proyección tiene eso desde un punto de vista jurídico? Esto importa que la relación médico-paciente es contractual. Esto introdujo claridad al ordenamiento jurídico, porque había sido debatido si la responsabilidad era contractual o extracontractual. La calificación era más bien extracontractual por parte de la jurisprudencia e influía en ello el que, en Chile ella no admitía la indemnización del daño moral en materia contractual hasta el año 1994 y precisamente este perjuicio es el más importante en materia de responsabilidad civil médica.

Con esa primera sentencia más una segunda de 2001 se modifica la comprensión jurisprudencial y se abren las puertas a la reparación del daño moral en materia contractual lo que va a impactar en que se asiente la calificación de contractual de la relación médico-paciente.

3) La naturaleza de la relación médico-paciente

Por regla general, la **responsabilidad** es **contractual**. Hay excepciones, además de una serie de materias donde esta calificación sigue siendo discutida, lo cual plantea importantes desafíos. Estos hacen relación a observar si se juzga al médico por sí mismo, o si se le juzga como un médico dependiente; y si es dependiente de un establecimiento hospitalario público o privado, etc. Esto influye en la calificación.

Como ya se ha dicho, con la **Ley de Derechos y Deberes del Paciente la responsabilidad civil médica pasa a ser entendida como contractual**. Se va a decir que entre paciente y médico se forma un verdadero contrato en cuanto se da consentimiento entre ambos. En Francia esto se consagró en 1936, mientras que en Chile se acoge esta lectura en el año 2012. Debo insistir que la responsabilidad civil médica en otros sistemas ha avanzado de manera más rápida que nosotros. Francia publicó una ley en 2002 que borró la concepción dualista de la responsabilidad civil en materia médica, esto es de distinguir si es contractual o extracontractual, se generó un régimen de responsabilidad civil único. Un régimen especial de responsabilidad por las particularidades que tiene el ejercicio de la medicina.

4) Particularidades del ejercicio de la medicina y la responsabilidad civil

No se debe mirar la **relación médico-paciente** igual que un contrato patrimonial, pues hay otros bienes que están en juego. Por una parte, está la protección de la integridad física y psíquica del paciente y, por otra, se necesita médicos que quieran intervenir, que estén dispuestos a jugárselas por salvar la vida de otro. Si se plantea un sistema que progresivamente objetiva la responsabilidad médica, lo que se genera es una **medicina defensiva**. La solución termina siendo peor que la enfermedad pues se genera una cultura donde el médico primero se pregunta si va a intervenir o cuál es el riesgo de intervenir; o qué va a pasar con él si sucede algo en esa intervención.

Frente a estas particularidades, se debe buscar una solución que encuentre un equilibrio. La **concepción dualista** de la responsabilidad que divide en contractual y extracontractual, no permite hacerlo. En Chile, situar la responsabilidad en materia contractual o extracontractual, acarrea un sinnúmero de diferencias y, por lo tanto, la situación de la víctima o del médico es distinta si hablamos de una u otra. Esta unificación de la responsabilidad en Francia no duró tanto. En 2010, la Corte de Casación Francesa condena a indemnizar a un médico por haber omitido el **Consentimiento Informado** en conformidad con las normas de la **responsabilidad civil extracontractual**. Al volver a aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual, se introdujo nuevamente el debate en torno a cuál es la naturaleza de la relación. El redactor de la sentencia, que era el presidente de la Corte de Casación, señaló que la ausencia de la obligación de obtener el Consentimiento Informado del paciente, que descansa en el principio constitucional de Protección de la Dignidad de la Persona Humana, sobrepasa la esfera contractual, y no puede ser reparado sino a partir de la regla general en materia de responsabilidad civil extracontractual.

El debate en torno a cuál es el fundamento del deber de indemnizar se reinstaló ¿Por qué se cuestiona la calificación de contractual? Algunos dicen que no se puede calificar a la relación entre médico y paciente como contractual, porque entre médico y paciente no hay ninguna negociación. El **fundamento de la responsabilidad contractual** es la **negociación**, no es solo la existencia de un **Consentimiento Informado**. Existe un cálculo de riesgo entre el acreedor y el deudor y, por lo tanto, entre las partes del contrato y no existiendo esa negociación es que se ha sostenido que no cabe la calificación de contractual. Chile está en un estado en que, según la doctrina y jurisprudencia, se entiende que la **relación médico-paciente** es **contractual**.

4.1 Ausencia o parcialidad del Consentimiento Informado

De lo anterior, surge el siguiente cuestionamiento. ¿Qué sucede ante la ausencia o parcialidad del **Consentimiento Informado**? Desde un punto de vista de la **responsabilidad civil** al haber incorporado el derecho la exigencia de un **Consentimiento Informado**, este es un **deber legal** para el médico. Cuando **no existe** este **Consentimiento Informado** o cuando es **incompleto**, se dice que hay una vulneración de la *lex artis*. Hasta ese entonces, se entendía que había vulneración a la *lex artis* cuando el médico intervenía sin seguir las reglas y principios de la medicina. Aquí agregamos otra hipótesis que es la **ausencia de Consentimiento Informado o existencia de uno incompleto**.

Entonces, ¿qué es lo que se hizo? Al exigir el Consentimiento Informado se incorpora a la *lex artis* esta exigencia, que pasa a ser una condición previa para la práctica de la actividad curativa. Además, es una condición de legitimación del proceder médico. En otros términos o sea, es una nueva causa de responsabilidad civil y a la vez es una condición de legitimación. El hecho de que exista un Consentimiento Informado, libera al médico de responder si se produce un perjuicio advertido por él. Dado lo anterior, desde un punto de vista de la responsabilidad civil, la exigencia de Consentimiento Informado tendría una función preventiva. En la medida en que se cumpla, se evitan futuros juicios de responsabilidad.

Las sentencias que encuentran su causa en la omisión de consentimiento previo o en la existencia de uno incompleto, fueron escasas durante varios años en Chile. Sin embargo, en los últimos años se pueden encontrar cada vez más. Por supuesto, no en el nivel de la realidad comparada, donde esta se ha constituido en una de las principales causas de responsabilidad civil. En Chile, ya es posible encontrar sentencias donde se condena a médicos por ausencia de consentimiento, al no informar completamente las consecuencias de una intervención quirúrgica; al no advertir que uno de los riesgos inherentes a ese procedimiento específico sería la eventual afectación de un terminal nervioso, lo que podría causar dolor, insensibilidad en algunas de sus extremidades u otros efectos que nada tienen que ver con la colocación de una vía venosa. Otra sentencia condena a un facultativo al no haber sido suscritos por la víctima los consentimientos informados que fueron acompañados por el médico. Esto privó a la víctima, razona la sentencia, de la posibilidad de decidir si aceptar o no determinados riesgos que, de materializarse, han de generar determinados efectos en su cuerpo.

Se ha judicializado en especial la negativa de someterse a transfusión sanguínea por motivos religiosos con los testigos de Jehová, o la negativa de los padres a vacunar a sus hijos invocando razones de conciencia religiosa o desconfianza frente a los efectos de las vacunas. En esos casos, los médicos han recurrido en defensa del **derecho a la vida del paciente**. En otros casos son los propios padres que han recurrido a la protección legal frente a la decisión médica que, en aplicación del derecho a la vida y también de

los deberes deontológicos, entiende que debe efectuarse la transfusión o vacunar a los niños, pese a la oposición de sus padres o tutores legales. Cabe mencionar que fueron deducidos recursos de protección por quienes se opusieron a la vacunación contra el COVID-19 alegando, en un caso, que la vacunación fue impuesta por el empleador.

Este recurso fue desestimado, pues se demostró que lo único que hizo el empleador fue poner a disposición de los trabajadores la vacuna, pero de ninguna manera los había forzado.

4.2 Delimitando el Consentimiento Informado

Por otra parte, se han delimitado algunos de los contornos del **Consentimiento Informado**. Las sentencias han precisado que la existencia efectiva de este no significa que el médico se libere en forma absoluta la responsabilidad civil, porque la exigencia de contar con Consentimiento Informado es uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, si resulta acreditado que se otorgó íntegra información sobre el riesgo que acarrearía la intervención que el demandante consintió, debe estimarse que los médicos actuaron dentro del marco normativo y el **principio de legalidad**. El deber de informar al paciente, afirma el tribunal, debe entenderse satisfecho únicamente si se demuestra que éste ha tomado conocimiento de los resultados relevantes, de los riesgos personales probables que enfrenta, en condiciones normales. Por lo tanto, se ha creado esta jurisprudencia y doctrina que van fijando los contornos del Consentimiento Informado. También se ha ido fijando la profundidad o detalle que debe contener ese consentimiento, aunque aún no hay una jurisprudencia completa si se compara a la existente en otros países donde las formas son más precisas.

4.3 Consecuencias de la omisión del Consentimiento Informado cuando no causa consecuencias al paciente en la responsabilidad civil

Como venimos de desarrollar la exigencia de **Consentimiento Informado** es una condición del presupuesto del ejercicio del médico conforme a la *lex artis*. Una discusión que se ha planteado en torno a esto es, ¿qué sucede si se omitió el Consentimiento Informado, pero no se le causó ningún perjuicio al paciente? Porque si se omitió el Consentimiento Informado y se causó un perjuicio, estamos frente a una hipótesis de responsabilidad civil. Pero la discusión está sobre cuál es la consecuencia de la omisión del Consentimiento Informado por sí sola. Como es un deber legal del médico, ¿qué pasa si el médico ha infringido ese deber? Este es un debate importante en otros países y que en Chile se da solamente a nivel doctrinal y de manera más incipiente. Entonces, las posiciones están divididas tanto en el derecho comparado y en Chile. Para algunos, si la omisión no produjo ningún perjuicio o no incidió finalmente en la conducta elegida por el médico, no generaría el deber de indemnizar.

La Corte Suprema, por ejemplo, ha señalado que no basta que se haya acreditado que no se dio la información completa al paciente respecto de las posibles dificultades. Para que una demanda prospere, es imprescindible que de tal omisión derive un daño que deba ser indemnizado. Personalmente me sumo a esa posición porque la **responsabilidad civil** solo surge frente a la realidad del daño. Esa es la principal diferencia de la **responsabilidad civil** con la **penal**. Sobre todo, la responsabilidad civil tiene una **función resarcitoria**. Y ya volveremos sobre estas ideas.

Para otros, la omisión de la información y el siguiente consentimiento puede abrir las puertas a la indemnización, en la medida en que fue determinante en la decisión de ser intervenida quirúrgicamente.

4.4 Teoría del Consentimiento Informado hipotético

Es en este punto donde se plantea la **teoría del Consentimiento Informado hipotético** que razona bajo la premisa de que si, habiéndose omitido el consentimiento, la conducta médica y la decisión del paciente habrían sido la misma, no surge el deber de indemnizar. En cambio, si al haber entregado esa información al paciente, la decisión del paciente habría sido una distinta, entonces sí correspondería indemnizar.

Para algunos autores la sola **omisión del Consentimiento Informado** causa siempre un daño moral al paciente al haber vulnerado su **derecho a la autonomía**. Como el **derecho a la autonomía** es el **derecho al propio cuerpo**, sería un **derecho de la personalidad**, que es un **derecho extrapatrimonial**. Se dice entonces que sería un daño extrapatrimonial, un daño moral. Para otros, lo que se habría afectado en ese caso es un costo de oportunidad lo que calificaría como daño material, aunque algunas sentencias lo califican de moral. Para resolver esto hay varios puntos que deben ser dilucidados.

Primero, si la **responsabilidad civil** tiene por función resarcir el perjuicio causado a la víctima la reparación debe gobernarse por el **principio de reparación integral del daño**. ¿Qué significa “todo el daño y nada más que el daño”? Significa que sólo ante la presencia de daño surge el deber de reparar. Esa reparación sólo debe tener por medida la magnitud del impacto que la negligencia tuvo en la integridad física y psíquica del paciente.

Segundo, si ningún daño corporal se causó al paciente, la omisión del médico de obtener el **Consentimiento Informado** no puede ser constitutiva per se de un perjuicio. Si fuese así, la indemnización se otorgaría solo por el hecho de ser persona y haberse afectado su **derecho de autodeterminación** que es un **derecho de la personalidad**. Y si es así, todas las indemnizaciones deberían ser de un mismo monto, porque ninguna persona tiene más autodeterminación que otra. Si la solución fuera entregar un monto igual a todos, sería incompatible con el **principio de reparación integral pues, según éste**, la indemnización debe ajustarse a las consecuencias concretas de cada persona y, en particular el daño moral al ser un daño personal. De este modo, la única posibilidad de considerar el deber de indemnizar es que haya un perjuicio.

4.5 Imputación objetiva de la responsabilidad médica

Si calificamos a la **responsabilidad civil médica como contractual**, surge el problema de cuál es el sistema de determinación de la culpa que le aplicará. ¿Qué ha pasado? Una vez que se comienza a calificar la **responsabilidad médica como contractual**, las sentencias y la doctrina han aplicado automáticamente la **regla de presunción general de culpa** que está en el artículo N° 1547 inciso 3°. Se establece que la relación es un **contrato** y ante un **incumplimiento** debe presumirse la **culpabilidad**. Ante esta situación, es el médico quien debe acreditar o probar que actuó conforme a la *lex artis*. En conclusión, hay una diferencia importante entre calificar la responsabilidad médica como contractual y no extracontractual porque en la responsabilidad extracontractual la carga de la prueba de la culpa es del paciente. En cambio, en materia contractual, la carga de la prueba de la diligencia es del médico. No se ha advertido que el aplicar esta regla de manera automática es un **expediente objetivador**, pues es una inversión de la carga de la prueba. Se **invierte la carga de la prueba** en relación con la **materia extracontractual**.

Se puede plantear invertir la carga de la prueba porque el paciente se encuentra en una desigualdad frente al médico respecto a la información que maneja. Hay ocasiones donde el paciente no puede acceder al detalle de lo sucedido. No obstante, ello no puede hacerse sin advertir que ello implica **invertir la carga de la prueba** que es un expediente objetivador. Es más, el aplicar ese razonamiento puede conducir a conclusiones cerradas. Esto sucede con la **omisión del Consentimiento Informado**. El razonamiento implica que el **Consentimiento Informado** es un deber legal del médico. Si se incumplió ese deber legal o se omitió es culpable. También se aprecia una relación de causalidad pues el daño se produjo debido a la intervención, ergo, están presentes las condiciones de la **responsabilidad civil**.

¿Por qué fue necesario inventar la **teoría del Consentimiento Informado hipotético**? Porque se está imputando objetivamente la responsabilidad al médico. Este problema surge porque calificamos la responsabilidad como **contractual**. Si fuera **extracontractual**, las consecuencias serían otras. Si la calificación de contractual puede conducir a resultados injustos, ¿qué ha hecho el sistema chileno? Buscar acomodos. La víctima puede elegir invocar la responsabilidad contractual o extracontractual para salvar los problemas que produce la distinción. ¿Por qué el **Consentimiento Informado hipotético**? Porque se hace una **imputación objetiva**. Siempre que se incumple un deber, se es culpable.

En mi juicio el problema es la distinción. Se debe avanzar, tal como se propuso en Francia, a un **sistema de responsabilidad especial** y único, donde no se juegue con la calificación. Un régimen único con consecuencias claras, particularmente porque el tipo de daño que se genera es daño corporal que es el perjuicio más grave que se puede causar a la persona. Esa sería una importante rectificación.

La segunda rectificación es que la **teoría del Consentimiento Informado hipotético** ha sido debatida. Aquí les traía varias sentencias, pero ya no hay tiempo para presentarlas. Todas esas sentencias son de la Sala Primera de la Corte Suprema, donde siempre han sido redactadas por el mismo ministro, que sigue a un solo autor chileno Iñigo de la Maza que es el que defiende el **Consentimiento Informado hipotético**.

Otro civilista, Carlos Pizarro, ha cuestionado este Consentimiento Informado hipotético y coincido con él. Ha dicho que esto es una ficción pues lo que se busca es determinar cómo habría actuado el paciente si hubiese tenido toda la información. Esto es complejo ya que se hace una abstracción y un razonamiento que obliga a probar muchos indicios para llegar a esa conclusión. Estoy de acuerdo, pero agregaría que el problema de fondo está en dos razones aún más sustantivas.

5) Conclusiones finales sobre la calificación contractual de la responsabilidad civil

Primero, el Código Civil no tiene un solo régimen de prueba de la culpa, tiene distintos regímenes. Tiene un régimen general de culpa presunta y tiene regímenes especiales de culpa probada. Uno de ellos es el de la responsabilidad profesional porque de acuerdo con el art. 2118 del Código Civil la prestación de servicios de profesiones que suponen largos años de estudio como la medicina se rige por las **reglas del mandato**. En esas **reglas particularmente en el art. 2158 inciso final** se establece expresamente que el mandante no podrá negar la remuneración al mandatario sino cuando le probare culpa. Esto implica que, en materia de responsabilidad profesional, la carga de la prueba es distinta. Esta es de quien sostiene que el médico actuó de forma culposa.

Esta solución, además, es la que aplica el **derecho colombiano** que tiene nuestro mismo Código y es lo que han entendido los tribunales, la Corte Suprema y la doctrina colombiana. Esta lectura también ha sido sostenida por el profesor Ramón Domínguez Águila, pues es evidente que la regla es distinta. Entonces el problema que se está dando en la aplicación automática de la regla general del art. 1547 es el que no existe en nuestro sistema jurídico un **régimen de culpa presunta general**. Segundo, se olvida que la obligación del médico es de medios y no es de resultado. Si nosotros aplicamos la regla del artículo 1547 sin tener presente esto, la obligación se transforma en una de resultado porque incumplida la obligación, automáticamente lo presumimos culpable. Entonces, ¿de qué sirve sostener que la obligación es de medio si en realidad se la considera como de resultado?.

Por último, parece que lo que estamos viviendo son los problemas de mantener un **dualismo** que hoy es inexplicable. ¿Por qué mantener la diferencia entre la responsabilidad contractual y, por lo tanto, respetar el estatuto contractual? Ello se funda históricamente

en la idea de que detrás de todo contrato ha existido una verdadera negociación. En el presente, en cambio, ello sólo se da en los grandes contratos en Chile. Todos los contratos económicamente cuantiosos que son negociados por grandes estudios jurídicos donde las partes son representadas por un gran staff de abogados.

No obstante, los contratos que normalmente celebramos los ciudadanos de a pie son contratos de adhesión. Incluso más, en el caso del contrato de prestación de servicios médicos ni siquiera es uno de adhesión, pues el médico no entrega un formulario y el paciente simplemente firma.

En realidad, la formación del contrato es distinta, por lo tanto, esas reglas y esas diferencias que razonan bajo otras premisas resultan injustas en algunos casos. Esto obliga entonces a revisar el dualismo y, con ello, la clásica distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Consentimiento Informado desde la perspectiva deontológica médica



Dra. Gladys Bórquez Estefo
Presidenta del Consejo de Ética,
Colegio Médico de Chile A.G.

Reseña sobre la expositora

La Dra. Gladys Bórquez es médica cirujana, especialista en pediatría y neonatología, magíster en bioética de la Universidad de Chile. Es directora médica de la Clínica del Hospital del Profesor desde 1998 hasta la fecha. Miembro del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile desde agosto del año 2012 y su presidenta desde julio del año 2014 a la fecha. También fue presidenta de la Comisión Ministerial de Ética en Investigación del MINSAL y obtuvo el año 2018 el premio Doctora Eloísa Díaz del Consejo Regional Santiago de COLMED por su trayectoria gremial, profesional y académica.

Exposición

Buenas tardes. Agradezco al doctor Sepúlveda, por la invitación a conversar y reflexionar sobre un tema tan complejo.

Lo primero que debemos reconocer es que en este ámbito es necesario “dar vuelta la hoja”, porque el modo en que aborda una cuestión ética un abogado es muy distinto al de un médico. La dificultad está en cómo articular ambas miradas y llevarlas a la práctica, que es precisamente el problema que enfrentamos quienes ejercemos la medicina.

Hablaré desde la perspectiva de la práctica médica. Este tema nos resulta especialmente desafiante, pues provenimos de una historia distinta, en la que hemos actuado conforme a lo que entendíamos correcto. Sin embargo, es probable que aún nos queden muchos cambios por asumir para que nuestra labor mejore.

La historia sobre la actitud médica ante la información de los médicos vienen desde **Hipócrates**. En el texto que trata “Sobre la Decencia”, se recomendaba hacer el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, con calma y orden, ocultando al paciente durante la actuación la mayoría de las cosas, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar ni de su estado actual. Varios de esos textos hipocráticos todavía fundamentan el actuar médico. Luego, se fue avanzando hacia los primeros **códigos deontológicos** en la época moderna, así Thomas Percival en “*Medical Ethics*”, el primer libro de **ética médica** propiamente tal, afirma que cuando un paciente hace preguntas, que de ser respondidas sinceramente, podrían resultarles fatales, sería un error grave y despiadado revelarles la verdad. Su derecho a verdad es dudoso o nulo, dado que el natural beneficio de la revelación se considera maléfico y profundamente injurioso para él mismo, para su

familia y para el público. En este marco se encontraban los médicos cuando llegó la sociedad moderna.

Y ocurrió que, mientras los ciudadanos empezaron a obtener reconocimiento de su autonomía en el espacio público, en lo privado y en el ámbito de la profesión médica este reconocimiento no aparecía. Surgieron entonces los movimientos de derechos de los pacientes en salud, que obligaron a hacer un cambio y debido a lo anterior, comienza el proceso de desarrollo del **Consentimiento Informado**.

Principales factores en la génesis del Consentimiento Informado son : el desarrollo de la **teoría legal del Consentimiento Informado** en Estados Unidos de 1871-1980, es importante notar que ésta surge donde hay una sociedad bastante consciente de la importancia de la **autonomía**, diferente, quizás, a las sociedades latinoamericanas; los movimientos de reivindicación de los derechos civiles y asociaciones de pacientes que sacan las primeras **cartas de Derechos de Pacientes** alrededor del año 1973; la visualización , a su vez, de los primeros escándalos generados a raíz de trabajos de investigación científica muestran la necesidad de exigir el Consentimiento Informado para investigación, pero no así para la atención sanitaria. Los cambios descritos impulsaron alrededor de los años 70 el desarrollo de la **bioética**, entendida como una disciplina que pretende resolver los problemas éticos más allá de la **ética clínica**, incluyendo a todos los involucrados en el desarrollo científico. La **bioética** y el Informe Belmont en 1978 trajeron principios y formas de entender cómo se deben discutir estos temas y es uno de los antecedentes que influyen en el desarrollo del **Consentimiento Informado ahora** también en la atención sanitaria.

Se debe reconocer que los médicos se han incorporado de manera tardía a este desarrollo, explicado, pero no justificado por los textos hipocráticos que han puesto énfasis en la no maleficencia y beneficencia quedando la autonomía para esta era. No fueron ellos quienes pensaran que el **Consentimiento Informado** fuera bueno, pues no creían que fuera bueno o necesario. Alrededor del año 1981, las asociaciones médicas comienzan desarrollos en torno a este concepto.

Pablo Simón es un bioeticista español y médico de familia que ha escrito mucho sobre Consentimiento Informado analizó en una publicación de 2006, cómo se había desarrollado el **Consentimiento Informado** en España, y escribe sobre los mitos del **Consentimiento Informado**.

Entre ellos sostiene que el **Consentimiento Informado** es un invento caprichoso y arbitrario de los abogados, jueces y legisladores; extraño a los deberes morales de los médicos y que, además, entorpece el normal ejercicio de la medicina; o que el **Consentimiento Informado** consiste en conseguir que los pacientes firmen un formulario escrito donde autorizan la realización de una intervención; o que la buena práctica clínica consiste en realizar bien los actos clínicos desde el punto de vista

exclusivamente científico-técnico, y el consentimiento no tiene nada que ver con esto; o que el fundamento ético del **Consentimiento Informado** es el **principio de autonomía**, o que la obtención del consentimiento es una obligación para los profesionales que realizan las intervenciones, pero quienes lo indican no están relacionados al ámbito clínico; o que el Consentimiento Informado no tiene sentido, porque la mayoría de los pacientes no desean ser informados; o que los pacientes tienen derecho a rechazar un tratamiento, incluso si con ello ponen en peligro su salud o vida, pero solo antes de ser aplicado y una vez iniciado, los profesionales no pueden retirarlo, o que la evaluación de la capacidad de los pacientes para decidir sobre este consentimiento es responsabilidad de los psiquiatras; o que el respeto a las exigencias del **Consentimiento Informado** es un deber ético y jurídico de los profesionales que puede satisfacerse sin que las organizaciones sanitarias inviertan recursos adicionales en ello.

¿Qué es el Consentimiento Informado?

Es un proceso en el cual el médico y el paciente intercambian información suficiente y comprensible acerca de la decisión clínica a tomar, de tal manera que se produce una dinámica activa y cooperativa entre ellos. Esto interviene y cambia la **relación clínica** por lo que genera una forma distinta de tomar decisiones cuando se compara con el punto de vista de los principios basados en la **beneficencia**, ese **modelo paternalista** que definía que el médico sabía cuál era el bien del paciente y no requería preguntarle nada.

El cambio que trajo el **Consentimiento Informado** es que hoy no se concibe que el médico diga o haga algo por el bien del paciente, sin antes preguntar a éste cuál es su bien y qué es lo que quiere. Se produce una dinámica enmarcada dentro de otros dos principios más amplios que están fuera del **Consentimiento Informado**. Estos son la **obligación de no dañar** y la **obligación de ser justo**, tanto desde el punto de vista de **no discriminación** como desde el punto de vista de **justicia distributiva**, pues ya se mencionaba la importancia de los costos en salud.

Para trabajar en el desarrollo de estos principios, los bioeticistas Linda Emanuel y Ezequiel Emanuel, propusieron distintas perspectivas sobre los modelos de la relación médico-paciente.

- En el **modelo paternalista**, los valores del paciente son objetivos y compartidos entre médico y paciente. La obligación del médico es promover el bienestar, independiente de la preferencia del paciente.
- Como contraparte, existiría el **modelo informativo** donde los valores del paciente están definidos, son fijos y conocidos por él. La obligación del médico es entregar información relevante y realizar la intervención elegida por el paciente.

- Surgieron otros modelos intermedios. En primer lugar, el **modelo interpretativo** donde el médico ayuda al paciente a valorar esta información, pasando a ser un consultor o un consejero.
- En segundo lugar, el **modelo deliberativo** que abre el debate moral sobre los valores del paciente. Lo que se espera es que el médico se transforme en un amigo o un maestro.

Estos dos extremos no resuelven el problema.

Un elemento importante de notar es la exigencia legal, que es el mínimo ético de los médicos ya que de esta manera se evitan las denuncias por *mal praxis*, ese es el fondo del asunto, que no logre mejorar la relación clínica, con el riesgo de que se transforme en una **medicina que solo es defensiva**.

Hoy en día, con los avances tecnológicos, una mayor sobrevida y las patologías que se presentan, los médicos mantienen una relación más prolongada con el paciente, por lo tanto, deben ser capaces de desarrollar un modelo progresivo de participación desde la primera consulta hasta la recuperación. Es un acto dialógico, no una simple firma. Es importante recalcar que, desde el punto de vista ético, el **Consentimiento Informado** es verbal en todo momento y a cada rato; aunque el registro sea necesario en determinadas circunstancias.

Los elementos del **Consentimiento Informado** son voluntariedad, información y capacidad.

La **voluntariedad**, le plantea al médico la exigencia del deber de no ejercer influencia indebida sobre el paciente, sin embargo y según principios médicos, los médicos entienden que sí deberían aconsejar, ayudar y entender mejor al paciente. Pueden utilizar la **persuasión**, o sea, abrir argumentos racionales que se discutan críticamente, pero no estaría éticamente permitida la **manipulación**, que es la distorsión, sesgo y falsificación de la información o inducción de procesos mentales que alteren o condicionen el normal desarrollo de la decisión, tampoco la **coacción** que es una amenaza explícita o implícita creíble de daño, evitable si se accede al requerimiento.

Estas situaciones siguen ocurriendo, por ejemplo, cuando el paciente quiere irse de alta o está rechazando un tratamiento que es importante, los médicos pueden “amenazar” con el alta o abandono. Esto implica que aún queda paternalismo frente a este tipo de situaciones críticas y no se enfrentan de la mejor manera, faltan también herramientas aparte de la **persuasión**.

De esto surge una nueva problemática relacionada con la coacción interna del paciente. ¿Es válido el consentimiento si el paciente presenta condiciones internas que lo hacen incapaz de comprender a cabalidad la información entregada? Se debe entender que esto no ocurre solo por alteraciones psicopatológicas, sino que todos los seres humanos

tienen mecanismos de defensa del Yo ante las amenazas y, por lo tanto, caen en procesos de conflicto. Frente a un diagnóstico negativo el paciente puede entrar en un proceso de negación, de ira, etcétera. Los médicos deben comprender que hay momentos en los cuales puede no ser adecuado dar información o en que podemos hacerlo de modo gradual. No es raro que a un paciente se le entregue una información en la visita diaria y al día siguiente no la recuerda. Por esto, la información debe darse de manera gradual y de modo lento, y acompañar en el proceso de duelo y de no hacerse cargo de esto, el consentimiento firmado no será válido. La voluntariedad culmina con la aceptación o la revocación y también el derecho a no aceptar la información.

Respecto a la **información**, esta forma parte de toda la actuación, esta debe ser verdadera, comprensible, suficiente, adecuada a las necesidades y que ayuda a decidir, se debe insistir que es principalmente verbal y frente a esto, hay dos aspectos a destacar: el primero, es el contenido de la información, sobre el cual hay más acuerdos. Hoy día lo más aceptado es el criterio de la persona razonable y el asociado a los riesgos individuales del paciente. Esto se estipula en la legislación con la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes.

El segundo guarda relación con cómo comunicar esta información. No es labor fácil para los médicos pues al no existir una verdad objetiva, es la evidencia técnica la que indica lo verdadero. Al comunicar la verdad, ¿cuál verdad se comunica? Debe considerarse el privilegio terapéutico, el cual supone que dar información en un momento determinado puede dañar más al paciente y se guarda el derecho de hacerlo después. Se debe descubrir el arte de decirlo cuando corresponde y no omitirlo pues frente a situaciones donde informar genere una gran angustia, algunos médicos pueden temer incrementar el riesgo de suicidio del paciente, por ejemplo. La definición de **información necesaria** y está contenida en la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes.

Un tercer gran tema es la **capacidad**, que es lo operativo de la autonomía moral ya que la información se debe entregar a un paciente capaz. Surge, por lo tanto, la problemática sobre cómo evaluar la capacidad. Frente a esto, hay dos conceptos que diferenciar, uno es la **capacidad legal** y el otro es la **capacidad sanitaria**, la cual hace referencia a la capacidad del paciente para tomar una decisión concreta en un minuto particular. Y puede cambiar frente a distintas circunstancias.

Si bien la capacidad del paciente debe ser presumida existe un *continuum* de desarrollo desde la infancia hasta la vejez y por definición, solamente serían incapaces los recién nacidos, pacientes en coma, interdictos legalmente y aquellos con discapacidad intelectual grave. Los demás son capaces para tomar decisiones de distinta gravedad o consecuencia al cumplir ciertos criterios de capacidad en distinto grado.

Los investigadores sobre este tema han llegado a acuerdos sobre los criterios a aplicar para definir esta capacidad. Ellos son cuatro: la capacidad de expresar una elección; de entender la información, de valorarla y de razonar respecto a ella.

¿Como se evalúa? Esto lo deben hacer los médicos en la consulta médica, así, por ejemplo, preguntar cuál es la decisión elegida por el paciente, solicitar que explique la información entregada o que indique los riesgos asociados, que entienda su rol a la hora de decidir, o si se considera realmente enfermo. Este diálogo debe producirse en una consulta médica para poder constatar que la información es efectivamente comprendida y definirlo capaz.

A la vez que se asume la capacidad del paciente, se debe prestar atención a situaciones donde puede haber presunta incapacidad. Ésta se podría manifestar con cambios bruscos del estado mental habitual, cuando se rechaza un tratamiento necesario y no se logra argumentar las razones del rechazo. Situándose en el otro extremo, se puede producir una aceptación acrítica de los procedimientos de riesgo alto.

Desde el punto de vista sanitario, los niños tienen un menor desarrollo, pero no una presunción general de incapacidad. Si bien los padres o tutores pueden tomar decisiones por los menores hasta los 18 años, encima de los 14 y 15 años se presume que son pacientes capaces de tomar decisiones. En esta edad intermedia, el poder es compartido entre menor y padre.

La profesora Carmen Domínguez mencionó, en su anterior presentación, que a veces se interponen recursos de protección atendiendo el interés del niño, cuando el médico considera que los padres no actúan acorde a este interés.

Respecto al **Consentimiento Informado**, cuando hay una incapacidad se debe tener claro quién es el delegado y el sustituto autorizados para tomar la decisión por el paciente. Las excepciones del **Consentimiento Informado** están aceptadas tanto ética como legalmente. Estas son: (1) rechazo explícito del paciente, (2) incapacidad del paciente, en cuyo caso hay que hacerlo con el subrogado, (3) el grave peligro para la salud pública, (4) la urgencia vital, (5) el **privilegio terapéutico** o el imperativo legal o judicial.

Respecto del **Consentimiento Informado** en nuestro **Código de Ética** están definidas las obligaciones. Los artículos N° 24 al 28 señalan que el médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible, la voluntad del paciente de no ser informado deberá ser respetada, toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente, es recomendable que el facultativo consigne siempre el consentimiento del paciente por escrito, debiendo proceder necesariamente de esta forma cuando dicho consentimiento sea exigido por la ley. Si el paciente no estuviera en condiciones de dar su consentimiento (menor de edad, incapacitado, urgencia), y no es posible obtenerlo de la familia, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional, la opinión del menor deberá ser considerada atendiendo a su edad y grado de madurez y por último el derecho del paciente a rechazar un tratamiento deberá ser respetado.

A las 3 Edades de la Medicina que describió el reconocido filósofo Alasdair Mac Intyre recientemente fallecido, otro bioeticista y médico internista norteamericano, Mark Siegler, en una reflexión respecto de las edades de la medicina y la relación médico-paciente, agregó una cuarta categoría, siguiendo el modelo descrito anteriormente. Plantea entonces que la **Edad del Paternalismo** fue la edad del médico, la **Edad de la Autonomía** fue la del paciente. Luego viene la **Edad de la Burocracia** donde aparecieron las necesidades de control, eficiencia y eficacia, y se centró en los costos de los servicios de salud, o sea la edad del financiador. Entonces propone volver al inicio de la práctica médica, **Edad de las Decisiones compartidas con el paciente**, a la **deliberación**. El problema actual radica en que, si bien se han desarrollado medicamentos y tecnologías que permiten la prolongación de la vida biológica, estos tratamientos afectan la vida biográfica del paciente. Por lo tanto, comenzó la noción de que el paciente debía decidir por él mismo frente a estas situaciones. Esto complicó a los médicos que pasaron de decidir todo por el bien del paciente, a este modelo moderno donde ello se debe hacer considerando los valores del paciente.

Hoy en día existen otros actores involucrados en la relación médico-paciente que dificultan el ejercicio de la profesión, como la industria y la autoridad. Respecto al financiamiento nació la necesidad de la contención de costos, la eficiencia y la rentabilidad social. Hoy el empleador además de pedir considerar siempre el bien del paciente, solicita que esto se haga de manera eficiente y con justicia social, con respeto a protocolos y directrices vigentes.

En este sentido, ¿quién determina las metas y preferencias? ¿El paciente, el médico o el administrador? Estos temas representan otros de los desafíos actuales del ejercicio médico. La invitación es a generar un espacio de comunicación, discusión y negociación. La atención se debe centrar en el paciente facilitando la toma de decisiones participativas. A esto también se le conoce como medicina colaborativa o modelo de autonomía.

Se recomienda realizar esto con un **desarrollo deliberativo** que también contemple la deliberación del médico consigo mismo. El proceso exige al médico deliberar con mayor rigor sobre los hechos del paciente.

1. Primero, analizar los hechos: ¿Cuál es el diagnóstico? ¿Cuál es el pronóstico? La excelencia del médico se expresaría en su capacidad para disminuir esta incerteza lo máximo posible.
2. Luego, identificar los problemas y las consecuencias de los cursos de acción para la vida de ese paciente en particular.
3. Derivado de la **etapa de los deberes**, se debe intentar tomar la decisión correcta, una que respete el mayor número de valores y se sitúe en un curso intermedio.

4. Finalizando, se debe hacer un análisis de consistencia sobre si la decisión fue la correcta. Para ello se debe contemplar si esta cumple con la normativa legal vigente, si es posible hacerla pública y que pase la prueba del tiempo.

Se está transitando hacia un modelo de **planificación anticipada** de la atención médica, la nueva **Ley de Cuidados Paliativos** y la **declaración de decisiones anticipadas** son una evolución de los principios ya establecidos por el Consentimiento Informado. El elemento central de este cambio es la necesidad de mejorar y mantener una comunicación constante y efectiva con el paciente a lo largo de toda la relación.

La protección de los funcionarios y trabajadores en la Constitución Política de la República



Romina Urzúa Arce

Profesora de la Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Católica de Chile

Reseña sobre la expositora

Romina Urzúa es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional de la misma universidad y doctoranda de la Universidad de Castilla, La Mancha, España. Es miembro del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la misma casa de estudios. Es socia, además, del estudio Rosel Fuentes y Urzúa, abogada litigante con más de 14 años de experiencia en materias laborales, corporativas y judiciales.

Introducción

Esta presentación busca hacer una síntesis de las herramientas que tienen los trabajadores, tanto del mundo privado como del público, cuando el empleador vulnera sus **derechos fundamentales**.

Protección de los derechos fundamentales en sede laboral

¿Qué **derechos fundamentales** se protegen en los tribunales laborales? Es clave que un asunto se vea en esta sede por dos razones principales: primero, porque lo resuelve un juez especializado en la materia y, segundo, porque los procedimientos son más rápidos. Aunque al inicio de la reforma laboral los juicios duraban solo tres o cuatro meses, hoy en día esos plazos han cambiado.

Más allá de eso, es relevante que este tipo de materia sea de conocimiento de jueces especializados. Además, a través de juicios orales, se dan ciertas garantías en cuanto a la apreciación de la prueba que tiene el juez, ya que él presencia la interrogación de los testigos, peritos y la lectura de los documentos.

El Procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el Estado

Los funcionarios públicos lucharon por mucho tiempo para que el **procedimiento de tutela** de derechos fundamentales, que se aplicaba a los trabajadores del sector privado, también fuese aplicable para ellos. Después de mucha jurisprudencia que validaba su uso, se generó una modificación legal que permitió de forma expresa su utilización en el Estado.

La importancia de los derechos fundamentales al interior de la **relación laboral** debe ser objeto de un grado especial de preocupación, principalmente porque esta se caracteriza por la **subordinación y dependencia**. Esto significa que, si bien es una relación entre privados, las partes de este vínculo jurídico no son iguales. El poder de negociación que tiene el empleador, dueño del medio de producción, es mayor que el del trabajador

Además, el empleador posee la **facultad de mando**, que significa que puede organizar, dirigir y fiscalizar. También tiene **facultades disciplinarias** respecto del trabajador: puede amonestarlo, despedirlo o restringir el uso del correo electrónico corporativo. Por ejemplo, una **cláusula de no competencia** en un contrato de trabajo, que no permite realizar una función de un giro similar al del empleador, es una restricción a un derecho fundamental. En virtud de estas facultades, los derechos fundamentales actúan como un límite.

El empleador también puede vulnerar el **derecho a la privacidad**; a pesar de ser dueño de la casilla de correo electrónico laboral, no puede leer el contenido de los correos si no se regula expresamente que son públicos. Lo mismo ocurre con las cámaras de seguridad en un recinto: su finalidad debe ser la seguridad y no la fiscalización del trabajo en sí. Si tangencialmente se observa una irregularidad, ese material puede usarse como prueba, pero con ciertas restricciones.

Herramientas jurídicas frente a la vulneración de derechos fundamentales

Existen dos herramientas principales: la **acción de protección**, regulada en el artículo N° 20 de la Constitución Política de la República, y la **tutela de derechos fundamentales**. Cabe hacer una aclaración técnica: el término “recurso de protección” está mal utilizado por la norma, porque un recurso busca modificar una resolución judicial, mientras que esto es una **acción**, una solicitud directa ante la Corte de Apelaciones para reparar un acto vulneratorio.

Desventajas de la acción de protección frente a la tutela laboral

La **acción de protección** del artículo N° 20 presenta varias desventajas comparativas:

- **Construcción jurídica neutra:** Está alejada de los **principios del derecho del trabajo**. El derecho laboral, por la **relación asimétrica** que mencioné, se inspira en principios que buscan igualar el poder de negociación, como el **principio protector**. Este principio indica que, si hay más de una norma aplicable, debe elegirse la más favorable al trabajador.
- **Sin atenuación de la carga probatoria:** El **procedimiento de tutela**, a diferencia de la **acción de protección**, contempla la **prueba indiciaria**.

Entiende que el trabajador afectado no siempre tiene acceso a la prueba directa. Por tanto, al trabajador solo se le exige probar **indicios** de la vulneración, no el hecho en sí. Por ejemplo, un funcionario denuncia a su jefatura ante la Contraloría y poco después es despedido. El indicio sería probar la denuncia, el conocimiento de esta por parte de la jefatura y la cercanía temporal con el despido. Luego, es el empleador quien debe justificar su medida.

- **Reparación limitada:** La **acción de protección** solo contempla el cese del acto vulneratorio, pero no establece reparaciones o indemnizaciones, a diferencia del **procedimiento de tutela**.
- **Tutela selectiva de derechos:** No protege todos los derechos del artículo N° 19 de la Constitución, solo algunos. Por ejemplo, el artículo 19, número 16, que consagra la **libertad de trabajo**, no incluye explícitamente el **derecho a la no discriminación**, pero este sí está contemplado en el **procedimiento de tutela**.
- **Riesgos de represalias:** Al interponer una acción, el empleador puede despedir al trabajador como represalia. Es importante considerar que, una vez ejercida la **acción de protección**, no es posible recurrir a la **acción de tutela**, se debe elegir solo una vía.

Aplicación y derechos protegidos por el procedimiento de tutela

El **procedimiento de tutela** se aplica a todos los trabajadores, incluyendo a los funcionarios de la administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de empresas estatales.

Los derechos que protege, según el artículo N° 485 del Código del Trabajo, son:

- El **derecho a la vida y a la integridad física y psíquica**, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la **relación laboral**. Por ejemplo, una patología psiquiátrica derivada de acoso laboral sería objeto de protección.
- El respeto y protección a la **vida privada** y a la **honra** de la persona y su familia.
- La **inviolabilidad de la comunicación privada**.
- La **libertad de conciencia** y el libre ejercicio de culto.
- La **garantía de indemnidad**, que protege contra **represalias** ejercidas por interponer denuncias, participar en acciones judiciales o por la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o la Contraloría.

El despido como vulneración de un derecho fundamental

La afectación de un derecho fundamental puede ocurrir con ocasión del despido, lo que significa que el motivo real del despido es la vulneración, aunque se disfrace con una causal de término. Por ejemplo, si un trabajador es acusado de robo, exhibido públicamente por la tienda y luego despedido, el acto mismo del despido es vulneratorio de su **derecho a la honra** o a su **integridad psíquica**.

Actores que pueden interponer la acción de tutela

- **Organización sindical:** Puede actuar como denunciante o como tercero si el trabajador está afiliado.
- **Dirección del Trabajo:** Puede interponer la acción tras un proceso de mediación fallido. Sin embargo, carece de competencia para denunciar vulneraciones de derechos fundamentales de funcionarios públicos; en ese caso, la acción debe ser ejercida por el funcionario afectado.

Características adicionales del procedimiento de tutela

- Se presume que representan al empleador los gerentes, administradores y quienes tengan facultades de administración general, según el artículo N° 4 del Código del Trabajo.
- El plazo para interponer la acción es de 60 días hábiles judiciales (lunes a sábado), contados desde que ocurre la vulneración o, en caso de despido, desde la separación.

Sanciones en el procedimiento de tutela

- **trabajadores del sector privado:** Si la vulneración ocurre con ocasión del despido, el empleador será condenado al pago de la **indemnización sustitutiva del aviso previo** y la **indemnización por años de servicio**, esta última con su respectivo **recargo legal** (que varía según la causal). Adicionalmente, se contempla una **indemnización adicional especial** de 6 a 11 remuneraciones, cuya base de cálculo no tiene el tope de 90 UF.
- **Para funcionarios públicos:** Solo pueden ser condenados a la **indemnización especial** de 6 a 11 remuneraciones. No procede el pago de indemnización por años de servicio, aviso previo ni recargo legal.
- **Casos de discriminación grave:** Si el derecho vulnerado es la no discriminación y el acto es calificado como grave, el trabajador (privado o público) puede optar entre la **reincorporación** o el pago de las indemnizaciones.

- **Vulneración con relación laboral vigente:** El juez ordenará el cese inmediato del acto y podrá aplicar **medidas reparatorias**, como capacitaciones o disculpas públicas. En este caso no procede el pago de una indemnización.

Caso práctico

Representé a un médico de un CESFAM acusado de malos tratos por otros funcionarios, quienes organizaron una “funa” y protestas agresivas, paralizando el centro de salud, todo sin que se iniciara un **sumario administrativo**. El director del CESFAM, para calmar la situación, prometió públicamente remover al médico de su jefatura, adelantando una sanción sin investigación previa, lo cual fue grabado y difundido en redes sociales.

El funcionario interpuso una tutela de derechos fundamentales. El tribunal determinó que el empleador vulneró su **honra** y su **integridad física y psíquica**, ya que la viralización del video le generó una afectación emocional importante. La jueza aclaró que el punto no era si el médico cometió o no los actos, sino que el empleador no resguardó sus derechos fundamentales frente a la funa y adelantó sanciones sin un debido proceso. Además, el sumario administrativo, que finalmente se abrió, llevaba 11 meses sin avances, excediendo con creces el plazo legal de 20 días hábiles (prorrogables por otros 20).

El tribunal concluyó que hubo una vulneración de derechos fundamentales porque el empleador no protegió al trabajador de la agresión de sus compañeros y carecía de protocolos para prevenir este tipo de conductas. En consecuencia, estableció ciertas medidas que el centro de salud tuvo que cumplir.

Reflexión final

Este es un buen ejemplo de cómo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es aplicable en el rubro de la salud y protege de forma concreta a los trabajadores y funcionarios que ven vulnerados sus derechos en el contexto laboral

Tratamiento del derecho fundamental a la protección de datos personales de salud



Renato Jijena Leiva

Profesor de Derecho Informático,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Reseña sobre el expositor

Renato Jijena es profesor de Derecho Informático en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Derecho Público de la misma Casa de Estudios. Posee un máster en Protección de Datos Personales de la Universidad Internacional de La Rioja y un magíster en Gobierno Electrónico de la Universidad Tecnológica Metropolitana. También posee un diplomado en Derecho Informático de la Universidad de Zaragoza.

Introducción

Varios son los temas que convocan para el análisis. En primer lugar, los escenarios de responsabilidad jurídica en el ejercicio de la función de los prestadores de salud, relacionados con el tratamiento de **datos personales**, no solo de salud, que además es un derecho fundamental. Deben considerarse los datos de identificación, los de salud de los pacientes y los del personal sanitario y administrativo.

En segundo lugar, el **derecho fundamental a la protección de datos**, consagrado de forma amplia en el artículo N° 19, número 4, de la Constitución, y específicamente, la protección de los **datos personales de salud**. En tercer lugar, los roles en materia de tratamiento de datos: responsables, encargados y pacientes como titulares. En cuarto lugar, el amplio marco jurídico que determina los deberes de los **prestadores de salud**, que contempla Leyes como la N° 20.584, la N° 21.663 y la N° 19.628, centradas en los objetivos de confidencialidad, seguridad y transparencia. Finalmente, el deber de transparencia y la facilitación del ejercicio de los derechos de los titulares, como el acceso, la supresión o el olvido.

Concepto de dato personal

Los **datos de carácter o datos personales** son cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Son antecedentes nominativos y están protegidos como derechos fundamentales. Entre los ejemplos encontramos nombres, RUT, domicilio, correo electrónico, estado civil, profesión, credo religioso, estados de salud, datos biométricos, ingresos, hábitos de consumo, direcciones IP, etc. A todos ellos les aplica la actual y la futura modificación de la Ley N° 19.628.

Datos personales de salud

Es la información sobre la salud mental o física de una persona. Los **datos personales de salud** son aquellos, a priori sensibles, que revelan información sobre el estado físico o mental de una persona, incluyendo su salud pasada, presente o futura. En el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, se incluyen en la categoría de datos especialmente protegidos. Su tratamiento está sujeto a regulaciones específicas para garantizar la confidencialidad, integridad y seguridad, lo que implica obtener el **Consentimiento Informado** del paciente, implementar medidas de seguridad adecuadas y restringir el acceso solo a personal autorizado.

Pueden incluir información sobre enfermedades, diagnósticos, tratamientos, cirugías, resultados de pruebas médicas, estado físico, estado mental, información genética, datos sobre discapacidad o información sobre salud sexual y reproductiva.

Tratamiento de datos y su base de licitud

Se define legalmente al **tratamiento de datos** como cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permita recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, comunicar, ceder o utilizar datos de cualquier otra forma. La protección de los **datos personales de salud** no es solo una exigencia legal; es un componente relevante de la confianza entre pacientes y prestadores.

La **base de licitud** se refiere al fundamento legal que permite el tratamiento de esta información sensible. En Chile, la nueva Ley de Protección de Datos Personales amplía las bases legales más allá del consentimiento y la ley, incluyendo el cumplimiento de una obligación legal, la ejecución de un contrato o el interés legítimo del responsable.

Marco jurídico aplicable a los prestadores de salud

Un **prestador de salud** es depositario de los **datos personales de salud** de los pacientes, pero también de la información de sus trabajadores. Siguen vigentes normas que habilitan la fiscalización de la Superintendencia de Salud, que coexistirá con la nueva Agencia de Protección de Datos y la Agencia Nacional de Ciberseguridad (ANCI).

Ley N° 20.584 y la Ley de Interoperabilidad de la Ficha Clínica

La **Ley N° 20.584 de Derechos y Deberes de los Pacientes** establece que los prestadores de salud deben conservar la ficha clínica por al menos quince años y son responsables de cumplir con la Ley N° 19.628.

Es muy relevante la recientemente publicada **Ley N° 21.668, que establece la Interoperabilidad de la Ficha Clínica**, la cual refuerza la obligación de conservar los datos y adoptar medidas que permitan su interoperabilidad con otros prestadores,

extendiéndose a todos los profesionales que participan en la atención del titular. Esto implica desafíos no solo regulatorios, sino también operativos, en el contexto de las leyes de ciberseguridad y protección de datos.

Ley N° 21.663 de Ciberseguridad y su impacto en salud

Se debe tener presente que los **datos personales** son un **activo de información** y, según estándares como la norma ISO 27001, se debe asegurar su integridad, disponibilidad y confidencialidad. La **Ley N° 21.663 Marco de Ciberseguridad** considera que un incidente tiene efecto significativo si es capaz de afectar la integridad física o la salud de las personas, o si afecta sistemas informáticos que contengan **datos personales**.

La ley determina quiénes son **prestadores de salud esenciales**, y de entre ellos, la ANCI puede calificar a algunos como **operadores de importancia vital**, sometiéndolos a exigencias de seguridad más estrictas.

Ley N° 19.628 modificada y el deber de seguridad

Si la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes ya establecía restricciones, la nueva normativa de protección de datos las amplía. El consentimiento expreso es clave para el tratamiento de **datos sensibles**. Por regla general, solo puede realizarse cuando el titular manifiesta su consentimiento de forma explícita.

Además, el responsable del tratamiento debe garantizar estándares adecuados de seguridad, protegiendo los datos contra tratamiento no autorizado, pérdida, filtración o destrucción. Las medidas deben ser apropiadas al riesgo, considerando el estado de la técnica y los costos. Por ejemplo, los responsables de la gestión de fichas clínicas deberían evaluar **pseudoanonimizar o encriptar** la data sensible; no hacerlo podría considerarse una negligencia.

Derechos de los titulares de datos en el ámbito sanitario

Según la Ley N° 20.584, todos los pacientes tienen derecho a recibir información oportuna y comprensible, a un trato digno, a ser llamados por su nombre, a recibir una atención de calidad y a ser informados de los costos, entre otros.

Derecho de Acceso

El artículo 12 de la Ley N° 19.628 vigente señala que toda persona tiene derecho a exigir información sobre los datos relativos a su persona. La nueva ley refuerza este **derecho de acceso**, permitiendo al titular solicitar y obtener del responsable la confirmación de si sus datos están siendo tratados y, en tal caso, acceder a ellos.

Derecho de Supresión, cancelación u olvido

Es el derecho del titular a solicitar la eliminación de sus datos, especialmente si ya no son necesarios para la finalidad para la que fueron recolectados. El artículo N° 7 de la nueva ley señala que el titular puede solicitar la eliminación cuando los datos no sean necesarios, haya revocado su consentimiento, hayan sido tratados ilícitamente, sean caducos o deban suprimirse por una obligación legal o una orden judicial, entre otras causales.

El Límite al Derecho de Supresión: la obligación de conservar la ficha clínica

El ejercicio de estos derechos, como el de supresión, no es absoluto. La improcedencia legal del **derecho a la supresión, cancelación u olvido** de los datos contenidos en la ficha clínica se debe a que el artículo 13 de la Ley N° 20.584 establece un plazo legal de almacenamiento de 15 años. Esta es una norma de orden público, perentoria, que no puede ser desconocida por los Prestadores de Salud, ni siquiera ante el requerimiento del titular.

Así como un contribuyente no puede pedirle al Servicio de Impuestos Internos que suprima la información que necesita para cumplir sus fines, un paciente no puede exigir la eliminación de su historial clínico antes del plazo legal. El ejercicio consiste en ponderar el mayor peso de las causales de legitimación. La negativa a la supresión de los **datos personales de salud** por parte del prestador no es improcedente, porque es necesaria para cumplir con una obligación legal.

Datos personales. Marcos normativos e implicancias para la atención clínica y la toma de decisiones de salud pública



Dr. Jorge Pacheco
Jefe Departamento de Estadísticas e Información de Salud,
Ministerio de Salud de Chile

Reseña sobre el expositor

Jorge Pacheco es médico de familia, con experiencia clínica en atención primaria de salud. Magister en Investigación Social y Desarrollo, y docente de la Universidad de Concepción. Ha realizado investigaciones en acceso y uso de servicios de salud, con especial énfasis en el impacto de la pandemia en la atención de salud. Actualmente es jefe del Departamento de Estadísticas e Información de Salud del Ministerio de Salud de Chile.

Introducción

Es interesante estar acá para hablar sobre **datos personales** y su impacto en la salud. Creo que esta presentación va a relacionarse bastante bien con la exposición sobre datos de la jornada anterior, pero será una profundización sobre el **uso de datos personales**, específicamente en el ámbito de la salud.

Tipos de uso de datos

En salud existen dos tipos de usos de datos. Por un lado, está el uso primario, que tiene un propósito clínico y, por otro, un uso secundario, que hace referencia a la gestión sanitaria, estadística, vigilancia e investigación. Es importante tener en cuenta ambos usos, ya que el proceso de ajuste normativo puede afectarles operacionalmente.

Marcos normativos sobre datos en Chile

Revisaremos algunos **marcos normativos**, porque cuando se analiza la ley, hay ciertos elementos definidos principalmente por estas funciones y existen **bases de legalidad** para ambos usos.

A nivel general, hay dos componentes. Primero, una **regulación general de datos** relacionada con la **Constitución Política**, la **Ley de Protección de Datos Personales** (antes llamada Ley de Protección de la Vida Privada) y otras leyes relacionadas, como la **Ley N° 20.285 de Transparencia**. En estas leyes, los **datos de salud** están definidos como **datos sensibles**, lo que les otorga la mayor protección dentro del conjunto de **datos personales**.

Sin embargo, también hay **regulaciones específicas** para el sector. Por ejemplo, la **Ley N° 20.584 de Derechos y Deberes del Paciente** dedica sus artículos N° 12 y N° 13 a la reserva de la **ficha clínica**, especificando componentes ya presentes en las regulaciones generales. Recientemente, esta ley ha sido modificada para modernizar el uso primario de datos a través de la **Ley de Telemedicina** y la **Ley Interoperabilidad de Fichas Clínicas**, que ajustaron para habilitar dichos usos.

También existen **regulaciones específicas** para el uso **secundario de datos**, contenidas en el **Código Sanitario** y en el **DFL N° 1 del Ministerio de Salud**. Estas definen funciones como la **vigilancia de la salud pública**. Un ejemplo es la **lista de enfermedades de notificación obligatoria**, que exige al médico informar ciertos diagnósticos para evitar la propagación de enfermedades que pongan en riesgo la salud nacional. Adicionalmente, se contempla el **uso estadístico** que realiza el Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS), del Ministerio de Salud de Chile y el uso para el **diseño y evaluación de políticas públicas**. Todo esto se desarrolla en un contexto normativo cambiante, influenciado por modificaciones recientes en materia de **ciberseguridad** y protección de datos personales.

Transformación digital

Actualmente, la **Ley de Transformación Digital** impulsa principios como la **interoperabilidad**. El desarrollo tecnológico ha reducido el costo de almacenar y procesar grandes volúmenes de información, lo que ha permitido digitalizar procesos que antes se hacían en papel y ha requerido nuevas regulaciones. Lo que vemos es una adaptación a estos procesos de digitalización, y en ese marco se generan algunas de estas regulaciones y propuestas de modernización.

Conceptos generales sobre el uso de datos

Los **datos personales** son cualquier información concerniente a personas naturales **identificadas** o **identificables**. La identificación es eficiente a través de datos como el **RUT**, nombre, IP o placa patente. Sin embargo, también existe el componente **identificable**, que ocurre cuando se pueden cruzar distintas fuentes de información para identificar a una persona.

Una categoría especial son los **datos sensibles**, que se refieren a características físicas o morales, o a hechos de la vida privada como hábitos, estados de salud físico y psíquico, y la vida sexual. La actualización de la **Ley N° 19.628** mantiene esta definición para los **datos de salud**. Un diagnóstico o una cirugía son datos sensibles. Es un error común pensar que el nombre y el **RUT** son **datos sensibles**; son **datos personales**. Si un **dato personal** permite relacionar un diagnóstico con una persona, se convierte en un **dato sensible** que debe ser protegido.

Procedimientos para el tratamiento de datos

Existen procedimientos como la **disociación** o **anonimización de datos**, que rompen el vínculo entre el **dato sensible** y la persona. Otro método es la **pseudoanonimización**, que oculta la identidad mediante encriptación o eliminación de datos de identificación. Recientemente, el **Ministerio de Salud** publicó una **Norma Técnica de Anonimización** para guiar este proceso, aunque también existen otros métodos como la **privacidad diferencial**. Una vez que un dato sensible se transforma en un **dato anónimo**, puede ser publicado y utilizado de manera pública.

En 2022, enviamos un oficio al **Consejo para la Transparencia** consultando cómo publicar información para propósitos de transparencia proactiva. Respondieron que debíamos anonimizar la información y que, una vez anónima, pasaba a ser pública por haber sido financiada con presupuesto público. Esto demuestra la complejidad del mundo de los datos personales y la necesidad de conocer qué tipo de datos se están tratando.

La **Ley N° 19.628** establece que los **datos personales** de salud, por ser **datos sensibles**, no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular, o sean necesarios para otorgar beneficios de salud. La actualización de la ley reitera esto, pero añade excepciones como salvaguardar la vida del titular, alertas sanitarias o cuando una ley lo permita con una finalidad expresa. Es crucial conocer la regulación específica que habilita o no el tratamiento de datos en cada contexto.

Usos primario y secundario de datos

Como mencioné, hay dos usos principales: el **uso primario** (gestión clínica) y el **uso secundario** (gestión sanitaria, estadística, vigilancia). La investigación con datos secundarios recolectados para otro propósito representa una zona gris.

El **uso primario** está bien definido en la **Ley N° 20.584**, que regula la **ficha clínica** como el instrumento obligatorio para registrar los antecedentes de salud de una persona. Su finalidad es integrar la información necesaria para una atención continua, coordinada y centrada en el paciente.

El **uso secundario** está normado por el **Código Sanitario** y el **DFL N° 1 del MINSAL**. El **Código Sanitario** faculta al Servicio Nacional de Salud para recolectar datos estadísticos relevantes para la protección y fomento de la salud. El **DFL N° 1**, en su artículo N° 4, numeral 5, habilita al **Ministerio de Salud** para tratar datos con fines estadísticos y mantener registros, pudiendo requerir la información necesaria a entidades públicas y privadas para proteger la salud de la población.

Modernización legislativa y regulación de la investigación

Recientemente, dos leyes han modernizado el uso primario: la Ley N° 21.541 de Telemedicina, que equipara la atención a distancia con la presencial, y la Ley N° 21.668 de Interoperabilidad de Fichas Clínicas, que mandata a los prestadores de salud a disponibilizar la información para otras instituciones en el contexto de la atención clínica.

En cuanto al uso secundario, la Ley de Interoperabilidad modificó la reserva de la ficha clínica, permitiendo el acceso al Ministerio de Salud en el ejercicio de sus funciones, además de al Instituto de Salud Pública. Esto otorga una habilitación legal para usar datos con propósitos de salud pública.

Respecto a la investigación, no existe una regulación específica, pero la Ley de Protección de Datos Personales la reconoce como un interés legítimo. Esto significa que los investigadores pueden solicitar acceso a datos de salud, aunque el proceso aún debe ser regulado. Actualmente, la investigación con datos como el registro de egresos hospitalarios o certificados de defunción se realiza mediante convenios interinstitucionales.

Experiencia internacional y cambios legislativos en Chile

La **Unión Europea** está desarrollando el **Espacio Europeo de Datos de Salud** (European Health Data Space) para promover en las personas el control de sus datos de salud (uso primario), permitir la reutilización segura de datos para investigación y políticas públicas (uso secundario), y fomentar un mercado único de sistemas de historia clínica electrónica. Aunque sus países tienen un alto nivel de digitalización, proyectan estos cambios para 2030 debido a su complejidad.

En Chile, un proyecto de ley reciente, impulsado por el Ministerio de Hacienda, busca crear el Sistema Nacional de Gestión de Datos, proponiendo la generación de espacios de datos sectoriales en lugar de una infraestructura centralizada, que sería más vulnerable a ciberataques. En el Ministerio de Salud, ya estamos trabajando en una primera propuesta de espacio de datos sectorial con el Instituto de Salud Pública para apoyar una vigilancia integrada.

El intercambio de información entre instituciones públicas ya es una práctica común, por ejemplo, con el Ministerio de Desarrollo Social a través del Registro Social de Hogares. Para garantizar el derecho al acceso de las personas a sus datos, se ha desarrollado el Portal Paciente, accesible con Clave Única, donde los usuarios pueden consultar su información de listas de espera, GES y vacunas. A diferencia de mevacuno.gob.cl, este portal incluye todas las vacunas, no solo las de campañas específicas e integra diferentes fuentes de información.

Conclusiones

Los proyectos como Portal Paciente buscan proporcionar acceso a las personas a sus datos de salud, considerando que el derecho de acceso constituye un “derecho llave” en el marco de legislación de protección de datos, permitiendo ejercer otros derechos como rectificación de datos erróneos. Cuando una persona accede al portal y descubre que falta una vacuna aplicada, situación no explicada por el plazo de 72 horas de actualización del registro, existen mecanismos para responder y rectificar. Este sistema generará un mecanismo de control ciudadano sobre los datos, aspecto que tendrá beneficios en la calidad de las bases de datos, según lo observado por la Contraloría.

Podría incluir más información mediante procesos tecnológicos adicionales. Otro elemento importante es la portabilidad, donde las personas pueden descargar su información en formato legible por máquina para interconexión, similar a funcionalidades como “*Qualify*”, pero sin la connotación negativa y donde es el paciente el que controla la información a la que se accede.

Durante el proceso regulatorio actual resulta fundamental conocer los marcos que habilitan el uso de datos. Ciertas funciones no pueden ser afectadas operacionalmente por los cambios normativos, particularmente las funciones de salud pública y las funciones de atención clínica. En el proceso de ajustes que se producen cuando se crean agencias, es importante conocer bien la legislación, identificar para qué se está habilitado y reconocer que existen ciertas funciones reguladas que se pueden realizar, permitiendo esa transición sin afectar operacionalmente al sistema y realizando las mejoras que sean necesarias.

Reformas en salud y su impacto en el ejercicio de la profesión médica



Dr. Juan Luis Castro González
H. Senador de la República de Chile

Reseña sobre el autor

El doctor Juan Luis Castro es médico cirujano de la Universidad de Chile, con especialidad en medicina interna y hematología, magíster en Administración de Instituciones de Salud de la Escuela de Economía de la misma casa de estudios. Se desempeñó en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Barros Luco y en el Hospital del Profesor.

Presidió la Asociación de Médicos Jóvenes, fue secretario general y presidente del Consejo Regional Santiago del Colegio Médico de Chile. Presidió la Comisión de Salud y Medio Ambiente y el Departamento de Estudios y Políticas de Salud del Colegio Médico de Chile. Entre los años 2002 y 2008 fue presidente nacional del Colegio Médico de Chile y de FALMED. También fue secretario de Finanzas y vicepresidente para Asuntos Profesionales de la Confederación Médica Ibero-Latinoamericana, CONFEMEL. En el año 2022 llegó al Senado de la República por la octava circunscripción de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins por el periodo 2022 hasta 2030.

Introducción

Debo declarar que, habiendo sido parte de esta casa durante largos años y dirigente de muchas instancias, no he renunciado a mi profesión. El oficio que desempeño es el oficio profesional de la política, pero yo tengo una profesión, que es ser médico cirujano. Uno puede desplegar muchos oficios en su vida de todo tipo, pero otra cosa es la columna vertebral. Por eso para mí es importante conversar en la sede de Colegio Médico, con médicos, abogados, estudiantes, líderes de las distintas regiones, gente que está preocupada de estos temas.

Insatisfacción ciudadana en temas de salud

Parto por lo siguiente. Vivimos en una época donde esencialmente en materia de salud hay **insatisfacción**. ¿Cuál es la insatisfacción que siente la gente? La mayoría que está en el mundo público y la minoría que está en el mundo privado, si lo tomamos por lo seguro, siente esa percepción porque el que está en el **mundo público** está condenado a esperar y el que está en el **mundo privado** está condenado a pagar. Me gusta hablar a veces maximizando los conceptos, pero para graficar de mejor manera los puntos que queríamos contrastar. En nuestro país diría que difícilmente, si alguien saca los problemas de la seguridad ciudadana y la migración irregular, difícilmente nos vamos a caer en este

profundo drama social que es el **acceso a la salud**. La gente cuando se enferma no se pregunta tanto qué seguro tengo yo, sino que se pregunta si me van a atender en ese lugar donde me van a llevar. ¿Cuándo me van a atender?

Si la gente que me va a atender sabe y si me dirán la verdad, que también es parte del fenómeno médico, que es saber si me están comunicando la verdad porque hay un ambiente permanente de duda. La transmisión de la información es compleja partiendo por nosotros los mismos médicos. Por ejemplo, trabajando en UCI se debe transmitir cuando un paciente está en riesgo vital. ¿La gente entiende lo que es riesgo vital? Da para 10 excepciones distintas. No sabe si está menos grave, si está a punto de morir, si está aquí, “¿qué es eso?”. Tenemos problemas también en la emisión de nuestro mensaje como médico para que sea entendido por la ciudadanía.

Tenemos insatisfacción, esa es la primera piedra angular que quiero instalar porque difícilmente alguien hoy día, sea de cualquier sistema previsional, puede sentirse bullante, de que Chile ha resuelto el problema del acceso a la salud y no lo ha resuelto.

Excesivo gasto en salud

En segundo lugar, hay un problema que los economistas y la gente que está en el mundo de las finanzas señalan como el **excesivo gasto en salud**. Si uno lo mira en la historia de los últimos 10 o 15 años, efectivamente ha ocurrido una tendencia al mayor gasto en salud. Otra cosa es la eficiencia de ese mayor gasto, que lo ha habido, y las cifras del crecimiento sobre el PIB son bastante razonables y ha habido tendencia a la mejora en el gasto, pero no así en esos resultados.

Escasez financiera

En tercer lugar, la navegación en materia de salud se hace en escenario de **escasez financiera**. Ni lo que resta del actual gobierno, ni el próximo cualquiera que fuese, va a tener holgura financiera para que pongamos los pies en la tierra. Chile está de a poco caminando hacia una reactivación gradual, pero naturalmente no vamos a tener la bonanza de otras épocas para decir que hay suficiente dinero para poder cubrir todas las necesidades.

Estructuras burocráticas

En cuarto lugar, tenemos **estructuras burocráticas** enormes hoy día que impiden en ocasiones que las personas sientan que el **sistema público** especialmente, tenga respuestas suficientes para ello. Fíjense que cuando se hizo el reporte el año pasado de las listas de espera por distintos Servicios de Salud del país, pocas veces vimos tal

desorden en la no comunicación respecto de si una persona sabe cuándo está en una lista de espera, si sabe algo sobre lo que va a ocurrir con los movimientos y los tiempos de esa espera. Así lo demostró la Contraloría General de la República, que vio que había hasta papeles en un botadero de notificaciones, gente que no tenía idea, sistemas informáticos que no conversan. Porque la Atención Primaria de Salud es un mundo, pero la relación con la Red Asistencial es otro mundo, con otra informática.

¿Tiene derecho la gente a saber en qué momento le va a tocar ser atendida? Creo que sí. Pero tenemos una nebulosa ciudadana para esos 3 millones de chilenos que hoy día o esperan una hora nueva de consulta, o una cirugía. Ese es un problema objetivo que tenemos todavía entre manos, con niveles de ineficiencia enorme también dentro del sistema.

Atención Primaria de Salud

En áreas específicas como en la **atención primaria de salud**, diría que hay un consenso técnico en el sentido que es la gran puerta de entrada, que es la que más prioridades debiera tener. Ahí se pueden resolver la inmensa mayoría de los problemas de salud de las personas. Es deseable potenciar la **atención primaria de salud** y hacerla más resolutive, es decir, que tenga capacidad de poder cerrar un caso ahí. Lo hacen muchos sí, pero no en todo porque la derivación entra en un proceso de creciente complejidad e interpelación.

Cuando se habla con las **redes asistenciales** a uno le dicen sí, pero sobre la pertinencia del envío en la interconsulta dicen que no. Cuando uno habla con la **atención primaria de salud** le dicen que el problema es que los señores de los Hospitales Autogestionados en Red que les derivamos, no nos creen o nos tramitan; nos ven como parientes pobres, creen que no sabemos nada.

Tenemos ahí que la **atención primaria de salud** es municipal desde mediados de los años 80, hace 40 años. Se hicieron esfuerzos para realizar cambios en los años 90. Se habló, incluso, de devolverla a la administración del MINSAL. No prosperó la idea, pues siguió siendo municipal. Se creó un Estatuto de la Atención Primaria y se ha consolidado así en estos años.

Desafíos de la Atención Primaria de Salud

Hay una situación no resuelta, es la falta de diálogo entre estos dos estamentos esenciales. No puede haber atención primaria de salud si no hay un establecimiento de salud que resuelva en última instancia los problemas más complejos, catastróficos. Además, hay un mundo de centros médicos en las regiones, en las provincias, en Santiago, que no tiene una conectividad directa con la atención primaria de salud debiendo tenerla en mi juicio. O sea, ¿por qué un doctor que está en una consulta en Recoleta, en

Independencia, en Paine, no puede tener una mejor interacción para que lo que él haga también se valide ante la atención primaria de salud? Que esta no tenga que duplicarle los exámenes, pedirle todo de nuevo. No porque esta es la única puerta de entrada, lo que hizo el doctor por allá no tiene validez.

Dificultades en la integración del mundo público y mundo privado en salud

¿Por qué se da lo anterior? En este caso tenemos una dificultad concreta, habiendo hoy día una multiplicidad de **centros de atención primaria privados**, donde la gente compra un bono y paga por las atenciones, exámenes y tratamientos. Luego tenemos 60 **hospitales autogestionados en redes** que consumen gran parte del presupuesto. Estos, a su vez, tienen muchos conflictos con sus directores de Servicios de Salud. Ustedes pueden dar mejores ejemplos que yo de las pugnas permanentes sostenidas. Mientras que el gestor de la **red de servicios de salud** está mirando hasta los más pequeños hospitales de su **red** e incluso atención primaria de salud, el **hospital autogestionado** dice: “venga para acá porque soy yo el que tengo la lista de espera quirúrgica más grande, soy el que opero lo más complejo, soy el que tengo el cáncer y la quimioterapia”.

Existe una buena noticia al respecto. Hace dos años se instituyó el **copago cero** de las personas que se atienden en la **red pública de salud**, además de la **modalidad de libre elección** para los tramos B, C y D de FONASA, donde mucha gente recurre producto de la imposibilidad de acceder por vía institucional. Compra un bono, va a un doctor, compra un programa, se hace una endoscopia, se hace un procedimiento. Pero la prestación cara, la quirúrgica, la internación, no tiene más de un 30% de **cobertura FONASA libre elección** para una prestación compleja como esa.

Propuestas de mejora al acceso en salud

Hoy día hay apuestas. La apuesta de la **modalidad de cobertura complementaria** que es ley, tuvo un traspie hace un mes atrás. En septiembre viene el nuevo llamado de algo que todos impulsamos como razonable. ¿Por qué no podría ser posible que más de un millón de personas que se fueron de las ISAPRES, pasaron a FONASA? FONASA hoy día ha crecido a 17 millones de personas, 85% de los afiliados. ¿Por qué no le podría ofrecer FONASA a alguien que ponga su 7% y un saldo adicional para llegar al 10%, y así ofrecer una **red de prestadores privados** que tenga distintas coberturas para que tener acceso oportuno a ese tipo de prestaciones que a lo mejor en el sistema público no están? Encontramos, por tanto, problemas con los precios, por eso ha fracasado. Si hay capacidad para que se pueda hacer andar la **modalidad de cobertura complementaria**, vamos a dar un gran paso.

Listas de espera

Mencioné que uno de los grandes dramas de la gente son las listas de espera. Hoy en día lo ha refrendado la presidenta nacional del Colegio Médico, en una carta enviada al Mercurio sobre un asunto que concordamos con el Ejecutivo hace 8 meses atrás, en noviembre, que era destinar 73.000 millones de pesos desde la Ley de los Grandes Emisores publicada hace un poco más de 2 meses, para las listas de espera. Quien habla hizo ver esto hace 6 semanas atrás, fue la Dra. Arriagada.

Actualmente, el Gobierno no ha respondido sobre un acuerdo formal que exigiremos para traspasar a la **lista de espera** esa cantidad de dinero que es muy importante porque está con la firma del ministro de Hacienda, de la directora de Presupuestos, espera.

Acceso a tratamientos y medicamentos de alto costo

El cáncer y el acceso a los medicamentos, sobre todo los de alto costo, parece ser un problema dramático. Por supuesto aquellas enfermedades que estaban o debieran haber estado en la Ley Ricarte Soto. Recordarán que esta ley estaba destinada a terminar con el beneficio, con el bingo, con la completada, y que tuvo un *peak* de desarrollo y luego se estancó en el tiempo producto de un problema financiero que puso en duda la cobertura de más de 27 patologías que contempla la ley. Asistimos a las marchas por todo el país de las mujeres y padres que llevan a sus hijos con enfermedades neuromusculares, degenerativas, de distinto tipo, porque hoy día esto está visibilizado y requiere solución. No tiene una solución concreta y es un problema que golpea a la ciudadanía.

Los medicamentos de alto costo son parte de este mismo fenómeno. Si antiguamente nadie se preguntaba por esto, hoy la ciencia avanza más rápido que las leyes y encuentra nuevos productos, por ejemplo, los medicamentos para la Distrofia Muscular de Duchenne que puede permitir a los pacientes caminar. A la edad correcta un protocolo correcto, puede cambiar la vida.

Temas valóricos en salud

Discutimos hace 8 años atrás sobre el inicio de la vida. Discutimos sobre las tres causales para interrumpir el embarazo. Fue ley y la apoyé con mucha convicción. Tiene una casuística que no es demasiado abultada en estos 8 años, de personas que se han acogido a algunas de esas tres causales y tiene reglamentos que recientemente se pusieron en práctica. ¿Fue un paso adelante? Sí. Pero me pregunto ¿cómo conversamos mejor en Chile sobre el embarazo no deseado? Al final el tema es el embarazo no deseado. Los niveles de conciencia que tiene hoy el mundo joven, el mundo adulto, sobre el fenómeno de que la pandemia lo agudizó. El fenómeno de la relación sexual no protegida, el

fenómeno del desconocimiento. Hay mucha juventud en Educación Media y Superior que ignora su ciclo biológico.

En internet hay un comercio subterráneo para la adquisición de Misoprostol. Quien tiene dinero, lo compra. Hoy, los abortos son químicos. En mi época llegaban las mujeres sangrando a las postas por abortos quirúrgicos, traumáticos hechos de esa manera. La responsabilidad penal no se abordaba para evitar que esas mujeres no fueran penalizadas, además de estar en riesgo de muerte. Recuerdo que en el Hospital Clínico de la Universidad de Chile existía la “Unidad de Aborto Séptico”.

Estamos discutiendo también del fin de la vida, de la **eutanasia**. Ese proyecto está en trámite en la comisión del Senado. Naturalmente que tiene controversias y es opinable. Observamos la colisión entre el **principio de defensa de la vida** y el **principio de autonomía**. En Chile, la jurisprudencia ha predominado sobre el **principio de defensa de la vida**. Miren los fallos múltiples sobre las transfusiones de sangre en las personas de una determinada creencia cristiana, por ejemplo.

Hoy el tema de la voluntad, que las personas digan yo quiero morir de esta manera y no de esta otra, debe ser regulado. Me parece que es un tema que amerita una conversación. No puede ser que el fin de la vida esté solo a cargo del Estado o a cargo de los médicos. Las personas tienen algo que decir también respecto a ese momento final, bajo condiciones muy regladas, por cierto. Esto no es una invitación al suicidio colectivo, masivo, no. Pero me parece que son temas que se tienen que conversar.

Futuro legislativo respecto a reformas en salud

Estamos a cuatro meses de una elección incierta donde se juegan los grandes temas. La seguridad y la economía son los temas más relevantes para la ciudadanía en este momento. Lo más dramático de la disputa presidencial actual, es que la salud no esté en el escalafón prioritario de la gente para decidir por quién vota. Esto va a pesar muchísimo. Sí, como dijimos antes, no va a sobrar el dinero, pienso que vamos a tener que hacer tal vez una gran reforma a la gestión en la salud. Les doy un botón de muestra. La **Alta Dirección Pública**, es un sistema de nombramiento para directores de Hospitales Autogestionados, directores de servicios y otros cargos de gran relevancia. Hoy día es dramático el nivel de escasez de buenos cuadros en Alta Dirección Pública, porque desgraciadamente ha habido una caída respecto a las calificaciones. La Alta Dirección Pública surge después que un ministro del Ministerio de Obras Públicas dijo en el diario El Mercurio que además del sueldo le pasaban un sobre todos los meses. Eso provocó un escándalo.

El presidente Lagos planteó generar una nueva modalidad que permita tomar la experiencia. Se creó el **Sistema de Alta Dirección Pública** para que hubiera competencia con el mercado privado, pero también hubiera excelencia. Han pasado todos esos años y creo que esto amerita una nueva redacción.

La Cámara de Diputados tiene el proyecto que **fortalece la Superintendencia de Salud**, que ha avanzado lento. También hay un proyecto a punto de ser evacuado, que **elimina preexistencias y discriminación por edad y sexo en las ISAPRES**. Este último proyecto ha sido causa de muchas directivas del Colegio Médico por largos años, el terminar con ese pecado original de la selección perversa, como le denominan los expertos, y que va asociado a un cambio bastante profundo en la modalidad de cómo se entiende el mundo privado sin ese tipo de trabas.

Proyectos legislativos en el Senado

En el Senado, tenemos el proyecto denominado **Salud Mental Integral**. Lo pueden leer los que estimen, yo no podría estar en contra de ninguna letra o de los buenos propósitos del proyecto de ley. Pero cuando uno escucha que hay 25.000 personas en listas de espera, silenciosas listas de espera de salud mental en lo público, o hay un déficit de más del 50% de camas cerradas en salud mental, tenemos un problema de acceso. Yo provengo de Rancagua. ¿Ustedes creen que a 80 kilómetros de aquí de Santiago hay mucho acceso a un psiquiatra? A no ser que pague \$80.000 o \$100.000 pesos o más, es difícil el acceso. En esa región sólo hay 15 **camas de corta estadía** para los intentos de suicidio, adicciones graves, entre otras. Todo el resto camino a Santiago. La salud mental, que se definió como una prioridad política en el actual periodo, ha quedado corta. Esperaba más en este periodo de gobierno respecto a salud mental por la magnitud, la relevancia, el impacto, la postpandemia; los fenómenos adictivos desde la adicción al azúcar, a las pantallas, al alcohol y otras sustancias; los trastornos del ánimo, los trastornos del sueño, los trastornos de ansiedad generalizada; el fenómeno de la violencia escolar que hablan de los fenómenos depresivos y también conductuales en los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, hay un proyecto que está aprobado en general que le da FONASA la facultad de ser la primera puerta de entrada para las licencias médicas. Hoy día, es la COMPIN.

En tercer lugar, el nuevo proyecto de ley que cambia el Subsidio de Incapacidad Laboral, que aborda los días de carencia, los roles de algunas instituciones. Es un proyecto del gobierno, y que naturalmente, como todo proyecto que tiene polémica, tiene opiniones, tiene que ser analizado, más que retirado, tiene que ser analizado en la sede legislativa donde se discute en democracias los proyectos de ley.

Está el proyecto de **eutanasia**, que va a seguir su trámite en adelante. Esa es la agenda temática para que se orienten. A pesar del resultado de las elecciones presidenciales de fin de año, esto es lo que se va a seguir legislando y ojalá se pueda concluir toda esta legislatura de manera virtuosa.

Mensaje para los médicos

Me dirijo ahora a los médicos. Yo creo que hay que tener cuidado con las reglas del juego, las normas, las leyes. Médicos públicos y médicos en el área privada, no vayan a ser los médicos la variable de ajuste de los problemas de precio. No vaya a ser que la compra o venta de prestaciones vía plataformas electrónicas terminen reduciendo el ingreso médico porque es la variable de ajuste que permite hacer la transacción entre un FONASA poderoso y un prestador, clínica privada, centro médico, etc. Me dicen en el Congreso que los médicos se quejan de llenos y que son millonarios, sin considerar las realidades que están de por medio. Los cuestionamientos a la ética van a estar presentes siempre, porque esta profesión está imbuida de la percepción de carácter apostólica de la ciudadanía.

Los doctores están imbuidos en su bata blanca de un aura que los hace cifrar en ellos una expectativa que no se sitúa en otras profesiones de la sociedad de mercado en que vivimos. Así se los juzga a los médicos. Por lo tanto, la caída de un doctor es una caída más estrepitosa, más dramática. Sigue existiendo esta cultura equivocada de cómo se mira el accionar de los médicos en la sociedad. El médico, millonario y al mismo tiempo de vocación apostólica completa, tiene que ser inmaculado en su conducta ética. ¿Todo hicimos un juramento hipocrático? Sí, pero tenemos un problema justamente por la conducta de los médicos.

En tercer lugar, se ha dicho que los médicos somos autoprotectores, que tenemos una especie de blindaje entre nosotros para que nadie nos toque, para que esto sea más o menos parecido a la Corte Suprema o los carabineros donde nadie toca a nadie y hay mucha protección. Cuando era presidente del Colegio Médico y escuchaba en mi oficina que llegaban médicos a hablar con uno, escuchaba a los colegas hablar cosas atroces de otros. No sale para afuera. No se publica en un diario el descrédito que dicen unos con otros. Este es un gremio que es bueno para hablar de la conducta del que está al lado y el que me hizo esto y conductas a veces vengativas, llenas de ira. Somos seres humanos. Tan autoprotectores no somos los médicos, pero es la imagen que queda ante la sociedad.

Judicialización de la medicina en Chile y su panorama actual

La judicialización lleva a equívocos, como decir que hay que obligar a los médicos a tener seguros de responsabilidad o pólizas de seguro, al estilo norteamericano. En algún momento tuve una idea que era cambiar penalidades en ese Código respecto de las conductas por *mal praxis*, pero se retiró. Actualmente, concierne el tema de las licencias médicas, que lo hemos conversado con la directiva. Es un gran tema porque ha puesto en el tapete el accionar de los médicos. Dentro de las prerrogativas de los médicos, recetar y otorgar licencia médica son prácticamente exclusivas. También lo hacen matronas y dentistas, pero está en la columna vertebral de los médicos.

Junto con las reformas que vienen por delante, le he sugerido también al directorio de COLMED que busque actuar también dentro de sus propias facultades y que sancione a aquellos que corresponde sancionar. Lo hice el año 2003, hace 22 años atrás, con un Consejo General que era muy complicado, que tenía mucha defensa corporativa y logramos una sentencia de expulsión de una figura por largos años de COLMED que se le había sorprendido en la venta de este instrumento. Entonces, nadie pide un juicio exprés. Hay órganos que permiten dar pasos concretos. ¿Saben por qué? Porque, así como entró el crimen organizado a Chile, también entraron bandas de crimen organizado de médicos a Chile. No lo digo yo, lo dicen las policías, el Ministerio Público. Algunos médicos fueron deportados, otros están condenados.

Esto habla del fenómeno inimaginable de doctores que venían a Chile, algunos por los tratados de revalidación automática, Colombia, por ejemplo, se inscribían en la Superintendencia de Salud, daban una dirección cualquiera y les daban un “Registro Médico General”. Volvían a su país y desde ahí empezaban a emitir en sitios web chilenos, con dominio chileno. Y comenzaron con una estafa sideral. Desgraciadamente todos los sitios web que ustedes pueden entrar en este momento a buscar licencias médicas tarifadas, están ahí. Esto tiene que tomarlo la autoridad con fuerza. La Superintendencia de Salud controla a los emisores, los médicos y controla las instituciones. La COMPIN no cumplió su rol. Tuvo que llegar la Contraloría, representada en la figura de la contralora Dorothy Pérez para abordar este complejo escenario. Percibo que nosotros tenemos una tremenda tarea en la cual quiero seguir colaborando con COLMED y FALMED.

FALMED, que es una institución muy prestigiosa se creó en el año 94. Yo era un detractor de FALMED en esa época, 30 años atrás. Después fui presidente de FALMED. Hicimos grandes decisiones, políticas públicas. Entendiendo que FALMED, como lo dice muy bien el abogado jefe nacional, defiende a todos los médicos, sean culpables o inocentes. Los abogados defienden también a personas que pueden ser culpables o inocentes. En ese sentido, no es un sistema que defienda a los inocentes solamente. Defiende a todos los que están en un litigio por responsabilidad médica de su propio acto. Además, ha frenado en Chile la tendencia mundial de los seguros comerciales de responsabilidad civil que hacen crecer el precio de las prestaciones, porque esto al final se traspa a los usuarios. En buena hora y felicitaciones de la trayectoria que ha tenido FALMED estos 30 años de historia.

Reflexiones finales

Decirles, finalmente que el trabajo de los médicos debiera ser una gran reforma de salud, postergada. No es aceptable que a los médicos se les pague por prestación, como en la **Modalidad de Libre Elección**. Eso es imposible de contener, es un gasto descontrolado de plata. Pero tampoco admitamos que es sostenible el sistema de pago de los médicos

por jornada en los hospitales. Porque una cosa es la jornada y otra cosa es qué se hace en la jornada. Lo moderno, que se usa en el mundo privado y en muchas áreas, es el pago por resultado. Estimemos un tarifado que permita resolver problemas hasta donde se puedan resolver o derivar pertinentemente lo que corresponde a derivar y vamos concordando una modalidad. ¿Por qué? Porque el médico que va deambulando en esta fragmentada relación horaria de 11, 22 o 44 horas. Vamos para allá, vamos corriendo para acá. Eso ya no resiste, estimados colegas médicos. Esto tiene que pasar a otro esquema, donde además incentivemos a muchos médicos que quieren trabajar jornada completa enteramente en el hospital con una mejor remuneración.

Hay que darle la preeminencia al trabajo en el sector público que es para ese 80% de la población y que tiene las mayores carencias de acceso. Quiero decirles que el mundo médico tiene que seguir buscando caminos y derroteros para el prestigio. Si hay un capital que a todos los médicos nos invade siempre es el prestigio. Puede estar endeudado o puede estar peleado pero lo peor para un médico es su caída en el prestigio, porque lo deja sin instrumentos de validación ciudadana. Esta es una profesión que por definición camina sobre el prestigio y un acto de confianza, que el paciente le crea. Cuando un paciente no cree, no respeta, no ve al profesional que está al frente, aunque esté en el consultorio más rural, que esté lo más lejos. Pero toda la carcasa no tiene parangón con la creencia de si estoy frente a un buen médico o no, si cuenta con mi confianza para abrir lo que yo siento, lo que yo tengo o no.

Entonces, en este mundo un poquito mercantilizado, tenemos más de 70.000 médicos en Chile y eso estamos hablando de volúmenes inimaginables. Con mayor razón esta institución que tiene de los mayores porcentajes de afiliación de un colegio profesional en Chile, la tiene. Eso hay que cuidarlo porque me parece que los colegios profesionales no son sindicatos, porque estos últimos defienden a todos los que están afiliados hagan lo que hagan. Los colegios profesionales defienden la profesión. Y la profesión tiene códigos, como el Código de Ética, el Juramento Hipocrático. Esa es la diferencia. Entonces, mantener el estatus de ser un colegio profesional significa mantener en alto esos valores. Y mantener en alto esos valores es no sólo la declaración, sino que es la acción. Es de la retórica a la acción, de los principios a la realidad. Para que esta profesión, que es muy hermosa, se dignifique todos los días.

Que este Colegio sea capaz de tener un rol en lo que pasa en el país, decir sobre lo que pasa en la salud en el país. Tiene que decirlo también. No quiere decir que los médicos sean de un partido político o de otro. Deben tener una mirada integradora de lo que se opina sobre salud en Chile desde la perspectiva de los médicos. No existe sistema de salud en el mundo sin médicos. A los del mundo económico y a muchos del mundo político le cargan los médicos porque nos ven encerrados, corporativistas, autoprotectidos. Mala suerte. Pero la institución que nos representa tiene que estar por

sobre la contingencia, iluminando la contingencia y a la vez con un cabo en la tierra para hacerle sentido sobre lo que le pasa.

Desde el médico de Atención Primaria de Salud hasta el médico de una clínica, hasta aquel que hoy día se dedica a la salud pública, a todos deben tenerle un mensaje. De eso se trata. Esa es la universalidad de tener una institución que nos representa a todos y que permite tener más influencia. Demostremos también que es posible aplicar normas entre los pares. Cuando eso se valida internamente, se valida asimismo hacia otras instituciones. Lo más importante en una sociedad como la que tenemos es que la entidad que nos represente tenga peso, tenga influencia en la toma de decisiones. No que piensen igual pero que tengan influencia en la toma de decisiones y puedan ir orientando los rumbos. Lo peor es retraerse, volverse para adentro, no conversar con nadie. El Colegio Médico tiene que estar siempre por arriba y así lo ha estado sosteniendo con mucha dignidad, la directiva del Colegio Médico actual encabezada por Anamaría y también muchas otras.

Soy médico antes que político, lo dije desde que partí hablando. Puedo coincidir o no con ciertos planteamientos. Pero lo hago desde la óptica de la racionalidad. De que es necesario levantar cada vez más la profesión médica en un país como Chile, con todos los tormentos que tiene nuestro país en tantas cosas.

El deber de previsión en la conducta médica



Juan Ignacio Piña Rochefort
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Chile

Reseña sobre el expositor

El profesor Juan Ignacio Piña es abogado, doctor en Derecho, profesor de Derecho Penal y director del Magíster en Derecho (LLM) de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asimismo, es socio del estudio BCP Abogados, ex subsecretario de Justicia y ex presidente del Consejo de Defensa del Estado.

Exposición

Quiero partir agradeciendo esta invitación, que constituye un verdadero privilegio, especialmente para quienes nos dedicamos al derecho. A veces se pierde de vista que los colegios profesionales, en cuanto cuerpos intermedios, son probablemente las instituciones más relevantes no solo *ad intra*, sino también *ad extra* —es decir, no únicamente respecto de sus intereses y preocupaciones gremiales, sino precisamente porque cumplen una función muy relevante para toda la sociedad—. Cuando tenemos la oportunidad de compartir reflexiones en un diálogo multidisciplinario, interdisciplinario o transdisciplinario, se trata de una oportunidad que, al menos yo, agradezco enormemente.

Dicho lo anterior, reconozco que el título de esta presentación —“El deber de previsión en la conducta médica”— suena árido, con ribetes técnicos y dimensiones técnico-jurídicas que pueden resultar intimidantes para cualquier profesional que no se dedique a las leyes, e incluso para quienes nos dedicamos a ellas. Sin embargo, si consideramos el marco en el que nos encontramos —un seminario que aborda los nuevos escenarios que enfrenta la responsabilidad médica—, tengo la impresión de que la interacción entre estos dos asuntos, previsión y responsabilidad, puede resultar valiosa.

Por ello, aunque inevitablemente tendré que abordar cuestiones particularmente técnicas, quiero detenerme primero en el escenario actual, en lo que podemos vislumbrar para los próximos años, y a partir de eso revisar qué impacto puede tener en el deber de previsión. Desde ya comprenderán que, si me invitaron a hablar de esto, es porque estamos todos conscientes de que se trata de un nudo gordiano en lo referente a la responsabilidad médica: hasta dónde alcanza ese deber de previsión y qué infracción se comete cuando no se cumple.

Como profesor universitario que imparte clases en tercer y cuarto año, tengo frecuente contacto con estudiantes de entre 20 y 22 años aproximadamente. Esta interacción

genera un valioso *feedback* generacional que no solo nos permite comprender cómo serán los futuros colegas, sino también —y esto es particularmente relevante para ustedes— cómo serán sus próximos pacientes.

Los futuros pacientes presentarán características problemáticas de las que debemos tomar conciencia. En primer lugar, manifiestan una marcada intolerancia a la frustración. Este fenómeno, que está ampliamente descrito en la literatura especializada, se caracteriza por la incapacidad de postergar intereses de mediano plazo en favor de la satisfacción inmediata. Experimentan una defraudación brutal cuando no se alcanzan los objetivos deseados de manera inmediata. Esta intolerancia a la frustración tiene repercusiones evidentes en los niveles de salud mental universitaria, aunque debo ser cuidadoso al abordar este tema: la salud mental también se ha transformado en un concepto amplio que abarca muy diversas realidades.

La segunda característica distintiva es una falsa sensación de control sobre los cursos causales. En general, estas generaciones creen que los seres humanos podemos controlar las secuencias de acontecimientos y prevenir los sucesos lesivos si aplicamos suficiente atención y esfuerzo. Esta perspectiva constituye otra manifestación de intolerancia al fracaso y al infortunio. Parten del supuesto de que, cuando las cosas salen mal, siempre es porque alguien no cumplió con un deber, pues consideran que los seres humanos contamos con esa capacidad de control prácticamente infalible sobre los cursos causales.

Adicionalmente, están acostumbrados a una vertiginosa producción de conocimiento y al procesamiento de información a través de nuevas tecnologías como nunca antes se había experimentado. Esta realidad solo acrecienta la sensación de control mencionada. Hoy tienen médicos a su disposición en casa y abogados disponibles desde su hogar. La irrupción del *ChatGPT* está produciendo un cambio no solamente en las relaciones humanas, sino también en esa sensación de control. Como médicos, probablemente ustedes se toman esto con seriedad y no recurren a estas herramientas para diagnósticos, pero debo confesar que yo personalmente he subido exámenes médicos al *ChatGPT* para que me indique aproximadamente cómo están mis resultados y qué tan urgente es solicitar una consulta médica. Esta también es una característica de sus futuros pacientes.

Otro factor relevante es la sobrejudicialización de los conflictos sociales, fenómeno que resulta evidente en la actualidad. No se trata de un problema exclusivo de la actividad médica: hoy hemos judicializado la política, las relaciones contractuales, e imputamos delitos en cualquier operación donde alguien obtiene ganancias considerables. Esta sobrejudicialización también forma parte del contexto en el que nos movemos.

Finalmente, la irrupción de la inteligencia artificial está transformando todo. En este ámbito específico —la discusión respecto de la previsibilidad de un evento y las medidas necesarias para impedirlo—, la inteligencia artificial ya está cumpliendo una función muy delicada de la que hablaré posteriormente.

Este es el contexto problemático en el que nos encontramos. Cuando se conjugan la intolerancia a la frustración con una sensación de control sobre los cursos causales, se produce una configuración cognitiva inmediata: el sistema cognitivo primario interpreta que todo es evitable. Esta primera aproximación a los eventos es lo que ocurre actualmente ante cualquier evento lesivo en el marco de una prestación de salud. El sesgo cognitivo se manifiesta en la atribución inmediata de culpabilidad a alguien. Hemos llegado al punto de que debemos realizar un ejercicio adicional —y esto es curioso— para abrirnos a la posibilidad de que un suceso haya sido fortuito. Nuestra primera aproximación es que “esto es culpa de alguien”. Ese alguien puede ser el médico, puede ser el paciente que omitió el tratamiento prescrito, pero siempre alguien.

Esta estructura mental constituye uno de los principales problemas que enfrentamos y seguiremos enfrentando cuando hablemos de deberes de previsión y nos preguntemos qué debía preverse, porque se comienza a presumir que debemos preverlo todo. Cuando nuestra aproximación cognitiva a la realidad era más razonable, podíamos estructurar nuestro análisis de la siguiente manera: el mundo de lo posible es aquel en el que excluimos lo imposible y lo necesario. Es decir, cuando eliminamos las cosas que van a ocurrir inevitablemente y las que no ocurrirán bajo ninguna circunstancia, ingresamos al ámbito de lo posible. Dentro de las cosas posibles, hay algunas que valoramos negativamente. Algunas respecto de las cuales decimos: “es posible que esto suceda, pero esperamos que no ocurra”.

Esta valoración negativa es lo que generalmente hemos denominado un riesgo. Posteriormente, como si fuera un mapa de calor, incorporamos el factor de la probabilidad para determinar qué tan “rojo” está ese evento dentro del universo de lo posible. Esta era básicamente la manera en que estructurábamos nuestro razonamiento para enfrentar las interacciones cotidianas: valorábamos ciertas posibilidades, las entendíamos como riesgosas, esperábamos que no ocurrieran, evaluábamos qué tan probables eran y tomábamos las medidas que estaban a nuestro alcance.

La responsabilidad, por tanto, ha sido tradicionalmente un ejercicio que plantea preguntas evidentes: ¿Es este hecho posible? Si es posible, está dentro de esta esfera. ¿Es previsible? Si el hecho era imprevisible, lo declaramos inevitable; si no podíamos prever que podía ocurrir, lo declaramos inevitable y no hay imputación. Si el hecho es previsible, debemos preguntarnos nuevamente si es evitable o no, porque existen hechos previsibles que no son evitables. Un ejemplo paradigmático es el famoso caso inglés de la separación de siamesas realizada contra la voluntad de los padres mediante autorización judicial: el hecho de la muerte prácticamente segura de una de ellas estaba sobre la mesa desde el inicio. Ese hecho es posible, previsible e inevitable. No hay imputación de responsabilidad.

Nos movemos habitualmente en el ámbito de los hechos que son posibles, previsibles y evitables. Y aquí es donde nuestro razonamiento comienza a ponerse cuesta arriba. Solo cuando se sigue esta línea de imputación y podemos hablar de hechos previsibles y evitables, podemos hacer responsable al sujeto que no los previó o que, habiéndolos previsto, no los evitó. Esta hipótesis, bastante clásica en términos jurídicos, la transformamos en conceptos técnicos: la primera situación la denominamos “falta de atención” y la segunda “falta de cuidado”. Por cualquiera de las dos, alguien puede enfrentar consecuencias penales.

Respecto a la previsibilidad, la jurisprudencia ha establecido que constituye una condición objetiva de la culpa. ¿Qué significa esto? Que no es posible que exista culpa si el hecho no es previsible. Esta afirmación podría llevarnos a pensar que tenemos un refugio seguro. Sin embargo, esto no ha sido históricamente siempre así. Si revisamos la historia del derecho, desde el derecho romano existían conceptos como el *versari in illicita*, que establecía que si el sujeto se movía en el ámbito de lo prohibido, todos los sucesos que se derivaran de esa conducta prohibida le eran imputables, aunque fueran imprevisibles.

Por tanto, si yo lesionaba a alguien y como consecuencia un tercero que lo quería profundamente moría de pena, yo también era responsable de la muerte de ese tercero. Al haber cometido algo ilícito, todas las consecuencias, fueran previsibles o imprevisibles, se me imputaban. Hemos avanzado en la historia del derecho y nos hemos dado cuenta de que esas formas de imputación son extremadamente rústicas; por consiguiente, actualmente no todas las consecuencias se nos imputan, sino solo aquellas que puedan preverse. Sin embargo, precisamente esa previsibilidad es la que se transforma en un nudo crítico.

Después de este aparente progreso, comienzan los problemas reales. En primer lugar, no se trata solo de que un hecho sea posible o imposible, previsible o imprevisible, sino que también debe considerarse el factor de la probabilidad. Aquí nos encontramos con múltiples conceptos que forman parte del campo semántico de los riesgos: previsibilidad, evitabilidad, posibilidad, probabilidad. Cada vez que hablamos de riesgos, abordamos algunos de estos conceptos, razón por la cual debemos distinguirlos claramente.

La jurisprudencia nos ha confirmado que la previsibilidad es fundamental, es una condición objetiva. Esto es positivo. Pero surge la cuestión de qué tan probables son los hechos, porque si son muy probables, es razonable que se nos atribuyan las consecuencias de esos hechos altamente probables. Por ejemplo, si es muy probable que, en el marco de un puerperio con cesárea, además con pérdida por hemorragia, se produzca un tromboembolismo, podríamos decir que existe esa previsibilidad y que el grado de probabilidad parece atendible. En caso de que no se tomen las medidas adecuadas, sería razonable que hubiera responsabilidad.

Pareciera que la probabilidad, a medida que aumenta, haría más razonable la atribución de responsabilidad. Lamentablemente, esto no es así. Un fallo de la Corte Suprema establece que “para efectos de previsibilidad, no se trata de la forma en que acaecerá el hecho, sino de la posibilidad de su acaecimiento”. Esta distinción es problemática porque se refiere a la posibilidad. La posibilidad es binaria: los hechos son posibles o imposibles. La probabilidad, en cambio, es la cuantificación de esa posibilidad. Cuando nos dicen que debemos evaluar si algo era posible o imposible, debemos reconocer que hechos particularmente improbables también son posibles.

Esta doctrina jurisprudencial se encuentra reflejada en una sentencia condenatoria en el marco de una prestación médica. El caso involucró a una paciente psiquiátrica con intento suicida a quien no se le retiró una vía venosa. Cuando despertó de los efectos de los fármacos, utilizó esa vía que no había sido retirada para inyectarse aire.

La defensa de los profesionales argumentó que la experiencia profesional nunca había mostrado que alguien realizara una conducta como esa en circunstancias similares, y que por tanto el hecho se transformaba en absolutamente imprevisible. La Corte respondió categóricamente: “No importa”, porque una cosa es que no se haya previsto el cómo, pero lo que sí se tuvo que prever era que los pacientes suicidas, en general, lo intentan nuevamente utilizando los medios que tienen a su disposición.

Sin entrar en las particularidades de esta sentencia, que presenta aspectos interesantes, pero también muy problemáticos, el fallo establece un principio preocupante: en esa hipótesis, se transforma al profesional en responsable de todo riesgo. Llevado al extremo, también podríamos encontrarnos con un paciente que voluntariamente tiene la capacidad de dejar de respirar por sí mismo, produciéndose la muerte. En esa hipótesis, también sabemos que intentará autolesionarse, pero no sabemos cómo. Esto genera problemas conceptuales significativos. El primer problema que plantea esta doctrina es que la forma concreta en que se materialice el riesgo no es relevante para excluir la responsabilidad.

Una segunda sentencia, en un caso de infarto, establece que “las circunstancias que lo originaron presentaban una aptitud suficiente como para colegir razonablemente que podía ocurrir”. Esta aproximación parece razonable: pondera los hechos considerando los síntomas del paciente, su historial clínico, los exámenes realizados oportunamente. Con toda esa información, podría colegirse que el sujeto podría sufrir un infarto.

Sin embargo, la misma sentencia añade: “incluso ante la probabilidad mínima de ocurrencia”. Lo que establece es que la ponderación de las probabilidades no es relevante. Si el hecho, de acuerdo con la experiencia, es previsible conforme a los criterios establecidos, no es aceptable argumentar que la probabilidad es prácticamente inexistente.

Primera conclusión crítica: ¿Qué rol juega la probabilidad para efectos de la previsibilidad? Aparentemente, ninguno. A la hora de tomar decisiones —y esto es lo importante—, debemos asumir que la probabilidad no será relevante. Por tanto, identificar la posibilidad de que algo ocurra, aunque sea una probabilidad muy baja, puede generarnos problemas de responsabilidad.

Uno podría concluir, razonablemente, que nos hemos quedado sin refugios seguros, porque así funcionaban tradicionalmente nuestros procesos de razonamiento: los hechos son posibles, son previsibles, son evitables, les asignamos cierta probabilidad y tomamos las medidas correspondientes. Así nos conducimos en la vida cotidiana, pero aquí nos dicen que esa forma de conducirnos ya no es suficiente. La probabilidad no juega papel alguno si se identifica la posibilidad, por mínima que sea.

Esto tiene razones evidentes: los médicos tienen posición de garantes por diversas razones. No se trata de una interacción entre meros ciudadanos; los médicos son garantes de sus pacientes, lo que les impone ciertos deberes que, por supuesto, también tienen límites.

La Corte ha intentado proporcionar algunos criterios orientadores. Respecto a la responsabilidad, básicamente la previsibilidad plantea dos interrogantes. Primero: si el sujeto no previó pudiendo hacerlo —esto que denominé “falta de atención”—, no anticipó que eso pudiera ocurrir cuando tenía la capacidad de hacerlo. Debe notarse que el “pudiendo” presenta cierta complejidad, porque no se trata meramente de un problema de capacidad. Por supuesto, si el sujeto no puede preverlo, no hay problema de responsabilidad. Pero el solo hecho de poder preverlo no significa que haya debido preverlo. Aquí debemos distinguir entre poder y deber: son conceptos diferentes. ¿Por qué esta distinción es relevante? Porque el deber tiene límites, y la pregunta central es cómo determinamos esos límites.

Permítanme un ejemplo ilustrativo. Me parece excelente que ustedes tengan el juramento hipocrático, pero no se equivoquen respecto de su alcance. Mientras ustedes crean que deben salvarnos a toda costa, perfecto, pero eso no es jurídicamente cierto. No están obligados a hacer todo lo que pueden hacer por salvar al paciente. Si estuvieran obligados a realizar todo lo posible por salvar al paciente, estarían obligados a transfundirle su propia sangre o donarle un riñón, y claramente no es así. Por tanto, la pregunta fundamental no es qué se puede hacer para salvar al paciente, sino qué se debe hacer. Insisto: mantengan la convicción de que es un problema de poder, pero comprendan que tiene ciertos límites. Cuando hablamos del deber de previsión, tampoco es un deber absoluto, sino un deber sujeto a ciertas circunstancias en un momento determinado.

La segunda posibilidad que identifica la Corte es aquella en que el profesional, previendo el hecho, confió en que no iba a ocurrir. Esta constituye la “falta de cuidado”: el sujeto se percató del riesgo, pero confió en que podría conjurararlo con las maniobras que desarrollaba.

Tenemos entonces algunos criterios orientadores. Primero, la previsibilidad es relevante. Segundo, es necesario que el sujeto haya podido prever en el caso concreto. Tercero, y esto también es establecido jurisprudencialmente, la capacidad de prever no depende de las capacidades individuales de cada persona, sino de “los conocimientos exigidos en el estado actual de la civilización o para determinados oficios y profesiones”. Esta doctrina establece que debemos manejar un estándar. No podemos atenernos a las capacidades individuales de cada sujeto, porque nos encontraríamos con profesionales particularmente hábiles en la previsión y otros particularmente deficientes. Lo que debemos hacer es determinar qué se espera, por ejemplo, del cirujano obstétrico medio.

Este concepto del “profesional medio” es abstracto —no existen realmente los “hombres medios”, existen las personas concretas—, pero se establecen ciertos estándares denominados roles. Los sujetos desempeñan determinados roles, y estos roles, desde una perspectiva sociológica clásica como la de Ralph Linton, constituyen “el haz de expectativas que se dirigen a quien está en una determinada posición”. En este caso, no debemos estar a las capacidades individuales, sino a las capacidades estandarizadas que se esperan de un sujeto que se desempeña en esa posición específica. Cuando hablamos de esa posición, es relevante mencionar que no nos referimos a la posición genérica, sino a un estándar que en estos casos habitualmente coincide con el de un especialista.

Aunque no tengamos una Ley de Especialidades Médicas, para efectos jurisprudenciales la Corte funciona como si existiera. A la hora de determinar la infracción de deberes, cuando alguien argumenta que no se le puede exigir lo mismo que a un especialista porque legalmente los especialistas no tienen reconocimiento formal, la Corte responde que no acepta esa limitación, lo cual es razonable.

Aquí surge una complejidad: la jurisprudencia ha establecido que sí hay que atender a ciertas capacidades específicas del personal médico, lo que genera baremos diferenciados. Por tanto, a aquel médico que tiene mayor conocimiento o experiencia se le exige un mayor deber de previsión. Aunque esto suena intuitivamente razonable, es problemático, especialmente cuando hablamos de responsabilidad penal. Los conflictos penales tienen lugar entre ciudadanos no de acuerdo con sus situaciones personales, sino conforme a los deberes asignados a sus roles.

Si no aceptamos que un médico argumente: “Soy muy malo para esto y por eso suturé mal”, es porque no estamos dispuestos a bajar el estándar de exigencia para adecuarlo a capacidades individuales. Le exigimos que haya cumplido con sus deberes suturando como cualquier profesional competente lo haría en un caso similar. No estamos dispuestos a bajar el estándar. Sin embargo, la jurisprudencia sí muestra disposición a elevarlo. Si un profesional tiene conocimientos y capacidades especiales, será juzgado por el incumplimiento de esos deberes superiores, aunque se haya comportado como el médico medio.

Esto es problemático porque, desde mi perspectiva, deberíamos distinguir entre imputaciones civiles y penales. En materia civil, no tengo inconveniente en que a un médico que utiliza su experiencia y conocimientos para realizar determinadas intervenciones, y que los pone a disposición de su paciente diciéndole “atiéndase conmigo porque tengo estos conocimientos y habilidades”, se le exija responsabilidad civil por incumplir esos deberes específicos (sería un incumplimiento contractual). Pero desde la perspectiva penal, tener un estándar móvil para decidir si alguien debe enfrentar el poder punitivo del Estado contradice el compromiso que hemos asumido con los ciudadanos de exigir criterios comunes, conforme a roles, pero que no cambien según las capacidades individuales.

La última consideración que ha establecido la Corte es que la previsibilidad no constituye un hecho psicológico. Esto significa que no debemos preguntarnos qué había en la mente del sujeto cuando tomó la decisión, sino qué debía estar en su mente. No se trata de indagar lo que efectivamente había previsto, sino básicamente lo que debía haber previsto.

Entonces cabe preguntarse: ¿cuáles son aquellas cosas que este sujeto debió prever, debió esperar que ocurrieran conforme a esos conocimientos, esa experiencia y esos recursos disponibles? Este último elemento constituye un correctivo importante: es muy distinto realizar prestaciones médicas en lugares donde están disponibles todos los recursos técnicos y tecnológicos para exámenes altamente sofisticados, versus la gran mayoría del país donde esos recursos no están disponibles. A la hora de determinar la infracción de deberes, no se pueden desconocer esas circunstancias específicas, lo que también ha sido claramente establecido por la jurisprudencia.

Aquí es donde la búsqueda de criterios seguros comienza a entenderse: el juicio de previsibilidad funciona como un algoritmo. Es decir, constituye la ponderación de determinados factores con valores relativos que nos indican el grado de probabilidad de un hecho. Aunque esto suena sofisticado, ocurre permanentemente en nuestro razonamiento cotidiano. Cuando en un día lluvioso como el de hoy salimos a tomar el transporte público, todo este proceso ocurre en nuestra mente: qué posibilidad hay de que efectivamente pueda evitar ese charco antes de que llegue el vehículo. Estamos ponderando todas esas posibilidades constantemente.

Aunque la noción de algoritmos está, después de la inteligencia artificial, algo manoseada, la idea fundamental es esta. Es relevante porque ya hemos aprendido que en este proceso de razonamiento somos víctimas de múltiples sesgos cognitivos.

Los grandes aportes de las ciencias del comportamiento de fines del siglo pasado y comienzos del presente nos han demostrado que no somos tan racionales como creemos y que muchas veces nuestros razonamientos están infectados por diversos sesgos. En la actividad médica, muchos de estos sesgos se manifiestan claramente. El

sesgo de arrastre (Bandwagon Bias) es uno de los más comunes en equipos médicos. A veces una idea se instala porque la expresó una figura de autoridad en algún momento: “esta es una patología psiquiátrica”, y en ese momento se reducen las defensas críticas del resto del equipo respecto de cómo cuestionar esa afirmación. Se produce ese efecto de arrastre, similar a caminar rápido en la calle: cuando uno acelera el paso, quienes están alrededor tienden a caminar más rápido también.

El sesgo de confirmación y el sesgo retrospectivo son particularmente feroces en materia de previsión. El sesgo retrospectivo nos dice que una vez que tenemos el resultado, creemos que era más fácil predecirlo de lo que realmente fue *ex ante*. Con el resultado ya conocido, el desenlace demostró que esto podía ocurrir. Aunque no lo vimos en ese momento, tendemos a pensar: “yo te dije” —cosa que nunca dijimos— o “cualquiera lo hubiera visto”. Este sesgo retrospectivo para efectos de previsión es devastador.

Aquí deberíamos tener una discusión extensa respecto de cómo todos estos sesgos impactan en la toma de decisiones, afectan la previsión y muchas veces infectan el trabajo en equipo. El trabajo colaborativo, que es virtuoso, puede volverse pernicioso cuando se instalan algunos de estos sesgos. No afirmo que sea una regla general, pero debemos estar particularmente atentos a estos fenómenos porque constituyen obstáculos reales para cumplir con nuestro deber de previsión. Es fundamental estudiar estos sesgos uno por uno. La única manera de liberarse de un sesgo, entendido como un error sistemático —a diferencia del error episódico—, es reconocerlo. Uno comete errores episódicamente, pero a veces los comete sistemáticamente, y de eso hay que hacerse cargo.

La Irrupción de la inteligencia artificial

En este escenario de incertidumbre, es justo reconocer que la jurisprudencia tampoco suele dar grandes sorpresas. Si bien, como en todos los juicios, siempre existen posibilidades de éxito o fracaso, las sorpresas significativas no son muy frecuentes. Y esto es probablemente porque muchas de estas cuestiones se resuelven más con intuición que con reglas estrictas. Nosotros, con una tradición más borbónica e hispánica, preferimos la regla, la norma expresa, confrontar la conducta con la norma. Los anglosajones se complican menos con esto y simplemente preguntan: ¿qué era razonable que esperara este individuo? Si era razonable que se planteara que esto podía ocurrir, pero era algo exótico, lo absuelven.

A nosotros no nos acomoda ese razonamiento, aunque sea muy práctico, y cuando se trata de enjuiciar la actividad médica, es verdaderamente práctico. Sin embargo, la irrupción de la inteligencia artificial para estos efectos no es trivial. Permítanme compartir dos anécdotas ilustrativas.

Hace tres años, en una causa por negligencia médica donde yo actuaba como querellante —una causa muy dura y dolorosa—, habíamos estudiado el caso intensamente, trabajado con peritos y preparado los contrainterrogatorios. La noche anterior al inicio del juicio, una de las abogadas jóvenes de la oficina me preguntó si podríamos usar *ChatGPT* (esto era hace tres años, versión 1.0) para ayudarnos con el contrainterrogatorio.

Le proporcionamos información sobre previsibilidad de trombos, incluimos todos los antecedentes y le pedimos que nos indicara cuáles eran las preguntas que debíamos hacerle a los peritos de la contraparte. Una, dos, tres, cuatro, cinco, seis preguntas, y en algún momento sentí que le debía devolver al menos una parte de los honorarios al cliente, porque la máquina estaba generando las mismas preguntas que yo había preparado, y otras considerablemente mejores.

Insisto: esto ocurrió hace tres años con *ChatGPT 1.0*. En este momento hay ciertos estándares que se están estableciendo a partir de algoritmos de máquinas, lo cual es problemático porque las máquinas también reproducen sesgos. No solo alucinan —nos quedamos habitualmente con el riesgo de alucinación—, sino que además se programan conforme a nuestros sesgos. Las máquinas responden como nosotros mismos, y por tanto uno sigue siendo el principal problema, como siempre.

Hace tres días, precisamente pensando en esta presentación, realicé un ejercicio. Le pedí a la inteligencia artificial que me explicara cuál era la probabilidad de que se generara un tromboembolismo en una púérpera. La máquina respondió profesionalmente, explicando que depende de diversos factores: si es parto natural o cesárea, entre otras consideraciones. Después de algunas preguntas adicionales, le solicité: “¿Podrías crear un algoritmo para que yo pueda calcular el riesgo conforme a la ficha clínica que tengo?”

Me devolvió un árbol de decisión al cual puedes subir la ficha clínica y te asigna la probabilidad. Te proporciona, conforme a la situación concreta —porque puedes incluir el resto de los datos: dónde tuvo lugar el procedimiento, cuáles eran los recursos disponibles—, el *quantum* de previsibilidad. Pueden creer que eso está mal, pueden creer que esos resultados no son correctos, pueden creer que esto es el fin del mundo. Lo que no pueden creer es que un juez sometido a esta decisión no va a realizar ese ejercicio antes de resolver. Los demás argumentos son secundarios. Lo hará el juez al momento de resolver, y por tanto sería conveniente que ustedes comenzaran a hacerlo también.

Conclusiones: el futuro de la previsibilidad

El baremo de previsibilidad se va a automatizar. No estoy afirmando necesariamente que sea positivo, pero me pidieron hablar de escenarios y desafíos futuros. Este es uno absolutamente crucial. Hoy, aproximadamente el 40% de las consultas relacionadas con la vida personal que se hacen al *ChatGPT* se refieren a salud: síntomas, medidas, qué tan urgente es acudir al médico, si se puede observar por unos días más, cuánto

tiempo esperar. Las capacidades de diagnóstico que están desarrollando las máquinas efectivamente nos están planteando desafíos significativos a los seres humanos.

Para efectos de la previsibilidad y el deber de previsión, en este escenario que, como he señalado, no es particularmente favorable, uno de los principales factores que producirá cambios es que ese cálculo algorítmico lo realizará una máquina. Nos guste o no, nos resistiremos un tiempo y tal vez en algún momento tengamos éxito, pero la realidad es que ya está ocurriendo. La Directiva de la Unión Europea decidió el año pasado que los ciudadanos europeos tienen derecho a la intervención humana. Esto significa que nadie puede ser sujeto a una decisión administrativa que lo afecte sin intervención, al menos, de un ser humano. No es malo, es algo. Noten el detalle: es un derecho de los ciudadanos europeos. Si a usted en una frontera lo rechaza un sistema automatizado porque realizó el cálculo correspondiente, usted no tiene ese derecho.

Esto es lo que está ocurriendo actualmente, y por tanto impactará de manera inimaginable en este ámbito. Regresen a la consulta o a su casa y experimenten con estas herramientas, porque además son muy útiles. No me interpreten como una sugerencia para utilizarlas como escape cuando tengan un problema, sino que tarde o temprano esto será un estándar. Es mejor haberse integrado al proceso antes de que la tormenta esté aquí y las oportunidades se alejen.

Muchas gracias.

Perspectivas y desafíos para el trabajo médico: La Ficha Clínica Electrónica



Dr. José Fernández
CEO de Rayén Salud

Reseña del Expositor

El Dr. José Fernández es médico cirujano de la Universidad de Santiago, con especialización en neumología pediátrica y salud pública. Actualmente se desempeña como CEO de Rayén Salud y es fundador de ProSalud Chile AG, donde ejerce como vicepresidente. Su trayectoria profesional incluye el liderazgo en la transformación digital de más de 1.200 establecimientos de salud en Chile y Latinoamérica. Ha ocupado cargos directivos en atención primaria y servicios de salud, además de haber sido asesor del Gabinete Ministerial, donde creó la primera unidad de informática médica del Ministerio de Salud (MINSAL).

Entre sus contribuciones destacadas se encuentra la dirección del Registro Nacional de Inmunizaciones desde su creación hasta la pandemia de COVID-19, y el desarrollo de la suite de inteligencia artificial Emilia, reconocida por ACTI en 2024. Ha ejercido como consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, consolidándose como referente en salud digital y transformación tecnológica del sector salud.

Presentación y contexto

Me corresponde abordar el tema de salud digital desde la perspectiva médica, un campo donde he tenido el privilegio de desarrollarme profesionalmente, liderando procesos de transformación digital en más de 1.200 establecimientos a nivel nacional y latinoamericano. Es un honor ser invitado a presentar desafíos para el gremio, en especial, en torno a la ficha clínica electrónica, tema donde hoy se tensionan la tradición, la técnica y los valores que dan sentido a nuestra práctica.

Raíces históricas: del papiro al presente digital

Muchas veces debatimos acaloradamente acerca del uso de la ficha clínica. Luchamos con sistemas, pantallas y teclados, mientras algunos colegas añoran el papel, con razón y nostalgia. Pero la historia enseña que la ficha clínica es una de las tecnologías médicas más antiguas. Hace 3.600 años, los papiros egipcios de Edwin Smith y Ebers ya describían operaciones y heridas, desterrando el mito de que los cirujanos han sido, por naturaleza, reacios a documentar. De hecho, fueron los primeros en establecer registros detallados como pilar para aprender y transmitir el conocimiento clínico.

El corpus hipocrático, que juramentamos de una u otra manera hasta hoy, suma a la sistematización una ética profesional. No era sólo qué hacer clínicamente, sino también

cómo y por qué: el registro es esencia de la identidad profesional. Luego con Galeno y la expansión romana, surge una medicina plural que reconoce la diversidad del imperio, nutriendo aún más los protocolos y la apertura para integrar nuevas observaciones y criterios.

La ficha clínica ha sido, y sigue siendo, la base de la medicina. No sólo es memoria administrativa: todos los tratados mayores partieron de registros, evolucionando del papiro al intercambio de prácticas y formación de otros médicos. El aprendizaje colectivo surge sólo cuando la experiencia se comparte y analiza críticamente, fenómeno que el soporte digital, si se usa bien, puede multiplicar exponencialmente.

En la Edad Media ya existen protocolos en hospitales islámicos, como los de Avicena, y luego en hospitales europeos, que trascienden la oralidad. En la Modernidad, los registros administrativos y de admisión agregan dimensiones de gestión de tiempos y logran medir desempeño, preanunciando la medicina basada en resultados que hoy buscamos perfeccionar con datos electrónicos minuciosos.

Personajes como Pierre Charles Alexandre Louis y William Osler dotan a la ficha clínica de un sentido científico. Louis, como padre de la medicina basada en la evidencia, y Osler, referente de la medicina interna, reivindican el registro como vía indispensable para hacer ciencia retrospectiva, comparar, auditar y enseñar. De hecho, Osler atribuye a Avicena la gran síntesis de técnicas y saberes para la sistematización clínica. Una pregunta central surge aquí: ¿cómo construir evidencia sin registrar ni analizar datos de salud?, ¿cómo formar nuevos médicos sin relatos ordenados y confiables de la experiencia clínica? Sin ficha clínica, no hay medicina de calidad, ni análisis de determinantes sociales o ambientales del proceso salud-enfermedad, aspectos presentes desde el corpus hipocrático y centrales en las actuales discusiones de equidad.

Del soporte físico al digital: naturaleza y alcance de la FCE

Toda esta evolución desemboca en la transición contemporánea hacia la ficha clínica electrónica (FCE). El soporte cambia, pero el objetivo permanece y se potencia: registrar toda acción, incluso la meramente administrativa, porque el itinerario del paciente en el sistema de salud — cuándo requiere atención, cuándo espera, cuándo es finalmente atendido o sufre un evento adverso fuera del box — debe dejar huella. Solo así se puede mejorar la calidad, la equidad y la transparencia del sistema.

En este sentido, la ficha debe ser interoperable y segura. De las dos, la seguridad tiene prioridad: de nada vale integrar redes si esto expone a las personas a violaciones de confidencialidad y uso indebido de información sensible, traicionando el principio ético de “no dañar” que sigue orientando a la profesión.

Chile ha avanzado al promulgar una Ley de Interoperabilidad. Se enfatiza la calidad y la seguridad de la información. Paradójicamente, persiste el peligro de que la presión

por interoperar deje en segundo plano la seguridad, algo que la experiencia — y las filtraciones ya conocidas — advierten que es inaceptable. El gremio debe levantar la voz cuando la interoperabilidad ponga en jaque la protección de los datos de nuestros pacientes.

La regulación chilena abarca múltiples cuerpos legales: la Constitución, el Código Penal (que asigna un deber de custodio), la Ley de Protección de la Vida Privada, y la Ley de Derechos y Deberes del Paciente. Esta última zanja dos cuestiones esenciales: la ficha clínica es propiedad del paciente, y la FCE tiene reconocimiento legal, desplazando el papel y abriendo la puerta a modelos de atención y gestión digitalmente integrados y éticamente protegidos.

La reciente Ley Marco de Ciberseguridad impone la obligación de que sólo puedan intercambiar datos quienes estén certificados como operadores de importancia vital, vigilados por una Agencia Nacional de Ciberseguridad independiente. Así, no todos los sistemas podrán interoperar si no son seguros. Este salto sitúa a Chile entre los países de mayor sofisticación regulatoria en la materia, poniéndonos exigencias y desafíos inéditos para la industria, los servicios, y sobre todo para los profesionales responsables de la custodia clínica.

El reglamento de la Ley de Telemedicina fue un avance decisivo al dar un marco para la teleconsulta y el telemonitoreo — prácticas habilitadas tecnológicamente, pero hasta entonces sin sustento legal claro — y la transformación digital rearticula la relación clínica tradicional: el acceso ya no es solo presencial, y el modelo de registro y atención debe adaptarse a esa multiplicidad.

Sin embargo, todavía es muy común ver usuarios y contraseñas escritas en Post-it, pegadas a pantallas en hospitales y clínicas, lo que expone brutalmente la débil cultura de seguridad en el uso cotidiano de los sistemas. Aquí la urgencia no es técnica, sino cultural y organizacional.

En el horizonte asoma la inteligencia artificial (IA), regulada apenas de forma preliminar en salud. La adopción de IA exige competencias nuevas y un marco ético robusto. No es cuestión de si reemplazará al médico humano, sino de si sabremos utilizarla con criterio clínico real. Muy pronto, los médicos que saben usar IA se diferenciarán claramente de quienes no se formen en ello. Debemos ser protagonistas de este cambio, no observadores pasivos.

El escenario nacional: fragmentación, modelos y estándares

Chile presenta alta informatización, especialmente en atención pública, donde el SIDRA ha alcanzado una cobertura importante en atención ambulatoria y va avanzando lentamente en hospitalización y procedimientos especializados. En el sector privado,

grandes actores han desarrollado suites propias, pero no siempre cumplen estándares robustos de interoperabilidad y seguridad. Hay soluciones básicas (meros registros de prestaciones) y soluciones integrales que abarcan todo el proceso asistencial, incluyendo recursos como licencias médicas electrónicas, interconsultas y control de medicamentos. El país enfrenta la disyuntiva entre tres modelos de FCE, cada uno con implicancias técnicas y éticas:

Modelo	Ficha Clínica Única y Universal	Historia Clínica Integrada y Compartida	Ecosistema Federado
Interoperabilidad	Base nacional, elimina duplicidad pero centraliza vulnerabilidades	Plataformas conectadas por estándares, flexibilidad y variedad	Self-service, cada actor interoperable bajo estándares internacionales, máxima flexibilidad
Seguridad	Altísimo riesgo sistémico en caso de ciberataque o fallo crítico	Maneja riesgos localmente; falla puntual no implica caída general	Accesos residenciados, mínima exposición; robustez ética y operativa
Adaptabilidad	Modelo único, dificultades para responder a particularidades locales o APS	Cada prestador elige sistema compatible, adaptable a distintas realidades	Plena autonomía, respeto a identidad institucional y territorial
Trazabilidad	Facilitada pero dependiente de robustez central	Rápida coordinación si integración es efectiva	Agilidad, escalabilidad y resiliencia; el futuro de la salud global

Desafíos para la práctica médica en la era digital

El tránsito desde la ficha clínica tradicional hacia sistemas electrónicos representa uno de los mayores retos institucionales, éticos y culturales para el ejercicio médico contemporáneo. La primera gran dificultad es la fragmentación del ecosistema digital en salud. Chile ha desarrollado una gran variedad de soluciones de ficha clínica electrónica, muchas de las cuales permanecen como islas informáticas, sin una real interoperabilidad entre sí. Esto significa que la historia clínica de un paciente puede estar repartida en diferentes sistemas y prestadores, obstaculizando una visión integral y longitudinal necesaria para una medicina segura y de calidad. Lo que parece un avance tecnológico se transforma, si no se integran los datos, en una fuente de riesgo clínico

y frustración profesional, ya que obliga a duplicar registros o, peor aún, a reconstruir la historia del paciente a partir de fragmentos inconexos. Es una rutina aún demasiado frecuente que un médico deba solicitar a un paciente sus exámenes o diagnósticos previos porque sistemas institucionales no logran dialogar entre sí, retrasando decisiones e incrementando la posibilidad de error.

Pero esta falta de integración no es sólo técnica, sino también resultado de la ausencia de estándares obligatorios para el desarrollo y funcionamiento de los sistemas. Hoy por hoy, el Estado chileno no exige en todos los niveles la adopción universal y vigente de estándares internacionales como HL7 o FHIR, que permitirían compartir información de modo seguro y estandarizado. Tampoco existe una agencia nacional con atribuciones efectivas para fiscalizar, normar y auditar que los registros clínicos digitales cumplan con estos requisitos, quedando la regulación muchas veces dispersa entre buenas intenciones, pilotos y experiencias locales. Así, mientras algunos desarrollos comerciales o institucionales muestran capacidades de interoperabilidad y seguridad admirables, la mayoría de las plataformas sólo prometen cumplir políticas sin certificación independiente, perpetuando la brecha entre lo que la tecnología podría ofrecer y lo que realmente aporta a la mejora clínica.

Otro desafío de fondo es la brecha formativa. La explosión de la salud digital ha dejado en evidencia que la formación médica en competencias digitales es todavía superficial, ocasional o tardía. Si bien las nuevas generaciones de médicos suelen tener habilidades tecnológicas más desarrolladas a nivel personal, el manejo profesional de la ficha clínica electrónica y de los principios de seguridad, privacidad y ética digital no están suficientemente incorporados al currículo de pregrado ni a la formación continua obligatoria. En la práctica, muchos equipos clínicos comienzan a usar estas herramientas por imposición institucional, enfrentándose a lógicas de interfaz y registro no siempre amigables ni diseñadas con la mirada clínica, lo que se traduce en resistencias, subutilización de funcionalidades avanzadas y frustración cotidiana.

La ciberseguridad emerge como un desafío crítico y creciente. El sector salud es considerado uno de los blancos predilectos de la ciberdelincuencia, dadas las consecuencias personales, reputacionales y legales derivadas de una posible filtración de datos médicos sensibles. Los ataques informáticos - desde “ransomware” que paraliza hospitales completos hasta filtraciones que exponen la privacidad de figuras públicas o ciudadanos comunes- han dejado claro que la digitalización sin una cultura y robusta protección de la información puede tener consecuencias catastróficas tanto para los pacientes, como para los propios profesionales responsables. Un sistema digital mal protegido, además, erosiona profundamente la confianza institucional, transformando a la ficha clínica electrónica en un problema ético y social de primer orden.

A esto se suma la carga administrativa que los sistemas digitales mal implementados pueden generar. En vez de liberar tiempo clínico, la falta de integración entre módulos y

exigencias duplicadas de registro pueden aumentar la burocracia, agotando la capacidad de atención personal y restando foco al acto médico esencial que es escuchar y atender a los pacientes. Este resultado suele ser motivo de queja en reuniones clínicas y uno de los factores que más contribuye a la resistencia o desilusión respecto a supuestos avances digitales.

En el plano ético y profesional, la llegada de la inteligencia artificial y el big data ha añadido nuevas capas de complejidad. Muchas veces los médicos desconocen cómo se usan los datos que generan o cómo los algoritmos encausan decisiones y recomendaciones, lo que puede aumentar la desconfianza gremial, los miedos jurídicos y una cultura de escasa apropiación. El temor a ser reemplazados por la tecnología es natural, pero la amenaza real es quedar al margen de su diseño y gobernanza, lo que redundaría en una pérdida de autonomía y pertinencia clínica.

Por último, pero no menos importante, el escaso involucramiento profesional en la transformación digital institucional constituye una seria limitante para su éxito. La gobernanza de los sistemas de información ha estado muchas veces en manos de administradores, tecnólogos y consultores ajenos a la clínica, cuando debiera situar a los propios médicos en el núcleo del diseño, evaluación y mejora continua, asegurando que la solución digital responda no sólo a metas de gestión, sino a procesos clínicos y a la valorización del trabajo sanitario.

Propuestas para avanzar en la gobernanza clínica digital

Frente a estos desafíos, la respuesta debe ser colectiva, gremial y asistida por políticas públicas claras y con visión de futuro. La primera medida fundamental es fortalecer la gobernanza clínica digital en cada nivel del sistema de salud. Esto implica crear o revitalizar comités clínicos digitalizadores, asegurar la presencia de médicos con competencias en salud digital en los equipos directivos y exigir que las compras, implementaciones y auditorías de los sistemas contemplen los requerimientos y realidades del ejercicio médico cotidiano.

No menos relevante es la formación sistemática. Se debe integrar la educación en salud digital y competencias tecnológicas en los planes de estudio universitarios como un eje transversal, no solo para familiarizar a los futuros clínicos con los sistemas electrónicos, sino para formar capacidades críticas de análisis, detección de riesgos y diseño de soluciones. La capacitación debe extenderse a todos los miembros del equipo de salud, incluyendo espacios para aprender a codiseñar, pilotear y adaptar tecnologías en función del modelo de atención predominante en cada territorio.

Un aspecto fundamental para avanzar en la gobernanza clínica digital y responder a los desafíos expuestos es la necesidad de desarrollar una subespecialidad formal

de Informática Médica dentro del marco de la especialidad de Salud Pública. Esta propuesta surge de una reflexión sobre la realidad sanitaria local y la evolución reciente de las regulaciones en Chile, donde la salud pública tiene un enfoque transversal, normativo y organizacional capaz de dialogar de modo natural con la gestión de datos, la interoperabilidad, la gobernanza digital y la ética de sistemas de información en salud. Incorporar la Informática Médica como subespecialidad de Salud Pública tiene múltiples ventajas. Por una parte, sitúa el eje de la transformación digital no sobre la fragmentación técnica de las especialidades clínicas de órganos o aparatos, sino sobre una visión integradora, orientada a poblaciones, sistemas, prevención y gestión basada en evidencia—dimensiones todas centrales para el futuro de la salud digital y alineadas con la normativa vigente. Desde este enfoque, los profesionales adquieren competencias tanto en epidemiología digital, análisis de datos poblacionales, aseguramiento de la calidad, diseño y evaluación de sistemas, como en ética y seguridad, cuestiones imprescindibles en el contexto normativo de protección de datos y derechos del paciente que vive hoy Chile.

Esta subespecialidad permitiría, por lo tanto, asegurar que los médicos formados comprendan no sólo el valor de los datos a nivel individual, sino su impacto en salud colectiva, toma de decisiones sanitarias, gestión estatal, vigilancia de epidemias, evaluación de tecnologías sanitarias y políticas de protección y equidad. Además, garantiza la existencia de una masa crítica de líderes médicos con herramientas jurídico-normativas, técnicas y de gestión, necesarios para ocupar roles relevantes en la toma de decisiones digitales a nivel de servicios de salud, municipios, ministerio e instituciones públicas y privadas.

Encauzar la informática médica en Salud Pública facilita su reconocimiento académico, gremial y normativo, abre canales para la recertificación, actualización y participación en políticas públicas y normaliza su vínculo con los grandes procesos de transformación sistemática del sector. Así, se logra una mayor sinergia entre la gestión clínica individual, la administración de sistemas y la protección de la salud poblacional, situando al paciente y a la comunidad en el centro de la innovación digital, y dotando al país de una gobernanza más coherente, inclusiva y sostenible ante los desafíos actuales y futuros de la salud digital.

En materia de estándares, urge la acción de la autoridad para normar, exigir y certificar la adopción de protocolos de interoperabilidad y seguridad, obligando a que todos los desarrollos cumplan estándares internacionales validados y auditen periódicamente su cumplimiento. Esto permitiría reducir la fragmentación, fortalecer la seguridad y ofrecer garantías jurídicas y técnicas que hoy son sólo retóricas en muchos casos.

Asimismo, es indispensable apostarle a la innovación clínica aplicada, incentivando la participación de los profesionales en espacios de codiseño, pilotaje y testeado de nuevas

soluciones, respaldando los modelos de atención inclusivos e interdisciplinarios y orientados a la mejora real de la experiencia del paciente y del equipo de salud. Las buenas prácticas internacionales demuestran que solo el involucramiento genuino de los médicos y otros clínicos logra reducir la resistencia y multiplicar los beneficios de la digitalización responsable.

En cuanto a la ética y la protección de los datos, la profesión médica debe ser activa defensora de los derechos de los pacientes en la era digital, garantizando transparencia, trazabilidad y Consentimiento Informado en cada uso de información clínica, y velando por una política estricta de sanción a los accesos indebidos o usos no autorizados de la ficha electrónica. La alianza entre sociedades científicas, colegios profesionales y reguladores es fundamental para mantener la confianza y la integridad de la práctica clínica en el nuevo entorno digital.

Por último, pero no menos relevante, la transformación digital debe estar alineada con los valores fundantes de la profesión: la justicia, la equidad y el respeto a la diversidad territorial y social. Las tecnologías digitales sólo tendrán impacto real y sostenido si contribuyen a cerrar las brechas de acceso, fortalecer el principio de atención centrada en la persona y empoderar tanto al profesional como al paciente para construir itinerarios de salud seguros, integrados y humanizados.

En la medicina contemporánea, el cambio es exponencial. La aparición de tecnologías disruptivas como los modelos *transformer* -de los que surge *ChatGPT*-, la robótica quirúrgica autónoma, y las herramientas de IA clínica, marca una diferencia crucial en la historia de la profesión. El reto es dominar la nueva tecnología, no ser desplazados por ella, asumiendo una postura ética y proactiva frente a la aceleración digital.

Finalizo invitando a la profesión médica a superar la queja y el escepticismo hacia lo digital, adoptando una actitud protagónica, constructiva y gremial en la definición, auditoría y mejora de la salud digital. De nuestra participación depende que la ficha clínica electrónica siga siendo el instrumento de confianza, continuidad y humanidad que la medicina y los pacientes merecen.

Falta de medios y su impacto en el ejercicio de la medicina y la responsabilidad médica⁽¹⁾



Gian Franco Rosso Elorriaga

Director del Programa Magíster en
Derecho de Daños y Responsabilidad Civil,
Universidad de los Andes

1 El presente texto corresponde a la transcripción de la exposición realizada por el autor en II Seminario Internacional de Derecho Médico, "Nuevos escenarios de responsabilidad en el ejercicio de la profesión médica", evento al cual fue invitado para que diera a conocer al público presente un avance de la investigación que lleva adelante en la materia con vistas a una futura publicación científica.

Reseña sobre el expositor

Gian Franco Rosso es abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, doctor y magíster en Derecho por la Universidad de Roma Tor Vergata, Italia. Es director del magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil de la Universidad de los Andes y además es profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios. Es autor de diversas publicaciones y proyectos de investigación.

Exposición

Esta presentación aborda la **falta de medios** y su incidencia en la **responsabilidad civil**. Se trata de un tema que en Chile, desde una perspectiva jurídica, prácticamente no se había tratado en profundidad hasta la llegada de la reciente crisis financiera. A partir de entonces, surge el interés por esta materia, pues dicha crisis ha generado un impacto en diversos ámbitos, siendo uno de ellos la **responsabilidad civil de los médicos** y profesionales de la salud.

Es la cuestión que queremos tratar en esta presentación desde una perspectiva nacional, al menos para dejar a la vista un marco de referencia, sin ánimo de agotar la compleja interacción que se da entre falta de recursos y responsabilidad civil.

Dada la problemática en Chile por la cual surge esta exposición, cabe preguntarse, antes que nada, si la asignación de recursos a la salud es objetivamente suficiente y se ajusta a un estándar de normalidad; o en realidad podrían asignarse más recursos y existe a este respecto un problema de responsabilidad del Estado.

Un método objetivo para resolver la pregunta anterior es el análisis comparado: al contrastar el presupuesto que Chile destina a salud con el de otros países de la OCDE, se obtiene un parámetro objetivo. Los datos indican que Chile invierte un **15%** de su presupuesto anual en este ítem, cifra similar a la de Finlandia o Francia y cercana al promedio del bloque, que es del **18%**. Esto permite sostener que el gasto se encuentra dentro de un rango normal, lo que constituye el punto de partida para el análisis de responsabilidad.

Analicemos la incidencia de la falta de recursos en la responsabilidad civil, partiendo por el contexto de la discusión jurídica. En cualquier ámbito de la responsabilidad civil, para que ésta surja deben concurrir cuatro requisitos. En primer lugar, la **existencia de un daño** a los pacientes o sus familiares; en segundo lugar, un **hecho culposo**, salvo en los casos de **responsabilidad objetiva**; luego, un **vínculo de causalidad** entre ese hecho culposo y el daño producido; y finalmente, la **capacidad** de las personas.

En la responsabilidad civil médica, el **hecho culposo** corresponde a las prestaciones o acciones de salud, lo que constituye la particularidad de esta área. La culpabilidad de dichas prestaciones dependerá de si se han infringido ciertos deberes, cuyas fuentes

deben ser identificadas. La primera fuente de estos deberes es la **ley**, entendida en un sentido amplio: desde la Constitución y las leyes propiamente tales, hasta los protocolos, guías, instructivos e incluso órdenes internas.

Una segunda fuente de deberes son los **contratos** de prestación de servicios, tanto entre médicos y pacientes como entre establecimientos y pacientes. Estos contratos se rigen por la *lex artis*, que corresponde a las normas técnicas de la profesión médica aplicables a cada caso concreto. Los tribunales a menudo utilizan una interpretación amplia de la *lex artis*, considerándola un concepto que integra las leyes y las normas contractuales como un todo. Un claro ejemplo de esto es un fallo de la Corte Suprema del año 2017, que establece que los protocolos clínicos no son más que una codificación de la *lex artis* médica. Finalmente, en ausencia de una norma expresa que regule una situación particular, se recurre a un **estándar supletorio**. Este consiste en el modelo ideal de cómo habría actuado un médico o un establecimiento de salud diligente en las mismas circunstancias.

La determinación de una **infracción al deber de cuidado** se basa en un juicio comparativo con un modelo de conducta ideal. Primero, se establece cómo habría actuado un profesional competente en las mismas circunstancias (*lex artis*), definiendo así el estándar de diligencia exigible. Luego, se contrasta la actuación real del médico o establecimiento con ese estándar. La existencia de una brecha entre la conducta real y la esperada es lo que determina si se infringieron los deberes de cuidado, tanto de los médicos como de los establecimientos de salud.

En el caso de los establecimientos de salud, particularmente los públicos, el criterio para determinar la responsabilidad es distinto. Si bien se puede establecer un modelo de actuación para la institución, la culpa por un daño no se atribuye a un error individual, sino a una **falla sistémica**. Esto se conoce como “**culpa organizacional o de funcionamiento**”, y en el marco legal chileno, corresponde a la figura de la **Falta de Servicio**. La “falta de servicio”, dicho en términos simples, no es más que una culpa especificada en esta materia.

El análisis de la **culpa** y la infracción de deberes es contextual. La determinación de si se infringió un deber depende de las **circunstancias fácticas** del caso particular, tales como la condición del paciente a su llegada y el nivel de desarrollo de la técnica médica en ese momento. Un factor crucial, y el foco de esta exposición, son los **medios disponibles** con los que contaba el profesional o la institución. En definitiva, la falta de recursos para un diagnóstico o tratamiento oportuno puede tener una incidencia directa en el juicio de responsabilidad del médico o del establecimiento.

La cuestión de los medios disponibles es parte de las circunstancias concretas que serán analizadas por los tribunales. La consideración de estos medios deriva de dos reglas jurídicas: una general, que es el aforismo de que “**nadie está obligado a lo imposible**”;

y, en segundo lugar, que la medicina está sujeta a una **obligación de medios** y no de **resultado**. La excepción son las intervenciones estéticas o cosméticas, donde sí se aplica una obligación de resultado. A lo imposible, nadie está obligado. Porque no puede exigirse al médico que, con cualquier medio, llegue a un resultado positivo o un resultado óptimo. Va a estar de alguna forma condicionado por los medios; igualmente la institución de salud. Por otro lado, en cuanto a la **obligación de medios**, el médico no se compromete a curar al paciente, sino a utilizar los medios técnicos, científicos y humanos razonables para tratarlo de la mejor forma.

Ahora bien, en el análisis debe hacerse una distinción que a veces se confunde en los tribunales: la diferencia entre la negligencia individual y las fallas sistémicas de las Instituciones. Esta distinción a veces se simplifica como la diferencia entre actos médicos y no médicos. En el caso de los médicos, estos responden por una culpa individual, y su responsabilidad se determinará si infringieron los deberes derivados de las fuentes ya señaladas. Por otro lado, la responsabilidad de las instituciones de salud se evalúa en función de si proveyeron a sus profesionales los **medios adecuados** para realizar sus labores. El estándar de qué se considera “adecuado” dependerá, a su vez, de las prestaciones de salud que el establecimiento ofrezca y de los deberes específicos que le imponga la normativa vigente.

La distinción entre culpa individual e institucional es crucial, ya que da lugar a diferentes escenarios de responsabilidad. El daño puede ser atribuible exclusivamente a un acto culposo del médico, o bien, derivar únicamente de una falla de la institución. Finalmente, también es posible que exista una **conurrencia de culpas**, donde tanto el actuar del profesional como una falla organizacional contribuyen conjuntamente a causar el daño.

El otorgamiento de los medios o de los recursos puede incidir negativamente en la responsabilidad de los profesionales, pero también puede afectar positivamente, porque si la institución no le entregó al facultativo los medios necesarios, podemos estar en presencia de una **eximente de responsabilidad**. En otras palabras, la escasez de medios puede llevar a la **exclusión de la culpa** de los médicos. Por lo tanto, los medios con los que cuenta el médico (infraestructura, tecnología, etc.), van a influir en el juicio acerca de si hubo impericia, imprudencia o negligencia de su parte.

En términos simples, la exigencia para el médico va a ser actuar con **diligencia dentro de lo razonable**. En el juicio, el médico o sus abogados podrían alegar la falta de medios, pero eso se debe probar. En nuestro sistema procesal no hay que probar los hechos públicos y notorios. Dicho eso, aquí tenemos un punto. ¿Es de conocimiento público la crisis financiera? ¿Es de conocimiento público la escasez de medios en varios establecimientos?

Sin embargo, la falta de medios no es una eximente absoluta de responsabilidad, ya que tiene limitaciones. Aunque el médico debe actuar con los recursos disponibles, su deber de diligencia se mantiene y da origen a nuevas obligaciones. Principalmente, surge un **deber de información** hacia los pacientes. Primero, el profesional debe informar a la institución sobre la escasez de recursos, dejando constancia formal de ello; alegar esta carencia en un juicio sin haberla notificado previamente reduce su credibilidad. Segundo, debe informar al paciente y a su familia sobre dichas limitaciones, para que puedan tomar decisiones informadas y buscar las mejores alternativas para su cuidado.

En resumen, el deber de diligencia del médico ante la falta de medios implica actuar con **urgencia y proporcionalidad** según los recursos disponibles, cumpliendo además con los deberes de información correspondientes.

En paralelo, como se mencionó, habrá también una responsabilidad institucional basada en una culpa organizacional o falta de servicio. Uno de los problemas prácticos es que este concepto de falta de servicio puede malinterpretarse y derivar en una suerte de **responsabilidad objetiva o universal**. Es decir, se puede llegar a creer erróneamente que las instituciones públicas deben responder por cualquier resultado adverso, como si el Estado proveyera una especie de **seguro a todo riesgo**.

Evidentemente, esto no es así. Las instituciones de salud, especialmente las públicas, no pueden contar con todos los medios posibles en todo momento, principalmente por la **limitación de los presupuestos públicos**. El **carácter finito de los fondos estatales** es un elemento esencial que define el ámbito de lo que es y no es indemnizable. Entonces, surge la pregunta clave: ¿Con qué recursos deben contar las instituciones? ¿Qué criterios se aplican para definir ese estándar? La responsabilidad se juega precisamente en la respuesta a estas interrogantes.

Un primer criterio para responder y que puede ser aplicado por los tribunales es el principio de la **razonabilidad**. Por cierto, este criterio debería concretarse en cada caso. Sin embargo, abstractamente, no podrían los tribunales desconocer la conformación y distribución de los fondos públicos a través de la **Ley de Presupuestos de la Nación**. El punto que quiero destacar con esto es que el análisis no debe centrarse vagamente en el dinero disponible, sino en el marco jurídico que lo regula. Antes que nada, aunque resulte cacofónico, la Ley de Presupuestos “es una ley”, y los jueces deben aplicar las leyes. Entonces, el **primer criterio objetivo** para determinar qué es razonable o no, es el contenido de la Ley de Presupuesto, sus partidas y subpartidas. Se trata de un límite concreto a partir del cual el juez puede analizar si la institución actuó dentro de sus capacidades legalmente definidas.

Adicionalmente, esta razonabilidad debe entenderse en un segundo sentido: el de la **normalidad**. No se puede exigir a una institución pública que funcione en un estado ideal o con recursos ilimitados. El estándar de comparación debe ser el **funcionamiento**

normal y ordinario de un establecimiento de salud que opera dentro de las limitaciones que el marco presupuestario le impone. No se juzga contra un ideal, sino contra una **realidad operativa razonable y estándar**.

Este enfoque, que considera las limitaciones de recursos, no es una invención local. De hecho, una sentencia del Tribunal Supremo de España del año 2001, referida a las listas de espera, ya aplicaba criterios similares.

Un segundo criterio por considerar es lo que podemos denominar las **facultades normativas de gestión**. Conforme a éstas, el análisis debe luego desplazarse a la **gestión administrativa**, puesto que la pregunta central es si la institución realizó las **gestiones diligentes** para la adquisición de los medios faltantes, reemplazar o conseguir equivalentes si los existentes están en mal estado.

Y para evaluar la calidad de esa gestión, debemos remitirnos a las **facultades normativas** que la ley confiere a las autoridades del respectivo establecimiento. La prueba, entonces, se centra en dos aspectos: Primero, si la autoridad **ejerció las facultades** que la ley le otorga y si lo hizo de manera correcta; Y, segundo, si dichas facultades eran **suficientes** para resolver el problema. Por ejemplo, un gestor no podría ser calificado de negligente si no estaba legalmente facultado para sobregirar un presupuesto. Su responsabilidad se limita al marco de acción que la ley le permite.

Esta lógica nos conduce a una conclusión fundamental: el estándar para determinar la responsabilidad de una institución pública es de carácter **normativo y objetivo**. Porque son precisamente las leyes y los reglamentos los que definen la estructura de la red asistencial, clasificando los establecimientos en **baja, media o alta complejidad**, según su función y grado de resolutivez. Esto tiene una consecuencia práctica directa: los recursos exigibles a cada institución no dependen de un ideal, sino de lo que la normativa específica establece para su nivel. Por lo tanto, en un juicio, la defensa de la institución debe centrarse en demostrar normativamente que cumplió con el estándar que legalmente le correspondía.

Dado que nuestro sistema de salud está estructurado en niveles de baja, media y alta complejidad para ser eficiente, la **derivación de pacientes** se convierte en un elemento central de la responsabilidad profesional. Por ello, la responsabilidad se juega en la correcta gestión de la derivación, la cual debe cumplir con tres requisitos esenciales: debe ser **oportuna, adecuada y asegurar la continuidad** del tratamiento. De estos tres, la **oportunidad** es el factor más crítico y el que genera la mayoría de los conflictos legales. La falta de una derivación a tiempo puede ser una falla tanto administrativa como médica. Si un profesional constata que no cuenta con los recursos necesarios para tratar a un paciente, tiene el deber ineludible de derivarlo sin demora. Sabemos que existen complejidades administrativas, pero la responsabilidad primaria del médico es iniciar la derivación oportunamente.

La oportunidad en la derivación adquiere una dimensión legal crucial al vincularse con las **Garantías Explícitas de Salud (GES)** y el sistema de acceso priorizado que estas establecen. Adicionalmente, es relevante mencionar que un proyecto de modificación a la ley sobre derechos de los pacientes busca regular aún más este proceso.

Una pregunta frecuente es si, ante la falta de recursos en el sistema público, el paciente debe ser derivado al sistema privado. La respuesta no es automática. Dicha derivación solo es formalmente posible si existen **convenios o mecanismos de compra de servicios** entre el sector público y el privado que lo permitan. En este complejo escenario, el deber de información del médico se vuelve primordial. El profesional tiene la obligación de comunicar de manera completa y veraz al paciente y su familia sobre: las limitaciones del centro, las opciones disponibles y la existencia de otras alternativas en el sistema privado. Es importante aclarar que, si un paciente opta por alternativas en el sistema privado por su cuenta, los costos corren por su parte. Para que una derivación formal del sector público al privado sea posible, se requiere una coordinación interinstitucional, sujeta a estrictas **restricciones legales y presupuestarias**. La disponibilidad de recursos no es una cuestión de voluntad, sino de legalidad. Por ejemplo, la ley que regula los **hospitales autogestionados** establece que sus directores no pueden destinar más del 20% del presupuesto a contratos de compra de servicios. De manera similar, FONASA tiene un límite legal que le impide superar el 10% de su presupuesto total en la compra de prestaciones a privados. El análisis jurídico pertinente no se limita a constatar la disponibilidad material del recurso, sino la verdadera cuestión es si, dentro del marco normativo y presupuestario, se actuó con la debida diligencia.

Revisaremos un caso resuelto por la Corte Suprema en marzo de 2025. Ingresó un paciente al Hospital de Puerto Aysén, de **mediana complejidad**, con una crisis asmática. En su urgencia no contaba con un ventilador mecánico. Tras dos intentos fallidos de intubación, lograron estabilizar al paciente con una máscara laríngea, alcanzando una saturación del 97%. A las 3:30 horas, el médico ordenó su traslado al hospital de **alta complejidad** de Coyhaique. La ambulancia partió a las 3:50 horas, 20 minutos después de la indicación. Esta quedó en panne a medio camino. Los sistemas de comunicación (radiocomunicación y celular), aunque presentes según la norma, no funcionaron por la falta de conectividad de la zona. Tras avanzar, lograron comunicarse y coordinar con otra ambulancia para completar el traslado. El paciente sufrió dos paros cardiorrespiratorios y falleció a los pocos minutos de ingresar al hospital de destino. Esto ocasionó una demanda contra el Hospital de Aysén. En el análisis del caso, el tribunal desechó una infracción a la *lex artis*, eximiendo de culpa a los médicos tratantes. Se consideró que la acción médica fue exitosa, la estabilización se logró y la decisión de traslado fue oportuna. Inicialmente, también se desestimó la culpa del servicio, pues el personal era calificado y el hospital disponía del equipamiento correspondiente a su categoría de mediana complejidad.

Sin embargo, el tribunal finalmente condenó al Servicio de Salud por “**falta de servicio**”, argumentando una infracción al estándar medio de funcionamiento. La condena se basó en dos hechos específicos:

1. Deficiencias en el transporte: Se demostró que la ambulancia, a pesar de sus mantenciones al día, presentaba **fallas preexistentes**. La prueba clave fue un correo electrónico del propio hospital admitiendo dificultades previas con el vehículo. Jurídicamente, tener un medio defectuoso con **conocimiento previo** equivale a no tenerlo.

2. Déficit en las comunicaciones: Si bien el hospital cumplía con la normativa formal, se consideró un hecho público y notorio la mala señal de la zona. El tribunal estimó que un servicio **razonable** exigía contar con un **teléfono satelital** para garantizar la comunicación. Al no tenerlo, se incurrió en una falta de servicio.

Por estas dos fallas sistémicas, el Servicio de Salud de Aysén fue condenado a pagar la indemnización respectiva.

Conclusión

Como hemos visto, el análisis de la responsabilidad médica ante la falta de medios nos obliga a transitar desde el tradicional juicio de culpa individual del médico hacia un examen más complejo de la responsabilidad institucional. El caso práctico de Aysén ilustra de manera contundente esta evolución: mientras la actuación de los profesionales fue diligente y acorde a la *lex artis* con los recursos disponibles, la institución fue condenada por una “falta de servicio” al no cumplir con el estándar de funcionamiento razonable que le era exigible. Esto demuestra que el estándar de cuidado para las instituciones públicas no es ideal, sino **normativo y objetivo**, definido por las leyes, los presupuestos y las capacidades reales de cada nivel de la red asistencial.

En este contexto, la correcta gestión de los recursos, el cumplimiento de los deberes de información y la oportuna derivación de pacientes se consolidan como los ejes centrales de la responsabilidad. La tarea para médicos y gestores es, por tanto, actuar con la máxima diligencia dentro de este marco, documentando sus limitaciones y decisiones para proteger tanto al paciente como a la integridad de la profesión.

Intromisión legislativa en la práctica médica



Juan Carlos Bello Pizarro

Abogado jefe nacional FALMED

Reseña sobre el expositor

Juan Carlos Bello es abogado de la Universidad de Chile, magíster en Derecho Penal con mención en Derecho Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Cuenta con una especialización en la Universidad de Harvard sobre teoría y herramientas de proyecto de negociación. Se ha desempeñado como asesor jurídico de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico, ha realizado docencia y exposiciones permanentes en cursos sobre derecho médico tanto en Chile como en el extranjero. Ha participado en la defensa de más de 6.000 juicios sobre la materia. Es compilador y autor de los libros de derecho médico I, II, III y IV de FALMED.

Introducción

Me pidieron que conversáramos sobre la intervención en la misión legislativa de la práctica médica. ¿Y qué es la **intromisión**? Intromisión, según el diccionario de la Real Academia Española, es la acción y efecto de entrometerse o entremeterse en algo que no nos concierne. Ese es el título de lo que me pidieron hablar: ¿qué están haciendo nuestros honorables? No digo ninguno en particular, sino en general, y por qué, si es que efectivamente, se están metiendo en algo que no les concierne.

Para saber si esa respuesta es positiva o negativa, debemos definir qué es la **práctica médica**. En términos normativos y jurídicos, la **buena práctica médica** podemos definirla como aquella práctica generalmente aceptada por la medicina en un tiempo y lugar determinados para un paciente en concreto. Esa es la definición de la *lex artis* y, por lo tanto, lo que debiéramos entender cuando decimos que hay intromisión es que, a través de normas, el legislador, se está inmiscuyendo en el ejercicio profesional. La pregunta es: ¿eso es bueno o malo? Creo que la respuesta, y hablo desde la vereda de defensor de médicos, podremos darla al final de esta conversación. ¿Por qué? Porque el ejercicio médico hoy enfrenta determinados riesgos o condiciones que son bastante particulares.

El ejercicio médico hoy es mediático, esencialmente mediático. Y se ha venido a establecer una suerte de concepto que hemos acuñado y que se llama el “**síndrome de la condena anticipada**”. Este síndrome dice relación con aquellas noticias, portadas y titulares que muestran casos terribles de negligencia médica y que no dan cuenta ni de su verdadero estado ni de las connotaciones especiales que cada uno de esos tiene.

Quizás el caso más paradigmático del **síndrome de la condena anticipada** es el injustamente famoso Hospital de Talca. Recordarán que en el Hospital de Talca, eventualmente o según toda la opinión pública, se cambiaban las guaguas, entre otras cosas. ¿Y ustedes saben cómo terminó el juicio del cambio de guaguas? ¿Saben si hubo algún médico condenado por ello? Al parecer ninguno. Por lo tanto, jurídicamente, en el Hospital de Talca no se cambiaban las guaguas. En consecuencia, tenemos ahí un ejemplo claro del **síndrome de la condena anticipada**.

El año pasado conocimos alrededor de tres noticias en menos de un mes, donde sendos titulares de connotados periódicos y noticieros daban cuenta de tres condenas por negligencia médica, cada una por una suma superior a los mil millones de pesos. No sé si recuerdan eso que pasó el año pasado, de dos clínicas y de un hospital público. Y el titular era: “Se condena a médico y a clínica o a hospital a pagar 1.500 millones de pesos”. Lo que no decía esa noticia es que era una condena de primera instancia.

Entonces, el ejercicio médico hoy día es mediático y judicializado, pero además se le agrega una tercera característica: es un ejercicio médico agredido. Y con agresiones de distinto tipo. No es solo el médico en un consultorio que recibe golpes porque hay demora en la atención a un paciente o que recibe insultos. Es el médico agredido también judicialmente; es el médico agredido también administrativamente, cuando sus autoridades máximas se querellan contra ellos por presuntas torturas. Y me estoy haciendo cargo del caso de los psiquiatras de la quinta región. Es un médico agredido también, administrativamente. Además de mediático, judicializado y agredido, es un médico que se mueve en un ambiente, en un marco jurídico **hiperregulado**.

Tácito, un senador y cónsul romano del siglo I antes de Cristo, que entre otras cosas nació cuando reinaba Nerón, decía, y voy a tratar de decirlo en latín: *Corruptissima republica plurimae leges*. Mientras más leyes, más corrupta es la república. ¿Por qué? Porque la **hiperlegislación** no es necesariamente una solución. A veces es más bien un problema. En consecuencia, esa es una consideración preliminar que quisiera que compartiéramos: es un ejercicio médico que se ejerce en un ambiente mediático, judicializado, agredido e **hiperlegislado**.

La obligatoriedad del derecho y su desconocimiento en la práctica médica

¿Por qué creemos que es **hiperlegislado**? Porque, como vamos a ver, la proliferación de normas que los rigen a ustedes es increíble. La pregunta es, entonces válida: ¿por qué es importante que los médicos conozcan los proyectos de ley? El derecho tiene algunas características que son relevantes para ustedes.

La primera es que es obligatorio, o sea, ustedes no eligen si lo van a cumplir o no. Es impuesto y, además, es coercitivo. Es decir, si ustedes no lo cumplen, todas estas normas

pueden ser válidamente objeto de sanciones, no sólo sanciones patrimoniales, multas o expulsiones, sino incluso con la privación de libertad. Les recuerdo que hasta hace poco el derecho podía quitarles la vida a través de la pena de muerte. Así de fuerte puede ser la sanción a quien incumple la norma jurídica.

Pero, además, aquí se muestra una paradoja de nuestro sistema jurídico: el **derecho se presume conocido**. Por lo tanto, todo lo que vamos a conversar, por ley todos ustedes lo conocen, no solo los abogados. Y les advierto que es una **presunción de pleno derecho** que no admite pruebas en contrario. Por lo tanto, no podemos alegar que no conocemos el derecho.

Qué relevante resulta entonces, conocer los proyectos de ley y saber de qué estamos hablando. Como nuestros médicos son normalmente gente inquieta intelectualmente y estudiosa, probablemente nos dirán: “No importa, como es el derecho médico, el derecho sanitario, yo voy a tomar el Código Sanitario, me lo voy a estudiar completo, me lo voy a aprender de memoria, y voy a conocer todo lo que la ley cree que yo debo conocer”. Pues bien, ni el 3 % de las normas que los regulan a ustedes está en el Código Sanitario. La gran cantidad de normas que ustedes tienen, y que son bastante prolíficas y distantes en el tiempo, están dispersas en distintos códigos, normas y leyes. Y eso se presume conocido por todos.

Análisis de proyectos de ley que afectan el ejercicio profesional

¿Qué proyectos de ley tenemos aquí presentes? No voy a hablar nada de las licencias médicas, sobre las cuales hay varios proyectos de ley y varias leyes que se han dictado. Los vamos a dejar aparte. Podríamos conversar de eso; tenemos acá a nuestra Unidad de Seguridad Social de FALMED, USESO completa, que se dedica al tema.

Vamos a compartir algunos de los proyectos de ley que hoy en día se están discutiendo en el Congreso y que dicen relación con vuestro ejercicio profesional. Todos ellos pueden llegar a ser ley. No vamos a hablar sobre las que ya se produjeron, porque, como les dije, se presume que ustedes las conocen.

Proyecto de Ley sobre Seguro de Responsabilidad Civil

Hay un proyecto de ley llamado “**Proyecto de Ley sobre Seguro de Responsabilidad Civil**”. Es importante mencionar que este proyecto de ley fue ingresado en marzo del 2022, o sea, no es un proyecto muy antiguo. Según sus fundamentos, el avance tecnológico ha generado servicios, los pacientes han judicializado y se ha transformado la gestión médica en una gestión de la defensa. La medicina es una actividad de alto valor social, compleja, y los promotores del proyecto pretenden establecer que la responsabilidad civil permite, de alguna manera, socializar a través de seguros los costos que eso implica. Tengo la leve impresión de lo que esto propone, que es incorporar la obligación de

contar con seguros a todos los que ejercen la profesión médica y que un reglamento del ministerio incluya una lista de especialidades excluidas, no necesariamente será beneficioso para la medicina.

Entiendo que hoy día el Honorable Senador Juan Luis Castro en una presentación anterior dijo que esto podía no tener algún destino, porque creo, y en esto comparto lo que él manifestaba, que este afán legislativo chileno donde creemos que todo se soluciona por las leyes, no va en el camino correcto. La responsabilidad médica no puede estar garantizada a través de un seguro solo por ley; lo que debiera garantizarse es una buena relación médico-paciente. Estoy siendo bastante simple, pero creo que el mejor seguro de responsabilidad civil que puede tener un médico es la buena relación con su paciente.

Proyecto de Ley sobre Eutanasia

Hay otro proyecto de ley que es el derecho a optar voluntariamente a recibir asistencia médica para acelerar la muerte en caso de enfermedad terminal o incurable, es decir, la **eutanasia**. Este proyecto, que está en discusión y fue ingresado hace algunos años, pero que sigue incorporando nuevos elementos, de alguna manera define la eutanasia como la acción médica que causa directamente la muerte del paciente. Más allá de los valores que cada uno de nosotros tengamos, me acuerdo de una frase del poeta Rainer Maria Rilke: “Déjenme morir mi propia muerte y no la muerte de los médicos”. Lo menciono por si a alguien le hace sentido.

Puesto en ese contexto, lo que hace el proyecto es modificar el artículo N° 393 del Código Penal, eliminando o agregando elementos a lo que es hoy día el auxilio al suicidio y excusándolo en determinadas condiciones. Debe haber una solicitud expresa del paciente, debe ser hecho por personal autorizado y la manifestación de voluntad, por supuesto, es revocable.

Proyecto de Ley sobre Cirugías Estéticas

Hay un tercer proyecto que modifica diversos cuerpos legales para regular la práctica de cirugía y procedimientos con fines estéticos. Es decir, vamos a tener una ley que le va a decir a los cirujanos plásticos casi, y estoy exagerando el punto, cómo deben operar. Y la verdad, en lo personal, prefiero que sea un médico quien diga cómo tiene que operar y no un legislador.

Resulta razonable que el ejercicio de la *lex artis* sea determinado precisamente por quienes la ejercen. Creo que es necesario establecer marcos, pero lo cierto es que el ejercicio propio de vuestra profesión es una ciencia, pero también es un arte. No hay que olvidar ese elemento. Si le dejamos el arte a la ley, se lo dice un abogado, creo que estamos matando el arte. Y aquí están todos los requisitos de cómo se va a tener que

operar una cirugía plástica. Entiendo las buenas razones, pero, como dice el dicho, de buenas intenciones está empedrado el camino al infierno.

Proyecto de Ley sobre Licencias de Conducir

Hay un cuarto proyecto que nos llama la atención porque es especialmente sintomático de aquello que podemos llamar **hiperlegislación** y dice relación con las licencias de conducir. Se estableció que había muchos accidentes de tránsito y que los que provocaban esos accidentes podían ser mayores de edad. Por lo tanto, era necesario regular la obtención o renovación de las licencias. En ese contexto, para renovar una licencia de conducir, había que tener un informe médico para determinadas personas.

Pero lo terrible de esta norma es que el proyecto hace solidariamente responsable al médico que emitió el certificado al conductor que provocó un accidente, sin importar los años que pasen. ¿Ustedes se dan cuenta no solo de la falta de **nexo causal**? Mis colegas se dan cuenta de que no hay ninguna teoría, ni la más peregrina en derecho, que pueda conectar ese hecho con ese daño. Es imposible. Tampoco resiste el análisis lógico. Pero ese es un proyecto de ley que se está discutiendo.

La Penalización de la Negligencia Médica: proyectos de ley en discusión

Además, existen varios proyectos de ley que han aparecido últimamente, de distintas bancadas y promotores, que establecen que hay que regular las normas sobre la negligencia médica. Un pequeño paréntesis para los médicos y médicas: para entender el contexto de la responsabilidad médica, y especialmente la penal, el derecho penal es la última ratio, es decir, la última frontera, la última arma que tiene el Estado para defenderse de aquellas conductas consideradas más deleznable. Es lo que debiera llegar al final y solo para aquellas conductas que son altamente reprochables.

Por supuesto que un homicidio o una violación se entiende que estén establecidos en un código penal, porque son conductas que todos reprochamos y que, por regla general, son cometidas con la intención de hacerlo, lo que los abogados llamamos dolo. Les recuerdo, además, que en los **cuasidelitos**, es decir, aquellas conductas lesivas que se cometen sin dolo, la regla general es que no sean sancionadas. El derecho no sanciona penalmente, por regla general, las conductas que provocan daños sin intención. Por lo tanto, solo aquellas que están así consignadas en el código son las que se sancionan penalmente.

En ese sentido, el artículo N° 491 del Código Penal excepcionalmente sanciona las conductas cometidas sin dolo, con culpa: la **negligencia médica**. Dice, el artículo 491: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano, matrona que en el ejercicio culpable de su profesión causare mal a las personas, sufrirá las penas del artículo anterior”. Lo que demuestra la actualidad de nuestro código con “flebotomiano”. Ese artículo,

además, es único en su género. El Código Penal chileno que data desde 1874, fue escrito en base al Código Penal español de esa época, pero cabe hacer presente que el código punitivo español no consideraba el tipo penal de la negligencia médica. Fueron nuestros legisladores quienes dijeron, por razones expresadas en su momento, indicaron la necesidad de contar con un artículo para sancionar las negligencias médicas. Lo que quiero decir es que la sanción penal para la conducta médica es triplemente excepcional.

Pero los proyectos dicen que esa triple excepcionalidad debe ser aún más penalizada. Uno, iniciado en enero de 2022, pretende establecer que la pena actual es muy baja y que hay que aumentarla a 5 años. ¿Por qué es muy baja? Baja es en relación con otra cosa, supongo, pero no dicen en relación con qué. Dice, además, que siempre en caso de cuasidelito de homicidio, debe aplicarse la pena máxima de cinco años, lo que es relevante porque, desde el punto de vista procesal, los cinco años podrían significar cárcel efectiva.

Hay otro proyecto que cambia la **carga de la prueba** en el caso de negligencia médica. La idea matriz es que la actual normativa establece que el demandante es quien debe probar los hechos que alega. Proponen invertir la carga de la prueba: que el acusado de negligencia sea quien pruebe la diligencia y no el paciente quien pruebe la negligencia. Y esta alteración del **onus probandi** la extiende al ámbito civil, administrativo y penal. Qué cerca está esa norma de romper la **presunción de inocencia**; da susto un poco para los penalistas.

Y hay un tercer proyecto del cual no voy a hablar porque hoy nuestro honorable senador nos indicó que no tenía viabilidad.

Reformas propuestas a la sanción de la negligencia médica

Como les decía, el artículo N° 491 ya es excepcional, y todo lo que se está proponiendo es una excepción de la excepción de la excepción. Los fundamentos de todos los proyectos hablan de penas bajas, pero ¿de qué estamos hablando si son **cuasidelitos**? ¿Por qué la pena va a ser baja o alta? Normalmente los cuasidelitos tienen esa pena.

Hay desconocimiento normativo. Hablan de que no se pueden sancionar penalmente los delitos de negligencia médica terribles. Eso es desconocer el Código Penal. El 490, el 492 y el 493, efectivamente, sancionan conductas de negligencia médica sin necesidad del 491. Hay una errónea técnica legislativa; en muchos casos, se sanciona con mayor severidad una conducta menos lesiva. Al final, resultaría más barato, procesalmente, matar con dolo que matar con imprudencia, lo que es absolutamente descabellado.

Al cambiar el **onus probandi** se atenta contra el principio de **presunción de inocencia**. La inhabilitación del ejercicio profesional, que son otras penas que se proponen, podría

contravenir lo que nosotros llamamos el *principio non bis in idem*, esto es que nadie puede ser condenado dos veces por el mismo hecho, porque le vas a aplicar una sanción penal y además le vas a prohibir el ejercicio profesional. Podría tener vicios serios de constitucionalidad, y estamos preparados para enfrentarlo.

Mirando el bosque y no el árbol de cada proyecto, este encono legislativo tiende a aumentar la responsabilidad y a relacionarse con la *lex artis*. Hay un tratamiento excesivamente punitivo. No sé si han escuchado hablar del **populismo penal**. ¿Recuerdan lo que decíamos de Tácito? Y hay un elemento relevante que los médicos siempre preguntan: ¿y qué pasa con las otras profesiones? No veo sendos proyectos sobre la negligencia de los abogados, que puede permitir que, por negligencia, estén presos de por vida. No veo proyectos para los arquitectos o los ingenieros, pero sí para los médicos. Ningún proyecto de ley asociado a la responsabilidad médica mejora la posición de los médicos, y algunos claramente no se sostienen ni lógica ni jurídicamente.

Consideraciones finales

Algunas consideraciones finales para que entendamos que esto es un solo proyecto, que podemos y debemos hacerle frente y no caer en la desesperación. El derecho normalmente es lógica aplicada, debe ser razonable. Y en ese sentido los jueces, en términos generales, son personas razonables. Yo los llamaría a tener fe en esa disquisición, y los llamo no desde un punto de vista meramente volitivo, sino porque después de 30 años en la Fundación, con más de 6.000 juicios, solo un 1 % ha sido condenado. Los jueces han ponderado, por lo menos desde nuestra perspectiva, los hechos de manera adecuada.

También, como FALMED y como Colegio Médico, hemos logrado instar por instancias legislativas positivas. La **Ley de Consultorio Seguro** nació, en su idea y en sus principales postulados, en este edificio con el aporte de los abogados del Colegio y de nuestros abogados de FALMED. Participamos activamente en la **Ley de mediación** para que hubiese una forma no judicializada de enfrentar la diferencia entre médico y paciente. Por lo tanto, sí podemos hacer cosas.

El camino debe ser defensivo, por supuesto, pero a la vez proactivo. El Colegio Médico ha creado hace poco un **observatorio médico-legal**, por ejemplo. Los jueces y las juezas son personas razonables. Creo que hay que relevar la evaluación de pares. Los médicos son más duros que los jueces para juzgar la conducta de sus pares. Y creo que a los pacientes que alegan responsabilidad, les iría mejor si quienes evaluaran esas conductas fueran médicos.

Finalmente, hacer respetar la profesión desde la *lex artis*, entender que hablamos de vuestra experticia, y esa experticia es lo que los hace médicos y no otra cosa. En aquel I Seminario Internacional De Derecho Médico, donde se predijo la pandemia, el profesor Mario Garrido Montt nos dejó frases bien relevantes. Dijo: “Se ha repetido

hasta el cansancio por los hombres de derecho que, si bien la legislación penal es un medio relativamente eficaz para el control social, siempre debe ser empleado como último recurso, esa *extrema ratio*”. “Los médicos deben trabajar tranquilos”, nos decía, “porque el paciente necesita médicos sabios, honestos y sin apremios”. Y continuaba: “Desgraciadamente, la imaginación e iniciativa de los cuerpos colegisladores se ha demostrado demasiado pobre y han adoptado situaciones de convencer a la opinión pública de que con leyes represivas se solucionan todos los problemas. Y esta discutible visión ha sido recogida por los medios de comunicación, a veces con demasiado entusiasmo”.

El Mercurio, el 4 de julio del presente, publicó una viñeta humorística a raíz de las licencias médicas y las negligencias médicas. Ese era el nivel de apreciación jocosa, yo diría que irritante, que se hacía del ejercicio profesional. Pero podemos y debemos cambiar esa apreciación. Porque cuando son puestos en la balanza, en el 99 % de los juicios de mala praxis que hemos defendido, no se comprobó falta. Cuando han sido llevados los médicos ante la balanza de la justicia, en el 99 % de los casos, la jueza o los tribunales han encontrado que el médico hizo bien su trabajo.

Para terminar, quería pedirle prestado a Couture, un insigne jurista uruguayo que hizo los 10 mandamientos del abogado, uno de ellos, y parafrasearlo para que entendamos la importancia de la medicina: he ahí el concepto “Ama a tu profesión. Trata de considerar la medicina, él decía el derecho, de tal manera que el día en que tu hijo o hija te pida consejos sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga médico”.

Más allá del juicio: la dimensión humana del acto médico



Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Presidente de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico
de Chile A.G. Dr. Kléber Monlezun Soto (FALMED)

Reseña sobre el expositor

El Dr. Sepúlveda, presidente del directorio de FALMED, es médico cirujano de la Universidad de Concepción, especialista en salud pública y máster en Gestión y Administración de Servicios Sanitarios, impartido por las universidades de Bolonia, Ferrara, Módena y Parma en Italia, y la Universidad de Montreal en Canadá. Fue jefe del subprograma Alcohol-Drogas del Servicio de Salud Concepción-Arauco, director del Hospital de Lota, presidente de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, y subdirector médico y director del Servicio de Salud Concepción.

En el ámbito académico, ha ocupado diversas responsabilidades de dirección superior en las universidades San Sebastián y Andrés Bello. Además, ha sido colaborador de la ONG italiana CESTAS(1) en proyectos de cooperación sanitaria y formación de profesionales de la salud en Bolivia, Ecuador, Perú e Italia. También ha participado en consultorías sobre salud pública y gestión de redes de salud en Nicaragua, Bolivia, Mozambique y nuestro país.

En el ámbito gremial, fue tesorero nacional del Colegio Médico de Chile y miembro del directorio de la Fundación de Asistencia Legal de la misma institución, de la cual es presidente desde enero de 2021.

Actualmente, se desempeña como encargado de formación de especialistas y subespecialistas en el Servicio de Salud de Talcahuano.

Exposición

Quisiera comenzar expresando mi agradecimiento a nuestra Presidenta, al directorio de FALMED —que ha hecho posible este seminario— y a los docentes que nos acompañan. Han sido dos días intensos de trabajo y agradezco profundamente a todos los panelistas que nos han acompañado.

En particular, al doctor Coronel, quien vino desde Salta, Argentina, como presidente de la Confederación Latino Iberoamericana de Colegios Médicos; al doctor Bagnoli, que nos acompañó ayer desde Bolonia, Italia, contándonos la experiencia de su país; a Isabel Riera, que nos ha acompañado estos días; a los panelistas de hoy, a Gian Franco Rosso, a Carmen Domínguez, a Gladys Bórquez, a Romina Urzúa, a Renato Jijena; al senador

1

Centro de Educación Sanitaria y Tecnologías Apropriadas Sanitarias (CESTAS).

Juan Luis Castro, a Jorge Pacheco y a José Fernández, quienes con gran generosidad compartieron su visión.

Luego de escuchar lo que se ha planteado en estas jornadas, no cabe duda de que este seminario era necesario. Y, como varios me lo han pedido, probablemente tendremos que repetirlo con mayor frecuencia. De hecho, ya me comprometí con el presidente del Consejo Regional de Concepción a organizar el próximo año uno en regiones, y también en Iquique, como lo ha solicitado el doctor Calcagno, presidente del Consejo Regional de esa ciudad.

Este tema no es nuevo, como recordaba el doctor Fernández, ya en los papiros egipcios se mencionaban cuestiones relacionadas con la práctica médica. En nuestro continente, en 1598, hubo una demanda contra un médico por el maltrato a esclavos. Esto muestra que, desde temprano, en América también nos preocupábamos por estos asuntos.

Si miramos los datos de la OMS, queda claro que el trabajo médico es riesgoso. Aun cuando todo se haga bien, las cosas pueden salir mal. Vivir implica riesgos, y la única certeza al nacer es que en algún momento moriremos. No hay riesgo mayor que ese. Por ello, los médicos, incluso poniendo lo mejor de sí, enfrentan siempre la posibilidad de un resultado adverso. Y cuando esto ocurre, los casos adquieren connotación pública, se vuelven mediáticos, tienen relevancia política y social.

Recuerdo, por ejemplo, la experiencia de un político de nuestro país que basó parte de su campaña en criticar el hospital de su ciudad. Salió electo como alcalde y, tiempo después, diputado. Estos temas generan rédito político, más allá de lo estrictamente sanitario, porque son asuntos de importancia pública.

En definitiva, lo central sigue siendo la relación médico-paciente. Ese es el corazón del trabajo en salud. Y cuando esa relación es buena y la comunicación es adecuada, los pacientes comprenden. La mayoría de las personas es razonable; muy pocos actúan irracionalmente. Por eso debemos fortalecer esa comunicación, porque lo que suele ser juzgado no es tanto el resultado en sí, sino cómo se manejaron otros aspectos de la atención.

La formación médica y la de todos los profesionales de la salud es un punto crítico. Los códigos deontológicos deben cuidarse, y la formación sanitaria en general necesita resguardarse. Como país, si no nos preocupamos de la calidad de quienes ejercen, particularmente en medicina, difícilmente podremos encontrar soluciones.

Se ha repetido hasta el cansancio que no necesitamos más leyes. Chile ya tiene un exceso normativo y, en muchos casos, con normas imposibles de cumplir. Lo que sí es necesario, como bien ha señalado nuestra directora, la doctora Sandra Montedónico, es atender al sufrimiento de los médicos sometidos al escrutinio judicial. Varios colegas aquí presentes lo han vivido también en el ámbito de las licencias médicas.

Ayer, en la inauguración, mencioné que estamos siendo víctimas de un problema: en Chile existe un exceso de licencias, un hecho público y notorio. Que esa situación sea atribuida directamente a los médicos me parece injusto, habrá algunos responsables, pero la gran mayoría no lo es, sin embargo, esto genera un clima de inhibición en la práctica clínica. Quienes hemos ejercido sabemos lo complejo que es: un paciente puede llegar enfermo y, aunque sospechemos que exagera o no encontremos un diagnóstico claro, aprendimos que, si alguien afirma sentirse enfermo, algo ocurre, aunque no podamos identificarlo en ese momento.

Este aspecto se vuelve más grave en un juicio. No he tenido que enfrentar uno, pero sí conozco de cerca a muchos colegas que lo han vivido, recuerdo el caso de un psiquiatra amigo, a quien recomendé para un cargo, que me visitó angustiado porque había dado licencia a un paciente con intentos de suicidio, estaba desbordado, llorando en mi oficina, preguntándome qué hacer. Le respondí que no se condenara a sí mismo, que esperara el curso de los hechos y explicara su decisión si era necesario. Ese tipo de experiencias reflejan el peso emocional que sólo quienes ejercemos medicina comprendemos. Y aquí el rol de FALMED en estos 30 años ha sido fundamental, porque nos da respaldo y apoyo.

En esta “ley del péndulo” que vivimos, pareciera que los médicos somos responsables de todo. Pero en el caso de las licencias hay dos actores: el que las solicita y el que las prescribe. Es algo que no debemos olvidar.

De estas jornadas me llevo apuntes que transformaremos en un documento de estudio y de difusión. Hay cuestiones claras: no todo puede preverse y, en más de una ocasión, la mejor defensa será lo que quede registrado en la ficha clínica, en los sistemas electrónicos, en cómo comunicamos las limitaciones y a quién. En mi experiencia administrativa me tocó lidiar con situaciones de falta de recursos —una cama que no estaba, un ventilador mecánico ausente, un médico que no llegó— y la enseñanza siempre es la misma: lo que no está escrito no existe, y lo que no existe no ayuda o puede incluso complicar más.

Esta es también la historia de FALMED. Muchos ya conocen la línea de tiempo de la Fundación, pero vale recordarla, sobre todo para quienes no la habían visto antes. Personalmente, me siento orgulloso de haber presidido esta institución durante los últimos ocho años. Cuando el doctor Kleber Monlezun, de manera visionaria, percibió que un hecho puntual con un ministro y un juez podía transformarse en un problema mayor, propuso al Colegio Médico crear lo que hoy conocemos como la Fundación de Asistencia Legal. No fue fácil; hubo resistencias, incluso se temió que existieran conflictos de interés. Sin embargo, la convicción fue más fuerte, y aquí estamos, 30 años después.

FALMED es una institución médica: pensamos, actuamos y sentimos como médicos. Su directorio está conformado por representantes de distintas instancias del Colegio:

la doctora Montedónico por la Mesa Directiva Nacional, el doctor Ignacio de la Torre como presidente del Consejo Regional Valparaíso, el doctor Carlos Becerra como Tesorero Nacional, la doctora Inés Guerrero por el Consejo General, y yo, con el honor de representar a nuestra Presidenta. Pero el verdadero corazón de FALMED son sus abogados, quienes han dado continuidad y consistencia a esta historia. Los directores pasamos; ellos permanecen. Gracias a su trabajo y a la alianza con MAPFRE, hemos contado con un seguro sólido y hoy estamos a las puertas de una mejora significativa que dará aún más tranquilidad a los médicos.

Hemos impulsado además programas como “Por una Medicina de Excelencia” (PUME), liderados por nuestra presidenta durante varios años, que abordan directamente el quehacer médico. También hemos puesto a disposición de la comunidad médica los Libros de Derecho Médico, que ya van en su cuarto tomo y que buscan compilar y difundir conocimiento acumulado. Hoy, incluso trabajamos en el quinto volumen.

El seminario que nos convoca es un hito más en esta línea de trabajo. La participación del doctor Coronel, de CONFEMEL, nos ha permitido reflexionar a nivel internacional sobre los desafíos que compartimos en Latinoamérica y Europa. FALMED, como institución de servicio, está disponible para acompañar las decisiones del Colegio y proyectar su misión hacia el futuro.

Al revisar nuestra planificación estratégica en el contexto de estos 30 años, nos planteamos la pregunta de hacia dónde queremos avanzar. Y los desafíos son muchos: en Chile, uno de cada cuatro médicos titulados lo hizo en el extranjero; además, existe un grupo importante de colegas, entre los 35 y 44 años, que no se han colegiado ni inscrito en FALMED. Ahí hay espacios en los que debemos trabajar.

Este seminario, con panelistas de tan alto nivel, ha sido una oportunidad invaluable para profundizar en temas relevantes para nuestra profesión, desde la interoperabilidad hasta la proliferación de proyectos de ley que no siempre ofrecen soluciones.

Algunos podrían preguntarse si todo esto tiene sentido. Yo creo que sí. La medicina es una profesión profundamente humana y social. Entramos en la intimidad de las personas, en su vida y en su alma. Por eso tiene sentido fortalecer instituciones como FALMED, que no buscan otra cosa que defender y apoyar el ejercicio médico en beneficio de los pacientes, sus familias y nuestro país.

Quiero terminar planteando una profunda convicción: lo único que los pacientes no perdonan es la indiferencia. Podemos equivocarnos, llegar tarde o repetir una receta, pero si los pacientes perciben que nos importan, lo perdonan todo.

El sentido de lo que hacemos radica también en mitigar el dolor que provoca la judicialización de la medicina, un fenómeno que perjudica al país en su conjunto. Un titular sobre una condena no es una buena noticia; es el fracaso de un sistema. El juicio debería ser el último recurso, cuando todo lo demás ha fallado.

En definitiva, todo lo que hacemos como Fundación de Asistencia Legal es para que quienes ejercen la profesión médica colegiada puedan trabajar con tranquilidad. Como se establece en las actas fundacionales del Colegio Médico, nos preocupa la profesión y su correcta ejecución.

Nuestro trabajo beneficia a los pacientes, a sus familias y a nuestro país. Muchas gracias.

II Seminario Internacional de Derecho Médico



FALMED



FALMED

30 AÑOS



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE