

Juan Carlos Bello Pizarro - María Loreto Bañados Arias - Carlos Carnevali Dickinson -
Marcelo Valenzuela Villarroel - Manuel Díaz Brousse - Marcelo Bossi Trincado -
Pablo Martínez Zúñiga - Gabriel Nieto Muñoz - Isabel Salas Gómez - Sergio Oliva Fuentealba -
Pedro Pablo Hansen Cruz - Carmen Gloria Pierart Zambrano - Patricia Núñez Vargas

DERECHO MÉDICO



A
Ñ
O
S



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

En 1994 nace la Fundación de Asistencia Legal por mandato del Colegio Médico de Chile.

Su creación fue impulsada por el Dr. Kléber Monlezun Soto, destacado pediatra, conmovido por la indemnización millonaria a la que había sido condenado un connotado colega tras el emblemático juicio interpuesto por un ministro de la Corte Suprema.

El Dr. Monlezun no solo buscaba defender al colega expuesto en el caso, sino también pretendía adelantar en el gremio médico una discusión que ya se estaba planteando en otros países: ¿cómo enfrentar la judicialización de la medicina?

El Honorable Consejo General dio la discusión y en agosto de 1994 autorizó la creación de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico, instancia creada específicamente para entregar asistencia legal y prevención efectiva ante un fenómeno en ciernes.

Desde entonces, la Fundación se ha consolidado como un referente importante en la defensoría médica y en la promoción de una medicina de excelencia. En ese caminar, ha ido ampliando el abanico de servicios que ofrece a sus afiliados, entregando asistencia en toda clase de asuntos legales vinculados al ejercicio profesional de la medicina.

El ámbito educativo también es una prioridad para Falmed, difundiendo orientaciones en materias legales y profesionales ante una sociedad dinámica y cada vez más compleja.

La Fundación es encabezada por un Directorio nombrado por diversas instancias representativas del Colegio Médico de Chile.

Juan Carlos Bello Pizarro - María Loreto Bañados Arias - Carlos Carnevali Dickinson -
Marcelo Valenzuela Villarroel - Manuel Díaz Brousse - Marcelo Bossi Trincado -
Pablo Martínez Zúñiga - Gabriel Nieto Muñoz - Isabel Salas Gómez - Sergio Oliva Fuentealba -
Pedro Pablo Hansen Cruz - Carmen Gloria Pierart Zambrano - Patricia Núñez Vargas

DERECHO MÉDICO



A
Ñ
O
S



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

DERECHO MÉDICO

© FALMED

Portada, Edición y Diagramación: Rubicón Editores

Producción: Palco Comunicaciones

Registro de Propiedad Intelectual:

2021-A-1073 (Febrero 2021)

Fecha: 1ª edición febrero de 2021

Tiraje: 1.000 ejemplares

Impresión: Andros Impresores

Santiago, Chile

Impreso en Chile / Printed in Chile

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

ÍNDICE

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE	
<i>Dra. Izkia Siches Pastén</i>	5
PALABRAS DE LA PRESIDENTA DE LA FUNDACIÓN PARA EL PRESENTE LIBRO	
<i>Dra. Bárbara Puga Larraín</i>	7
PRÓLOGO	
<i>Dra. Carmen Cerda Aguilar</i>	9
INTRODUCCIÓN	
<i>Juan Carlos Bello Pizarro</i>	13
DERECHO MÉDICO	
<i>Juan Carlos Bello Pizarro</i>	17
NORMAS REGULADORAS DE LA SALUD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA MEDICINA EN CHILE	
<i>María Loreto Bañados Arias</i>	47
EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN CHILE	
<i>Carlos Carnevali Dickinson</i>	75

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ACTIVIDAD MÉDICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL	
<i>Marcelo Valenzuela Villarroel</i>	91
LA FALTA DE CORRELACIÓN ENTRE EL TRATAMIENTO MÉDICO DESCRITO EN LA ACUSACIÓN Y AQUEL PROBADO EN LA SENTENCIA CONDENATORIA COMO MOTIVO ABSOLUTO DE NULIDAD	
<i>Manuel Díaz Brousse</i>	105
RESPONSABILIDAD CIVIL	
<i>Marcelo Bossi Trincado</i>	117
ALGUNAS ANOMALÍAS RESPECTO DEL PERITAJE SOBRE LEX ARTIS EN EL PROCESO CIVIL	
<i>Pablo Martínez Zúñiga</i>	133
DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SU RELACIÓN CON EL TRABAJO MÉDICO	
<i>Gabriel Nieto Muñoz</i>	149
MEDIACIÓN EN SALUD	
<i>Isabel Salas Gómez</i>	221
DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES	
<i>Sergio Oliva Fuentealba</i>	235
FICHA CLÍNICA	
<i>Pedro Pablo Hansen Cruz</i>	243
CONSENTIMIENTO INFORMADO	
<i>Carmen Gloria Pierart Zambrano</i>	259
EL CONTRATO DE TRABAJO MÉDICO	
<i>Patricia Núñez Vargas</i>	277

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE

Dra. Izkia Siches Pastén

En los últimos años, la actividad médica ha sido objeto de constante análisis y debate jurídico, con un aumento creciente de la judicialización, producto de los profundos cambios de la relación médico paciente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Esto determinó, hace más de 25 años, la creación de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, entidad sin fines de lucro que ostenta, sin lugar a dudas, la más vasta experiencia en nuestro país en materia de responsabilidad profesional médica.

Sin embargo, FALMED no se ha limitado a la sola defensa de médicos demandados por mala praxis, sino que se ha transformado en una destacada entidad educativa en materia de prevención de la judicialización de la medicina, difundiendo la implementación de buenas prácticas en el trabajo asistencial, para que así tengamos un manejo adecuado de cada uno de los riesgos que nuestra disciplina conlleva. Además, ha extendido su amplia experiencia jurídica, otorgando, en la actualidad, asesoría no solo en el ámbito de la responsabilidad profesional, sino que en todas aquellas materias legales relacionadas con el ejercicio de la medicina.

En este afán de educar y generar contenido para nuestros médicos y médicas surge este libro, que reúne el trabajo realizado por Falmed durante sus 25 años, basado en la experiencia de los profesionales que se han especializado en el tratamiento de casos ligados a la praxis médica, para traspasar este valioso conocimiento a las nuevas generaciones de médicos y abogados, y abrir un espacio de debate sobre estas materias.

Cabe destacar que este es “el seguro médico por excelencia” y que somos la única entidad que garantiza una defensa con exclusividad a los colegas, pues no tenemos la dualidad de proteger al mismo tiempo a los prestadores de salud. Además de entregar acompañamiento psicológico y asesoría comunicacional, algo que debemos seguir potenciando.

Contar con FALMED nos permite trabajar con mayor seguridad, pues el ejercicio de la medicina no está exento de errores. Pero no solo tenemos la tranquilidad de un respaldo legal especializado, sino también el acceso a instancias de formación y consulta, que nos permiten conocer la legislación que regula el ejercicio de nuestra profesión, cómo abordar materias delicadas para evitar errores y lograr dar la mejor atención a nuestros pacientes.

Con ocasión de los 25 años de FALMED, aprovecho de felicitar a quienes forman parte de esta entidad, por la importante labor que realizan, y los insto a seguir atentos a los nuevos desafíos de nuestra disciplina, a continuar capacitando a nuestros médicos y médicas, a fortalecer su defensa y potenciar esta relevante institución. Agradezco también a los autores que participan en este libro, por su disposición y la dedicación profesional al Derecho Médico, que los ha llevado a estar en constante capacitación para brindar el mejor servicio a nuestros asociados.

Asimismo, invito a nuestros médicos y médicas a utilizar las herramientas que nuestro Colegio pone a su disposición a través de FALMED, tal como este libro y tantas otras actividades que están desarrollado constantemente, para mantenernos actualizados en estos conocimientos fundamentales para el correcto ejercicio de nuestra profesión. Por nuestra parte, seguiremos trabajando por potenciar el trabajo de esta relevante institución; fortalecer la defensa de nuestros y nuestras colegas; y seguir generando instancias de formación.

Finalmente, no puedo dejar de referirme al momento histórico que vive el país. El 25 de octubre, una abrumadora mayoría se pronunció a favor de una nueva Constitución. El rol que se asigne al Estado en el futuro diseño constitucional repercutirá en la mayor o menor protección al derecho a la salud y en el rol que se dé a los colegios profesionales en el control de la ética profesional, prácticamente anulado por el ordenamiento jurídico vigente. Creemos firmemente que nuestro trabajo no puede estar desligado del control efectivo de su correcto ejercicio, facultad que, en la inmensa mayoría de los países civilizados, ha sido entregada a la respectiva Orden profesional.

Dra. Izkia Siches Pastén
Presidenta
Colegio Médico de Chile
2017-2020

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DE LA FUNDACIÓN PARA EL PRESENTE LIBRO

Dra. Bárbara Puga Larraín

Un libro sobre Derecho Médico en un momento en que los paradigmas de la relación médico paciente se han visto tan profundamente transformados era una deuda sin saldar.

El acceso masivo a la información, en particular a la información médica, y el mayor nivel educacional han ido posicionando al paciente y su grupo familiar como nuevos integrantes en la toma de decisiones en salud.

La liberalización del ejercicio de la medicina a través de la incorporación de múltiples formas contractuales, tanto en el ámbito privado como público, incorpora la relación de negocio como un nuevo elemento de tensión en la relación médico paciente y médico institucional, facilitando la judicialización de la medicina.

Estos dos fenómenos sociales han generado una reubicación del médico en el mundo actual, que se ve exigido a incorporar elementos nuevos y múltiples que garanticen la autonomía, no maleficencia, justicia y beneficencia en el actuar médico.

Es importante aclarar que estos elementos, que constituyen la ética médica, siempre han estado presentes a lo largo de la historia la medicina. Ello explica que cada año solo en una parte muy menor de los millones de actos médicos, se produzca un quiebre en la relación médico paciente que implique un procedimiento judicial o prejudicial.

Un libro sobre el Derecho Médico y Laboral, que concentra y ordena los elementos jurídicos fundamentales que delimitan la *Lex Artis*, realizado por el equipo de abogados de FALMED que ha estado dedicada por 25 años a la asisten-

cia legal en estas materias, es un documento que complementa el conocimiento de la legislatura con el de la complejidad y diversas variantes que acompañan al accionar médico.

El Derecho Médico pretende dar las pautas legales y contractuales de la medicina que permitan la resolución de los conflictos generados en el quiebre de las confianzas, pero también es la consecuencia de la necesidad de poner una alerta sobre el carácter con que estamos enfrentando nuestra profesión.

Este libro es la primera de las publicaciones que demuestran la consistencia del conocimiento alcanzado por nuestra institución sobre Derecho Médico en el marco de la defensa en presunta mal praxis y en el derecho laboral. Una compilación robusta, producida por el equipo de juristas que más experiencia tienen en el Derecho Médico chileno.

También una invitación para una segunda publicación orientada a rescatar, de esta misma experiencia, todos aquellos elementos que deben estar presentes y que nos permiten mantenernos en el marco de la ética médica y de la *Lex Artis*.

Dra. Bárbara Puga Larraín
Presidenta Fundación de Asistencia Legal del Colegio
Médico de Chile, FALMED
2017-2020

PRÓLOGO

Dra. Carmen Cerda Aguilar

En 1978, al recibir mi título de Médico Cirujano, no había en Chile posibilidad de especializarse en Medicina Legal mediante un programa formal de estudios universitarios. El tema siempre me había interesado: gracias a largas conversaciones con mi padre y mi tío, ambos abogados, me fue posible dimensionar la necesidad, tanto del mundo del Derecho como de la judicatura en particular, de entender cómo una persona podía lesionarse y morir, y cómo ocurría la descompensación de los fenómenos biológicos hasta un punto de no retorno. Los jueces, como mi padre, debían disponer de los mejores elementos para decidir sobre la culpabilidad o inocencia de supuestos agresores en ese ámbito casi desconocido.

Frustrada, comencé a ayudar a uno de mis ex profesores en un hospital público, hasta que una tarde, en un diario que leía en momentos de descanso, descubrí un concurso publicado por la Universidad de Chile. La propuesta allí escrita hablaba de cumplir un Programa de formación mixto, en Medicina Legal y Anatomía Patológica, y luego dedicarse a la enseñanza, en la misma Universidad. Sin perder tiempo, viajé desde mi natal Concepción, y gané el concurso. Desde entonces, la mayor parte de mi vida ha transcurrido en la Universidad y en la Medicina Legal.

La idea del programa mixto, fue del Dr. Roberto Von Bennewitz G., Director del departamento de Medicina Legal de esa época, quien planteó muy acertadamente, que la Medicina Legal no debe ser una disciplina aparte, sino estar integrada a otras especialidades, como ocurre en los países desarrollados. Así, llevé adelante programas que combinaban Pediatría y Toxicología, Oftalmología y Medicina Legal, Ginecología y Medicina Legal, entre otras. Sin embargo, casi todos mis compañeros en dichos programas, abandonaron la Medicina Legal, dedicándose a la otra especialidad que cursaron. El departamento no pudo renovar su staff, y unidades que funcionaban en aquel tiempo, tales como Derecho

Médico y Antropología Forense, se fueron perdiendo. A poco andar, también el Dr. Von Bennewitz abandonó la universidad, y fue sustituido por el Dr. Alberto Teke Sch., con quien tuve el agrado de trabajar durante veinticinco años. Ambos ya no están en este mundo, pero creo que merecen ser recordados aquí por su espíritu visionario .

En los años ´80, en Chile habían sido llevados a juicio muy pocos médicos: dichos profesionales eran muy respetados en la Sociedad, e imperaba el paternalismo como forma de relación médico paciente. En los ´90, todo empezó a cambiar: lentamente, había aumentado el número de médicos llevados ante los Tribunales. En 1993, un Ministro de Corte fue intervenido de una cadera, y demandó al equipo médico por un error, debiendo haber sido operada la cadera contralateral. La cuantiosa indemnización que los colegas debieron pagar tras el fallo, alertó a miembros del Colegio Médico, quienes decidieron crear un organismo de asistencia legal especializado, lo que se materializó en 1994 como FALMED.

Por otra parte, la corriente científica de la Bioética, iniciada en los años ´70 en Estados Unidos por Van Rensselaer Potter, fue introduciéndose en Latinoamérica: la dictación del Primer Magíster en Bioética para los países de la OPS en 1996, en el que tuve el honor de participar y egresar, trajo consecuencias necesarias, pero que han complejizado notablemente el ejercicio actual de la profesión médica: el principio de autonomía del paciente, la justicia distributiva en la administración de recursos en Salud, la creciente importancia de los terceros actores-administradores en Salud, Seguros, -entre otros-, así como el consentimiento informado y en 2012, la Ley de Derechos del Paciente, todo ello constituye un complejo entramado normativo y un escenario distinto para el ejercicio médico cotidiano, que nos obliga a manejar ciertos conceptos legales y requerir apoyo jurídico especializado.

Desde su fundación, FALMED y la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, han colaborado en la difusión y promoción, tanto en el Pregrado como en el Postgrado, de la prevención de la judicialización, basada en el cumplimiento de los mejores estándares del ejercicio profesional. Ambas instituciones estamos empeñadas en poner al alcance de los médicos en formación y en ejercicio, herramientas de enseñanza-aprendizaje presencial y a distancia, que contribuyan a dar a conocer las bases legales del ejercicio profesional, alcances del consentimiento informado y responsabilidad profesional y administrativa, entre otras materias.

Finalmente, durante todos estos años, tanto FALMED como el Departamento de Anatomía y Medicina Legal de la Facultad de Medicina, han ido acumulando experiencias, métodos de estudio de casos, terminologías, semiología forense y estrategias de presentación en Tribunales, que es necesario transmitir a las nuevas generaciones. FALMED ha construido un modelo de apoyo y defensa para la profesión médica, pero no cualquier abogado puede aplicarlo. He sido

testigo de la minuciosa preparación de cada caso, con diferentes especialistas, a la vez que consensuan términos técnicos y dan cuenta de la complejidad de los actos médicos.

Felicito a los integrantes de FALMED, que han puesto sus distintos saberes al servicio de los profesionales médicos, asesorándolos constantemente, actualizándose a la par que nosotros, herederos lejanos de Hipócrates. Este libro refleja el esfuerzo realizado y la imperiosa necesidad de fortalecer la especialización de abogados en un campo tan complejo como es el Derecho Médico.

Dra. Carmen Cerda Aguilar

Prof. Titular de Medicina Legal

Magíster en Bioética

Directora Departamento de Anatomía y Medicina Legal

Facultad de Medicina Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

Juan Carlos Bello Pizarro

El presente libro es una recopilación de diversos trabajos sobre Derecho Médico cuyos autores son juristas con amplia trayectoria de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Se trata de una obra colectiva cuya idea se trabajó por muchos años y que hoy ve la luz a propósito de los 25 años que cumple la Fundación. Su intención no es otra que la de iniciar y sentar las bases de una discusión que, a nuestro juicio, aún no ha sido cabal y oportunamente dada en nuestro país respecto de cómo se ha trasladado el rol sobre el quehacer médico desde la propia profesión hacia los tribunales de justicia.

Si bien es cierto que nuestro derecho asociado a la medicina ha evolucionado, entendiendo como tal el desarrollo de la jurisprudencia, doctrina y, en algunos casos, el análisis de alguna que otra sentencia, hasta la fecha los mayores aportes han sido dados en el desarrollo de un Derecho Médico menor a otras ramas del derecho.

Asumiendo que el derecho, así como la ciencia médica, se asienta 'sobre hombros de gigantes', debemos destacar el inmenso aporte hacia la construcción de un Derecho Médico, iniciado por destacados y preclaros juristas, desde el profesor Garrido Montt hasta el profesor Juan Ignacio Piña y Carlos Pizarro, tanto del ámbito penal como civil. Hoy podemos presentar un trabajo que quiere sumarse a esta trayectoria, con un primer tomo que agrupa las diversas materias o sedes en que se desenvuelve el Derecho Médico, elaborado por letrados que han participado activa y profusamente en las acciones y el bregar del litigio en causas médicas.

En este sentido, debemos destacar dos elementos esenciales de este trabajo:

- 1.- Se trata de una visión que siempre ha estado en el litigio. Además de la academia, los autores de cada uno de los capítulos son parte del mayor

acerbo judicial en juicios por presunta mal praxis del país y de América Latina y como tales, además de la calidad teórica de cada uno de los profesionales, sus trabajos se encuentran fundados en una práctica de decenas de años en el litigio, bajo el alero de FALMED, y con más de cinco mil juicios civiles y penales, más de tres mil mediaciones y otras tantas más atenciones en el ámbito administrativo.

- 2.- Cabe hacer presente que, en este caso, todos y cada uno de los autores se encuentran y se han encontrado siempre en la vereda de la defensa de los médicos. Si bien es cierto, este pudiera parecer un sesgo, preferimos entenderlo como un reto, un desafío intelectual a complementar, a discernir y a postular teorías diferentes, contrapuestas o complementarias a las aquí vertidas.

Por todo ello, hemos estructurado nuestro trabajo desde lo general a lo particular.

El primer capítulo es un recordatorio de conceptos esenciales del derecho, para de allí introducir la hipótesis de la existencia real y efectiva de un Derecho Médico o sanitario, distinto, como una rama especial y específica del derecho, y habiéndolo hecho, hemos creído necesario a renglón seguido definir la esencia de esta rama, en cuanto a su concepto más primario y basal, esto es la *Lex Artis*.

Posteriormente, hemos señalado cuál es la normativa básica que pudiera entenderse parte de este derecho, a fin de que conociéndola e identificándola, podamos interpretarla e implementarla. Luego, se ha dispuesto enunciar los tipos de responsabilidades que emanan de los actos médicos, y cuáles son sus características.

Los capítulos siguientes nos hablan de la responsabilidad penal, aquella que constituye el 70% de los actos médicos cuestionados en sede jurisdiccional, con un capítulo especial dedicado al recurso de nulidad en materia penal.

Pasamos luego a la responsabilidad civil y a la institución del peritaje civil, cuya peculiaridad estimamos amerita un capítulo especial.

La responsabilidad administrativa, como fuente especial de obligaciones y deberes, es tratada posteriormente, seguida de la ya no tan nueva Mediación en Salud, institución que ha devenido en un pilar esencial para la resolución de los conflictos entre pacientes y sus médicos e instituciones.

Estimamos que la ley de derechos de las personas en salud, la ficha clínica y el consentimiento informado merecían cada uno el desarrollo de un capítulo en profundidad. Finalmente, cerramos este primer tomo con un capítulo esencial como es el contrato de trabajo médico.

Si bien todas estas materias están vinculadas entre sí, son particulares en su especificidad. Sin embargo, articuladas en conjunto buscan entregar una visión normativa, basada en el conocimiento y en la experiencia sobre cómo entender el Derecho Médico, en su función de regular las relaciones de las personas en el ámbito de la salud y de quienes se dedican a resguardarla, especialmente cuando esta relación esencial se rompe.

Juan Carlos Bello Pizarro

Abogado Jefe Área Jurídica

Fundación de Asistencia Legal del Colegio

Médico de Chile, FALMED

DERECHO MÉDICO

Juan Carlos Bello Pizarro¹

1. Introducción al Derecho

- a. Qué es el Derecho
- b. Derecho Médico
- c. Fuentes del Derecho
- d. Jerarquía de las normas
- e. Normativa fundamental

2. La *Lex Artis* en Medicina

- a. Concepto
- b. Elementos
- c. *Lex Artis*: componentes
- d. *Lex Artis* como un concepto médico dentro del normativo.

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

Antes de abordar un problema en cuestión, es bueno recordar el antiguo adagio griego que reza: “definid y no discutiréis”, lo que evidentemente para los coetáneos de Pericles era una manifestación de la necesidad de poder concordar términos precisos y consensuados al momento de argumentar, a fin de no desgastarse en eternas discusiones cuyos presupuestos fácticos y conceptuales no fueran comunes.

Por ello y a fin de introducir el tema tan actual y tan bullado del Derecho Médico, conviene recordar de qué hablamos cuando hablamos de Derecho, y de qué hablamos cuando hablamos de Derecho Médico.

Si bien podemos concordar en que el origen de la palabra derecho proviene del latín “*directum*”, que nos hace referencia al seguimiento del correcto y más recto camino a seguir, y por supuesto recordar que nos referimos al concepto en su acepción objetiva (versus la subjetiva, esto es, la personal de ostentar el derecho a algo) resulta claro para los estudiosos de la ciencia jurídica, que durante su larga vida han existido innumerables definiciones de derecho, desde aquellas enfocadas a su utilidad (para qué sirve el derecho), aquellas enfocadas a sus fines (cuál es el objeto del derecho), las que hacen hincapié en las diferencias con otras normas de conducta (cuál es la diferencia entre derecho y ética) o las que tratan de abarcar su consistencia (cómo se conforma el derecho). No es del caso analizar y discurrir en todas ellas, sino que utilizar -perdón por el oportunismo- aquel concepto que más fácilmente nos permita adentrarnos en el tema esencial que nos convoca.

Para ello, hemos estimado que la definición que señala que el derecho es el conjunto de principios y normas, que regulan las relaciones en una sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva, es aquella que de mejor manera nos proporciona los elementos que nos llevarán a definir el Derecho Médico.

Desmenuzar este concepto nos permitirá contextualizar sus alcances y entender cada una de sus manifestaciones.

De lo antes expuesto, podemos encontrar los elementos de la esencia que conforman el derecho:

- 1.- En un conjunto,
- 2.- De principios y normas,
- 3.- Que regulan relaciones en una sociedad,
- 4.- Cuya observancia puede ser impuesta coactivamente.

1.- EL DERECHO COMO UN CONJUNTO (...):

En su primera aproximación, el derecho se nos revela como un sistema, es decir, como un conjunto de elementos que se encuentran -o al menos deben tender- a estar vinculados y concatenados entre sí a fin de dar razón y poder encontrar en cada caso respuesta a las innumerables situaciones que la vida nos depara.²

Lo anterior nos permite poder hablar de sistema jurídico, es decir, algo más complejo que una enumeración simple de preceptos que den cuenta de determinadas reglas. Claro está que al hablar de conjunto, se encuentra implícito el concepto de sistema, y, como veremos más adelante, ello importa no solo como una mera característica de conformación del concepto, sino que es una condición *sine qua non* para que pueda cumplir su objetivo.

Resultaría del todo inconducente contar con normas de conducta regulatorias que no tuvieran relación entre sí, sin jerarquía establecida y cuyos preceptos pudieran resultar incluso contradictorios, por cuanto no podríamos conocer desde antemano cuál es la conducta debida. El que el derecho sea un conjunto-sistema y no una enumeración tiene su fundamento en la necesidad de poder ser efectiva desde el punto de vista de la previsibilidad de la conducta debida.

En efecto, como veremos, podrían incluso existir -y de hecho existen-, normas que claramente presentan contradicciones en sus conclusiones mutuas, y cuya observancia estricta acarrearía conflictos entre las personas más que soluciones, pero es precisamente el carácter de conjunto del derecho el que nos da la respuesta a estos casos y hace que tengan sentido y encajen todas y cada una de las normas que lo componen.

Es conveniente desde ya hacer presente que el Derecho Médico se caracteriza, entre otras cosas, por su dispersión, esto es, por estar compuesto de normas que se encuentran no solo en un cuerpo legal, ordenado y enumerado (el Código Sanitario es solo una parte de las normas que forman el Derecho Sanitario, pero encontramos en otros cuerpos legales preceptos relevantes a la medicina y afines, como por ejemplo el artículo 491 del Código Penal, diversas normas del Código Civil, numerosas leyes, etc.), sino que sus preceptos están presentes en variados códigos, normas y otros, y no obstante hacer más difícil el trabajo de quienes se mueven entre las normas del Derecho Sanitario, sus conclusiones deben siempre

2 Existen discusiones relevantes sobre si el derecho puede o no abarcar todas las situaciones que debe resolver o, si por el contrario, existen "lagunas legales" que no están consideradas por el derecho. Al respecto, recomendamos la obra *Teoría Pura del Derecho* del Profesor Hans Kelsen y los trabajos del jurista DWORKIN.

estar en concordancia con otras normas afines y también con todo el resto del derecho.

En resumen, ser un conjunto, esto es un sistema, es de la esencia del ser del derecho, y así además debe ser entendido el Derecho Médico.

2.- EL DERECHO COMO UN CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS (...):

En segundo lugar, y habiendo ya despejado el concepto de conjunto que debe estar presente en todo derecho, debemos seguidamente entender qué es lo que abarca ese conjunto de cosas que es el derecho.

En este sentido, la aproximación más obvia y necesaria es pretender que el conjunto de normas y específicamente es lo que conforma el derecho. No obstante, sin ser errada esta apreciación es, a lo menos, incompleta y en consecuencia, no da cuenta del real fenómeno del derecho.

Resulta importante entonces entender que el derecho está compuesto, por a lo menos, dos vertientes que se pueden presentar a su vez en distintas formas, siendo entonces clarificador decir y acertado afirmar que el derecho se compone de principios y de normas.

Los principios jurídicos pueden ser definidos según la doctrina jurídica a la que uno adscriba, ya sea positivista o iusnaturalista.³ En el primer caso, serán aquellos axiomas no escritos y que se extraen de la legislación positiva y, en el segundo, serán aquellos axiomas del derecho natural, anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo, esto es escrito. Para efectos de nuestro estudio, cuyos alcances son bastante más modestos que la filosofía del derecho, podemos prescindir de esta diferenciación y adoptar como forma de entender los principios como aquel conjunto de axiomas no escritos, que están presentes en cada legislación y cuya observancia es imprescindible.

³ Positivismo: Esencialmente hace referencia a aquella doctrina que entiende que el derecho es lo que está constituido por normas dictadas de acuerdo a procesos válidos por el Estado, en consecuencia, separa el derecho de la moral y la justicia.

Iusnaturalismo: Sostiene que el derecho está constituido por principios anteriores y superiores a las normas positivas (escritas), los que deben necesariamente respetarse para poder estar frente al derecho.

Tal vez sea mejor ilustrar con ejemplos lo que tratamos de decir, a fin de entender de qué hablamos cuando hablamos de principios. A pesar de que no esté escrito en ninguna norma positiva, es un principio que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Es conocido para los penalistas el principio del *non bis in idem*, es decir, nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, o aquel que dice que las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen. Como se puede apreciar, estos principios nos ayudan a entender el derecho como sistema, permiten que los jueces fallen cuando no es posible aplicar una norma en concreto e incluso sirven para crear normas positivas, pero no necesariamente son normas positivas escritas y establecidas en un artículo determinado.

En Derecho Médico también encontramos principios inspiradores de sus normas o que informan al sentenciador y a la sociedad sobre lo que es lícito y lo que no. En algunos casos, estos principios serán tomados de la ética médica -como por ejemplo el principio de la beneficencia o de la no maleficencia-, en otros casos del derecho propiamente tal, como aquel que establece que nadie puede lesionar a otro sin una justa causa.

Como ya adelantamos, además de principios, el derecho está compuesto de normas, esto es, pautas de conducta que como dice nuestro ordenamiento, mandan, prohíben o permiten⁴.

Podríamos afirmar que el derecho está compuesto, en realidad, principalmente por normas, las que nos entregan los mandatos del derecho y serán atingentes a todas aquellas realidades a las que el derecho le interesa regular.

Estas normas, conocidas generalmente como artículos, por regla general se encuentran agrupadas en torno a su objeto mediante los llamados códigos; es por ello que encontramos el Código Civil, que regula principalmente aquellas relaciones entre las personas en aquellos casos en que es posible disponer de determinados bienes; Código del Trabajo, que regula las relaciones laborales; Código de Minería, Código Tributario, etc.

Respecto de la forma en que las normas son creadas y la validez de las mismas hasta su derogación, por regla general están referidas a otra norma, que suele ser conocida como la norma fundamental, nos referimos a la Constitución Política de la República. Sobre el particular ahondaremos más adelante.

4 El artículo primero del Código Civil chileno establece que: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Es menester hacer presente que no todas las normas parecen tener un fundamento ético, ni de justicia en su objeto a regular. En efecto, si bien es cierto que el artículo 391 del Código Penal, que sanciona el homicidio, es una norma en la que podríamos encontrar un fundamento ético, religioso y/o moral, también es cierto que aquella norma que nos obliga a conducir por la derecha no parece tener un fundamento moral, sino meramente práctico.

En cuanto al Derecho Médico, las normas que lo regulan se encuentran -como se dijo- dispersas en variados cuerpos legales, pero también contamos con un Código Sanitario, en donde entre otras, encontramos los requisitos de quienes pueden ejercer la medicina -artículo 112 del Código Sanitario- el delito de ejercicio ilegal de la medicina -artículo 113 del mismo cuerpo legal- e incluso las normas existentes sobre transplante de órganos. Tal como se dijo, no obstante, existen normas muy relevantes para el ejercicio de la medicina, que no se encuentran en el Código Sanitario, tal como se verá extensamente en posteriores capítulos de este trabajo.

3.- EL DERECHO COMO UN CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS QUE REGULAN RELACIONES EN UNA SOCIEDAD (...)

Más adelante, en la definición que nos hemos dado de derecho, nos encontramos con un tercer elemento y es que estas normas y principios, agrupados en un conjunto sistemático, tienen como fin la regulación de las relaciones en una sociedad determinada.

En efecto, el objeto del derecho es precisamente reglamentar cómo se relacionan las personas en una sociedad, es decir, el derecho está construido principalmente para regular conductas, ya sea enmarcándolas, condicionándolas, obligándolas o prohibiéndolas, según sea el tipo de normas.

El quehacer del derecho, en este sentido, está cimentado en que los seres humanos (personas naturales) y/o las instituciones (personas jurídicas) se relacionan entre sí, y con el Estado. Ya sea para conocer de antemano el marco de regulación de esas relaciones o para saber cuáles serán las consecuencias de sus actos y sus omisiones en dichas relaciones, conviene hacer presente que existen normas que regulan y atañen ya no a personas ni a instituciones, como por ejemplo aquellas normas que regulan las relaciones entre los Estados, o aquellas normas de protección al medio ambiente. Para los efectos de este capítulo, conviene tener presente que el derecho regula las relaciones entre personas naturales y/o jurídicas, principalmente.

En el caso del Derecho Civil, por ejemplo, encontramos normas regulatorias sobre cómo deben cumplirse los contratos que libremente celebren las partes contratantes (i.e. el comprador y el vendedor de un predio o de un automóvil), en el caso del Derecho Penal clásico lo regulado son las conductas que la sociedad desea impedir más enérgicamente, para lo cual describe las acciones más deleznable y a la concreción de estas le otorga una sanción (pena) para el infractor. En ambos casos, ya sea penal o civil, el derecho, conviene siempre recordarlo, resguarda los derechos de las personas que precisamente son imputadas de realizar conductas que quiebran o vulneran el derecho a fin que puedan defenderse de tal imputación.

En el caso del Derecho Médico, podríamos afirmar entonces que regula las relaciones entre las personas y entre estas y las instituciones y/o el Estado, cuando esas relaciones están basadas en actos médicos como fundamento fáctico. Lo anteriormente expresado nos permite concluir que el Derecho Médico se nutre y es parte integrante de otros derechos y que alcanza su especificidad al encontrarnos ante actos médicos y/o de salud. Por ejemplo, un acto médico cualquiera estará regulado por el derecho en sus distintas clasificaciones según sea lo que se busca en dicha relación. Así entonces un paciente que es sometido a una intervención quirúrgica de carácter programada, por ejemplo una cesárea, estará enmarcada en el derecho, en distintas vertientes: si la cesárea programada se realiza en una clínica privada, las normas de ese contrato para dicha prestación entre el obstetra y la paciente será materia y estará regulada por el Derecho Civil. Si al momento de la cesárea o durante el puerperio se produce algún resultado inesperado que la paciente o su familia considere negligente, podrá querellarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 491 del Código Penal y en consecuencia ese resultado inesperado, es decir esa consecuencia (lesión o muerte), será evaluada al ámbito del Derecho Penal. Si en cambio la cesárea se produjo en un hospital público, además de lo antes expuesto, se podrán evaluar las responsabilidades de los intervinientes al calor y bajo el prisma del derecho administrativo (mediante el respectivo sumario o investigación administrativa). Como hemos visto, el acto médico inicial (cesárea) puede ser y será evaluado y enmarcado en distintas ramas del derecho, según sea su génesis y sus consecuencias, pero sostenemos que la veta distintiva y específica estará dada por el acto inicial, que determinará que en todos los casos, además de Derecho Penal, Civil y/o Administrativo tenga la especificidad del Derecho Médico.

4.- EL DERECHO COMO UN CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS QUE REGULAN RELACIONES EN UNA SOCIEDAD Y CUYA OBSERVANCIA PUEDE SER IMPUESTA POR LA FUERZA

A decir verdad, hasta ahora nos hemos concentrado en la parte de la definición de derecho que atiende a su descripción, pero resulta esencial y diferenciadora a todas las demás normas de conducta que existen en cada sociedad, la característica propia del derecho que es su facultad de ser impuesto por la fuerza.

Concretamente, las normas morales y/o éticas en algunos casos distan poco de su pares jurídicas y en muchos casos son iguales: i.e. “No matarás” de los mandamientos cristianos tiene mucho que ver con el artículo 390, que sanciona el homicidio simple, en el Código Penal; el dicho “la palabra empeñada debe ser cumplida” tiene un equivalente en el artículo 1545 del Código Civil, que establece que los contratos son ley para las partes. Como vemos, en ambos ejemplos nos encontramos con preceptos que pertenecen a un conjunto de normas, que regulan relaciones entre las personas que viven en sociedad, pero la gran diferencia entre las normas éticas o morales y las normas jurídicas está en la posibilidad que tiene el Estado de obligar a cumplir los mandamientos jurídicos y de sancionar en caso de incumplimiento, es decir, de imponer esas normas y sanciones por la fuerza.

Esta característica del derecho ha sido tal vez la más estudiada por parte de los filósofos del derecho, sobre todo para saber desde dónde arranca y en qué se fundamenta. Esta discusión escapa al objetivo de este trabajo, no obstante sepa el lector que no resulta algo menor, por cuanto la obligatoriedad de las normas jurídicas y las sanciones que se imponen por su incumplimiento pueden ser de tal magnitud que afectan todos y cada uno de los ámbitos de las personas.

Así por ejemplo, la sanción por el incumplimiento de una obligación contractual (el contrato de prestación de servicios para realizar la cesárea) permite al reclamante (acreedor) amparado en el derecho, obligar al reclamado (deudor) a cumplir el contrato íntegramente y además lo puede obligar a pagar una suma de dinero por dicho incumplimiento, la sanción penal que puede resultar del incumplimiento de un mandato penal, o más bien de haber configurado el reclamado (inculpado) una conducta descrita en el Código Penal permite al Estado obligar, ya no solo indemnizar ese hecho en dinero, sino que el propio Estado está autorizado a privar de libertad y encarcelar al inculpado (ahora ya condenado) por haber desplegado esa conducta lesiva y típica. Resulta ilustrativo recordar que hasta hace algunos años, nuestro Derecho Penal incluso permitía que el Estado, en uso de esta facultad, pudiera quitar la vida del condenado, es decir lisa y llanamente matarlo (de hecho, existen países que aún tienen establecida la pena de muerte como sanción penal y hay no pocas voces en nuestro país que

abogan por su reinstauración). Más allá de posiciones a favor o en contra de la pena de muerte como sanción penal, lo cierto es que demuestra hasta qué punto la facultad del Estado es patente y potente, llegando incluso a estos extremos.

Quizás es bueno entonces y ahora hacer presente que, dado que el Estado nos puede sancionar de manera tan drástica y sentida, resulta entonces relevante que para aplicar esas sanciones exista certeza lo más acuciosa posible de la infracción en nombre de la cual se sanciona. Por ello, el tema de mediante qué proceso judicial soy sancionado adquiere relevancia primordial, llegando a configurarse en una de las garantías más queridas y necesarias de cualquier Estado de Derecho. En efecto, y dado que el Estado cuenta con la posibilidad de sancionarnos, el mecanismo mediante el cual se acredite que “merecemos” esa sanción debe ser altamente certero, lo más certero posible, y dar plenas garantías de que el inculpado o demandado puede efectivamente demostrar que no merece tal sanción. Ello es llamado en nuestro ordenamiento como el “debido proceso” y tiene su equivalente en el derecho anglosajón como el “*due process of law*”.

La coercibilidad en los temas atinentes al Derecho Médico se manifiestan en cada una de sus variantes. Es claro y conocido que las demandas por actos médicos presuntamente negligentes (acciones civiles que buscan una indemnización de perjuicios en dinero) tienen como petición final y efectiva la sanción pecuniaria del demandado, es decir una suma de dinero, que el demandado (el obstetra en el caso de la cesárea que hemos estado nombrando) estará obligado a pagar a la paciente en caso que se pruebe que incumplió el contrato que le unía con ella. También, y es aquí donde la peculiaridad de nuestro derecho se hace presente, en caso que se incoe una querrela criminal (acciones penales que buscan una sanción corporal - cárcel) por negligencia médica, el Estado puede sancionar al querrellado (nuestro obstetra del ejemplo) hasta con 3 años de presidio, es decir, quitarle la libertad y encerrarlo por haber cometido un acto negligente con resultado lesivo.

Decimos que esto es una peculiaridad de nuestro derecho, por cuanto la negligencia médica, como ilícito penal, es particular y específica del Derecho Penal chileno, toda vez que fue creación de nuestro legislador penal del año 1874, quien incorporó -de manera *sui generis*- el delito culposo de negligencia médica.

Existen entonces determinadas características que son peculiares y que definen al derecho, según hemos analizado, y que permiten diferenciarlos de otros preceptos que conocemos, practicamos, ignoramos o que simplemente decidimos ignorar. No son las únicas que informan el derecho, pero sí las más relevantes y consensuadas.

EXTERNALIDAD: Por cierto que la externalidad, es decir, el que sean normas impuestas por otros y que no nacen de nuestra voluntad o conciencia, es una característica importante. En efecto, las normas jurídicas no requieren la voluntad o anuencia del afectado para ser imperativas, solo basta que hayan sido generadas de acuerdo a los procedimientos establecidos en otra ley, esto es que existan legalmente; no es condición que el sujeto las apruebe, puede incluso desaprobárselas y estar en profunda contradicción con las convicciones de la persona en cuestión, pero así y todo son obligatorias. Salvo por supuesto casos excepcionales, como aquellos de objeción de conciencia, cuyas particularidades y requisitos requerirían un capítulo especial, no obstante tienen actualmente relevancia en el Derecho Médico chileno, por cuanto está presente en la Ley N° 21.030 que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

NO SE PUEDE ALEGAR IGNORANCIA DEL DERECHO: Otra característica también relevante es que no es necesario que el sujeto conozca las leyes para que le sea obligatorio su cumplimiento. En efecto, el sujeto puede no saber que su actuación está en contradicción con la normativa vigente, puede incluso creer firmemente que su actuar se encuentra ajustado a derecho, pero no obstante ser sancionado por normas que desconoce o que, incluso, supone distintas.

JERARQUÍA NORMATIVA: Tal vez una de las características más especiales del derecho y que se analizará con detalle más adelante, es que sus normas se relacionan entre sí de manera armónica y jerarquizada, es decir, el derecho debe tender a que las normas que se dictan para ir complementándolo y abarcando las posibilidades infinitas que entrega la vida, deben ser normas concordadas y coordinadas con las demás existentes. No obstante, resulta claro que muchas de las veces las normas pudieran verse opuestas entre sí, por lo que es necesario recordar que el derecho y sus preceptos son esencialmente jerarquizados, existiendo leyes en sentido amplio con mayor jerarquía que otras, encontrándose la cumbre de estas normas en la Constitución Política de la República.

DERECHO MÉDICO

Habiendo entonces tratado de entregar una idea general de lo que hablamos cuando hablamos de derecho -repito- para estos efectos, podemos pasar a intentar definir el Derecho Médico.

Su conceptualización no será distinta a la que hemos dado, pero pondremos énfasis en los actos que regula, por ello podríamos decir que el *Derecho Médico es aquel conjunto de principios y normas que regulan relaciones en una sociedad, en tanto las personas realizan actos médicos y cuya observancia puede ser*

impuesta por la fuerza. En consecuencia, la peculiaridad del Derecho Médico está dada no por las personas que regula sino que, especialmente, por los actos que regula.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO MÉDICO

En efecto, y de acuerdo a la definición previamente propuesta, resulta relevante determinar cuál es el ámbito de aplicación de este derecho; en otras palabras, cuáles son los actos que regula. Este ámbito de aplicación además es determinante por cuanto, si bien es cierto existe un Código Sanitario en nuestro engranaje legislativo y cuyo estudio se verá más adelante, recordemos que no es este cuerpo legal el único en donde encontramos normas que regulan los actos médicos. Sin ir más lejos, una de las normas más sensibles para el mundo médico no es parte del Código Sanitario, sino del Código Penal; me refiero al artículo 491 del citado código punitivo que sanciona la llamada “negligencia médica”. Así las cosas, es prioridad entonces definir cuáles son los actos médicos que involucra y que son regulados por el Derecho Sanitario:

1. **ACTOS MÉDICOS PROPIAMENTE TALES:** Indudablemente que las actuaciones realizadas por médicos cirujanos, cuyo objetivo es preservar la salud y/o mejorarla, son actos médicos por excelencia. Aquí encontramos el clásico acto médico que cualquier persona puede imaginar rápidamente. Es decir, la actuación terapéutica de un médico sobre una persona. Es entonces aquel acto médico que en lo esencial debe constar de las cuatro etapas ideales de todo acto médico, es decir: anamnesis, examen físico, hipótesis diagnóstica y tratamiento. Esto es, aquellos actos que emanan de lo dispuesto en el artículo 113 del Código Sanitario y cuya ejecución está entregada por ley exclusivamente a quienes hayan válidamente obtenido el título profesional de médico cirujano. Cabe hacer presente que se discute actualmente una modificación a este articulado.

2. **ACTOS SANITARIOS NO MÉDICOS:** En este ámbito se enmarcan los actos cuya finalidad es la de mantener o recuperar la salud, pero que no son realizados por médicos cirujanos, y en cuyo abanico encontramos, por ejemplo, los actos sanitarios que realiza el personal auxiliar y de apoyo, que va desde la administración por vía venosa de un determinado medicamento hasta la atención de un parto por vía vaginal efectuado por una matrona.

3. **ACTOS DE APOYO:** Son aquellos actos cuyo resultado directo no es la mejoría de la salud del paciente ni tampoco la mantención de la salud del mismo, sino que solo sirven de apoyo a aquellos. Es el clásico ejemplo de los conteos y recuentos de compresas.

4. ACTOS RELATIVOS A LA BIOÉTICA: Aquí derechamente nos encontramos con actos ajenos a la salud del paciente de manera directa y, en consecuencia, sus normas, regulaciones y alcances escapan a la dogmática jurídica y más bien pertenecen a la ética y a la bioética. En este ámbito de aplicación, nos encontramos con aquellos actos realizados en experimentación de nuevos medicamentos, etc.

5. ESTABLECIMIENTOS DE SALUD: Otro de los ámbitos que conforman el Derecho Médico, son aquellos actos emanados y que se desarrollan en el ámbito de los establecimientos de salud, tales como tipos de hospitales, jerarquías, protocolos administrativos de atención, convenios, etc. Incluso algunas normas de la Ley AUGE también están referidas a este ítem.

6. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN Y OFICIOS AFINES: Son aquellos actos que nos permiten válidamente ejercer la medicina y conocer cuáles son los requisitos de tal ejercicio. Sus normas más relevantes se encuentran específicamente en el Código Sanitario.

Así las cosas, todos estos actos determinarán que nos encontremos frente al Derecho Sanitario, y, en consecuencia, nos harán remitirnos a determinadas normas que los regulan y nos permitirán establecer qué tipo de responsabilidades enfrentamos. Por ejemplo, si en realidad el hecho en cuestión es una intervención quirúrgica que se alega imprudente, podemos encontrar en tal acción al menos actos médicos propiamente tales, actos sanitarios no médicos y actos de apoyo. Todas estas circunstancias nos llevarán a recurrir a las normas de Derecho Sanitario que regulan dicha actuación para determinar eventuales responsabilidades. Veamos: deberemos saber si el médico que realizó el acto estaba facultado para ello, es decir si era efectivamente médico cirujano, y para ello será necesario recurrir al Código Sanitario. Además nuestro ejercicio también nos llevará a establecer si en el caso en concreto se cometió una negligencia médica penalmente relevante, para lo cual deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 491 del Código Penal. Pero incluso podríamos vernos enfrentados a un proceso de mediación en salud en virtud del cual se reclame el hecho cuestionado; en tal caso las normas aplicables se encuentran en los artículos 43 y siguientes de la Ley N° 19.966.

Todo lo antes expuesto nos permite afirmar que el Derecho Médico, es decir aquel que regula los actos sanitarios (en sentido amplio), tiene como una de sus características esenciales que sus normas se encuentran dispersas en variados cuerpos legales.

Efectivamente, y tal como se ha explicado, normas del Derecho Sanitario o Derecho Médico pueden encontrarse en el Código Penal, en el Código Sanitario, en el Estatuto Administrativo, en leyes específicas, etc. Y ello de por sí representa una peculiaridad que hace necesaria la correcta integración de estas normas (al

menos para su estudio y ejercicio) y, de esa manera, emprender su entendimiento y aplicación.

FUENTES DEL DERECHO

Como se ha visto, entonces, resulta relevante conocer, ya habiendo definido sus objetivos y conceptualizado sus principales instituciones, de dónde emana y cómo se crea, cómo se reproduce y cómo se modifica el derecho. Es esto a lo que llamamos Fuentes del Derecho.⁵

Los estudiosos del derecho reconocen de manera más o menos uniforme la existencia de las siguientes fuentes del derecho: La ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

En cada caso, veremos someramente qué son y cómo importan en la creación, modificación y derogación del derecho, así como trataremos de aplicar cada una de dichas fuentes al Derecho Sanitario.

LA LEY: Es conveniente aclarar que cuando hablamos de la ley como fuente del Derecho, hablamos de ley en el sentido amplio de la acepción. Si bien es cierto, la ley es un tipo de norma específicamente dispuesta según normas constitucionales, la verdad es que para los efectos de este título debe entenderse como todas aquellas normas positivas (escritas), ya se trate de normas superiores, como la Constitución Política de la República, o de menor jerarquía, como decretos y reglamentos.

Veremos más adelante que, en todo caso, la ley en sentido amplio y aun en sus acepciones más clásicas, admite a su vez graduaciones de jerarquía y en tal caso veremos cuál o cuáles priman. Lo importante en este momento es tener claridad que la fuente del derecho por excelencia es la ley o, mejor dicho, la legislación positiva.

Respecto del Derecho Médico, claro está que la ley positiva más relevante, o al menos más conocida, es precisamente el Código Sanitario.

LA COSTUMBRE: Se ha definido la costumbre -es su acepción de fuente del derecho- como aquella repetición de determinados actos por una comunidad unidos a la creencia de que esos actos constituyen una obligación jurídica (esto es

⁵ Dado el objetivo de este trabajo, no nos referiremos a las fuentes materiales del derecho sino solo a las formales. Las fuentes materiales son aquellas condiciones de la sociedad al momento de la creación de las normas, que influyen en estas y en su contenido.

que su inobservancia acarrearía consecuencias jurídicas). Así las cosas, la costumbre fue quizás la más antigua y primaria fuente del derecho en los albores de la civilización, pero claramente ha ido perdiendo fuerza con el devenir de la historia y la implementación del derecho escrito. En nuestro ordenamiento jurídico, la costumbre ha sido encajonada a lo que determina el artículo 2 de nuestro Código Civil, que establece que: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Existen sí casos en que la ley se remite a la costumbre, por ejemplo en materia comercial, pero son escasos. Si buscásemos algún ejemplo en Derecho Médico para ilustrar cómo la costumbre médica o sanitaria se ha constituido en una fuente del Derecho Médico, podríamos hablar de todo el desarrollo que han tenido los protocolos de atención en determinados actos médicos y para determinadas patologías; incluso el consentimiento informado, que inicialmente no se encontraba regulado, podría caer en esta nomenclatura.

LA JURISPRUDENCIA: Si bien existen distintas acepciones que se refieren a la jurisprudencia (i.e. estudio del derecho, conjunto de fallos de los tribunales de justicia, tendencia de fallos de los tribunales), para los efectos de este trabajo y específicamente en cuanto fuente formal del derecho (al menos el chileno en la actualidad), la jurisprudencia está constituida por la sentencia específica que emana del juez y que resuelve un conflicto sometido a su decisión. En efecto, resulta claro que la ley y la costumbre constituyen o pueden llegar a constituir derecho respectivamente, por cuanto sus enunciados abarcarán situaciones generales, debe resultar también elocuente que una vez producido el conflicto y puesto este en conocimiento del sentenciador, la resolución de dicha controversia judicial otorgará derechos y generará obligaciones, en otras palabras, concretizará el derecho general en derechos particulares, creándolo en ese ámbito. Por ello, cada sentencia es en sí creadora de derecho y, por consiguiente, fuente del mismo. Por lo demás, el reconocimiento de la sentencia -jurisprudencia- a su rol de fuente del derecho está estampada en el artículo 3º del Código Civil, que establece en su inciso segundo que: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” o lo que se conoce como “efecto relativo de las sentencias”. Para efectos de este postulado, lo que debe interpretarse es que respecto de las partes, a lo menos, son derecho. En el plano del Derecho Médico, las sentencias emanadas por los tribunales de justicia, conociendo por ejemplo casos de presunta mala praxis médica, qué duda cabe, constituyen para las partes del caso enunciaciones de derechos que se declaran y establecen al respecto.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Al intentar definir el concepto de principios generales del Derecho, debemos tener presente que su conceptualización no ha estado exenta del debate entre los estudiosos del derecho.

Concretamente, reconociendo siempre que son valores, reglas o axiomas, que no están escritos necesariamente en la legislación positiva, constituyen verdaderos mandamientos que ayudan al juez a resolver el conflicto y aplicar el derecho cuando no es posible hacerlo solo con la legislación positiva. La discrepancia se ha dado en su origen, esto es, de dónde emanan estos principios, pues para algunos son los principios generales del derecho natural común a toda la humanidad -iusnaturalismo-, para otros son axiomas que emanan del propio derecho positivo y que deben necesariamente extraerse de dichas normas escritas -positivismo-. Estos principios generan Derecho, es decir, son fuentes formales por cuanto ayudan al juzgador -algunos sostienen también al legislador- cuando las demás fuentes parecen ausentes, insuficientes o incluso contradictorias; por esta razón hay quienes los llaman Fuentes Supletorias del Derecho. En este conjunto de principios encontramos, por ejemplo, aquel que establece que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”, “no se permite el enriquecimiento sin causa”, etc. En cuanto al Derecho Médico, creo que los principios prestados de la ética médica, como el de beneficencia y el de no maleficencia, son ejemplos de axiomas basales que deben siempre ilustrar el modo y la forma de aplicar el Derecho Médico y pasan entonces a convertirse en fuente formal del mismo.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS

Habiendo entonces someramente definido los conceptos esenciales y más generales para entender el derecho, debemos seguidamente hacer mención a una de las particularidades más relevantes del sistema normativo, y que de paso sirve precisamente para otorgar eficacia a dicho sistema y claridad de las reglas del juego para los sujetos de derecho. Estamos hablando precisamente de la jerarquía de las normas de derecho.

Concretamente, y a fin de ilustrar mejor esta idea, se ha propuesto innumerables veces imaginar el ordenamiento positivo como una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la norma más relevante, la de mayor jerarquía y de donde emanan las potestades, modos y formas de derecho y de generación del mismo, hasta finalmente encontrarse en la base de dicha pirámide con las normas inferiores y más específicas.

Lo anterior tiene algunas consecuencias relevantes, para efectos de aplicación de las normas, para efectos de interpretación de las mismas y para efectos de creación de las normas y de su contenido. De esta manera, y valiéndonos de la pirámide que ya hablamos, debemos entonces ubicar en su cúspide a la Constitución Política de la República -norma fundamental- y en la base a los decretos,

reglamentos e incluso hay quienes ubican a las sentencias de los tribunales de justicia, encontrando en la parte intermedia de la pirámide a las leyes en general.⁶

Como vemos, esta organización de las leyes o jerarquía de las mismas está dada precisamente por su importancia, pero especialmente por su validez, por cuanto el sustento de una norma inferior (i.e. reglamento) es la respectiva norma inmediatamente superior (i.e. ley) y así sucesivamente hasta llegar al fundamento final y último, como es la propia Constitución, de donde emana la potestad de todas las demás normas, debiendo cada una ser entonces consecuyente y enmarcada dentro de la potestad que otorgó precisamente la norma superior, y así todas ellas deben estar acordes y sujetas a lo dispuesto por la Constitución.⁷

Lo anterior cobra relevancia no solo para efectos de generación de normas y validez, sino que incluso es relevante para poder establecer el marco en que debe moverse cada norma jurídica. En efecto, no existe o al menos no debiera existir ninguna norma que no se ajuste en el fondo y en la forma a la norma fundamental, es decir a la Constitución, por cuanto adolecería del vicio conocido como inconstitucionalidad, y no podría ser válida.

Así las cosas, y en lo que respecta al Derecho Médico, existen también distintas normas que lo componen y estas normas son de distintas jerarquías, por lo que habrá que estar a la norma en cuestión para determinar su validez y más aún su prevalencia en relación con otras normas.

Por ejemplo, existe la norma constitucional consagrada en el artículo 19 N°1 que establece que: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”. Esta norma, con claras implicancias en el Derecho Sanitario tiene rango constitucional y en consecuencia su cumplimiento obliga no solo al Estado y a todas las personas, sino que además obliga a todas las demás normas del Derecho Sanitario cuyo contenido debe siempre y necesariamente respetar esta garantía. No podría, en consecuencia, existir una norma en un reglamento,

6 Existe también jerarquía entre las propias leyes, por cuanto encontramos leyes superiores como las Leyes Interpretativas de la Constitución, para más “abajo” ubicar las Leyes Orgánicas Constitucionales, luego están las Leyes de *Quórum* Calificado, llegando finalmente a las leyes simples, todo ello en atención al *Quórum* que requieren para su promulgación, el que está en estricta relación con la relevancia de las materias que pretenden regular.

7 Respecto de la validez de la norma fundamental, existen distintas teorías que intentan explicarla, según sea la corriente jurídica que uno adscriba, pero para los efectos de este trabajo es suficiente que demos por sentada la validez de esta norma fundamental.

o incluso en el propio Código Sanitario, que contraviniera lo mandado en la Constitución.

NORMATIVA FUNDAMENTAL

A lo largo del capítulo hemos intentado sintetizar algunos conceptos básicos del Derecho. Más adelante nos referiremos a las normas que conforman el Derecho Sanitario y una breve explicación de cada una de ellas. En este apartado nombraremos rápidamente cuáles son las normas y qué rol cumplen cada una de ellas:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA:** Es la llamada norma fundamental, en ella se establecen las bases generales del Estado, su administración y los derechos o garantías esenciales. Se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico y en sus normas se plasma tanto la forma como el fondo en que las demás normas jurídicas deben generarse y enmarcarse.
- **LA LEY:** La definición legal de ley está dada por lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil que establece que: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. Además, entre los estudiosos suele haber acuerdo en que las leyes deben ser de carácter general y abstracto, con el fin de regular la mayor cantidad de situaciones. Pueden estar agrupadas en códigos o pueden ser conjuntos de normas respecto de un tema específico (Código Sanitario y Ley N° 19.966 respectivamente). Como se explicó, dentro de las propias leyes existen distintas jerarquías y ámbitos, cuya generación estará determinada por la materia que regulan en relación con el *quórum* que requieren para aprobarse. Así encontramos las “leyes interpretativas de la Constitución” (requieren para su aprobación y derogación las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio); también están las “leyes orgánicas constitucionales” (que requieren de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio para su promulgación); existen “leyes de *quórum* calificado” (cuyo *quórum* es precisamente la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio), y finalmente las “leyes comunes” o “leyes ordinarias” (cuyo *quórum* para ser aprobadas, derogadas o modificadas es de simple mayoría de los senadores y diputados presentes).
- **DECRETOS CON JERARQUÍA DE LEY:** Corresponden a normas que son materia de ley, pero que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo.

En este ítem encontramos dos tipos de normas: Los decretos con fuerza de ley (emanan directamente del Presidente de la República en virtud de una autorización del Congreso) y los Decretos Leyes (emanan directamente del Presidente. No requieren delegación alguna y son propios de los gobiernos de facto).

- **POTESTAD REGLAMENTARIA:** Son aquellas normas (generales y también particulares) dictadas por los órganos de administración del Estado en materias no propias de ley. Estos pueden ser reglamentos, simples decretos o instrucciones.

Es esta la normativa fundamental que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos permite dilucidar, en términos generales, cuál es la conducta debida, cuál es la conducta exigida y cuál es la conducta prohibida, tanto para nosotros como para las demás personas y, por supuesto, para las autoridades.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Puesta así la realidad actual de nuestro derecho, debemos primeramente decir que la Medicina y el Derecho han convivido desde tiempos inmemoriales.

Resulta ilustrativo pensar que precisamente, y en muchos casos, eran los primeros médicos (magos o chamanes) quienes ejercían el más alto poder y autoridad sobre las comunidades primitivas, encontrando entonces radicado el poder político en quienes conocían el arte o magia de curar. Desde aquellos tiempos y hasta la fecha es innegable el prestigio y la majestuosidad con que cuentan los sanadores. Su arte fue siempre considerado una suerte de conjunción entre sabiduría y magia, entre verdad y revelación, entre inspiración y conocimiento o, a decir de hoy, entre ciencia y arte. El estatus social del sanador fue siempre de privilegio, distinguiéndose del resto de sus congéneres por su ubicación social, pero también incluso por su vestimenta y atavíos. Es dable entonces entender incluso que hoy, aun cuando la relación médico paciente es más horizontal que en toda la historia de la medicina, sigan vistiendo de blanco, utilicen instrumentos “cuasi-mágicos” y hablen en términos crípticos e indescifrables.

ORÍGENES DE LA *LEX ARTIS* Y LA MALA PRAXIS

No obstante lo ya dicho, también es posible encontrar en la Antigüedad vestigios descriptivos de lo que hoy conocemos como actos de negligencia médica, sanciones a las mismas e incluso premios por la buena práctica médica.

Concretamente, durante el reinado de Hammurabi⁸ en la antigua Babilonia, se escribió una de las primeras normas que se conocen sobre la materia y cuya importancia histórica radica en ser la primera recopilación de leyes en forma de código. Pues bien, es allí en su artículo 218 en donde se describe la conducta negligente del cirujano y en donde se aplica primeramente la sanción, que en caso de este artículo resulta bastante llamativa. En efecto, el artículo citado establecía que: “Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos”, como podemos ver y a pesar de haber sido escrito hace más de 4 mil años, la descripción de la conducta típica (es decir, el delito), así como la sanción (es decir, la pena) nos permite proponer que para los antiguos babilonios el concepto de *Lex Artis* Médica y su antípoda, es decir la Mala Praxis, eran conocidos.⁹

Es allí donde encontramos la primera raíz y el primer acercamiento entre Derecho y Medicina en un aspecto formal y a la vez sancionatorio.

Con el correr de la historia, la relación entre mala práctica médica y sanción legal -penal o civil- ha tenido innumerables encuentros y desencuentros,¹⁰ estableciendo en cada caso y en cada época histórica determinadas interrelaciones cuyo sustento común, podemos afirmar, ha estado en propender a que la medicina se ejecute por personas capacitadas y de manera adecuada, y sancionando aquellos casos en que esta ciencia-arte se ejecuta de manera incorrecta, desajustada a lo que correspondía o claramente ajena a lo que en ese período histórico era lo aceptado. En otras palabras, tanto los antiguos reyes babilonios, como los pretores romanos y los jueces modernos, han debido determinar cuál era la conducta aceptada, es decir, cuál era la *Lex Artis*. Según esa lógica, pueden encuadrar o no la conducta desplegada por el médico imputado, y, en consecuencia, absolver o condenar.

He ahí la relevancia, podríamos decir, atemporal y por consiguiente actual y necesaria, de establecer un concepto de *Lex Artis* que permita dar respuesta a

8 Hammurabi Rey de Babilonia (1792-50 a C) de la primera dinastía, estrategia que logró establecer un amplio imperio babilónico y que además promulgó el primer código que se conoce en la historia, el Código de Hammurabi.

9 Los antiguos babilonios, al parecer, distinguían entre la medicina y la cirugía, siendo la primera considerada una actividad noble y en consecuencia no penalizada y la segunda un oficio, y, por ende, susceptible de ser castigado en caso de realizarlo negligentemente.

10 *Digesto Romano, Fuero Juzgo, las Siete Partidas*, etc.

la pregunta de cuándo se actúa dentro de sus marcos y cuándo el obrar u omitir se aparta de ella.

LEX ARTIS MÉDICA

Habiendo dicho lo anterior, proponemos en este trabajo definir la *Lex Artis Médica* como *aquella práctica médica generalmente aceptada, en un tiempo y lugar determinados, para un paciente en concreto*.

La anterior definición pretende entregarnos algunas propuestas de criterios sobre lo que debiéramos entender y juzgar al hablar de *Lex Artis*.

Cabe recordar que la definición está relacionada al ámbito de su implementación en un plano jurisdiccional, es decir, para ser aplicada en un caso concreto que debe ser resuelto, podemos entonces, para esto efectos, homologar *Lex Artis* con *Lex Artis ad-hoc*.

Analicemos entonces cada uno de los elementos que componen este concepto de *Lex Artis* para determinar su alcance, sus limitaciones y, por qué no, sus obligaciones.

AQUELLA PRÁCTICA MÉDICA:

Esta primera aproximación y párrafo inicial de la definición de *Lex Artis* nos hace referencia a un elemento de la esencia siempre presente en aquellas situaciones en que lo que se debe analizar es la correcta actuación en medicina. Efectivamente, cuando hablamos de práctica médica (y no de otra cosa) nos referimos a que al analizar la corrección o imprudencia en el obrar de un médico debe estar siempre presente la óptica práctica, de cómo toda la innumerable teoría médica se concretiza en la práctica del actuar médico. Efectivamente, al determinar que una actuación se ha ajustado o no a la *Lex Artis*, lo primero que se debe evaluar es esa conducta al tenor de la práctica médica, y no al tenor de la teoría de la medicina. Esto tiene su fundamento tanto en la esencia del quehacer médico, como en la conducta que describe el tipo penal del artículo 491 del código punitivo.

Concretamente, lo relevante para establecer la conducta adecuada es precisamente cuál es la conducta que se describe como tal, y no cuál es la teoría que debe utilizarse para analizar tal hecho. Así las cosas, por ejemplo, el juez, a fin de juzgar, deberá enfrentar lo que ha realizado u omitido el médico en su obrar profesional

con lo que otro médico en sus mismas condiciones hubiese realizado u omitido, pero no será suficiente analizar solamente cuál es en teoría la conducta debida.

Por ejemplo, en el caso de un paciente que concurre por primera vez ante un facultativo por un dolor abdominal difuso y no tiene otros síntomas asociados, la práctica médica, según la edad y condición del paciente, es la de buscar la causa de ese dolor mediante una anamnesis y un examen físico acucioso, pero no serán relevantes -insisto, para el análisis jurisdiccional- las infinitas teorías y tratados en los que se analizan las miles de posibilidades que pueden derivarse de tales síntomas -desde una simple indigestión hasta una peritonitis-; lo que deberá ponderar el juez es si lo que ese médico realizó es lo que en la práctica general otro profesional realizaría.

En definitiva, insistimos en recalcar que de lo que se trata es de la teoría médica aplicada a la práctica y no es solo de teoría médica de lo que hablamos.

AQUELLA PRÁCTICA MÉDICA GENERALMENTE ACEPTADA:

Habiendo despejado el tema inicial, podemos avanzar en la definición e inmediatamente nos encontramos con la necesidad, pero a la vez con la condición, de que esa práctica médica sea “generalmente aceptada”.

Este elemento de la definición nos revela dos consecuencias importantes que deben estar presentes en el quehacer médico ajustado a *Lex Artis*. Esas consecuencias son:

a) Es ajustado a *Lex Artis* todo aquello que generalmente se acepta como correcto en la práctica médica, y a *contrario sensu*, no se ajusta a *Lex Artis* aquello que generalmente no se acepta. Por ejemplo, resulta ajustado a *Lex Artis*, en este punto, la situación de hospitalizar y observar a un paciente que ha consultado más de dos veces por una misma dolencia en un plazo de 24 horas. Lo anterior es generalmente aceptado. A su vez, no será ajustado a la *Lex Artis* si el mismo paciente consulta por la misma dolencia en un plazo de 24 horas en cuatro ocasiones, y los profesionales que lo examinan en las dos últimas ocasiones no indican su hospitalización. Esto último no es lo generalmente aceptado, y por ende estaríamos frente a una práctica -más bien a una omisión- que no se ajusta a lo que la práctica médica recomienda.

b) La segunda consecuencia que importa la definición propuesta dice relación con una de las características más propias de la medicina, y es que esta no es unívoca.

En efecto, cuando decimos que la conducta debe ser generalmente aceptada, nos estamos refiriendo a que no necesariamente se trata de la única conducta aceptada. Pueden existir otras conductas que puedan reputarse como igualmente válidas, pero que no se encuentren aceptadas de manera generalizada por la práctica médica. Esta consecuencia emana de la esencia de la medicina, que se trata de una ciencia pero también de un arte, como lo explicamos al inicio de este trabajo, y donde las verdades actuales y conocimientos terapéuticos rápidamente pueden pasar a quedar obsoletos, o restringidos a casos especiales. Es conocido el adagio médico que dice que “en medicina no hay enfermedades sino enfermos”. Resulta de la esencia de la medicina -y he ahí su riqueza y complejidad- que ante un mismo síntoma, especialmente aquellos iniciales, los facultativos tengan opiniones diversas, cuya validez solo podrá ser confirmada finalmente -además de exámenes- por el desarrollo en la sintomatología y la salud del paciente.

Para estos efectos no podemos olvidar que tal como el derecho, la medicina impone obligaciones de medios y no de resultados. Pues bien, puesto de esta forma, la *Lex Artis* de la medicina permite, y es dable encontrar en su formulación, respuestas disímiles a problemas similares, siendo ambas respuestas correctas desde el punto de vista de ley del arte. Por ejemplo, y siguiendo nuestra premisa inicial de un paciente que consulta por dolor abdominal sin otro síntoma asociado, entendemos que tanto el médico que diagnostica un probable cuadro de apendicitis en observación, como aquel que diagnostica una obstrucción intestinal, pueden estar actuando conforme a *Lex Artis*, aun cuando en ambos casos sean distintas las hipótesis diagnósticas. Incluso puede darse el caso que ninguno de los dos sea el cuadro que aquejaba al paciente finalmente y lo que haya tenido sea una simple transgresión alimentaria.

Es en este ámbito de la *Lex Artis* donde cobran fuerza los llamados diagnósticos diferenciales, es decir, aquellos que emanan del mismo paciente pero cuyas hipótesis diagnósticas son distintas. Podemos entonces afirmar que los diagnósticos diferenciales no son constitutivos *per se* de falta a la *Lex Artis*, cuando el sustento de los mismos es plausible y concordante con la situación clínica del paciente.

Distinto es el caso de aquellos diagnósticos que claramente aparecen como improbables; es decir, no diferenciales o aquellos directamente inconexos, ajenos o no sugeridos por sintomatología ni imagenología alguna. Por ejemplo, el caso del paciente que presenta dolor abdominal agudo, y el médico le diagnostica una patología diversa a la sintomatología presentada, por ejemplo un problema oftalmológico. En esta circunstancia claramente nos encontramos ante un diagnóstico ajeno, lo que en derecho se conoce como “error inexcusable”. Es decir, aquel en que cualquier otro médico en la misma situación no habría incurrido.

Por ello, los errores inexcusables no se encuentran amparados por la *Lex Artis* y son, en consecuencia, constitutivos de negligencia.

AQUELLA PRÁCTICA MÉDICA GENERALMENTE ACEPTADA, EN UN TIEMPO DETERMINADO:

Según manifiestan profesores de medicina, cada diez años el 50% de los conocimientos en medicina quedan obsoletos y son renovados por otros, en algunos casos entregando nuevas soluciones diametralmente opuestas a las anteriores. Es precisamente a esa cualidad de la medicina, de ser una ciencia-arte en constante desarrollo, a lo que apunta esta parte de la definición.

Concretamente, al momento de evaluar si la conducta desplegada por el facultativo se ajustó o no a la *Lex Artis*, deberán los peritos informar y por su parte el juez ponderar cuál era la conducta adecuada en esa época determinada, y no la conducta que posteriormente se haya estimado como correcta.

Así, por ejemplo, el diagnóstico precoz y oportuno de un síndrome HELLP (una de las complicaciones maternas y fetales más graves que puedan ocurrir durante el embarazo) no es el mismo si los hechos ocurrieron en el año 1990 o en la actualidad.

Por ello, siempre debemos tener presente la fecha de ocurrencia de los mismos y lo que en esa fecha se ajustaba a medicina.

AQUELLA PRÁCTICA MÉDICA GENERALMENTE ACEPTADA POR LA MEDICINA, EN UN TIEMPO Y LUGAR DETERMINADO:

Así como la fecha de los hechos nos delimita el contorno temporal en que hemos de ponderar la conducta desplegada por el médico cuestionado, el lugar en que estos hechos hayan acaecido tiene la misma importancia para determinar si el obrar u omitir se ajustó o no a *Lex Artis*.

Lo anterior no reviste dificultad intelectual alguna por cuanto es de todos conocido, y además está establecido en la normativa vigente, que las complejidades de los centros asistenciales son diversas y en función de dicha complejidad se podrán realizar con mayor o menor seguridad determinados actos médicos.

Así tenemos, por ejemplo, que no será la misma evaluación de la *Lex Artis* la que se haga respecto de una operación de apendicitis de urgencia en un hospital de

máxima o alta complejidad, es decir que cuenta con la mayor cantidad de recursos humanos (especialistas, sub-especialistas, personal de apoyo entrenado, etc.) de recursos materiales (salas de recuperación, maquinaria sofisticada, abundantes y modernos insumos) que la consideración que se realice sobre la *Lex Artis* en el mismo tipo de intervención quirúrgica que se desarrolle esta vez en un centro hospitalario básico de baja complejidad. Claramente, en el primer caso los medios técnicos, así como el apoyo de personal y especialistas, es obviamente mayor y más completo que el segundo caso, y, por ende, tanto la evaluación médico-legal que se haga sobre el procedimiento en sí, como de la detección y tratamiento de eventuales complicaciones será con mayor rigurosidad en un hospital complejo que en uno con menos recursos.

Lo anteriormente expuesto no puede confundirse con aquel actuar médico, que sin existir urgencia vital ni riesgo de secuela funcional grave para el paciente, conociendo las limitaciones del centro asistencial, es decir sabiendo que este no reúne las características necesarias para realizar una determinada intervención, y no obstante pudiendo derivar u optar por otro centro, decide realizar el acto en ese nosocomio, por cuanto en este caso podríamos estar frente a un actuar culpable, por cuanto el derecho nos impone la obligación de haber previsto las complicaciones posibles que el acto podría acarrear y haber previsto cómo enfrentarlas.

Claramente distinta será la condición de un paciente que ingresa de urgencia a un centro asistencial, lo que da pie a otras consideraciones médico-jurídicas, por cuanto la ponderación del lugar estará supeditada a la necesidad vital de atención.

AQUELLA PRÁCTICA MÉDICA GENERALMENTE ACEPTADA POR LA MEDICINA, EN UN TIEMPO Y LUGAR DETERMINADO, PARA UN PACIENTE EN CONCRETO:

Ya lo mencionábamos anteriormente, la medicina no trata enfermedades sino enfermos, y es por ello que la persona del paciente y sus circunstancias propias es de suyo lo más relevante al determinar el acto médico.

Nuevamente, esta afirmación se entiende al tenor de la propia ciencia médica, por cuanto desde ya delimita el actuar sobre pacientes de distintas edades (pediátrico y adulto; lactante y pediátrico, etc.), así como distingue distintos pacientes de la misma edad, según las patologías previas, características propias de cada paciente, según su historial clínico que se devela no solo en la ficha, sino que en la propia anamnesis.

Una embarazada de término requerirá que el obstetra despliegue distintas conductas según se trate de una paciente joven o añosa, múltipara o primípara, con o sin abortos previos, etc. Así también un anestesiólogo desplegará acciones diversas si se trata de pacientes ASA I, II o III, esto es, con riesgos anestésicos diversos.

La importancia de este elemento es tal que determina la forma de actuar, la forma de evaluar y finalmente la forma de juzgar un acto médico independiente de todas las demás características de la definición de *Lex Artis* que hemos propuesto.

COMPONENTES DE LA *LEX ARTIS*

En atención a la definición que hemos propuesto, resulta evidente que el contenido de la misma estará conformado por variadas circunstancias y diversas “fuentes”, que actuando de manera interrelacionada se conjugarán para cuajar un estado de *Lex Artis* determinado. No será un único componente que dé vida y sustento a lo que debe o no hacerse en medicina cuando ese hacer está siendo evaluado al tenor del derecho. Es más, es deseable que la ponderación se haga con distintos elementos para entender tanto su complejidad como sus especiales características, a saber:

- **PROTOCOLOS:** La *Lex Artis* se compone de protocolos médicos que establecen procesos y mecanismos de acción terapéutica cuya eficacia ha sido o debe haber sido debidamente probada y, en consecuencia, pertenece al correcto actuar médico. Es necesario aclarar que estos protocolos no constituyen, y bien lo saben los médicos, dogmas de atención, por cuanto su confección estará determinada por las circunstancias especiales de cada autor, sea este una persona natural o jurídica, como por ejemplo un Servicio de Salud, y su implementación será necesariamente ponderada de acuerdo al caso en el cual concretamente se requiere.
- **GUÍAS:** En el mismo sentido, las Guías Médicas, cuya confección e implementación es de periódica ocurrencia, también permitirán aportar a establecer la *Lex Artis*. Estas guías, generalmente emanadas de las autoridades administrativas, deben tener como finalidad entregar recomendaciones generales para mejor encausar los procesos médicos hacia más eficientes resultados, deben estar acordes a los avances tecnológicos y de conocimientos que existan al momento de la confección de la guía, pero sobre todo es necesario comprender que son textos referenciales de actuar médico, entregan pautas de acción pero no re-

cetas. Una guía en este contexto estará conformando la ley del arte en conjunto con otras circunstancias, pero jamás de manera excluyente, ni mucho menos exclusiva.

- **MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA:** La recopilación de la mejor y más completa evidencia científica disponible es sin duda parte de los elementos que componen la *Lex Artis*. Serán sus datos, sus cifras, sus conclusiones, y sobre todo su condición de verdad científica, la que permita incorporar a la balanza de lo hecho u omitido con un paciente en concreto, la correcta o incorrecta actuación de un médico desde el punto de vista jurisdiccional. En defensa de los cultores de la experiencia por sobre la evidencia, debemos decir que como todos los demás elementos, este no es *per se* el que define la *Lex Artis* sino solo uno de los diversos componentes que confluyen para establecer el correcto (lícito) actuar médico.
- **OPINIÓN DE EXPERTOS:** En oposición aparente, pero en complementación real con la Medicina Basada en la Evidencia, la opinión de expertos, la experiencia, la experticia de los más experimentados, también constituye un afluente relevante al momento de llenar el vaso que contiene la *Lex Artis*. Realzando lo vivencial, enarbolando la condición de arte de la medicina, este elemento también debe estar ponderado y matizado en la evaluación del obrar médico.
- **LA MÁS RECIENTE PUBLICACIÓN:** A modo de ejemplo, y solo con el objeto pedagógico de hacer presentes los múltiples elementos que conforman la *Lex Artis*, es que también en ella encontramos la más reciente publicación, el llamado último artículo o “paper” que se ha publicado sobre una materia en particular. Este ítem da cuenta de la constante evolución de la *Lex Artis*, y, por ello, no debe estar ajeno a la evaluación médico-jurídica en cada caso.
- **ÉTICA:** La actividad médica es una actividad esencialmente ética. Su ejecución siempre debe estar sujeta a los cánones éticos que los propios médicos se han dado para ejercer el arte de sanar. Podemos decir que cuidando los principios éticos básicos de la medicina (autonomía, no maleficencia, justicia y beneficencia) estamos cuidando la esencia de la *Lex Artis*. Vale consignar acá que estimamos que si bien no toda falta ética es una negligencia médica, toda negligencia médica conlleva una falta ética. Por ello es la ética elemento constituyente de la *Lex Artis* en su vertiente más pura.

Ahora bien, como hemos querido destacar algunos de los elementos que componen la *Lex Artis*, quizás lo más relevante sea que entendemos que ninguno de ellos por sí solo puede dar completa satisfacción al concepto, sino que precisamente será la conjunción de todos en su particular ámbito lo que contribuya a formar la ansiada *Lex Artis* o conducta médica adecuada. La integración al menos de todos y cada uno de estos elementos debiera servir para determinar la ley del arte.

Habiendo dicho lo anterior, conviene también hacer presente que llegado el momento de la ponderación jurisdiccional de la conducta cuestionada, el sentenciador aplicará -de hecho así lo hacen en todos y cada uno de los casos que hemos conocido- cada una de estas fuentes de *Lex Artis* de manera particular y sobre todo en función del caso concreto. Para decirlo en términos simples: el juez no se pregunta solamente si con este paciente se siguió el protocolo, si en esta actuación se tuvo en cuenta la opinión de expertos, etc. El juzgador se pregunta finalmente si con este paciente, en estas circunstancias, se hizo lo que se debía hacer. Será ese el *quid* del asunto, y será eso lo que intentará demostrar su abogado defensor (que se ajustó a la *Lex Artis*), así como será precisamente lo que intentará probar el acusador (falta o desapego a la *Lex Artis*).

EVALUACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LA *LEX ARTIS*

Por supuesto que evaluar la conducta médica desplegada debe ser hecho de manera circunstanciada. Es una garantía del derecho, especialmente del Derecho Penal y más específicamente para los cuasidelitos o delitos culposos (como la negligencia médica), entender que las actuaciones fueron produciéndose de manera consecutiva y que el resultado lesivo no era querido, ni menos conocido al momento del obrar médico. No es posible pretender juzgar la actuación de un profesional de la medicina desconociendo la evolución del paciente, por cuanto se estaría actuando fuera del ámbito procesal y más bien infringiendo las normas del debido proceso. Las decisiones médicas que fueron tomadas deben necesariamente ser ponderadas con el estado del paciente en ese momento, y no al revés.

Pretender juzgar un acto médico a la luz de lo que ahora sabemos -gracias a una autopsia- la patología real que aquejó a ese paciente y así reprochar el diagnóstico errado hecho cuando no se tenían más antecedentes, no se condice con la evaluación correcta de la *Lex Artis*.

Esta ponderación circunstanciada es primordial para el ejercicio de la judicatura y también de los procesos administrativos sancionatorios tales como los

sumarios administrativos y las investigaciones sumarias, pero existen procesos no jurisdiccionales en que se parte desde el resultado para determinar eventuales fallas en el sistema, como por ejemplo las auditorías médicas, aunque claramente estas son otra índole de investigaciones, persiguen fines distintos y tienen mecanismos propios.

LA *LEX ARTIS*: ELEMENTO MÉDICO

Así pues tenemos que habiendo definido qué es la “*Lex Artis*”, resulta evidente que a fin de evaluar las conductas desplegadas, esta evaluación debe ponderar al menos cuatro elementos insoslayablemente:

- La práctica médica habitual, incluidos diagnósticos diferenciales;
- El lugar de los hechos;
- Las fechas en que estos ocurrieron;
- El paciente sobre el cual se realizó el acto.

Estos cuatro elementos configuran aquellos de la esencia del acto, y deberán ser siempre ponderados de manera tal que no será posible abstraerse de alguno sin caer en una evaluación parcial y errónea, sino inícuo, de los hechos cuestionados.

Por lo anterior, sus definiciones y sus alcances, podemos concluir que la *Lex Artis* es un concepto abstracto (tan propio de las leyes en general) que puede y debe ser enmarcado siempre en el caso concreto, y en cuya concreción se requerirán los especiales conocimientos que puedan ilustrar y dar contenido a cada uno de los cuatro elementos enunciados.

Entonces pareciera ser claro que quien deberá ilustrar al tribunal que está llamado a pronunciarse sobre los hechos y determinar si existió o no un ilícito sustentado en una infracción a la *Lex Artis*, deberá necesariamente ser un experto, un conocedor de dicha ciencia y de dicho arte, alguien con los conocimientos técnicos de ese especial saber, en términos legales un perito, y por supuesto un perito en medicina, un perito médico. Sin perjuicio por cierto de los documentos (también médicos) que puedan agregarse.

Esta conclusión no resulta menor, toda vez que será entonces un médico quien ayudará con su conocimiento y experticia al juzgador a esclarecer lo obrado u omitido por el cuestionado galeno, a lo menos en lo que respecta a esta parte del ejercicio jurisdiccional.

De todas formas, es pertinente aclarar que lo antes dicho no debe confundirse con la labor jurisdiccional propia, exclusiva y excluyente de los tribunales

de justicia. Son estos, por mandato constitucional, quienes tienen la facultad o imperio para determinar si alguien cometió o no un ilícito civil o delito, toda vez que dicha evaluación importa un análisis más complejo, técnico y jurídico de la conducta desplegada y de su eventual subsumisión a la norma en concreto, en cuya evaluación, la actuación conforme o discorde a la *Lex Artis* será solo un elemento de varios más a tener presente para determinar si el médico cuestionado debe o no indemnizar un daño o si es culpable o inocente. Este poder-deber de juzgar tiene características y complejidades propias, que son ajenas completamente a los objetivos de este trabajo, pero, a fin de ilustrar esa idea, podemos decir que en el camino que debe recorrer el juez para juzgar un acto médico, la sujeción a la *Lex Artis* es solo una estación de otras más que deberán ponderarse antes de arribar a destino, esto es, a una sentencia definitiva. En efecto, para fallar, el sentenciador deberá tener presente, por ejemplo, la causalidad, el daño, si se quiere imputación objetiva y su encuadre en la conducta imputada, etc. Pero habiendo dicho esto, con la misma fuerza podemos afirmar que la sujeción a las leyes del arte es uno de los elementos vitales, como el que más, que el juez tendrá presente para resolver.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Código de Ética, Colegio Médico de Chile A.G.
- Código Penal de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Código Sanitario de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Departamento de Estudios Jurídicos Puntolex. (2011) *Jurisprudencia sobre Negligencia Médica*. Chile: Thomson Reuters Puntolex.
- López Bolada, Jorge. (1987). *Los Médicos y el Código Penal*. Argentina: Editorial Universidad.
- Lorenzetti, Ricardo. (1997) *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo I. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Paillas, Enrique. (2002) *Responsabilidad Médica*. Chile: LexisNexis.
- Sproviero, Juan. (1998) *Mala Praxis*. Protección Jurídica del Médico. 2da. Edición. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Squella Narducci, Agustín. (2014). *Introducción al Derecho*. Chile: Legal Publishing.
- Teke Sch., Alberto. (2004). *Medicina Legal y Criminalística*. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

NORMAS REGULADORAS DE LA SALUD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA MEDICINA EN CHILE

María Loreto Bañados Arias¹¹

INTRODUCCIÓN

En toda sociedad existen ciertas actividades que se verifican como eminentemente riesgosas y que aun así, debido al valor agregado que tienen para la comunidad, se acepta su realización, y el conjunto de la población acepta e incluso tolera que se produzcan ciertos daños para que dicha actividad pueda realizarse.

En el caso de la medicina ocurre lo mismo; las ventajas del ejercicio de dicha actividad son altamente valoradas por la sociedad, pero ello no implica que sea una actividad que esté exenta de riesgos y es ahí donde precisamente aparece el derecho para intentar regular y encauzar la actividad a fin de que dichos daños sean reducidos a su mínima expresión o sean evitados totalmente. Así se establecen normas que regulan desde lo más básico, como la organización pública y privada de los centros asistenciales, hasta normas relativas al ejercicio de la medicina, las Isapres, las acreditaciones, garantías de salud, los derechos y deberes de las personas en materia de salud, entre otras.

11 Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile, ingresó a FALMED en 2006. Entre 2012 y 2014 se desempeñó como abogada a cargo de causas penales por negligencia médica; y desde 2016 a la fecha, es abogada Jefe de la Unidad de Otras Materias y Sumarios Administrativos por Negligencia Médica.

La realidad actual del ejercicio de la medicina ha llevado a la necesidad de crear normativas que regulen determinadas situaciones en el ámbito de la salud. No obstante, la técnica legislativa utilizada para la creación de dichas normas se ha centrado en la necesidad de regulación del momento y en relación a los intervinientes que participan en el ejercicio de la salud, por lo que en la actualidad no existe un cuerpo sistematizado que regule la actividad médica de manera general. Así, existe actualmente un amplio espectro de legislación que es creada de manera de responder a las necesidades normativas actuales, las cuales intentan englobar a todos los participantes en el proceso del ejercicio de la medicina y la vinculación de los entes con los usuarios del sistema, por lo que debemos entender que el marco normativo aún se encuentra en desarrollo.

Es entonces, en un contexto eminentemente reglado, pero pobremente sistematizado, donde se desarrolla la actividad médica. Sin embargo, es menester señalar que esta normativización de los deberes, obligaciones y buenas prácticas no implica que se supriman los riesgos propios de la actividad, los cuales se encuentran igualmente presentes en el quehacer médico y en general en el ejercicio de la medicina. En efecto, existe un conjunto de eventos o casos que pueden darse en la práctica para los cuales, a falta de una norma en concreto que se refiera al tema, debe recurrirse a las normas de derecho común de manera de intentar resolver los conflictos o darles una solución adecuada. Esto, porque tal como veníamos adelantando, resulta imposible regular todos los aspectos de una actividad tan compleja como es la propia actividad médica, por lo que el legislador simplemente se limita a entregar una reglamentación que fije las bases dentro de las cuales se ha de desarrollar la actividad.

Teniendo en mente las consideraciones señaladas, el objeto de este capítulo será estudiar y analizar de manera sucinta aquellas normas más importantes en el desarrollo de la medicina, a objeto de que el lector pueda comprender mejor el alcance, características y contenido de las principales normas que regulan el ejercicio de la Medicina en Chile.

1.- ARTÍCULO 19 N°9 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

El primer y gran marco regulador lo podemos encontrar en nuestra Carta Fundamental, en donde el constituyente otorga como garantía constitucional, comprendido como un derecho social, el derecho a la protección de la salud, entendiéndose como el estándar mínimo para la atención de salud, entregando un rol subsidiario al Estado, obligándolo a regular la protección al libre e igualitario acceso, garantizando el derecho a la protección de la salud, estableciendo en su

artículo 19 N° 9 lo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas: (..) N° 9 El derecho a la protección de la salud.

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

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

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

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

2.- CÓDIGO SANITARIO (DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 725)

Con la finalidad de agrupar la normativa existente y crear un marco regulatorio, el 22 de mayo de 1918 fue promulgada la Ley N° 3.385, dando inicio al primer Código Sanitario de la República. Actualmente, la última modificación es de fecha 11 de diciembre de 1967, en que se promulgó el Decreto con Fuerza de Ley N° 725 que vino a modificar el Decreto con Fuerza de Ley N° 226, del 15 de mayo de 1931.

Este código tiene como objeto regular todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud, tal y como lo señala expresamente el artículo 1° del cuerpo legal.

En el título preliminar el legislador establece que es el Ministerio de Salud, en la persona del Ministro de Salud, la autoridad sanitaria, indicando que corresponde al Servicio Nacional de Salud atender todas las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país. Establece, además, que a las Municipalidades les corresponde atender los asuntos de orden sanitario que les entregan la Constitución Política de la República y el propio código.

En relación a las materias que trata este artículo, en razón de un adecuado ejercicio de la medicina, podemos destacar los siguientes apartados, a saber:

2.1.- LIBRO I. DE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD

En este libro, encontramos expresa regulación del quehacer médico, específicamente en el artículo 20 en relación a la asistencia de un paciente que padece una enfermedad transmisible de declaración obligatoria, donde se establece la

obligación del médico-cirujano de comunicar por escrito el diagnóstico cierto o probable a la autoridad sanitaria más próxima, complementado con el artículo 28 del mismo cuerpo legal que señala que además deberá ordenar la desinfección de objetos que puedan estar contaminados y transmitir el contagio.

2.2.- LIBRO IV. DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

2.2.1.- TÍTULO I

En este Título se regula un aspecto importante del acto médico, ya que en su artículo 101 señala qué es una receta médica, quién y cómo debe extenderse, estableciendo que la receta es el instrumento privado mediante el cual el profesional habilitado para prescribir indica a una persona identificada y previamente evaluada, como parte integrante del acto médico, el uso y condiciones de empleo de un producto farmacéutico individualizado por su nombre de fantasía, debiendo agregar la denominación común internacional que autorizará su intercambio en caso de existir bioequivalente. Además, la prescripción realizada deberá indicar el tiempo determinado para el tratamiento total o a repetir periódicamente.

2.2.2.- TÍTULO V

Mención especial distingue este Título de Los Ensayos Clínicos de Productos Farmacéuticos y Elementos de Uso Médico, ya que establece la obligación de contar con una autorización especial para el uso provisional por parte del Instituto de Salud Pública, señalando además que el solicitante deberá, previa aprobación, dar cumplimiento al artículo 10 de la Ley N° 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana en relación con el protocolo de investigación, formato de consentimiento informado y póliza de seguro. Junto a lo anterior, en su artículo 111 B, establece que el titular de la autorización, la entidad patrocinante, el investigador principal y el respectivo centro donde se realice la investigación serán responsables de notificar al Instituto de Salud Pública y al Comité Ético Científico correspondiente, las reacciones adversas y los eventos adversos producidos con ocasión del estudio.

Teniendo especial cuidado en lo establecido en el artículo 111 E, “será obligación de los titulares de las autorizaciones especiales para uso provisional con fines de investigación serán responsables por los daños que causen con ocasión de la investigación, aunque estos deriven de hechos o circunstancias que no hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, existentes en el momento de producirse los daños.

Asimismo, acreditado el daño, se presumirá que este se ha producido con ocasión de la investigación.

La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de diez años, contados desde la manifestación del daño”.

Como podemos apreciar, el legislador en estos casos cambia el paradigma de la responsabilidad civil por un hecho dañoso, estableciendo responsabilidad a todo evento, en el caso de presentarse algún daño en el paciente que formó parte de la investigación; además impone, como sanción a la infracción de este Título, no solo las establecidas en el Libro Décimo del Código Sanitario, sino las contenidas en la Ley N° 20.120, la cual impone la suspensión por tres años del ejercicio profesional y con la prohibición absoluta del ejercicio profesional en el territorio nacional en caso de reincidencia.

2.3.- LIBRO V. DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y PROFESIONES AFINES

Nuestro legislador estableció ciertos requisitos para ejercer en el área de la salud, refiriéndose no solo a los médicos, sino también a las matronas, odontólogos, auxiliares, químicos-farmacéuticos, bioquímicos y laboratoristas dentales, sin establecer parámetros de la praxis médica.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 112, los requisitos para ejercer actividades propias relacionadas con la conservación y el restablecimiento de la salud son: poseer título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra universidad reconocida por el Estado; estar habilitados legalmente para el ejercicio de la profesión y excepcionalmente el Director General de Salud podrá autorizar a desempeñarse como médicos, dentistas, químicos-farmacéuticos y matronas, a aquellas personas que se encuentren en lugares apartados, islas o barcos, cuando acrediten título profesional otorgado en el extranjero, dejando la posibilidad de contratar médicos extranjeros sin EUNACOM (Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina) aprobado para cubrir las necesidades de salud en lugares con falencia de profesionales.

2.4.- LIBRO VII. DE LA OBSERVACIÓN Y RECLUSIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES, DE LOS ALCOHÓLICOS Y DE LOS QUE PRESENTEN ESTADO DE DEPENDENCIA DE OTRAS DROGAS Y SUSTANCIAS

Los pacientes enfermos mentales y aquellos que presentan dependencia a sustancias o drogas tienen una reglamentación especial a la hora de realizar determinados tratamientos médicos, teniendo en consideración que algunos de estos pacientes deben ser internados incluso contra su voluntad.

Para mejor comprensión de este tipo de pacientes, es necesario aclarar determinados conceptos entregados por el reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan, Decreto N° 570, tales como pacientes psiquiátricos que son aquellas personas que sufren de un trastorno mental. A su vez, se entiende por enfermedad o trastorno mental, como una condición mórbida, afectando en distintos niveles el funcionamiento de la mente, organismo, personalidad e interacción social, en forma transitoria o permanente; y se entiende por tratamiento psiquiátrico toda acción efectuada bajo la supervisión de un médico tratante que tenga por objeto producir la recuperación o mejoría, adaptación de una persona que la sufre, incluyendo la internación como una forma de proteger al paciente y eventualmente a terceros de los trastornos que sufre el paciente, junto con ser una medida que puede hacer más eficaz el tratamiento seguido con el médico.

El código regula tanto la forma en la que deben ser ingresados los pacientes a un Centro de Salud Hospitalario, como su permanencia y salida de dichos establecimientos.

El Decreto N° 570 señala los cuatro tipos de internación existentes: voluntaria, administrativa, judicial y de urgencia.

La internación voluntaria tiene por objeto entregar el mejor tratamiento para el tipo de patología que presenta el paciente, lo que no es posible o seguro de realizar en forma ambulatoria. Su indicación corresponde al médico tratante.

La internación administrativa es aquella que ha sido determinada por la autoridad sanitaria, a partir de la iniciativa de la autoridad policial, de la familia, del médico tratante en el caso del inciso tercero del artículo anterior o de cualquier miembro de la comunidad, con el fin de trasladar o internar en un centro asistencial, a una persona, aparentemente afectada por un trastorno mental, cuya conducta pone en riesgo su integridad y la de los demás, o bien altera el orden o la tranquilidad en lugares de uso o acceso.

La internación de urgencia es la dispuesta por un médico, debido a que el paciente presenta episodios de crisis, siendo imposible obtener su consentimiento. Este tipo de internación solo puede mantenerse hasta por 72 horas y tiene como finalidad superar el episodio psicótico que sufre el paciente o que un médico psiquiatra realice su diagnóstico. En el evento que un paciente no supere el episodio psicótico dentro de las 72 horas como lo establece la ley, y este se encuentra imposibilitado de prestar su consentimiento para continuar internado con el tratamiento indicado por el médico psiquiatra, se deberán enviar los antecedentes a la autoridad sanitaria correspondiente, para que esta, en un

plazo de 72 horas, decida si se debe proceder a la internación administrativa u otorgar el alta.

Y por último, la internación judicial es aquella ordenada por resolución de un tribunal.

Del tipo de internación de un paciente dependerá la forma en la que se le otorgue su alta y pueda hacer abandono del centro hospitalario en el que se encuentre. El artículo 132 establece que: “En los casos de ingreso voluntario la salida del establecimiento se efectuará por indicación médica o a pedido del enfermo, siempre que la autoridad sanitaria estime que este puede vivir fuera del establecimiento sin constituir un peligro para él o para los demás.

La salida de las personas internadas por resolución administrativa será decretada por el Director General de Salud, aun cuando se trate de un enfermo hospitalizado en un establecimiento particular. El Director General podrá autorizar su salida a solicitud escrita de los familiares o de los representantes legales y bajo la responsabilidad de estos, para su atención domiciliaria, previa autorización médica y siempre que se garantice el control y vigilancia del enfermo en términos que no constituya peligro para sí ni para terceros.

Los enfermos mentales, los que dependen de drogas u otras sustancias y los alcohólicos ingresados por orden judicial, saldrán cuando lo decrete el Juez respectivo”.

2.5.- LIBRO X. DE LOS PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES

El Título II establece que las infracciones a este código serán las dispuestas por la autoridad sanitaria, la que deberá investigar a través de un Sumario Sanitario, el que podrá iniciarse de oficio o a petición de un particular, bastando el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en las circunstancias esenciales para dar por establecida la infracción. Como podemos ver, es un procedimiento que se encuentra en el límite del debido proceso, produciendo cierta indefensión al sumariado, más aún cuando el artículo 171 establece: “De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que se tramitará en forma breve y sumaria. El tribunal desechará la reclamación si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentren comprobados en el sumario sanitario de acuerdo a las normas del presente Código, si tales hechos constituyen efectivamente una infracción a las leyes o reglamentos sanitarios y si la sanción aplicada es la que corresponde a la infracción cometida”.

3.- OTRAS LEYES VINCULADAS A LA SALUD

Desde los años '90 se han promulgado diversas leyes con la finalidad de mejorar el ejercicio, administración y acceso a la salud.

3.1.- LEY N° 19.381: MODIFICA LEY N° 18.933, QUE CREÓ LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL

La Ley N° 19.381 vino a modificar en ciertos aspectos la Ley N° 18.933, que creó la Superintendencia de Instituciones de Salud. Esta ley entregó la cobertura de las prestaciones de salud a determinadas instituciones de carácter privado.

Una de las modificaciones de la Ley N° 19.381 reemplazó el artículo 23 de la Ley N° 18.993, reglamentó qué tipo de instituciones podrán entregar cobertura de dichas prestaciones médicas y por tanto serán las que reciban la cotización legal para la salud de sus afiliados, estableciendo que: “Ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido registrada para ello por la Superintendencia, podrá dedicarse al giro que, en conformidad a la presente ley, corresponda a las Instituciones de Salud Previsional y, en especial, a captar las cotizaciones de salud indicadas en los incisos segundo y cuarto del artículo 7° de la Ley N° 18.469.

Tampoco podrá poner en su local u oficina plancha o aviso que contenga, en cualquier idioma, expresiones que indiquen que se trata de una Institución de Salud Previsional; ni podrá hacer uso de membretes, carteles, títulos, formularios, recibos, circulares o cualquier otro papel que contenga nombres u otras palabras que indiquen que los negocios a que se dedica dicha persona son del giro de dichas instituciones. Le estará, asimismo, prohibido efectuar propaganda por la prensa u otro medio de publicidad en que se haga uso de tales expresiones.

Las infracciones a que se refieren los incisos anteriores de este artículo serán castigadas con presidio menor en sus grados medio a máximo.

El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley, y el beneficiario que, en igual forma, obtenga uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”.

Además, modificó en su artículo 32 bis lo referente a los excedentes producidos por el exceso de cotización legal de los afiliados de las respectivas instituciones en

relación con el precio del plan convenido, estableciendo que dichos excedentes son de propiedad del afiliado.

Ahora bien, respecto de los excedentes de las cotizaciones, la Ley N° 20.317 de 2009 le otorgó el carácter de irrenunciable, estableciendo que cualquier estipulación en contrario a lo señalado establecida en el contrato de salud previsual, se tendrá por no escrita.

Respecto de las prestaciones de salud y las exclusiones, la ley agregó el inciso segundo y siguientes del artículo 33 bis, en donde indica cuáles son las prestaciones que se pueden excluir de un plan de salud y su alcance. Artículo 33 bis: "(...) Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo aquellas referentes a cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin; atención particular de enfermería; hospitalización con fines de reposo y prestaciones de salud que requiera el beneficiario que como consecuencia de su participación en actos de guerra, y actos calificados como delito por la ley en tanto resulte criminalmente responsable; como también prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto; enfermedades preexistentes no declaradas en los términos del inciso quinto de este artículo, y todas aquellas prestaciones no contempladas en el arancel a que se refiere la letra d) del artículo 33.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, no se considerará con fines de embellecimiento la cirugía plástica destinada a corregir malformaciones producidas a la criatura durante el embarazo o a reparar deformaciones ocasionadas con motivo del nacimiento. Tampoco se considerará con fines de embellecimiento la cirugía plástica destinada a reparar deformaciones producidas con ocasión de un accidente.

Por otra parte, se entenderán que son preexistentes aquellas enfermedades o patologías que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso, la institución deberá concurrir al pago de prestaciones por enfermedades preexistentes no declaradas, en los mismos términos estipulados en el contrato para prestaciones originadas por enfermedades no preexistentes cubiertas por el plan, a menos que, respecto de las primeras, la Institución probare que la patología preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal (...).

Las prestaciones excluidas deben tener el carácter de:

- a) cirugía plástica estética u otras prestaciones con el mismo fin;
- b) atención particular de enfermería;
- c) hospitalización con fines de reposo;
- d) prestaciones de salud que requiera el beneficiario como consecuencia de su participación en actos de guerra, y actos calificados como delito por la ley, en tanto resulte criminalmente responsable;
- e) prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto;
- f) enfermedades preexistentes no declaradas, existiendo para estas un tope de cinco años, tras lo cual la institución deberá cubrirlas en los mismos términos estipulados en el contrato para prestaciones originadas por enfermedades no preexistentes cubiertas por el plan.

3.2.- LEY N° 19.451: LEY DE TRASPLANTE Y DONACIÓN DE ÓRGANOS

El legislador regula a través de esta normativa la extracción de órganos y el trasplante de ellos al receptor, estableciendo a su vez los lugares habilitados para su realización.

En primer lugar, señala en su artículo 2° que la extracción y trasplante de un órgano solo se puede realizar en un establecimiento que acredite las condiciones necesarias para su realización.

Además, hace una distinción entre la extracción de donantes vivos y la extracción de órganos de donantes en estado de muerte.

Respecto de los donantes vivos, el artículo 4 establece que solo se permitirá la extracción de órganos en vida con fines de trasplante entre personas relacionadas, siempre que se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del donante y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor.

En relación a la extracción de órganos de personas en estado de muerte, en su artículo 11 se establece la forma en la que se debe acreditar la muerte.

- a) Certificado otorgado por un equipo de médicos entre los cuales debe haber un neurólogo o neurocirujano.
- b) Los médicos que acreditan la muerte no pueden formar parte del equipo que vaya a realizar el trasplante.

- c) Se debe comprobar la abolición total e irreversible de las funciones encefálicas.
- d) La abolición debe ser acreditada con la certeza diagnóstica de la causa del mal.
- e) Ausencia de movimiento voluntario a lo menos por un lapso de una hora.
- f) Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador.
- g) Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

Es importante tener presente la relevancia de la definición entregada por la ley, ya que establece el mínimo de requisitos que deben cumplir los profesionales de la salud a la hora de determinar y certificar la muerte de una persona cuyos órganos van a ser extraídos.

3.3.- LEY N° 19.650: LEY DE CONTENIDO PREVISIONAL

La ley viene a entregar ciertas modificaciones al Fondo Nacional de Salud respecto de su estructura y funciones, agregando para el caso de urgencia o emergencia principalmente respecto del ingreso a un centro de salud.

“El artículo 3°.- Modifícase la Ley N° 18.933, en la siguiente forma:

a) Agréganse al artículo 22 los siguientes incisos:

“Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de atenciones de emergencia debidamente certificadas por un médico cirujano, las instituciones deberán pagar directamente a los servicios de salud el valor por las prestaciones que hayan otorgado a sus afiliados, hasta que el paciente se encuentre estabilizado de modo que esté en condiciones de ser derivado a otro establecimiento asistencial. Si no existiere convenio, el valor será aquel que corresponda al arancel para personas no beneficiarias de la Ley N° 18.469 a que se refiere el artículo 24 de la Ley N° 18.681 y se aplicará sobre todas las prestaciones efectivamente otorgadas.

Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también respecto de atenciones de emergencia, debidamente certificadas por un médico cirujano, otorgadas por establecimientos asistenciales del sector privado. El valor a pagar por las instituciones será el que corresponda al pactado; en caso de no existir convenio, se utilizarán los precios establecidos por el establecimiento asistencial que otorgó las atenciones.

En las situaciones indicadas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, las instituciones podrán repetir en contra del afiliado el monto que exceda de lo que les corresponda pagar conforme al plan de salud convenido.

Asimismo, en los casos indicados en los incisos cuarto y quinto de este artículo, se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención.

Para los efectos de la aplicación de este artículo se entenderá que las instituciones han otorgado un préstamo a sus cotizantes por la parte del valor de las prestaciones que sea de cargo de éstos, si una vez transcurrido el plazo de treinta días hábiles desde que la Isapre ha pagado al prestador el valor de las atenciones otorgadas, el cotizante no ha enterado dicho monto directamente a la Institución de Salud Previsional.

Dicho préstamo deberá pagarse por el afiliado en cuotas iguales y sucesivas, con vencimientos mensuales, en las que se incluirá el reajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor y un interés equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en moneda nacional, a que se refiere el artículo 6° de la Ley N° 18.010. Las cuotas mensuales no podrán exceder del 5% de la remuneración o renta imponible, tratándose de los afiliados dependientes, independientes o pensionados, ni de una suma equivalente al precio del plan de salud contratado, en el caso de los voluntarios. Para los efectos de la aplicación de este mecanismo, la Institución no podrá exigir a los usuarios cheques para garantizar el préstamo que se haya otorgado.

Para hacer efectivo el pago del crédito, la institución notificará al afiliado y al empleador o entidad pagadora de la pensión, el monto que deberá enterarse mensualmente por el cotizante por concepto del préstamo otorgado y el plazo que durará el servicio de la deuda.

El pago del crédito se realizará por el afiliado en forma directa, si fuere independiente o voluntario, o a través del empleador o entidad previsional, si fuere dependiente o pensionado. En este último caso, el empleador o entidad pagadora de la pensión deberá retener y enterar en la Institución de Salud Previsional, la cuota mensual correspondiente, de conformidad con los plazos y procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 de esta ley.

Para el solo efecto del pago de este crédito, en caso de incumplimiento por parte del afiliado que deba pagar en forma directa, se aplicará lo dispuesto en los incisos quinto y sexto del citado artículo 31, salvo en lo que se refiere a la aplicación de las sanciones penales previstas en la Ley N° 17.322.

Sin perjuicio del sistema de crédito y pago enunciado en los incisos anteriores, el afiliado y la respectiva Institución de Salud Previsional podrán convenir otra

modalidad de hacer efectivo el pago que corresponda al afiliado de acuerdo al plan de salud correspondiente.

Facúltase a la Superintendencia para impartir instrucciones sobre los requisitos, modalidades y garantías del otorgamiento y servicio del crédito establecido en este artículo y, en su caso, para resolver sobre la aplicación de esta disposición a otros créditos que las Instituciones de Salud Previsional otorguen a sus afiliados”.

b) Sustitúyese, en el segundo párrafo del inciso penúltimo del artículo 33, la frase que sigue a la mención “de la Ley N° 18.469” hasta el punto aparte (.) por la siguiente: “a menos que se encuentren en la situación prevista en los incisos cuarto y quinto del artículo 22, en que dicho pago deberá efectuarlo directamente la Institución correspondiente”.

Esta es la conocida Ley de Urgencia, cuyas disposiciones establecen el principio universal de atención de urgencia, determinándose que ningún establecimiento de salud podrá negarle la atención a una persona que se encuentre en condición de emergencia o urgencia, ni exigirle un cheque, pagaré u otro documento o dinero en efectivo como requisito previo para atenderla, mientras dure tal condición, entendiéndose como emergencia o urgencia toda condición de salud que implique un riesgo vital o riesgo de secuela funcional grave para una persona que requiere atención médica inmediata e impostergable, cuestión que debe ser certificada por un médico cirujano del Servicio de Urgencia y termina una vez que el paciente se encuentre estabilizado, luego, el paciente o su representante deben elegir alguna de las siguientes opciones para continuar su atención, las que pueden ser modalidad red de isapres y la atención hospitalaria continuará en el establecimiento de salud que forme parte de la red de la isapre del paciente, modalidad institucional FONASA en la cual la atención hospitalaria continuará en el establecimiento de salud de la red asistencial determinado por FONASA o modalidad libre elección entregando al paciente la libertad de elegir libremente el establecimiento en que continuará su atención.

3.4.- LEY N° 19.779: ESTABLECE NORMAS RELATIVAS AL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA Y CREA BONIFICACIÓN FISCAL PARA ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

La ley apunta a dar pautas para la prevención, manejo, control y diagnóstico de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana, correspondiéndole al Estado la elaboración de las políticas tendientes a este fin, procurando impedir y controlar su extensión, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población. En ese contexto, se establece la asistencia y el

libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas.

Respecto de la prevención, el Estado debe crear a, través de programas públicos, un sistema capaz de informar acerca del virus, cómo se transmite y sus consecuencias.

El artículo 4 establece la obligación del Estado de promover la investigación, fomentando la creación de centros orientados a la investigación científica del virus de inmunodeficiencia humana.

Una de las características importantes es la confidencialidad, ya que la realización del examen y su resultado deberán permanecer en estricta reserva.

En su artículo 6 establece que: “El Estado deberá velar por la atención de las personas portadoras o enfermas con el virus de inmunodeficiencia humana, en el marco de las políticas públicas definidas en los artículos 1º y 2º de esta ley.

En todo caso, deberán proporcionarse las prestaciones de salud que requieran los beneficiarios de la Ley N° 18.469, de acuerdo con lo previsto en dicho cuerpo legal”.

3.5.- LEY N° 19.966: ESTABLECE UN RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN SALUD (LEY GES)

El objetivo de la ley es crear un régimen que permite el acceso a cualquier centro de salud, público o privado, según lo que respalde la garantía explícita, para cada una de las enfermedades cubiertas por este sistema, estableciendo las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, junto con los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus beneficiarios.

El artículo 2 establece que: “El Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios.

Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por estos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan.

Asimismo, las garantías señaladas en los incisos precedentes serán las mismas para los beneficiarios de las leyes N°18.469 y N°18.933, pero podrán ser diferentes para una misma prestación, conforme a criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas que sean pertinentes.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán también obligadas a asegurar el otorgamiento de las prestaciones y la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud confiere como mínimo en su modalidad de libre elección, en los términos del artículo 31 de esta ley”.

Las garantías otorgadas por la ley son:

- a) Explícita de Acceso;
- b) Explícita de Calidad;
- c) Explícita de Oportunidad;
- d) Explícita de Protección Financiera.

Además, la ley establece la obligatoriedad en la prestación de salud a los beneficiarios de las Garantías Explícitas de Salud, señalando que será a través de un Decreto Supremo que se indicará, para cada patología, el momento a partir del cual los beneficiarios tendrán derecho. En el caso de existir incumplimiento por parte de los prestadores de salud, el beneficiario o quien sus derechos represente, podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Salud, la que podrá sancionar a los prestadores con amonestación, y en caso de ser una falta reiterada, con suspensión de hasta ciento ochenta días para otorgar las Garantías Explícitas en Salud, sea a través del Fondo Nacional de Salud o de una Institución de Salud Previsional, así como para otorgar prestaciones en la Modalidad de Libre Elección del Fondo Nacional de Salud.

Se regula la forma de acceso a las Garantías Explícitas de Salud, diferenciando el acceso de los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud y de los beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional.

Respecto de los beneficiarios del Fondo Nacional se establece que deberán atenderse en su correspondiente Red Asistencial, en donde deberán acceder a esta a través de la atención primaria de salud, a menos que se trate de casos de urgencia o emergencia, certificados por el profesional de la salud del servicio de urgencia. Los beneficiarios de Isapres a quienes se les haya diagnosticado alguna enfermedad cubierta por las garantías, deberán atenderse con alguno de los prestadores de salud que determine la Institución de Salud Previsional a la que se encuentre afiliado y de acuerdo a su plan de salud contratado. No obstante lo anterior, los beneficiarios podrán optar por atenderse conforme a

su plan complementario vigente con la Institución, en cuyo caso no registrarán las Garantías Explícitas.

3.6.- LEY N° 20.584: LEY DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES

El propósito de esta ley es regular los derechos de los pacientes a la hora de ser usuario de la red de salud, con la finalidad de dar protección a las garantías de que son titulares en las prestaciones de salud.

El artículo 2 de la ley establece que, en general, toda persona tiene derecho a que las acciones, promoción, protección y recuperación de salud sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinen la constitución y las leyes.

La ley viene a instaurar el cumplimiento de los derechos que como pacientes deben ser respetados en las prestaciones, tanto públicas como privadas. En ese sentido, establece en su artículo 4 que el paciente tiene el derecho a que se cumpla con las normativas y protocolos vigentes, señalando además la obligación del prestador de salud en orden a informar al paciente acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado. Este derecho a la información significa que se debe poner en su conocimiento su diagnóstico, posibles tratamientos, el pronóstico y los eventuales riesgos.

Junto con el derecho a la información, y en virtud de la autonomía de la voluntad, la ley en su artículo 14 establece el derecho del paciente a consentir o negar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones de que el rechazo del tratamiento no puede implicar la aceleración artificial del proceso de muerte o que su rechazo implique un riesgo a la salud pública.

Los efectos de esta ley se traducen en el cumplimiento de los deberes impuestos en razón de las atenciones médicas que se brindan a los pacientes, esencialmente en lo relativo a la información que debe ser entregada y al respeto en la toma de decisiones que realice el paciente.

3.7.- LEY N° 20.585: LEY DE LICENCIAS MÉDICAS

Esta ley tiene por objeto establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento y uso correcto de las licencias médicas, junto con una adecuada protección al cotizante y beneficiarios, a través de la aplicación de ciertas medidas de control y fiscalización, y cuya infracción trae aparejadas sanciones respecto

de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas, tanto del prestador de salud como del paciente.

Con la finalidad de fiscalizar, esta ley le entregó a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) ciertas atribuciones ante los profesionales que emiten licencias médicas, tales como la de requerir la entrega o remisión de antecedentes médicos del paciente, informes complementarios que respalden las licencias emitidas y, en casos excepcionales y por razones fundadas, podrá citar al profesional a una entrevista para aclarar aspectos del otorgamiento de dicha licencia.

El inciso 2º del artículo 2 de la ley señala que: “La inasistencia injustificada y repetida a las citaciones, como también la negativa reiterada a la entrega o la no remisión de los antecedentes solicitados, en los plazos fijados al efecto, los que no podrán exceder de 7 días corridos, habilitarán a la Compin para que, mediante resolución fundada, sancione al profesional con multas de hasta 10 UTM. Además, en casos calificados, podrá suspenderse tanto la venta de formularios de licencias médicas, como la facultad para emitirlos, hasta por 15 días. Dicha suspensión podrá renovarse mientras persista la conducta del profesional”.

En el caso que se evidencie una falta de fundamento médico en la licencia otorgada, el artículo 5 dispone que la Superintendencia de Seguridad Social podrá iniciar una investigación, para lo cual notificará al profesional, al paciente y al empleador, cuando corresponda, del procedimiento seguido en su contra y le requerirá informe sobre los hechos investigados.

El profesional deberá presentar su informe dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación por carta certificada y por medio electrónico de la resolución, además podrá solicitar una audiencia para realizar sus descargos. Oído el profesional, y en el evento que se acrediten los hechos denunciados, la Superintendencia sancionará al médico en razón del mérito de los antecedentes tenidos a la vista, siendo de suma importancia el número de licencias emitidas sin fundamento.

Las sanciones previstas van desde la aplicación de una multa a beneficio fiscal de hasta 7,5 UTM, la que podrá doblarse si hay reincidencia, hasta suspensión por un máximo de un año de la facultad para otorgar licencias médicas y una multa a beneficio fiscal de hasta 60 UTM, en caso de tercera reincidencia dentro del período de 3 años.

Esta ley, en su artículo 11, introduce modificaciones en el Código Penal, ordenando intercalar en el artículo 21 del Código Penal “inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores

de edad”, lo siguiente: “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”, ordenando además agregar al artículo 202 los incisos segundo, tercero y cuarto: “El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo, se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.

Resulta importante tener presente esta ley a la hora de otorgar licencias médicas, haciéndose necesaria la evolución completa del paciente en la ficha clínica, toda vez que en el momento de determinar si una licencia médica carece o no de fundamento médico, es indispensable el informe en donde se explican las razones que tuvo el médico o médica para otorgarla.

3.8.- LEY N° 20.673: MODIFICA LEY DE TRASPLANTES

Esta ley, en su artículo único, viene a modificar la Ley N° 19.451 respecto a la determinación de quiénes pueden ser considerados donantes de órganos.

Se entenderá por donante a toda persona mayor de dieciocho años y será considerada, por el solo ministerio de la ley, como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo.

La manifestación de voluntad de no ser donante debe realizarse frente a un notario habilitado para tal efecto. Una vez manifestada la voluntad, el notario deberá remitir dicha información al Servicio de Registro Civil e Identificación para efectos del Registro Nacional de No Donantes. En caso de existir duda fundada respecto de la calidad de donante, lo que se entenderá en caso de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios o la existencia de declaraciones diferentes de las personas enunciadas en el inciso anterior, se deberá consultar en forma previa sobre la extracción de uno o más órganos del fallecido, por orden de prelación, a las siguientes personas:

- a) El cónyuge que vivía con el fallecido o la persona que convivía con él en relación de tipo conyugal.
- b) Cualquiera de los hijos mayores de 18 años.
- c) Cualquiera de los padres.
- d) El representante legal, el tutor o el curador.
- e) Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años.
- f) Cualquiera de los nietos mayores de 18 años.
- g) Cualquiera de los abuelos.
- h) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive.
- i) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

Es indispensable tener en cuenta la autonomía de la voluntad a la hora de tomar decisiones y en este contexto el equipo médico debe consultar si se tenía conocimiento de la voluntad de no ser donante de la persona fallecida, siendo fundamental educar a la población al respecto con la finalidad de que se respete la decisión de ser donante.

3.9.- DECRETO SUPREMO 158: APRUEBA REGLAMENTO SOBRE NOTIFICACIÓN DE ENFERMEDADES TRANSMISIBLES DE DECLARACIÓN OBLIGATORIA

Con el objeto de evitar riesgos y contagios, y como forma de control epidemiológico, se ha reglado tanto en el Código Sanitario como en este decreto la forma de control de enfermedades transmisibles, señalando una serie de enfermedades cuya declaración a la autoridad sanitaria es de carácter obligatorio.

El artículo primero establece cuáles son las enfermedades consideradas de declaración obligatoria:

Artículo 1º: “Se considerarán enfermedades de notificación obligatoria las que a continuación se indican, con su correspondiente periodicidad:

- a) De notificación inmediata: la sospecha de casos de Botulismo, Brucelosis, Carbanco, Cólera, Dengue, Difteria, Enfermedad Invasora por *Haemophilus Influenzae*, Enfermedad Meningocócica, Fiebre Amarilla, Fiebre del Nilo Occidental, Fiebre hemorrágica (causada por virus Ébola u otros agentes) Infecciones Respiratorias Agudas Graves (incluidas las neumonías que requieren hospitalización), Leptospirosis, Malaria, Meningitis Bacteriana (incluida enfermedad

Meningocócica) Peste, Poliomielitis, Rabia humana, Sarampión, SARS, Síndrome Pulmonar por Hantavirus, Triquinosis y Rubéola.

La ocurrencia de toda agrupación de casos relacionados en el tiempo y en el espacio, donde se sospeche una causa infecciosa transmisible, incluidos los Brotes de Enfermedades Transmitidas por Alimentos. La ocurrencia de fallecimientos de causa no explicada, en personas previamente sanas, cuando se sospeche la presencia de un agente infeccioso transmisible.

b) De notificación diaria: Coqueluche, Enfermedad de Chagas (Tripanosomiasis Americana), Enfermedad de Creutzfeld-Jakob (EJC), Fiebre Tifoidea y Paratifoidea, Gonorrea, Hepatitis viral A, B, C, E, Hidatidosis, Lepra, Parotiditis, Psitacosis, Rubéola Congénita, Sífilis en todas sus formas y localizaciones, Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA), Tétanos, Tétanos neonatal, Tuberculosis en todas sus formas y localizaciones, Tifus Exantemático Epidémico.

c) Notificación exclusiva a través de establecimientos centinelas. Las siguientes enfermedades corresponden a las que deben ser notificadas obligatoriamente solo por los centros y establecimientos definidos como centinelas por la autoridad sanitaria:

- i) Influenza.
- ii) Infecciones Respiratorias Agudas.
- iii) Diarreas.
- iv) Enfermedades de Transmisión Sexual (excepto Gonorrea, Sífilis y VIH/SIDA).
- v) Varicela.

La vigilancia a través de establecimientos centinelas involucra el apoyo de laboratorio para el diagnóstico”.

Uno de los objetivos es la vigilancia epidemiológica, por lo que una vez notificado el SEREMI de Salud, debe notificar al Ministerio de Salud para que comience la investigación epidemiológica con la finalidad de buscar medidas de prevención y control de la enfermedad.

La periodicidad de la comunicación va a depender del tipo de enfermedad de que se trate, estableciéndose que las enfermedades señaladas en la letra a) del artículo primero deberán ser comunicadas de inmediato desde el lugar en que fue diagnosticada, y por cualquier medio, a la autoridad sanitaria. Por su parte, las enfermedades de la letra b), deberán ser comunicadas a la autoridad sanitaria de inmediato una vez que se haya confirmado el diagnóstico a través del formulario correspondiente.

Las enfermedades contempladas en la letra c) deberán ser comunicadas semanalmente una vez confirmado el diagnóstico, indicando el número de casos, agrupados por edad y sexo a través del formulario correspondiente.

Cualquier infracción a las disposiciones del reglamento será sancionada de acuerdo a lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, según lo señalado en el artículo 13.

3.10.- LEY N° 20.850: CREA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN FINANCIERA PARA DIAGNÓSTICOS Y TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO

El objetivo de esta ley, que rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, es crear un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo que posee cobertura universal. Es decir, otorga protección financiera (sin copago) a todos los usuarios de los sistemas previsionales de salud, sin importar su situación socioeconómica.

La forma de acceder a estos beneficios consiste en que el médico tratante, si sospecha que el paciente podría sufrir una patología poco frecuente o podría requerir un medicamento para su enfermedad compleja previamente diagnosticada, que se encuentran garantizados en la Ley Ricarte Soto (LRS), completa en la plataforma web el “formulario de sospecha fundada” el cual envía electrónicamente al centro confirmador o el “formulario de solicitud de tratamiento”, para que un comité de expertos apruebe la solicitud de tratamiento.

Posteriormente, el centro confirmador deberá confirmar o descartar la sospecha o el comité de expertos clínicos deberá corroborar o rechazar la solicitud de tratamiento y el médico le comunica al paciente la decisión del centro o comité que confirma su patología o tratamiento, además realiza el “formulario de Constancia” y da las indicaciones para que el paciente inicie su tratamiento, informándole sobre los centros aprobados para el tratamiento y seguimiento.

Por otro lado, el Título V de esta ley contiene acápite que incorporan modificaciones sustanciales a las normativas relativas a investigación vinculada a innovación en terapias farmacológicas y de dispositivos médicos en Chile, estableciendo que los productos farmacéuticos y los elementos de uso médico, para ser utilizados en investigación científica en seres humanos deben contar con una autorización especial para su uso previsional otorgada por el Instituto de Salud Pública, ISP. Esta autorización especial se requerirá toda vez que no cuenten con el respectivo registro sanitario o porque, contando con este, se pretenda su utilización de manera distinta a la registrada. Excepcionalmente el Ministerio de Salud, MINSAL, podrá establecer, mediante Decreto Supremo, la exención

de esta exigencia a los elementos de uso médico cuya utilización no conlleve un riesgo relevante para las personas.

Para efectuar la solicitud de autorización especial para uso provisional con fines de investigación, se debe presentar un protocolo de investigación, formato de consentimiento informado, póliza de seguros y todo otro antecedente que establezca el reglamento. La duración no es mayor a un año, contado desde la fecha de la resolución que la concede y puede renovarse por períodos iguales y sucesivos, siempre que continúen cumpliéndose los requisitos.

La ley también establece que los productos farmacéuticos y elementos de uso médico que cuenten con autorización especial para uso provisional con fines de investigación solo podrán ser destinados al uso que la misma autorización determine, quedando prohibida su tenencia, distribución y transferencia a cualquier título o su uso de manera distinta a la registrada y ordena que el Instituto de Salud Pública lleve un registro público de todas las investigaciones científicas en seres humanos con productos farmacéuticos o elementos de uso médico autorizadas para realizarse en el país.

Las sanciones por infracción a las normas de esta ley se encuentran en el Libro X del Código Sanitario, estableciendo multa de 1/10 de UTM a 1000 UTM, clausura de establecimientos, cancelación de autorizaciones, paralización de obras, comiso de productos, destrucción de productos y desnaturalización de productos.

Respecto al desarrollo de investigaciones científicas biomédicas, la Ley N° 20.120 sobre Investigación Científica en su artículo 20 sanciona a quien desarrolle un proyecto sin las autorizaciones correspondientes: “Todo el que desarrollare un proyecto de investigación científica biomédica en seres humanos o en su genoma, sin contar con las autorizaciones correspondientes exigidas por la presente ley, será sancionado con la suspensión por tres años del ejercicio profesional y con la prohibición absoluta de ejercicio profesional en el territorio nacional en caso de reincidencia”.

4.- EJERCICIO DE LA MEDICINA COMO PROFESIONAL FUNCIONARIO EN LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA

De acuerdo a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. A su vez, este mismo texto legal establece que la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento

de la función administrativa. Dentro de estos órganos colaboradores, encontramos aquellos creados para velar por las políticas de salud del país, entre los cuales están el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Redes Asistenciales y los Servicios de Salud.

Dentro de los servicios públicos, nos encontramos con los Servicios de Salud, órganos o entidades de la Administración del Estado creados por ley para dar cumplimiento concreto, dentro de un determinado espacio territorial a las políticas de Salud, y son organismos funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las referidas funciones.

Cada Servicio de Salud forma una Red Asistencial que se organiza con un nivel de atención primaria, compuesto por establecimientos que ejercen funciones asistenciales en un determinado territorio con población a cargo y otros niveles de mayor complejidad que solo recibirán derivaciones desde el primer nivel de atención, salvo en los casos de urgencia y otros que señalen la ley y los reglamentos.

4.1.- ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DE MENOR COMPLEJIDAD

Son aquellos que realizan actividades de atención abierta, cerrada y de urgencia de baja complejidad, que desarrollan principalmente actividades de nivel primario y algunas de especialidad.

Se caracterizan por un menor desarrollo de especialidades por lo que no cuentan con las especialidades, o cuentan con una o más de ellas, y no poseen, o solo excepcionalmente, algunas de las subespecialidades de la medicina que no correspondan a las especialidades básicas.

Desde la perspectiva laboral, el Director de estos establecimientos tiene funciones delimitadas. De esa manera, a este corresponderá ejercer las funciones de administración del personal y gestión de recursos humanos.

En estas materias, el Director podrá:

- a) Designar suplentes.
- b) Contratar personal, siempre que no implique aumento de la dotación del Establecimiento.
- c) Aceptar renunciaciones voluntarias.
- d) Designar funcionarios en comisiones de servicios y cometidos funcionales.
- e) Destinar funcionarios dentro del mismo establecimiento o a otros dependientes del Servicio.

f) Autorizar, conceder o reconocer feriados, permisos con o sin goce de remuneraciones dentro del país, licencias por enfermedad, reposos preventivos o maternales y reconocer, prorrogar y poner término a asignaciones familiares y prenatales.

g) Ordenar la instrucción de investigaciones sumarias y sumarios administrativos, aplicar medidas disciplinarias, inclusive la suspensión de funciones, absolver, sobreseer y resolver sobre todas las materias relacionadas con esos procedimientos.

h) Declarar accidentes en actos de servicio.

4.2.- ESTABLECIMIENTOS DE ALTA COMPLEJIDAD O DE AUTOGESTIÓN EN RED

Son funcionalmente desconcentrados del correspondiente Servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley N° 18.575, y se caracterizan por tener un mayor desarrollo de especialidades, cuentan con al menos una de las especialidades básicas y poseen varias subespecialidades de la medicina.

Estos establecimientos podrán, a través de su Director, ejercer las funciones de administración del personal destinado al establecimiento, en tanto correspondan al ámbito del mismo, en materia de suplencias, capacitación, calificaciones, jornadas de trabajo, comisiones de servicio, cometidos funcionarios, reconocimiento de remuneraciones, incluyendo todas aquellas asignaciones y bonificaciones que son concedidas por el Director del Servicio, feriados, permisos, licencias médicas, prestaciones sociales, responsabilidad administrativa, higiene y seguridad laboral y gestión de recursos humanos.

En relación al ingreso a estos establecimientos, podemos señalar que los médicos pueden realizar su ejercicio de cargos diurnos y ejercicio de turnos nocturnos.

Respecto al ingreso a los cargos diurnos, la Ley N° 19.664 que establece normas para profesionales funcionarios de los Servicios de Salud y modificó la antigua Ley N° 15.076, ello, porque como lo indica el mismo texto de la nueva ley, la N° 15.076 fue modificada y no derogada (dejada sin efecto).

Así las cosas, se reconocen como cargos diurnos aquellos que se ejercen en 11, 22, 33 y 44 horas semanales, generalmente en la mañana y en la tarde.

El artículo 1° de la Ley N° 19.664 establece que los profesionales funcionarios que desempeñen cargos con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la Ley N° 15.076 en los establecimientos de los Servicios de Salud, incluidos los cargos de la planta de Directivos.

La Ley N° 19.664 regula dos formas de ingreso a los Servicios de Salud, a saber: una que constituye la regla general, regulada en el artículo 8° y una excepcional, contenida en el artículo 9°. La Etapa de Destinación y Formación, que es aquella en la que los profesionales funcionarios desarrollan sus competencias y desarrollan preferentemente funciones de carácter asistencial y la Etapa de Planta Superior, en donde los funcionarios ya poseen una formación y experiencia calificada y desempeñan funciones que implican la aplicación sistemática de sus conocimientos y competencias en beneficio de la población usuaria, en la formación de nuevos profesionales o en la coordinación y supervisión de equipos o grupos de trabajo.

Excepcionalmente, los Directores de los Servicios de Salud estarán facultados para contratar directamente profesionales funcionarios en la Etapa de Destinación y Formación cuando circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades del servicio en forma transitoria y por períodos determinados.

La Etapa de Planta Superior contempla el conjunto de cargos públicos permanentes asignados por la ley a cada institución, se encuentra integrada por profesionales que, por su formación y experiencia, desempeñan funciones que involucran la aplicación sistemática de sus conocimientos y competencias en beneficio de la población usuaria, en la formación de nuevos profesionales o en la coordinación y supervisión de equipos o grupos de trabajo.

Para ingresar a la planta superior, ha de existir nombramiento en calidad de titular de un cargo de planta, en el nivel I, previo concurso público. Conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.664, la etapa de planta superior está conformada por tres niveles, asociados a la percepción de la asignación de experiencia calificada. Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse presente que si un médico se encuentra en el sexto año de la Etapa de Destinación y Formación, puede postular a los concursos que se llamen para proveer cargos de la Etapa de Planta Superior.

El funcionario debe someterse a un sistema de acreditación en el o los cargos que sirva cada nueve años. Este sistema de acreditación evaluará cualitativa y cuantitativamente los logros alcanzados por el profesional funcionario en el ejercicio de sus funciones.

En relación a los médicos que ejercen turnos de urgencia, podemos señalar que son turnos de 28 horas semanales. La ley establece que los cargos o contratos de cuatro horas en los servicios de Urgencia o Maternidades y en Unidades de Cuidado Intensivo, que deban trabajar los siete días de la semana, se considerarán para su pago y previsión como 28 horas semanales, pero solo incompatibilizarán con 11 horas a la semana. Estos cargos tienen la especial condición de que se desempeñan, en horas nocturnas, los días sábado y festivos.

La Ley N° 15.076 establece que el ingreso de un profesional funcionario a la planta de un Servicio Público como titular deberá hacerse previo concurso, a menos que se trate de un cargo o empleo de la confianza exclusiva de la autoridad facultada para hacer el nombramiento.

Para proveer los cargos de profesionales funcionarios, en este caso, debe llamarse a concurso dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha en que se produjo la vacancia. El concurso es amplio, abierto a todo concursante, o bien interno, limitado a los funcionarios del Servicio de que se trate, según se determina en el reglamento de concursos de cada Servicio o que se dicte en los Servicios que carezcan de él.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de la República, 1980.

Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N°725, 31 de enero de 1986. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5595>

Ley 19.381. Modifica Ley N°18.933, que creó Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, 3 de mayo de 1995. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30748>

Ley 19.451. Establece normas sobre trasplante y donación de órganos, 3 de mayo de 1996. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30818>

Ley 19.779. Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, 14 de diciembre de 2001. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=192511>

Ley 19.966. Establece un Régimen de Garantías en Salud, 3 de septiembre de 2004. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>

Ley 20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, 24 de abril de 2012. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>

Ley 20.585. Sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, 11 de mayo de 2012. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039952&idParte=9255949&idVersion=2012-05-11>

Ley 20.673. Modifica Ley N°19.451 respecto a la determinación de quiénes pueden ser considerados donantes de órganos, 7 de junio de 2013. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1051662>

Dto. N°158/04. Reglamento sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria, 10 de mayo de 2005. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=237770&f=2010-04-19&p=>

Ley 20.850. Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, 6 de junio de 2015. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078148>

Ley 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29967>

Ley 19.664. Establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley N°15.076, 11 de febrero de 2000. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=155848&idVersion=2016-12-28&idParte=>

Ley 15.076. Fija texto refundido del estatuto para médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bio-químicos y cirujanos dentistas, 8 de enero de 1963. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28031>

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN CHILE¹²

Carlos Carnevali Dickinson¹³

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Distintos son los sentidos en que se usa el concepto de responsabilidad, desde la obligación de reparar los daños causados por ciertas personas o cosas, hasta la idea de enfrentar las consecuencias de los propios actos; y dependiendo de determinados factores, como el sujeto, las acciones que a estos se les imputa y sus consecuencias, puede ser moral, política o jurídica¹⁴.

En este esquema, nos interesa la responsabilidad jurídica, es decir, “aquella que surge de la violación de deberes jurídicos y que produce consecuencias jurídicas”¹⁵; la misma que puede presentarse en al menos cuatro modalidades,

12 El presente artículo surge del trabajo de tesis de doña Yolanda Vergara Delgado para optar al grado de Licenciada de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, bajo el patrocinio del profesor Sr. Carlos Carnevali Dickinson.

13 Abogado, Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Concepción. Abogado FALMED Valdivia, Profesor de Responsabilidad Jurídica en el ámbito médico, Carrera de Medicina, Universidad Austral de Chile. Director Jurídico, Universidad Austral de Chile.

14 Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán: Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 11-13.

15 *Ibíd.*, pág. 15.

entre las que destaca y nos interesa especialmente, la responsabilidad civil, entendida como “la obligación que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a otra”¹⁶, en circunstancias en que se entrega a la víctima la acción civil destinada a lograr que el autor del delito o cuasidelito civil repare los perjuicios ocasionados¹⁷. Es decir, la responsabilidad civil es aquella que se relaciona directamente con la idea de responder patrimonialmente por un daño.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil será contractual o extracontractual, según si previamente unía a las partes una relación convencional o no, es decir, un contrato. Así, la responsabilidad contractual es “la que nace a consecuencia de la violación de un vínculo obligatorio generado por un contrato existente entre las partes”¹⁸, mientras que la responsabilidad extracontractual es “aquella que proviene de un hecho ilícito perpetrado por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un deber contractual [...], sino de un deber genérico de no dañar a otro”¹⁹.

En la práctica, para que una situación sea tratada al alero de uno u otro régimen general, deben concurrir, copulativamente, determinados requisitos. De esta manera, para que el deudor de una obligación contractual sea responsable de su incumplimiento, es preciso que se verifiquen los siguientes elementos: “un hecho generador por parte del deudor; la existencia de un daño sufrido por el acreedor; la existencia de un vínculo causal que una al hecho generador con el daño sufrido por el acreedor y la constitución en mora del deudor”²⁰. Asimismo, “para configurar el hecho generador del incumplimiento de la obligación se debe acreditar [...] tanto la infracción de la prestación debida como la culpa o el dolo del deudor”²¹. Es esta última idea la que conocemos como conducta reprochable o culpable, la que consiste en “haber actuado con culpa o con dolo, entendiendo por la primera, la falta de aquel cuidado o diligencia que debe emplearse en el

16 ABELIUK MANASEVICH, René: Las obligaciones. Tomo I, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, pág. 513.

17 Cfr. DIEZ SCHWERTER, José: El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 151.

18 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

19 *Ibíd.*, pág. 24.

20 URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio: “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N° 17, diciembre, 2011, pág. 29.

21 *Ibíd.*, pág. 30.

cumplimiento de una obligación contractual, sin intención de dañar y, por la segunda, los actos u omisiones realizados intencionalmente con la finalidad de no cumplir lo pactado”²².

Por su parte, para que exista responsabilidad civil extracontractual también deben concurrir requisitos copulativos, al igual que en sede contractual. Debe ocurrir una acción u omisión del agente; la culpa o dolo de su parte; la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad; la capacidad del autor del hecho ilícito; el daño a la víctima y la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido²³.

Como observamos, ambos regímenes generales coinciden en que para que el agente sea responsable, entre otros elementos, la víctima que alega la responsabilidad civil debió sufrir un daño. Es a este elemento al que le prestaremos especial atención, ya que es indispensable, para este estudio, hacer algunas precisiones en torno a las características del daño en materia de responsabilidad civil e identificar el tipo de daño que se indemniza en Chile.

1.1. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hemos indicado que para que exista responsabilidad civil, según los artículos 1437 y 2314 del Código Civil, es necesario que el hecho ilícito haya generado un perjuicio. En este sentido, aun concurriendo los demás requisitos que hemos señalado, no habrá responsabilidad si no hay daño. Sin embargo, no cualquier daño es susceptible de un resarcimiento por concepto de responsabilidad civil; para serlo, debe cumplir con ciertos requisitos, los que se refieren a “la certidumbre del perjuicio, a su directa relación con el hecho ilícito que funda la responsabilidad, a su previsibilidad y a su subsistencia”²⁴.

Para ser más específicos, no todo interés lesionado, perturbado o menoscabado es susceptible de ser reparado, ya que es necesario que el perjuicio reúna los elementos mencionados. De aquellos elementos nos interesa la certidumbre del daño, pues en Chile se distingue el daño cierto del incierto y solo se admite la indemnización del primero. En este sentido, la regla general es que el daño,

22 *Ibíd.*, pág. 31.

23 Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René: *Op. cit.*, pág. 255.

24 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Op. cit.*, pág. 141.

para ser reparado, debe ser “cierto, real, efectivo. No se indemniza aquel daño que presenta caracteres de incierto, hipotético o eventual”²⁵.

En esta materia, es importante la distinción entre el daño patrimonial y no patrimonial. El daño es patrimonial cuando consiste en una pérdida pecuniaria, en un detrimento del patrimonio. Se distingue el daño emergente (pérdida actual en el patrimonio) y el lucro cesante (frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso)²⁶. Por su parte, el daño no patrimonial se asocia con el concepto de daño moral que, según la doctrina moderna y tras un extenso debate, es “todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa como, por ejemplo, el daño corporal o biológico, el daño a derechos de las personas, el perjuicio estético o la pérdida del gusto vital”²⁷, por lo que hablamos de daño moral para referirnos a cualquier daño de naturaleza extrapatrimonial.

En esta línea, es importante estudiar el artículo 1556 del Código Civil que, en su inciso primero, establece que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Sobre este artículo, aun cuando está redactado en términos de responsabilidad contractual, la jurisprudencia ha aceptado que este es aplicable, igualmente, a la responsabilidad extracontractual, ya que la generalidad de sus términos así lo muestra y porque que ambas reparaciones son compatibles²⁸, por lo tanto, el daño emergente y el lucro cesante son partidas indemnizables en materia extracontractual.

Asimismo, este artículo no menciona el daño moral como partida indemnizatoria en sede contractual. Al respecto, si bien la concurrencia del daño moral en sede extracontractual ya está zanjada y aceptada, llevado al plano contractual, la respuesta ha variado, desde el rechazo total hasta su general aceptación, aunque no se trate de una aceptación de carácter unánime²⁹. Así, es una tesis compartida

25 *Ibíd.*, pág. 142.

26 *Ibíd.*, pág. 148.

27 *Ibíd.*, pág. 149.

28 Cfr. *Ibíd.*, pág. 148.

29 Cfr. RUTHERFORD PARENTTI, Romy: “La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 40, N° 2, pág. 671.

tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, en responsabilidad contractual, igualmente, “la ley admite la indemnización del daño moral”³⁰.

En conclusión, en ambas sedes se indemniza el daño patrimonial, que incluye el daño emergente y el lucro cesante e, igualmente, se indemniza el daño moral, sin perjuicio de la discusión que se ha dado en torno a la indemnización de este en sede contractual y de su actual aceptación generalizada. En este mismo sentido, estos daños no son excluyentes ya que “una misma lesión puede dar lugar a daño patrimonial y moral. A la inversa, una lesión a un interés no patrimonial puede dar lugar de manera refleja a un perjuicio patrimonial”³¹. Así, ambos daños pueden ser provocados por un mismo hecho, sin que, por preferir a uno, se tenga que excluir al otro.

1.2. EL VÍNCULO CAUSAL QUE UNE AL HECHO GENERADOR CON EL DAÑO SUFRIDO

En un sistema de responsabilidad civil, cuya finalidad es la reparación de los daños, dicho deber resarcitorio debe recaer solo en los sujetos, cuyas conductas ocasionaron los perjuicios. La cercanía entre un acto negligente y el daño para una persona no supone obligar al autor del acto a responder, sino hasta que se determine que el perjuicio es consecuencia de sus propios actos. Así, más allá del daño, el otro aspecto que es imprescindible para continuar la lectura de este estudio es la relación causal que debe unir al hecho ilícito con el daño que sufrió quien demanda la responsabilidad civil.

En las normas que regulan la responsabilidad civil en Chile, no hay disposiciones que explícitamente exijan que haya una relación de causalidad entre el hecho y el daño, ni que la definan. Sin embargo, de las expresiones utilizadas por el legislador podemos colegir su exigencia legal, al menos en el Código Civil. Así sucede con el artículo 2316 que señala que quien “hizo” el daño está obligado a la indemnización; o, en el ámbito contractual, el artículo 1556 que impone que los perjuicios “provengan” de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

De lo anterior, podemos concluir que el daño que se pretende resarcir debe tener su origen en el hecho ilícito del agente y solo así la víctima tendrá derecho

30 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Op. cit.*, pág. 150.

31 *Loc. cit.*

a alegar la indemnización de los perjuicios ocasionados. Para ser más precisos, “entre el comportamiento [...] ilícito del autor y el daño sufrido por la víctima debe existir una relación o nexo”³², por lo que para que una persona quede obligada a indemnizar un daño “no basta que este exista y que haya habido un acto culpable o doloso suyo; es preciso, además, que el daño sea por causa directa y necesaria del hecho del autor, de manera que sin este no se habría producido”³³. De esta manera, el demandado tendrá obligación de responder solo si se prueba que el hecho que se le imputa es causa del daño cuya reparación se espera.

La relación causal es el fundamento de una distinción importante. Ocurre que con el perjuicio inicial sufrido por la víctima pueden aparecer otros daños ulteriores, como la agravación de este o la aparición de nuevos perjuicios. En este sentido, una de las funciones atribuidas a la idea de causalidad es limitar la extensión de la reparación, pues “sirve de fundamento a la distinción entre daños directos e indirectos, siendo indemnizables solo los primeros”³⁴. Un daño será directo cuando es “una consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito, cuando es de aquellos perjuicios que a no mediar la acción no se habrían producido. Por otra parte, un daño será indirecto cuando no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito”³⁵.

Por lo tanto, frente a una demanda que persigue la indemnización de una larga cadena de daños, el demandado reclamará que su deber de reparar solo implica a algunos de ellos, puesto que sobre los demás no existe relación de causalidad³⁶. En definitiva, la relación entre el daño indemnizable y la actuación que genera responsabilidad debe ser directa. Los daños secundarios o indirectos no pueden ser indemnizados, por cuanto falla la relación de causalidad, que, como dijimos, es un elemento indispensable para configurar la responsabilidad civil.

32 *Ibíd.*, pág. 179.

33 ABELIUK MANASEVICH, René: *Op. cit.*, pág. 301.

34 ARAYA JASMA, Fernando: *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Editorial LexisNexis Chile, Santiago, 2003, pág. 15.

35 DIEZ SCHWERTER, José: *Op. cit.*, pág. 71.

36 Cfr. ARAYA JASMA, Fernando: *Op. cit.*, pág. 16.

1.3. REPARACIÓN DEL DAÑO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En sede contractual, en muchas ocasiones no será posible obtener el pago de la obligación tal como estaba concretada en el contrato y, en tal caso, al acreedor no le queda otra opción que la de exigir la indemnización de perjuicios. Asimismo, aun cuando pueda adquirirse el cumplimiento forzado, deberá igualmente indemnizarse al acreedor el perjuicio experimentado por el atraso, pues nunca será lo mismo que la obligación se cumpla en el momento oportuno o en uno posterior.

La indemnización de perjuicios es “la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor y que equivalga o represente lo que este habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación”³⁷. En este contexto, el deudor puede violar la obligación porque no la cumple en absoluto, o porque la cumple parcialmente, o porque se retarda en el cumplimiento; y, según ello, “en los dos primeros casos, la indemnización de perjuicios reemplaza, total o parcialmente, al objeto debido: es compensatoria. En el último, el deudor ha cumplido tardíamente y la indemnización de perjuicios tiene solamente por objeto reparar los daños causados por la tardanza: es moratoria”³⁸. Y toda esta indemnización deberá armarse en torno a lo dicho por el artículo 1556 del Código Civil que, como hemos dicho, incluye el daño moral.

En sede extracontractual, por su parte, el artículo 2314 del Código Civil dispone que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Y esa reparación “puede ser ‘en especie’ o *in natura*: ejecución de actos o adopción de medidas que hagan desaparecer el daño; o ‘en equivalente’: el daño se compensa por un sustituto, que generalmente es una suma de dinero”³⁹. Además, todo se debe al principio general de reparación integral del daño, que supone que debe indemnizarse todo el daño que es consecuencia directa del hecho ilícito, y en virtud del cual, la reparación debe comprender, en primer lugar, el perjuicio patrimonial: daño emergente y lucro cesante (como dijimos, aplicamos igualmente el artículo 1556 del Código Civil); y, en segundo

37 ABELIUK MANASEVICH, René: *Op. cit.*, pág. 944.

38 MEZA BARROS, Ramón: *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 120.

39 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Op. cit.*, pág. 335.

lugar, los perjuicios no patrimoniales, entre los que caben el dolor psíquico, el daño corporal, la lesión de derechos de la personalidad⁴⁰.

Adicionalmente, en sede extracontractual, debemos considerar también, indemnizar tanto los perjuicios previstos como los imprevistos. En relación con esto, deben indemnizarse todos los perjuicios, aunque no hayan sido previstos por el actor, pero debe considerarse que uno de los factores que permiten erigir el vínculo de causalidad es la previsibilidad objetiva de los daños derivados del hecho. De tal manera que lesiones que eran imprevisibles según la experiencia general no serán reparables, ya que no pueden imputarse al hecho del actor, por falta de causalidad⁴¹.

1.4. LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CHILE

Sobre los regímenes generales de responsabilidad civil contractual y extracontractual, el Código Civil regula algunos aspectos que permiten establecer diferencias entre uno y otro, tales como su naturaleza jurídica y cuestiones relativas a la gradación de la culpa, la mora, la capacidad, la prueba de la culpa, la solidaridad, la prescripción y la extensión de la reparación del daño en ellos. Sin embargo, existen otros sistemas de responsabilidad civil contemplados en leyes especiales que difieren en algunos aspectos generales de las normas consagradas en el Código Civil, entre los que destacan el régimen especial de responsabilidad civil en la construcción, en accidentes laborales, el régimen especial de responsabilidad civil en accidentes de tránsito, el régimen especial de responsabilidad civil médica, entre otros.

De los regímenes especiales de responsabilidad civil mencionados, nos interesa, para este estudio, el régimen de responsabilidad civil médica, el que “permite a las víctimas obtener una indemnización de perjuicios por los daños causados en la ejecución de un acto médico. Queda circunscrita, por ende, a las actuaciones ejecutadas por médicos o profesionales de la salud y hoy, en forma más amplia, a las negligencias que ocurran en centros hospitalarios o clínicas privadas de salud, las que responden tanto en forma directa como por el hecho de sus dependientes⁴¹. De este régimen especial nos interesa exponer algunas cuestiones generales relativas a la calificación jurídica del mismo y a las obliga-

40 Cfr. *Ibíd.*, pp. 336 y 337.

41 Cfr. *Ibíd.*, pág. 337.

ciones de los médicos, aspectos que nos ayudarán a comprender, más adelante, el tema principal de este estudio.⁴²

2. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN CHILE

2.1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Señalamos que la responsabilidad civil se correspondía con la idea de responder patrimonialmente por algún daño, es decir, con lo indemnizatorio y que, en la misma línea, el régimen especial de responsabilidad civil médica admite que las víctimas obtengan una indemnización de perjuicios por los daños provocados por la ejecución de un acto médico. Ubicados en el área civil, nos preguntamos a qué régimen general de responsabilidad civil se asemeja la responsabilidad médica, si a lo contractual o a lo extracontractual, y en qué condiciones. En términos generales, la responsabilidad profesional pertenece, por lo general, al ámbito contractual, pues está antecedida de una convención entre quién hace el encargo y quién presta el servicio. Se trata típicamente de contratos a los que resultan aplicables las reglas del mandato (artículo 2118 del Código Civil) y supletoriamente las del arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2012 del Código Civil)⁴³.

En relación con la responsabilidad civil médica, se ha dicho que la ejecución de un acto médico puede generar, en principio, una responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual, por tanto, “el médico puede enfrentar la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según exista o no un vínculo contractual con el paciente”⁴⁴. Sin embargo, para ser más precisos, “la regla general en el ámbito privado es el régimen contractual respecto al paciente, el que suele encontrarse unido por contrato con el médico que ejecuta el acto negligente, quien ha causado el daño cuya indemnización se reclama”⁴⁵.

42 PIZARRO WILSON, Carlos: La responsabilidad civil médica, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2017, pág. 11.

43 Cfr. BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 656 y 657.

44 PIZARRO WILSON, Carlos: *Op. cit.*, pág. 12.

45 *Ibíd.*, pág. 13.

Por tanto, los problemas de negligencias médicas suelen ventilarse bajo las reglas contractuales, en particular el título XII del libro IV del Código Civil, artículos 1545 y siguientes. La excepción está en las víctimas por rebote, quienes se estudiarán más adelante y siempre deberán someterse al régimen extracontractual, debido a que alegan un daño propio y carecen de un vínculo contractual con el médico.

2.1.1. EL PREDOMINIO DEL ÁMBITO CONTRACTUAL EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Concluimos que el ámbito que predomina en la responsabilidad civil médica es el contractual, circunscribiéndolo, en términos simples, a “la indemnización que pueden obtener las víctimas a resultas de un daño ocasionado en la ejecución de un acto médico”⁴⁶. En este sentido, pareciera ser que este régimen resulta más favorable a la víctima que el extracontractual; en primer lugar, porque no caben dudas en torno a la extensión de la reparación del daño que involucraría también el daño moral y, en segundo lugar, porque si se considera que existe una relación contractual, el demandado, es decir, el deudor (el médico) tendrá que acreditar que ejecutó la prestación satisfactoriamente. En cambio, si se tratara de una responsabilidad de naturaleza extracontractual, pesa sobre el paciente la carga de la prueba de la culpa en que incurrió el facultativo⁴⁷.

Sobre el primer aspecto favorable, dijimos que el régimen contractual es más próspero, en esta materia, desde que la jurisprudencia nacional considera como daño indemnizable en sede contractual al daño moral. Recordemos que hasta hace un tiempo, una de las diferencias entre régimen contractual y extracontractual tenía que ver con la extensión de la reparación del daño, pues en el primero de los sistemas, no era posible indemnizar el daño moral y el fundamento para tal negativa era que el artículo 1556 del Código Civil no lo mencionaba, sino solo el daño emergente y el lucro cesante, una “interpretación bastante pobre, ya que solo se sustentaba en la ausencia de una mención del daño moral como rubro indemnizable, lo que era entendible a la época de la dictación del Código, en que se ignoraba la reparación de los daños extrapatrimoniales”⁴⁸, pero no actualmente. Así, descartados los impedimentos a la indemnización del daño

46 *Ibíd.*, pág. 12.

47 Cfr. GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, pág. 27.

48 PIZARRO WILSON, Carlos: *Op. cit.*, pág. 17.

moral en sede contractual, partida fundamental en el ámbito de los accidentes médicos, se puede alegar sin temor a que la pretensión sea rechazada por una interpretación literal del artículo 1556 del Código Civil.

Asimismo, dijimos que el demandado, es decir, el médico, tendrá que acreditar que ejecutó la prestación satisfactoriamente. En este sentido, atendida a la posición mayoritaria de los tribunales de aceptar la aplicación tanto del artículo 1698 como del inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil, en términos de carga de la prueba de la obligación y su extinción, y de culpa del deudor, debemos entender que, si corresponde al deudor acreditar la diligencia, entonces se deja al médico con esa carga y se alivia la situación a favor de la víctima, es decir, el médico debe probar que cumplió con las obligaciones de medios⁴⁹.

Lo anterior deja al paciente solo en situación de probar la existencia del contrato y de alegar su incumplimiento, lo que, sumado a la prueba de la causalidad y el daño, debiera habilitarlo para ser indemnizado, salvo que el médico pruebe la diligencia debida, en cuyo caso, deberá considerarse que el daño, cuya indemnización se reclama, debe estar conectado con el incumplimiento culpable⁵⁰, tal como hemos señalado.

En conclusión, el argumento más fuerte para sostener que el paciente estará en una posición más ventajosa si el accidente médico se somete a las reglas contractuales es que “acreditar la existencia del contrato, con el médico o la clínica, será, en general, bastante fácil, alegando el incumplimiento, quedando el demandado con la carga de acreditar la diligencia y reduciéndose el fardo probatorio de la víctima al daño y la causalidad”⁵¹, lo que igualmente resulta bastante complejo considerando que el daño debe ser cierto para poder ser indemnizable.

2.1.2. LAS VÍCTIMAS POR REBOTE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La excepción a las reglas descritas con anterioridad son las víctimas por rebote, las que deben siempre acudir a las reglas del régimen general de responsabilidad extracontractual para resolver los conflictos en el ámbito médico. Sucede que “la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil causa un perjuicio directo a los

49 Cfr. Loc. cit.

50 Cfr. *Ibíd.*, pág. 18.

51 *Ibíd.*, pág. 19.

personalmente afectados con el suceso, pero que también, a consecuencia de ese mismo hecho ilícito con víctimas iniciales, se producen perjuicios materiales y morales para los sujetos que mantienen alguna vinculación con los inicialmente lastimados⁵². Estas son las víctimas por rebote.

Entonces, cuando la víctima del daño es una, solo ella tendrá derecho a la reparación. Sin embargo, a veces, el daño de la víctima inicial provoca un daño a terceras personas, dando lugar al denominado daño por rebote o repercusión. En este orden de ideas, puede entenderse el daño por repercusión o rebote como “el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado”⁵³. El daño por repercusión se da, principalmente, en casos de lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, dado que junto al perjuicio que sufre el directamente lesionado o fallecido, ocurre que su cónyuge, hijos o los otros sujetos que de él dependen o que con él se relacionan, se ven perjudicados patrimonial o extrapatrimonialmente⁵⁴.

En estricto rigor, las víctimas por rebote no son víctimas inmediatas del hecho ilícito, ya que el impacto esencial recae sobre el sujeto personalmente lesionado o fallecido, es decir, sobre la víctima inicial. Sin embargo, “a pesar de no haber sido afectados en su persona física, es de igual evidencia que ellos sufren un perjuicio a consecuencia del siniestro, al verse alcanzados en sus sentimientos, en su subsistencia o por los gastos en que deban incurrir derivados de los daños de la víctima inicial”⁵⁵. Así, con las víctimas por rebote, la titularidad para exigir la reparación del daño se amplía en la responsabilidad civil médica, en tanto, cubre aquellos casos en que la víctima inicial está impedida, ya sea por lesiones corporales o muerte, de disponer de las acciones que le corresponden por los daños causados por la ejecución de un acto médico.

En consecuencia, si la víctima inmediata falleció o se encuentra impedida, la víctima por rebote no debe fundar la responsabilidad en la infracción de las normas que regulan la responsabilidad contractual, sin perjuicio de poder hacerlo en otro sentido, puesto que su acción, al menos en este contexto, no emana

52 ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: “Del daño por repercusión o rebote”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 26, N° 2, 1999, pág. 369.

53 *Loc. cit.*

54 *Cfr. Loc. cit.*

55 *Ibíd.*, pp. 369 y 370.

de su calidad de continuadores de la personalidad del causante, es decir, de su calidad de herederos, sino que se trata de una acción autónoma. Dicha acción, en principio y a menos que la ley diga otra cosa, deberá fundarse en las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, con todo lo que ello involucra⁵⁶.

Entonces, las víctimas por rebote siempre “deberán someterse al régimen extracontractual, en razón de que alegan un daño propio y carecen de un vínculo contractual con el pretendido victimario”⁵⁷. La contra excepción está dada porque en el supuesto del fallecimiento de la víctima inicial, aunque los perjudicados por rebote accionen a título personal, nada obsta que puedan deducir también las acciones que correspondían al causante. La acción indemnizatoria de la víctima inmediata es transmisible por testamento o abintestato, sea a título universal o singular, por lo tanto, pueden ejercitarla en la calidad que les corresponda⁵⁸.

En conclusión, los terceros perjudicados podrán accionar a título personal como víctimas por rebote y deberán hacerlo bajo el régimen de responsabilidad civil extracontractual; o como herederos de la víctima inicial, en cuyo caso deberán hacerlo bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual.

2.2. LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MISMAS

En este apartado, especificaremos qué tipo de obligaciones son las que contrae el profesional de la medicina en virtud del contrato de prestaciones médicas. Al respecto, no podemos especificar cada una de las obligaciones que el médico contrae en virtud del contrato con su paciente ya que hay tantos médicos como pacientes y enfermedades. Sin embargo, podríamos establecer un estándar mínimo y decir que “las obligaciones del médico comprenden todo lo que su cuidado, conocimientos, destreza, experiencia y bondad puedan dar al enfermo que se confía a él”⁵⁹. Atribuido este carácter general a las obligaciones del médico, cabe preguntarse qué tipo de obligaciones son dentro del esquema que clasifica a las obligaciones, según su objeto, en obligaciones de medios o de resultados. Esto se trata de determinar si el médico se obliga a obtener la curación del pa-

56 Cfr. *Ibíd.*, pág. 393..

57 PIZARRO WILSON, Carlos: *Op. cit.*, pág. 13

58 Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: *Op. cit.*, pág. 395.

59 GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: *Op. cit.*, pág. 61.

ciente (obligación de resultado) o solo a poner a disposición de aquel todos sus conocimientos con el objetivo de sanarlo (obligación de medios).

En términos generales, los profesionales pueden contraer obligaciones contractuales de uno u otro tipo, según sean las expectativas que el Derecho cautela a quienes hacen el encargo. De este modo, “contraen una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que este pretende obtener”⁶⁰.

En esta línea, la regla general es que las obligaciones profesionales “sean de medios, esto es, que den lugar a deberes de prudencia y diligencia, pues lo que usualmente se exige del experto es el empleo de cuidado debido para procurar el interés que se persigue, pero de la circunstancia de no haberse obtenido ese beneficio no se infiere que haya incumplido su obligación”⁶¹. En otras palabras, el fin que pretende el acreedor de una obligación de medios, es contingente desde el punto de vista de la relación obligatoria, de modo que su frustración no puede ser tenida por incumplimiento.

Ahora bien, en el contexto más específico de la relación médica, la obligación que pesa sobre el profesional médico, generalmente, “es una obligación de medios, al tener ella por objeto un hacer o una actividad, que no entraña el compromiso de un resultado, sino que se entiende que el deudor ha cumplido cuando ha desplegado la actividad en que la prestación consiste”⁶². La principal consecuencia de esto es que cuando la obligación es, en su contenido, de medios, al médico se le presume culpable del daño producido, pero, para eximirse de responsabilidad “le basta probar que cumplió su deber contractual de acuerdo a las normas de la *Lex Artis*, que cumplió con la obligación con diligencia de buen padre de familia o que proporcionó sus cuidados concienzudos, con atención y reserva hecha de circunstancias excepcionales, conforme al acervo de informaciones adquirido por la ciencia”⁶³.

60 GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: *Op. cit.*, pág. 61

61 *Loc. cit.*

62 VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La responsabilidad civil del profesional médico”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 8, diciembre, 2002, pág. 158.

63 GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: *Op. cit.*, pág. 99.

Entonces, el contrato médico no puede tener (salvo que el médico lo prometa) por objeto la curación de la enfermedad, sino que el facultativo se obligue a poner sus conocimientos para conseguirlo, eventualmente, encargándose de ello como un buen padre de familia⁶⁴. Así las cosas, como regla general, la obligación del profesional médico es de medios y será de resultado única y exclusivamente cuando este resultado sea prometido por el facultativo al acordar los términos del contrato.

2.2.1. LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS DE LOS MÉDICOS: LA *LEX ARTIS*

Las obligaciones de medios que por regla general adquieren los médicos, le exigen actuar conforme a la *Lex Artis*, esto es de acuerdo con “los conocimientos adquiridos por la ciencia médica, con el objeto de prevenir, diagnosticar o sanar adecuadamente al paciente”⁶⁵, al momento del tratamiento. La *Lex Artis* es un estándar variable, dependerá de los conocimientos científicos a la época en que se realice el acto médico. Para identificar estos conocimientos, hay que aplicar un criterio de razonabilidad en torno al acceso y práctica de ellos⁶⁶. En definitiva, el contenido de la relación de médico y paciente se construye con base en “protocolos definidos por la potestad reglamentaria y en la forma en que para el caso específico debe entender la *Lex Artis* aplicable”⁶⁷.

2.2.2. LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO DE LOS MÉDICOS

Una obligación de resultado exige del médico la obtención de una prestación, el facultativo se compromete a ello. En este caso, habrá incumplimiento cuando no se obtenga el fin perseguido, es decir, el resultado prometido. Las obligaciones de resultado a cargo del médico son excepcionales porque no puede esperarse que el médico se comprometa a algo que está más allá de su alcance. Estas obligaciones pueden tener dos fuentes: “la convención, el contrato médico y la propia naturaleza de las obligaciones precisas a las que se somete el médico”⁶⁸.

64 Cfr. *Ibid.*, pp. 97 y 98.

65 TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Chile, vol. XV, diciembre, 2003, pág. 90.

66 Cfr., PIZARRO WILSON, Carlos: *Op. cit.*, pág.

67 *Loc. cit.*

68 TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: *Op. cit.*, pág. 93.

Así, distinguimos dos tipos de obligaciones de resultado: las obligaciones de resultado convencionales y las obligaciones de resultado emanadas de la naturaleza de la prestación.

Son ejemplos de obligaciones de resultado convencionales, el caso del cirujano plástico que promete obtener un cierto resultado facial o el médico que se compromete a realizar un acto personalmente, como el obstetra que se obliga a estar presente en el parto⁶⁹. En definitiva, estas obligaciones son las que acuerdan el facultativo con el paciente, previa intervención médica. Las obligaciones de resultado emanadas de la naturaleza de la prestación, por su parte, se identifican con al menos tres supuestos en Chile: la obligación de entrega de información, la obligación relativa a los materiales y productos de salud y la obligación relativa a exámenes o análisis simples⁷⁰.

69 *Cfr. Loc. cit.*

70 *Cfr. Ibíd.*, pág. 94.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ACTIVIDAD MÉDICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

Marcelo Valenzuela Villarroel⁷¹

INTRODUCCIÓN

El título al que alude este artículo ha sido -desde una perspectiva amplia- objeto de análisis con bastante frecuencia en nuestro país y, por cierto, a nivel comparado. Tanto la ciencia médica como el derecho penal han generado espacios para que en diversos seminarios, publicaciones y textos, se discuta acerca de la relación entre la actividad médica y derecho y, en particular, entre la actividad médica y el derecho penal, incluyendo el ámbito del derecho procesal penal. Ahora bien, como en todos los ámbitos de la vida, al revisar este vínculo, se pueden utilizar distintos enfoques.

En efecto, es evidente que entre ambas disciplinas existe un primer acercamiento que se podría denominar colaborativo. Desde este punto de vista, la actividad médica juega un papel relevante para el mundo penal y procesal penal, si se considera aquellos aspectos en los cuales los profesionales de la salud son colaboradores y auxiliares del sistema de justicia criminal, apoyando a los órganos de justicia en cuestiones propias de sus competencias técnicas, como

⁷¹ Abogado Jefe de la Unidad Penal de Falmed, con estudios de postítulo en Litigación Oral Universidad de Chile. Diplomado en Reforma Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado y Master en Derecho Constitucional Penal Universidad de Jaen, España.

por ejemplo, certificar causas de muerte, grado de las lesiones sufridas por una persona o la data de fallecimiento, entre otros aspectos.

Por otra parte, también existe una relación que podría denominarse de protección y que se vincula con las normas sanitarias que regulan la actividad y más específicamente, con las disposiciones penales que amparan la actividad médica, sancionando las conductas que atentan contra el ejercicio ilegal de la profesión; las que castigan a quienes simulan tener una profesión sanitaria o las relativas a la protección de la salud pública.

Sin embargo, existe también una relación entre Medicina y Derecho Penal que es más bien antagónica y que se origina, justamente, cuando un profesional de la salud es sometido a un reproche en su actuar por parte del paciente o sus familiares, utilizando para ello las herramientas que el propio sistema legal provee a quien se siente afectado. En el caso del ordenamiento jurídico chileno, dependiendo de la vía procesal que se adopte, la situación puede involucrar la participación del Ministerio Público en la búsqueda de una sanción penal a título de delito imprudente, independiente de la búsqueda de reparación a través de otras herramientas del ordenamiento jurídico.

Así entonces, en nuestro país, un profesional de la salud que ha colaborado con la administración de justicia penal para clarificar desde una perspectiva médico legal un caso de relevancia (vinculación colaborativa) puede estar sometido al día siguiente a un proceso de investigación criminal debido a que un paciente presentó una denuncia en su contra por una supuesta negligencia en su actuar profesional y, entonces, la administración de justicia y la actividad médica se posicionan en veredas opuestas.

Ahora bien, en este último escenario juega un papel relevante la presencia de un tipo penal específico que sanciona a los profesionales de la salud que actúan con negligencia culpable y que, producto de lo anterior, producen daño en sus pacientes. Esta figura -ampliamente discutida en la doctrina nacional y reclamada como injusta por los profesionales de la salud- es la prevista en el artículo 491 del Código Penal chileno, que señala: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior” (en referencia a la penas del artículo 490 del mismo cuerpo legal).

Por supuesto, nadie se atrevería a discutir que la relación profesional entre un médico y su paciente puede verse afectada por un actuar imprudente y que, ante esta eventualidad, el afectado tenga derecho a un buscar una sanción en relación al equipo sanitario o por parte de la entidad médica en la cual se realizó

la prestación. De hecho, situaciones equivalentes se pueden producir en relación a cualquier profesional que preste un servicio y que como consecuencia de una prestación negligente deba reparar el daño causado.

Sin embargo, es otra la interrogante que surge a este respecto y que es, en una primera parte, objeto de las reflexiones de este trabajo y se vincula a la existencia específica del artículo 491 del Código Penal, entendiéndose que tal norma importa una carga jurídica penal que solo está contemplada para este tipo de profesionales. ¿Por qué existe todavía un precepto conocido como “negligencia médica” y consagrado en artículo 491 del Código Penal? ¿Por qué la labor de los profesionales de la salud en el ejercicio de su labor justifica la existencia de un tipo penal específico, si el sistema legal tiene herramientas para sancionar las conductas imprudentes sin consideración especial a la profesión sanitaria?

De hecho, si se revisa el ordenamiento penal, la norma mencionada en los párrafos anteriores y que genera la tensión entre actividad médica y derecho penal no es la única consagración legal de tipo sancionatorio respecto de los profesionales vinculados a la medicina. En efecto, en el marco de las faltas del Código Penal chileno, existen varias disposiciones que castigan a los profesionales de la salud -lo que permitiría dar legitimidad al sentimiento de injusticia reclamado por los médicos- siendo la más relevante, a efectos de este trabajo, la figura que se conoce como “*negligencia médica sin daño*”, establecida en el artículo 494 N° 10 del Código Penal, que señala: “sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, el médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas”.

Ahora bien, el artículo 491 del código criminal ha sido ampliamente analizada por los autores nacionales, a propósito del ejercicio interpretativo que se debe hacer en relación a todos los delitos culposos consagrados en el párrafo del Código Penal y en el caso de la “negligencia médica” el estudio se ha centrado, fundamentalmente, en las expresiones “*negligencia culpable*” contenidas en el citado artículo. Los autores nacionales y la jurisprudencia han tratado de precisar qué se entiende por negligencia culpable y así determinar cuándo las conductas desplegadas por el profesional sanitario deben ser reprochadas a nivel penal.

Sin embargo, como se ha anticipado, en el presente artículo no se pretende reiterar comentarios en este sentido, ya que estos conceptos han sido ampliamente abordados en trabajos de mayor envergadura.

En efecto, el objetivo de este artículo es presentar, en primer término, algunas reflexiones en torno a la figura del artículo 491 del Código Penal y su pertinencia en el ordenamiento penal chileno actual; y, en segundo lugar, hacer algunas

referencias a los nuevos criterios de imputación que los tribunales han utilizado para resolver – en la práctica judicial concreta- juicios por mala praxis médica en un intento por lograr mayor certeza y seguridad jurídica y de cómo este nuevo enfoque se relaciona con el quehacer médico.

Sin duda, en el presente artículo quedarán muchos aspectos sin abordarse adecuadamente. Sin embargo, y tal como dice el título, estas consideraciones buscan reflexionar sobre dos situaciones que se presentan permanentemente en el cruce entre el derecho penal y la medicina y que estarán siempre presentes en el debate.

CONDUCTA MÉDICA, REPROCHE PENAL Y EL ARTÍCULO 491 DEL CÓDIGO PENAL: ¿UNA CUESTIÓN DE VIGENCIA?

Es ampliamente reconocido por todos los tratadistas, que la legitimidad del derecho penal se sustenta en un conjunto de principios que buscan controlar la reacción punitiva del Estado en relación a los ciudadanos. Porque la pena no es sino “*autoconstatación del Estado, reafirmativo de su poder y de su necesidad como poder organizativo*”,⁷² este poder debe ser controlado y limitado. Como señala el Profesor Roxin: “*Uno de estos principios fundamentales, y que es ampliamente reconocido por la doctrina, es el que se manifiesta con la afirmación (ya esbozada) de que el instrumento penal debe ser la última herramienta para la solución de los conflictos sociales.*”⁷³ Esto es lo que se conoce como extrema o ultima ratio (para algunos autores, subsidiariedad).⁷⁴ Significa que el Estado solo puede recurrir al derecho penal cuando hayan fallado todos los demás controles sociales.

Profundizando en esta línea argumental, el mismo profesor Roxin, señala que “*el derecho penal tiene que asegurar las condiciones para una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos, en la medida que esto no sea posible mediante otras medidas rectoras, sociopolíticas menos graves*”.⁷⁵ Complementando su posición, agrega que deben rechazarse las normas penales mayoritariamente simbólicas, porque con ellas “*a menudo se busca solamente apaciguar al elector,*

72 BUSTOS, Juan: *El Delito Culposo*.

73 ROXIN, Claus: *Derecho Penal*, Parte General.

74 BUSTOS, Juan: *Derecho Penal*, Parte General.

75 ROXIN, Claus: *op.cit.*

provocando en él, la impresión de que, mediante leyes previsiblemente inefectivas, se está haciendo algo para luchar contra acciones y situaciones no deseadas”.⁷⁶

Estas consideraciones argumentativas han sido las utilizadas por los partidarios de restringir el Derecho Penal a una corriente más democrática y ajustada a un estado democrático de derecho, en contraposición a las posiciones más conservadoras y que entienden que el derecho punitivo es una herramienta válida para controlar socialmente a quienes atenten contra el sistema. En el extremo de las posiciones limitadores de la actividad sancionatoria penal se encuentran las que abogan por la eliminación absoluta del derecho penal, entendiendo que su existencia no resuelve los conflictos ni el fenómeno de la denominada criminalidad.

Sin embargo, también es cierto que en paralelo a esta discusión, la sociedad fue avanzando y generando relaciones más complejas, además de riesgosas, y así en los últimos 50 años ha existido un aumento relevante de figuras penales para muchas conductas que antes no habían sido previstas dentro del desarrollo social (los delitos medioambientales; los ilícitos informáticos, el lavado de dinero, etc.). En esta dinámica, la configuración de las nuevas conductas constitutivas de delitos no parecían estar sujetas a criterios necesariamente doctrinarios de corrientes democráticas y liberales sino más bien a lo que el profesor López Barja de Quiroga denomina “*la exigencia social de seguridad mediante el derecho penal*”.⁷⁷

Este debate doctrinario tuvo eco en la actividad académica en Chile, pero, razonablemente, se puede afirmar que no alcanzó a replantear la vinculación entre actividad médica y su reproche penal. En efecto, más allá de algunas opiniones aisladas de ciertos autores respecto del punto, no ha existido una verdadera discusión sobre la pertinencia de mantener o no la figura del artículo 491 del Código Penal, hasta ahora.

En esta pretensión, algunas interrogantes son válidas para iniciar la reflexión:

- ¿Qué consideraciones históricas son válidas para mantener vigente el artículo 491 del Código Penal?
- ¿Cuáles son las consideraciones de política criminal que fundamentan la existencia del tipo penal aludido?

Independiente de la posición que finalmente adopte cada lector, es importante resaltar que no se pretende abogar por un marco de impunidad penal respecto

76 ROXIN, Claus: *op.cit.*

77 López Barja de Quiroga, *El papel del Derecho Penal en la Segunda Modernidad*.

de aquellas conductas que atenten contra la vida o la salud corporal a título imprudente. Lo que se pretende es analizar, desde una óptica de pertinencia dentro del sistema punitivo, si la figura merece seguir vigente tal como está concebida.

Por lo mismo, en síntesis, la pregunta sería ¿cuál es el criterio político criminal específico que motiva la mantención de norma del artículo 491, así como está consagrada hoy?

Ahora bien, desde una perspectiva histórica, sin duda alguna que la existencia de un tipo penal especial respecto de los profesionales de la salud responde a una mirada legislativa (político-criminal) concordante con la sociedad del siglo XIX. Como señala el ya citado López Barja de Quiroga, *“los estudiosos de fines del siglo XIX y primer tercio del siglo XX se centraron en el examen del derecho penal como un instrumento que incidía sobre las clases más débiles y desfavorecidas, en las que el contexto social tenía una importancia esencial”*.⁷⁸

La afirmación del autor antes citado permite contextualizar -jurídica y socialmente- la norma del artículo 491 del Código Penal chileno. La profesión médica se ha relacionado siempre con el mundo del saber y, como consecuencia de lo anterior, con las estructuras de poder de la sociedad. Es esta condición base de la profesión médica la que naturalmente generó la necesidad de que el legislador, en una búsqueda de igualdad, creara este tipo penal a fin de proteger al más débil frente al poderoso (paciente-médico).

Prueba paradigmática de la afirmación anterior es la construcción del propio ilícito, en relación a las personas que pueden ser objeto de reproche. En efecto, la norma del artículo 491 castiga, además del médico y cirujano, al “flebotomiano” que causare mal. Como lo señala el Diccionario de la Real Academia Española, este es “el hombre que tenía por oficio sangrar”.⁷⁹ Entonces, incluso aquellos que tenían la condición para realizar tal labor, estaban en una posición de superioridad frente al ciudadano común.

Pero esta óptica de desigualdad parece estar, parcialmente al menos, obsoleta. No solo porque, por ejemplo, ya no existen flebotomianos en el ámbito de la salud formal, sino porque con el avance de las ciencias, por una parte, y de la propia sociedad hacia estructuras más horizontales, por otra, existe mayor acceso al conocimiento, al menos parcialmente. En efecto, el acceso a la información que poseen actualmente los pacientes ha derivado -en

78 López Barja de Quiroga, *op.cit.*

79 R.A.E., diccionario.

la práctica concreta del ejercicio de la medicina- en que la relación profesional muchas veces sea enfocada desde la lógica de una prestación de servicios en la cual el conocimiento médico es solo una variable más y puede ser cuestionado. Todavía se le reconoce, sin duda, la calidad de profesional y de ser quien tiene el adecuado manejo del conocimiento, pero en la compleja relación actual, este mismo paciente aplica criterios y estándares de satisfacción más equivalentes a la adquisición de un producto que al sentido histórico de la relación médico paciente. Así, este paciente -ahora transformado en consumidor- puede y tiene el derecho a impugnar la decisión médica, con argumentaciones como consecuencia del acceso a la información distorsionan, muchas veces, el ejercicio de la medicina.

Este cambio en la dinámica relacional podría ser el primer antecedente para fundamentar la eliminación del tipo penal. El hecho de ser médico (o algunas de las profesiones incluidas en el tipo) no parece ser un dato objetivo de real significancia, desde una óptica del Derecho Penal, para fundar un argumento destinado a mantener vigente la norma del Código Penal. Nadie duda de la importancia de los profesionales de la salud y de su relevancia en el mundo actual, pero desde el punto de vista jurídico penal, si la construcción del tipo penal del artículo 491 obedeció a un criterio de significación social (derivado de la relevancia de la profesión médica), el avance, desarrollo y democratización de las sociedades modernas debieran servir de base para que hoy se considere su eliminación del catastro de infracciones penales, así como está planteado hoy en nuestra legislación.

La idea anterior se reafirma con el propio desarrollo de la medicina y de la manera en que esta se ejercía en el siglo XIX y comienzos del XX. En efecto, lo que el legislador tuvo presente (o podemos suponer que lo tuvo) al momento de construir el tipo penal no era lo que hoy se conoce como “el ejercicio de la medicina” o la “práctica médica habitual”. Por el contrario, la situación histórica que debió haber considerado el legislador para generar el tipo penal debió estar vinculada a un médico de cabecera con sus propias herramientas terapéuticas, sanitarias y farmacológicas. Sin embargo, es de fácil comprensión asumir que hoy este ejercicio se ha transformado y responde a una actividad con un alto componente de complementariedad y apoyo tecnológico en relación al diagnóstico y tratamiento de los pacientes. De hecho hoy, en el contexto de cualquier hospitalización compleja, participará un equipo médico multidisciplinario y no solo un profesional responsable. Varios ejemplos podrán reafirmar la idea anteriormente desarrollada. El legislador original jamás consideró la posibilidad de establecer estimaciones de peso fetal mediante ecografías de tercera dimensión; ni patologías de naturaleza cardíaca mediante especialistas en ecocardiografía. Tampoco vislumbró que enfermedades infecciosas de alta

mortalidad serían controlados con los antibióticos adecuados ni que el cáncer tendría cada día mejor pronóstico de supervivencia. Muchos menos, que los abordajes quirúrgicos serían cada vez menos invasivos.

Todo este nuevo escenario representa, además, complejidades adicionales al momento de imputar responsabilidad penal y colisiona con aspectos dogmáticos del derecho penal que no han sido del todo resueltas en el ámbito concreto de las investigaciones que ha desarrollado el Ministerio Público durante estos años. La autoría y participación, por ejemplo, es uno de ellos.

Ahora bien, se ha afirmado que el acceso al conocimiento ha generado una relación más horizontal, pero se puede asegurar, también, que esta aseveración es sólo parcialmente cierta. Hoy todavía existe una desigualdad entre médico y paciente. Entonces, ¿es esta asimetría en la relación profesional una razón suficiente para mantener el precepto?

Una vez más, no se debe confundir el plano de discusión. No se trata aquí -como ya se dijo- de interceder por un marco de impunidad para la actividad médica en relación al daño o lesiones que puedan provocar los profesionales de la salud en el caso de actuar negligente. Todos los sistemas legales tienen respuestas para este tipo de situaciones. Y el chileno también.

La pregunta a este respecto es si es el derecho penal el camino procesal adecuado. Ahora bien, si la interrogante anterior fuera respondida positivamente y que es necesario sancionar las conductas imprudentes de los profesionales de la salud, al menos debiera replantearse la existencia del artículo 491 en los términos que está hoy concebido, generando una carga adicional que tiene más carácter simbólico que real. Bastaría una reconfiguración de las figuras imprudentes, sin mención específico al sujeto activo, para satisfacer tal necesidad. No parece ser penalmente relevante construir un tipo penal especial para los profesionales de la salud distinto de una figura jurídica imprudente de tipo general, a partir del fundamento de la supuesta desproporción en la relación profesional.

Esto último se vincula, además, con el argumento de mayor disvalor que se produciría cuando un profesional de la salud afecta los bienes jurídicos involucrados en una relación médico paciente. En este sentido, la realidad de nuestro sistema penal y procesal penal contraviene este fundamento. En efecto, si se tiene presente que la pena contemplada en la norma es particularmente baja y que además el sistema procesal penal descansa en principios de justicia negociada para este tipo de ilícitos y consagra así un conjunto de herramientas para lograr soluciones alternativas al enjuiciamiento criminal, el argumento se presenta insuficiente.

Esto es lo que ocurre habitualmente en nuestro sistema y que es aplicado sistemáticamente por los operadores del sistema penal, como primera respuesta frente al problema.

En consecuencia, no parecen ser tampoco suficientes los argumentos de la asimetría ni el de mayor gravedad o dañosidad en el ámbito de la relación médico-paciente para sostener que es necesario -desde un punto de vista jurídico penal- mantener el tipo penal específico del artículo 491 del Código Penal, así como está estructurado.

La mantención de la norma parece ser más bien un problema de carácter político práctico, porque su eventual derogación puede traer aparejados costos políticos que nadie quiere enfrentar, pero no responde -al parecer- a razones de carácter técnico penal ni consideraciones socioculturales que pudieron parecer adecuadas en el Chile del siglo XIX.

EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 491: UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN MÁS ADECUADO

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, lo concreto es que hoy sigue vigente en Chile el artículo 491 del Código Penal. En este escenario, uno de los mayores problemas y dificultades que enfrentan en especial los profesionales de la salud es poder lograr algún nivel de comprensión, entender cuándo una situación médica puede ser reprochada a título de imprudencia, para diferenciarla de un simple problema de insatisfacción del paciente.

En efecto, nadie quiere verse expuesto a un reproche penal, y la mayoría de las veces será el órgano jurisdiccional el que resuelve el conflicto entre médico y paciente. Finalmente es un problema que se resuelve en el terreno de lo jurídico y no de lo médico. Lo anterior no significa que el sistema legal no deba hacer un esfuerzo destinado a dar mayor precisión al proceso de imputación. Finalmente, el derecho y por cierto el Derecho Penal debe dar algún grado de certeza a los ciudadanos respecto de cuáles conductas son reprochables y generadoras de responsabilidad. Es uno de los presupuestos de legitimidad de cualquier ordenamiento jurídico democrático.

Sin embargo, al hablar de delitos imprudentes, lograr esta certeza no es tan sencillo, porque no existe un catálogo de reglas que definan cuando una conducta es imprudente o negligente, como dice el tipo penal. La negligencia es un concepto que se configurará frente al caso concreto y por eso es que el propio sistema legal reconduce muchas veces el proceso de adecuación a la existencia de reglas adicionales para calificar la conducta (por ejemplo, en los procesos por

imprudencia asociados a los accidentes de tránsito con relevancia jurídico penal). En el caso de la medicina, como en el de otras profesiones, esa reconducción interpretativa ha sido siempre hacia la definición de *Lex Artis* particular de la ciencia de que se trate. Sin embargo, esa primera orientación no es suficiente, porque como se dijo anteriormente, además hay que vincularlo – en el caso concreto del artículo 491- al vocablo 'negligencia culpable'.

En este orden de ideas, tradicionalmente se trató de explicar que el reproche era justificado en la medida que se cumpliera con los requisitos del artículo 491, esto es: a) que el autor sea uno de los facultativos aludidos en la disposición; b) que este se haya encontrado en cumplimiento de sus funciones, es decir, en el ejercicio de la actividad médica; c) que cause mal a las personas; d) que el facultativo haya actuado con negligencia culpable, y e) que exista una relación de causalidad entre la conducta culposa del facultativo y el daño causado a la víctima.⁸⁰ Y por eso mismo es que la mayor problemática radicaba en darle contenido al concepto de negligencia culpable, diferenciándolo del concepto de simple negligencia.

Sin embargo, la doctrina ha ido modificando los criterios tradicionales de imputación optando por criterios más acordes con la realidad actual y las sociedades modernas.

En este contexto de replanteamientos, surgió la teoría de la imputación objetiva, la cual ha sido ya recogida por parte de nuestros tribunales. Tratando de simplificar su explicación, se podría decir que la tesis mencionada se entiende de la siguiente manera: “*para que un determinado comportamiento puede ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento*”.⁸¹ En consecuencia, para esta teoría ya no basta con la constatación del proceso causal (acción - resultado), sino que es necesario que se pueda reprochar jurídicamente tal comportamiento.

Al momento de darle contenido al concepto anterior, esto es, determinar cuándo el comportamiento es jurídicamente reprochable, los autores han definido que para que ello ocurra (con algunos matices), el actuar del sujeto debe haber estado fuera de las hipótesis o escenarios que la propia teoría consagra para excluir la responsabilidad. Aquí es donde surge el concepto de riesgo permitido, como criterio de exclusión de responsabilidad. El riesgo permitido se define como “*todo el ámbito que elimina el presupuesto a) de la teoría de la imputación*

80 Considerando 8° *Sentencia Juicio sobre Negligencia Médica*, Juzgado de Garantía de Castro. 25.09.2009.

81 CADENAS, Javier: *Algunas cuestiones sobre riesgo permitido*.

objetiva, es decir, como todos aquellos comportamientos que, por un motivo u otros, no son penalmente desaprobados".⁸²

El Profesor Roxin lo define como "*una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida*".⁸³

En consecuencia, el resultado lesivo que se pueda producir en el ejercicio de cualquier actividad y en particular de la actividad médica, no será imputable al sujeto que lo produjo si el mismo estaba dentro de los riesgos permitidos de la actividad concreta. Solo cuando se acredite que el riesgo generado por el sujeto estaba fuera de los escenarios posibles y riesgos propios de la situación que se revisa se podrá reprochar el actuar del sujeto.

Estas definiciones representan, a nuestro juicio, un avance en el proceso jurídico de atribución penal, permitiendo, como se verá más adelante, tener un mayor grado de certeza para el ciudadano y, en particular, para el mundo sanitario.

Este cambio de razonamiento jurídico penal ya se ha incorporado por nuestros jueces. En efecto, no es infrecuente encontrarse frente a razonamientos de magistrados de instancia que fundamentan sus resoluciones sobre la base de los criterios de la imputación objetiva (en particular, utilizando el concepto de riesgo permitido), alejándose de las teorías clásicas.

Ahora bien, lo relevante de este nuevo criterio de atribución es relevante para el ejercicio de la medicina, pues se vincula a principios bioéticos que deben sustentar las conductas médicas y las decisiones terapéuticas y así, relacionándolos, se puede lograr justamente una mayor certeza en relación a lo que un médico puede o no hacer. En efecto, si uno analiza en detalle el concepto de riesgo permitido y lo traslada al ámbito médico podrá apreciarse una estrecha relación entre la teoría jurídica (no será reprochable jurídico-penalmente aquella actividad que cause lesión pero esté dentro del riesgo permitido de la propia actividad) y el principio de beneficencia utilizado por la ética médica para resolver conflictos en su ámbito. También con el análisis concreto de riesgo-beneficio utilizado por la medicina moderna para ponderar cuando una decisión médica terapéutica tiene real indicación. El ejercicio diario de la medicina está lleno de ejemplos en que este proceso intelectual que realiza el profesional para definir la conducta (y que lo realiza *ex ante* de tomar la decisión) está marcado por el principio de beneficencia y el análisis costo-beneficio para el paciente.

82 CADENAS, Javier: *Op.cit.*

83 ROXIN, Claus: *Op. cit.*

En concreto, es la propia medicina la que permite a un profesional sanitario cuando –en el caso concreto– podría estar traspasando la barrera del denominado “riesgo permitido” de su decisión y actuar. Si utiliza además los principios bioéticos mencionados, la toma de decisión tiene un fundamento médico y, desde esta perspectiva, el médico y el profesional sanitario podrán estar más tranquilos frente al eventual reproche del paciente (el que se produce siempre *ex post*), aun cuando igualmente deberán estar sometidos a la investigación pertinente.

Además, las afirmaciones anteriores tienen sustento si se revisa el Código de Ética del Colegio Médico, cuando en su artículo 22, en el párrafo 3º, expresa que “actúa con imprudencia aquel médico que poseyendo los recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario”.⁸⁴

Como se ve, el concepto de riesgo innecesario utilizado por la norma ética citada (que se relaciona directamente con los principios bioéticos a los cuales he hecho referencia) es un concepto que se podría entender como equivalente al concepto jurídico de riesgo permitido, facilitando con ello una mejor comprensión para el profesional de la salud.

CONSIDERACIONES FINALES

Se ha tratado de abordar, superficialmente, dos temas vinculados al derecho penal y la actividad médica. Ambos podrían ser planteados, naturalmente, de manera separada y con la profundidad que requiere cada tema. El presente artículo solo pretender reflexionar sobre dos acápites que son relevantes en esta discusión, ya que está claro que el vínculo entre derecho penal y medicina es una relación que no tiene fecha de término y que, por el contrario, será un vínculo que dependiendo de la perspectiva con la que se mire y aprecie, podría profundizar ámbitos de colaboración o bien transformarse en una relación con un grado de tensión persistente.

La idea central de estas reflexiones es contribuir a que esta tensión no se incremente y se logre el siempre difícil equilibrio entre medicina y derecho penal.

84 *Código de Ética*, Colegio Médico, *ob.cit.*

BIBLIOGRAFÍA

Bustos Ramírez, Juan. (1995). *El delito culposo*. 1ª Edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Bustos Ramírez, Juan. (2005). *Obras Completas. Tomo I Derecho Penal. Parte General*. Colección Iustitia. Lima: Ara Editores.

Cadenas, Javier. (2005). Algunas Cuestiones sobre Riesgo Permitido en *Los Desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor G. Jakobs*. Perú: ARA.

Cesano, José Daniel. (2007). La Responsabilidad Penal del Médico en *Tratado de Responsabilidad Médica*. Argentina: Editorial Ubijus-Legis.

Código de Ética, Colegio Médico de Chile A.G.

Hassemer, Winfried. (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, 2ª Edición. Argentina: Editorial Ad-Hoc.

Hefendehl, Roland. (2007). *La teoría del Bien Jurídico*. España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Horvitz Lennon-López Masle. (2007). *Derecho Procesal Penal Chileno*. 1ª Edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

López Barja de Quiroga, Jacobo. (2005). El papel del derecho penal en la Segunda Modernidad, en Libro Homenaje al Profesor G. Jacobs *Los Desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Perú: ARA.

Medina Jara, Rodrigo Morales Palacios, Luis; Dorn Garrido, Carlos. (2005). *Manual de Derecho Procesal*. Chile: LexisNexis.

Real Academia Española: *Diccionario de La Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

Roxin, Claus. (1997). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Perú: Editorial Idemsa.

Roxin, Claus. (2003). *Derecho Penal*, Parte General Tomo I. Traducción de la 2ª Edición. España: Thomson Civitas.

Roxin, Claus. (2004). *Problemas Actuales de Dogmática Penal*. 1ª Edición. Perú: ARA Editores.

LA FALTA DE CORRELACIÓN ENTRE EL TRATAMIENTO MÉDICO DESCRITO EN LA ACUSACIÓN Y AQUEL PROBADO EN LA SENTENCIA CONDENATORIA COMO MOTIVO ABSOLUTO DE NULIDAD

Manuel Díaz Brousse⁸⁵

APUNTES AL RUC 1301093681-5 DE LA FISCALÍA Y DEL TRIBUNAL DE
JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CALAMA Y DE LA CORTE DE APELACIONES DE
ANTOFAGASTA

I.- SÍNTESIS

La incongruencia entre acusación y sentencia, en el sentido que la primera reconoce la indicación de un tratamiento de anticoagulante oral y la segunda tiene por probado que ese tratamiento no se produjo, es una infracción sustancial al artículo 341 del Código Procesal Penal que compromete esencialmente el derecho a defensa, por lo que acarrea la nulidad de la sentencia y del juicio en la que recayó y obliga la realización de un nuevo juicio oral ante Tribunal no inhabilitado.

85 Abogado, Universidad Central. Titulado en 1999. Especializado en Derecho Penal desde 2005 y en Responsabilidad Penal por Mal Praxis Médica desde 2007. Ha realizado cursos de actualización en la Universidad de Chile y en la Pontificia Universidad Católica, así como estudios en otras materias legales en diversas instituciones.

II.- RESUMEN DEL CASO

Dos médicos tratantes son acusados por su responsabilidad culposa por omisión en la muerte del paciente, “A.S.P”, varón de 30 años, obeso, causada por un trombo embolismo pulmonar (complicación de la trombosis venosa profunda en que coágulos ocluyen parte del territorio arterial pulmonar).

“R.G.A.”, el facultativo que brindó las primeras atenciones, fue acusado por haber indicado un tratamiento inadecuado para la trombosis venosa profunda (coágulo sanguíneo que se forma en una vena profunda en el cuerpo, que puede desprenderse y causar un trombo embolismo pulmonar) que diagnosticó correctamente: Anticoagulantes de suministro oral, en vez de anticoagulantes endovenosos.

“A.S.S.”, el galeno que atendió al paciente en urgencias 20 días después de la segunda y última atención de “R.G.A.”, fue acusado por haber errado el diagnóstico (trombosis superficial, en vez de profunda), no haber percibido la gravedad del cuadro del paciente, y haber dado de alta sin tratamiento alguno, solo con la indicación de realización de exámenes complementarios de imágenes al día siguiente; en vez de haber indicado la hospitalización del paciente.

Ambos acusados fueron condenados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, por lo que recurrieron de nulidad ante la Corte de Apelaciones. El recurso de “R.G.A.” fue acogido y el de “A.S.S.” fue rechazado.

Se realizó un segundo juicio oral respecto de “R.G.A.”, en el que fue absuelto de los cargos formulados en la acusación del Ministerio Público.

Estos apuntes se refieren específicamente al motivo de nulidad acogido en el caso del acusado “R.G.A.”.

III.- LAS NORMAS APLICABLES

Inciso 1º del artículo 341 del Código Procesal Penal: *“Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.”*

Esta norma contiene el principio de la necesaria congruencia entre los hechos materia de la acusación y los fijados definitivamente en la sentencia.

Artículo 374 del Código Procesal Penal: *“Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341”.*

Por lo tanto, la declaración de incongruencia acarrea siempre la nulidad de la sentencia y del juicio, y la realización de una nueva audiencia de juicio oral.

IV.- LA ACUSACIÓN EN SU INTEGRIDAD

“El día 9 de octubre de 2013, la víctima “A.S.P”, varón de 30 años de edad y quien sufría de obesidad mórbida, fue llevado por familiares hasta la clínica “D.C.” de esta ciudad por molestias en su salud, lugar en el que fue atendido por el imputado Dr. “R.G.A.”, diagnosticándole en primera instancia un posible desgarró muscular por dolores que el paciente presentaba en la pantorrilla derecha, ordenándole exámenes como una ecotomografía y un estudio doppler, recetándole antiinflamatorios.

Posteriormente, el 18 de octubre de 2013 la víctima acudió a la consulta del Dr. “R.G.A.” Con los exámenes, quien le diagnosticó una trombosis venosa profunda (tvp) en la pierna derecha, dándole tratamiento ambulatorio para su dolencia y medicamentos, como cardioaspirina, antiinflamatorios y anticoagulantes orales, infringiendo la *Lex Artis* médica en lo referente al procedimiento a seguir ante esta enfermedad, esto es la administración de anticoagulante inyectable heparina, por 5 a 10 días.

Luego de eso, el día 7 de noviembre de 2013, la víctima fue al servicio de urgencias del hospital “C.C.” ya que presentaba molestias de salud similares a las sufridas el 09 de octubre de 2013, siendo atendido por el imputado Dr. “A.S.S.”, A quien le señaló que habría sido diagnosticado anteriormente de sufrir una “trombosis”, concluyendo el Dr. “A.S.S.” La existencia de una trombosis superficial en base a exámenes exhibidos por el paciente, no realizándole en el momento el examen que la *lex artis* médica y práctica habitual de la misma requiere, esto es un ecodopler venoso, señalándole al paciente que volviera al día siguiente a realizarse dicho examen, sin recetarle ningún tipo de medicamento.

El día 8 de noviembre de 2013, la víctima ingresó en horas de la tarde al servicio de urgencias de la clínica “E.L.”, siendo atendido alrededor de las 21:00 hrs. Por la Dra. “K.V.”, a quien le manifiesta que hace un mes atrás había sufrido una trombosis en sus extremidades inferiores sin haber sido hospitalizado y actualmente sin tratamiento, por lo que la Dra. “K.V.” decidió monitorearlo y administrarle anticoagulante sospechando de la presencia de un tromboembolismo pulmonar o TEP, sufriendo la víctima un paro cardiorrespiratorio, falleciendo después de 45 minutos de reanimación fallida. Según informe de autopsia hecho por el Servicio Médico Legal (SML), la causa de muerte fue un tromboembolismo pulmonar masivo.

En consecuencia, el fallecimiento de la víctima “A.S.P.” se produjo por la omisión culposa de ambos imputados, quienes infringieron la *Lex Artis* médica al no tratar la trombosis venosa profunda de su extremidad inferior derecha diagnosticada por examen, ecodoppler venoso, tenido a la vista por ambos imputados cuando examinaron a la víctima, de la forma que el criterio médico habitual lo establece, generándose un tromboembolismo pulmonar secundario a la trombosis venosa profunda no tratada”.

V.- EL CONSIDERANDO PERTINENTE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

“DÉCIMO SEGUNDO: Hechos acreditados. Que conforme a los antecedentes reseñados y ponderados precedentemente, este tribunal, apreciando de manera libre la prueba descrita, rendida durante el desarrollo de la audiencia en los términos previstos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, por no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad con el principio de inmediación, estimó acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: El día 9 de octubre de 2013, la víctima “A.S.P.”, de 30 años de edad, se dirigió hasta la consulta del imputado Dr. “R.G.A.”, ubicada en esta ciudad, por molestias en su salud, lugar en el que fue atendido por el facultativo indicado, quien le diagnosticó en primera instancia un posible desgarro muscular por dolores que el paciente presentaba en la pantorrilla de su pierna derecha, ordenándole exámenes como una ecotomografía y un estudio Doppler, recetándole antiinflamatorios. Posteriormente, el 18 de octubre de 2013 la víctima “A.S.P.” acudió a la consulta del Dr. “R.G.A.” con los exámenes indicados, quien le diagnosticó una Trombosis Venosa Profunda (TVP) en la pierna derecha, que se verificaba en el examen vascular, dándole tratamiento ambulatorio para su dolencia y medicamentos, como cardioaspirina y antiinflamatorios, infringiendo la *Lex Artis* médica en lo referente al procedimiento a seguir ante esta enfermedad, esto es la indicación de anticoagulante y hospitalización. Luego de eso, el día 7 de noviembre de 2013, la víctima “A.S.P.” fue al servicio de urgencias del hospital “C.C.” ya que se mantenían las molestias de salud, siendo atendido por el imputado Dr. “A.S.S.”, a quien le señaló que habría sido diagnosticado anteriormente de sufrir una “trombosis” y que mantenía un tratamiento con aspirina, concluyendo el Dr. “A.S.S.” la existencia de una trombosis superficial en base a exámenes exhibidos por el paciente, no realizando el tratamiento que la TVP ameritaba al momento de su atención, pasando por alto la clínica que el paciente mantenía, diagnosticando una problemática de la vía aérea la que se medicamentó. El día 8 de noviembre de 2013, la víctima ingresó en horas de la tarde al servicio de urgencias de la

Clínica “E.L.” de esta ciudad, siendo atendido alrededor de las 21:00 hrs. por la Dra. “K.V.”, a quien le manifiesta que tenía antecedentes de trombosis, por lo que encontrándose pálido, sudoroso, taquicárdico y con saturación de 87%, decidió pasarlo al reanimador, monitorearlo y administrarle anticoagulante, sospechando de la presencia de un Tromboembolismo Pulmonar o TEP, sufriendo la víctima un paro cardiorespiratorio, falleciendo después de 45 minutos de reanimación fallida.

Según informe de autopsia hecho por el SML de esta ciudad, la causa de muerte fue un tromboembolismo pulmonar masivo.

En consecuencia, el fallecimiento de la víctima “A.S.P.” se produjo por la omisión culposa de ambos imputados, quienes infringieron la *Lex Artis* médica al no tratar la trombosis venosa profunda de su extremidad inferior derecha diagnosticada por examen ecodoppler venoso, tenido a la vista por ambos imputados cuando examinaron a la víctima, de la forma que el criterio médico habitual lo establece, generándose un tromboembolismo pulmonar secundario a la trombosis venosa profunda no tratada”.

VI.- LA PARTE PERTINENTE DEL RECURSO DE NULIDAD

“El Ministerio Público acusa a mi representado por haber indicado un tratamiento de TVP contrariando la correcta práctica médica o *Lex Artis*, al omitir culpablemente la hospitalización de su paciente, el Sr. “A.S.P.”, para inoculación controlada del anticoagulante heparina endovenosa, y solo haber tratado la TVP que padecía con anticoagulantes orales, en forma ambulatoria.

Esta acusación condiciona la defensa de mi representado, ya que la orienta a una estrategia eminentemente médico legal, en el sentido de acreditar que el tratamiento reconocido en la acusación, esto es la anticoagulación oral y tratamiento ambulatorio, se ajustan a la actual *Lex Artis* médica.

S.S. condena a mi representado por haber indicado un tratamiento de TVP contrariando la *Lex Artis*, al omitir culpablemente la indicación de anticoagulantes orales y la hospitalización del Sr. “A.S.P.”.

Como S.S. puede apreciar, de la sola lectura comparativa de la acusación y de la sentencia (en lo que se refieren a mi representado, Dr. “R.G.A.”), esta excede el contenido de aquélla y condena a mi representado por hechos o circunstancias no contenidas en la acusación, esto es la falta de prescripción de anticoagulantes orales y hospitalización, prescripción de anticoagulantes orales que la acusación describe precisamente como realizado.

En efecto, basado en el principio lógico de la no contradicción, si una conducta está reconocida en la acusación, no puede a su vez no estarlo en ella. Por lo tanto, si se condena al acusado por esa conducta omisiva, se está condenando por un hecho o circunstancia no contenido en la acusación, infringiéndose así el principio de la congruencia, infracción que en la especie afecta sustancialmente el derecho a defensa del acusado, ya que esta se basó precisamente en la conducta reconocida (...).

En efecto, la declaración del perito del SML ratifica el menor riesgo de este tipo de TVP: “Tiene relevancia que los coágulos se observaran de la rodilla hacia abajo, de hacer un diagnóstico de TVP, y tomar medidas para que esa trombosis se extienda o se produzca la complicación de la TVP, que es un Trombo Embolismo Pulmonar (TEP), que es lo que pasó. La TVP, de extremidad distal, tiene riesgo de TEP menor que la de muslo. Tiene menos probabilidad de provocar un TEP, pero la posibilidad está”.

VII.- LA SENTENCIA DE LA CORTE EN SUS CONSIDERANDOS PERTINENTES

“NOVENO: Que respecto a la causal subsidiaria invocada por ambas defensas, prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, se analizará primero lo alegado por la defensa del acusado “R.G.A”, en el sentido de la falta de congruencia respecto a los hechos contenidos en la acusación fiscal y aquellos establecidos en la sentencia. Se procederá a transcribir, en lo pertinente, primeramente la acusación:

“(…) Posteriormente, el 18 de octubre de 2013, la víctima “A.S.P” acudió a la consulta del Dr. “R.G.A.” con los exámenes, quien le diagnosticó una trombosis venosa profunda (TVP) en la pierna derecha, dándole tratamiento ambulatorio para su dolencia y medicamentos, como cardioaspirina, antiinflamatorios y anticoagulantes orales, infringiendo la *Lex Artis* médica en lo referente al procedimiento a seguir ante esta enfermedad, esto es, la administración de anticoagulante inyectable heparina, por 5 a 10 días...”.

En tanto, también en lo pertinente la sentencia establece:

“... Posteriormente, 18 de octubre de 2013, la víctima “A.S.P” acudió a la consulta del Dr. “R.G.A.” con los exámenes indicados, quien le diagnosticó una Trombosis Venosa Profunda (TVP) en la pierna derecha, que se verificaba en el examen vascular, dándole cardioaspirina y antiinflamatorios, infringiendo la *Lex Artis* médica en lo referente al procedimiento a seguir ante esta enfermedad, esto es, la indicación de anticoagulantes y hospitalización...”.

La congruencia prescrita en el artículo 341 inciso 1º del Código de Procedimiento se refiere, precisamente, al sustrato fáctico de la acusación y no a la calificación jurídica de los hechos. Al respecto, la doctrina ha sostenido que esta falta de congruencia, afecta a una adecuada defensa material del imputado.

La pretensión del Ministerio Público es fundamental para determinar la congruencia de la sentencia. En el presente caso, lo que el ente acusador atribuyó al acusado “R.G.A.”, como infracción a la *Lex Artis*, fue el hecho de no haber recetado a la víctima anticoagulante inyectable heparina, en tanto la sentencia, concluye que dicha infracción se produce por no haber indicado anticoagulantes y hospitalización.

Si bien acusación y sentencia, no necesariamente deben tener una similitud matemática, lo cierto es que en el presente caso, claramente, no existe congruencia entre el sustrato fáctico de la acusación fiscal y lo establecido en la sentencia. No es lo mismo haber recetado un tipo de coagulante a no haber indicado ninguno.

DÉCIMO: Que la consecuencia de la falta de congruencia, que es la afectación de la adecuada defensa material del acusado, ha ocurrido en el presente caso, pues la prueba de “R.G.A.”, se refiere precisamente al anticoagulante, en especial, la declaración del perito médico “M.W.R.”, quien se refirió al anticoagulante recetado por “R.G.A.”, denominado Xarelto, indicando que era el medicamento óptimo para la situación, también hizo mención a la heparina, que tiene margen terapéutico y requiere un gran monitoreo y hospitalización.

Sin embargo, fue condenado, por el hecho establecido en la sentencia, de no haber indicado anticoagulantes y hospitalización, imputación esta, de la cual obviamente no pudo defenderse.”

VIII.- COMENTARIOS

1.- LA FALTA DE CORRELACIÓN EN LOS HECHOS, NO EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA, ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA⁸⁶

Como se desprende de la lectura de la acusación y la sentencia, la incongruencia fáctica entre aquella y esta, respecto de “R.G.A.”, se manifiesta en que la primera imputa un tratamiento inadecuado -en vez de tratar la trombosis venosa profunda con el anticoagulante “heparina”, en forma inyectable, por 5 a 10 días,

⁸⁶ Rol de Corte Suprema N°502-2009, en particular considerando 9º.

como lo dictaría la ciencia médica, prescribió cardioaspirina, antiinflamatorios, y anticoagulantes orales en tratamiento ambulatorio -; y la segunda condena por haber indicado cardioaspirina y antiinflamatorios y no haber indicado tratamiento anticoagulante alguno ni hospitalización.

La negligencia médica no se habría producido en las etapas de estudio del paciente y diagnóstico de la enfermedad, lo que “R.G.A.” habría realizado en forma diligente indicando una ecografía y estudio doppler para diagnosticar certeramente la trombosis venosa profunda que sufría “A.S.P.”; sino por un desconocimiento del correcto tratamiento de esta patología.

La “negligencia culpable” que exige el tipo penal de negligencia sanitaria (art. 491 inciso 1º del Código Penal) consistiría en este caso en un desconocimiento específico de la ciencia médica y no en una conducta profesional descuidada o imprudente.

Según la acusación, la diferencia entre el tratamiento correcto y el equívoco consiste en que el primero implica necesariamente la aplicación de un anticoagulante determinado, la heparina, con una forma de suministro también definida, inyectable, en cambio el segundo yerra al utilizar cualquier otro tipo de anticoagulante de suministro oral y control ambulatorio.

Por su parte, la sentencia condena al médico “R.G.A.” por haber indicado un *“tratamiento ambulatorio para su dolencia y medicamentos, como cardioaspirina y antiinflamatorios, infringiendo la Lex Artis médica en lo referente al procedimiento a seguir ante esta enfermedad, esto es, la indicación de anticoagulantes y hospitalización...”*.

La sentencia, al igual que la acusación, considera que la negligencia médica consiste en la indicación de un tratamiento inadecuado, pero para la sentencia la esencia del yerro no es, como plantea la acusación, la diferencia entre la prescripción de un anticoagulante oral, ambulatorio, como recetó el médico y la indicación de un anticoagulante inyectable, endovenoso, con el paciente hospitalizado; sino derechamente el no haber indicado anticoagulante alguno, ni haber indicado la hospitalización de “A.S.P.”.

Como puede apreciarse, existe una correlación general entre acusación y sentencia en cuanto imputan un tratamiento incorrecto, sin embargo en los hechos no es lo mismo haber indicado anticoagulante que no haberlo hecho, por lo que sí existe una incongruencia fáctica entre la primera y la segunda.

Por lo tanto, se puede apreciar una falta de correlación fáctica entre acusación y sentencia.

La primera reconoce que se indicó anticoagulante, pero oral y no inyectable, como indicarían los conocimientos médicos para el tratamiento de una trombosis

venosa profunda. La segunda da por probado que “R.G.A.” indicó un tratamiento consistente en cardioaspirina y antiinflamatorios, mas no anticoagulantes de ninguna especie, ni hospitalización.

Como puede apreciarse, la discordancia fáctica entre acusación y sentencia no se refiere a la semántica ni es “matemática”. Si bien tanto la acusación como la sentencia concuerdan en que el tratamiento correcto requería la hospitalización del paciente, lo que no fue indicado por “R.G.A.”, esta concordancia fáctica omisiva – la falta de hospitalización – no sana la extensión ilícita de la sentencia, ya que el núcleo de la discordancia fáctica se refiere a que la acusación reprocha no tratar la enfermedad con un tipo especial de anticoagulante – heparina inyectable – y no con otro – anticoagulante oral - y el tribunal condena porque llega a la convicción que no se trató con anticoagulante alguno, sino que solo con cardioaspirina y antiinflamatorios.

Tal como lo dice expresamente la sentencia de la Corte de Apelaciones que acoge la nulidad: *“No es lo mismo haber recetado un tipo de coagulante a no haber indicado ninguno”.*

2.- LA AFECTACIÓN AL DERECHO A DEFENSA⁸⁷

Para que el principio de congruencia sea vulnerado la variación fáctica consignada en la sentencia debe tener la aptitud suficiente para privar al acusado de preparar una adecuada defensa, en relación a los hechos descritos en la acusación.

Concretamente, la consecuencia procesal de la falta de congruencia debe ser la afectación de la adecuada defensa del acusado.

Esto ocurrió en el proceso de marras, puesto que la teoría del caso de la defensa de “R.G.A.” se basó precisamente en que el anticoagulante oral era una indicación ajustada a los conocimientos médicos actuales, para el tratamiento de la trombosis venosa profunda que presentaba el paciente: Una en que los coágulos se observaban de la rodilla hacia abajo, “de extremidad distal”, la que tiene un riesgo de TEP menor que la TVP de muslo.

Esta teoría fue defendida en el juicio oral a través de la declaración del perito médico “M.W.R”, quien, basado en la ficha clínica del paciente, exhibida en juicio e introducida por su lectura resumida, explicó que “R.G.A.” había recetado el anticoagulante denominado Xarelto, en las dosis apropiadas para la situación.

⁸⁷ Rol de Corte de Apelaciones de Temuco N°108-2019, en particular el considerando 6°.

Sin embargo, “R.G.A.” fue condenado por el hecho establecido en la sentencia de no haber indicado anticoagulantes y hospitalización, imputación esta que no se contiene en la acusación, por lo cual obviamente no pudo defenderse de ella.

Como ya se ha expresado, la acusación imputa el hecho de haber indicado el anticoagulante oral Xarelto, en vez del anticoagulante inyectable heparina, sin embargo, la sentencia condena por no haber indicado anticoagulante alguno, solo cardioaspirina y antiinflamatorio.

Esta última es una imputación nueva, que es levantada por el Tribunal en la sentencia como resultado de una convicción adquirida por la apreciación directa de la prueba durante el juicio oral, por lo que sorprende procesalmente a la defensa; ya que esta fundó su teoría del caso en el presupuesto fáctico concedido por la acusación consistente en que “R.G.A.” había indicado el anticoagulante oral Xarelto, y que esta indicación es un tratamiento actualizado y médicamente adecuada para el caso en cuestión.

Cabe destacar que esta imposibilidad es procesal y no intelectual. La defensa incluso puede prever la extensión del reproche en que pudiese incurrir la sentencia, pero esta situación no valida el laudo, ya que obligaría al defensor a precaver una infinidad de posibles reproches por el Tribunal, lo que es imposible.

Por lo tanto, en el caso en estudio sí se vulneró el principio de congruencia, ya que la variación fáctica consignada en la sentencia tuvo la aptitud suficiente para privar al acusado de preparar una adecuada defensa.

3.- LA FAZ NORMATIVA DE LA INCONGRUENCIA FÁCTICA⁸⁸

Por lo tanto, es claro que para configurar una incongruencia entre acusación y sentencia resulta fundamental desentrañar qué hechos son sustanciales y cuáles, por el contrario, no poseen la entidad suficiente para configurar este vicio de nulidad.

Para hacer correctamente la distinción, una vez realizada la comparación entre los núcleos fácticos de las imputaciones por la cual se acusa y por la cual se condena, pudiera ser útil analizarlos con un criterio normativo.

⁸⁸ “Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: Un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena”; por Carlos del Río Ferretti, profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Estudio resultado del proyecto FONDECYT N°11075090, concedido al autor.

En el caso en estudio, tanto la acusación como la sentencia imputan al médico “R.G.A.” la indicación de un tratamiento inadecuado. La acusación denuncia la falta de un anticoagulante endovenoso y la sentencia da por acreditado que no se indicó anticoagulante alguno. Ambas imputaciones son consistentes en reprochar un tratamiento incorrecto de la trombosis venosa profunda.

Pero esta igualdad no bastó a la Corte para considerar que acusación y sentencia eran congruentes, ya que esta condenó por tratar una trombosis venosa profunda de extremidad derecha distal solo con cardioaspirina y antiinflamatorios, sin hospitalizar; y aquella imputó tratar una trombosis venosa profunda de extremidad derecha distal solo con cardioaspirina, antiinflamatorios y anticoagulante oral, de control ambulatorio.

La acción consistente en diagnosticar correctamente una trombosis venosa profunda y tratarla con anticoagulantes orales, sin indicar anticoagulantes endovenoso, constituye un “objeto normativo” de una entidad diversa a aquel consistente en diagnosticar una trombosis venosa profunda y tratarla solo con cardioaspirina y antiinflamatorios, sin indicar anticoagulante alguno.

Esta visión normativa de la identidad fáctica entre acusación y sentencia, si bien no es abordada por el laudo, pudiese venir a complementar el criterio eminentemente naturalista en que la Corte basa su declaración de incongruencia: *“No es lo mismo haber recetado un tipo de coagulante a no haber indicado ninguno”*.

En el mismo sentido, este enfoque basado en el concepto de objeto normativo de la acción también parece útil para descartar la falta de hospitalización como elemento congruente entre las identidades fácticas de acusación y sentencia.

En este sentido, condenar por tratar una trombosis venosa profunda de extremidad derecha distal solo con cardioaspirina y antiinflamatorios, sin hospitalizar, excede la acción contenida en la acusación, esto es tratar una trombosis venosa profunda de extremidad derecha distal solo con cardioaspirina, antiinflamatorios y anticoagulante oral, de control ambulatorio; yerro procesal que la ley corrige con el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 f) del Código Procesal Penal, puesto que al condenar por hechos no contenidos en la acusación, el Tribunal sorprende al acusado, privándolo de la posibilidad de preparar una adecuada defensa.

IX.- CONCLUSIONES

Cuando existe una falta de correlación fáctica esencial entre los hechos descritos en la acusación y aquellos por los cuales el Tribunal condena al acusado, nos encontramos ante una incongruencia procesal penal.

Esta incongruencia fáctica tiene un componente normativo definido por la valoración de la acción desplegada por el encartado.

Para que la incongruencia conlleve la nulidad de la sentencia y el juicio sobre el que recayó, y este último deba realizarse de nuevo ante Tribunal no inhabilitado; este vicio procesal debe vulnerar en forma concreta la estrategia de defensa desplegada por el acusado durante el juicio oral.

BIBLIOGRAFÍA

Rol de Corte Suprema N°502-2009, en particular considerando 9°.

Rol de Corte de Apelaciones de Temuco N°108-2019, en particular el considerando 6°.

Del Río Ferretti, Carlos. (2008) *Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: Un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena. Ius et Praxis [online]*, vol.14, n.2, pp.87-125. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200004>

RESPONSABILIDAD CIVIL

Marcelo Bossi Trincado⁸⁹

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

En este capítulo, analizaremos dos tipos de responsabilidad, la contractual y extracontractual, y cómo ambos tipos de responsabilidades se relacionan con la responsabilidad civil de los médicos.

En resumen, la responsabilidad contractual es aquella que nace ante el incumplimiento dañoso de una obligación que emana de un contrato. La extracontractual es la que se origina por haber causado daño fuera del ámbito de un contrato. Por último, revisaremos la responsabilidad civil de los médicos, la cual puede tener carácter contractual o extracontractual y que en su esencia se genera cuando el médico actuó sin ajustarse a la *Lex Artis* de la ciencia médica.

Desarrollaremos a continuación cada uno de los conceptos mencionados anteriormente.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la gran mayoría de las obligaciones nace de los contratos.

⁸⁹ Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Posee diversos cursos de especialización en el área de Derecho Privado. Diplomado en Reforma Procesal Penal, de la Universidad Andrés Bello.

Contrato es aquel acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones.

A su vez, se entiende por obligación aquel vínculo jurídico por el cual una persona se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer, algo respecto de otra. Así, quien contrae la obligación, recibe el nombre de deudor, y quien tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por haber adquirido un crédito, recibe el nombre de acreedor (deudor y acreedor son las dos caras de una misma moneda: el deudor debe cumplir la obligación contraída respecto de aquel que tiene un crédito en su contra).

Ahora bien, cuando en virtud de haber celebrado un contrato, una persona ha contraído una obligación y no la ha cumplido, nace la responsabilidad contractual.

De esta forma, la responsabilidad contractual es aquel efecto jurídico por el cual una persona tiene el deber de reparar el daño que ha provocado a otra, con motivo del incumplimiento doloso o culposo de una obligación que nace de un contrato.

En términos simples, la responsabilidad contractual se genera cuando una persona, voluntaria o negligentemente, ha incumplido una obligación que emana de un contrato, y esa infracción a la obligación contraída provoca un daño en la persona del co-contratante, lo que debe ser reparado.

Ahora bien, el incumplimiento puede deberse a que el deudor no cumplió su obligación en lo absoluto, como quien recibe un préstamo y no devuelve nada al prestamista; o bien puede deberse a que cumplió de manera imperfecta, como si se devuelve solo la mitad de lo prestado; o un cumplimiento tardío, cuando devuelve el total, pero tardíamente a la fecha convenida.

De esta forma, los elementos de la responsabilidad contractual son:

- A. La existencia de un contrato.
- B. Un deudor moroso, incumplidor de sus obligaciones.
- C. Que el incumplimiento sea doloso o culpable.
- D. La existencia de un perjuicio para el acreedor.

Analizaremos brevemente cada uno de estos requisitos.

LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO

Como ya señalamos, el contrato es el acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones.

En la práctica, la gran mayoría de las obligaciones o deberes que se contraen nacen de la celebración de contratos que nos impone la cotidianidad: compraventa, arrendamiento, transporte, mutuo, cuenta corriente, servicios profesionales, etc.

UN DEUDOR MOROSO, INCUMPLIDOR DE SUS OBLIGACIONES

La mora es el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación. Es decir, el deudor está en mora desde el momento en que la obligación se ha vuelto exigible, y el deudor no la ha cumplido, pese a la interpelación o requerimiento judicial del acreedor. De esta forma, si las partes no han establecido un plazo para su cumplimiento, o este no emana de la propia naturaleza de la obligación, para constituir al deudor en mora se requiere una notificación válida de la demanda.

UN INCUMPLIMIENTO DOLOSO O CULPOSO

Este es el elemento volitivo del incumplimiento de las obligaciones. Para que una obligación se entienda incumplida, no basta que el deudor no cumpla lo pactado dentro de un plazo, o en la forma convenida, se exige además que no lo haga porque simplemente no desea hacerlo o bien por una actitud culpable.

De esta forma, el incumplimiento del deudor obedece a una manifestación de voluntad, no es un incumplimiento casual, es fruto de un actuar intencional, a un ánimo de no cumplir la obligación (dolo) o a una actuación descuidada, negligente, que implica una falta de previsión que debió ser prevista por el deudor (culpa).

El elemento culpa presenta gran importancia en el ámbito de este trabajo, por lo que lo analizaremos en forma más extensa.

Se entiende por culpa la falta de cuidado en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho.

Situándonos en el ámbito contractual, podemos decir que culpa es el descuido, la falta de previsión que provoca el incumplimiento de una obligación.

La culpa implica falta de diligencia o cuidado, significa la falta de previsión de un hecho que debió anticiparse o preverse, para luego evitarse.

En términos sencillos, el acreedor no ve satisfecho su crédito, por el actuar negligente o descuidado del deudor.

En nuestro ordenamiento se distinguen tres clases de culpa: la culpa grave o lata, la leve y la levisima.

La *culpa grave* es el descuido mayor, la falta total de diligencia que aun es exigible a la persona más descuidada, quien no toma ninguna clase de precaución, ni

siquiera la que cualquiera adoptaría. Por su propia definición, esta culpa implica un descuido, una falta de preocupación absoluta. Por lo tanto, resulta fácil para el deudor no incurrir en ella, puesto que implica no tomar ninguna providencia, bastando tomar las mínimas para evitarla.

La *culpa leve* es la falta de previsión, de diligencia, que las personas comúnmente utilizan en sus negocios. El estándar es el hombre común, el buen padre de familia, es ese tipo de cuidado que se le exige al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Este tipo de culpa constituye la regla general en materia de exigibilidad de comportamiento al deudor.

Por último, la *culpa levísima* es aquella falta de cuidado o diligencia que un hombre extremadamente cuidadoso utiliza en sus negocios importantes. La culpa levísima exige al deudor un comportamiento excesivamente prudente o cuidadoso, toda vez que el parámetro para la comparación es la diligencia que una persona muy cuidadosa pone en las cosas que considera importantes o relevantes.

La importancia de esta clasificación radica en que, dependiendo a quien reporta el beneficio del contrato, la ley exige un mayor o menor cuidado al deudor en el cumplimiento de las obligaciones nacidas. Así, si el contrato solo reporta beneficios para el acreedor el deudor responderá de la culpa lata, lo que significa que no se le exige un cuidado mayor; si reporta beneficio para ambas partes, el deudor responderá hasta de la culpa leve, por lo cual deberá comportarse como un buen padre de familia; y, por último, si el contrato solo lo beneficia a él, el deudor responderá hasta de la culpa levísima, lo que significa que deberá tener el máximo de cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones. Cabe agregar que la ley autoriza a las partes a modificar estas reglas.

En nuestro ordenamiento civil, el incumplimiento se presume culpable, de modo que no será necesario que el acreedor acredite la culpabilidad en la falta de cumplimiento del deudor, bastando al respecto acreditar la existencia de la obligación, y alegar su falta de cumplimiento.

La principal consecuencia de la distinción entre si la infracción al deber que impone el contrato es por causa de dolo o culpa, está dada por la presunción de que el incumplimiento es culpable (no así el incumplimiento doloso, el que debe acreditarse) y por la cuantía de los perjuicios que se pueden demandar (directos, previstos e imprevistos en caso de incumplimiento doloso, y solo directos previstos en el caso de un incumplimiento culposo).

La forma de excluir la existencia de culpabilidad en un incumplimiento de las obligaciones es a través del caso fortuito.

El caso fortuito, o fuerza mayor, es el imprevisto irresistible, que ocurre no obstante el actuar diligente del deudor.

Es de la esencia del caso fortuito su carácter imprevisible, es decir, que el deudor no pudo prever su ocurrencia, puesto que lo acaecido tiene una naturaleza tan extraordinaria, que aun sin importar sus prevenciones, de igual manera ocurrió.

Los típicos ejemplos de caso fortuito son situaciones que, si bien pueden acontecer, no son esperables en el caso concreto: una tormenta en el extremo norte del país, un terremoto en una zona o lugar asísmica, la erupción de un volcán aparentemente extinguido por muchos años, etc.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, el caso fortuito no solo obedece a hechos de la naturaleza, sino que también incluyen los actos de autoridad que imposibilitan la ejecución de una obligación. V.g.: la orden de la autoridad que prohíbe la realización de una determinada actividad económica.

El segundo elemento del caso fortuito es su carácter irresistible. Esto implica que una vez acontecido el imprevisto, es imposible para el deudor sustraerse a sus efectos.

El último requisito del caso fortuito es que no sobrevenga por un hecho o culpa del deudor. En efecto, si el caso fortuito ocurre como consecuencia del actuar del deudor, es su comportamiento el que lo pone en situación de incumplir la obligación contraída, de modo que excluye la posibilidad del caso fortuito.

LA EXISTENCIA DE UN PERJUICIO PARA EL ACREEDOR

Perjuicio es todo daño, detrimento o menoscabo que sufre una persona en sus intereses jurídicos evaluables y no evaluables en dinero.

En la materia que nos ocupa, el perjuicio es el menoscabo económico que sufre el acreedor por el incumplimiento del deudor.

La ley clasifica los perjuicios en daño emergente y lucro cesante; perjuicios directos e indirectos, previstos e imprevistos.

Daño emergente es lo que el acreedor perdió por culpa del incumplimiento del deudor, lucro cesante es aquello que dejó de percibir por igual causa.

Directos son aquellos perjuicios que emanan directamente de la infracción del deudor a sus deberes, indirectos aquellos que nacen del incumplimiento de la obligación acordada, pero no reconocen en él su causa directa e inmediata, sino en otros hechos que, siendo posteriores, son ajenos al incumplimiento, pero que de alguna manera se relacionan con la falta de cumplimiento de la obligación.

Por último, previstos son aquellos perjuicios que las partes pudieron prever al momento de celebrar el contrato, y que sean consecuencia de la falta de cumplimiento del deudor. Imprevistos, aquellos que los contratantes no pudieron prever.

Lo relevante en esta materia es que, dependiendo de si el incumplimiento por parte del deudor es consecuencia de un obrar doloso, se deberán indemnizar todos los perjuicios: directos previstos o imprevistos; en cambio si el incumplimiento de la obligación es por culpa del deudor; solo los perjuicios directos previstos.

Por regla general, la evaluación de los perjuicios será determinada por los jueces, de acuerdo a las probanzas que las partes le rindan para su prueba. Por excepción, la evaluación la efectúa la ley, o las partes mediante un acuerdo expreso, previo a la ocurrencia que los provoca.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO, EN SEDE CONTRACTUAL

Esta responsabilidad nace cuando una de las partes del contrato introduce a un tercero para el cumplimiento de sus obligaciones.

En ese caso, quien encarga a este tercero el cumplimiento de sus obligaciones responderá por los perjuicios que se ocasionen al acreedor de la obligación de que se trate.

Esta responsabilidad deriva de lo establecido en el artículo 1679 del Código Civil.

De esta forma, quien introduce al tercero en un contrato ajeno responderá por los daños que ocasione.

Respecto del tercero, si se desea hacer efectiva su responsabilidad en forma directa, debe hacerse utilizando el estatuto de la responsabilidad extracontractual.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual, delictual, cuasidelictual o aquiliana, es aquella que nace respecto de una persona por haber cometido un delito o cuasidelito civil que ha provocado daño a otra persona, sin que exista entre ambas un vínculo contractual previo.

Como se desprende de la definición anotada, la responsabilidad extracontractual es aquella que nace cuando se ha cometido un hecho ilícito que provoca daño.

Aquí también existe un incumplimiento de una obligación, solo que esta tiene un carácter genérico, entendido como un deber general de actuar con cuidado. Así, en el caso de incumplimiento del deber general de ser cuidadoso, se genera la obligación de indemnizar los daños provocados, esto es, de resarcir los perjuicios.

Los requisitos para que nazca la obligación de indemnizar son:

- A. Persona imputable.
- B. Dolo o culpa.
- C. Daño.
- D. Relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Nos referiremos brevemente a cada uno de ellos.

EL HECHO DEBE SER COMETIDO POR UNA PERSONA IMPUTABLE

La imputabilidad se refiere a que el hecho sea cometido por una persona que tenga la capacidad para obrar libre y voluntariamente. En efecto, este primer requisito lo que busca es determinar si el autor del hecho que provocó el daño tenía la capacidad de discernimiento suficiente para efectuar el acto dañoso.

De esta forma, serán inimputables aquellas personas que carezcan del razonamiento o discernimiento suficiente para poder obrar libre y voluntariamente, como los infantes y los dementes.

QUE SE TRATE DE UN HECHO DOLOSO O CULPABLE

La base de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual está dado por la existencia de un elemento subjetivo, presente en la conciencia del autor del daño, que se traduce en una intención de provocar el daño (dolo) o en un actuar negligente o descuidado que provoca un resultado dañoso (culpa).

En términos simples, esto significa que aquel que es autor del daño actuó con la intención de provocarlo o lo causó por descuido o negligencia.

En materia de prueba, el que alega la negligencia deberá acreditarla; es decir, el demandante deberá probar que el actuar del demandado fue culposo. Sin embargo, nuestra legislación establece una serie de presunciones de culpa, las que tienen la virtud de trasladar el peso de la prueba al demandado, debiendo este acreditar que su actuar fue diligente.

Al respecto, nuestra legislación establece una presunción de culpa por el hecho propio, cuando se realizan actos peligrosos que están bajo el control del demandado. Así, por ejemplo, quien efectúa una actividad esencialmente

riesgosa deberá tener un cuidado extremo en sus actos. Esto se relaciona con el aumento indebido de los riesgos y el deber de cuidado que impone el ejecutar actos que son peligrosos. Asimismo, se ha planteado que esta presunción se aplica a aquellas actuaciones que provocan un daño, que solo es entendible si el acto fue negligente. Sin embargo, esta presunción ha sido sumamente debatida en la doctrina y no existe un criterio único para su interpretación y es labor de los Tribunales determinar sus efectos y alcances.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

Por regla general, se responderá por los actos propios. Sin embargo, nuestra legislación civil establece un conjunto de normas que establecen responsabilidad, y, por ende, la obligación de indemnizar por hechos ajenos.

Existen dos hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno: en sede extracontractual y en sede contractual, el que ya fue tratado.

Respecto a la primera, quien está a cargo de otro responderá por los daños que este otro ocasione.

En este sentido, nuestro ordenamiento distingue entre la responsabilidad por los hechos de incapaces que están al cuidado de una persona; y la responsabilidad por hechos de personas capaces, pero que se encuentran a cargo de otra.

En el primero de los casos señalados, el guardián responderá por los actos de incapaces que se encuentran bajo su cuidado, como son el menor de siete años y los dementes.

Respecto a la responsabilidad que nace para aquel que tiene a su cuidado a personas capaces, la ley establece una serie de casos, entre los cuales se destaca la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, del tutor respecto de los hechos de su pupilo, la del jefe de colegio respecto de los alumnos, y de los amos respecto de los actos de sus criados o sirvientes, lo que hoy se interpreta como la responsabilidad de los empleadores respecto de los actos de sus trabajadores.

En esta materia, en nuestra legislación se establecen presunciones de responsabilidad de aquel que tiene a su cargo al dependiente, lo que permite al demandante accionar en contra de aquel que tiene a su cargo el cuidado del otro, en forma independiente de aquel que está bajo el cuidado.

EXISTENCIA DE DAÑO

No basta para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual que el autor del hecho sea imputable y que haya actuado dolosa o culpablemente, sino que se requiere que su actuación haya provocado daño a otro.

Daño es el menoscabo o perjuicio que sufre alguien en su persona o bienes.

De la definición anteriormente transcrita, podemos destacar que el daño puede ser tanto material como moral, e incluye la pérdida de bienes de la persona afectada, de condiciones o aptitudes, y de elementos inmateriales que merecen protección jurídica, como la honra, la estimación, el afecto de un familiar, etc.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Por último, para que se genere la responsabilidad aquiliana, es necesario que exista una relación directa de causa y efecto entre lo obrado por el autor del acto y el daño producido a la víctima de este.

En efecto, el daño debe ser consecuencia directa de la conducta del hechor, de modo tal que sin su actuación el daño no se hubiera realizado. De esta forma, el autor del hecho dañoso se constituye en responsable de sus acciones, toda vez que fue su actuación u omisión culpable la que provocó el perjuicio a la víctima.

Una vez reunidos los elementos citados, nace para el infractor la necesidad de reparar los perjuicios ocasionados con su actuar, lo que se traduce en el nacimiento de la obligación de indemnizar el daño provocado.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

Una vez analizados muy someramente y solo a título explicativo los principales elementos de la responsabilidad civil en general, procederemos a revisar los principales tópicos de la responsabilidad civil de los médicos. En este sentido, cabe señalar que las reglas generales sobre responsabilidad civil se aplican genéricamente a los médicos; sin embargo, existen elementos propios que emanan de las particularidades de la actividad médica, por lo cual haremos hincapié en dichas diferencias.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

La responsabilidad civil de los médicos puede tener carácter contractual si existe un contrato previo entre el médico y su paciente, o bien puede ser aquiliana si el daño se produjo sin que exista un vínculo previo entre paciente y médico.

En este sentido, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina se inclina por señalar que la responsabilidad civil de los médicos se enmarca en el ámbito contractual, entendiendo que existe un contrato de prestaciones o servicios médicos que

impone obligaciones al médico, las que una vez incumplidas provocan un daño que debe ser indemnizado.

Ahora bien, la verdad es que esta discusión no tiene gran trascendencia en la actualidad, toda vez que las diferencias respecto a los requisitos y los efectos en el nacimiento de ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) se han ido morigerando a través de la jurisprudencia. Así, la presunción de un incumplimiento culpable por parte del médico -propio de la responsabilidad contractual- se ha ido flexibilizando al entender que los médicos tienen una obligación de medios y no de resultado, lo que traslada la obligación de probar la negligencia al demandante; la posibilidad de demandar por daño moral (propio de la responsabilidad extracontractual), por infracción a las obligaciones que impone el contrato de prestaciones médicas, ha sido consagrada por la interpretación que han efectuado los tribunales superiores al aceptar su exigibilidad, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Por último, los tribunales superiores han señalado que en el caso de la responsabilidad civil médica es posible que el demandante elija cuál es el estatuto de responsabilidad que desea invocar en su demanda, si contractual o extracontractual.

Sin perjuicio de lo anterior, las indemnizaciones a las que se han visto condenados los médicos en sede penal, cuando han sido condenados por cuasidelito de homicidio o lesiones, reconocen su fuente en el cuasidelito que se les imputa y, por ende, en la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, la preeminencia de los procedimientos simplificados en materia de cuasidelitos de negligencia médica en virtud de la reforma procesal penal, provoca que la responsabilidad civil médica se discuta en la sede civil, y no en la penal, sin perjuicio de aquellos casos en los cuales los médicos sean llevados a un juicio oral donde se pueda discutir la existencia de acciones civiles.

LA CULPA MÉDICA Y SU RELACIÓN CON LA “LEX ARTIS”

La culpa en materia médica reúne las mismas características que la culpa según las reglas generales. Así, en lugar de comparar las actuaciones del médico con un “buen padre de familia”, el parámetro a seguir será “un buen profesional médico” o el “médico promedio”.

Por otra parte, en la culpa médica se distingue entre la imprudencia, la negligencia y la impericia.

La *imprudencia* es aquella falta de cuidado que lleva al autor del hecho a actuar sin la prudencia debida, de manera descuidada, sin las precauciones que le demandaban las circunstancias, o bien sin la suficiente reflexión por considerar los hechos de menor gravedad a lo que efectivamente eran.

Incorre en este tipo de culpa el médico que dispone indicaciones inadecuadas sin considerar los antecedentes, signos y síntomas que presenta el paciente, como aquel médico que indica la administración de un fármaco a un paciente que ha señalado previamente ser alérgico a él, o aquel que opera un ojo distinto al que está enfermo. Asimismo, incurre en imprudencia aquel médico que confiado en su experiencia no reconoce los signos de un sufrimiento fetal, que terminan en un mortinato.

La *negligencia* consiste en no hacer lo que las circunstancias indican necesario, o a lo que se está obligado.

El médico que hace menos o nada de aquello a lo que está obligado incurre en este tipo de culpa, como aquel anestesista que omite controlar los parámetros hemodinámicos del paciente que se está operando y esto conlleva a algún tipo de lesión, o aquel cirujano que omite preguntar al término de la intervención por el conteo de compresas.

Por último, la *impericia* es aquel tipo de culpa que consiste en efectuar acciones para las cuales no se está preparado. En este caso, el médico decide realizar actuaciones que exceden su conocimiento y experticia, como aquel cirujano que decide administrar anestesia sin tener los conocimientos necesarios para ello, o aquel médico que, sin detentar una determinada especialidad, decide actuaciones propias de esta.

Sin embargo, en materia de culpa médica existe un parámetro general que delimita y define la existencia de un comportamiento culpable en el actuar médico, denominado *Lex Artis*.

La *Lex Artis* es la práctica habitual, aceptada por la generalidad de los médicos y basada en la ciencia médica, que determina el actuar de los profesionales de la salud, y que reconoce criterios de temporalidad y territorialidad.

En este sentido, la *Lex Artis* de la medicina estará definida por aquellas prácticas médicas habituales entre los médicos, aceptadas y avaladas por los conocimientos científicos, pero esencialmente relativas, toda vez que van a depender del lugar y la época en que se desarrollan los hechos, además de las características propias del paciente.

El carácter esencialmente relativo de la *Lex Artis*, se puede ejemplificar a través de casos en los cuales, examinados a la luz de los avances de la ciencia médica de hoy, lucen como una infracción a la buena práctica médica, pero que debidamente analizados llevan a concluir que no existió tal infracción. V.gr.: los tratamientos indicados antes del descubrimiento de la penicilina, o de los exámenes de imágenes.

Asimismo, el carácter relativo de la *Lex Artis* depende de un elemento de territorialidad o geográfico. En este sentido, no es posible entender que a un médico que se encuentra en un lugar apartado, se le puedan exigir las mismas actuaciones que a otro médico que se encuentra en gran centro de salud privada en Santiago.

Por todo lo anterior, el análisis de actuaciones médicas debe hacerse siempre teniendo en cuenta el parámetro relativo de la buena práctica médica, sin olvidar que en esta materia no caben los análisis retrospectivos partiendo del resultado, sino que el análisis debe hacerse atendiendo a las condiciones a las cuales se enfrentó el médico en el caso particular.

Ahora bien, lo anteriormente señalado es aplicable tanto si buscamos verificar un comportamiento culpable del médico, ya sea en materia contractual como extracontractual.

En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha planteado que la culpa en el actuar médico quedará demostrada por la respectiva infracción a la buena práctica médica, y su ausencia al obrar según dicho estándar. De esta forma, la falta de infracción a la *Lex Artis* implicará que el actuar de los médicos no fue culpable, y por ende, la demanda deberá ser rechazada. Por el contrario, la existencia de una infracción a la buena práctica médica será un elemento determinante en la comprobación de un comportamiento culpable. He aquí la importancia de las pericias médico-legales en cualquier proceso, toda vez que son los expertos o peritos los llamados a declarar cuál era la *Lex Artis* de la ciencia médica al momento de los hechos que motivan la demanda en contra del médico.

OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADO

Obligaciones *de medio* son aquellas en que el deudor se obliga a efectuar una gestión profesional o encargo, sin que sea exigible un resultado determinado.

Por su parte, son obligaciones *de resultado* aquellas en que el deudor se obliga a un resultado determinado, siendo este el fin último de la obligación contraída.

Claramente se puede identificar que la obligación que los médicos contraen con sus pacientes obedece a una obligación de medios, toda vez que el médico no puede obligarse a obtener un resultado determinado, en este caso la recuperación de la salud del paciente, sino solo a obligarse a efectuar todas las acciones que apunten a dicho fin, sin que sea jurídicamente posible exigirle un resultado determinado. Lo anterior no solo obedece a que la obligación del médico sea de carácter profesional, sino que apunta más a la esencia de la práctica médica, ciencia que, aun con todo el avance producido en los últimos años, no es exacta.

Lo relevante de esta distinción es el cambio en las reglas del *onus probandi* que provoca. En efecto, en las obligaciones de resultado el incumplimiento del deudor se acredita por el solo hecho de no haber realizado la conducta pactada, el que se presume culpable. A este respecto, al acreedor le basta solo acreditar la existencia de la obligación, sin que deba probar que el deudor no le cumplió y que esta omisión fue culpable. Consecuencialmente, si el deudor no puede probar que cumplió, se presumirá que su infracción fue culpable, debiendo él probar su diligencia. Así, la única forma de cumplir la obligación es mediante la realización de su objeto.

En cambio, en las obligaciones de medios, el incumplimiento del deudor no se presume culpable, por lo que toca al demandante acreditar que el deudor no cumplió en forma culpable. En las obligaciones de medios, su objeto deviene en una obligación de cuidado, cuyo incumplimiento debe ser acreditado por el acreedor. Así, en este caso, el solo hecho de no haber obtenido un resultado no es sinónimo de incumplimiento de las obligaciones.

Aplicando lo anterior a las obligaciones que contraen los médicos, podemos afirmar que, atendido el carácter de obligación de medios que presentan las obligaciones contraídas -tales como las obligaciones de cuidado y asistencia-, corresponderá al demandante acreditar en el proceso que el doctor o doctora dejó de cumplirlas y que este incumplimiento fue negligente. Ahora bien, si la culpa médica se traduce en una infracción a las prácticas médicas que consagra la *Lex Artis*, entonces corresponderá al demandante probar que el actuar del médico fue contrario a ella.

EL DAÑO MORAL COMO ELEMENTO INDEMNIZATORIO

En la primera parte de este trabajo señalamos que el incumplimiento de obligaciones, ya sea que emanen directamente de un contrato, o del deber genérico de cuidado que nos impone el vivir en sociedad, origina para el deudor la obligación de reparar los perjuicios ocasionados con su actuar.

En este sentido, la doctrina tradicional señalaba que la infracción a los deberes contractuales obligaba a pagar los perjuicios materiales tales como el daño emergente, lo que el acreedor perdió por el incumplimiento; y el lucro cesante, lo que el acreedor dejó de percibir por igual motivo.

En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, siempre se ha planteado que la ley obliga a la reparación de todo daño, tanto material como extrapatrimonial.

En este sentido, daño material o patrimonial es aquel que recae sobre elementos materiales del patrimonio de una persona, cosas que son avaluables en dinero.

En cambio, los daños extrapatrimoniales guardan relación con el menoscabo que sufren elementos que pertenecen a las personas, pero que no pueden ser valorables en dinero.

Así, quien deja de percibir un dinero que se le adeuda, o no recibe la cosa que compró, sufre un menoscabo en elementos materiales de su patrimonio, los que son fácilmente determinables en dinero. En cambio, quien es víctima de un menoscabo en elementos inmateriales, como la honra, o sufre un ataque a su integridad física, o molestias o aflicciones, penas, etc., es víctima de un atentado que afecta elementos que no pueden ser valorados en dinero.

Pues bien, la doctrina que establecía estas distinciones y limitaciones a las reparaciones en las sedes contractual y extracontractual se basaba en una interpretación estricta de las normas consagradas en el Código Civil, la que fue ampliada jurisprudencial y doctrinariamente, estableciéndose la posibilidad de condenar al pago de indemnizaciones por daño moral, en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales.

Así, aquel médico que sea condenado por incumplimiento de un contrato con su paciente, no solo se verá obligado a pagar los daños materiales que sufrió el paciente v.gr: los gastos de hospitalización, los que deriven del tratamiento correcto, los que se produzcan como consecuencia del tratamiento curativo del daño provocado por el médico, etc., sino que, además, deberá indemnizar el sufrimiento, la pena, aflicción y menoscabo que le significó al paciente el descuido en el cumplimiento de sus obligaciones.

Y he aquí que presenta un problema no menor: si hay que indemnizar un daño que carece de evaluación monetaria, ¿cómo se valorará? Y más relevante aún: ¿en cuánto se valorará?

La dificultad de valorar el daño moral para lograr su cuantificación en dinero es tal, que incluso existían doctrinas que postulaban que no se puede pagar, toda vez que no se puede valorar.

Por otra parte, la indemnización por el daño moral se usa como una verdadera pena civil, como una forma de castigo y no de compensación del daño sufrido.

Sin embargo, los tribunales han resuelto este tema señalando que tienen la facultad para valorar discrecionalmente los perjuicios que nacen del daño moral.

En nuestra opinión, consideramos que los tribunales carecen de la facultad de determinar libre y discrecionalmente la cuantía del daño moral, puesto que esta facultad no ha sido otorgada por la ley. Además, creemos que resulta

cuestionable la determinación de perjuicios morales sin la existencia de algún criterio que permita objetivizar la forma de llegar a un monto, toda vez que esta falencia ha ocasionado criterios dispares al momento de fijar indemnizaciones por daño moral.

En ese sentido, la existencia de un baremo en la página del Poder Judicial es un avance en esta materia, aun cuando su contenido no sea obligatorio.

La segunda consecuencia que emana de este cambio jurisprudencial es que los pacientes ya no deben optar por demandar la responsabilidad extracontractual para obtener el pago de los perjuicios morales.

En efecto, antes de la evolución descrita, si el paciente quería obtener el pago de los perjuicios morales debía necesariamente demandar la responsabilidad extracontractual del médico, puesto que, como ya se dijo, la indemnización por incumplimiento de obligaciones no lo contemplaba. Sin embargo, hoy es factible demandar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las obligaciones contraídas por el médico, y poder exigir el pago del daño moral provocado.

Esta consecuencia implica que el paciente no se verá obligado a demandar bajo el estatuto de la responsabilidad extracontractual para poder obtener el pago de los daños morales experimentados por el incumplimiento del médico, sino que, por el contrario, podrá hacerlo alegando el incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de prestaciones médicas.

BIBLIOGRAFÍA

Barros Bourie, Enrique. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Fueyo Laneri, Fernando. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Quintana Letelier, Bárbara y Muñoz Sepúlveda, Carlos. (2004). *Responsabilidad Médica: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Chile: Editorial Jurídica La Ley.

Rodríguez Grez, Pablo. (2003). *Responsabilidad Contractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Tapia Suárez, Orlando. (2006). *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes*. Chile: Editorial LexisNexis.

ALGUNAS ANOMALÍAS RESPECTO DEL PERITAJE SOBRE *LEX ARTIS* EN EL PROCESO CIVIL

Pablo Martínez Zúñiga⁹⁰

1. INTRODUCCIÓN

Trataremos de abordar en estas breves líneas una problemática cuyo origen visualizamos desde el mundo forense y desde el análisis jurisprudencial: ¿Contamos con adecuadas posibilidades probatorias para que un juez civil alcance racionalmente convicción en procesos declarativos cuya *litis* tiene un componente eminentemente técnico, como es el caso de los cuestionamientos sobre *Lex Artis* médica?

Se trata de procesos cada vez más complejos, técnicamente especializados y que no están exentos del estándar de racionalidad en la motivación de la sentencia. Nuestro esfuerzo se abocará a plantear el estado actual de nuestro sistema procesal de peritación y las anomalías que es posible advertir para salvar las deficiencias de este, proponiendo algunas posibilidades de conciliar los problemas en espera de la anhelada reforma procesal civil.

¿Qué no vamos a hacer en esta exposición? Revisar estándares de convicción, no vamos a revisar en concreto el proyecto de reforma pues excede el trabajo y

⁹⁰ Abogado de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G., Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la U. de Concepción, Mg. en Derecho por la P. U. Católica de Valparaíso y doctorando en Derecho por la U. Austral de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Derecho Procesal de la U. Católica del Norte, sede Coquimbo.

tampoco vamos a revisar el rito o procedimiento probatorio por la audiencia a la que se dirige esta exposición.

Sí vamos a abordar: El problema de fuente y medio de prueba. Desde ahí al análisis de la cuestión actual y algunas de las formas anómalas presentadas para valoración por litigantes en procesos declarativos de esta naturaleza.

¿Cuál es la hipótesis en concreto a tratar? La ausencia de peritaje oficial en litigios en que existen causas de pedir con sustrato técnico: ¿cuál es el hecho necesitado de prueba? Una desviación respecto de la conducta esperada: la culpa, la negligencia, la impericia, la imprudencia, la falta de servicio o alguno de sus hechos afirmativos extintivos: el pago, la diligencia o la prestación del servicio. Es el análisis de este objeto de prueba el que es complejo escindirlo de prueba pericial y darlo por asentado sin introducir conocimiento privado, que es tentador pero peligroso porque puede llevar a falta de motivación.

En especial, las anómalas o inidóneas formas de traer peritación en cuanto fuente al proceso civil y que por tiempo alcanzaremos a revisar, son dos:

- 1) El testigo experto.
- 2) Los informes documentales privados y su ponderación.
- 3) Mencionamos otras anomalías:
 - Informe pericial penal en el proceso civil.
 - Informes periciales de instituciones vinculadas al quehacer académico y/o científico designados por el tribunal.

2. EL BINOMIO FUENTE - MEDIO DE PRUEBA

El estudio de la prueba de los hechos (como lo llaman Taruffo, Bentham, Couture, Devís Echandía y todos quienes estudian y han estudiado este fenómeno de manera seria) reviste habitualmente una triple nomenclatura: la prueba como actividad, medio y resultado. En el primer momento del fenómeno probatorio nos encontramos con este curioso binomio que reviste a estas alturas plena recepción doctrinal, la idea de una diferenciación entre fuentes de prueba y medios de prueba. ¿Por qué creemos que es necesario hacer esta primera aclaración? Porque estamos parados frente a un problema que necesariamente se construye desde lo meta - procesal, incluso desde lo metajurídico: el conflicto civil con componente técnico, científico. Por ejemplo, mala praxis médica, juicios sobre daños por colisión, juicios sobre daños ambientales, *litis* sobre daños en la construcción, responsabilidad profesional del abogado, etc.

Si entendemos esta dualidad de categorías, podremos entender la problemática de la situación actual existente en nuestro ordenamiento procesal civil, a propósito de la convicción judicial por vía de información pericial en este tipo de materias.

Este tema lo trató en la dogmática contemporánea Santiago Sentís Melendo⁹¹ quien distinguió en el estudio del fenómeno probatorio dos planos de realidad: el material y el judicial (o procesal). Para este autor entonces, fuente de prueba es o son “los elementos existentes en la realidad”; agregamos nosotros: y que constituyen información respecto de los hechos afirmados que forman el conflicto, la *litis*.

Para el profesor argentino, los medios de prueba “están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso”. Como puede evidenciarse ya, la distinción no es menor en una *litis* trabada sobre hechos que se vinculan con antecedentes esencialmente técnicos. Máxime considerando el avance frenético a ratos de las distintas áreas de las disciplinas exactas o científicas, en el sentido restrictivo de esta expresión, y que transforman en fuente de prueba a una gran cantidad de información meta - procesal que podría ser necesaria para la resolución de esa *litis*. En los diseños procesales probatorios, del tratamiento normativo del fenómeno, la cuestión es tratar de vaciar esta fuente de la manera óptima posible para que el momento *cognitio* de la judicatura le permita formarse una convicción racional y cumplir con el mandato constitucional y legal. ¿Pasamos ese estándar de modelo o diseño procesal? La cuestión irá en develar, entonces, de qué forma la abundante fuente de prueba técnica que se encuentra fuera del proceso en concreto, en especie, puede allegarse válida y eficazmente a él, partiendo de la base que el medio idóneo para ello (legal) y presupuesto de validez de formación de convicción es el recurso o auxilio a la peritación⁹² civil o, como lo llama nuestro Art. 341 del Código de Procedimiento Civil,⁹³ “informe de peritos”.

Para explicar mejor el ejemplo aterrizándolo al tema propuesto: el siquiatra caminando por la calle con sus 10 años de formación es una fuente viviente de prueba pericial. No logramos acuerdo en la audiencia del Art. 414 del código apuntado, sin embargo, nuestro siquiatra no está inscrito en la lista de peritos: ¿sigue siendo perito en su ciencia y arte? Sí. ¿Es perito en ese juicio? No.

91 SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

92 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, p. 286. Editorial Zavala, Buenos Aires.

93 En adelante CPC.

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA FUENTE DE PERITACIÓN TÉCNICA Y LOS MEDIOS LEGALES DISPONIBLES PARA HACER FRENTE A ESTA CARGA

Hay *litis* cuyas decisiones versan sobre conductas compuestas por hechos cuyas apreciaciones son propias de una ciencia o arte. En este tipo de *litis*, salvo que tengamos una concepción éticamente flexible sobre el conocimiento privado del juez, el auxilio pericial es determinante. Teniendo esto presente, la cuestión es compleja si consideramos que el principio base sobre el cual se erige la prueba pericial civil, es que su regulación legal permite optar al juez por decretarla o no, pudiendo incluso prescindir de ella.

El art. 409 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación de oír informe pericial solo en aquellos casos en que la ley lo ordene expresamente. Pongámonos en contexto, el legislador de 1902 difícilmente pensó en juicios de la complejidad científica técnica que hoy podemos encontrar en la praxis. Pero racionalmente ¿cómo es posible, por ejemplo, medir el hecho fundante o desencadenante de la responsabilidad profesional médica sino en virtud de un análisis técnico de esa propia ciencia y arte? Es difícil imaginarse ese escenario con el avance y especificidad de las distintas áreas de la medicina, sobre todo considerando que a ratos evoluciona de manera frenética.

Se trata de una *litis* con una carga sobre afirmaciones de hecho que están íntimamente vinculadas con elementos técnicos, extraños a la judicatura y a las partes. Este es el primer problema al que se enfrentan los sujetos procesales: tendrán que levantar carga de prueba fijado previamente por el juez, para luego devolverle al juez la obligación de medir conductas técnicas de una ciencia que no le es propia. Agreguemos, además, con la tentación que en todos estos casos la prueba pericial es disponible o prescindible.

Como es ineludible que se busquen por las partes o por el juez fuentes técnicas para traerlas al juicio, aparece la relevancia de analizar el medio legal disponible para la fuente de peritación.

En este sentido, digamos desde ya que puede haber medios idóneos y medios inidóneos, pero siempre habrá medios. En cualquiera de los dos casos, ello no implica la imposibilidad de valorar, es decir el hecho de que un medio de prueba establecido en la ley no sea idóneo para la fuente de peritación en específico, no implica que no pueda ser valorado. El problema es: ¿qué fuerza de convicción va a encontrar en la actividad de apreciación judicial del medio ofertado y descargado, si no es el idóneo para esa fuente?

Es lo que trataremos de analizar y que se manifiesta a través de anomalías procesales, pues ocurre a diario en procesos civiles de toda índole, donde el

hecho técnico objeto de prueba es imprescindible para condenar o para absolver. Veremos que tanto las partes como el juez se han permitido estas anomalías para entregarle (en el caso de las partes al juez) o para darse (en el propio caso del juez) criterios de racionalidad técnica en un precario sistema de medios de prueba pericial disponible (Cortes de Apelaciones), entendiendo que el acuerdo sobre el perito es algo en esencia improbable.⁹⁴

4. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL SISTEMA LEGAL DE PERITACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En el caso de que las partes, levantando (de seguro) la carga fijada por el juez sobre hechos necesitados de prueba, dispositivo de por medio, puede que hayan ofertado medio de prueba pericial. En tal caso, es posible evidenciar que a la luz de los arts. 414, 415 y 416 del código, la primera iniciativa para la designación de un perito que esclarezca la cuestión material al tribunal radica en las partes, quienes, llamadas a evitar conflictos accesorios, conforme la buena fe procesal y el principio dispositivo, puedan determinar el técnico que más se ajuste a sus necesidades de satisfacer carga probatoria. ¿Y qué posibilidades tienen las partes que no lleguen a acuerdo para contar con un perito apto, designado por la autoridad judicial en subsidio conforme la regla del Art. 416 del CPC?

A propósito de este trabajo se trajeron a la vista los listados de peritos (período 2018-2019) de cuatro Cortes de Apelaciones,⁹⁵ a saber: Santiago, Valparaíso, Concepción y La Serena. Obviamente es una muestra ejemplificativa. Se revisó el total de registros de técnicos adscritos y los resultados hablan de poca especificidad, sobre todo en regiones, de una nula posibilidad de conocer el procedimiento interno de designación, y de que la nómina además se preste para que, siendo previamente conocida, las partes que no desean opiniones periciales sobre determinados expertos, los propongan de manera de excluirlos *ex ante*, de conformidad al Art. 414 del Código de Procedimiento Civil.

94 Otra importante manifestación dirá algunos de que es rol colaborativo de las partes de buscar la verdad no solo formal. La concepción dialéctica del proceso civil chileno, como un relato con tesis y antítesis, impide que prospere esta idea del perito colaborativo y de confianza de ambas partes. Nuestro trabajo versa sobre la común situación de necesitar al perito adscrito a las Cortes de Apelaciones.

95 No es una muestra significativa sino ejemplificativa. Datos disponibles en www.pjud.cl. Por ejemplo, en la Corte de Apelaciones de La Serena, de un total de mil ochocientos noventa registros, solo ocho son médicos de diversas especialidades.

Las razones por las cuales se cuenta con tan escasa adscripción judicial de peritación en nuestras cortes (cuestión que sin duda escapa a estas líneas), puede obedecer a una multiplicidad de factores. Probablemente encontremos respuesta en la mayor utilidad económica que reporta el ejercicio de la profesión en el mundo privado, la poca cercanía con el proceso civil y de cualquier clase de proceso con el profesional médico.

No obstante estas variables, la cuestión es que, siendo la autoridad judicial quien en subsidio debe recurrir a estos listados, existe una alta probabilidad de que no encontrará satisfacción a sus necesidades de información, de explicación sobre temas especializados para poder informarse adecuadamente. Esta precariedad de especialidades y la mayor diligencia que se le exige a las partes y a sus apoderados en cuanto a hacerse cargo de la regla de la carga de prueba y al riesgo de la falta de acreditación, han llevado a que surjan situaciones que nos interesa comentar.

5. EL FAMOSO TESTIGO EXPERTO

“La nota diferencial entre el testimonio y la pericia ha de buscarse no en la estructura sino en la función; el testigo tiene en el proceso una función pasiva y el perito, activa; el testigo está en él como objeto y el perito como sujeto; el testigo es examinado y el perito examina; el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del juez, mientras que el perito conoce por encargo de este. El juez busca al perito, mientras que en cambio respecto del testigo se ve constreñido a servirse del que encuentra⁹⁶”.

El profesor Diego Palomo⁹⁷ señala que el testigo perito es “aquel que declara en juicio poseyendo alguna calificación técnica”, por ejemplo: médico. La persona además de conocer los hechos (por presenciarlos o por oírlos) tiene conocimientos técnicos sobre el objeto de su declaración.

Esto significa, por ejemplo: ¿un médico de la especialidad sobre la cual versa la *litis* en cuanto derecho material podría emitir su opinión técnica sobre la conducta

96 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Sentís Melendo, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, Buenos Aires, 1944, p. 410.

97 PALOMO, BORDALÍY CORTEZ. *Proceso Civil: Juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 349.

de su par? En principio en nuestro sistema, no⁹⁸ y tal pregunta podría ser objeto de incidencia de objeción (por impertinente: está fuera del punto de prueba o derechamente por la vía de pedir manifestación de opinión).

En *stricto sensu* entonces, tenemos un problema porque traemos la fuente pericial en versión testigo, pero podríamos encontrarnos con la incidencia que controlara ese desajuste del medio y la fuente y por ende imposibilitarse la pregunta. ¿El tema es qué pasa si de todas formas declara y entra la información al proceso? Primero hay que decir que esta pregunta pende exclusivamente del arbitrio de las partes y de un adecuado uso del examen y contra examen. Si no se usa, la ineptitud del medio no será obstáculo para que la fuente de peritación llegue al juicio⁹⁹.

Si la pregunta se formula y el testigo experto declara sobre su opinión técnica¹⁰⁰ hoy algunas doctrinas más modernas (como Taruffo, por ejemplo), señalan que para este tipo de testigos es imposible escindir su conocimiento sobre los hechos de su razonamiento técnico y, por ende, este tipo de preguntas son admisibles. Otra respuesta es que la pregunta se formule, se obtenga la información y el juez determine su valoración en la sentencia de mérito. En este último caso, el control de imparcialidad, objetividad, idoneidad y aptitudes del sujeto en la sentencia de mérito que pericia información, no es posible *ex ante* por las partes, solo por vía de control de la convicción, y no por vía de pesquisa de vicios formales, sino yendo sobre la actividad de valoración judicial, lo que excluye a la casación. Es únicamente en este caso, el nuevo grado jurisdiccional el que permite controlar la declaración de este perito encubierto.

Digamos, aunque sea de perogrullo, que no podría valorarse como prueba pericial pues, el fallo sería casable de suyo. ¿Cómo ejercita entonces ahora el juez para hacer racional y eficaz esa valoración? No hay otra alternativa que la de un testigo de oídas (Art. 383 del Código de Procedimiento Civil), que contempla dos hipótesis, el testigo de oídas simple y el de la conducta calificada del inciso segundo en que se tipifica la gravedad y precisión de la presunción.

98 Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de junio de 2010, Rol Corte 7399-2008.

99 Téngase presente que en la reforma no viene nada al respecto, a diferencia por ejemplo de modelos comparados, como el derecho español que sí contempla esta posibilidad. Creemos que la libertad probatoria permitirá incorporar esta declaración sin problemas en el procedimiento de aplicación general futuro.

100 ¿Cómo se controla la imparcialidad? Por vía de tachas primero y segundo por vía de contra examen. Este último elemento es el que permite en el proyecto de reforma subsidiar al sistema de impugnación por tachas.

¿Y qué valor tiene eso en un sistema tarifado como el nuestro? La de servir de base a una presunción judicial. Si no existe ninguna manifestación técnica adicional sobre el punto de prueba científico, la base de presunción es un punto de inicio para que el juez por vía de razonamiento inductivo presuncional, pueda dar por asentado el hecho de contenido técnico. Fijémonos: La presunción (que no es medio de prueba) requiere en cuanto ilación lógica (silogismo) de tres elementos: el hecho base, el conector (juez) y el hecho probado. En esa conexión ¿cómo puede salvar este problema el juez? Por vía de las reglas sobre presunciones en nuestro ordenamiento.

En especial, podemos conjugar normas aplicables en la especie e incluso llegar a la conclusión que un testigo experto podría ser suficiente para dar por asentado un hecho y cumplir con un estándar mínimo de motivación.

a) Art. 383 CPC (base presunción judicial del testimonio de oídas, especialmente si lo oyó de alguna de las partes y se esclarece con su declaración el hecho).

b) El Art. 426 del CPC (que permite que solo una presunción grave y precisa haga plena prueba).

c) El Art. 1712 (gravedad, precisión y concordancia de la presunción judicial - requisito).

Como pueden advertir, se están conjugando las ineptitudes del medio de prueba para traer la fuente y hacer descansar en el razonamiento inductivo presuncional del juez toda la carga de esclarecer hechos del conflicto. El juez luego, usando máximas de experiencia¹⁰¹ (eso es regla presuncional), tendrá que asumir esta obligación de ser conector entre el hecho base y el hecho presunto.

A primeras luces parece una solución a mano, pero el problema es la falta de control de ese razonamiento que escapa a las partes, pues se ha fallado que el juez es absolutamente soberano en ese procedimiento deductivo presuncional¹⁰² y es, en esencia, excluyente de control de casación.

101 Recordemos, brevemente, que este instituto de valoración se define como “juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. STEIN, FRIEDRICH. *EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ*, TRADUCCIÓN DE ANDRÉS DE LA OLIVA. EDITORIAL THEMIS, BOGOTÁ, p.27.

102 En este sentido, las condiciones de gravedad, precisión y concordancia no alcanzan a estar en el contenido de la decisión y quedan reducidos simplemente a un criterio de confirma-

La falta de control de las aptitudes o calificaciones de un perito que declara como testigo, incluso de la aplicación de inhabilidades que podrían quedar soslayadas, transgrede el principio dispositivo y de aportación de parte que gobierna el proceso civil, pues se recarga la labor del juez, debiendo ser las partes quienes provean de la fuente probatoria, usando el medio legal idóneo.

El problema, como vemos, lo sufrimos todos.

6. EL “INFORME PERICIAL” ACOMPAÑADO COMO PRUEBA INSTRUMENTAL

Una alternativa muy usada por algunos demandantes, más bien por sus apoderados, es periciar previo al inicio del proceso, previo incluso al ejercicio de la acción. Algunos sistemas consideran de hecho estas diligencias probatorias previas como una etapa del proceso.

El estándar de diligencia, para ser honestos, por la complejidad del asunto ventilado en un proceso civil de contradicción ilimitada o poco contenida como el juicio civil ordinario de mayor cuantía, exige que cada actor y su contendor preparen su entrada al juicio mediante peritación de los hechos en aras incluso de definir su teoría del caso, y, aún más, porque la peritación previa podría arrojar una conclusión que aconseje a los futuros actores o contra pretensores explorar alternativas a la autocomposición, como una razonable transacción a propósito de mediación¹⁰³ pública o privada, o simplemente como un antecedente para tener en cuenta si es que se abre negociación prejudicial sobre el asunto.

En la hipótesis en comento, la situación habitual es que el actor sea quien acompañe conjuntamente con su libelo (instrumento en cuanto documento fundante¹⁰⁴) el informe del perito de su confianza por vía de instrumento privado¹⁰⁵. Esta decisión puede tener un doble propósito, como ya decíamos

ción lógica, de probabilidad prevalectante. En este sentido TARUFFO, MICHELE, *LA PRUEBA DE LOS HECHOS*, P. 478, EDITORIAL TROTTA, AÑO 2002.

103 Por ejemplo, la mediación por daños en salud regulada en la Ley N°19.966.

104 En oposición a los documentos justificantes como se describía antiguamente al igual que la distinción entre instrumentos por vía de prueba y de solemnidad, cuestión sin vigencia desde la reforma a los arts. 255 y 309 del Código de Procedimiento Civil por la Ley N°18.010 de 1998. Esta explicación es propia del profesor PALOMO, DIEGO EN *PROCESO CIVIL*, OB. CIT.

105 Es lo más frecuente, nada obsta que dicho instrumento privado firmado de puño y letra por el médico que informa pudiese ser protocolarizado conforme al Art. 415 del Código Orgánico

fundar la pretensión y darle plausibilidad al caso o bien instrumentalizar la demanda y transformarla en un elemento o factor para negociaciones *in limine litis* orientadas a salidas diversas a la sentencia declarativa. Cualquiera sea el objeto de esta decisión de estrategia de litigación, es evidente que en el momento de presentación de la demanda, la ley no ha previsto la necesidad o el requisito para su admisibilidad de acompañar instrumental de ninguna naturaleza¹⁰⁶.

Ahora corresponde preguntar ¿qué medio de prueba es?, ¿cuál es la valoración que debe darse a este instrumento? Digamos previamente que nuestro sistema pone a la prueba instrumental o más bien dicho al “documento” como la “*regina probatorum*”¹⁰⁷ y la superpone frente a otros medios de prueba. Culturalmente los operadores jurídicos, incluido el juez, seremos permeables a pensar que la parte tiene o dispone efectivamente de un informe pericial de experto con que fundar su caso. Dada la explicación en torno al prestigio cultural del instrumento en el proceso civil, debemos precisar que en ningún caso aquello es un informe de peritos en términos del Art. 341 del Código de Procedimiento Civil.

7. VALORACIÓN DE ESTE INFORME PERICIAL PRIVADO ACOMPAÑADO CONJUNTAMENTE CON LA DEMANDA (O DURANTE EL TÉRMINO PROBATORIO)

De conformidad a la regla del Art. 348 del Código de Procedimiento Civil, la peritación que consta en un documento elaborado por un experto que informa, y firmando de su puño y letra el mismo instrumento, puede ser acompañado en cualquier estado del juicio. La limitación, no obstante, es que si se aporta en primera instancia, como sería el supuesto de hecho comentado, debe hacerse hasta antes del vencimiento del probatorio.

de Tribunales, lo que le dará fecha cierta respecto de terceros y obstará a las posibilidades de impugnar por falta de autenticidad. Si la firma está autorizada ante notario, ello no muta la condición de instrumento privado, solo da cuenta del hecho de que el suscriptor efectivamente concurrió a firmar el documento, pero sigue siendo instrumento privado.

¹⁰⁶ Salvas las excepciones en que el proceso declarativo comience por requerimiento de tutela cautelar conforme lo previsto en el Art. 298 del Código de Procedimiento Civil, en que se hace referencia al requisito genérico de plausibilidad o “antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”, pero como se ha hecho la salvedad, esta es un supuesto de hecho totalmente distinto al comentado.

¹⁰⁷ PALOMO, Diego: *Ob. cit.* N° 11.

Ahora, dicho lo anterior, no hay discusión de que la información del perito privado o de confianza en cuanto fuente de prueba no debiese ser encausada vía instrumento, es una situación anómala, se pretende hacer llegar el contenido de la peritación al proceso por vía no adecuada, pero ello no implica ilicitud o ilegalidad de la prueba. No habrá ni exclusión ni inadmisión liminar por ilicitud ni mucho menos por ilegalidad. No debemos confundir este movimiento estratégico del litigante diligente con la aportación de un medio de prueba ilegal.

El medio es legal, es lícito y es admisible al ingresar al proceso, el problema recaerá en la valoración que puede llegar a entregarle el adjudicador, sobre todo en un sistema de prueba tarifada.

Se trata de un *instrumento privado emanado de un tercero* ajeno al juicio que hace una declaración sobre hechos que sirven, sin duda, en cuanto conocimiento científico de instrucción al juez. Como instrumento privado emanado de tercero y que no se encuentra revestido por la presunción de autenticidad de que gozan los instrumentos públicos deberá necesariamente reconocerse por este tercero mediante actuación expresa, es decir mediante declaración en juicio al rendir la prueba testimonial. Es relevante señalar que no es posible en este caso apercibir a la contraria conforme al Art. 346 N° 3 pues el instrumento emana de un tercero, de un sujeto procesal que no es parte, de modo que el apercibimiento carecería de efectos en el proceso.

Para analizar la valoración que debe efectuar el juez en este caso, distinguiremos entre el peritaje privado o de confianza plasmado en instrumento privado reconocido por su suscriptor en cuanto testigo, y el que no concurre a reconocer¹⁰⁸.

a. En el caso que el especialista concurra a reconocerlo al juicio, en cuanto testigo, tiene por reglas de apreciación obligatoria en nuestro sistema el valor de una prueba testimonial. Esto debe matizarse con la idea que tratamos de este testigo calificado o experto (fuente de prueba: es un perito). Se presenta como testigo de oídas, pero en realidad al deponer expone las razones de sus conclusiones, da cuenta de la elaboración del informe y, por cierto, complementa lo que deba complementar. Todo registrado en el acta. Luego, hay que señalar que está absolutamente en retroceso la idea de que los instrumentos privados emanados de terceros que no han sido reconocidos por su suscriptor, no producen efecto probatorio alguno, siempre y cuando no hayan sido impugnados, máxime pensando en que todo este cometario surge en torno al problema de las deficiencias

108 Previamente se insiste que debe estar firmado por el otorgante, de acuerdo a las reglas del Art. 1702 y 1703 del Código Civil. La fecha también es decisoria para efectos de su apreciación probatoria.

de peritación en procesos civiles declarativos. Y no debemos temer los operadores, defensas especializadas y actores en igual situación a los efectos que esta incorporación pueda traer: es una expresión procesal de nuestro derecho constitucional a la prueba.¹⁰⁹ La tesis tradicional señala que carece de pleno valor probatorio en tanto no concurra el tercero a reconocerlo al juicio y que dicha actividad tiene una oportunidad que es la prueba pericial (Maturana, Cristián).¹¹⁰

Como vemos, puede existir efecto probatorio de relevancia, teniendo en consideración que el adjudicador está llamado además a apreciar los medios de prueba comparativamente en casos de discordancias (Art. 427 CPC). Ante la necesidad de recurrir a información científica precaria en nuestro sistema de designación de peritos por vía judicial, no nos extrañemos si el adjudicador echa a mano al instrumento privado emanado del tercero/informe pericial documentado.

Consideremos en este sentido que, para aquilatar el peso de este informe un proceso de valoración usando las tarifas de las normas puede operar nuestro código de enjuiciamiento y perfectamente podría enderezarse todo el fallo desde la pericia acompañada como instrumento y luego reconocida en juicio. Así, el artículo 383 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil permite al tribunal apreciar el testimonio de oídas cuando emana de alguna de las partes y el hecho se esclarece. Aquel artículo es plenamente aplicable al testigo perito (o calificado) que reconoce el instrumento en que se plasmó su pericia y perfectamente compatible con la apreciación comparativa de medios de prueba de conformidad al Art. 428 del mismo cuerpo legal. El caso es más evidente si solo existe prueba testimonial (sin pericia formal) y haya contradicción en los dichos de los deponentes. Luego, podríamos tener perfectamente una base de presunción judicial del Art. 383 inciso 1º unida a que la apreciación de gravedad, precisión y concordancia de una presunción cuya apreciación es libre y exclusiva del tribunal¹¹¹.

Ello permitiría al adjudicador la construcción de motivación y fundamentación de la decisión en lo externo, de manera lógica y el fallo no habrá infringido en ningún concepto las reglas de la prueba legal tasada y, por ende, estará fuera del

109 CONGET MORRAL, Josefa Jesús: En La prueba como garantía mínima del debido proceso, Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2015 [Fecha consulta: 7 de abril 2020]. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134942>>

110 MATURANA MIQUEL, Cristián: Separata "Teoría general de la prueba", apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2012, p.445.

111 No controlable por vía de casación ha dicho nuestra Corte Suprema.

alcance de control de las partes de vicios en la ponderación de la prueba como error de derecho.

b. En caso de que no concurra el especialista a la audiencia testimonial. Ya dijimos que está en franco retroceso este discurso clásico de que el instrumento privado emanado de terceros no reconocido carece de valor probatorio alguno. ¿Pero qué pasa si no se le reconoce en juicio por su autor? No es un medio de prueba contaminado o ilícito, ni ilegal ni inadmisibile. Lo que si podrán ya adelantar es que se encuentra más lejos del *iter* juez en cuanto elemento de convicción para motivar su fallo. Pero nuevamente nos preguntamos ¿y si es el único instrumento que ilustra al tribunal en lo técnico sobre el asunto controvertido? ¿Y si las partes han sido particularmente negligentes en la aportación de prueba?

En este sentido, comenta Palomo¹¹² que el tribunal podría considerarlo un elemento base para una presunción judicial. En efecto no se vulnera ninguna ley reguladora de la prueba por el hecho de admitirse documentos emanados de terceros, aunque no hayan testificado en el juicio, si con tales documentos no se pretende extraer ninguna consecuencia obligatoria para la contraparte, sino solo acreditar que un cierto hecho ha trascendido a terceros. Así mismo, el autor citado distingue perfectamente entre el efecto obligacional y el efecto probatorio del instrumento emanado de terceros y explica que pueden usarse estos medios de prueba, pueden ser ponderados y el valor que el tribunal les debe asignar es el de base para una presunción judicial. Luego, valgan las conclusiones ya enunciadas en la letra anterior respecto de las presunciones y la libertad del juez para determinar la gravedad de las mismas, máxime si la prueba de parte es precaria.

8. POSIBILIDADES DE IMPUGNACIÓN

Veamos ahora qué puede hacer la contraria para combatir este instrumento que causa impacto en el inicio del juicio. En parte por nuestra cultura probatoria, en que los instrumentos gozan de prestigio y en que no sobran peritos especializados en las Cortes de Apelaciones que permitan al juez desechar sin más este instrumento, porque no cumple los requisitos del Título XI, párrafo 6° del Código de Procedimiento Civil.

Como sabemos, la forma de impugnación del instrumento privado es mediante falsedad o falta de integridad. Ambas causales son complejas de acreditar, sin embargo, como los instrumentos privados no gozan de presunción

112 PALOMO, Diego: *Ob. Cit.* N° 11.

de veracidad, la carga recae sobre el que acompaña la pericia vía instrumento. En esta conclusión, sin embargo, debe tenerse presente que si no impugnamos podría operar una suerte de presunción de autenticidad. Lo normal es que el instrumento sea reconocido por el experto suscriptor en la audiencia de rendición de testimonial. Sin embargo, nada obsta a que en el incidente de impugnación el tribunal pueda citar al autor al reconocimiento para resolver sobre su autenticidad.

9. CONCLUSIONES

Se ha tratado de ensayar algunas cuestiones de práctica probatoria que friccionan con el rígido sistema de peritación legal de nuestro Código de Procedimiento Civil y con la precariedad de especialidades científicas y médicas en los listados de nuestras Cortes de Apelaciones. Hoy, ante la incertidumbre de una reforma procesal sobre la materia, los litigantes han orientado sus esfuerzos por utilizar las herramientas que nos ofrecen los otros medios de prueba a fin de encauzar esta fuente al proceso sin que sea inválida sino únicamente inidónea pero igualmente ponderable. Los esfuerzos no han sido fútiles y vemos cómo los operadores jurídicos han ido entregando bases para una litigación en procesos de esta naturaleza tan compleja. De este modo, aplicando reglas de ponderación correcta, estos esfuerzos permiten al tribunal motivar mínimamente aun a falta de informe de peritos. Lo criticable, eso sí, es el rol que le estamos entregando al juez en este tipo de procesos, pues estamos todos trasvasiando el problema y descansando en que esta labor de “conector” se traduzca en razonamientos presuncionales, que no cuentan con un auxilio adecuado desde las ciencias exactas, pero que permiten al menos un mínimo estándar de motivación ante las precariedades del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

Carnelutti, Francesco. (1994). *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Sentís Melendo, Santiago. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana.

Conget Morral, Josefa Jesús. (2015) *La prueba como garantía mínima del debido proceso. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. Recuperado el 7 de abril 2020 en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134942>

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II.

Ley 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley 19.664. Establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley N°15.076, 11 de febrero de 2000.

Ley 15.076. Fija texto refundido del estatuto para médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bio-químicos y cirujanos dentistas, 8 de enero de 1963.

Maturana Miquel, Cristián. (2012). Separata *Teoría general de la prueba*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Palomo, Bordalí y Cortez. (2014). *Proceso Civil: Juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, Segunda edición, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Sentís Melendo, Santiago. (1979) *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea.

Stein, Friedrich. (1988). *El conocimiento privado del Juez*, traducción de la Oliva, Andrés. Bogotá: Editorial Themis.

Taruffo, Michele. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.

DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SU RELACIÓN CON EL TRABAJO MÉDICO

Gabriel Nieto Muñoz¹¹³

PREÁMBULO

Como hemos visto a lo largo de este libro, existen diversos tipos de responsabilidad que pueden emanar de la actuación de un médico cirujano. En este punto, nos interesará el estudio de la denominada Responsabilidad Administrativa, cuya importancia radica en el simple hecho de que es un aspecto totalmente independiente de la sede civil y penal.

En tal sentido, necesario es remitirnos a lo dispuesto en los artículos 120 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo (desde ahora Estatuto Administrativo General), y 119 de la Ley N° 18.883 que Aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (desde ahora Estatuto Administrativo Municipal), los cuales disponen que *“la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal”*. Como consecuencia de aquello, es menester hacer un estudio separado y pormenorizado

113 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, abogado Encargado de la Unidad de Defensa Laboral Médica de COLMED-FALMED, Diplomados en Familia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Litigación Administrativa Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Derecho Laboral Administrativo y Sancionador Universidad de Chile.

de esta clase de responsabilidad, dado que la regulación y consecuencias jurídicas de la misma tienen aristas complejas y completamente diversas, sin perjuicio de que en algún punto se relaciona, en todo caso, por sobre todo con el Derecho Penal, según se verá.

El presente capítulo tendrá relevancia especial para aquellos médicos que opten por desempeñar sus funciones en los entes que forman parte de la Administración del Estado, sea tanto de la organización centralizada (v.gr. Ministerio de Salud), así como la descentralizada del mismo (v.gr. Servicios de Salud). Ello, por cuanto la Responsabilidad Administrativa se inserta precisamente en materia de Derecho Público y se regula en los estatutos que establecen la relación de estos profesionales con la Administración.

Generalmente, las sanciones que emanen de una eventual responsabilidad administrativa, según veremos, repercutirá en la “hoja de vida del funcionario”, en sus calificaciones y podría afectar la estabilidad en su puesto de trabajo. Por ello, es determinante tener el conocimiento más acabado posible sobre los derechos, obligaciones y principios jurídicos que rigen a los profesionales funcionarios para lograr establecer una debida protección frente a la hegemonía estatal y la “discreción” de los juzgadores en estas materias.

Así las cosas, será preciso establecer en este capítulo, primero que todo, cuál es el ámbito de aplicación de esta clase de responsabilidad, para dar paso luego a determinar los procedimientos aplicables como garantía frente a procesos sancionatorios de parte de la administración pública, sus principios jurídicos, como parte de la legalidad y juridicidad que deben seguir los “juzgadores” en estos casos, qué medios de defensa otorga la ley a quienes se vean inculcados en una investigación o sumario administrativo.

Ante el inminente desarrollo de nuestra sociedad en los últimos años y el exhaustivo aumento de las relaciones entre las personas humanas y el Estado de Chile, se ha tornado cada vez más necesario demostrar a los funcionarios públicos cómo enfrentarse de manera justa y jurídica a dicha entidad, de manera que siempre pueda velarse por mantener la integridad física, psíquica e incluso moral de los profesionales funcionarios, quienes por años se han visto vulnerados por el actuar de la superioridad jerárquica, por la discreción, con resoluciones injustas y con procedimientos ineficaces y lentos. Afortunadamente, en este último tiempo la preocupación y la objetividad están recién gestándose y tomando su posición frente a situaciones de determinación de responsabilidad, ello quizás por el despertar que ha tenido la ciudadanía frente a las injusticias y situaciones que afectan los derechos y la repentina fuerza que ha ido adquiriendo el concepto de “Derechos Humanos”. Todo ello nos lleva como Fundación a dar a conocer a nuestros afiliados y, en general, a

cualquiera que se encuentre sediento de conocimiento, cuáles son los aspectos de esta clase de responsabilidad.

Por último, huelga mencionar que nuestro estudio se centrará en un gran aspecto de la Responsabilidad Administrativa, a saber, la personal, que es atinente al funcionario público propiamente tal, en un acto u omisión que importe una infracción a los deberes funcionarios.

Visto lo anterior, aboquémonos al estudio de este aspecto de suma importancia en el ejercicio profesional médico.

1. IDEAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD Y, EN ESPECIAL, DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En materia administrativa, el legislador no se ha preocupado de definir expresamente qué debe entenderse por “Responsabilidad”, sino que se ha limitado a establecer en qué casos se estaría frente a ella. Han sido, por ende, la doctrina y la jurisprudencia quienes se han preocupado de perfilar, en todo ámbito, una definición de esta palabra. A este respecto, no podemos quedarnos ajenos a lo que ha establecido nuestro Código Civil, en relación a la interpretación de la ley. De esa manera, como premisa, debe estarse a lo señalado en el artículo 20 de dicho cuerpo legal, el que establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal. En ese orden de cosas, debemos remitirnos entonces al sentido natural y obvio de responsabilidad.

El Diccionario de la Real Academia Española define Responsabilidad como “1. Cualidad de responsable. // 2. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. // 3. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. // 4. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”¹¹⁴

Como podemos observar, la responsabilidad supone necesariamente responder, reparar, dejar indemne frente a algún acto u omisión cometida por alguna persona y como supone reparar algo, se concluye que existió algún daño, alguna infracción o quebrantamiento por el que se debe responder. Y, en ese sentido, interesante resulta saber cómo el mismo diccionario define la palabra

114 *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española (2001), p. 1.330.

responder, que es correlativa al concepto que nos ocupa: “Dicho de una persona: estar obligada u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”.¹¹⁵

Así las cosas, no es tarea fácil determinar qué es responsabilidad, pues no obedece a un concepto subjetivo o absoluto que comprenda de una sola vez su real significado. Pero sí, como intentamos hacerlo, puede construirse una idea en base a los distintos elementos que hemos observado: tenemos a una determinada persona que vive enfrentada a sus semejantes y, ante ello, tiene deberes naturales de respeto, de no dañar a otro ni de alterar el orden natural de las cosas o las reglas de buena convivencia. Si esa persona, en cierta forma y con negligencia o malicia quebranta dicho orden, hace aparecer el concepto “abstracto” de la responsabilidad, que significa que responde, que debe poner todo de su parte para restablecer dicho orden (valga la redundancia para el buen entender del lector), se genera la obligación de soportar un determinado peso, gravamen para lograr que en cierto modo aquel que se halle afectado por su actuar o no actuar, logre ver restituida su condición y evitar la prolongación innecesaria de una frustración que esta última persona no debía soportar. De esa manera, el concepto “abstracto” de responsabilidad ha nacido como una generación de la razón humana cuyo fin último es la paz social.

Ya lo decía Ulpiano: “*luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”: “Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no perjudicar a otro, dar a cada uno lo suyo”.¹¹⁶ Estos elementos básicos de la convivencia humana sí se ven conculcados, es decir, quien viva injustamente, quien no actúe con probidad, honestamente, perjudique a otro, sea directa o indirectamente, debe responder por su conducta, por alterar el orden del que venimos hablando. Esto es lo que implica la responsabilidad en general y que hemos tratado de explicar de la manera más simple posible.

Ahora bien, que la responsabilidad sea “administrativa”, significa lisa y llanamente, en el aspecto que nos interesa, que el quebrantamiento del orden se da por no respetar el principio de juridicidad y cometer infracciones que importan un desorden en la regulación de las relaciones entre los profesionales funcionarios y el Estado. Los estatutos que son aplicables a los funcionarios establecen una serie de deberes que deben ser respetados al pie de la letra, pues en materia administrativa solo puede hacerse aquello que esté enmarcado dentro de la legalidad vigente, todo lo que se haga fuera de ella implica infracción.

115 *Ibidem*.

116 *Digesto*, Libro I, Título I, l. 16, § 1º.

Así el legislador ha dado pautas claras de comportamiento de los funcionarios, aunque bastante amplias y subjetivas muchas veces, pero allí están y estas deben ser seguidas. Si el funcionario no sigue estos lineamientos, entonces, genera una responsabilidad y con ello el peso de tener que remediar el daño causado que, en materia administrativa, se materializa dicha reparación con la imposición de una sanción tipificada por la ley.

Ahora bien, el artículo 119 del Estatuto Administrativo General establece que el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. Añade el inciso segundo de dicha norma que los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 118 del Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

El legislador se ha preocupado de establecer “cuándo se estaría en presencia de responsabilidad administrativa” destacando que ello se tendrá en consideración, siempre y cuando se esté frente a una sanción disciplinaria. Lo que quiere decir la disposición es que debe seguirse estrictamente el principio de legalidad, que debe ser observado ante todo por la Administración del Estado, pues no “cualquier” infracción hace que los funcionarios incurran en responsabilidad administrativa, sino que aquellas que son susceptibles de sanción administrativa, y de ello se sigue que la conducta y la medida disciplinaria deben estar establecidas por la ley. Sin embargo, como se verá, la ley muchas veces da pautas muy amplias y en la práctica cualquier conducta puede ajustarse al concepto de deber funcionario infringido, por lo que se ha tenido que mirar cuidadosamente la proporcionalidad y racionalidad de las medidas persecutorias de responsabilidad.

Ahora bien, es importante destacar que aquí la relación que resulta evidente a todos es la que existe entre el Estado y el funcionario o, más preciso, el órgano de la Administración del Estado y una persona humana que forma parte de la dotación del mismo. Cuando aquella persona infringe sus deberes funcionarios, no es al Estado propiamente tal a quien daña, sino que a todos los habitantes de la República, por cuanto pasa a llevar las funciones encaminadas a satisfacer el interés general de la nación toda. Si el profesional funcionario no es capaz de estar a la par con esa finalidad, no puede seguir contribuyendo (pues, ya no lo hará) con esa ardua tarea y debe ser sancionado por la gravedad de su actuar u omisión, porque hay un bien jurídico protegido mucho mayor que el de un particular, como ocurriría por ejemplo en el ámbito civil, pues allí se verá afectado solamente el

interés de las partes de una relación jurídica. En materia administrativa, ello va mucho más allá.

2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Con la dictación de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que se encuentra enmarcada bajo el régimen de la Constitución de 1980, se torna el reconocimiento de la Responsabilidad Administrativa, a una necesidad de protección a los derechos de los habitantes de la República. Así, primeramente, la mentada Carta Fundamental reconoce más claramente cuáles son los deberes de la administración, estableciendo primeramente en su artículo 1° inciso cuarto que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece. Agrega, por su parte, el artículo 6° del Código Político que, los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Además, hace obligatorios los preceptos de la Constitución a los titulares o integrantes de esos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La Ley N° 18.575, ya mencionada, establece, en esas líneas que los órganos de la Administración del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes. El artículo 3° de esta ley señala que la administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confieren la Constitución y la ley.

De esa manera, observamos que el actuar de la administración y, por supuesto, de sus funcionarios, obedece a un fin mucho mayor que simplemente dejar indemne al Estado como persona jurídica de derecho público: busca satisfacer el Bien General.

Por ende, cualquier actuación realizada fuera de todo este marco constitucional y legal, no observando los principios esenciales de una buena convivencia humana, donde no exista respeto por los derechos básicos de toda persona humana, en donde no exista la intención de ejecutar funciones en pos a la dignidad de las personas, en donde no se den elementos de democracia y paz social, generarán responsabilidades, y este es ahora su fundamento, por cuanto así lo establece la

Carta Fundamental: “*La infracción de esta norma [refiriéndose al artículo 6º] generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”.

Así las cosas, los estatutos de cada funcionario establecen una serie de conductas que deben seguir los funcionarios, pero que no son más que una manifestación del marco normativo que estamos observando, a grandes rasgos, lo cual veremos más detalladamente en las próximas páginas de este capítulo.

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

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

En tal orden de cosas, para ser más precisos, nuestra Contraloría General de la República ha establecido, siguiendo lo dispuesto en el artículo 119 del Estatuto Administrativo General, que el empleado que ha infringido sus obligaciones o deberes funcionarios incurre en responsabilidad administrativa, la cual, acreditada a través de un procedimiento legal (sumario administrativo o investigación sumaria), hace acreedor al infractor a una sanción disciplinaria.¹¹⁷ En suma, para el buen entender, simplemente es responsable administrativamente *quien incurra en alguna acción u omisión, negligente o maliciosa que importe estrictamente la inobservancia de una obligación o deber, de aquellos tipificados por la ley respectiva dictada conforme a la Constitución y que lleve aparejada una sanción o gravamen también definido legalmente*. O más aun, *simplemente quien infringe sus obligaciones o deberes funcionarios, habiendo sido investido para desempeñar un cargo público*.

Pero ante lo dicho, queda preguntarnos quién es el empleado al que se refieren los artículos 119 del Estatuto General y 118 del Estatuto Municipal. Conforme al Dictamen de la Contraloría General de la República, empleado *es quien ocupa un cargo o empleo público, de planta o a contrata. Funcionario, quien desarrolla una actividad pública, investido para ello por acto de autoridad competente*.¹¹⁸ Resulta interesante observar esta distinción entre “empleado” y “funcionario”, por cuanto, al entender del órgano de control, no resultan ser lo mismo. Ello, por cuanto de acuerdo a las definiciones de los estatutos que venimos observando, un cargo público, en primer

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

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

lugar, es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones públicas, a través del cual se realiza una función administrativa. Luego, preciso es considerar que un cargo de planta es aquel que tiene el carácter de permanente dentro de la dotación de un determinado servicio y el empleo a contrata aquel de carácter transitorio que se consulta en dicha dotación. Por su parte, el concepto de funcionario resulta mucho más amplio que eso, por cuanto implica el desarrollo de cualquier actividad pública, que corresponde al gran cometido del Estado. En este sentido, la Contraloría ha señalado que las personas naturales que desempeñan una función pública son funcionarios y, en tal carácter, les son aplicables las disposiciones del respectivo Estatuto Administrativo en lo que sean conciliables con la actividad que ejercen y de la investidura de que se hallen revestidos. Entre esas normas, se consideran de ineludible aplicación las concernientes a la responsabilidad administrativa, ya que de otra manera se llegaría al contrasentido de admitir, por un lado, el pleno ejercicio de los derechos que confiere la función y, por el otro, consagrar la irresponsabilidad personal en caso de uso abusivo o arbitrario de las facultades que poseen.¹¹⁹

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

Lo anterior es sumamente discutible y materia de interpretación, por cuanto la Contraloría General ha optado por la interpretación amplia. Sin embargo, si vamos al tenor estricto del artículo 118 del Estatuto Municipal y 119 del General, leemos *“el empleado”* y se entiende por tal el que ejerce un cargo que se contempla en las plantas o como empleo a contrata, en las instituciones regidas por los respectivos Estatutos, a través de la cual se realiza una función administrativa. En tal sentido, tratándose la responsabilidad legal un asunto de derecho estricto, debería interpretarse restrictivamente su aplicación, por cuanto, una hipótesis legal de esta índole no puede extenderse a situaciones no contempladas por el legislador. Sin embargo, para dilucidar muy bien esta situación, se hace necesario situarse en el primer artículo de los estatutos que nos ocupan. Así las cosas, el Estatuto Administrativo General establece que: *“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias y de los Servicios Públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el artículo 21 de*

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

la ley 18.575". De inmediato, señalaremos que las excepciones a que se refiere la disposición recientemente transcrita, son las Subsecretarías de cada ministerio. Ahora bien, en cuanto al Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, se establece que: "*El Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales se aplicará al personal nombrado en un cargo de las plantas de las municipalidades (...)*". Luego, se agrega que: "*(...) Los funcionarios a contrata estarán sujetos a esta ley en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de estos cargos*" y se entiende por cargos de plantas municipales, "*(...) aquellos que conforman la organización estable de la municipalidad y solo podrán corresponder a las funciones que se cumplen en virtud de la ley 18.695*"; y por cargos a contrata, aquellos de carácter transitorio.

En tal sentido, puede entenderse entonces que solamente están sujetos al régimen de responsabilidad administrativa los funcionarios de planta o a contrata y nadie más. Veamos las situaciones de contratos de honorarios y contratos de trabajo:

A.- CASO DE LOS PROFESIONALES CONTRATADOS A BASE DE HONORARIOS

Se ha discutido si las normas sobre responsabilidad se les hacen aplicables. En primer término, huelga señalar que el artículo 4º del estatuto municipal señala expresamente que las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este estatuto. Por su parte, el artículo 11º del Estatuto Administrativo General tiene una regla de similar tenor. Entonces, ello nos lleva a pensar que como no se les aplican las normas del estatuto, tampoco el régimen sancionatorio establecido en el mismo ni los derechos y deberes u obligaciones que se han fijado para los demás empleados públicos.

Sobre el particular, la Contraloría General ha establecido que las tareas cumplidas a honorarios constituyen una modalidad de prestación de servicios particulares de la administración, que no confiere a quien los efectúa la calidad de funcionario público, o sea en el desempeño de esas funciones a los contratados no les son aplicables las normas estatutarias que rigen la labor de esos funcionarios.¹²⁰ Atendido lo anterior, solamente serán aplicables a estas convenciones, las normas contenidas en el respectivo contrato, así como la normativa del Título XXIX, Libro IV del Código Civil, relativas al mandato.

120 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.862, de 1990; 6.187, de 1996, y 7.266, de 2005.

De acuerdo a lo anterior, la Contraloría ha establecido, en su jurisprudencia administrativa que, *“en la medida que los contratados a honorarios no son funcionarios públicos, la responsabilidad por los actos cometidos en su desempeño sólo puede perseguirse ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de la rendición de cuentas a que pudieren encontrarse afectos, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la ley 10.336.¹²¹ Además, de todas formas están sujetos a las normas que consagran los principios de probidad administrativa, dado su carácter de servidores estatales, de manera que les es aplicable el Título III, De La Probidad administrativa, de la Ley 18.575”*.¹²²

También la Dirección del Trabajo ha establecido que no puede iniciarse sumario administrativo en contra de un trabajador contratado a honorarios en el sistema de salud primaria municipal, porque en esa condición no tiene la calidad de funcionario que se requiere para que se pueda establecer la responsabilidad administrativa.¹²³

Ahora bien, sí se les aplica lo relativo a la probidad administrativa y, en ese caso, nos queda preguntarnos cuál es el procedimiento aplicable para perseguir la responsabilidad en ese aspecto, habida consideración de que no les son aplicables las normas del estatuto respectivo. En tal sentido, debe aplicarse lo previsto en el párrafo 4º del Título III de la Ley N° 18.575, sobre responsabilidad y sanciones. De todas formas, veremos este procedimiento más adelante.

B.- MÉDICOS CIRUJANOS QUE SE ENCUENTRAN REALIZANDO UN PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN, Y QUE TIENEN LA CALIDAD DE BECARIOS

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Supremo N° 507, de 1990, que establece el Reglamento de Becarios de la Ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud, se establece que el becario es el profesional que goza de una beca de especialización o perfeccionamiento, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud de las universidades.

Por su parte, se indica en la misma disposición que la beca no constituye cargo o empleo, por lo cual no son aplicables a los becarios las disposiciones de la Ley

121 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 12.717, de 1991; 50.013 de 2000, y 7.266 de 2005.

122 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7.266 de 2005.

123 Ordinario N° 858/47 de la Dirección del Trabajo, de 2004.

Nº 18.834 de 1989, las contenidas en la Ley Nº 15.076, salvo en su artículo 43, y las que expresamente se señalan en este reglamento.

Como consecuencia de ello, estos profesionales solo se registrarán por las normas de su propio Estatuto de Becarios.

En tal sentido, replicamos en este punto lo señalado en el acápite anterior.

C.- AQUELLOS EMPLEADOS SUJETOS A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

En este punto, nos remitimos al capítulo respectivo de este libro referido a esta clase de trabajadores. Lo que nos importa en este capítulo es el hecho de que se ha determinado, por la jurisprudencia administrativa, que los empleados que prestan sus servicios en algún órgano de la Administración del Estado, bajo esta modalidad, son considerados como funcionarios públicos, razón por la cual son sujetos de responsabilidad administrativa. En tal sentido, lo que varía respecto de estos son las sanciones que pueden serles aplicadas, a saber, terminación de sus contratos de trabajo, por alguna de las causales establecidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, que deberán establecerse mediante una breve investigación y, respecto de aquellas sanciones que no revisten gravedad, solo podrá sancionárseles con alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el numeral 10 del artículo 154 del Código del Trabajo, esto es, amonestación verbal o escrita y multa de hasta 25 por ciento de la remuneración diaria, en la medida que estén contempladas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad del respectivo Servicio. De esa manera, si la institución respectiva no cuenta con el Reglamento Interno, no podrá aplicarse otra medida sancionatoria que no sea el término del contrato de trabajo o sobreseer.

D.- CASO DEL AGENTE PÚBLICO

La Ley de Presupuestos contempla en glosa una modalidad de contratación de honorarios con características propias (independiente de las normas sobre contratación a honorarios que se contempla en el Estatuto Administrativo), que permite contratar, sobre dicha base, a personas con el carácter de agentes públicos. Estas personas deben ser consideradas -ha señalado la Contraloría General de la República- como funcionarios públicos, fundamentalmente para efectos de la responsabilidad administrativa, quienes en lo referente a sus derechos y obligaciones se encuentran sometidos, además, al contrato que han suscrito con la administración.

5. DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES O DEBERES FUNCIONARIOS

Como hemos venido analizando, necesariamente para que pueda tener lugar la responsabilidad administrativa, deben haberse quebrantado los deberes funcionarios.

Ahora bien, el legislador trata sobre el concepto de “obligaciones” o “deberes”. A este respecto, uno de los aspectos que diferencian ambos conceptos es la contraprestación recibida al momento de proceder a su observancia, de manera tal que un deber no conlleva necesariamente una contraprestación de la otra parte (en este caso el Estado), de manera que creemos que es más adecuado utilizar el vocablo deber. Así las cosas y hecha esta pequeña precisión, para lograr comprender qué es lo que se debe ver conculcado por el funcionario para que tenga lugar la responsabilidad administrativa, será necesario establecer de qué deberes estamos hablando.

Así las cosas, primero nos centraremos en el estudio de los deberes contenidos en los Estatutos Administrativos respectivos. Hacemos presente que, cuando los médicos cirujanos son contratados en un cargo público, no firman contrato alguno y, por lo tanto, el estatuto puede asimilarse a verdaderas cláusulas que deben ser respetadas.

A) DEBERES FUNCIONARIOS DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO GENERAL Y MUNICIPAL

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

A.1) DEBERÁN DESEMPEÑAR PERSONALMENTE LAS FUNCIONES DEL CARGO EN FORMA REGULAR Y CONTINUA, SIN PERJUICIO DE LAS NORMAS SOBRE DELEGACIÓN.

A.1.1.) DESEMPEÑO PERSONAL.

Este deber funcionario implica, en simples términos, que las funciones que realiza el profesional funcionario, sobre todo si se trata de un médico, es *intuitio personae*, lo cual quiere decir que la persona misma que ejecuta el trabajo es esencial, atendidas sus cualidades, su conocimiento, idoneidad, de manera tal que, no puede encargarse que sus labores propias sean entregadas a un tercero.

En materia del ejercicio médico, bien sabemos que en la red de salud de un determinado establecimiento hospitalario, consultorio, etcétera, está integrada por distintos actores que contribuyen con el fin de restablecimiento de la salud de las personas, tales como técnicos paramédicos, enfermeras, técnicos en enfermería, médicos cirujanos, arsenaleros, etcétera, quienes si bien tienen un objetivo final, que es la mejor atención y aplicación de sus respectivas *Lex Artis* en el cuidado, rehabilitación, diagnóstico de un paciente, cada uno tiene asignadas funciones que no pueden ser ejecutadas por otro, como por ejemplo, el diagnóstico del paciente debe ser realizado por el médico respectivo y no puede delegar estas funciones en el o la técnico en enfermería, por ejemplo, dado que esta última no tiene definido dentro de sus actividades realizar diagnósticos. Por eso, la exigencia de la ley de que el respectivo profesional funcionario ejerza directamente las labores del cargo para el que fue nombrado.

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

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

Debemos, por su parte, hacer la siguiente prevención: puede concebirse la delegación respecto de funciones que efectivamente puedan ser ejecutadas sin problemas por otra persona, por ejemplo, algo propio de la jefatura, como firmar documentos, asistir a alguna audiencia pública, etcétera.

Sin embargo: ¿Podemos pensar que existe una plena libertad de delegar funciones que ejecuta un médico cirujano? Si bien, la ley no hace distinción alguna y, en donde la norma no hace distinción, en materia administrativa, no cabe hacerla por interpretación, no nos parece prudente que el médico delegue sus funciones profesionales propiamente tales en un tercero, habida consideración a la responsabilidad que conlleva su ejercicio.

La atención de pacientes, diagnósticos, exámenes, intervenciones quirúrgicas, son de tal índole que no debe admitir la indistinta ejecución por cualquier persona ajena a ese cargo. Pero, como lo indicamos, la ley no lo prohíbe en ese sentido, sino que nuestro consejo es para evitar la concurrencia de otra clase de responsabilidades que pudieran emanar de este acto.

Ahora bien, el profesional funcionario no tendrá la facultad de delegar a su arbitrio el ejercicio de sus facultades, sino que ello debe hacerse por la autoridad competente del establecimiento, por cuanto la jefatura superior de estos servicios es la que por ley tiene la posibilidad de organizar internamente el hospital, consultorio y otro similar. Por ejemplo, si hay un médico internista, funcionario de la dotación, no puede por su propia mano determinar que delegará sus funciones en un tercero, debe hacerlo quien esté investido para ello. Así las cosas, si la autorización o el acto de delegación fundada no se encuentran escritos, notificados o publicados y el funcionario de todas formas encarga sus actividades a otro, incurrirá en responsabilidad administrativa.

A.1.2.) DESEMPEÑO DE MANERA REGULAR Y CONTINUA

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

En primer término, que sea regular quiere decir que se realice de manera constante. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por “regular”, *“Ajustado y conforme a regla. // Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. // Ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir”*.¹²⁴ De ello se desprende que el actuar personal del funcionario debe ejecutarse conforme a la Constitución y a las Leyes, pero también de manera constante en tiempo y forma. Pero también ajustándose a los estatutos o instrucciones propios del establecimiento en el que se desempeña y a la instrucción jerarquizada.

A.2) ORIENTAR EL DESARROLLO DE SUS FUNCIONES AL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA INSTITUCIÓN Y A LA MAYOR PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE A ESTA CORRESPONDAN

Cada establecimiento de salud pública deberá tener definidos sus lineamientos o campo de actuación, la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella. Entra aquí un juego de discusión entre los fines que persiguen la Administración del Estado y los medios empleados por sus distintos integrantes para obtener los

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

respectivos objetivos. En ese orden de cosas, los estatutos en comento no definen ni dan pautas concretas sobre cómo debe ser el desarrollo de las funciones de los funcionarios, sino que de manera amplia señala que solo debe existir una orientación hacia un determinado resultado.

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

Como lineamientos generales, podemos desprender del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que son las grandes finalidades de todos estos establecimientos *ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.*¹²⁵

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

Según la Real Academia Española, eficiencia es la *“virtud y la facultad para lograr un efecto determinado”* y eficacia es la *“virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”*.¹²⁶

Enseña la Profesora Gardais Ordanza que, en el ámbito administrativo, eficacia corresponde al “logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas

125 Artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005.

126 *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española (2001).

por la Administración” y su control se relaciona con las propias metas definidas por esta, ya que quien realiza el control no puede definir las. El control de la eficacia corresponde “al uso óptimo de los recursos”, que son siempre escasos y su empleo en el tiempo debe estar condicionado a su resultado, lo que incide en el éxito de la gestión. Los recursos humanos lo son en la medida del esfuerzo de las personas, el recurso tecnológico lo es en la oportunidad de su empleo y el recurso financiero en sus aplicaciones más eficientes que trasuntan la buena administración de fondos.¹²⁷ Agrega la mencionada académica, citando un trabajo de la Contraloría General de la República, que el concepto de eficiencia exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos, esto es, la economicidad. El control de la eficiencia es propio de los recursos “que importa el control de los objetivos políticos verificando, a través de la auditoría operativa, aquellos dados por la autoridad, los cuales no pueden ser cuestionados por quien efectúa el control operativo”.¹²⁸

De esa manera, en términos simples, la eficiencia “se refiere a lograr los mismos resultados con menos recursos o mejores resultados manteniendo iguales medios”.¹²⁹ Eficacia, en tanto, “es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.¹³⁰

A.3) REALIZAR SUS LABORES CON ESMERO, CORTESÍA, DEDICACIÓN Y EFICIENCIA, CONTRIBUYENDO A MATERIALIZAR LOS OBJETIVOS DE LA INSTITUCIÓN

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

127 GARDAIS ORDANZA, Gabriela, (2002), “El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340.

128 *La Contraloría General y el control de eficiencia*, Documento de Trabajo de la CGR en el Seminario: ¿Qué Contraloría General de la República necesita el Chile de Hoy y del Futuro?, en *Revista Chilena de Administración Pública, Estado, Gobierno y Administración*, N° 9 (marzo de 1996, Colegio de Administradores Públicos de Chile, Publicaciones 3M Ltda., Santiago de Chile), p. 74, obtenido de Gardais Ordanza, Gabriela, (2002), “El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340.

129 *Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile*, pág. 50.

130 Ídem.

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

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

Este deber obedece al principio de Servicialidad del Estado, en virtud del cual se exige que la Administración Pública tenga especial preocupación por brindar a todas las personas una atención adecuada y bienes públicos de buena calidad.¹³¹

Este deber funcionario debe estar relacionado con la prohibición contenida en los respectivos Estatutos Administrativos de no someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes, también con el no ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales y la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio de la dignidad de los demás funcionarios, tales como acoso sexual, discriminación arbitraria y realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo.

A.4) CUMPLIR LA JORNADA DE TRABAJO Y REALIZAR LOS TRABAJOS EXTRAORDINARIOS QUE ORDENE EL SUPERIOR JERÁRQUICO

Cuando se ingresa a la Administración del Estado, se debe asumir que no se puede defraudar a la misma, trabajando menos tiempo por el que se ha obligado

¹³¹ *Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile*, pág. 51.

ni tampoco se puede pretender desobedecer las órdenes de la autoridad, pues existe este deber estricto, según se verá.

Así las cosas, como es lógico, el primer llamamiento que hace la ley es a cumplir la jornada de trabajo propia y fija del cargo público contratado. Tratándose de médicos cirujanos existen dos grandes regímenes que regulan estos aspectos, a saber, las leyes N° 19.664 y N° 15.076, rigiendo la primera los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales y la segunda, esencialmente los cargos de 28 horas semanales o denominados turnos nocturnos y en días sábados y festivos. Por lo tanto, si el profesional se encuentra contratado por 44 horas semanales, debe efectivamente ejecutar esas 44 horas semanales, según la distribución legal o la que determine con el superior jerárquico.

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

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

Esto se condice con la obligación de dar continuidad del servicio y siempre y cuando se tenga que velar por el buen funcionamiento del servicio, el superior jerárquico puede, fundadamente ordenar que se trabaje más allá de la jornada pactada. Por su parte, el funcionario no puede oponerse a tal orden; salvo que esta sea ilegal (generalmente tratándose de este punto no lo es) y siempre que no le asista un motivo grave para no cumplir, aunque en este punto, es más atendible el interés general comprometido que el interés personal del funcionario.

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

y ordenada extraordinaria, puede dar lugar a responsabilidad y a la máxima sanción administrativa.

En este punto, interesante resulta observar, a modo de ejemplo, el Dictamen de la Contraloría General N° 38.119, de 2007, que en resumen señala que la implementación de turnos entre el personal de un servicio de salud, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la Administración del Estado, consagrados en el artículo 1 de la Constitución; de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de necesidades colectivas de los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de estos, contemplados en los artículos 3 y 5 de la Ley N° 18.575. A su vez, conforme al artículo 70 de la Ley N° 18.834, al ejercer la atribución de fijar turnos la autoridad debe tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio respectivo, cual es dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante atención regular y continua de las necesidades colectivas de sus usuarios.¹³²

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

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

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

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

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

Suele ocurrir también, que el superior pueda extender el horario, discrecionalmente, siempre que las necesidades del servicio así lo hagan menester.¹³³

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

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

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

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

133 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 91.637, de 18 de noviembre de 2015: Don -----, funcionario del Servicio -----, señala que, dada su calidad de chofer, se le habría ordenado ingresar a sus labores una hora antes del inicio de su ‘jornada ordinaria de trabajo’, por lo que consulta si corresponde estimar como tiempo extraordinario el referido lapso.

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

Sobre el particular, las letras a) y d) del artículo 61 de la Ley N° 18.834, preceptúan que son obligaciones de cada funcionario desempeñar personalmente las tareas del cargo en forma

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

Generalmente ocurre en la práctica, por ejemplo, que el Jefe de Servicio requiera la realización de labores fuera del horario habitual de trabajo de los médicos, teniendo en especial consideración la alta brecha de profesionales médicos en

regular y continua, así como cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que se le ordenen.

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

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

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

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

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

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

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

los Servicios de Salud, en Hospitales o en los organismos municipales. De esa manera, si se ordena fundada y formalmente la realización de labores fuera de dicho tiempo, el funcionario no podrá rehusarse a cumplir con tal orden, pues lo contrario puede ser objeto de una investigación sumaria y posterior destitución.

A.5) CUMPLIR LAS DESTINACIONES Y LAS COMISIONES DE SERVICIO QUE DISPONGA LA AUTORIDAD COMPETENTE

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

Hubo un caso en nuestra institución en que se afectó los derechos de un empleado fiscal por materia de destinación. Ello es interesante, por cuanto la ley deja la posibilidad de destinar a los funcionarios a la discreción del Jefe Superior del Servicio. En ese caso concreto, se trataba de un médico cirujano especialista en Ginecología y Obstetricia, contratado por 28 horas semanales en un Hospital de Alta Complejidad o Autogestionado. Bien sabemos que el cargo del médico implicaba prestar servicios en su especialidad, pues así versaba su Decreto de Nombramiento y, además, ejecución en las noches, sábados y domingos de manera continua y permanente. En ese orden de cosas, el Director del Servicio de Salud en el que se desempeñaba el médico en cuestión determinó destinarlo a ejercer funciones, si bien dentro de la institución misma (Dirección del Área), lo haría en actividades de policlínico en un consultorio de funcionarios. En tal sentido, se hacía imposible que el doctor pudiese prestar servicios en un empleo de la misma jerarquía y de las mismas características. Ello, por cuanto:

1) El centro de salud al que había sido destinado no contaba con la infraestructura necesaria para llevar a cabo intervenciones quirúrgicas, labor fundamental ligada a su cargo titular;

2) El horario de trabajo en el que se ejercían labores en ese centro de salud del servicio, al que fue destinado, no es compatible con la modalidad de turnos de la que era titular en el Hospital de Alta Complejidad, por cuanto, atendido el carácter asistencial de las prestaciones de salud que allí se realizan, estas son solamente de carácter diurno y, en tal sentido, no podía ejercer el cargo de 28 horas propiamente tal.

3) No se veían casos atendidos directamente a su especialidad de Ginecología y Obstetricia, por la que se le designó como titular en el Servicio de Salud.

En ese caso, vemos que no se cumplen copulativamente los requisitos para proceder a la destinación. Sin embargo, se hace presente que, a pesar de ello, dada la obediencia que deben seguir los funcionarios, si la orden estaba dada, debía cumplirse de todas formas, pues existía un acto administrativo que lo establecía de esa manera y, mientras un acto administrativo esté vigente, aunque sea ilegal, debe cumplirse de todas formas si la autoridad así lo establece. Sin perjuicio de lo anterior, cada funcionario tendrá la posibilidad de impugnar, atacar estas decisiones si no se ajustan a la legislación, pero en tanto no exista otro acto que revoque una orden anterior, esta última debe cumplirse de todas formas, pues su desobediencia conllevará la responsabilidad y sanción administrativa.

Por otro lado, la comisión de servicios implica, a diferencia de la destinación, el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, las comisiones de servicios nunca podrán conllevar el desempeño de funciones de una jerarquía inferior o ajenas al conocimiento del cargo mismo ni ajenas a los fines e intereses de la institución.

Asimismo, como existe discreción, si se dispone una destinación o comisión, deberá manifestarse mediante un acto administrativo escrito, notificado debidamente al funcionario afectado por tal orden. Y aunque discrecional, ello no implica que esta determinación de autoridad competente sea arbitraria, es decir, injusta, buscando fines distintos al interés general y objetivos de la institución, injustificada, inmotivada, fuera de la razón. Si ello no fuere así, entonces el funcionario podrá utilizar los mecanismos legales para buscar que se enmiende conforme a derecho la decisión, pero, insistimos, mientras nada diga lo contrario, la orden debe cumplirse tal cual.

A.6) OBEDECER LAS ÓRDENES IMPARTIDAS POR EL SUPERIOR JERÁRQUICO

Seguramente, este es uno de los deberes más complejos y discutibles de nuestra legislación. Efectivamente, como ya habíamos adelantado, cuando un profesional asume un cargo en la Administración del Estado, debe tener inmediatamente presente que queda a disposición de su Jefe Superior del Servicio. Así las cosas, dijimos que este es un deber complejo, porque la ley otorga una

serie de facultades a las autoridades, que deja a su discreción (no arbitrio), pero que en la práctica, en base a lo anterior, siguen cometándose sendos abusos e incluso ordenándose la realización de tareas imposibles e incluso ilegales. Pese a ello, la ley es clara y estas órdenes deben cumplirse, con algunos reparos que procederemos a explicar.

Vimos anteriormente que si el superior jerárquico ordena la realización de horas extraordinarias, si determina que un funcionario debe ser destinado o comisionado, ello debe seguirse sin que se rehúse el funcionario, pues en cierto modo, cuando se asume una función pública, debe relegarse el interés personal en pos al interés y la servicialidad públicos.

Sin embargo, suele ocurrir muchas veces que el superior dé una orden que no se ajuste a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella. Frente a eso, como ya venimos anunciando, el principio es que a pesar de ello, el profesional debe dar cumplimiento a esa orden. La única posibilidad que la ley pone a su disposición es la representación.

A.6.1) ACTO DE REPRESENTACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA ORDEN DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

La representación, consiste en el acto escrito en virtud del cual, el inferior jerárquico manifiesta a su superior que la orden que se le está dando, de acuerdo a su parecer, es ilegal, con el objeto de que se revoque el respectivo mandato o, en caso de que la superioridad insista en el mismo, se exima de responsabilidad administrativa al inferior, trasladando plenamente ésta al Jefe que dio la orden.

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

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

De esa manera, si existe un abuso, no puede el funcionario por sí mismo determinar si existe tal, y decidir no hacer caso, ello queda entregado al superior. Si de ello se siguen consecuencias adversas, será un juez u otra autoridad ejecutiva quienes determinen las eventuales responsabilidades que se sigan de ello.

Esto seguramente obedece al orden que debe existir en la Administración del Estado, para evitar así una conducta anárquica en que no exista obediencia alguna a la autoridad, pues el sistema actual es del Estado de Derecho y no el aludido anteriormente.

A.7) OBSERVAR ESTRICTAMENTE EL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA, QUE IMPLICA UNA CONDUCTA FUNCIONARIA MORALMENTE INTACHABLE Y UNA ENTREGA HONESTA Y LEAL AL DESEMPEÑO DE SU CARGO, CON PREEMINENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL PRIVADO

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

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

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

funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Este principio es bastante amplio, pero en concreto se traduce en el hecho de que los medios públicos, el ejercicio profesional del médico funcionario, las dependencias de los establecimientos en que se desempeñen, deben ser empleados efectivamente para el cumplimiento de los fines de la institución y no puede desviarse para objetivos diversos que digan relación con intereses propios o de terceros, es decir, traicionando el interés general que persigue la Administración del Estado.

Enseña Camacho Cepeda que el legislador fue cuidadoso “al establecer una gama de instrumentos que están orientados a garantizar la vigencia de este principio. En primer lugar, destacan como medidas preventivas las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Dirigida a cautelar la operatividad de estas restricciones está la declaración de inhabilidades que ha de presentar todo postulante a un cargo público y que se encuentra regulada en los artículos 57 a 60 de la Ley Orgánica. A las inhabilidades referidas hay que añadir una específica dirigida a impedir que cargos de autoridad superior desde subsecretarios hasta el nivel de jefe de división sean ejercidos por personas que padezcan de dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas. Para ello el legislador establece, igualmente, la obligatoriedad de declarar que no se está afecto a esta inhabilidad antes de asumir alguno de los cargos afectos a ella”.¹³⁴ Agrega la mencionada académica que, “(...) hay una serie de mecanismos establecidos para cautelar el respeto del principio de probidad por quienes desempeñan un cargo administrativo. El primero de ellos es el establecimiento de incompatibilidades o prohibiciones en el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. A ello se añade por el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado la exigencia a ciertas autoridades gubernamentales y administrativas que van desde el Presidente de la República hasta el nivel del jefe de departamento de presentar una declaración de intereses y de patrimonio”.¹³⁵ Por último, agrega que “para prevenir el consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas el legislador ha estatuido un procedimiento de control de consumo de estas

134 CAMACHO CEPEDA, Gladys (2008): *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 241-276.

135 Ídem.

sustancias que deberá aplicarse en forma reservada, aleatoria y resguardando la dignidad e intimidad de los funcionarios examinados. Finalmente, se complementan los mecanismos de garantía enunciados con la identificación de actuaciones que la ley orgánica directamente configura como atentatorias a la probidad administrativa y que harán surgir la responsabilidad administrativa y darán lugar a las correspondientes sanciones¹³⁶.

Visto lo anterior, precisa indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley N° 18.575, contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las siguientes conductas:

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña*¹³⁷.

2. *Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero*.¹³⁸

Lionel Guzmán Suárez explica que “se trata de aquellas intervenciones en que se abusa de la posición funcionaria, habitualmente por parte de aquellos de jerarquía superior, para influir sobre una persona, casi siempre de jerarquía inferior, con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para

136 Ídem.

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

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

un tercero. Comprende asimismo el solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza”. Aquí la dificultad, enseña el señor Guzmán Suárez, radica en el hecho de que existe una relación jerárquica de superior a inferior y, por tanto, aquellos respecto de los cuales se ejerce la presión indebida sentirán temor de las consecuencias de su denuncia.¹³⁹

*3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros.*¹⁴⁰

*4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.*¹⁴¹

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

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

139 GUZMÁN SUÁREZ, Lionel: Probidad Administrativa, Arica, Universidad de Tarapacá, junio de 2002, pág. 13.

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

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

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares.¹⁴²

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

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

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.¹⁴³

7. *Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y*

8. *Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.*

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

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

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

Además, la probidad conlleva el hecho de *desempeñar honesta y lealmente la función o cargo*, lo que quiere decir es que deben respetarse ante todo, y frente a cualquier gobierno “de turno” que se encuentre vigente, los valores y principios de la Carta Fundamental y las leyes, respetando la dignidad humana y los derechos fundamentales que derivan de ella, por el hecho de ser personas. El actuar del funcionario debe ser recto, justo, de acuerdo a las reglas elementales de una convivencia humana pacífica y al Estado de Derecho y, por lo demás, leal, es decir no dejar jamás de observar los objetivos que conlleva su cargo.

A.8) GUARDAR SECRETO EN LOS ASUNTOS QUE REVISTAN EL CARÁCTER DE RESERVADOS EN VIRTUD DE LA LEY, DEL REGLAMENTO, DE SU NATURALEZA O POR INSTRUCCIONES ESPECIALES

En este caso, debemos tener en consideración el concepto de la transparencia. Al respecto, la Constitución establece en su artículo 8° que: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”*.

Este deber funcionario se ve claramente limitado por las normas sobre transparencia que se han establecido en el proceso de modernización del Estado en combate a la corrupción. Pero, en este punto, especial relevancia cobra lo dispuesto en la Ley de Derechos y Deberes de los pacientes y la confidencialidad de la información contenida en la Ficha Clínica, en razón del concepto de “datos sensibles” y además del acceso a ese instrumento, el cual se encuentra limitado por ley. Pero en los demás casos, si la ley de *quórum* calificado, es decir, aquella establecida, modificada o derogada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, no establece reserva o secreto, no se afecta los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, la información debe entregarse. Ahora bien, debe tenerse cuidado a qué clase de asuntos se refiere este deber. Si lo que se requiere son documentos, información que maneje la institución, existen canales establecidos por la Ley de Transparencia y el llamado a cumplir con la entrega de esa información es la superioridad del servicio y no cualquier funcionario.

No obstante, la ley de Derechos y Deberes de los pacientes sí procuró que cierta información debe ser entregada al paciente. En tal sentido, de dicha ley pueden desprenderse los siguientes preceptos sobre entrega de información:

a) Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y acciden- tabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho *a ser informada* acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado;

b) De acuerdo al artículo 8º de la Ley N° 20.584, toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

1) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respec- tivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.

2) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.

3) Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los es- tablecimientos asistenciales.

4) Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Agrega la disposición que los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.

c) De conformidad al artículo 9º de esa Ley N° 20.584, toda persona tiene derecho a que todos y cada uno de los miembros del equipo de salud que la atiendan tengan algún sistema visible de identificación personal, incluyendo la función que desempeñan, así como a saber quién autoriza y efectúa sus diag- nósticos y tratamientos.

d) Agrega la ley que nos ocupa que toda persona tiene derecho a ser informa- da, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enferme-

dad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

e) Por último, toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:

1) La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;

2) El período de tratamiento;

3) Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y

4) Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de este, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corresponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita.

De esa manera, nos parece que este deber se encuentra un tanto desactualizado, con las nuevas normas sobre transparencia, por ello, antes de negarse una determinada información, debemos fijarnos si esa negativa se funda en alguna de las excepciones constitucionales ya vistas.

A.9) OBSERVAR UNA VIDA SOCIAL ACORDE CON LA DIGNIDAD DEL CARGO

El ser un funcionario público es una investidura tal, que no solo se lleva dentro del establecimiento donde se ejerzan las labores, sino que en todo lugar, en todo tiempo, de manera que se demuestre que las personas que tienen a su cargo los medios para lograr el interés general y el bien común son idóneas en todo orden de

cosas para mantener ese nombramiento. De esa manera, si el funcionario ejecuta conductas fuera de lugar, en todo ámbito moral y legal, puede ser responsable administrativamente.

A.10) PROPORCIONAR CON FIDELIDAD, PRECISIÓN LOS DATOS QUE LA INSTITUCIÓN LE REQUIERA RELATIVOS A SITUACIONES PERSONALES O DE FAMILIA, CUANDO ELLA SEA DE INTERÉS PARA LA ADMINISTRACIÓN, DEBIENDO ESTA GUARDAR DEBIDA RESERVA DE LOS MISMOS

Los numerales 4º y 16º del artículo 19 de la Constitución Política aseguran a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia y la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, con este deber funcionario, no se transgreden las referidas garantías constitucionales por cuanto se ajusta a disposiciones legales dictadas conforme a la misma Carta Fundamental.

En efecto, si bien los datos y antecedentes que puedan solicitarse dicen relación tanto con información de orden personal como de terceros, su conocimiento y registro por parte de un organismo público, no lesiona la intimidad del titular ya que el tratamiento de los datos no solo es reservado, sino que, además, no desmerece la condición ética de las personas relacionadas con el funcionario, como tampoco afecta al ejercicio del trabajo que desarrolle la persona a quien esos datos pertenecen, toda vez que los familiares del servidor pueden realizar normalmente su actividad laboral.

Enseguida, resulta necesario hacer presente que la persona que ingresa a la Administración del Estado se adscribe en forma voluntaria a un *status* jurídico especial, que es el que tipifica el cuerpo regulador de sus relaciones con la institución a la que pertenecerá, el cual se encuentra inspirado en el principio del bien común, lo que implica que es el interés público el que debe primar sobre el interés particular del empleado público.

De este modo, la persona que postula a un servicio público pasa a tener, desde su nombramiento, los derechos, obligaciones y prohibiciones que el respectivo estatuto señala, y su aceptación del cargo no constituye sino la adhesión a un marco jurídico preestablecido e impersonal, al cual debe someterse si pretende ingresar o mantenerse en la Administración.¹⁴⁴

144 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 10.038, del 02 de marzo de 2000.

A.11) DENUNCIAR ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO O ANTE LA POLICÍA SI NO HUBIERE FISCALÍA EN EL LUGAR DONDE EL FUNCIONARIO PRESTA SUS SERVICIOS, CON LA DEBIDA PRONTITUD, LOS CRÍMENES O SIMPLES DELITOS Y A LA AUTORIDAD COMPETENTE LOS HECHOS DE CARÁCTER IRREGULAR, ESPECIALMENTE AQUELLOS QUE CONTRAVIENEN EL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA REGULADO POR LA LEY N° 18.575

La norma en sí misma es clara, pero presenta a lo menos dos aristas conflictivas que quisiéramos destacar y que hacen un tanto dificultosa su materialización en el servicio público:

1ª. Que deja al arbitrio de cualquier funcionario determinar si un acto u omisión de otro constituye o no delito. Por supuesto, aquí no es tarea de los empleados públicos asentar si existe o no culpa o negligencia del posible imputado, sino que indicar si “algo le parece” un delito o un atentado a la probidad. Por ello, este deber obedece netamente a la subjetividad del denunciante. Sin embargo, no puede ser excusa para quien no dé cumplimiento a este deber, el hecho de que no conocía si lo que se estaba haciendo o no era un crimen o simple delito o si ello atentaba contra el recto actuar administrativo del otro funcionario, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Código Civil, la ley se presume conocida por todos desde su promulgación y, en tal sentido, se supone que todos tienen conocimiento de los elementos del tipo penal, y cuál es la conducta criminal o delictual, por cuanto precisamente está descrita en la ley.

2ª. Que el estricto cumplimiento de este deber podría deteriorar las relaciones laborales entre funcionarios. Sea, en primer término, teniendo en consideración el hecho de que, por ejemplo, un inferior jerárquico deba denunciar a su superior, lo cual en la práctica hace mucho más ilusorio el ejercicio de una denuncia. Asimismo, si se trata de otros pares, igualmente, sabemos, que conllevará a una mala relación entre ellos y el ambiente puede tornarse tedioso. Sin embargo, recordemos que el actuar del funcionario que comete un supuesto delito o falta administrativa deteriora al servicio y puede estar atentando en contra del interés general, por lo que el empleado obligado a denunciar debe ante todo tener en consideración este último, por sobre las relaciones interpersonales que pueda tener con sus pares o su jefatura. Pero, sabemos, ante todo somos seres humanos que debemos conllevar una adecuada convivencia social, lo cual hace muy dificultoso el ejercicio de una denuncia de esta índole, pues no muchas veces se asegura el correspondiente anonimato.

Ahora bien, observamos que la norma se refiere solamente a denunciar “crímenes” o “simples delitos”, sin embargo no alude a las faltas penales (que

se han visto en el capítulo relativo a la responsabilidad penal). En tal sentido, ¿debo denunciar las faltas? Es discutible, por cuanto tenemos el denominado principio de legalidad, que se traduce en el hecho de que los integrantes de la administración del Estado deben actuar estrictamente conforme a lo consagrado por la ley. Ahora, podría argüirse en virtud del antiguo y coloquial adagio “quien puede lo más, puede lo menos”, de manera que, si puedo denunciar conductas más graves, como un crimen, sin duda podría denunciar una falta penal. Pero insistimos ¿cabe interpretar de esa manera? Creemos que, aunque la norma no aluda a esta clase de acciones de menor entidad, con ellas podría estarse poniendo en riesgo el bien común y, por lo que en virtud del principio de probidad y servicialidad del Estado, debería denunciarse de todas formas.

A.12) RENDIR FIANZA CUANDO EN RAZÓN DE SU CARGO TENGA LA ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA DE FONDOS O BIENES, DE CONFORMIDAD CON LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Generalmente este deber pesará sobre aquellos Jefes Superiores de algún servicio público. A este respecto, cabe señalar que la fianza constituye una caución de otra obligación personal. Sin embargo, es discutible el concepto, puesto que, conforme a la definición de fianza dada por el legislador en el Código Civil, se trata aquí de *una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple*. Si nos fijamos bien, y siempre es bueno tener precisión en todas las cosas, nos damos cuenta que por la fianza se asegura una obligación ajena. Sin embargo, cuando un determinado funcionario asume como obligación principal la administración y custodia de fondos o bienes, no puede a su vez constituirse fiador de sí mismo, por cuanto ello resultaría absurdo. Ello, atendido a que el fiador constituye, en definitiva, un patrimonio diverso para poder perseguir si el deudor principal incumple. De esa manera, quizás, sería más preciso hablar de una “prenda de dinero”, por cuanto, por el empeño o prenda, se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito. Esa figura se ajusta más a lo que busca el Legislador, pues el funcionario obligado principalmente a custodiar y a administrar debidamente fondos públicos, entrega una cantidad de dinero, en prenda, para asegurar dicho cumplimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo indicado precedentemente, es necesario señalar que la finalidad de esta norma es limitar cualquier actividad ilícita y de sustracción indebida de dineros públicos, de manera que el funcionario

asegura con su propio patrimonio cualquier pérdida que pueda deberse a su propia gestión.

A.13) JUSTIFICARSE ANTE EL SUPERIOR JERÁRQUICO DE LOS CARGOS QUE SE LE FORMULEN CON PUBLICIDAD, DENTRO DEL PLAZO QUE ESTE FIJE, ATENDIDAS LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Esto debe determinarse en un procedimiento legalmente tramitado, que veremos a continuación.

6. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: PROCEDIMIENTOS LEGALES. ALGUNOS PRINCIPIOS RELEVANTES

A) GARANTÍA DE UN “DEBIDO JUZGAMIENTO”

El artículo 6º de la Constitución Política de la República, como ya hemos indicado en este capítulo, pero que siempre es menester reiterar, establece que, “[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”. Añade el precepto constitucional que “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Por último, se clausura la norma con la siguiente sanción “[l]a infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Por su parte, el artículo 7º de la Carta Fundamental señala que “[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura legal de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Por su parte, establece una competencia legal estricta, de manera que nadie puede arrogarse otras facultades que las que la ley haya establecido y si ello no es observado, el acto cometido en conculcación a esta norma es nulo y genera responsabilidad que la ley señale.

En tal sentido, nadie puede señalar que procede responsabilidad administrativa de un funcionario público sin que previamente se haya llevado a cabo un procedimiento de antemano establecido por la ley respectiva, pues ello sería conculcar una serie de principios y garantías reconocidas a todas las personas.

De esa manera, en virtud del principio de legalidad contenido en la Constitución y que hemos observado en los párrafos precedentes, debe tenerse siempre en observación lo establecido en el artículo 19 N° 3º del código político. Allí, con

ahínco se indica que la Constitución asegura a todas las personas “[l]a igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.” Añade la norma que “[t]oda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...)”. Además, la Constitución garantiza que, “La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La Ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acción penal reconocidas por esta Constitución y las leyes”. En lo que nos interesa que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. Indica también que “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías siempre las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos”. Por su parte, “[l]a ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Ahora bien, “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Por último “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Se ha discutido la procedencia y aplicación de esta garantía constitucional al caso de los procedimientos de determinación de existencia de responsabilidad administrativa y su sanción correlativa. Pero, sin dudas, asentimos en el hecho de que sí se torna una seguridad constitucional que debe ser observada en dichos procesos, por cuanto son efectivamente producto de una actividad jurisdiccional.

Enseña Rolando Pantoja Bauzá que “nuestro sistema descansa en una premisa básica de derecho público, la legalidad. El gobierno republicano y democrático representativo proviene de la soberanía, radicada en la Nación, cuyo ejercicio este delega en las autoridades previstas en la Constitución. De ahí que ni las personas, ni grupo de ellas, pueden usar el nombre o su representación, arrogarse sus derechos ni hacer peticiones en su nombre como lo dispone la Constitución”.¹⁴⁵ Agrega el académico que “la igualdad ante la ley es una garantía constitucional asegurada a todos los habitantes del país y las relaciones jurídicas que vinculan al Estado con los funcionarios se regulan por un texto legal que garantiza esa igualdad, obligando al empleado a comportarse con dignidad en el desempeño

145 PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2011): *Estatuto Administrativo Interpretado*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 886.

de su cargo, lo que equivale, esencial y fundamentalmente a respetar y obedecer los mandatos de las leyes”.¹⁴⁶

Pero también esta igualdad ante la ley tiene como arista la hipótesis de que si una determinada persona está siendo juzgada en cuanto a sus actos u omisiones y de ello se sigue una sanción que afectará sus derechos, debe asegurarse que se seguirán las ritualidades mínimas de un debido juzgamiento. Así, existen elementos básicos para que este último pueda llegar a materializarse, a saber oír al inculpado (que es aquel que está siendo cuestionado en un procedimiento administrativo sancionatorio), ponderar los hechos y resolver conforme a derecho y al mérito del proceso. Estos básicos requerimientos deben ser observados en todo acto de naturaleza punitiva, según enseña Pantoja, quien además señala y, por supuesto, estamos en pleno acuerdo con él, que la determinación de una decisión sancionatoria sin ceñirse a los procedimientos mínimos es ilegítima y, por tanto, nula.

Nuestra Contraloría General de la República ha establecido que “de acuerdo con el ordenamiento jurídico debe encontrarse reglamentada la procedencia de la sanción y el sistema para su aplicación y reclamo por el afectado”.¹⁴⁷

El mismo órgano Contralor ha establecido que el ejercicio de los poderes sancionadores que posee el titular de un órgano administrador debe conformarse a las ritualidades mínimas de los procesos, tales como oír al inculpado, ponderar los hechos y resolver conforme a derecho y al mérito de autos.¹⁴⁸ Refuerza esta idea la Contraloría, al indicar que según el principio de debido juzgamiento, el ejercicio de la potestad sancionadora que asiste a los órganos administrativos debe someterse, por lo menos, a ciertas reglas procedimentales que garanticen la defensa de la persona a quien se imputa la perpetración de un hecho castigable, salvo que ese hecho, por su naturaleza, sea susceptible de ser acreditado de forma objetiva, mediante certificado o simple verificación.¹⁴⁹

Ahora bien, nuestra doctrina administrativa, en efecto, ha reconocido al sumario administrativo y a la investigación sumaria como los medios procesales que suelen garantizar el debido juzgamiento. Al efecto, arguye el ente de control que “las normas que regulan la tramitación de los sumarios administrativos contienen todos los elementos necesarios para configurar un debido

146 Ídem.

147 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 57.873, de 1975.

148 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 73748, de 1970.

149 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 56.160, de 1969.

proceso y asegurar la adecuada defensa de los inculpados, y su cumplimiento es fiscalizado por la Contraloría General de la República al efectuar el trámite de toma de razón”.¹⁵⁰

En cuanto a la aplicación de este debido proceso a los procesos administrativos, la Corte de Apelaciones de Santiago ha asentado que la garantía del debido proceso legal se amplía a toda controversia que se promueva en el orden temporal, tribunales ordinarios, administrativos, tributarios, Contraloría General de la República, etcétera.¹⁵¹

B) PRINCIPIO *PRO REO*

Como hemos visto, la Constitución establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”; y que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Si bien, dichas prescripciones aluden expresamente a la Responsabilidad Penal, debe tenerse en consideración que en un arduo trabajo de interpretación, nuestra doctrina y la jurisprudencia han logrado extrapolar estos principios inspiradores al *ius puniendi* Estatal.

Enseña Cordero Quinzacara que en virtud de la reserva legal, cualquier sanción que la administración aplique a un funcionario afectará necesariamente sus derechos constitucionales y que, en razón de ello, la única posibilidad que tiene la administración para contar con poderes sancionatorios que afecten dicho ámbito es mediante una ley que así lo establezca.¹⁵²

La Contraloría ha señalado al efecto que: “En virtud del principio de la irretroactividad de las normas legales y muy especialmente de las sancionadoras, deberán imponerse al infractor aquellas medidas disciplinarias que se encontraban establecidas al momento de cometerse la falta investigada, a menos que esta, eventualmente, tuviere asignada una sanción menor en una nueva legislación, en cuyo caso, y salvo texto expreso en contrario, corresponderá aplicar precisamente

150 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7034, de 1996.

151 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de Diciembre de 1991 y confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 24 de marzo de 1992.

152 CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “Los Principios que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, Valparaíso, pp. 339-439.

esta última medida, por cuanto la jurisprudencia administrativa ha consignado en más de una oportunidad que el principio “pro reo” consagrado en materia penal opera igualmente en el campo disciplinario”.¹⁵³

C) PRINCIPIO DE TIPICIDAD

El Tribunal Constitucional ha establecido que, “(...) la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.¹⁵⁴ Ello es una materialización del mandato constitucional que indica que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”. El Tribunal Constitucional a ese respecto ha establecido que “la función de garantía ciudadana del principio de tipicidad -el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona- se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma”.¹⁵⁵

En términos más simples, la tipicidad implica que la ley debe describir, definir, de manera clara cuáles son las conductas que, en el punto que nos interesa, son constitutivas de una sanción administrativa, por cuanto su contravención tiene como consecuencia la existencia de responsabilidad del ramo. En la especie, esta tipificación se encuentra en el artículo 119 del Estatuto General y 118 del Municipal, que indican: “*El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de las medidas disciplinarias*”. Así, logramos observar una tipificación amplia, estableciéndose como elementos del tipo (definición legal), el sujeto activo, que sería el empleado, según hemos visto ya en este capítulo con mayor de-

153 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 45.905, de 1976; N° 33.127, de 1982; 4.830, de 1983, extraído de Pantoja Bauzá, Rolando (2011), *Estatuto Administrativo Interpretado*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 890.

154 Sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional, Rol N° 244, de 1996, considerando 10°, extraída de CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014) “Los Principios que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, Valparaíso, pp. 339-439.

155 Sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional, Rol N° 549, de 1997, considerando 12°, extraída de CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “Los Principios que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, Valparaíso, pp. 339-439.

talle; la conducta, que sería infringir sus obligaciones o deberes funcionarios y la sanción que ello conlleva. Ahora, ello debe ser complementado con los artículos 121 y siguientes del Estatuto General y 120 y siguientes del municipal, también se van definiendo una serie de conductas tipificadas o descritas por el legislador y sus sanciones.

Todo lo anterior no busca sino el dar certeza a toda persona, para que asuma, en cierto modo, visualice, prevea, las consecuencias jurídicas de sus actos maliciosos o negligentes, tendientes a quebrantar el buen funcionamiento del servicio público.

D) LA CULPABILIDAD

Exige, por supuesto, la existencia de culpa o dolo por parte del profesional funcionario. En tales términos, se requiere que el funcionario haya actuado negligentemente, es decir, no actuó con el debido cuidado, aunque no tuviese la intención de causar un daño a la Administración del Estado, o derechamente tuvo malicia, intención de provocar tal daño y deliberadamente ejecutó el acto con aquel fin. Por lo tanto, al momento de sancionar debe observarse este principio, y quien se defiende de todas formas, debe hacerlo valer.

A este respecto, nos remitimos una vez más a lo enseñado célebremente por Cordero, quien señala que:

a) La responsabilidad administrativa no es objetiva, que en buen entender es aquella que se aplica indistintamente y no atiende a los móviles del infractor. En tal sentido, se hace exigible la reprochabilidad de la conducta del sujeto, su intención, sus móviles y fines.

b) La culpabilidad determina la magnitud de la sanción, teniéndose presente que debe observarse lo que asume el sujeto infractor, el por qué eligió tal conducta.¹⁵⁶

E) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En el ámbito del derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el orde-

156 CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): *Op. cit.*, p. 421.

namiento atribuye a los órganos administrativos.¹⁵⁷ Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción.¹⁵⁸ En este caso, el argumento central ha sido el principio de proporcionalidad: el legislador puede establecer ilícitos y sanciones, entregando su determinación y castigo a la autoridad judicial o administrativa, valorando discrecionalmente la conveniencia, oportunidad y eficacia de seguir uno u otro camino. Sin embargo, en el caso de establecer las sanciones más graves, esto es, la privación de libertad como instrumento de sanción o castigo, la única vía posible será la de los tribunales de justicia, con todas las garantías sustantivas y procedimentales que establecen la Constitución y la ley. De esta forma, se asegura uno de los principios básicos del sistema constitucional, como es la proporcionalidad de las medidas adoptadas para cumplir un fin determinado, en relación con la forma e intensidad en que los derechos fundamentales no se pueden ver afectados.

En resumen, el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo. Ahora bien, preciso es agregar que el principio de proporcionalidad ha sido entendido como *“la necesaria proporción o equivalencia que ha de existir entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de esta última”*.¹⁵⁹

La jurisprudencia constitucional también lo ha entendido. Constituir parte del derecho a un procedimiento justo y racional, el que *“no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N° 437, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en*

157 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2008): *Curso de Derecho Administrativo*, 14 Edición, I, pp. 484-487, Madrid, Ed. Thompson.

158 CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): *op. cit.*, p. 423.

159 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1518, de 2010.

los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada".¹⁶⁰

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha establecido que la proporcionalidad "apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción criticándose solo la entidad de la sanción administrativa impuesta" esto es "se parte de la base que existe una infracción criticándose sólo a la entidad de la sanción administrativa impuesta".¹⁶¹ Según la doctrina "supone este principio una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas".

Este principio impone criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos aspectos, incluso derivados de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados.

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

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

- a) Verificar la existencia de los hechos;
- b) Obtener la individualización de los responsables;
- c) Determinar la participación de dichos responsables en los hechos.

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

160 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 437, de 2010.

161 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 5380, de 2009.

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

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

1º.- El procedimiento será fundamentalmente *verbal*;

2º.- Se deberá levantar acta de todo lo actuado, que firmarán los que hayan actuado;

3º.- Se deben incluir todos los documentos probatorios que sean presentados por los interesados.

4º.- La investigación no puede exceder de cinco días.¹⁶²

5º.- Después de terminada la investigación, se podrán formular cargos (escrito que contiene las “acusaciones” que se formulan al inculpado).

6º.- El afectado por la investigación debe ser notificado de esos cargos. Tras ello, cuenta con un plazo perentorio de dos días para responder a estos, haciendo valer lo que diga relación a la defensa de sus derechos. *Con ello, se garantiza el principio a ser oído, o de bilateralidad de la audiencia, elemento propio del debido proceso.*

7º.- Puede el afectado pedir un término probatorio. Si lo hace, el investigador tendrá la obligación de concederlo, siempre y cuando esa solicitud diga relación directa con los hechos materia de la investigación. Este término no podrá exceder de tres días.¹⁶³

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

Por otro lado, necesario es hacer presente que, de acuerdo a los dictámenes 4.243, de 1990; 15.477, de 1993; no se contempla la posibilidad de que en las investigaciones sumarias se prorrogue el plazo de 5 días señalado en el artículo 126 para concluir la etapa indagatoria, de manera que siendo dicho lapso no se puede dar término a la investigación, el proceso deberá elevarse a sumario administrativo.

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

8º.- Finalmente, una vez vencido el término de prueba, el investigador debe emitir una vista o informe en el plazo de dos días. Este informe debe contener:

a) Relación de los hechos;

b) Los fundamentos y conclusiones a las que se haya llegado;

c) Una proposición de sanción o sobreseimiento y se elevan los antecedentes a la superioridad jerárquica.

9º.- Se hace presente que, como consecuencia de una investigación sumaria, no podrá tener lugar la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el estatuto, como por ejemplo las inasistencias reiteradas e injustificadas dan lugar a una investigación y puede destituirse en el marco de ese procedimiento administrativo.

10º.- Conocido el informe o vista, la autoridad que ordenó la investigación dictará la resolución respectiva en el plazo de dos días, sancionando o sobreseyendo al afectado.

11º.- En contra de la anterior resolución, proceden los recursos de reposición y de apelación.

12º.- El recurso de reposición se debe interponer en el plazo de dos días contados desde la notificación de la correspondiente resolución. Se presenta en la oficina de partes de la institución y va dirigido a la autoridad que ordenó la investigación.

13º.- En subsidio, se puede interponer recurso de apelación, es decir, se presenta conjuntamente, en el mismo escrito que la reposición. Este es para el superior jerárquico de quien ordenó la investigación. Si no tiene superior, la reposición agota la vía administrativa.

14º.- Una vez notificada la total tramitación de la resolución que aplica la medida disciplinaria, el acto queda a firme y no puede ser dejado sin efecto más que por la vía de la invalidación o anulación por razones de ilegalidad, sea de oficio o a petición de parte, al igual que en el caso de los sumarios administrativos. Constituye una ilegalidad que vicia el procedimiento investigativo, la falta de fecha del dictamen o vista fiscal, ya que tal omisión impide determinar si se respetó el plazo que tiene el inculpado para formular sus descargos, más aun cuando ellos se dedujeron dentro del expediente. La total tramitación ha de incluir el cumplimiento del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General, del decreto o resolución que aplica la medida disciplinaria, así como del que dispone el sobreseimiento o una absolución.

15º.- Si en el transcurso de la investigación se constata que los hechos revisten una mayor gravedad, se pondrá término a este procedimiento y se dispondrá, por la autoridad competente, que la investigación prosiga mediante un sumario administrativo.¹⁶⁴ En este caso, debe dictarse el acto administrativo que así lo determine y se agregará al mismo expediente de la investigación.¹⁶⁵

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

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

Los sumarios constituyen el medio formal de establecer ciertos hechos sometidos a investigación, imputándolos a sus autores y deslindando en definitiva las responsabilidades que ellos arrojan para los funcionarios implicados.¹⁶⁶

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

164 De acuerdo a los dictámenes 3.765, de 1970; 54.135, de 1975; 3.480, de 1991: El acto administrativo por medio del cual se ordena elevar a sumario administrativo una investigación sumaria debe materializarse en una resolución del jefe superior de servicio o del funcionario en quien se encontrare radicada esta facultad, y atendida esta circunstancia, puede consistir en una mera resolución interna dictada dentro de la misma investigación por la autoridad competente, en que se dispone la apertura del nuevo procedimiento disciplinario.

165 El hecho de elevarse a sumario administrativo una investigación sumaria le da a este procedimiento el carácter de un nuevo proceso, que, por lo mismo, debe comenzar desde su inicio, con la constitución de la Fiscalía. Por disponerse mediante una resolución interna dentro de la investigación sumaria, la orden de elevarla a sumario no está sometida a trámite en la Contraloría General de la República, organismo que conocerá de ella al tomar razón del decreto o resolución que pone término al sumario administrativo, absolviendo o sancionando al imputado (3.765/70, 54.135/75).

166 Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 31.245, de 1961; 50.202, de 1970.

A) INSTRUCCIÓN DEL SUMARIO

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

1º.- Cuando a raíz de una investigación sumaria se constata que los hechos investigados revisten una mayor gravedad. Esta determinación puede ser propuesta por el investigador a su Jefatura Superior, elevando los antecedentes para que esta última sea la que mediante acto administrativo fundado ordene el sumario administrativo. En este caso solo hay un cambio de procedimiento, pues lisa y llanamente hay una sustitución, continuándose en base a los mismos antecedentes con el sumario.

2º.- Cuando sin haber existido previamente una investigación sumaria, derechamente la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad hacen menester, a juicio del Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, el inicio de este procedimiento sancionatorio.

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

De esa manera, se hace presente que la instrucción de un sumario tiene por objeto, más allá de sancionar derechamente a un funcionario público, velar por la recta ejecución de los cargos públicos, con miras a satisfacer el bien común y el interés general. Y bajo ese precepto, no es un capricho o facultad del jefe superior de servicio el ordenar un sumario administrativo, sino que una obligación. Ello, por cuanto es su obligación fundamental el *ejercer un control jerárquico permanente del órgano y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*¹⁶⁷

¹⁶⁷ Artículo 64 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

No instruir el sumario administrativo, debiendo hacerlo, conllevará necesariamente a la determinación de la responsabilidad administrativa del Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, por no dar cumplimiento a sus deberes.

B) DESIGNACIÓN DEL FISCAL

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

I. EL FISCAL DEBE TENER IGUAL O MAYOR GRADO DE JERARQUÍA QUE EL INculpADO

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

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

1°.- **Caso de los suplentes:** El empleado suplente reemplaza al titular con todas las facultades, prerrogativas, derechos y deberes propios del cargo, pues es designado por la autoridad precisamente para ejercer una plaza determinada cuyo titular se encuentra imposibilitado de servirla. Por la autoridad jerárquica que inviste, bien puede actuar como Fiscal instructor en los sumarios que se le confíen, más aun si se tiene en consideración que el artículo 129 no distingue respecto de la calidad en que el Fiscal desempeña el grado que exige.¹⁶⁸

2°.- **Funcionarios contratados asimilados a grado:** No existe inconveniente para que los funcionarios contratados, asimilados a grado, puedan ser nombra-

¹⁶⁸ Dictámenes de la Contraloría General de la República, 3.508, 16.114 y 37.462, de 1972; 8.658, de 1973.

dos fiscales en sumarios administrativos. En efecto, la parte final del inciso 1º del artículo 129 del Estatuto Administrativo solo exige que el Fiscal tenga igual o mayor grado o jerarquía funcionaria que quien aparezca inculpada, refiriéndose así a la posición jerárquica que deben poseer tanto el investigador como el o los otros inculcados, posición jerárquica que deriva, a su vez, de los cargos que unos y otros ocupan en la dotación del respectivo servicio, y al tenor del artículo 10 el empleo a contrata es un cargo que debe “tener asignado un grado, de acuerdo con la función que (se) desempeñe”.¹⁶⁹

Tampoco existe inconveniente en designar en calidad de Fiscal a quien desempeña un cargo adscrito a la planta, pese a carecer de jerarquía, si el funcionario que lo desempeña cumple el requisito de tener “igual o mayor grado” que el empleado a quien se está sometiendo a sumario.¹⁷⁰

3.- Funcionario en comisión de servicio de otra repartición: no existe inconveniente alguno para designar como fiscal instructor de un sumario administrativo al funcionario de otra repartición que se encuentre en comisión de servicio en la institución en la cual se han cometido los ilícitos que han de investigarse.¹⁷¹

4.- Funcionarios designados a honorarios (el criterio se hace extensible a quienes tengan la calidad de becarios): No corresponde designar fiscal en un sumario administrativo a una persona que se desempeña a honorarios, porque esta contratación solo constituye una prestación particular de servicios a la administración del Estado, constitutiva de labores accidentales y no permanentes de la institución, que no reviste la calidad de empleo público. Además, el fiscal debe regirse por el mismo estatuto jurídico del sumariado, lo que obviamente no puede verificarse en el caso de la persona contratada a honorarios.¹⁷²

II. ABSTENCIÓN DEL FISCAL¹⁷³

Por otro lado, debe tenerse en consideración, ante todo, el deber de obediencia de los funcionarios, de manera que si se le ordena a alguno ser Fiscal, no debe

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

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

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

172 Dictamen de la Contraloría General de la República N 29.537, de 1989.

173 La recusación en contra de un fiscal debe ser presentada y resuelta dentro de la tramitación del proceso, por las autoridades y conforme a los procedimientos establecidos en el artículo

rehusarse a cumplir con tal cometido. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, atendida la función que debe realizar este funcionario de la Administración del Estado, excepcionalmente la ley le da la posibilidad de excluirse de hacerlo. Ello, atendiendo lo dispuesto en 12 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. En tal sentido, señala la disposición que: “*Las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Son motivos de abstención los siguientes:*

1. Tener **interés personal** en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

2. Tener **parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo**, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

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

4. Haber tenido intervención como **perito** o como **testigo** en el procedimiento de que se trate.

5. Tener **relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto**, o haberle prestado en los dos últimos años **servicios profesionales** de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

134 de la Ley N° 18.834. De acuerdo con esa norma, el fiscal o el actuario pueden declararse implicados por alguna de las aludidas causales o por algún otro hecho que a su juicio les reste imparcialidad. Además, el artículo 62, N° 6, de la Ley N° 18.575, en su inciso segundo dispone como prohibición para los servidores, intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad. El objetivo de esta última preceptiva no es otro que el impedir que un empleado intervenga, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés personal o en la adopción de decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, no solo en lo que se refiere a la resolución, sino también al examen o el estudio de determinados asuntos o materias, por lo que un fiscal administrativo que esté afectado por una causal de implicancia y no la declare a la superioridad, podría incurrir en responsabilidad administrativa (5.171/2007, 32.724/2011).

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

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

III. CASO DE QUE EN EL PROCEDIMIENTO APAREZCA UN INculpADO DE MAYOR GRADO O JERARQUÍA

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

IV. DESIGNACIÓN DEL ACTUARIO¹⁷⁴

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

La circunstancia de hallarse en comisión de servicio, en todo caso, no significa que el actuario quede relevado del desempeño de sus funciones, y solo tendrá

174 En caso de ausencia del actuario designado al efecto, el fiscal instructor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley N° 18.834, determinará a su reemplazante mediante el pertinente acto procesal, y no en la forma que aparece a fojas 55 y 56 del expediente, en que el aludido ministro de fe otorgó un poder simple a otro servidor para que lo sustituyera durante su licencia médica, circunstancia que tiene incidencia para los efectos de la formulación de las causales de implicancia o recusación, conforme a lo previsto en los artículos 132 y 133, del referido texto legal (54.301/2015).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 130 de la Ley N° 18.834, en los procedimientos disciplinarios, el actuario tendrá la calidad de ministro de fe y certificará todas las actuaciones del sumario, de manera que, en lo sucesivo, la autoridad deberá velar para que no se nomine a otros servidores para cumplir cometidos que corresponda desarrollar al actuario (100.039/2015, 11.601/2017).

derecho a percibir viáticos en la medida que concurren los requisitos que hacen procedente el pago de este estipendio.

Las funciones del actuario pueden ser asimiladas con las de un Secretario de tribunal, en cuanto a que este debe autorizar todas las providencias, despachos y actos emanados de la fiscalía y de custodiar el sumario y todos los documentos y papeles que sean presentados en el procedimiento administrativo. En especial, el actuario deberá preocuparse por:¹⁷⁵

1º.- Velar por el secreto del sumario,¹⁷⁶ en tanto se encuentre en tal estado de acuerdo a la ley. De esa manera, deberá dar conocimiento a cualquiera persona

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

176 En cuanto a la solicitud de información acerca del estado de tramitación del sumario administrativo, resulta pertinente indicar que el inciso final del artículo 137 de la Ley N° 18.834, determinó que dichos procesos son secretos durante la etapa indagatoria, y en el lapso que media entre la formulación de los cargos y la fecha en que el proceso queda afinado, solo pueden ser conocidos por los inculcados y su defensa, lo que tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo de la garantía constitucional del debido proceso y de la honra y el respeto a la vida pública de los funcionarios que podrían tener comprometida su responsabilidad, dado que las conclusiones a que se llegue en tal proceso solo quedan a firme una vez que esté totalmente tramitado (15.356/1997, 11.341/2010, 9.202/2012, 59.385/2014).

Si bien de acuerdo con el artículo 13, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamento de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente en conformidad con los artículos 137 de la Ley N° 18.834 y 135 de la Ley N° 18.883, al tenor de los cuales el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo para el inculcado y el abogado que asuma su defensa. Así, los sumarios son secretos durante la etapa indagatoria, y reservados, en el lapso que media entre la formulación de los cargos y la fecha en que el proceso queda concluido, período este último en que solo pueden tener acceso al sumario las personas indicadas, en tanto que, una vez afinados, están sometidos al principio de publicidad. El secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso solo quedan a firme una vez que esté totalmente tramitado. Lo contrario, significaría aceptar la pertinencia de un prejuzgamiento, cuando aún se encuentren pendientes instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además, podría hacerse pública una sanción diferente de la que en definitiva se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituiría una ilegalidad y una arbitrariedad acorde con el artículo 19 N°s. 2, 3 y 4 de la Constitución Política. Por ello, conforme a dichas normas estatutarias, el sumario deja de ser secreto después de la formulación de cargos, pero solo respecto del inculcado y su abogado, de modo que los funcionarios que, pese a ese mandato expreso, dan a conocer los antecedentes

que lo solicitare del proceso que tenga bajo su custodia y de los actos emanados del mismo; salvo los casos en que el procedimiento deba ser secreto en conformidad a la ley;

2°.- Guardar con el conveniente arreglo el proceso sumarial y demás papeles del mismo, de acuerdo a las instrucciones del fiscal;

3°.- Autorizar los actos administrativos del sumario;

4°.- Llevar foliado el expediente sumarial, en letras y números. Formará este mismo con todas las declaraciones, actuaciones y diligencias a medida que se vayan sucediendo y con todos los documentos que acompañen;

5°.- Recibir todos los antecedentes que se presenten en el sumario por los interesados, dejando constancia debida de la fecha y hora en que los reciban.

6°.- Deberá firmar todas las actuaciones.

C) NOTIFICACIONES EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

Las notificaciones que se realicen en el proceso deberán hacerse *personalmente*. Si el funcionario no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se lo notificará por *carta certificada*, de lo cual deberá dejarse constancia. En ambos casos se deberá entregar copia íntegra de la resolución respectiva.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

sumariales a terceros, transgreden la normativa vigente y contravienen sus deberes laborales, debiendo ser investigados y sancionados disciplinariamente (14.807/2004).

177 A funcionario implicado en un proceso disciplinario que no se encuentra en el país, y que no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o lugar de trabajo, se le notificará por carta certificada. Ello es sin perjuicio de que, además, la fiscalía sumariante, en virtud de las facultades que le asisten, agote todas las diligencias que sean necesarias para averiguar el domicilio del afectado en el extranjero para despachar también a ese lugar carta certificada que contenga la comunicación pertinente, efectuando indagaciones con los familiares de este, con su representante en la Embajada de Chile o en el Ministerio de Relaciones Exteriores, para luego despachar carta certificada que contenga la comunicación respectiva (6.448/1991).

178 La circunstancia de que un funcionario sometido a sumario administrativo se encuentre haciendo uso de licencia médica en la oportunidad en que sea notificado por carta certificada dentro de un procedimiento disciplinario, no invalida dicha actuación administrativa, por cuanto la licencia médica solo permite a aquel ausentarse o reducir la jornada de trabajo, manteniendo tanto su calidad de servidor público como sus derechos y obligaciones, siendo por ello ineficaz para impedir la notificación (46.355/2006).

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

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

La Contraloría ha establecido al respecto que: Notificar es comunicar a una persona un hecho que le afecta, es decir, una forma de poner en conocimiento del interesado un evento que le concierne.¹⁷⁹ La notificación constituye un trámite esencial de los sumarios administrativos, por cuanto es la única vía que permite al afectado tomar conocimiento oficial de los hechos que se le imputan y defenderse de ellos, conforme a los principios del debido proceso. Su no realización conforme a la ley vicia el proceso disciplinario.¹⁸⁰

También ha argüido el ente contralor que la falta de notificación o el defectuoso cumplimiento de la diligencia, vician de nulidad el procedimiento sumarial.¹⁸¹ Es el caso, por ejemplo, de una notificación practicada por el actuario en que se limitó a dejar constancia en el acta respectiva, de haber dejado en el domicilio del inculpado copia de la formulación de cargos.¹⁸²⁻¹⁸³ Para que proceda la notificación por carta certificada, es indispensable que se haya practicado previamente la búsqueda por dos días consecutivos que prescribe el inciso 1º del artículo 131,¹⁸⁴ siendo esencial para la validez de esta diligencia que se deje constancia en el sumario que esas búsquedas se han efectuado, ya que de no constar esta circunstancia,

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

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

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

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

183 La responsabilidad de poner en conocimiento de la autoridad administrativa cualquier cambio de domicilio recae en los propios funcionarios, para los efectos de las notificaciones que deban llevarse a cabo en virtud de lo dispuesto en esta norma, ya que, si así no fuere, quedaría entregado al arbitrio de el o los interesados el éxito de todas las diligencias que se deban notificar en un sumario administrativo. Por ende, son válidas las notificaciones practicadas en los domicilios primitivos cuando aquellos incumplen dicha obligación (15.846/1991, 16.811/1997, 39.856/1999, 46.355/2006).

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

procederá reabrir el procedimiento al estado de notificar los cargos o la medida disciplinaria, según corresponda.¹⁸⁵

D) IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES EN CONTRA DEL FISCAL O DEL ACTUARIO¹⁸⁶

Los funcionarios citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculcados, serán apercibidos para que dentro del segundo día formulen las causales de implicancia o recusación en contra del fiscal o del actuario.

En el evento de que concurra alguna de estas causales, los encargados de llevar el sumario administrativo perderán su competencia, siempre que fundadamente se hayan declarado la implicancia o recusación. El Estatuto Administrativo no indica cuáles serían las causales de implicancia de los fiscales o el actuario, pero en general dicen relación con el vínculo o interés que puedan tener estos con el sumario mismo y los afectados por los hechos que se investigan, lo cual hace que estos funcionarios pierdan imparcialidad al momento de realizar su labor.

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

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

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

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

186 Respecto a la recusación que la recurrente presentó en contra del fiscal instructor y que fue resuelta por el mismo, es menester anotar que en conformidad con el artículo 134, inciso segundo de la Ley N° 18.834, esa solicitud debió ser analizada por la autoridad que ordenó el sumario y no como aconteció en la especie. No obstante lo anterior, se debe apuntar que la circunstancia alegada no implicó un perjuicio en su contra, toda vez que de la documentación estudiada no se aprecia la concurrencia de alguna de las causales que señala el artículo 133 del citado texto estatutario (80.129/2015).

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

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

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

E) ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El fiscal tendrá amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite.¹⁸⁷

El ordenamiento jurídico ha asegurado a la persona encargada de investigar los hechos dentro de un sumario administrativo el máximo de libertad e independencia en su acción indagatoria, de modo que puede disponer todas aquellas medidas que estime convenientes para informarse de cuanto dato considere útil para la prosecución de la causa. Por esta razón, los funcionarios que se nieguen a cooperar con esta labor investigadora podrán ser objeto de las sanciones que correspondan de acuerdo a las reglas generales que establece la Ley Administrativa.¹⁸⁸

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

Si agotada la etapa de investigación de los hechos, el fiscal instructor alcanza la convicción de que asiste responsabilidad administrativa a algún funcionario

¹⁸⁷ Entre las facultades con que el fiscal cuenta para realizar la investigación, en el marco de las atribuciones fijadas en el artículo 135, inciso primero de la Ley N° 18.834, está concurrir al domicilio del servidor para tomar la declaración respectiva, aun cuando se encuentre gozando de licencia médica, siempre que sea posible atendido su estado de salud y no perturbe su recuperación (1.603/2010).

¹⁸⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 50.202, de 1970.

por haber participado en la comisión de los hechos contravencionales administrativos, debe proceder a formular cargos en su contra. La formulación de cargos es un trámite obligatorio dentro del sumario.

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

Si agotada la etapa de investigación verifica que no existen ilícitos administrativos o no hay funcionarios responsables de los que establezca, debe proponer el sobreseimiento, por no existir mérito para formular cargos a funcionario alguno.¹⁸⁹ Así, corresponde resolver el sobreseimiento en un sumario cuando es necesario reconocer que nunca debió haberse incoado por no existir mérito para iniciarlo, y sobreseer a un presunto inculpado cuando no tenía la calidad de funcionario que se le suponía al comenzar el sumario, atendida la circunstancia de que en la misma fecha medió una causal de cesación de funciones.

Ahora bien, la Ley Estatutaria solo contempla un tipo de sobreseimiento como figura legal destinada a poner término a un sumario administrativo. Este sobreseimiento es definitivo. No contempla, por consiguiente, el sobreseimiento temporal como causal de suspensión del procedimiento, como ocurre, en cambio, en materia procesal penal, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Procesal Penal que rige el antiguo procedimiento. Por lo tanto, no es admisible, por ejemplo, suspender el procedimiento sumarial para luego reabrirlo, por ausencia del sumariado, ya que lo procedente en este caso es solicitar prórroga del plazo de instrucción del expediente en espera de la comparecencia del afectado, solicitar la designación de un fiscal *ad hoc* en el lugar donde presta sus servicios o declarar su rebeldía, en caso de contumacia a presentarse a declarar. Todas estas son diligencias internas del proceso sumarial, de responsabilidad del Fiscal instructor.

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

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

E) FORMULACIÓN DE CARGOS¹⁹⁰

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

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

Los cargos deben estar referidos a hechos concretos, verificados, que impliquen infracción de deberes u obligaciones del empleo.¹⁹¹ Ahora bien, nada impide que una vez formulados, el fiscal instructor pueda reformularlos con posterioridad, dándose las condiciones legales, pero en tal caso debe cumplir nuevamente con el respectivo trámite de notificación y con el deber de abrir la etapa de descargos a favor del inculpado.¹⁹²

190 La etapa indagatoria de los sumarios administrativos termina en el momento en que se formulan los cargos a los funcionarios inculpados y, desde ese instante, aquellos podrán tomar conocimiento del mismo, ya sea personalmente o a través del letrado que asuma su defensa, pudiendo requerir las copias de la pieza sumarial sin objeción alguna por parte de la autoridad administrativa. Lo anterior tiene por objeto permitir a los afectados una plena defensa, de acuerdo con el principio de legalidad del juzgamiento, consagrado en el artículo 19, N° 3, incisos cuarto y quinto, de la Constitución Política, que garantiza a todas las personas la existencia de normas justas y racionales en la substanciación de la investigación de que sean objeto, de tal forma que la resolución sancionadora que dicte la autoridad, sea consecuencia de un proceso que se fundamenta en dicha garantía constitucional. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley N° 18.575, en armonía con el artículo 8° de la Constitución Política, en la parte que interesa, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, precisando además que la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio. Luego, una vez que los procesos disciplinarios se encuentran totalmente tramitados, a los documentos que les sirvan de sustento les resulta aplicable el principio de publicidad a que se refiere la normativa antes mencionada, siendo procedente otorgar copia de los mismos a los interesados (17.866/2008).

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

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

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

G) NOTIFICACIÓN DE LOS CARGOS AL IMPUTADO Y DESCARGOS

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

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

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

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

H) RENDICIÓN DE PRUEBA

Si el inculpado solicitare rendir prueba, el fiscal señalará plazo para tal efecto, el que no podrá exceder en total de veinte días. El hecho de no darse lugar por el

fiscal a las diligencias probatorias solicitadas por el inculpado vulnera el principio del debido proceso establecido en el inciso 5º del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, pues importa dejarlo en la indefensión.¹⁹³

Conforme lo dispone el artículo 138 de la Ley N° 18.834, el fiscal no está obligado a dar lugar a todas y cada una de las probanzas requeridas, sino que puede negar aquellas que solo constituyan una acción dilatoria y que no aporten mayores antecedentes a la indagación, o se limite a pedir que se ordenen determinadas diligencias. No obstante, debe emitir un pronunciamiento sobre las diligencias que se le soliciten.¹⁹⁴

Para que la resolución que otorga el término probatorio produzca efecto, es necesario que el inculpado sea notificado de tal hecho, ya sea personalmente o por carta certificada, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso primero del artículo 131 de la Ley N° 18.834. De acuerdo con el artículo 144 de la Ley N° 18.834, la falta de notificación de la resolución que dispone un término probatorio, afecta la legalidad de la sanción disciplinaria que a aquel se haya aplicado, solo en la medida que ello hubiere implicado que no tuvo conocimiento de la referida resolución y, en consecuencia, se vio privado del derecho a rendir sus probanzas. Dicho plazo debe tener una fecha cierta y determinada de inicio, lo cual no solo será necesario para efectuar el cómputo del mismo y, por ende, también para los efectos de precisar su término, sino que, además, para que el inculpado pueda rendir dentro de él las pruebas que estime procedentes. Lo expresado requiere de una actuación formal en el proceso que otorgue certeza al inculpado respecto de la data desde la cual se cuenta el plazo concedido por el fiscal.¹⁹⁵

I) DICTAMEN DEL FISCAL

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

Dicho dictamen deberá contener:

- a) La individualización de el o los inculpados;

193 Dictamen Contraloría General de la República N° 37.683, de 1995.

194 Dictámenes 4.725/2010, 67.821/2010, 69.001/2012, 15.375/2014.

195 Dictamen Contraloría General de la República 55.290, de 2006.

b) La relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos;

c) La participación y grado de culpabilidad que les hubiere correspondido a los sumariados;

d) La anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes, y la proposición a la autoridad correspondiente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los inculpados.

Quando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudieren importar la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes, el dictamen deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes a la justicia ordinaria, sin perjuicio de la denuncia que de los delitos debió hacerse en la oportunidad debida.

La Contraloría General de la República al respecto ha señalado que: “La Vista Fiscal debe contener fundamentos concretos y comprobables, respaldados por antecedentes precisos conformadores del mérito del sumario, que acrediten sin lugar a dudas la participación y el grado de culpabilidad del inculpadado en los hechos investigados. No debe apoyarse solamente en presunciones generales que no descansan en esos supuestos verificables en el expediente”.¹⁹⁶ También en este punto ha señalado que: “el Dictamen o Vista del Fiscal es solo una proposición que se eleva a conocimiento de la autoridad titular de la potestad sancionadora, que es la llamada a resolver el sumario, conforme a criterios de legalidad y racionalidad, teniendo a la vista el mérito del expediente”.¹⁹⁷

J) RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD QUE ORDENÓ EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

a) Emitido el dictamen, el fiscal elevará los antecedentes del sumario al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso, quien resolverá en el plazo de cinco días, dictando al efecto una resolución en la cual absolverá al inculpadado o aplicará la medida disciplinaria, en su caso.

b) Tratándose de la medida de destitución, los antecedentes se elevarán a la autoridad facultada para hacer el nombramiento.

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

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

c) No obstante, la autoridad correspondiente podrá ordenar la realización de *nuevas diligencias* o la *corrección de vicios de procedimiento*, fijando un plazo para tales efectos.

d) Si de las diligencias ordenadas resultaren nuevos cargos, se notificarán sin más trámite al afectado, quien tendrá un plazo de *tres días para hacer observaciones*.

e) Ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos.

f) La aplicación de toda medida disciplinaria deberá ser notificada al afectado.

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

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

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

K) REAPERTURA DEL SUMARIO

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

Se hace presente que, mientras se encuentra en tramitación el proceso disciplinario, la autoridad llamada a aplicar la medida disciplinaria puede or-

denar que se reabra el sumario para completar trámites, allegar antecedentes o salvar cualquiera irregularidad que a su juicio se haya producido durante la tramitación.

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

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

L) IMPUGNACIÓN

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

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

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

Los recursos deberán ser fundados e interponerse en el plazo de cinco días, contado desde la notificación, y deberán ser fallados dentro de los cinco días siguientes.¹⁹⁸

198 El plazo de cinco días que establece el artículo 141 de la Ley N° 18.834 para interponer recursos en contra de una sanción administrativa, debe contarse una vez transcurridos los tres días a que se refiere esta norma, en el evento de efectuarse la notificación por carta certificada (14.923/1994).

Notificación de la resolución de término a través de carta certificada, se entiende practicada cumplidos tres días hábiles desde que haya sido despachada al domicilio del afectado, fecha a contar de la cual rige la suspensión que justificó el descuento en su remuneración. Sobre el particular, cabe señalar que el sumariado fue buscado en su residencia los días 3 y 4 de diciembre de 2013, sin ser habido, por lo que se le remitió a su domicilio, en esta última data, correo certificado con copia del acto de término tomado razón, actuación que conforme al artículo 131, inciso final, del Estatuto Administrativo debe entenderse practicada cumplidos tres días hábiles desde que la carta haya sido despachada, oportunidad a partir de la cual rige la suspensión en estudio. Como

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

Es esta la materialización del principio de impugnación, contenido en el artículo 9º de la Ley N° 18.575 que establece al efecto que: *“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales”¹⁹⁹ a que haya lugar”.*

M) SUMARIO ADMINISTRATIVO ORDENADO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (RESOLUCIÓN 510 DE 2013)

a) Se originan en las conclusiones de los informes de auditoría, investigaciones especiales y de los dictámenes.

b) La Contraloría General de la República también puede continuar los sumarios iniciados en las entidades públicas, cuando lo estime pertinente, en aras de su buen resultado.

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

9. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD: SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Como ya hemos visto, rige en este punto, el debido proceso y el principio de legalidad, de manera tal que solo la ley puede establecer las sanciones que

puede advertirse, dado que la sanción en comento produjo sus efectos a contar de la fecha de su comunicación al afectado, es dable colegir, por una parte, que su reincorporación debió producirse el 9 y no el día 10 como indicó, vale decir, transcurridos los treinta días de suspensión y, por otra, que su aplicación justifica el descuento del 50% de su remuneración mensual, el que de acuerdo a la liquidación de sueldo acompañada, se realizó en el mes correspondiente. En este sentido, y considerando que la ausencia del peticionario estaba fundada en el castigo impuesto a su respecto, y, además, que a consecuencia de este no podía hacer uso de los derechos y prerrogativas del cargo, cabe anotar que resultó improcedente la concesión de permisos administrativos, la presentación de la licencia médica, la asistencia del solicitante en los días antes señalados, y el hecho que no regresara a sus tareas el mencionado día 9 (Dictamen 37.257/2014).

199 Como la Nulidad de Derecho Público.

proceden frente a casos de responsabilidad administrativa. De esa manera, debemos remitirnos a lo dispuesto en los artículos 120 del Estatuto Municipal y 121 del General.

El Estatuto Administrativo no describe tipos penales, ni asigna sanciones a cada infracción cometida por los funcionarios públicos, sino que señala un conjunto de obligaciones que estos deben cumplir dentro y fuera de la institución. Excepcionalmente, el artículo 125 describe conductas que necesariamente deben sancionarse con la destitución, dada la gravedad de las mismas, pues obstan a que el empleado pueda seguir desempeñándose en la Administración del Estado.²⁰⁰

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

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

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

Veamos cada una de ellas:

A) LA CENSURA

La censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente.

B) LA MULTA

De acuerdo a la ley, la multa consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni

200 PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2011): *op. cit.* P. 915.

superior a un veinte por ciento de esta. En todo caso, el funcionario mantendrá su obligación de servir el cargo.

Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:

- a) Si la multa no excede del diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos;
- b) Si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de tres puntos, y
- c) Si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos.

C) LA SUSPENSIÓN

La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.

D) LA DESTITUCIÓN

La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.

La medida disciplinaria de destitución procederá solo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

- a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este estatuto;
- c) Condena por crimen o simple delito;
- d) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto

de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado;

e) En los demás casos contemplados en este estatuto o leyes especiales.

Cabe señalar que respecto a las causales de destitución, la jurisprudencia administrativa ha establecido que aceptar la tesis en orden a que la destitución procede tan solo en los casos taxativamente indicados en el artículo 125, significaría no poder poner término a los servicios de un empleado respecto del cual no se ha configurado una causal específica de destitución, pese a estar suficientemente acreditada en el sumario administrativo la infracción grave de sus deberes funcionarios, incluso del principio de probidad administrativa consagrado en la Ley N° 18.575, y obligar, consiguientemente, a mantener en servicio a funcionarios cuya conducta reprochable, debidamente comprobada, exige alejar de la administración, a fin de asegurar el regular y eficiente funcionamiento del servicio y permitir la adecuada, oportuna y cabal atención de las necesidades colectivas.²⁰¹

Sin embargo, la jurisprudencia judicial desarrolló una tesis diversa. A este respecto, se ha indicado que: “El derecho a gozar de la estabilidad en el empleo, que garantizan la Constitución Política de la República, el Estatuto Administrativo, “importa una especie de propiedad, garantizado como bien incorporal por el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política del Estado, como ya lo ha resuelto esta Corte” (Considerando 1°). “Una interpretación adecuada” de la Ley Estatutaria lleva a la conclusión de que el Estatuto “regula los casos específicos en que puede y debe aplicarse la medida de destitución”, y que la palabra “siempre”, que emplea en el inciso 2° del artículo 119 (125) debe entenderse en el sentido de que en estos casos no ha de considerarse “la existencia de circunstancias atenuantes”, como lo ordena, en general, el artículo 125, para rebajar la medida consultada en el Estatuto Administrativo. De esta manera, “para aplicar la medida disciplinaria de destitución, es necesario que esta pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada por la ley” (Considerando 3°). Una autoridad no puede “infligirla indistintamente por cualquier falta, sino sólo puede aplicarla a los casos contemplados expresamente por la ley” (Considerando 4°).²⁰²

Se hace presente que el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado, la Comisión de Constitución, Legislación,

201 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20.483, de 1995.

202 Sentencia de la Excm. Corte Suprema: *Brahm Yuraszeck, Jorge y otros con Alcalde de la Municipalidad de Puerto Montt*, fallo de 24 de enero de 1991, Rol N° 16.208, de 1990.

Justicia y Reglamento del Senado, ha señalado: “como se ha visto en el numeral anterior, rechazó la posibilidad de que la autoridad administrativa aplicara la medida disciplinaria de destitución sobre la base de su sola calificación discrecional de gravedad. Aceptó su procedencia, pero condicionada a una ley expresa que tipificara la conducta como sancionable con la destitución, sea en forma específica, como lo hacen las letras a), b) y c) del artículo 125, o en forma genérica, como lo hace el encabezamiento del inciso 2º de este artículo 125, al remitirse a “hechos constitutivos de la infracción que vulneren gravemente el principio de la probidad administrativa”, principio que está claramente regulado en el nuevo Título III agregado a la Ley Orgánica Constitucional por la misma Ley N° 19.653, de 1999, o su letra d), que acepta como causal de destitución a “los demás casos contemplados en este estatuto o en leyes especiales”.

Después de analizar esta materia, la comisión decidió dar a las causales que se enumeran -en el artículo 125 del Estatuto Administrativo, dice el Informe- el carácter de taxativas, para lo cual reemplazó la voz ‘siempre’ por ‘solo’. Con ello, se elimina todo grado de discrecionalidad en la aplicación de la medida disciplinaria de destitución, la que solo procederá cuando haya causa legal expresa con lo que se superarán los problemas interpretativos a que se ha hecho mención, pues la autoridad administrativa estará impedida de aplicar la destitución por hechos que ella, por sí, califique de gravedad.”²⁰³

Por último, con la modificación legal introducida en el año 1999, la Contraloría General ha tornado su pensamiento y, en tal sentido, ha reconocido la taxatividad de las causales de destitución. Al efecto ha indicado que: *“La modificación que la Ley N° 19.653 introdujo a este artículo 125 del Estatuto Administrativo, ha determinado que la aplicación de la destitución se restrinja “solo” a las situaciones previstas en ese artículo, esto es, les ha otorgado un carácter de taxativo. La mención incorporada a su inciso 2º, en orden a que sólo procederá “cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de la probidad administrativa”, tiene por objeto describir una conducta reprochable que admite diversas modalidades de ejecución, las que, en todo caso, deben tener la calidad de graves para poder ser sancionadas con esa medida disciplinaria. Por tal motivo, la destitución puede ser aplicada por la comisión de distintas faltas que afecten al señalado principio, siempre que ellas signifiquen una transgresión grave al mismo”*.²⁰⁴

Se hace presente que, en el caso de que se aplique la medida de destitución, consecuentemente el funcionario perderá su cargo.

203 Boletín 1510, de 2007, pág. 77.

204 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.621, de 1993.

10. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A fin de consagrar el principio de certeza jurídica y en el entendido de que la responsabilidad administrativa no puede ser perpetua, existen ciertos hechos que generan como consecuencia jurídica la extinción de la señalada responsabilidad. Estas causales de extinción obedecen a hechos que naturalmente impedirán hacer efectiva la responsabilidad administrativa y también a la oportunidad para aplicar una determinada sanción. De esa manera, el legislador estableció cuatro causales de extinción, a saber, la muerte del responsable, por haber cesado en sus funciones, por el cumplimiento de la sanción y por la prescripción.

a) Por Muerte: El fallecimiento produce la expiración de funciones del empleado a contar del día del deceso.²⁰⁵ Ello, por producir la desvinculación jurídica de la Administración Pública, el fallecimiento obliga a poner término a las funciones del empleado desde ese preciso día.²⁰⁶ Además, recordemos que la responsabilidad administrativa es personal, de manera tal que habiendo fallecido el funcionario no puede ser posible perseguir responsabilidad en contra de nadie más, pues no se trasmite a sus herederos. Por ello, si hay multa pendiente, queda sin efecto.

b) Por haber cesado en sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo en el inciso final del artículo 147.²⁰⁷ El inciso final del artículo 147 del Estatuto, que se refiere a la renuncia, establece que: *“Si se encontrare en tramitación un sumario administrativo en el que estuviere involucrado un funcionario, y este cesare en sus funciones, el procedimiento deberá continuarse hasta su normal término, anotándose en su hoja de vida la sanción que el mérito del sumario determine”*.

c) Por el cumplimiento de la sanción. Pues, con ello, se encuentra restablecido el quebrantamiento que se habría producido al interés general por la infracción cometida por el funcionario.

205 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5.523, de 1969.

206 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7.378, de 1990.

207 “No puede instruirse sumario contra quien no inviste la calidad de funcionario público. El Estatuto Administrativo solo permite tramitar hasta su término legal el sumario que se hubiere iniciado mientras el empleado que ha cesado en funciones, se hallaba en ejercicio de su cargo, como lo establece el artículo 157, letra b), en concordancia con el artículo 147 inciso final del Estatuto Administrativo (Dictámenes 8.035, 12.187, 12.817 y 13.463, de 1990).

d) Prescripción.²⁰⁸ El Estatuto Administrativo no define la prescripción. Pero el Código Civil, en su artículo 2492 señala al respecto que la prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos por el lapso del tiempo.

De acuerdo a la ley, la prescripción opera en cuatro años contados desde el día en que el funcionario hubiere incurrido en la acción u omisión que dio origen a la responsabilidad administrativa; salvo que los hechos fueren constitutivos de delito, pues, en tal caso, la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, si el funcionario incurriere nuevamente en falta administrativa, y se suspende desde que se formulen cargos en el sumario o investigación sumaria respectiva.

Si el proceso administrativo se paraliza por más de dos años, o transcurren dos calificaciones funcionarias sin que haya sido sancionado, continuará corriendo el plazo de la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

LA PRESCRIPCIÓN DEBE SER ALEGADA

La prescripción, como institución general del Derecho, debe ser alegada, desde el momento que se regula en base a ciertas características básicas o esenciales, entre las que se destaca, precisamente, el que debe ser alegada, por aplicación del principio procesal que dispone que el impulso de la actuación jurídica pertenece a las partes interesadas, permitiéndose solo por excepción y en virtud de norma expresa la actuación de oficio de quien conoce del asunto jurídico de que se trata.

La prescripción de la acción disciplinaria en los sumarios administrativos, por lo mismo, debe ser alegada por el sumariado, no puede ser declarada de oficio por la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón del acto sancionador. Si no se alega la prescripción, corresponde cursar el decreto o resolución que aplica la medida disciplinaria, sin cuestionar tal hecho.

²⁰⁸ Conforme a las reglas generales, la prescripción debe ser alegada en cualquiera instancia sumarial (13.621/98, 15.587/99). La administración no puede declararla de oficio (7.806/97, 45.763/98).

BIBLIOGRAFÍA

Camacho Cepeda, Gladys. (2008). *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Contraloría General de la República, Chile. Base de Datos de Jurisprudencia Administrativa. Recuperado de: <https://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/jurisprudencia.nsf/MarcoSCW?OpenFrameset>

Cordero Quinzacara, Eduardo. (2014). Los principios que Rigen la Potestad Disciplinaria de la Administración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Número XLII. Valparaíso, Chile.

Código Orgánico de Tribunales. Texto vigente, 1943. Recuperado de www.leychile.cl.

Constitución Política de la República de Chile. Texto vigente, 1980. Recuperado de www.leychile.cl.

Decreto con Fuerza de Ley Número 29, de 2006, del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Decreto con Fuerza de Ley Número 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 2001.

Digesto, Libro I, Título I, 1.16, párrafo primero.

Dirección del Trabajo, Chile. Base de Datos de Jurisprudencia. Recuperado de: www.dt.cl.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. 14ª Edición, Tomo I. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.

Gardais Ordanza, Gabriela. (2002). El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Número XXIII. Valparaíso, Chile.

Guzmán Suárez, Lionel. (2002). *Probidad Administrativa*. Chile: Universidad de Tarapacá.

La Contraloría General de la República y el Control de Eficiencia en Documento de Trabajo de la CGR en el Seminario ¿Qué Contraloría General de la República necesita Chile Hoy y del Futuro?. *Revista Chilena de Administración Pública, Estado, Gobierno y Administración*, Número 9. Publicaciones 3M Ltda., Santiago de Chile, 1996.

Ley 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley 18.883, Estatuto Administrativo Municipal.

Manual de Probidad y Transparencia para los Funcionarios de la Administración del Estado. (2008). Secretaría General de la Presidencia, Chile.

Pantoja Bauzá, Rolando. (2011). *Estatuto Administrativo Interpretado*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

MEDIACIÓN EN SALUD

Isabel Salas Gómez²⁰⁹

LOS PRINCIPALES MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Para comenzar el análisis sobre los métodos alternativos de resolución de los conflictos que se generan, tanto en el ámbito del desarrollo de la profesión médica como en otros diversos, es necesario determinar qué se entiende por “**conflicto**”.

Se ha definido al *conflicto* como una colisión de intereses intersubjetivos que tiene la característica de ser relevante desde un punto de vista jurídico. El conflicto que es relevante para el derecho es aquel que se presenta entre dos o más sujetos, tanto en sus *elementos fácticos*, es decir, los presupuestos de hecho del fenómeno discutido, como en sus *elementos jurídicos*, esto es en términos generales, cuando la divergencia versa el derecho u obligación que le asiste a uno u otro.

Asimismo, esta divergencia entre los sujetos no se referirá jamás a una materia que el ordenamiento jurídico no pretenda regular, por lo tanto, un conflicto relevante para el derecho será siempre aquel en el que se confrontan valores tan apreciados por la sociedad que han debido ser reconocidos y protegidos por la ley, como la vida y la salud.

²⁰⁹ Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ingresó a FALMED como Procuradora en 2006. Encargada de la Unidad de Mediación entre 2009 y 2012 y Jefe Zonal Valparaíso entre 2012 y 2019. Curso de actualización en Responsabilidad por Mal Praxis Médica, U. de Chile. Curso Reforma Procesal Civil Pontificia U. Católica de Valparaíso.

PRINCIPALES FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La doctrina ha clasificado los medios de solución de los conflictos principalmente en la autotutela, el proceso judicial y los métodos autocompositivos.

La *Autotutela* se refiere al caso en que la persona que estima que sus derechos han sido quebrantados busca justicia de propia mano, de modo tal que no acudirá a un tercero para que dirima el conflicto sino que tratará de hacer prevalecer su interés por sobre el de su contraparte, principalmente mediante la fuerza. Desde luego la autotutela es un mecanismo propio de un desarrollo cultural básico, donde vence la fuerza sobre la razón, motivo por el que ha sido proscrita en las sociedades actuales en aras del desarrollo de un aparato comunitario encargado de hacer justicia.

En el otro extremo se encuentra *El Proceso Judicial*, que como es sabido, es el medio para dirimir de forma imparcial un conflicto mediante una resolución judicial que emanará de un tercero más o menos objetivo.

Finalmente, se encuentra la *Autocomposición*, que encuadra a aquellos intentos que se dan de común acuerdo entre las partes en conflicto de modo tal que la solución reflejará la convergencia de los intereses de ambas y no la decisión de un tercero.

Los métodos autocompositivos son eficaces medios alternativos de resolución de conflictos, ya que son la “alternativa” a los riesgos y desventuras de un juicio. Estos métodos tienen la especial ventaja, además de evitar el costo económico y personal del proceso judicial, de eliminar el riesgo de servencido absolutamente en juicio, lo que se logra cediendo, en la medida de lo posible, ambas partes. Además, cumplen una función de descongestión del sistema judicial, cualidad atractiva no solo para la sociedad sino también para cada sujeto que espera que la resolución de su conflicto sea oportuna.

Los principales métodos alternativos de resolución de conflictos que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico son la Transacción y el Avenimiento.

LA TRANSACCIÓN

La Transacción, que en términos procesales se trata de un medio para resolver conflictos, se encuentra regulada en el Código Civil bajo la forma de un contrato por el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual.

El contrato de transacción tiene la característica de versar sobre la existencia de un derecho dudoso de modo tal que los hechos a los que se refiere son susceptibles de ser discutidos en juicio. Otra característica fundamental de toda transacción es que las partes se hagan mediante ella concesiones recíprocas, es decir, que cada una renuncie a alguna parte de sus pretensiones.

Por tanto, toda transacción importará la conclusión de un proceso de negociación mediante el cual los interesados ponen sobre la mesa su pretensión y las concesiones que se encuentran dispuestos a realizar con la finalidad de terminar o evitar un proceso judicial.

Dentro de los efectos que produce el contrato válidamente realizado, los de mayor relevancia para el caso que nos ocupa son los siguientes:

- A. Solo obliga a las partes que lo suscribieron. Esto quiere decir que, si en el conflicto hay otras personas involucradas, no les aprovecharán ni perjudicarán sus efectos. Este efecto de la transacción tiene relevancia en materia de responsabilidad médica porque, por lo general, el suceso que se discute involucra a equipos médicos o se trata de atenciones que han sido prestadas sucesivamente por más de un profesional. Además, hay que considerar que las acciones judiciales o reclamos se dirigen no exclusivamente contra el profesional que brindó atención sino también contra la institución prestadora del servicio. Así, por ejemplo, si un reclamante que se encuentra en disputa con una clínica privada y el equipo médico llega a un acuerdo económico con la institución, nada impide que posteriormente se dirija contra alguno de los profesionales involucrados en los hechos reclamados.
- B. Produce efecto de cosa juzgada. Esto significa que tiene el mismo valor que tendría una sentencia judicial en el caso, de suerte que no puede volver a ventilarse el asunto en juicio.

EL AVENIMIENTO

El avenimiento también constituye una manera alternativa de solucionar un conflicto que se produce durante el transcurso de un proceso judicial.

Es el acto procesal por el cual las partes vinculadas a un proceso acuerdan terminar el juicio, estableciendo las que constituyen las bases de su arreglo. Este acto puede producirse a causa del llamado a conciliación que haga el juez estimulando a las partes para que lleguen a un acuerdo, o por la libre actividad de las mismas partes.

Al igual que la transacción, el avenimiento producirá el efecto de impedir a las partes en disputa que vuelvan a discutir los mismos hechos en sede judicial.

A modo de conclusión, puede decirse que los métodos autocompositivos de resolución de conflictos comparten las ventajas de ser medios por los que se obtiene inmediata satisfacción de una pretensión o la solución de un problema pendiente en forma definitiva, ahorrándole a las partes la molestia e inseguridad que implica la amenaza de un juicio eventual o en desarrollo.

Asimismo, tiene la ventaja de otorgar a los contratantes amplia libertad para establecer sus términos, no siendo estrictamente necesario que una de las partes se obligue a pagar una suma de dinero, pues la otra parte podría verse satisfecha con una prestación o, simplemente, con una explicación tal y como sucede en algunos casos en el contexto de la mediación en salud.

Sin embargo, estos tienen la desventaja de exigir una concesión de parte de ambos contratantes. Para que pueda siquiera existir la transacción, todos deben estar dispuestos a dar algo, quedando “a medio camino” de su objetivo o interés principal. Si lo que se busca es ganar absolutamente y conseguir subjetiva justicia, esta herramienta será inútil.

SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL

Cabe en este punto hacer una breve mención del sistema de salidas alternativas dentro del procedimiento penal pues, si bien su naturaleza se encuentra lejana a la mediación, constituye un medio importante de resolver los conflictos planteados entre reclamantes y reclamados en los casos que los hechos materia del reclamo puedan constituir delitos o cuasidelitos.

El procedimiento penal vigente en nuestro país regula y promueve salidas alternativas al juicio penal que hasta antes de su existencia eran imposibles. Anteriormente, los tribunales se encontraban obligados a continuar el proceso criminal no obstante la existencia de un acuerdo entre las personas en conflicto, pues la ley exigía que se continuara la persecución aun contra la voluntad del querellante o denunciante debido al interés mayor de la sociedad.

Si bien el procedimiento penal no pretende quitarle al Estado la facultad y el deber de administrar justicia, abrió importantes vías alternativas a la ejecución de una pena, con el fin de racionalizar la persecución y el empleo de recursos humanos y económicos.

En términos generales, se ha entendido que las salidas alternativas son resultado de diversas consideraciones:

- A. En cuanto ayudan a descongestionar la labor investigativa y constituyen un medio de selección de casos, se han establecido las facultades del Ministerio Público de archivar provisionalmente, no iniciar la investigación y el ejercicio del principio de oportunidad.
- B. En cuanto mecanismos concretos de solución de conflictos de forma alternativa a la persecución criminal, se encuentran la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, que serán materia de análisis especial en otro capítulo. Basta decir que tanto la Suspensión Condicional como el Acuerdo Reparatorio causan el efecto de finalizar el procedimiento penal.

Finalmente, cabe destacar que las salidas alternativas al juicio penal constituyen una solución efectiva para evitar una posible condena en casos que, de acuerdo con el mérito de la investigación, exista riesgo considerable de obtener una sentencia desfavorable para el imputado o se quiera evitar las contrariedades del juicio, evitando no solo antecedentes penales, sino también la ingrata experiencia de ser enjuiciado en forma oral y pública.

MEDIACIÓN EN SALUD. PRINCIPAL MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La mediación en materia de salud es un procedimiento creado por la Ley 19.966 que establece un régimen de garantías en salud, como un procedimiento previo y necesario para ejercer acciones jurisdiccionales contra los prestadores de salud, tanto públicos como privados, cuando se quiere obtener reparación de los daños ocasionados en el otorgamiento de prestaciones de salud. De esta forma, la mediación deviene en una herramienta muy utilizada por cuanto cada vez que un paciente o pariente quiera reclamar la reparación económica por el mal que supuestamente se le ha causado, deberá previamente recurrir al organismo mediador correspondiente para que su demanda civil pueda prosperar.

Si bien es obligatoria como gestión previa a la demanda civil, en cuanto a la comparecencia a sus audiencias y al arribo de un posible acuerdo, la mediación en salud es una instancia *absolutamente voluntaria*, que únicamente busca promover el diálogo con la asistencia de un mediador para explorar posibilidades de acuerdo con fin de evitar un juicio futuro.

Una de las cualidades de la mediación es haber introducido por primera vez en materia sanitaria una instancia institucionalizada para abordar de forma directa y sencilla los reclamos, más allá de los esfuerzos que cada médico o institución pudieran realizar de forma aislada y voluntariosa.

Frente a la judicialización de los conflictos entre prestadores y pacientes, sin duda la mediación constituye una gran alternativa de resolución de conflictos que puede ser mejor aprovechada si las pretensiones de las partes en el procedimiento son “razonables”. Ahora bien, los límites de lo razonable para cada interesado en la mediación serán variables y la mayor parte de las veces poco flexibles, factor que puede explicar, entre otros, una baja tasa de acuerdos.

Con frecuencia se nos ha planteado de parte de los médicos la inquietud acerca del mérito que debe tener cada reclamo para que sea admitido a tramitación, sea por el Consejo de Defensa del Estado o por la Superintendencia de Salud. Esto sucede porque algunos médicos resultan sorprendidos por reclamos que parecen injustificados, o incluso, que no se relacionan con la verdadera ocurrencia de los hechos.

Para bien o para mal, ni en esta instancia ni en una judicial, existe un examen previo de mérito del reclamo. Así las cosas, bastará verificar que genéricamente el reclamo versa sobre las materias que la ley señala.

En efecto, el reglamento de la ley establece una instancia previa de examen a la que deberá ser sometido todo reclamo, sea que se haya interpuesto ante el Consejo de Defensa o la Superintendencia de Salud, organismos que deberán verificar que el reclamo recibido corresponde efectivamente al ámbito de la mediación, rechazando aquellos que manifiestamente correspondan a otra materia. Asimismo, podrán solicitar del reclamante completar o explicar su reclamo en los casos que la información aportada por este origine dudas en cuanto a la pertinencia del reclamo. Es claro que el examen previo nunca se referirá al fondo del reclamo, no pudiendo rechazarse este en atención al mérito o credibilidad del planteamiento del reclamante, sino que sólo se revisará desde un punto de vista formal en cuanto a la materia reclamada.

No sorprende entonces que un sinnúmero de reclamos diga relación con elementos que pudieran no parecer centrales ni relevantes si se comparan con el manejo médico del paciente, como por ejemplo, asuntos relativos a trato personal, a la cantidad y claridad de la información proporcionada o a los tiempos de espera de atención en el sistema público, entre otros factores. Lo anterior hace nacer la pregunta sobre las materias que se someten a mediación y por qué razones son reclamados los médicos efectivamente, ¿solo porque son operadores de un sistema deficitario?, ¿porque son la cara visible de las limitaciones que tiene el Estado para resolver los problemas de salud?

Si bien es cierto, existen muchos reclamos con este tipo de contenido no centrado en la atención médica, de acuerdo con nuestra vasta experiencia, la mayor parte de los reclamos tiene igualmente su origen en el cuestionamiento al médico,

merecida o inmerecidamente, ya que habitualmente el paciente o el pariente se encontrará reclamando la existencia de una presunta “negligencia médica” que ha causado un daño físico o patrimonial. Otras quejas accesorias solo vienen a reforzar la idea principal acerca de la falta profesional que ha causado daño.

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD

La mediación se encuentra definida por la propia Ley 19.966 como un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia.

Que se trate de un procedimiento no adversarial quiere decir que reclamante y reclamado no son contrapartes al modo que lo serían en un tribunal. Esto es, no se encuentran llamadas por medio de la mediación a participar de una disputa en la que cada uno tratará de defender y demostrar su mejor derecho respecto del otro para ganar una contienda.

El espíritu de la mediación es que reclamante y reclamado se encuentren en un ambiente propicio para acercar sus posiciones y llegar a una solución construida por ellos mismos que evite, por una parte, que se vean arrastrados a un tribunal, y por otra, que se pierdan recursos estatales valiosos para solucionar un conflicto que bien pudo resolverse por una vía alternativa.

Con esa finalidad en mente es que la mediación se construyó en base a los siguientes principios: igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad e informalidad.

La *Igualdad*, o como se ha llamado por cierta doctrina *Igualdad de Poderes*, apunta a que cada parte que participa de la mediación tenga equivalentes posibilidades de influir en el otro con la finalidad que la negociación que se va a producir se desarrolle sin presiones de ninguna especie. Este principio, que se encuentra en definitiva destinado a proteger a la parte más débil, se materializa en la posibilidad que tiene el mediador de procurar que las partes acudan al procedimiento mejor representadas o aconsejadas, incluso dando al menoscabado una orientación adecuada que, por cierto, no implique infracción a la imparcialidad debida.

Habitualmente, los reclamos se interponen contra el prestador institucional y sus trabajadores o funcionarios, siendo convocados todos ellos como reclamados. Así las cosas, participarán en las audiencias sus representantes, frecuentemente abogados, superando en preparación y número al reclamante. Esto podría considerarse desigualdad de poderes, frente a lo cual el mediador podría bien aconsejar al reclamante que buscara asesoría legal, o bien, como sucede en la mayoría de

los casos, velar especialmente porque durante cada etapa de la mediación el reclamante no se vea comprometido inadvertidamente en sus pretensiones. Ahora bien, quienes tenemos experiencia en mediación, sabemos o debemos saber que no se trata de un juicio en el que busquemos vencer o aplastar al reclamante; muy por el contrario, lo que buscamos es comprender los componentes del reclamo para mejorar nuestra posibilidad de resolver la queja mediante la comunicación, y en caso de que no fuera posible el entendimiento, recoger la mayor cantidad de información que nos permita enfrentar en mejores condiciones un juicio futuro.

En este punto, también hay que tener en cuenta que el reclamante, al cuestionar procedimientos médicos, se encuentra naturalmente en desventaja respecto del reclamado toda vez que la naturaleza de los hechos cuestionados escapa del conocimiento popular. De ello resulta que acude en forma suspicaz a la mediación, incrédulo frente a las explicaciones y respuestas que se le darán, por lo que restablecer la confianza entre el médico y el paciente es sin duda una labor compleja y poco exitosa la mayor parte de las veces.

El principio de *Celeridad* tiende no solo a que el procedimiento de mediación se lleve a cabo con la mayor agilidad y rapidez posible sino además, tal y como lo establece el reglamento de la ley, obliga a que el procedimiento sea activado de oficio por el mediador y los funcionarios públicos que intervengan en él. Es así como el mediador deberá citar a las audiencias, contactar a las partes y organizar reuniones de propia iniciativa, valiéndose de cualquier medio lícito, sin esperar que las partes lo propongan y removiendo cualquier obstáculo que comprometa la pronta resolución del conflicto.

La *Voluntariedad* quiere decir que la participación en el procedimiento es del todo libre. Si bien es obligatorio para el reclamante cumplir con el trámite de la mediación para demandar ante los Tribunales de Justicia, tanto para quien reclama como para los reclamados, es absolutamente voluntario permanecer en el procedimiento, es más, cualquiera de los reclamados puede declinar la “invitación” y aun si no se produce por esa causa el procedimiento, se entenderá cumplido el trámite para todos los efectos legales. En cualquier supuesto que la mediación fracase, sea por incomparecencia de una parte, o porque no se quiso perseverar en el procedimiento, el mediador extenderá un certificado al reclamante que acredite que el trámite está cumplido.

La *Confidencialidad* está orientada a que lo que se discuta durante la mediación debe ser mantenido en reserva por todos los participantes del procedimiento. Este principio pretende velar por una libre discusión entre las partes, sin temor ni reservas, para que se dé real colaboración en el procedimiento y llegar a una solución satisfactoria para todos, procurando su éxito. Materialmente, el principio se encuentra recogido en la Ley 19.966 que en su artículo 51 establece que todas

las declaraciones y actuaciones de las partes en la mediación tienen el carácter de secretas, quedando impedido tanto al mediador como a las partes e incluso a terceros que pudieron tomar conocimiento del procedimiento mediante alguna intervención en él, divulgar cualquier información que le pertenezca.

En la práctica, al inicio de cada procedimiento, el mediador deberá advertir a las partes de la obligación que pesa sobre ellas, leyendo el artículo de la ley que establece este mandato y que a su vez establece la sanción a su infracción, cual es la prevista en el artículo 247 del Código Penal para la violación de secretos por parte de funcionarios públicos que corresponde a reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

La *Imparcialidad* exige neutralidad y objetividad que debe imprimir la conducta del mediador para que este no favorezca a ninguna de las partes en perjuicio de la otra pues si bien no es su misión tomar una decisión respecto de los hechos reclamados, debe garantizar a ambas partes que sus pretensiones serán escuchadas con igualdad y que la discusión será conducida en beneficio de ambos indistintamente.

Finalmente, la *Informalidad* que caracteriza al procedimiento de mediación consiste en que este se desarrollará de forma libre y en tantas reuniones como sean necesarias. El mediador puede proponer a las partes un número indeterminado de audiencias en la medida que el plazo de 60 o 120 días no se haya agotado, como también puede sugerir sesiones individuales, grupales, o cualquier otro mecanismo que le parezca atingente al objetivo del procedimiento. Por ejemplo, en algunos procedimientos de mediación se propone recurrir a informes periciales u opiniones de terceros para solucionar una diferencia entre las partes, sobre todo en materia médica, cuando el mediador estima que aclarando esa interrogante podría llegarse a acuerdo entre las partes, todo esto, obviamente con la anuencia de todos los participantes, quienes son libres de rechazar toda propuesta efectuada por el mediador o de darle el valor que estimen pertinente.

EL MEDIADOR

El mediador es el profesional designado o escogido por las partes que tiene por misión conducir el debate entre reclamante y reclamado, procurando que se produzca colaboración entre ellos y un diálogo honesto que aumente las probabilidades de solucionar el conflicto mediante un acuerdo.

Cuando se trata de reclamos presentados contra un prestador público de salud, el Consejo de Defensa del Estado designará como mediador a uno de sus funcionarios que satisfaga los requisitos establecidos para todo mediador, cuales son tener un título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres

de duración, cinco años de experiencia laboral como mínimo, y no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva.

Por su parte, en la mediación privada el mediador, quien deberá ser remunerado por las partes de acuerdo con el arancel establecido por la ley, será escogido de común acuerdo entre ellas de una lista elaborada por la Superintendencia de Salud que cumplan los mismos requisitos legales, entre los cuales se cuentan, abogados, asistentes sociales, profesores, psicólogos, médicos, matronas, enfermeras y otros.

Para que el mediador pueda llevar a cabo su cometido, la ley le ha otorgado ciertas facultades, como la de proponer las bases de un acuerdo eventual, requerir información de las partes o de terceros, visitar el lugar en que se desarrollaron los hechos reclamados, pedir informes técnicos a expertos -a menos que alguno de los participantes se oponga- entre otras facultades. Todo ello siempre y cuando no se pierda de vista el espíritu de la mediación, cual es dejar la solución del conflicto en manos de las partes involucradas, quienes son las verdaderas dueñas de un procedimiento en el cual el mediador cumplirá una función de asistencia a las partes en disputa.

PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

La mediación se inicia mediante la interposición del reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, cuando se dirige contra un prestador público de salud, o ante la Superintendencia de Salud cuando se trata de un prestador privado.

Una vez recibido el reclamo, habiendo pasado el examen de admisibilidad, se designará un mediador que citará a las partes interesadas a una primera audiencia.

Como ya se ha señalado, la mediación se desarrolla de manera informal, pudiendo realizarse el número de audiencias que resulten necesarias durante el período que la ley permite que se prolongue el procedimiento. Este plazo es de sesenta días corridos a partir del tercer día que se envió la primera citación, pudiendo ampliarse por una sola vez por sesenta días más con la voluntad de todos los participantes y solo cuando sea estrictamente necesario.

Por lo general, en la primera audiencia se le dará al reclamante la posibilidad de exponer los términos de su reclamo y lo que pretende conseguir mediante este, a continuación de lo cual se escuchará la respuesta del reclamado y su posición frente a la solicitud, sea económica o de otra naturaleza.

Una de las particularidades de este procedimiento es que promueve la reunión personal de las partes en conflicto. Si bien cualquiera de ellos puede hacerse

representar por otra persona, lo normal es que al menos el reclamante acuda personalmente.

Una de las críticas que generalmente se formula a nuestros representados es que su participación en este procedimiento suele ser menor que la de los pacientes. ¿Qué factores inciden en esta baja participación de los médicos en mediación?

Sin pretensiones de agotar el fenómeno, en nuestra experiencia hemos podido observar dificultades como las que siguen:

- Si ya se ha dado explicaciones al paciente en numerosas ocasiones y se trató de resolver toda inquietud durante y después de la atención, tanto por el mismo médico como por otros integrantes del equipo, jefaturas de servicios clínicos e incluso por la dirección del establecimiento de salud. En estos casos, se percibe que la mediación se trata nada más que de la antesala de la demanda civil.

- Si el paciente se ha conducido durante la atención de forma agresiva o intimidante.

- Si el médico o médica estima que el reclamo no tiene que ver con su actuación y que, por tanto, no le corresponde a él dar explicaciones.

- La asistencia a audiencia conlleva pérdida de trabajo, lo que es particularmente perjudicial cuando se trata de horas de atención en servicios públicos deficitarios.

- Factores subjetivos como el temor a enfrentar la crítica y el cuestionamiento. Puede ser extremadamente difícil sentarse frente a otro para escuchar que se es mal profesional o “negligente” y ser responsabilizado del dolor que habitualmente trae consigo la contraparte.

Nada extraño lo anterior. Estamos enfrentando un CONFLICTO y ninguna de las partes acude a su resolución feliz y de buen grado. La mediación, así como cualquier juicio, nace de la tensión y la divergencia entre dos o más sujetos y la invitación a sentarse alrededor de una mesa para abordarlo no parece la más atractiva de las invitaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento se desarrollará con las partes que asistan, sea personalmente o representadas.

En algunos casos, la mediación constituirá el canal para que el o la profesional pueda explicar al reclamante por qué ocurrió un evento inesperado y que le causó daño, de manera que el paciente encuentre tranquilidad. También permitirá que el médico o médica reclamado sea escuchado en un ambiente seguro para aclarar una acusación por la que se cuestiona su calidad profesional.

Pues bien, el objetivo de las audiencias es que las partes consigan un diálogo que les permita solucionar sus diferencias y arriben a un acuerdo que puede ser de diversas naturalezas.

El reclamante tiene la facultad de solicitar cualquier cosa o prestación que sienta suficiente para satisfacer su pretensión, pudiendo ser una suma de dinero a título de reparación de daños, una prestación de salud u otra cosa diferente, incluso disculpas.

Asimismo, el reclamado tiene la facultad de ofrecer cualquier solución al reclamante, desde una explicación que no constituya reconocimiento de responsabilidad, hasta una indemnización económica en el supuesto que se cometió alguna falta, o bien, como precio para evitar un juicio aun en la convicción de que no se ha incurrido en error alguno. Desde esta perspectiva, las partes son absolutamente libres para llegar a todo tipo de solución, más allá de lo justo o injusto de ella, pues lo que se discute no es el derecho sino la posibilidad de evitar un litigio eventual.

El procedimiento de mediación terminará por una de las siguientes formas:

1. Por la decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en un procedimiento en trámite, sin necesidad que se exprese motivación alguna. Ordinariamente esto ocurrirá cuando la parte que se retira entienda que no se llegará a un acuerdo satisfactorio, o bien, cuando no se dan las condiciones adecuadas para seguir una negociación razonable.
2. Por falta de comparecencia de las partes a las audiencias.
3. Por expiración del plazo legal sin haber llegado a acuerdo.
4. Por falta de acuerdo.
5. Por el acuerdo de las partes.

Como ya se señaló, el acuerdo entre las partes puede ser de diversa naturaleza y alcance, sin embargo en el caso de que el reclamo se haya dirigido contra un prestador público de salud, una resolución del Ministerio de Salud ha establecido montos máximos de dinero susceptibles de ser pagados por esta vía que van desde las 3.500 UF en caso de muerte hasta las 1.000 UF en caso de incapacidad temporal u otros daños.

El acuerdo al que se llega por las partes en la mediación tiene por ley el valor jurídico de la transacción, poniendo fin en forma definitiva al conflicto entre las partes.

En el caso que no se llegue a acuerdo en la mediación y esta fracase, el mediador extenderá un certificado a favor del reclamante para que este pueda iniciar acciones judiciales si así lo quiere.

El acuerdo en mediación parece el término de procedimiento más adecuado ya que pone fin al conflicto de forma definitiva. Sin embargo, por deseable que parezca, creemos que es necesario plantearse objetivos alternativos para el procedimiento ya que su destino dependerá del común acuerdo de las partes.

Si bien puede enfrentarse la mediación estratégicamente para conocer los antecedentes en que se funda la imputación, recomendamos abordarla como una oportunidad y sacar todo el provecho posible más allá de que se firme o no un acuerdo.

La mediación proveerá el escenario para acercarse al reclamante y restablecer la relación médico paciente que en algún momento se vio fracturada, para reconstruir la confianza y poder comunicarse de forma efectiva con el paciente, superando los conflictos que lamentablemente no pudieron abordarse de manera apropiada durante la atención de salud.

BIBLIOGRAFÍA

Barría Gutiérrez, Pedro. (2005). *Mediación por Daños en Salud del CDE: Aporte a la cultura de la paz*. Recuperado de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/34248580-e99f-4e47-8b5a-dd7146291af1/7.pdf?MOD=AJPERES>

Decreto Supremo N° 47: Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de Prestadores Institucionales Públicos de salud o sus funcionarios y Prestadores Privados de Salud. Chile. Ministerio de Salud. 2005. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=239372&buscar=decreto+n%C2%B>

Díaz De Valdés, Marcelo; Siebel B., Claudia y San Martín Z., Ernesto. (2007). *Manual de Mediación por Reclamos en el Sistema Privado de Salud 2007*. Santiago de Chile: Ed. LexisNexis.

Ley 19.966. Establece un Régimen de Garantías en salud. Chile. Ministerio de Salud. 2004. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834&buscar=ley+19.966>

Pizarro Wilson, C. (2003). La responsabilidad médica por el hecho ajeno. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 1. Pp. 181 y ss.

DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES

Sergio Oliva Fuentealba²¹⁰

Marco Jurídico:

Constitución de la República de Chile: art. 19 N° 9.

Pacto de San José de Costa Rica: Arts.

Declaración Universal de Naciones Unidas: Arts. 3, 18, 25.

Diversas leyes reguladoras de derechos sobre salud.

Ley N° 18.933: crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de Salud, de 1981.

Ley N° 19.937: modifica el D.I. N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana.

Ley N° 19.966: establece un régimen de garantías de salud.

Ley N° 18.469: regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

²¹⁰ Abogado egresado Universidad de Concepción. Licenciado Ciencias Jurídicas Universidad Alcalá de Henares. Madrid – España. Abogado Codepu: 1987-1990, Comisión Derechos Indígenas: 1991-1993, Conadi: 1993- 2003, Falmed: 2004- 2020, Abogado integrante Corte Apelaciones Temuco diversos períodos. Profesor Derecho Civil en diversas universidades. Cátedra Pre Falmed Medicina Legal, Universidad de la Frontera, desde 2017. Abogado Jefe Zonal Araucanía FALMED.

Art. 1º.- El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

Existe preocupación en la sociedad actual sobre los derechos de los pacientes en forma más explícita. Lo importante es que se empieza a tomar conciencia de la autonomía de las personas y de la relevancia que tiene que el paciente participe activamente en su propio tratamiento.

Algunos de los temas fundamentales que es necesario abordar en cualquier declaración de los derechos de los pacientes:

- * *El derecho a la atención de salud.*
- * *El acceso a la información y a la elección.*
- * *La participación y la representación.*
- * *El respeto por la dignidad humana y el derecho a una atención.*
- * *El derecho a la confidencialidad.*
- * *El derecho a reparación en caso de reclamaciones.*

I. DERECHOS GENERALES

- a) Conocer y hacer uso de sus derechos;
- b) Recibir una atención médica adecuada a las necesidades de su estado de salud;
- c) Ser tratados con respeto por su dignidad humana e integridad físico-psíquica, así como por las características de su identidad individual y cultural por todos los profesionales de la salud y auxiliares que intervengan en las consultas y tratamientos;
- d) No ser discriminados por su nacionalidad, etnia, idioma, religión, ideas, opiniones políticas, condición socioeconómica o cultural, patologías de cualquier índole, discapacidad, sexo u orientación sexual, género, edad, ni por cualquier otra condición de acuerdo a las leyes nacionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que la República de Chile es parte o en el futuro se haga parte;

e) La intimidad, confidencialidad y privacidad de la información relativa a su proceso salud-enfermedad;

f) Saber el nombre completo y la función del profesional de la salud responsable de coordinar su atención y del o de los profesionales, técnicos y/o auxiliares responsables de los procedimientos o tratamiento;

g) Conocer las normas y reglamentos de los establecimientos y centros asistenciales aplicables a su conducta como paciente;

h) Aceptar o rechazar la realización de cualquier práctica terapéutica, internación o intervención. En su historia clínica deberá constar en forma expresa la manifestación de su voluntad, con la firma del paciente, o de quien la subrogase, y la del profesional interviniente.

Quedan exceptuadas las situaciones de urgencia que pongan en riesgo inmediato la vida del paciente, o estados de inconsciencia o alineación mental.

i) Designar un familiar, persona de su conocimiento o representante, al momento de cualquier intervención médica quirúrgica, para que sea informado frente a una situación de emergencia, de lo que se dejará constancia en la historia clínica, con la firma del paciente (en caso de que sea mayor de edad, capaz y competente) y del profesional interviniente;

j) Recibir, en caso de urgencia, los primeros auxilios en el centro más cercano;

k) Decidir su participación o no participación en investigaciones médicas, luego de recibir una información completa y comprensible acerca de las características de las mismas;

l) Acceder a vías de reclamo, quejas, sugerencias y propuestas habilitadas en el servicio en que se asiste y en instancias superiores.

II. DERECHOS A LA INFORMACIÓN

m) Acceder de manera simple a información sobre turnos y trámites así como al respeto de turnos y prácticas acordadas;

n) Ser informados por el profesional interviniente acerca de su estado de salud, así como de los estudios que deberán realizársele a los fines de un adecuado diagnóstico y pronóstico, de los riesgos que involucran y de las consecuencias que podrían acarrear su omisión, a efectos de permitirle tomar una decisión esclarecida y razonada;

o) Recibir toda información relativa a su tratamiento en términos claros, concisos y adecuados a su nivel de comprensión, a los fines de prestar su consentimiento informado. En aquellas situaciones de urgencia que pongan en riesgo inmediato la vida del paciente, o estados de inconsciencia o alienación mental, se informará a los familiares o representantes legales en similar forma;

p) Ser informados, con posterioridad a los estudios diagnósticos, sobre su estado de salud actual, el tratamiento aconsejable, sus riesgos, naturaleza, ventajas y desventajas, duración estimada, y posibilidades de tratamientos alternativos;

q) Acceder a la información y obtener copias de su historia clínica, de los informes, registros de tratamientos indicados, estudios y análisis, sus resultados y cualquier otro dato debidamente documentado;

III. DERECHOS EN CASO DE INTERNACIÓN

r) En caso de indicarse internación, ser informados sobre el tiempo estimado de la misma, los logros y limitaciones conocidos según el actual desarrollo de la especialidad médica, y demás información que el paciente o el profesional de la salud consideren adecuadas o necesarias;

s) Realizar consultas a su médico personal o a otro profesional de la salud, del mismo u otro establecimiento o centro asistencial, quien podrá, previa comunicación al médico o médica de cabecera, tomar conocimiento del caso, efectuar interconsultas y emitir opinión, así como realizar todo acto médico que considere oportuno, con autorización del establecimiento asistencial; en este último supuesto.

IV. DERECHOS EN CASO DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

t) En caso de indicársele intervención quirúrgica, ser informados sobre su naturaleza y fines, ventajas y desventajas y eventuales complicaciones quirúrgicas y postquirúrgicas. En la visita pre anestésica, el médico anesthesiólogo deberá informar acerca del tipo de anestesia y las técnicas a aplicar según el caso en el acto quirúrgico, acciones colaterales y contraindicaciones de la medicación anestésica, precauciones y eventuales complicaciones;

u) Ser informados por el profesional interviniente sobre el pronóstico de evolución, tratamiento, seguimiento y controles posteriores al momento de otorgar el alta;

V. DERECHOS DE LOS PACIENTES EN ESTADO IRREVERSIBLE

- v) Atención, en caso de enfermedades terminales, que preserve la mejor calidad de vida hasta su fallecimiento, dentro de las posibilidades materiales del efector;
- w) Recibir o rechazar asistencia espiritual y moral acorde a sus costumbres y creencias;

CONSENTIMIENTO INFORMADO: ENFOQUE JURÍDICO

CONCEPTO DE ACTO VOLUNTARIO EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Se ha caracterizado al consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, este decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.

Ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de esclarecimiento es fundamental y, en consecuencia, se requiere que el paciente pueda conocer cuáles son las alternativas posibles, y cuántas y cuáles las probabilidades relativas de éxito.

La noción del consentimiento informado comprende entonces dos aspectos y la doctrina impone al profesional dos deberes.

En efecto, se requiere que:

- a) El médico o médica obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento o procedimiento;
- b) El médico o médica revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a este participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto.

El consentimiento informado comprende reglas jurídicas que determinan conductas para los médicos en su interacción con los pacientes; y reglas éticas que tienen sus raíces en la autonomía de la voluntad que asegura al paciente el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica a su respecto.

En definitiva, la doctrina del consentimiento informado lleva implícita una polémica de carácter ético. La autonomía de la voluntad del paciente para tomar

decisiones se ve contrastada con el deber del médico de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la salud de aquel; y el tema llega a su culminación cuando, en situaciones extremas, debe asumirse posición en cuanto a quién tiene derecho a tomar la decisión final: el médico o el paciente.

Si bien se admite en forma generalizada y cada vez más frecuente, que existe un deber de parte de los médicos de informar a los enfermos acerca del tratamiento propuesto, existen amplias divergencias en cuanto a cómo debe medirse tal deber, a quién se debe informar, a qué niveles de información debe acceder el paciente, a cómo o con qué *standard* debe ser medido tal deber.-

Se pueden citar, en consecuencia, los siguientes datos que debe contener todo consentimiento informado:

- 1) Datos del enfermo y del médico o médica que brinda la información.
- 2) Datos suficientes sobre la enfermedad, operación o tratamiento a seguir.
- 3) Detallar en forma clara y precisa los riesgos que pueden presentarse, ya sean los típicos como los infrecuentes.
- 4) Molestias previsibles.
- 5) Distintos procedimientos alternativos existentes para tratar la enfermedad.
- 6) Detallar los beneficios que se esperan y los efectos esperados de no hacer nada.
- 7) Comunicarle al paciente la posibilidad que tiene de cambiar de opinión en cualquier momento.
- 8) Declaración del paciente expresando su consentimiento y satisfacción con la información que se le brinda.

LOS DEBERES

- a) Información: Los pacientes tendrán el deber de informarse acerca del funcionamiento del establecimiento que lo recibe para los fines de la prestación que requiere, en especial respecto de: horarios de funcionamiento, modos de atención, tipos de financiamiento y formas de hacer reclamos, todo ello sin perjuicio de la obligación del prestador de otorgar esta información.
- b) Colaboración: El paciente deberá colaborar con los miembros del equipo de salud que lo atiende *informando de forma veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud*, de todos los antecedentes que conozca o le sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento.

- c) Cuidado del establecimiento: Las personas deberán cuidar equipos, mobiliario, insumos y en general todos los elementos e instalaciones que el consultorio, clínica u hospital mantiene para la atención de los pacientes. En caso de daños deberán hacerse responsables. De igual forma, deberán respetar las normas vigentes en materia de salud y el reglamento interno del establecimiento.
- d) Trato respetuoso: Como te traten, tratarás. Los pacientes, y sus familiares y amigos, deberán tratar con respeto a los integrantes del equipo de salud. Incluso, el trato irrespetuoso grave o las conductas de violencia verbal o física darán derecho a la autoridad del establecimiento para ordenar el alta disciplinaria de la persona y a requerir la presencia de la fuerza pública para restringir el acceso al establecimiento de quienes afecten el normal desenvolvimiento de las actividades.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

En la realidad práctica, siempre estamos en presencia de este vínculo que nace ya de una relación contractual o extracontractual, y más precisamente cuando se relacionan con los parientes del paciente.

Ello ocurrirá desde el principio o cuando los efectos no previstos del tratamiento o de la intervención causen un mal al paciente.

Así, desde el consentimiento informado hasta los efectos de una complicación post operatoria, podemos tener la presencia de terceros que exijan sus derechos derivados de la afectación que los hechos puedan ocasionarles.

Lo anterior es particularmente visible en los casos de demandas por indemnización de perjuicios derivados del daño por repercusión o rebote, es decir, aquel que se causa en forma indirecta a quien está o estaba vinculado con la víctima (padre, madre, hermanos, abuelos, etc.). Ello se manifiesta actualmente en las demandas civiles por negligencia médica, y basadas generalmente por el daño moral que genera el mal causado a la víctima.

Otra situación, no menos recurrente, dice relación con la situación que afecta a los establecimientos de salud, públicos o privados, en los cuales se desempeñan los médicos y que responden civilmente por las actuaciones de sus dependientes o funcionarios.

Los elementos descritos han sido elaborados en base a información disponible en diversos trabajos sobre el tema, y que abordan la problemática actual para arribar a regulaciones legislativas o reglamentarias.

FICHA CLÍNICA

Pedro Pablo Hansen Cruz ²¹¹

I.- INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y ALCANCE DE LA FICHA CLÍNICA

Desde los comienzos de la medicina en la Antigüedad, han existido registros médicos que han constituido un fiel testimonio de una metodología de observación y experimentación, mediante los cuales el profesional médico ha logrado avanzar en sus estudios.

Tanto Aristóteles como los romanos, basaban sus estudios primitivos de medicina, mediante la disección de cadáveres, dejando testimonio de sus hallazgos precisamente en tales registros.

Hoy en día, indudablemente la utilización de dicho instrumento dista con creces a sus orígenes, puesto que en él, ya no solo se incluyen elementos que permiten efectuar avances y aportes a la ciencia médica, sino que cumplen con el objetivo primordial de servir de medio de comunicación entre los profesionales médicos y paramédicos para lograr la cura del enfermo. En tal contexto, este nuevo registro no solo contendrá datos que dicen relación directamente con el cuadro del propio paciente o del enfermo, obtenidos en la anamnesis o entrevista médica efectuada por el médico tratante, sino que también hipótesis diagnósticas, tratamientos, conclusiones de reuniones clínicas, aquellos requeridos para fines de tipo administrativo, estadístico, etc.

²¹¹ Abogado Sub Jefe Nacional FALMED, Jefe Unidad Derecho Civil, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales. Cursó Magíster en Derecho Privado Universidad de Chile.

A priori, podemos definir a la ficha clínica como el “conjunto de datos sanitarios referentes a una determinada persona física agrupada en un único expediente”.²¹² Similar concepto existe en la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes del paciente, en su artículo 12, cuando es definida como “el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente”.

De ambos conceptos podemos inferir que ellos son insuficientes en el alcance de la ficha clínica, puesto que la utilización de la misma es muchísimo más amplia. Es así como podemos encontrar en el derecho comparado una definición más apropiada que abarque el real uso de este documento, concretamente el Decreto 272/1986 del País Vasco la conceptualiza como “el documento donde se contiene toda la información de utilidad clínica relativa al estado de salud o enfermedad de la población asistida en el Hospital, siendo un medio de comunicación muy valioso para transmitir esta información entre los distintos miembros que intervienen en el plan de asistencia del enfermo”.

Si analizamos el anterior concepto, podemos advertir que este documento, más allá de registrar los simples datos sanitarios de un paciente, cumple al menos con otros dos objetivos:

- Cumplir con un fin estadístico y sanitario;
- Ser un medio de comunicación entre profesionales médicos y/o paramédicos mediante el cual pueden intercambiar aquellos antecedentes médicos que dicen relación con la atención del paciente.

De esta forma, el tratamiento de los datos que se contengan en este documento requerirá de una especial atención, por cuanto ya no se trata de un simple registro efectuado de forma unilateral por parte de un profesional médico o paramédico en la atención de un paciente, sino que al constituir un registro que permite a los demás profesionales comunicarse entre sí y adoptar conductas de acuerdo a la especialidad requeridas, existirán más profesionales que intervendrán de forma dinámica en el tratamiento de este documento, pudiendo ser incluso utilizada con fines administrativos, estadísticos y/o sanitarios.

Demás está decir que otra utilidad que tiene la ficha clínica independiente de su objetivo primordial en cuanto registro de las evoluciones médicas y paramédicas es precisamente constituir un medio de prueba sumamente importante a la hora

212 JAÑEZ RAMOS, Fernando: *La Protección de Datos Personales en el Ámbito Sanitario*, Legalia. Navarra, 2002, pág. 66.

de calificar el actuar de los profesionales que participaron en dicha atención. En este sentido, veremos que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a la luz de los elementos propios de la ficha clínica que se expondrán a continuación, establecen un verdadero deber de escrituración de las mismas, independiente de las indicaciones y/o atenciones médicas.

II.- ELEMENTOS DE TODA FICHA CLÍNICA

Dada la importancia de los datos contenidos en la ficha clínica y de su utilidad en el manejo diario y cotidiano de los profesionales médicos y paramédicos en la atención de un paciente, tenemos que este documento, independientemente si hablamos de una ficha electrónica o su par “manuscrita”, debiera al menos de contar con las siguientes características:

- **Completa**, esto es, debe reflejar todos los actos médicos relevantes realizados con el paciente, dentro de los que se encuentran: anamnesis, examen físico, diagnóstico, tratamiento, detalles de la evolución clínica, consentimiento informado e identificación por parte del médico o médica que asiste y que efectúa las evaluaciones. Veremos que este elemento no solo es relevante para una adecuada atención sanitaria del paciente, sino también cuando consideramos a la ficha clínica como un medio de prueba en un juicio por mala praxis médica. Por el contrario, si no constan aquellos elementos indispensables, entonces jugará como un arma que se utilizará en contra de los mismos profesionales, toda vez que lo que no se escritura, sea manuscrito o por vía informática, NO EXISTE.
- **Ordenada y actualizada**, la ficha clínica debe contener la evolución en el tiempo de todos los acontecimientos y actos médicos que se realizan con el paciente, debidamente fechados con identificación de las personas y lugar en que se realizan.
- **Inteligible**, aunque resulte obvio, en la realidad no lo es. Todo documento clínico debe ser escriturado con letra legible, con frases concisas y comprensibles de manera tal que pueda ser comprendido por los médicos que accedan a ella y a los pacientes en su caso. Sobre el particular, la ficha clínica electrónica se ve como un valioso elemento en este punto, toda vez que cualquier persona podrá comprender fácilmente las evoluciones ingresadas y es quizá una de las más notables ventajas respecto a su par “tradicional”.

- ***Inviolable y veraz***, al ser un documento en el cual constan tanto los datos personales y de salud de un paciente, como el actuar de los profesionales de salud, no puede ser alterada por estos últimos o por terceros, ya sea en sus elementos esenciales o bien mediante la inclusión de evoluciones, tratamientos o diagnósticos discordantes con la realidad. En este sentido, existen sanciones penales, independiente de las instancias administrativas, de acuerdo al tenor de los artículos 193 y 197 del Código Penal que precisamente castigan dicha adulteración.
- ***Confidencial***, como documento en el cual consta la “biografía de la salud” del paciente, se ha planteado como un verdadero elemento que es parte del derecho de propiedad del usuario, entendiéndose con ello que estos datos deben ser velados y salvaguardados, siendo siempre utilizados con fines médicos, a menos que se cuente con el consentimiento expreso del paciente, tal y como veremos a continuación.

Si analizamos los elementos antes señalados, tenemos que solo en la medida que ellos se conjuguen de forma copulativa, estaremos en presencia de una ficha clínica que será útil tanto para el paciente como para los propios profesionales que participaron en tales atenciones.

Es por ello que el legislador, recogiendo lo anterior, incluye en la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes en su artículo 12 las exigencias que debe contener toda Ficha Clínica, ya sea de papel, electrónica o de otro soporte y que en definitiva son similares a los ya señalados, esto es: deberá contar con registros completos, que aseguren su oportuno acceso, conservación y confidencialidad, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.

Ahora bien, tanto la doctrina como jurisprudencia en estos casos incluso van más allá, al considerar los anteriores elementos no como simples “recomendaciones” o exigencias legales que debieran ser tomadas en cuenta, sino más bien con un deber de los médicos y demás personal sanitario como parte de su proceder.

Al respecto, existe un interesante fallo en el derecho comparado que precisamente habla sobre el cumplimiento de los elementos anteriores como un deber: *“Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea de evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales”* (CNCiv, Sala I, 19/02/97, Buenos Aires, Argentina).

Lo anterior no está tan alejado con lo que ocurre en nuestro país y veremos cómo se ha creado a partir del elemento de integridad de la ficha clínica, un verdadero deber de escrituración a la hora de calificar el propio acto médico.

Aquí tenemos algunos ejemplos:

“En la ficha clínica, no hay controles detallados ni frecuentes de esto, especialmente entre las 21 y las 0:45 horas. Tampoco figuran exámenes que pudieran dar luces de un metabolismo de drogas más retardadas (por ejemplo: una cirrosis nutricional alcohólica)... en opinión de este perito un control postoperatorio más acucioso le hubiera dado mayor oportunidad de sobrevivir...” (Informe médico pericial N° 396-2006, Unidad de Responsabilidad Médica, Servicio Médico Legal).

“Las atenciones médicas en el Hospital XXXXX el día 05/11/97 no fueron adecuadas. Ambos médicos, pediatra y cirujano infantil, realizaron anamnesis y examen físico incompleto y poco acucioso. Toda la información de que se dispone hace plantear con razonable certeza que el diagnóstico de abdomen agudo debió hacerse ese día...” (Informe médico pericial N° 111-1998, Unidad de Responsabilidad Médica, Servicio Médico Legal).

Por su parte, el incumplimiento al deber de escrituración se ha planteado como una falta a la *Lex Artis*, independientemente que desde el punto de vista médico las actuaciones pudieren tener una justificación:

“En este lugar a pesar de que el médico tratante brindó una atención inmediata su diagnóstico no fue concordante con el cuadro clínico. El cuadro clínico apuntaba al sistema respiratorio con altas probabilidades de ser una neumonía y el diagnóstico fue “Dorsalgia”. Esta situación, que podría ser un error de diagnóstico, nos preocupa ya que debemos considerar que el médico no cumplió con la práctica médica habitual de registrar en la ficha clínica la anamnesis y el examen físico, lo que nos hace pensar que el paciente no fue evaluado por el profesional médico con la acuciosidad que se requería” (Informe médico pericial N° 8-2005, Unidad de Responsabilidad Médica, Servicio Médico Legal).

Es así como los elementos de toda ficha clínica pasan hoy en día a constituir deberes que tanto los propios peritos como tribunales de justicia exigen al calificar el acto sanitario, de manera tal que ya no bastará con ser un buen profesional e indicar por ejemplo un tratamiento adecuado o acertar en un diagnóstico, sino que se le exigirá, al menos, la debida escrituración de todo su actuar.

III.- CONFIDENCIALIDAD Y ACCESO A LA FICHA CLÍNICA

Previo a este análisis, debemos especificar qué entendemos cuando nos referimos a datos contenidos en la ficha clínica.

Una primera mirada está por lo que veníamos afirmando anteriormente, en cuanto se incluyen datos de salud o de índole sanitarios del paciente y a su vez de aquellos de tipo administrativo del propio hospital o clínica. Nos concentraremos en el primer tipo y para ello entenderemos que estamos frente a un dato de salud cuando nos referimos a “*los antecedentes médicos, los diagnósticos, los procedimientos realizados, el tratamiento, el pronóstico relativo a la salud física o psíquica del paciente*”.²¹³

En tal contexto, al contenerse una serie de información de gran relevancia que podrá ser utilizada en el Centro Asistencial, la pregunta que a continuación debemos efectuar es si existe una debida propiedad por sobre esos datos y la ficha clínica propiamente tal de parte del paciente. Este tema ha sido ampliamente debatido en los tribunales de justicia ante la interposición de recursos de protección de pacientes que han alegado la vulneración de la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, ante la negativa de la institución de salud de querer hacerle entrega de tal documento clínico.

Al respecto, debemos señalar que no es posible hablar de un derecho de propiedad propiamente tal sobre la ficha clínica o los datos contenidos en esta, en los términos garantizados en la Carta Fundamental, que importe el ejercicio del dominio en los términos establecidos en el artículo 582 y 583 del Código Civil. En efecto, ello nos llevaría a diversas hipótesis que harían impracticable el manejo de este documento, dado el ejercicio del derecho de propiedad en toda su extensión.

Es por lo anterior, que más que derecho a propiedad sobre este documento, lo que debemos señalar es que al paciente le asiste un derecho a conocer la información, pudiendo exigir a su vez el debido tratamiento de esta o el manejo de dichos datos. En tal contexto, nuestra doctrina nacional ha entendido que para velar por el tratamiento de cualquier dato de carácter personal no es siquiera necesario tener la propiedad sobre la información, sino que basta que la información se refiera al propio individuo.²¹⁴

Así las cosas, lo lógico y natural es hablar de acceso a la información y, en este sentido, tenemos que existen derechos y obligaciones, sea para el custodio de dicha documentación de proporcionarla y de velar por la misma y del paciente para poder exigirla.

213 SÁNCHEZ CARAZO C.: *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.

214 CERDA, Alberto: *Apuntes de Seminario Protección Datos Personales*, Magíster UCH, Santiago, 2008.

Respecto de la institución de salud, esta no solo deberá velar por la confidencialidad de estos datos, sino que también por el debido cuidado en la utilización, custodia y archivo de los mismos. El artículo 22 del Decreto N° 161, dispone que: *“ Toda la información bioestadística o clínica que afecte a personas internadas o atendidas en el establecimiento tendrá carácter reservado y estará sujeta a las disposiciones relativas al secreto profesional. Solo el Director Técnico del establecimiento podrá proporcionarse información con la conformidad del paciente o entregarse datos estadísticos globales en los que no se identifique a personas determinadas ”*. Agrega el mismo cuerpo legal, en su artículo 17, la obligación de conservación de dicha documentación por un plazo mínimo de 10 años.

Igual sentido tiene el artículo 134 del Código Sanitario, en cuanto mantiene el carácter de reservado de los libros, fichas clínicas y documentos, salvo para las autoridades judiciales y para el Servicio Nacional de Salud (hoy Servicios de Salud), agregando a continuación que solo el Director del Establecimiento y el médico o médica tratante pueden entregar información sobre el estado de salud, naturaleza de la enfermedad u otra materia relacionada con su hospitalización.

La Ley N° 20.584, por su parte, en su artículo 13 dispone que: *“ La ficha clínica permanecerá por un período de al menos quince años en poder del prestador, quien será el responsable de la reserva de su contenido. Un reglamento expedido a través del Ministerio de Salud establecerá la forma y las condiciones bajo las cuales los prestadores almacenarán las fichas, así como las normas necesarias para su administración, adecuada protección y eliminación ”*.

Ahora bien, por parte del paciente, el mencionado artículo 13 de la Ley N° 20.584 señala que tanto la ficha clínica como los datos en esta contenida tienen el tratamiento de dato sensible de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del artículo 2 de la Ley N° 19.628. Es decir, que no se podrán “tratar”, esto es: recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar o utilizarlos en cualquier otra forma, sino como agrega el artículo 10 del mismo cuerpo legal cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

Agrega el mismo artículo 13 una declaración basal de la confidencialidad de la ficha clínica, al sostener que los terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud de la persona no tendrán derecho a la información contenida en la ficha clínica, incluyendo tanto al personal de salud y administrativo del mismo prestador, no vinculado con la atención de la persona. Agrega a continuación quienes sí pueden tener acceso a la misma e incluso pedir copias en algunos casos.

En definitiva, del análisis de las normas previamente expuestas quienes sí podrían tener acceso tanto a la ficha clínica como a la información contenida son:

- El propio paciente, su representante o en caso de fallecimiento, sus herederos.
- Personal médico o paramédico que ha participado directamente de las atenciones del paciente.
- Los terceros debidamente autorizados por el titular mediante un poder simple ante notario.
- Los Tribunales de Justicia, siempre que la información contenida se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- Los fiscales del Ministerio Público y abogados, previa autorización del juez competente.
- Las Isapres, Seguros de Salud o Fonasa para la determinación de beneficios de salud.
- La autoridad sanitaria en casos específicos, por ejemplo, con fines epidemiológicos.
- Cuando la ley así lo determine.

Al respecto, debemos señalar que las normativas que regulan el acceso a la ficha clínica se basaron para su regulación en la definición que inicialmente señalamos respecto de tal documentación, olvidando el ejercicio complementario que se hace, por ejemplo, en reuniones clínicas, auditorías, sumarios, etc. En este sentido, el contralor y/o fiscal sumarial debería requerir el consentimiento del paciente por escrito y ante notario para poder analizar una ficha clínica en concreto, y lo mismo el estudio que de estas se pueda hacer con un fin científico, lo que resulta ridículo.

En el caso de las Isapres, Seguros de Salud y Fonasa, no están incluidos dentro del artículo referente al acceso de una copia de la ficha clínica, sino que más bien a la información contenida en ella misma. Ello a su vez, en clara armonía con lo dispuesto en el DFL 1, que en su artículo 189, señala un mecanismo que desafortunadamente es desconocido y de poca aplicación, que permite un cierto grado de protección a la intimidad del paciente en esta materia.

Concretamente, se exige a las Isapres solo en la medida que la información a ellas proporcionadas resulte incompleta, inexacta o presuman que no es verdadera, la posibilidad de solicitar a las clínicas u hospitales la revisión de los datos de salud contenidos en la ficha clínica por parte de un médico cirujano que se deberá designar previamente por la Superintendencia de Salud, debiendo contar

con la debida reserva en el manejo de la información en los mismos términos establecidos por la misma Ley N° 19.628. De hecho, en el proyecto de Ley de Derechos y Deberes del Paciente en su inciso octavo, en cuanto señala en forma expresa que los demás organismos públicos y privados que requieran información para la fiscalización o para determinar la procedencia de beneficios de salud o seguridad social, solo podrán solicitar un informe sobre aspectos específicos de la mencionada ficha clínica.

En este sentido y como una recomendación para efectos de proteger eventuales responsabilidades generadas por la entrega de información, se recomienda dejar por escrito en la misma ficha clínica que se le permitió el acceso del documento clínico a la Isapre o Seguro de Salud cuando se reunieron los requisitos antes señalados.

La cesión o transmisión de datos contenidos en la Ficha Clínica

La pregunta es independiente del acceso a la información o datos de salud del paciente, qué pasa con la cesión o transmisión de estos datos. En concreto, qué tratamiento se deberá efectuar cuando dicha información escapa a la institución y se comparte, ya sea: a otros centros de salud que pertenecen a una misma red o dependen de un Servicio de Salud Centralizado o bien a otros organismos o instituciones.

En primer lugar, por transmisión vamos a entender lo establecido en nuestra Ley N° 19.628, en su artículo 2 letra c), señalando que constituye dar a conocer ese dato de cualquier forma a personas distintas de su titular, sean estas determinadas o indeterminadas.

En Europa, existen pautas para hacer procedente este tipo de cesión de datos, contenidas en la Recomendación N° 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos del 13 de febrero de 1997, la cual dispone, dentro de otras, que para efectuarla se exige que solo podrán ser utilizados en la asistencia del paciente y exclusivamente con fines de tipo asistencial, cumpliendo con el principio de congruencia, esto es con la finalidad misma para la cual fue obtenido el dato.²¹⁵

Sin perjuicio de lo anterior y no obstante no contar en nuestro país con tal directriz, deberemos entender que, salvo el manejo de datos de tipo estadísticos, aquellos que los organismos públicos sanitarios requieran en el cumplimiento

²¹⁵ BACARIA MARTRUS, Jordi: *Estudios de Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2006, pp. 176-180.

de sus funciones y finalmente en caso de extrema necesidad o urgencia médica, deberemos siempre contar con el consentimiento del paciente.

IV.- LA FICHA CLÍNICA COMO INSTRUMENTO PROBATORIO EN JUICIO

Ya adelantábamos que lo no contenido en la ficha clínica supone que no se han realizado las acciones sanitarias. Es decir, solo mediante la constatación y registro de las evoluciones médicas, agregación de documentos tan importantes como el protocolo de consentimiento informado, hoja de enfermería, protocolo de anestesia, operatorio, dato de atención de urgencia, etc., podremos demostrar que efectivamente el paciente fue debidamente informado previo al procedimiento de los riesgos, complicaciones y limitaciones del mismo, así como de que efectivamente se le hizo un adecuado control pre y postoperatorio.

Lo anterior, adquiere mucho más importancia cuando precisamente son las actuaciones sanitarias las que están siendo cuestionadas y en donde se requerirá de elementos probatorios para efectos de demostrar la diligencia en el actuar. En este sentido, la ficha clínica es el elemento o instrumento probatorio por esencia, siendo la piedra angular del mismo.

En efecto; ¿cómo se demuestra que el cirujano evaluó de forma completa al paciente a su llegada al servicio de urgencia?, ¿de qué forma se acredita que el paciente fue debidamente informado antes de realizarse una osteosíntesis a la rodilla de los riesgos de infección y no consolidación de los huesos?, ¿cómo le explico e informo al tribunal que las actuaciones médicas, así como las indicaciones y técnica empleada, se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la especialidad? o ¿cómo pruebo que el paciente rechazó el tratamiento? Todo ello se logra mediante la agregación en un juicio de la propia ficha clínica.

En definitiva, la ficha no solo servirá para acreditar las acciones sanitarias que se efectuaron, siendo por sí sola un documento probatorio de mucha importancia; sino que también servirá de base para la creación de otro medio probatorio que es utilizado en casi la totalidad de los procesos sobre negligencia médica. Se trata de la prueba pericial.

Concretamente, ya que tanto el juez como el fiscal no tienen experiencia en temas tan técnicos propios de la medicina, necesitan ser orientados por un especialista que les informe acerca de la patología cursada, las técnicas médicas empleadas, complicaciones y en definitiva si del análisis del caso existe o no una infracción a la buena práctica médica o *Lex Artis*.

Lo anterior, solo se logrará en la medida que el perito haya tenido acceso a una ficha que, cumpliendo con los elementos anteriormente expuestos, permita acreditar la efectividad de las actuaciones y luego su diligencia. En caso contrario, resultará difícil la acreditación de la diligencia profesional, salvo que se pruebe mediante testigos u otros medios probatorios.

Ahora bien, ¿qué valor probatorio se le dará a la ficha clínica en un juicio?

En primer lugar, debemos señalar que al menos en un procedimiento civil existe la discusión sobre si este documento constituye un instrumento público o privado. La diferencia radica en el valor probatorio asignado a cada uno: mientras los instrumentos públicos se encuentran amparados por una presunción de veracidad; los privados, inicialmente no.

En este sentido, el profesor Daniel Peñailillo señala que la ficha clínica constituye un instrumento privado, ya que por sus propias características, se desprende que no es autorizada por un funcionario público designado por la ley -a lo más se extiende y no autoriza por un médico funcionario de un hospital-, ni tampoco la ley ha designado solemnidades que deban cumplirse en su expedición, por lo que al no cumplirse los requisitos del artículo 1699 del Código Civil, solo tiene dicho carácter.

Sin embargo, ya advertíamos que la ficha clínica puede ser un instrumento probatorio que será de gran utilidad cuando sea apreciado con otros medios de prueba, como el informe de peritos. Es ahí donde cobra mucho más importancia en un juicio que cuando se califica como un simple instrumento o documento, toda vez que el valor probatorio de la pericia es apreciado por el juez de acuerdo a la sana crítica, esto es, “según la lógica y experiencia”,²¹⁶ pudiendo llegar al convencimiento de la procedencia o improcedencia de la acción intentada de la simple lectura del informe.

Algo similar ocurre con el nuevo proceso criminal en la etapa de investigación, en donde las conclusiones de un informe pericial son apreciadas por el fiscal, casi al pie de la letra, a la hora de formalizar o bien decretar el sobreseimiento definitivo o archivo de la causa.

En definitiva, tenemos que la ficha clínica, al ser parte de la columna vertebral en un juicio por mala praxis médica, requiriendo como ya lo hemos dicho del cumplimiento de sus elementos y requisitos básicos, toda vez que solo de esta

216 ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediar S.A. Editores), v. I: 760 pp.

forma podrán ser apreciadas en un juicio las actuaciones que posteriormente pudieren ser cuestionadas.

V.- LA FICHA CLÍNICA ELECTRÓNICA

El avance de las tecnologías de la información ha tenido incidencia en todos los aspectos de nuestra vida cotidiana, inclusive en el registro de los datos de salud. En este sentido, debemos entender que en primer lugar estamos hablando de una forma distinta y moderna de dejar constancia de información, que tiene el carácter de única e irrepetible.

Sin ir más lejos, en nuestro país ya existen diversas clínicas privadas y consultorios municipales que están utilizando cotidianamente este tipo de registro y todo dice que va a seguir extendiéndose en la medida que exista un soporte y financiamiento adecuado.

Ahora bien, independiente de las características comunes a toda ficha clínica enunciadas anteriormente, las efectuadas por vía informática presentan una serie de desafíos que deben ser tomados en cuenta previo a su instauración, en aras de cumplir con su utilidad. Estas dicen relación con las tres últimas características, esto es: la veracidad, inviolabilidad y confidencialidad.

En efecto, una de las grandes ventajas de este tipo de información clínica es que con su instauración se eliminan aspectos burocráticos en relación con la ubicación del historial del paciente, aumentando con ello la comprensión por parte de los profesionales respecto a las evoluciones ya efectuadas. De esta forma, es posible obtener de manera rápida y ágil análisis comparativos del propio historial del paciente como también es posible la creación de estadísticas a nivel nacional o del servicio, que permitan una correspondiente adaptación a las causas o casos que requieran mayor atención.

Sin embargo, como ya adelantábamos, la ficha clínica es información que corresponde a la historia clínica confidencial del paciente, quien tiene el derecho a que la información en ella contenida no sea utilizada con otros fines y que en su tratamiento se cuente expresamente su consentimiento. En este punto, si bien es cierto en las fichas clínicas tradicionales también existen riesgos a una eventual vulneración a la confidencialidad, en las electrónicas los peligros aumentan debido a su fácil accesibilidad de sistemas de soporte deficientes.

Para impedir lo anterior, se han adoptado diversos niveles de seguridad y recomendaciones en su tratamiento. Dentro de las segundas, tenemos las recomendaciones efectuadas por el Colegio Médico de Barcelona, gremio que dispuso

una serie de directrices sobre el tratamiento de la información de las historias clínicas electrónicas, en la especie:

- a) Control en el acceso del profesional que efectivamente está ingresando la información mediante la anamnesis, examen físico o evaluaciones al paciente.
- b) Control respecto a la inviolabilidad del instrumento, vale decir que una vez transcrito por ese profesional, no pueda ser alterado en una evaluación posterior.
- c) Control de acceso a la información una vez efectuada por parte de otros profesionales debidamente autorizados, por cuanto sea porque se almacenan datos personales del paciente y sea por la utilidad y fin último de la ficha clínica, ella solo debe ser encaminada a ser una “biografía” del historial clínico del usuario.
- d) Asegurar el cuidado sanitario, esto quiere decir que en caso de que el personal que tiene acceso a la información no sea ubicable, se permita la asistencia del paciente en casos urgentes.
- e) Control en el sistema operativo. Aunque suene obvio, el sistema debe tener un correspondiente respaldo técnico y de software que impida “caídas” del mismo, por cuanto en la atención clínica, y en especial en la de urgencia, los pacientes no pueden esperar.

En España, se ha señalado expresamente que las fichas clínicas electrónicas, deben contener medidas de seguridad de “nivel alto” que incluyan: distribución de soportes y redes, que garanticen que no sean manipuladas durante su transmisión; registro de accesos, que dejen constancia sobre quien consultó en un determinado momento; y copias de respaldo en lugares diferentes de aquel en que se encuentren los equipos informáticos.²¹⁷

En Inglaterra, por su parte, en los Centros Médicos que se ha instaurado este tipo de registro, se requiere: control de acceso, debiendo existir una nómina de personas que pueden acceder; apertura de historias, un registro de las consultas efectuadas; control de cambios, solo un médico o médica puede efectuar cambios en la ficha; consentimiento, cualquier modificación de la nómina de personas que

²¹⁷ JAÑEZ RAMOS, Fernando: *La Protección de Datos Personales en el Ámbito Sanitario*, Legalia. Navarra, 2002, pp. 157-158.

tenga acceso, debe ser notificada al paciente; persistencia, nadie puede borrar la información y seguridad del sistema informático.²¹⁸

Ahora en nuestro país deberemos estar atentos a lo que señala el artículo 5 de la Ley N° 19.628, en cuanto dispone que el banco de datos personales o el responsable del registro (hospital, clínica e institución encargada para tal efecto) al efectuar un sistema automatizado de transmisión de datos requerirá: La individualización del requirente, el motivo del requerimiento, el tipo de dato que se transmite y la finalidad. Lamentablemente, nada señala o dice respecto de los niveles de seguridad requeridos.

Con todo, lo primordial a la hora de hacer aplicable este tipo de registro, es velar por el acceso y control de los datos, toda vez que solo de esa forma lograremos velar por el adecuado tratamiento de este dato sensible.

VI. INTERNACIONALIZACIÓN DE DATOS DE SALUD CONTENIDOS EN FICHA CLÍNICA ELECTRÓNICA

¿Es posible que un paciente cuente con una ficha clínica electrónica que pueda ser utilizada a lo largo y ancho del mundo, de manera tal que si requiere ser atendido en otro país, los profesionales contarán con toda la información médica previa? ¿Cómo se efectuará el tratamiento de estos datos?

Parece una hipótesis sacada de un libro de Aldous Huxley, pero lo cierto es que ante la necesidad de contar cada vez con más antecedentes para hacer aplicable de forma apropiada la medicina ante los avances científicos, podría ser realidad en unos cuantos años.

Por lo pronto, en los distintos bloques económicos como Europa en donde esta discusión ha sido abordada, la Recomendación N° 5 antes citada señala que no se debe prohibir el flujo de estos datos, siempre y cuando se trate de Estados que hubieren ratificado la Convención Europea N° 108 -que regula el tratamiento automatizado de datos de carácter personal- y constituyan Estados que dispongan de una legislación que proporcione una protección similar a los datos que se van a tratar.

²¹⁸ CRIADO DEL RÍO, M. Teresa: *Aspectos Médico Legales de la Historia Clínica*, Colex. Madrid, 1999, 238-240.

Agrega que se debe indicar claramente quién va a ser el destinatario de la información y el fin -principio de congruencia-, así como la persona u organismo a los que se pueden comunicar los datos.

En la práctica, pareciera ser difícil que en nuestro país o en la región pudiéramos contar con este fenómeno, toda vez que en primer lugar requerimos homogeneizar la protección legal en el tratamiento de este, dado el carácter sensible al interior de nuestro territorio. Solamente podemos advertir una suerte de transmisión de datos de tipo estadístico, epidemiológico (por ejemplo: los proporcionados a la OMS) y personales propiamente tales por aplicación del inciso final del artículo 5 de la ley cuando se transmiten a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes, hipótesis que dista muchísimo de la inicialmente planteada.

VII.- CONCLUSIONES

En resumen, podemos señalar que es a partir de la promulgación de la Ley sobre Derechos y Deberes del Paciente, que se crea un cuerpo normativo referido específicamente al resguardo de la ficha clínica y su acceso, entendiendo que la información contenida en esta tiene el carácter de sensible, garantizando a su vez tanto al paciente como a las demás personas que puedan acceder a la misma de forma tal de proporcionar transparencia acerca de las atenciones efectuadas.

Por otra parte, tenemos que el registro clínico, al ser la piedra angular de la atención sanitaria respecto del paciente, debe ser tratado con la importancia que reviste, requiriendo un constante registro y lectura de evoluciones de parte del personal médico y paramédico. Solo de esa forma aseguraremos la debida atención al paciente y crearemos a su vez un medio de prueba importantísimo en caso que se judicialice tal prestación.

Finalmente, y en relación a la ficha clínica electrónica, independientemente de la aplicación que podemos efectuar al artículo 5 de la Ley N° 19.628 y de lo exigido en el artículo 12 de la Ley de Derechos y Deberes del Paciente, no contamos con directrices o protocolos que exijan una debida regulación respecto a los niveles de seguridad que se deberán adoptar en los historiales clínicos electrónicos.

Solo una vez que contemos con lo anterior, recién podremos hablar de una real protección de los datos sanitarios, toda vez que en la actualidad no se cuenta con la debida reserva y confidencialidad del documento clínico que los contiene, pilar fundamental en la protección de la intimidad del paciente y, por ende, del tratamiento de sus datos.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, Hugo. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ed. Ediar S.A.

Bacaria Martrus, Jordi. (2006). *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*. Madrid: Ed. Jurídicas y Sociales.

Código Sanitario.

Constitución Política de la República.

Criado del Río, M. Teresa. (1999). *Aspectos médicos legales de la Historia Clínica*. Madrid: Ed. Colex.

Galán Cortés, J. César. (2001). *Responsabilidad Médica y el Consentimiento Informado*. Madrid: Ed. Civitas.

Jañez Ramos Fernando. (2002). *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Navarra: Ed. Legalía.

Ley 19.628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley que regula los Derechos y Deberes de los Pacientes.

Peñailillo Arévalo, Daniel. (2007). *Sobre la calificación instrumental de la Ficha Clínica*. Informe en Derecho, Concepción.

Sánchez Carazo, C. (2000). *La intimidad y el secreto médico*. Madrid: Díaz de Santos.

Vacarezza Ricardo y Núñez, M. Elena. (2003). ¿A quién pertenece la Ficha Clínica?. *Revista Médica de Chile, Volumen 131*. Santiago.

Vázquez Ferreyra, Roberto. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Bs. Aires: Ed. Hammurabi.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Carmen Gloria Pierart Zambrano²¹⁹

I. INTRODUCCIÓN

El Consentimiento Informado o CI, es un concepto fundamental que fue explicitado por primera vez en 1947 en el Código de Nuremberg, documento que definió lo que significa un CI de “calidad”. Este documento dispone: *“El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona envuelta debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; debe estar situada en tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligar a coacer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia envuelta para permitirle tomar una decisión correcta. Este último elemento requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto sometible al experimento debe explicársele la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se conducirá, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre la salud o persona que pueden derivarse posiblemente de su participación en el experimento.*

219 Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile, ingresó a FALMED en 2009, y desde el año 2012 hasta la fecha se desempeña como Jefa de la Unidad de Mediación. Postítulo de Derecho Penal en la Universidad del Desarrollo. Diplomado en Mediación en la Universidad Bernardo O'Higgins. Diplomado en Derecho Laboral en Editorial Puntotex.

El deber y la responsabilidad para determinar la calidad del consentimiento recaen sobre el individuo que inicia, dirige, o toma parte del experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada a otra persona con impunidad”.

El Código de Nuremberg fue publicado el 20 de agosto de 1947, producto del juicio de Nuremberg, en el que, junto con la jerarquía nazi, resultaron condenados varios médicos por gravísimos atropellos a los derechos humanos. Dicho texto tiene el mérito de ser el primer documento que planteó, explícitamente, la obligación de solicitar el CI, expresión de la autonomía del paciente.

Por supuesto, han habido otros documentos en los que se ha planteado este tema. Uno de los más recientes es la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005, la que lo menciona en los artículos 5, 6, 7, 8, y 9. El artículo 6 de esta declaración dispone: “1) *Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica solo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que ello entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno ...”.*

En USA, el CI se define como una autorización autónoma prestada por una persona para ser sometido a una intervención médica o participar en un estudio. El término “autonomía” significa que la persona tiene derecho a recibir información y a emplearla; a aceptar o rechazar su participación en un estudio o a someterse a un tratamiento propuesto.²²⁰

Ahora bien, ¿cómo pasó el Consentimiento Informado a formar parte de la práctica clínica? La práctica profesional indicaba tradicionalmente que tanto la cantidad como la calidad de la información a compartir con los pacientes debía ser determinada por el médico o médica, ya que era quien sabía qué era mejor para el paciente. Por tanto, solo podía exigírsele aquella información razonable, es decir, aquella que la mayoría de los profesionales entregaría en una situación similar. A partir de la década del 70, con el nacimiento de la Bioética, surge la necesidad de dar real importancia a la autonomía de los pacientes, dejando de lado el paternalismo existente. De la aplicación de este principio básico de la Bioética a la realidad clínica surge el Consentimiento Informado. Su utilización se basa en fundamentos éticos y jurídicos, pasando así a formar parte de la *Lex Artis*.

220 DAVIS H.J., AROSKAR M.A., LIASCHENKO J., DROUGHT T. (1997) *Ethical Dilemmas and Nursing Practice*. Stamford, CT: Appleton & Lang, 105.

En nuestro país, el 1 de octubre de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.584 que establece los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Esta ley regula el CI del paciente, proporcionándole autonomía para decidir a qué procedimientos médicos someterse. De la misma forma, el 26 de noviembre de 2012 entró en vigencia el Decreto 31 que es el reglamento sobre entrega de información y expresión de Consentimiento informado en las atenciones de salud.

El Mensaje Presidencial de julio de 2006,²²¹ con el cual se presenta el proyecto de ley, estableció como principios inspiradores de la ley:

1. La dignidad de las personas.
2. La autonomía de las personas en su atención de salud.
3. El derecho de las personas a decidir informadamente, entendiendo que el ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que estas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento.
4. El respeto a los menores de edad.
5. El respeto a las personas en situación de salud terminal, como una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir.
6. El respeto de la autonomía frente a la investigación científica.
7. El respeto a las personas con discapacidad psíquica o intelectual.
8. La confidencialidad de la información de salud.
9. El reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud.

El proyecto de ley, originalmente, hace una distinción en materia del derecho a la información. Por una parte, está el derecho a ser informado desde el punto de vista más administrativo en relación a prestaciones, valores, etcétera; y, por otra, el derecho a ser informado respecto al estado de salud y a las alternativas relacionadas con la decisión que se debe tomar.

El Consentimiento Informado constituye un aporte relevante que el derecho ha realizado a la medicina, basándose en la doctrina de los derechos humanos. Verdaderamente, debe ser considerado un derecho humano principal y funda-

²²¹ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que regula los Derechos y Deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, 26 de julio de 2006. Mensaje Número 223-354.

mental. Atrás ha quedado aquella medicina paternalista basada esencialmente en el principio de la beneficencia, donde el médico decidía ante sí, en la mayoría de los casos, la conducta terapéutica adecuada para cada paciente, sobre la base de la creencia de que un ser en estado de enfermedad no es capaz de tomar una decisión libre y clara, por cuanto la enfermedad no solo afecta su cuerpo, sino también su mente. En la actualidad, el derecho del paciente a la autodeterminación y el respeto a su libertad son factores preponderantes a considerar en la relación médico paciente, de tal forma que el derecho a la información es una manifestación concreta del derecho a la protección de la salud.

La expresión “Consentimiento Informado” (Informed Consent) fue utilizada por primera vez en el Estado de California (USA), con ocasión del juicio Salgo contra Leland Stanford Junio University-Broad of Trustees.²²² La sentencia aclara que el cuerpo médico está obligado a “obtener el consentimiento” del enfermo y, además, a “informar adecuadamente” al paciente antes de que proceda a tomar una decisión. Es decir, esta sentencia destaca el derecho del paciente a una información de calidad y la obligación médica de entregar dicha información.

El caso Nathanson versus Kline²²³ selló, en 1960, el ingreso del Consentimiento Informado a la práctica clínica y, desde entonces, se lo incorporó como parte constitutiva del acto médico. En esta sentencia, se señalaba que el profesional no podía decidir por su paciente, ni aun para proteger sus mejores intereses.

Lo importante es hacer del Consentimiento Informado un instrumento para el cumplimiento de un principio esencial: que la persona pueda decidir efectivamente sobre su cuerpo, como corresponde a su dignidad, y que esta decisión esté basada en una información genuina, honesta y humana, como corresponde a algo tan trascendente en que pueda estar afectada la salud y la vida.

II. AUTONOMÍA DEL PACIENTE

El principio de autonomía, o de respeto de la autonomía del paciente, supone la capacidad de las personas de decidir o, desde otra perspectiva, de consentir reflexiva e independientemente sobre la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que afecten su integridad corporal o salud, sin verse sujetas a controles o influjos externos distintos de la voluntad del paciente mismo. Desde un punto de vista más amplio, el principio de autonomía del paciente implica la facultad de

222 <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/154/560.html>.

223 <http://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html>.

este de autodeterminarse en el ámbito sanitario. Las decisiones que el paciente tome en cuanto a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que incidan en su integridad corporal o salud son personalísimas, solo le incumben a él²²⁴ y no pueden ser impuestas por terceras personas, ni siquiera en caso de encontrarse indicadas de acuerdo con la ciencia médica.

El reconocimiento de este principio implica un reconocimiento de la relevancia normativa general de la autonomía del individuo y pone de relieve el valor de su independencia frente a las autoridades públicas o privadas, incluidos los médicos. Su fundamento se encuentra en la Constitución, principalmente a través de la consagración de la igualdad “en dignidad y derechos” de que es titular la persona (artículo 1 Constitución Política); del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 Constitución Política); del respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4 Constitución Política); de la libertad de conciencia (artículo 19 N° 6 Constitución Política) y del derecho a la libertad personal (artículo 19 N° 7 Constitución Política).

Desde la perspectiva del médico o médica, su intervención en la integridad corporal o en la salud del paciente solo será legítima si cuenta con el consentimiento del mismo, cuya manifestación a su vez supone que el paciente sea debidamente informado sobre los alcances de la intervención médica de que se trate.

Desde la perspectiva del paciente, para que él pueda actuar de manera autónoma en lo que atañe a su integridad corporal o salud o incluso a su vida, debe tener acceso a información veraz, oportuna, completa y adecuada de parte del médico tratante. Para que el paciente pueda consentir y asumir las consecuencias previsibles del tratamiento médico que se le va a aplicar, debe conocer y comprender los alcances de la intervención en cuestión, lo cual implica, entre otras cosas, el deber del médico de brindarle información mediante un lenguaje comprensible de acuerdo a sus circunstancias, así como de cerciorarse de que dicha información efectivamente fue comprendida por el paciente. Que un paciente concreto conozca y comprenda los alcances de la intervención médica de que se trate no depende solo de su edad, sino que más bien de las circunstancias concretas del caso.

224 Lo sostenido es sin perjuicio de supuestos excepcionales de “tratamientos médicos obligatorios”, impuestos en interés de otras personas, como las medidas sanitarias para impedir epidemias. Cfr. al efecto HERNÁNDEZ, HÉCTOR, Consentimiento informado y responsabilidad penal y médica: Una relación ambigua y problemática, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado, VI (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010), p172.

El Mensaje Presidencial del año 2006 con el cual se presentó el proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, señala sobre este tema: *“El ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que estas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento. Este derecho, en principio, no tiene más limitaciones que excepciones basadas en razones de salud pública; también, en que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia, que no hagan posible recabar la voluntad de la persona; además, se da en ciertas situaciones: Por ejemplo, si una persona se hospitaliza, se entiende que acepta ciertos procedimientos o tratamientos asociados a dicha circunstancia. Asimismo, se plantea como requisito para el correcto ejercicio de este derecho el cumplimiento del deber de informar, correlativo al derecho a ser informado”*.

III. REGULACIÓN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS PACIENTES

A. NORMA GENERAL

La Ley N° 20.584 reconoce en el inciso 1 del artículo 14 que: *“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”*.

La ley agrega que este derecho se debe ejercer en forma:²²⁵

- Libre
- Voluntaria
- Expresa
- Informada

Para que esto suceda, es necesario que el profesional tratante entregue información adecuada (es decir, apropiada para que el paciente lo comprenda), suficiente (es decir, adecuado para cubrir lo necesario) y comprensible (es decir, que se pueda entender) acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado y

225 Inciso 2, artículo 14, Ley N° 20.584.

del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.²²⁶

Si el paciente no puede recibir la información, por su condición, por alteración de conciencia o dificultades de entendimiento, esta será entregada a su representante legal, entendiendo como tal la persona que tiene la facultad otorgada por la ley para obrar en nombre de otra (por ejemplo, representación de los hijos menores por sus padres), o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre.

Ahora bien, como es el paciente quien toma la decisión respecto a si someterse o no a tratamiento, una vez haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, debe ser informado, teniendo siempre presente que la imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de emergencia o urgencia.

En base a lo anterior, es que se señala que el CI es un proceso, es decir, un conjunto de fases sucesivas y no solo un documento. La misma ley señala que, por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal.²²⁷ Sin perjuicio de lo anterior, la ley contempla tres situaciones en que el consentimiento debe constar por escrito:

- Intervenciones quirúrgicas.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos.
- Procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del paciente.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 31, en el documento escrito debe constar lo explicado, agregando, o no, mayores antecedentes, destinados a dejar constancia de la recepción de la información. En los casos en que el CI conste por escrito, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, y la aceptación o rechazo, deben consignarse en la ficha clínica del paciente.

Finalmente, la ley contempla tres situaciones en las cuales no se requerirá manifestación de voluntad:²²⁸

- Riesgo a la salud pública, caso en el cual se debe dejar constancia en la ficha clínica.

226 Artículo 10, Ley N° 20.584.

227 Inciso final, artículo 14, Ley N° 20.584.

228 Artículo 15, Ley N° 20.584.

- Casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención inmediata e impostergable, siempre que el paciente no se encuentre en condiciones de consentir ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal o persona bajo cuyo cuidado se encuentre.
- Incapacidad de manifestar la voluntad, siempre que no sea posible obtenerla de su representante legal o de la persona bajo cuyo cuidado se encuentre.

En estos casos, se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida del paciente.

B. LIMITACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El artículo 14 de la Ley N° 20.584 establece tres limitaciones a la voluntad del paciente, al señalar que en ningún caso el rechazo del tratamiento podrá tener como objetivo:²²⁹

- Aceleración artificial de la muerte
- Realización de prácticas eutanásicas
- Auxilio al suicidio

La ley no define estas tres situaciones, solo las menciona, por lo que es necesario buscar los conceptos en otras fuentes. De este modo, se puede señalar que la norma hace referencia a la Eutanasia activa, entendida como acciones tendientes a provocar la muerte sin sufrimiento del paciente, y a la Eutanasia pasiva, entendida como inhibirse de actuar o abandonar un tratamiento ya iniciado, evitando interferir en un proceso causal de consecuencias letales, es decir, provocar la muerte mediante la omisión deliberada de un cuidado debido y necesario.

Por su parte, al hablar del auxilio al suicidio sin definirlo, se debe entender relacionado al delito contemplado en el artículo 393 del Código Penal, el que dispone: *“El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo si se efectuare la muerte”*.

229 Inciso 3, artículo 14, Ley N° 20.584.

C. PRESUNCIÓN LEGAL

La Ley N° 20.584 establece una presunción respecto al CI, al señalar que se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

La presunción se puede definir como un hecho cierto, conocido y demostrable. En Derecho, se denomina *presunción* a una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello.

Esta presunción, establecida por la Ley N° 20.584, debe entenderse en el sentido de lo establecido por el artículo 47 del Código Civil, el que dispone: *“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

En base a lo anterior es que se dice que la presunción establecida por la Ley N° 20.584 es simplemente legal, toda vez que admite prueba en contrario. Así lo ha dicho la Jurisprudencia, al señalar: “Sin embargo el consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración de culpa del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Ello no importa una cláusula de irresponsabilidad, puesto que, de igual modo, de las acciones negligentes deberá responder, pero ya no lo hará por el hecho de no haber informado sobre tales consecuencias. Se busca con ello, como se ha dicho, que el paciente otorgue un consentimiento informado, que tenga conocimiento sobre las posibles consecuencias que estadísticamente se pueden presentar como reacciones o efectos no deseados a la acción de salud

o procedimiento que se le practicará. Así el paciente evalúa el riesgo y lo asume, ya no es el profesional médico quien lo determina y acepta”.²³⁰

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ENFERMOS TERMINALES

Como una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud le sea propuesta por los profesionales tratantes, asoma la posibilidad de que aun en una situación de salud de extrema precariedad, llamada en la ley “estado de salud terminal”, la persona atendida pueda rechazar tratamientos que estime desproporcionados e innecesarios.

La ley dedica un acápite²³¹ a los pacientes que estén en condición terminal. Estos pacientes tienen derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida.²³² En este caso, la ley también hace referencia a la aceleración artificial del proceso de muerte, señalándola como una limitación a la decisión del paciente.

Con esto se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía; y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión.²³³ Consagrar la posibilidad de “limitar el esfuerzo terapéutico”, con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica, constituye hoy, a nuestro juicio, un consenso bioético general. Las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o de la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias, constituye el desafío crucial de la formulación legal.

Esta regulación no es distinta de la establecida en el artículo 14 de la ley, ya que el enfermo terminal tiene el mismo derecho que los demás pacientes.

230 Corte Suprema, Rol 8983-2010, voto en contra del Ministro Señor Muñoz, Considerando 18.

231 Párrafo 6°, parágrafo 2, “*Del Estado de Salud Terminal y la Voluntad Manifestada Previamente*”.

232 Artículo 16, Ley N° 20.584.

233 Mensaje Presidencial, año 2006.

La ley dispone que este derecho no afecta a la mantención de las medidas de soporte ordinario, sin embargo, no define ni distingue las medidas ordinarias y las extraordinarias.

Dado que la ley no define los conceptos, es necesario buscarlos en otras fuentes. De este modo, podemos señalar que las medidas de soporte ordinario o de uso habitual, incluyen aquellos cuidados de carácter imprescindible, así como medicamentos y procedimientos de uso habitual por cualquier médico o médica. Los cuidados de carácter imprescindible o mínimos, se refieren a los cuidados básicos de enfermería, a la alimentación y la hidratación. Este tipo de cuidados son irrenunciables, toda vez que contribuyen al confort del paciente y evitan complicaciones indeseables. Por su parte, dentro de los tratamientos medicamentosos y procedimientos de uso habitual podemos encontrar los analgésicos, antipiréticos, antiespasmódicos, ansiolíticos, antibióticos, enema evacuante, sonda nasogástrica, sonda vesical, oxigenoterapia. Se caracterizan, en general, por ser recursos terapéuticos habitualmente disponibles, de bajo costo relativo, de bajo riesgo y simples de administrar.²³⁴

Por su parte, se acostumbra a denominar métodos extraordinarios de tratamiento, en general, a aquellas técnicas o instrumentos complejos, escasos, invasivos, de alto costo y cuyo uso expedito y sostenido requieren un entrenamiento especializado del equipo médico. Es el caso, por ejemplo, de la hemodiálisis y de los trasplantes de órganos. Ahora bien, estos métodos, cuando están indicados porque se juzga razonablemente que su uso redundará en un claro beneficio vital para el paciente, se los considera procedimientos terapéuticos éticamente proporcionados y técnicamente útiles. Por el contrario, si se estima que de su aplicación no resultará ningún beneficio significativo para el paciente, o incluso se piensa que solo pueden prolongar innecesariamente un esfuerzo terapéutico o un sufrimiento para el paciente, se convierten en procedimientos terapéuticos desproporcionados.

El médico o médica está siempre técnica y éticamente obligado a usar los métodos ordinarios de tratamiento, en cambio, no tiene siempre la obligación técnica ni ética de emplear métodos extraordinarios, cuyo uso solo está justificado cuando sean necesarios para salvar la vida de un paciente o se espera con fundamento un beneficio claro.

234 Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, "Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento", *Rev. méd. Chile*[online]. 2003, vol.131, n.6, pp.689-696. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003000600015&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0034-9887. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872003000600015>.

Finalmente, la ley repite dos exigencias que están señaladas en normas precedentes: el deber de proporcionar información completa y comprensible, y la improcedencia del derecho a consentir cuando esté en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LOS COMITÉS DE ÉTICA

La ley ha previsto la intervención de Comités de Ética en una serie de casos, incluyendo aquellos en que el paciente ejerza su derecho de autonomía. El inciso 1 del artículo 17 de la ley dispone: *“En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por esta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento...le corresponda.”.*

La ley, además, establece la posibilidad de recurrir al Comité de Ética, en caso de que el paciente rechace la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del Esfuerzo Terapéutico.²³⁵

La intervención del Comité limita el derecho de autonomía del paciente, ya que, si la decisión del paciente expone su salud a consecuencias graves, el médico o médica está obligado a consultar al Comité de Ética y, en caso de que el paciente rechace la insistencia en el tratamiento o la limitación al esfuerzo terapéutico, también puede recurrir al Comité en vez de acceder a los requerimientos del paciente.

Ahora, hay que tener presente que en virtud de lo dispuesto por la ley, el Comité de Ética no adopta decisiones, sino que su pronunciamiento solo tiene el carácter de “recomendación”.²³⁶ Además, la ley libera a los integrantes del Comité de toda responsabilidad civil o penal respecto de lo que pudiere suceder al paciente, señalando únicamente que, en caso de que la consulta diga relación con la atención de menores de edad, el Comité debe tener en cuenta, especialmente, el interés superior del niño, niña o adolescente.

La ley nada dice respecto a la responsabilidad del médico o médica en estos casos, limitándose a otorgar la posibilidad de que si el profesional tratante no está de acuerdo con la decisión tomada por el paciente o su representante, declare su

235 Inciso 2, artículo 17, Ley N° 20.584.

236 Inciso 3, artículo 17, Ley N° 20.584.

voluntad de no continuar como responsable del tratamiento.²³⁷ En estos casos, la ley establece como requisito para solicitar el cambio de tratante que asegure que esta responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud técnicamente calificado, de acuerdo al caso clínico específico.

Finalmente, la ley agrega que las personas que no estén de acuerdo con la opinión del Comité pueden recurrir a las Cortes de Apelaciones ejerciendo la Acción de Protección prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

4. ALTA VOLUNTARIA Y FORZOSA

La ley dispone que el paciente puede pedir el Alta voluntaria, cuando no desee ser tratado, quiera interrumpir el tratamiento o se niegue a cumplir las prescripciones médicas. Como contrapartida, la ley otorga al establecimiento de salud a través de su Dirección, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al Comité de Ética, la posibilidad de decretar el Alta forzosa.²³⁸

Es necesario tener presente que existen diversos tipos de Alta que los establecimientos de salud han definido en sus reglamentos internos. Así, podemos encontrar:

- Alta Hospitalaria, que procederá cuando el profesional tratante estime que el cuadro clínico que motivó la hospitalización presenta una evolución favorable que no justifica la permanencia en el establecimiento.
- Alta voluntaria, que es la solicitada por el paciente en aquellos casos en que expresa su voluntad de no ser tratado, quiere interrumpir el tratamiento o se niega a cumplir las prescripciones médicas.
- Alta forzosa, que es la dispuesta por la dirección del establecimiento, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al Comité de Ética, concurriendo las mismas causales del Alta voluntaria.
- Alta disciplinaria es aquella que podrá ordenar el director del establecimiento en aquellos casos en el que el paciente incurra en actos de maltrato o de violencia, siempre que ello no ponga en riesgo su vida o su salud.

237 Inciso Final, artículo 17, Ley N° 20.584.

238 Artículo 18, Ley N° 20.584.

La ley solo establece los requisitos del Alta voluntaria, como manifestación de la autonomía de la voluntad del paciente, y del Alta forzosa como contrapartida de la anterior para el establecimiento.

IV. DERECHOS DE AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

Aquí, se analizarán las normas sobre Consentimiento Informado y cómo ellas se relacionan con la responsabilidad del médico o médica. Para hacerlo, es necesario pensar en casos, considerando solo la hipótesis más grave, es decir, el caso en que la decisión del paciente pueda comprometer su vida.

EJEMPLO 1

Paciente concurre a la consulta de un médico a realizarse un chequeo, el que conduce a exámenes que revelan la posibilidad de tener cáncer. El médico informa de esta situación al paciente en su consulta.

En este caso, resulta claro que el paciente puede escuchar la opinión del médico y después irse a su casa, con la intención de no someterse a tratamiento médico, sin volver a consultar. En esta hipótesis no se aplica la ley.

El paciente puede hacer uso de su autonomía y decidir no someterse a tratamiento y el médico que lo diagnosticó e informó no tiene ninguna responsabilidad.

Durante la tramitación de la ley, la Comisión de Salud del Senado escuchó la opinión del presidente del Colegio Médico, Juan Luis Castro, quien señaló: *“El Colegio Médico comparte el espíritu y sentido de la ley de otorgarle a las personas derechos y garantías al momento de acceder a la atención de salud en los establecimientos...”*.

*“...Como su nombre lo indica, el proyecto en estudio no guarda relación con el derecho a la salud de los ciudadanos, sino que está referido a los derechos y deberes una vez que las personas ya han accedido al prestador correspondiente, y por lo tanto está vinculado exclusivamente a la atención en salud; es decir, con las prestaciones que reciban...”*²³⁹

De este modo, se puede decir que los derechos de autonomía del paciente, sus limitaciones y las obligaciones del médico se aplican cuando el paciente se

²³⁹ Segundo informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Boletín N° 4398-11, pp. 3-4.

encuentra sometido a la responsabilidad de profesionales en un establecimiento de salud.

EJEMPLO 2

Caso de un paciente hospitalizado. Se realizan exámenes que revelan una situación grave que compromete su vida. Su médico tratante le informa de los procedimientos disponibles para intentar recuperar su salud. ¿Puede el paciente rechazar el tratamiento para recuperar la salud y, con ello, exponerse a morir?

a) En este caso, y suponiendo que no nos encontramos en ninguna de las hipótesis del artículo 15 de la Ley N° 20.584,²⁴⁰ se aplica el artículo 14 de la ley.

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud...”.

La única limitación que tendría el paciente en este caso, es que existiera riesgo a la salud pública.

Por tanto, respondiendo a la pregunta planteada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley N° 20.584, el paciente podría denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento médico y, con ello, exponerse a la muerte. Esta respuesta es válida solo en principio.

b) ¿Puede el paciente rechazar continuar con un tratamiento que se encuentra en curso?

Este cuestionamiento se puede presentar debido a la redacción de la norma. Literalmente, la norma dice: denegar su voluntad para someterse a cualquier

240 Artículo 15: “No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad, en las siguientes situaciones:

- a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ellos en la ficha clínica de la persona.
- b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.
- c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.

procedimiento o tratamiento, lo que pareciera indicar un tratamiento futuro, no uno que se encuentre en curso.

Sin embargo, considerando el propósito de la ley, se debe entender, que el artículo 14, al reconocer el derecho a no someterse a un tratamiento, también comprende el derecho a interrumpir un tratamiento.

c) Se dijo que la respuesta a la primera pregunta es válida solo en principio, y esto es así, en virtud de las limitaciones generales previstas en el artículo 17 de la Ley N° 20.584.

“En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por esta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética...”.

Supongamos que el profesional de la salud no tiene dudas sobre la competencia del paciente. *¿Qué debe hacer?*

En este caso, el médico o médica debe someter el asunto al Comité de Ética. Esto es imperativo. En la redacción original del mensaje presencial, el recurrir al Comité de Ética, en estos casos, era facultativo. En el primer informe de la Comisión de Salud ya aparece la modificación, pasando a ser obligatorio.

En consecuencia, el o la profesional no puede acceder a la solicitud del paciente. Si lo hace, infringe la ley. Por lo tanto, aquí existe una restricción importante al derecho de autonomía del paciente, ya que no tiene derecho a decidir morir sin que antes se consulte al Comité de Ética.

Es importante tener presente que la ley hace obligatoria la consulta al Comité de Ética, no su decisión. Por lo que, una vez que el Comité haya dado su opinión, y cualquiera que esta sea, el médico puede acceder a la voluntad del paciente.

Respondiendo a la pregunta inicial, de si puede el paciente rechazar el tratamiento y exponerse a morir, podemos señalar que sí, siempre que se cumplan dos requisitos:

- I. Que el o la profesional tratante haya consultado al Comité de Ética.
- II. Que el o la profesional tratante esté de acuerdo con la voluntad del paciente.

Este segundo requisito es importante, ya que el médico no está obligado a acceder a la voluntad del paciente. Hay que recordar que si el paciente insiste en rechazar los tratamientos, el establecimiento de salud puede dar el alta forzosa y, por su parte, el médico puede abandonar el caso y traspasarlo a otro profesional.

Finalmente, ¿qué sucede si el médico o médica, cualquiera sea la decisión del Comité, se niega a acceder a la voluntad del paciente? En este caso, el paciente tiene dos opciones, contempladas en la ley, pedir el Alta voluntaria o recurrir a la Corte de Apelaciones a través de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

V. CONCLUSIONES

1. El Consentimiento Informado es un proceso, no un documento.
2. El derecho al consentimiento informado es un derecho de autonomía, lo que queda claro del título del párrafo 6°: “De la autonomía de las personas en su atención de Salud”.
3. Este derecho de autonomía se encuentra limitado de varias maneras por la misma ley.
4. El médico tiene derecho a la objeción en conciencia frente a los requerimientos del paciente.
5. El paciente tiene derecho a solicitar el Alta voluntaria en caso de que no esté de acuerdo con el equipo médico.
6. La ley tiene problemas de imprecisión respecto a los límites al derecho de autonomía, ya que prohíbe la eutanasia, pero no la define, prohíbe acelerar artificialmente la muerte, pero no precisa el concepto y prohíbe el auxilio al suicidio. Sin embargo, es difícil identificar esta situación.

BIBLIOGRAFÍA

Código de Nuremberg, Tribunal Internacional de Nuremberg, 1947. Traducción adaptada de Mainetti, J.A. (1989), *Ética Médica*, Quirón, La Plata, Argentina.

Código Civil.

Código Penal.

Constitución Política de la República, 1980.

Corte Suprema, Rol 8983-2010, voto en contra del Ministro Señor Muñoz, Considerando 18.

Davis H.J., Aroskar M.A., Liaschenko J., Drought T. (1997). *Ethical Dilemmas and Nursing Practice*. Stamford, CT: Appleton & Lang, 105.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005.

Decreto 31, de 26 de noviembre de 2012, Reglamento sobre entrega de información y expresión de Consentimiento Informado en las atenciones de salud.

Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago. (2003). Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento. *Revista Médica de Chile*, 131(6), 689-696. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872003000600015>.

Hernández, Héctor. (2010). Consentimiento Informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado*, VI. Santiago: Universidad Diego Portales. P.172.

Ley N° 20.584, de 1 de octubre de 2012, que establece los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que regula los Derechos y Deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago, 26 de Julio de 2006. Mensaje Número 223-354.

Nathanson versus Kline. Recuperado de: <http://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html>.

Salgo contra Leland Stanford Junio University-Broad of Trustees. Recuperado de: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/154/560.html>.

Segundo informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Boletín N° 4398-11, pp. 3-4.

EL CONTRATO DE TRABAJO MÉDICO

Patricia Núñez Vargas²⁴¹

El ejercicio del trabajo médico en el sector privado de salud es un área donde resulta esencial tener conocimiento de la normativa que lo rige, a fin de poder dar cumplimiento efectivo a los derechos y deberes que emanan de ello, evitar la aplicación de sanciones, promover la aplicación de las buenas prácticas laborales, y/o ejercer de manera eficaz y oportuna los derechos que correspondan.

A fin de contextualizar, es necesario precisar que el Derecho del Trabajo es *“la rama del Derecho que en forma principal se ocupa de regular tuitivamente la situación de las personas naturales que obligan de modo total o parcial su capacidad de trabajo durante un período apreciable de tiempo a un empleo señalado por otra persona natural o jurídica que remunera los servicios.”*²⁴² De esta definición destaca la característica tuitiva, en virtud de la cual el Derecho del Trabajo es comprendido como la especial protección que concede el derecho del trabajo a la parte más débil de la relación laboral.

Esta especial consideración tiene su fundamento en motivos históricos, pues el Derecho del Trabajo surge, tal como se le conoce actualmente, por la necesidad de regular las nuevas formas de trabajo que se desarrollaron históricamente, tratando de resolver la desigualdad, desprotección a los individuos y los desequilibrios de poderes de las partes involucradas en la relación.

²⁴¹ Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento jurídico del Colegio Médico de Chile (A.G.). Unidad de Defensa Laboral de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (A.G.).

²⁴² THAYER William y NOVOA Patricio: Postítulos en Derecho Laboral. Cursa Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca, 10° versión.

Para explicar el surgimiento del Derecho Laboral se deben considerar los factores históricos que influyeron de forma conjunta en su conformación. Entre los factores más importantes podemos destacar:

a) La Revolución Industrial, con el surgimiento de nuevas formas de trabajo, como son la producción en serie, división del trabajo, aparición del obrero, entre otras figuras que cambiaban radicalmente cómo se habían llevado y entendido las relaciones laborales anteriormente.

b) El Individualismo Liberal, donde la concepción del trabajo es exaltado como un elemento esencial de la producción de riqueza, siendo el resultado del trabajo el elemento esencial y relevante en las relaciones laborales.

c) Aplicación del Derecho Privado (civil) a las relaciones laborales, ello suscitado por la adaptación de los principios de libertad e igualdad, lo que implicaba reconocer una relación de igualdad entre las partes, que en la práctica no se daba, ya que los trabajadores no tenían poder negociador, permitiéndose abusos de la parte más fuerte.

d) Nacimiento del Movimiento Obrero, caracterizado por la unión de los grupos de trabajadores, con objeto de hacer frente a los abusos que se generaron.

e) Rol pasivo del Estado, al abstenerse de participar en la economía y hacerse cargo de los asuntos sociales de la época.

En efecto, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el Derecho del Trabajo emerge, dejando atrás el esquema impuesto por la libertad contractual del derecho civil, y surgiendo las instituciones modernas que evolucionaron en la legislación actualmente vigente.

PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Los principios del Derecho del Trabajo son *las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*. De esta forma, los principios del Derecho del Trabajo tienen la función de ilustrar al legislador al crear normas, orientan a quienes deben aplicar la ley, son fuente ante la falta de ley que regule el caso concreto y permiten que el sistema se mantenga integrado, impidiendo que el legislador y/o el juez se aparten del sistema existente.

- **Principio Tutelar o Protector:** Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar y compensar las diferencias naturalmente preexistentes entre trabajador y empleador, en virtud del poder diferente de negociación y

desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos. Este principio se manifiesta en tres reglas:

a) *Regla in dubio pro operario*. Consiste en que si una norma resulta ambigua y, por ende, puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador.

b) *Regla de la norma más favorable*. De presentarse dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador.

c) *Regla de la condición más beneficiosa*. Importa cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador, se le debe respetar.

- **Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales:** Su fundamento principal es que el derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de capacidad de negociación, por necesidad o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador.

Nuestro Código del Trabajo, en su artículo 5° inciso 2°, recepciona este principio, al establecer: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Es importante hacer presente que la irrenunciabilidad se da mientras dure el contrato de trabajo, de ahí que pueda renunciar a él, con expresa referencia, al momento de renunciar al trabajo o de su término mediante la suscripción de un finiquito. La renuncia a los derechos laborales es un acto jurídico unilateral, como por ejemplo: mujer que después del post-natal decide no seguir trabajando, en este caso sería posible renunciar.

- **Principio de Continuidad:** El principio apunta al mantenimiento de la fuente de trabajo. Por ejemplo, el artículo 4° del Código del Trabajo dispone que “*Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores*”. Por su parte, el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo -en relación a la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo convenido- manifiesta de forma clara que la intención del legislador ha sido fomentar las contrataciones laborales indefinidas, limitando el plazo para los contratos de duración fija.

- **Principio de Primacía de la Realidad:** Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, por sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido. Por lo tanto, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, debe darse preferencia a los hechos.

Tanto el artículo 9° como 11° del Código del Trabajo, en relación a la escrituración del contrato de trabajo y a la actualización del mismo, permiten sostener que los documentos, sea el contrato de trabajo o sus actualizaciones, son dependientes de los hechos: la relación laboral pactada y sus modificaciones en cuanto a validez no dependen del documento escrito, cuyo valor es de índole probatoria.

- **Principio de Libertad Sindical:** El contenido de este principio responde al “derecho que tienen los trabajadores a formar sindicatos, afiliarse y desafiarse de ellos, con el objeto de resguardar los derechos de sus asociados e iniciar procesos de negociación colectiva con la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo y remuneraciones”.
- **Principio de Buena Fe:** La buena fe es un supuesto de todo ordenamiento jurídico. Aunque no se le mencione expresamente, fluye de múltiples formas e implica la convicción de que las relaciones de trabajo se cumplen normalmente sin abusos ni desviaciones.

La relación de trabajo no se limita a unir a dos sujetos para lograr fines meramente económicos, no crea derechos y obligaciones meramente patrimoniales, sino también personales. Se exige la confianza recíproca para el debido cumplimiento de esas obligaciones, se exige que las partes actúen de buena fe.

La buena fe corresponde a un modelo o patrón de conducta que la ley impone a las personas en su vida social y jurídica, especialmente al dar cumplimiento a los contratos.

- **Principio de la Razonabilidad:** En derecho laboral se conoce como el principio de razonabilidad a aquel que rige la potestad de ejercicio de derechos entre el trabajador y su empleador.

Tanto el trabajador como el empleador deben ejercer sus derechos y obligaciones de acuerdo a razonamientos lógicos de sentido común, sin incurrir en conductas abusivas del derecho de cada uno. Por ejemplo, bajo la figura de este principio, un empleador no podrá cesar el contrato laboral de un trabajador unilateralmente porque el segundo haya cometido una falta

muy leve. El principio es análogo con el principio de proporcionalidad. El principio está orientado a tratar de disminuir los casos en que los empleadores actúen con extrema severidad y arbitrariedad, dándole así al trabajador una protección en su relación laboral. Asimismo, se espera una conducta “razonable” del trabajador en el ejercicio de sus labores.

- **Principio de la No Discriminación:** El artículo 2º del Código del Trabajo señala que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. La regla general es el enunciado que se encuentra en el inciso 3º, el cual dispone que: *“Los actos de discriminación, son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social (...)”*. Estas distinciones deben tener por objeto: *“(...) anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”*.

A su vez, el inciso 5º señala que: *“(...) Son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador directamente o a través de terceros y por cualquier medio que señalen como requisito para postular cualquiera de las condiciones ya señaladas”*.

Recientemente se estableció otro inciso más en este artículo 2º, el cual dispone que: *“Ningún empleador puede condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones económicas, financieras, bancarias o comerciales que pueden ser comunicadas mediante algún registro (...)”*. Esto no afecta a los administradores, gerentes, agentes, apoderados y otros con facultades de administración o que se encarguen de la custodia, recaudación o administración de fondos o valores.

Si bien el artículo antes aludido establece una norma general, existe una serie de normas a lo largo de la legislación laboral que buscan dar aplicación a este principio, tales como: artículo 194, inciso final del Código del Trabajo, respecto a la maternidad; la Ley N° 19.779, en relación a la enfermedad del SIDA, y los artículos 212 y 215 del Código del Trabajo, en relación a la sindicalización y recientemente el acoso sexual y moral.

II. CAMPO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El artículo 1 del Código del Trabajo define el campo de aplicación, siendo importante realizar su análisis, a fin de ir determinando en qué casos aplicará la normativa laboral de forma directa, supletoria, o está vedada.

La norma inicia señalando: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”. Las leyes complementarias del Código del Trabajo son múltiples, siendo las más relevantes:

- Decreto Ley N° 3.500 que crea el sistema de pensiones.
- Ley N° 20.255 que establece la reforma previsional.
- Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual.
- Ley N° 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el Permiso Postnatal Parental.
- Ley N° 16.744 que aprueba el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- Ley N° 20.137, Otorga permiso laboral por nacimiento y muerte de parientes.
- Ley N° 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación y el funcionamiento de empresas de servicios transitorios.
- Ley N° 20.022 que crea los juzgados laborales y de cobranza laboral.

El inciso 2 del artículo 1 establece la excepción a la aplicación de la normativa laboral regida por el Código del ramo, no siendo aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial, como lo serían los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo, funcionarios de la Atención Primaria de Salud Municipal, etc.

De todas formas, estos funcionarios se sujetarán a las normas del Código en los aspectos o materias *no regulados* en sus respectivos estatutos, siempre que ellas *no fueren contrarias* a las disposiciones de sus respectivos estatutos. Por ejemplo, sucede con las normas de protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar.

III. EL CONTRATO DE TRABAJO:

El artículo 7 del Código del Trabajo define el contrato individual como “...*una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada*”.

En base al concepto dado por el legislador, los requisitos para que exista un contrato de trabajo son:

1. EXISTENCIA DE PARTES: EMPLEADOR Y TRABAJADOR. ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El *empleador* es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. De esta forma, la parte empleadora podrá ser una persona directamente o una persona jurídica, en caso de que se trate de una empresa.

El Código del Trabajo fue modificado el año 2012, ampliando el concepto de empresa, **solo para efectos laborales y previsionales**, entendiéndola como toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. A su vez, se considerará que dos o más empresas son un mismo empleador, en el caso de tener:

- Una dirección laboral común: En términos simples, refiere a una situación de hecho donde existe un solo agente común que determina la estructuración, dirige y organiza la prestación de los servicios de los trabajadores. Para ello se atiende a indicios que permiten identificar que la constitución de las dos o más empresas, en los hechos, es ficticia.

La Dirección del Trabajo ha determinado que algunos indicios de existencia de dirección laboral común son: compartir la decisión de contratación, carga laboral y despidos, la administración conjunta, presentar la misma apariencia corporativa, misma normativa interna, pago de cotizaciones centralizado, uso común de los espacios de trabajo, organigrama empresarial con la misma representación legal, entre otros.

- Además de la dirección laboral común, debe concurrir otra circunstancia, ya que la participación en dos o más empresas distintas no es determinante *per se* para que se entienda como un solo empleador. Por ello, el juez puede tener a la vista:
 - La similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten.
 - La existencia entre ellas de un controlador común.
 - Otra circunstancia que el juez pueda tener a la vista para formar su convicción.

Por su parte, el **trabajador** es la persona natural que presta sus servicios personales, sean intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación y en virtud de un contrato de trabajo. A su vez, el mismo Código define como trabajador independiente a la persona que, en el ejercicio de la actividad de que se trate, no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

La relevancia de distinguir entre un trabajador dependiente e independiente radica en que en el caso del segundo, al no tener subordinación y dependencia con algún empleador, presta comúnmente sus servicios por medio de un contrato de honorarios, por lo que la suscripción de dicho contrato se rige por lo que las partes pacten, no siendo aplicable la normativa del Código del Trabajo, ni existiendo la obligación de la contraria de cumplir con las obligaciones previsionales y de seguridad social determinadas por ley para los empleadores.

2. PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

Es la principal obligación del trabajador prestar los servicios para los cuales fue contratado. Ello responde a que el contrato de trabajo se suscribe con especial atención a la persona del trabajador y sus cualidades y formación específica, por lo que no es posible delegar o transferir el trabajo por el cual el trabajador fue contratado, debiendo desempeñar sus funciones de forma directa y personal.

Como contrapartida a esta obligación del trabajador surge el deber del empleador de proporcionar el trabajo convenido. Por ello, resulta relevante el artículo 10 del Código del Trabajo, que en su número 3 establece como una de las estipulaciones mínimas del Contrato la determinación de la naturaleza de los servicios a prestarse, pudiendo señalarse dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias.

De esta forma, deben detallarse de forma clara y precisa los servicios por los que se contrata a un trabajador, a fin de que este conozca de antemano los servicios a los que se obliga. Ahora bien, esta obligación no implica que se deban pormenorizar todas y cada una de las tareas a desempeñar, ya que al designarse una función específica se entiende que esta abarca las que le son propias por su naturaleza o por la costumbre. El fin de la norma es que el trabajador conozca los servicios que debe prestar, sin depender del arbitrio del empleador.

La prestación de servicios personales, además, se realiza por cuenta y riesgo del empleador, es decir, lo favorable o desfavorable de la gestión realizada de un negocio no afecta al trabajador. De este modo, con independencia de los resultados del negocio, el empleador se encuentra obligado a remunerar al trabajador y a cumplir en el deber de seguridad respecto de él.

3. LA REMUNERACIÓN

El contrato de trabajo se caracteriza por tener obligaciones recíprocas, es decir, la obligación de una parte es el deber de la otra. La remuneración es la contrapartida del deber de prestar los servicios personales que tiene el empleador.

El artículo 41 del Código del Trabajo define la remuneración como “las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”. De ella se tratará con detalle más adelante.

4. SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

Este elemento es el que permite calificar una relación como laboral propiamente tal. Si bien el legislador no da un concepto de este elemento, son los autores y la jurisprudencia quienes lo han conceptualizado. Entre ellos, destaca el tratadista Guido Machiavello,²⁴³ quien señala: “La subordinación tiene lugar entre el empleador y su personal de trabajadores en general, y establece vinculaciones jerárquicas orientadas al cumplimiento de un fin productivo mediante normas, operaciones organizadas y controles”.

Como no existe concepto de la subordinación y dependencia, la Dirección del Trabajo ha precisado una serie de indicios o manifestaciones de este vínculo que aparecen frecuentemente en las relaciones laborales, entre ellos:

- Continuidad de los servicios prestados.
- Obligación de asistencia del trabajador.
- Cumplimiento de un horario de trabajo.
- Supervigilancia en el desempeño de las funciones.
- Sujeción a instrucciones y controles de diversa índole, respecto de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y del deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas.

Sin perjuicio de los indicios anteriormente señalados, la manifestación concreta de estos debe analizarse en cada caso que se presente, no siendo requisito que concurren conjuntamente. Además, conforme al surgimiento de nuevas formas

²⁴³ MACCHIAVELLO Guido: Derecho del Trabajo, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1986, pp. 173 y 174.

de organización de las empresas, desarrollo de nuevas tecnologías que afecten el trabajo desempeñado, surgen y se configuran nuevos indicios.

La subordinación de un trabajador puede ser comprendida como:

- Subordinación técnica: Si el empleador tiene el conocimiento técnico del empleador, siendo superior respecto del que posee el trabajador.
- Subordinación económica: Se da por la dependencia económica del trabajador, que compromete su capacidad de trabajo a cambio de la remuneración para poder subsistir.
- Subordinación moral: Respeto por la figura del empleador, lo que se manifiesta en el deber de fidelidad o lealtad.
- Subordinación jurídica: Sujeción del trabajador a la dirección y control del empleador.

En el Código del Trabajo hay normas que son manifestaciones de la subordinación y dependencia, como por ejemplo:

- *Ius variandi*: Consiste en la posibilidad que tiene el empleador para variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de la prestación del trabajo, es decir, se permite al empleador alterar de forma unilateral el lugar, tiempo o naturaleza de los servicios que el trabajador debe prestar, siempre que ello no genere un perjuicio o detrimento, sea moral o económico.
 - Artículo 12: “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos”.

- Artículo 29: Podrá excederse la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones imposterables en las maquinarias o instalaciones. Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias.

- Poder de Dirección: Consiste en la determinación de la forma en que se deben desempeñar los servicios del empleador.

Este poder de dirección se manifiesta al momento de redactar el Contrato de Trabajo, al individualizar la naturaleza de los servicios contratados, la extensión y distribución de la jornada, el lugar donde se prestarán los servicios, debiendo el trabajador cumplir con ellos.

De igual forma, el poder de dirección se relaciona con la aplicación del poder disciplinario, en los casos en que el trabajador incumpla con sus deberes.

- Poder disciplinario: Consiste en la facultad que tiene el empleador para sancionar faltas menores cometidas por el trabajador, con el objeto de mantener una disciplina y orden para el adecuado funcionamiento de la empresa. Las sanciones pueden ser amonestación verbal, amonestación escrita, multa con tope máximo del 25% de una remuneración diaria, y se deben regular en el reglamento interno de la empresa.

El artículo 8º del Código del Trabajo, en su inciso 1º, prescribe que: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”. De esta forma, en los casos en que concurren los elementos descritos anteriormente, el legislador hace presumir la existencia de un Contrato de Trabajo, aun si las partes le dieron otra denominación a la relación jurídica.

Esta presunción de existencia se fundamenta en la naturaleza consensual del contrato de trabajo y, por otra, en el Principio de la Primacía de la Realidad, en virtud del cual se estará más a lo que ocurre en los hechos que a los documentos existentes, y en caso de discordia entre ambos prevalecerá el primero.

Ahora bien, así como el legislador establece la presunción, de todas formas, en casos de debatirse si una relación jurídica es regida por el Código del Trabajo o por otro cuerpo legal, es necesario que se discuta y resuelva ante un Juez de la República, pudiendo la contraria demostrar que no concurre alguno de los elementos detallados anteriormente.

IV. ESCRITURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El Contrato de Trabajo es consensual, por lo que para que exista solo basta el acuerdo de las partes, respecto de un servicio remunerado, bajo subordinación y dependencia. Sin perjuicio de ello, el empleador debe escriturarlo, dentro de un plazo de 15 días contados desde la incorporación del trabajador. En el caso de que

se contrate a una persona para una obra, servicio, o por un plazo inferior a 30 días, la escrituración debe realizarse dentro de los 5 días siguientes a la incorporación.

Como el contrato de trabajo nace del consentimiento de empleador y trabajador, la escrituración tiene la finalidad de probar la existencia de la relación laboral y los términos en que ella se pactó, buscando certeza para las partes respecto de sus respectivos derechos y deberes.

En caso de no escriturarse el contrato de trabajo, el empleador podría ser multado ante fiscalización de la Inspección del Trabajo, además, se presumirán como verdaderas las cláusulas que señale el trabajador. Respecto de esto último, de todas formas primará el sentido común, en cuanto a la relación entre los servicios y naturaleza de los mismos, cómo se regulan según la costumbre, frente a lo que el trabajador señale como pactado.

Por su parte, en caso de que el trabajador se niegue a firmar la copia del Contrato de Trabajo, el empleador deberá enviar el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo para que esta requiera la firma del trabajador; si este insiste en su actitud, podrá ser despedido sin derecho a indemnización alguna, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito.

V. CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 10 del Código del Trabajo señala las cláusulas que debe contener todo contrato de trabajo. “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones”:

1. Lugar y fecha del contrato: Permite determinar la competencia de los Tribunales en caso de conflicto y determina el momento en que este empieza a surtir sus efectos laborales y previsionales.

2. Individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador: Esta cláusula pretende dar claridad respecto de quiénes son las partes del contrato.

La indicación de la fecha de nacimiento tiene por finalidad determinar si las partes tienen la edad legal para poder contratar directamente por sí mismos, como ocurre en el caso de la persona mayor de 18 años. En caso de tratarse de un menor de edad, debe contarse con autorización expresa del padre, madre o persona que esté a cargo del menor, y darse cumplimiento a las normas protectoras de ellos, como por ejemplo, que no se distribuya jornada en horario escolar,

no se trate de trabajos nocturnos, no implique actividades dañinas para la salud del menor, entre otras.

La nacionalidad pretende dar cuenta de la obligación que tiene el empleador que cuente con más de 25 trabajadores, de asegurar que el 85% de ellos sea chileno.

Resulta relevante señalar el domicilio del trabajador, para efectos de notificar en caso de despido.

3. Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias.

El lugar de prestación de los servicios resulta relevante para efectos de ejercer la facultad del “*lus Variandi*” del artículo 12, explicado al tratarse anteriormente los servicios personales.

Además, como se detalla en la cláusula anterior, resulta relevante relacionar el lugar de prestación de los servicios con el domicilio del trabajador, ya que en caso de que por causa del contrato de trabajo se le haga cambiar de domicilio, deberá dejarse testimonio del lugar de su procedencia, a fin de que se le paguen los gastos razonables de ida y vuelta a su ciudad de origen.

4. Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada: Busca dar cumplimiento a las normas de ingreso mínimo, que el trabajador tenga certeza de su fecha de pago, y que se cumpla con la periodicidad exigida por la ley, en virtud de la cual, la periodicidad de la remuneración no puede exceder de un mes y en moneda de curso legal (pesos chilenos).

5. Duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno: Esta cláusula busca dar claridad a las partes respecto de la forma de distribución y extensión de la jornada de trabajo.

6. Plazo del contrato: A fin de tener certeza de la duración del mismo, ya que el contrato de trabajo puede ser de duración indefinida o sujeto a un plazo, que por regla general no puede exceder de un año, salvo el caso de trabajadores con título profesional y gerentes, en cuyo caso la duración máxima puede ser de 2 años.

7. Demás pactos que acordaren las partes. Se puede pactar cualquier otra cláusula que sea permitida, teniendo como límite el artículo 5 del Código, el cual impone como límite al empleador el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores y la irrenunciabilidad de los derechos que establecen las leyes laborales.

Por su parte, en el desarrollo de la relación laboral, es posible que las partes modifiquen los términos inicialmente planteados, lo cual se debe consignar por escrito, a través del comúnmente denominado “anexo de contrato”.

Este anexo puede plasmarse al dorso de las copias de cada parte del contrato de trabajo, o por documento adicional, que al igual que el contrato de trabajo debe firmarse en dos copias.

En el caso de que la modificación sea el aumento de la remuneración por causa del reajuste, sea legal o como resultado de una negociación colectiva, no será necesario modificar el contrato de trabajo.

VI. LA JORNADA DE TRABAJO

El artículo 21 del Código del Trabajo define la jornada de trabajo como “*El tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato.*”

Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables”.

De este concepto legal, es posible diferenciar entre una jornada activa, que es aquella en que el trabajador se encuentra prestando efectivamente los servicios por los cuales fue contratado.

Por su parte, existe la jornada pasiva, que es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador para prestar sus servicios, sin poder desarrollarlos por causa ajena a su voluntad. El caso más común es el que se da en los cortes de energía, por el cual el trabajador no puede desempeñar sus funciones. En este caso, todo el tiempo por el cual no pudo desarrollar sus funciones, por este motivo, se considerará como efectivamente trabajado, por lo que el empleador deberá remunerarlo y no podrá solicitar su recuperación.

En relación a las labores en que el trabajador deba cambiarse de vestuario, colocarse los elementos de seguridad, o deba realizar su aseo personal en el lugar de trabajo por necesidades de higiene y seguridad, el tiempo destinado a estos actos se considerará como parte de la jornada, cuando estas operaciones sean obligatorias para el trabajador en razón de la actividad que desarrollará, que dicha circunstancia conste en el reglamento interno, y que estas acciones se realicen en el o los lugares especialmente habilitados para realizar dicho cambio de vestuario, uso de elementos de protección y/o aseo personal, dentro de la respectiva empresa o lugar de la faena, como sucede, por ejemplo, con las casas

de cambio de vestuario, u otras instalaciones destinadas específicamente para tales efectos, en conformidad con la normativa vigente.

1. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO

La jornada ordinaria de trabajo es aquella cuya duración no exceda de cuarenta y cinco horas semanales, distribuidos en no menos de cinco ni en más de seis días, siendo la regla general para los trabajadores.

Sin perjuicio de ello, los trabajadores que, en razón de las características de la labor que desempeñan, o por la imposibilidad de controlar el horario de trabajo, no están sujetos a la limitación de jornada de trabajo, lo que de forma adicional implica que no tienen derecho a que se les remuneren horas extraordinarias. Los trabajadores excluidos de la limitación de jornada son los señalados en el artículo 22 inciso 2 del Código. Estos trabajadores son:

- Los que presten servicios a distintos empleadores;
- Los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que laboren sin fiscalización superior inmediata;
- Los contratados de acuerdo con el Código del Trabajo para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos;
- Los agentes comisionistas o de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento;
- Los que se desempeñen a bordo de naves pesqueras, y
- Aquellos contratados para que presten servicios, preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, siendo estos medios lo esencial en la presentación de servicios.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 letra a), se presumirá que el trabajador está sujeto al cumplimiento de jornada cuando “debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador solo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el

caso de desarrollar sus labores en regiones diferentes de la del domicilio del empleador”. En este caso, de ejercerse control de la forma detallada en el artículo transcrito, se presume que el trabajador está sujeto a jornada ordinaria de trabajo.

Una excepción a la distribución de la jornada ordinaria de trabajo está contemplada en el artículo 38 del Código, en virtud del cual una empresa puede solicitar autorización al Director del Trabajo, previo acuerdo con los trabajadores involucrados, para que por medio de resolución fundada autorice a distribuir la jornada en días domingos y festivos, siempre que se constate que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con este sistema.

Dicha resolución tendrá una vigencia de 4 años, pudiendo ser renovada si se acredita que se mantienen las condiciones y necesidades que justificaron su otorgamiento.

Finalmente, otra excepción a la distribución de la jornada ordinaria de trabajo se da por las denominadas jornadas bisemanales, de conformidad al artículo 39 del Código del Trabajo. Para este caso, no es necesaria la autorización previa de la Dirección del Trabajo. Este tipo de jornada se da en los casos en que la prestación de servicios deba efectuarse en lugares apartados de los centros urbanos, pudiendo pactarse jornadas ordinarias de trabajo de hasta dos semanas ininterrumpidas. Al término de estas, deberán otorgarse los días de descanso compensatorio de los días domingo o festivos que hayan tenido lugar en dicho período semanal, aumentados en uno.

2. JORNADA PARCIAL DE TRABAJO

Es aquella jornada de trabajo cuya duración no excede de 2/3 de la jornada ordinaria, es decir, es inferior a 30 horas semanales. Para estos casos, el ingreso mínimo mensual se determina de forma proporcional respecto del determinado para una jornada ordinaria de trabajo.

3. JORNADA EXTRAORDINARIA

De conformidad al artículo 30 del Código del Trabajo, se entiende por jornada extraordinaria la que *excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor*.

La regla general es que la jornada extraordinaria se pacte, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- Que con la jornada extraordinaria no se perjudique la salud del trabajador.
- Consignarse el pacto por escrito: en el contrato de trabajo o en un anexo.

- Tener una vigencia transitoria, temporal: tres meses, pero puede ser renovada por acuerdo de las partes. No existe un límite de renovaciones, pero estarán limitadas a la mantención de las circunstancias que motivaron su suscripción.
- Que existan situaciones o necesidades temporales: circunstancias que, no siendo permanentes en la actividad productiva de la empresa, y derivando de sucesos o acontecimientos ocasionales o de factores que no sea posible evitar, impliquen una mayor demanda de trabajo en un lapso determinado.

Sin perjuicio de ello, aun sin existir pacto por escrito, se consideran como horas extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador.

La jornada extraordinaria será remunerada con un recargo del 50% respecto del valor de una hora de jornada ordinaria de trabajo.

4. SISTEMAS DE CONTROL DE LA JORNADA DE TRABAJO

Existen sistemas de control cuya finalidad es supervisar la asistencia y determinar las horas laboradas, sean estas ordinarias o extraordinarias, los que pueden consistir en un libro de asistencia del personal, un reloj control con tarjetas de registro, entre otros.

El sistema de control implementado debe ser el mismo por el que se controlan las horas extraordinarias. Los trabajadores excluidos de la limitación de jornada no tienen este deber de registro.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha establecido que el legislador ha limitado la forma de dar cumplimiento a la antedicha obligación en el sentido de prohibir al empleador la utilización de dos sistemas simultáneos de control, salvo que se trate de dos o más establecimientos.

El sistema de registro debe ser ubicado en el lugar específico donde se desarrollen las labores.

Adicionalmente, deberán sumarse semanalmente las horas trabajadas y firmar el trabajador tal sumatoria, en señal de conformidad.

5. LOS DESCANSOS

Así como se regulan los aspectos de la obligación de cumplir con la jornada de trabajo, el legislador busca asegurar a los trabajadores el derecho a poder

descansar y recuperar fuerzas, por el natural desgaste que implica prestar los servicios personales.

El descanso diario es aquella interrupción, dentro de la jornada de trabajo, que se realiza con la finalidad de otorgar al trabajador el tiempo necesario para recomponer fuerzas y alimentarse. Se trata en el artículo 34 del Código, como un derecho irrenunciable, por el cual se divide la jornada de trabajo en dos partes, dejándose entre ellas, a lo menos, el tiempo de media hora para colación. Este período intermedio no se considerará trabajado para computar la duración de la jornada diaria. El único caso en que el trabajador no tiene este derecho de la forma descrita, es en el caso de los lugares calificados como labores de proceso continuo, en virtud del cual la jornada no se interrumpe por los efectos que generaría la paralización de las faenas.

El descanso semanal tiene orígenes históricos remotos en la historia de la humanidad, reconociéndose de forma general el derecho irrenunciable a descansar un día a la semana, de preferencia el día domingo y feriados. El artículo 35 del Código establece que “los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días”.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es necesario precisar que los trabajadores cuya remuneración se determina por día de trabajo, sobre la base de tratos, incentivos diarios, comisión u otro estipendio que se perciba en forma diaria, tendrá derecho al pago de la denominada “*semana corrida o pago del séptimo día*”, contemplada en el artículo 45 del Código del Trabajo. En virtud de esta disposición, se busca remunerar los días domingos y festivos de descanso, para el caso en que el trabajador tenga una remuneración que se perciba de manera diaria, por lo que no tendría pago por dichos días. Así, se busca asegurar el derecho al descanso efectivo de los trabajadores.

La *semana corrida* se paga realizando el siguiente cálculo: Se determina el promedio de lo que obtuvo el trabajador en la respectiva semana (descontando pagos de carácter accesorio o extraordinarios, como sería el aguinaldo, las gratificaciones, etc.), luego, esta cifra se divide por el número de días que el trabajador debió laborar. Este resultado revela el monto que el trabajador debe percibir por los días domingos y festivos que no trabajará y respecto de los que no percibiría remuneración, de no mediar esta institución.

Por su parte, las empresas o faenas no excluidas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo en forma que incluya el día domingo o festivo. El artículo 37 del Código establece una primera excepción, en virtud de la cual, respecto de las empresas que deban respetar el descanso

dominical, podrán distribuir la jornada de trabajo en días domingos o festivos, si hubiere caso fortuito o fuerza mayor.

El caso fortuito o fuerza mayor se contempla en el artículo 45 del Código Civil, que lo define como:

"El imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros". Este elemento, para poder distribuir la jornada de trabajo, exige que se trate de un hecho que de forma alguna haya podido prever, que ninguna persona hubiese podido evitar sus efectos, y que no haya sido provocado por el empleador.

En este caso es la Dirección del Trabajo la que califica si existió caso fortuito o fuerza mayor, previo reclamo del trabajador. En caso de que determinare que no existió esta circunstancia, el empleador deberá pagar las horas trabajadas como extraordinarias, además de multa al empleador.

Otra excepción está contemplada en el artículo 38 del Código del ramo, que permite distribuir la jornada de trabajo incluyendo domingos y festivos en los siguientes casos:

- En las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable.
- En las explotaciones, labores o servicios que exijan *continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria.*
- En las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados.
- En los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa.
- En el trabajo a bordo de naves.
- En las faenas portuarias.
- En los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo.
- En calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas.

Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán *otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y*

otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios. Además, en el caso de los trabajadores que se desempeñen en: 1) las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria, o 2) en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo; *al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo*, salvo el caso de trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o que se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.

El *descanso anual*, comúnmente llamado vacaciones, busca permitir al trabajador proteger su salud, haciendo más fácil la recuperación de las energías gastadas durante el año y además posibilitar al dependiente el acceso a distracciones, recreación y a una vida familiar más intensa durante determinados períodos del año. El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio. Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento. Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil.

Los trabajadores que presten servicios en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y en la Provincia de Palena, tendrán derecho a un feriado anual de veinte días hábiles.

Ahora bien, todo trabajador con diez años de trabajo, ya sea para uno o más empleadores, y sean continuos o no, tendrá derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados. Con todo, solo podrán hacerse valer hasta diez años de trabajo prestados a empleadores anteriores. De esta forma, el trabajador que tenga una antigüedad laboral de 10 años, tendrá derecho a que en el año 13 de su vida laboral se le otorgue un día adicional de feriado anual; el año 16 tendrá dos días adicionales, y así sucesivamente.

En relación a la forma en que se debe otorgar el feriado anual, por lo menos diez días deberán ser continuos, y los otros días podrán distribuirse en cantidades menores. Para el solo efecto de calcular los días feriados que corresponden, se contarán de lunes a viernes solamente.

Por su parte, el feriado podrá acumularse por acuerdo de las partes, con un máximo de dos períodos de vacaciones. Si el trabajador tiene dos períodos con-

secutivos acumulados, deberá otorgársele al menos el primero de estos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período.

6. PERMISOS ESPECIALES

En el caso de *muerte del cónyuge o hijo(a)*, el trabajador tendrá derecho a siete días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. Si se trata de la muerte del hijo en gestación, o del padre o madre del trabajador, tendrá derecho a un permiso por tres días, con las mismas características referidas para el caso anterior. Para el caso de la muerte del cónyuge o hijo(a), se otorga un fuero laboral a dicho trabajador por el período de un mes, salvo que sea un contrato sujeto a plazo o por obra o servicio determinado, donde el fuero se extenderá hasta su natural terminación.

En todos estos casos, los permisos deberán hacerse efectivos a partir del día del fallecimiento, salvo la defunción fetal, en cuyo caso el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte, con el respectivo certificado de defunción fetal.

El trabajador al que se refiere el inciso primero gozará de fuero laboral por un mes, a contar del respectivo fallecimiento. Sin embargo, tratándose de trabajadores cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará solo durante la vigencia del respectivo contrato si este fuera menor a un mes, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos. Los días de permiso consagrados en este artículo no podrán ser compensados en dinero.

Otro permiso especial es el contemplado en el artículo 66 bis del Código del Trabajo, en virtud del cual las trabajadoras mayores de cuarenta años de edad y los trabajadores mayores de cincuenta, cuyos contratos de trabajo sean por un plazo superior a treinta días, tendrán *derecho a medio día de permiso*, una vez al año durante la vigencia de la relación laboral, para *someterse a los exámenes de mamografía y próstata*, respectivamente, *pudiendo incluir otras prestaciones de medicina preventiva*, tales como el examen de papanicolau, en las instituciones de salud públicas o privadas que corresponda.

A este medio día, podrá sumarse el tiempo de traslado que requiera el trabajador hacia y desde la institución médica, según condiciones geográficas, de transporte y la disponibilidad de equipamiento médico necesario.

Respecto de los contratos sujetos a plazo fijo, o para la realización de una obra o faena determinada, este derecho podrá ejercerse a partir de los treinta

días de celebrado el contrato de trabajo y en cualquier momento durante la vigencia de este.

Para el ejercicio de este derecho se deberá dar aviso al empleador con una semana de anticipación a la realización de los exámenes y presentar, posteriormente, los comprobantes suficientes que acrediten que se los realizaron en la fecha estipulada.

7. LA REMUNERACIÓN

El artículo 41 del Código del Trabajo define la remuneración como: “*Las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo*”. De este modo, la remuneración es lo que el trabajador percibe por haber prestado sus servicios personales al empleador.

La remuneración no solo refiere al beneficio en dinero que percibe el trabajador, sino que también las obtenidas en especie. Por su parte, lo que se remunera no solo es el tiempo trabajado, sino que además los períodos de descanso a que tiene derecho el trabajador, como se expuso anteriormente al tratarse la “semana corrida”; además de otros tiempos de descanso computables como trabajo. Tal sucede con la retribución de las vacaciones o feriado anuales, de los descansos semanales y días festivos, de la interrupción de la jornada diaria cuando se hubiere pactado su consideración como trabajo efectivo y de las interrupciones del trabajo por impedimentos imputables al empleador y no al trabajador (jornada pasiva).

De conformidad al artículo 42 del Código del Trabajo existen distintas categorías de remuneración:

1. **Sueldo base:** Es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo. No podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual establecido anualmente por ley.
2. **Sobresueldo:** Corresponde al pago de las horas extraordinarias trabajadas. Deben liquidarse y pagarse conjuntamente con las demás remuneraciones, y se pagan con un 50% de recargo por sobre el valor de la hora de trabajo en jornada ordinaria.
3. **Gratificación:** Parte de las utilidades con las que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. Puede ser legal o voluntaria.

- Gratificación Voluntaria: aquella en que el empleador voluntariamente aumenta la remuneración del trabajador, la cual debe ser superior a la legal.
- Gratificación Legal: hay dos tipos o modalidades de pago.
- Artículo 47 del Código del Trabajo: Deben pagar gratificaciones a sus trabajadores establecimientos industriales, mineros, agrícolas, comerciales, empresas y cualquiera que persiga fines de lucro; que estén obligados a llevar libros de contabilidad, y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en el respectivo ejercicio comercial. La utilidad de la empresa la calcula el Servicio de Impuestos Internos a través de la declaración de renta que hace la empresa, sin restar de ese monto la pérdida del arrastre o de otros ejercicios anteriores. Debe repartirse una cantidad no inferior al 30% de los excedentes líquidos de la empresa. De este monto, la gratificación de cada trabajador con derecho a ella se determinará en forma proporcional a lo devengado por cada uno de ellos en el respectivo año, incluyéndose en el cálculo aquellos que no tienen derecho. Los trabajadores que llevan menos de un año también se les paga gratificación, pero proporcionalmente al tiempo trabajado.

Ejemplo: utilidad: 11.000.000. Capital propio. 10.000.000. ¿Cuánto deben ser las gratificaciones? Se resta a las utilidades el 10% del capital propio, o sea 1.000.000. En total quedan 10.000.000 y de esto se calcula el 30% que se repartirá en forma proporcional. Serán 3.000.000 para repartir a cada trabajador en proporción a lo que devengó por concepto de remuneraciones durante el año. Artículos 47, 48, 49 CT.

- Artículo 50 del Código del Trabajo: Permite al empleador abonar o pagar a los trabajadores el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales. En este caso, se aplica un tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales al año. Esta forma de pago se otorga de una sola vez o en cuotas mensuales. Lo que generalmente se hace es pagar gratificación en 12 cuotas mensuales y se paga conjuntamente con la remuneración mensual. Se sostiene que se trata de una gratificación garantizada, en virtud de las normas que regulan los descuentos permitidos a los trabajadores. Si bien el derecho a la gratificación depende de la existencia de utilidades, al aplicarse este abono, en caso de no existir utilidades, el trabajador deberá autorizar el descuento de las cantidades pagadas anticipadamente, ya que el legislador no permite que el empleador lo haga sin dicha autorización.

Desde el punto de vista de la empresa, convendrá pagar gratificaciones conforme a un sistema u otro, según si obtuvo o no utilidades en el ejercicio respectivo. En caso de tener utilidades, usualmente se opta por gratificar conforme a las normas del artículo 50, pues se distribuye un monto menor; por el contrario, en caso de no haber utilidades, conviene pagar según el artículo 47.

Para efectos de determinar la gratificación de acuerdo al artículo 50 y la nómina de remuneraciones, resulta relevante destacar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código del Trabajo, el empleador con cinco o más trabajadores a su dependencia se encuentra obligado a llevar un libro de remuneraciones, el que debe ser timbrado por el Servicio de Impuestos Internos. Solo las remuneraciones que en él figuren pueden considerarse como gastos por remuneraciones en la contabilidad de la empresa. Finalmente, cabe señalar que en este registro deben ser considerados todos los trabajadores de la empresa que prestan servicios con el vínculo de subordinación y dependencia y debe contener las cantidades brutas que el empleador pague a los dependientes.

4. **Comisiones:** Porcentaje sobre el precio de las ventas o compras y otras operaciones que efectúa el empleador en colaboración con el trabajador. No importa si el negocio tuvo o no utilidades. Son voluntarias y deben pactarse.
5. **Participaciones:** Proporción de las utilidades de un negocio determinado, de una empresa o de una o más secciones de la misma. A diferencia de las gratificaciones esta debe pactarse expresamente.
6. **Otros:** Como por ejemplo el pago de la semana corrida, explicada anteriormente, bonos, etc.

Ahora bien, existen conceptos que usualmente se otorgan, pero que no constituyen remuneración, ya que su finalidad es compensar al trabajador por los gastos en que incurre en la prestación de sus servicios personales. De esta forma, no constituyen remuneración:

- La asignación de movilización.
- El pago del empleador al trabajador para colación.
- Asignación de pérdida de caja.
- Viáticos.
- Prestaciones familiares.
- Pago por desgaste de herramientas.
- Indemnización por años de servicio.

- En general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

En este punto, hay conceptos que, al momento de finiquitarse un trabajador, se discute si se incorporan a la base de cálculo de la última remuneración mensual para el cálculo de las indemnizaciones, como por ejemplo la movilización o colación, ya que ellas se pagan usualmente de forma estable en el tiempo.

Una teoría sostiene que no deben incluirse, ya que el Código expresamente señala que no constituyen remuneración. Sin perjuicio de ello, se ha resuelto últimamente por Tribunales que sí se consideran para efectos del cálculo de la última remuneración mensual, ya que otro artículo del Código establece que en esta última remuneración se considerará toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de los servicios al momento de terminar el contrato; por lo que, al expresarse en estos términos, se debe incluir toda cantidad, sin distinguir si se refiere a sueldo u otras asignaciones.

La relevancia de la discusión respecto de los conceptos que constituyen o no remuneración reside en las asignaciones remuneracionales, son parte de la base de cálculo para la base imponible y tributable, es decir, determina el monto respecto del cual se deben pagar las cotizaciones previsionales, de seguridad social y los impuestos.

El Código del Trabajo regula además los descuentos legales, los que el empleador está obligado a realizar. Ellos son:

- **Cotizaciones de seguridad social:** Corresponde al seguro de desempleo o cesantía, descuento de AFP, cotizaciones de salud y el seguro de invalidez y sobrevivencia.
- **Impuesto:** El de segunda categoría cuando corresponda, dependiendo de los ingresos del trabajador.
- **Cuotas sindicales:** A solicitud del sindicato o autorización del trabajador sindicalizado. Además, está el descuento por extensión de beneficios obtenidos colectivamente a trabajadores no sindicalizados.

Además, están los descuentos voluntarios, que son aquellos en que el trabajador autoriza expresamente, con el límite máximo de descuento del 15% de la remuneración total (bruta). Adicionalmente, el trabajador podrá pedir descuento por planilla de un 30% de la remuneración para efectos de ahorrar para la vivienda o el pago de dividendos.

Ahora bien, existen otras normas protectoras de las remuneraciones, entre ellas:

- En cuanto a la forma: Se debe pagar en moneda de curso legal y dinero efectivo, es decir, en pesos chilenos. El trabajador deberá autorizar el pago distinto al efectivo, por ejemplo, por medio de cheque o depósito en cuenta bancaria del trabajador. Excepcionalmente se puede pactar en moneda extranjera, pero debe pagarse en moneda nacional.
- En cuanto a su periodicidad, según lo determinado por las partes, aunque no puede superar un mes.
- En cuanto al lugar y oportunidad del pago, este debe realizarse en el lugar de trabajo, dentro de la hora siguiente al término de la jornada en día de trabajo, salvo que acuerden un sitio diferente por seguridad.
- Inembargabilidad de la remuneración: Protección de la remuneración del Trabajador frente a terceros, impidiendo que se embargue, con el límite de 56 UF. De este modo, solo se puede embargar el exceso de esta cantidad.

Sin perjuicio de ello, a un trabajador se le puede retener hasta el 50% de la remuneración, por resolución de un tribunal de familia, para el pago de pensiones alimenticias debidas por ley. Igual situación si el trabajador adeuda remuneraciones a dependientes suyos (cuando él actúa como empleador debiendo remuneraciones a sus propios trabajadores).

REGLAMENTO INTERNO DE HIGIENE Y SEGURIDAD Y REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN, HIGIENE Y SEGURIDAD

Además de las obligaciones detalladas en los números anteriores, el empleador, en virtud del artículo 184 del Código del Trabajo, tiene el deber de protección de sus trabajadores. Este deber de protección consiste en la exigencia que hace el Código al empleador para que este adopte todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también otorgue los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Asimismo, debe prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores, en caso de accidente o emergencia, puedan acceder de forma oportuna y adecuada a atención médica, hospitalaria y/o farmacéutica.

El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad es una manifestación del deber de protección del empleador, ya que es el instrumento de la empresa que contiene las obligaciones y prohibiciones a las que deben sujetarse los trabajadores en relación con sus labores, permanencia y vida en dependencias de la empresa, en base a las materias mínimas que exige el Código del Trabajo,

en el artículo 154: “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

1. *Las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos;*
2. *Los descansos;*
3. *Los diversos tipos de remuneraciones;*
4. *El lugar, día y hora de pago;*
5. *Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;*
6. *La designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales;*
7. *Las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;*
8. *La forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, de servicio militar obligatorio, de cédula de identidad y, en el caso de menores, de haberse cumplido la obligación escolar;*
9. *Las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento;*
10. *Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria;*
11. *El procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas en el número anterior;*
12. *El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual. En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el título iv del libro ii, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168, y 397.*
13. *El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador*

deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador. Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

Deben tener Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes. Para el cómputo de los diez trabajadores se tienen que considerar todos, aunque los trabajadores estén ubicados en diferentes locales, secciones o sectores. En el caso de que la empresa tenga menos de diez trabajadores, el empleador debe contar, al menos, con un Reglamento Interno de Higiene y Seguridad (no Orden), el cual contenga las materias de prevención y seguridad que correspondan según las características de la empresa.

VII. TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO

Se encuentra regulada en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo, donde se regulan las causales legales de terminación, así como las formalidades que se deben cumplir y montos a pagar al trabajador al momento del término.

CAUSALES DE TERMINACIÓN

En esta oportunidad, se distinguirá entre las causales que dan derecho a indemnización y aquellas que no lo dan.

CAUSALES SIN DERECHO A INDEMNIZACIÓN

Dentro de las causales que no dan derecho a indemnización, es necesario distinguir si hubo culpa del trabajador.

SIN CULPA DEL TRABAJADOR: ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

- Artículo 159 N° 1: Mutuo acuerdo de las partes.
- Artículo 159 N° 2: Renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador, al menos, con 30 días de anticipación.
- Artículo 159 N° 3: Muerte del trabajador. La muerte del empleador no es causal de término de la relación laboral, en virtud del principio de continuidad de la empresa, o al seguir como empleador la sucesión o herederos del empleador.

En cambio, la muerte del trabajador sí pone término al contrato, ya que este se suscribió en atención a las cualidades especiales de la persona.

- Vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo.
- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.
- Caso fortuito o fuerza mayor.

CON CULPA DEL TRABAJADOR

- Artículo 160 N° 1: Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
 - Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
 - Conductas de acoso sexual;
 - Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
 - Injurias proferidas por el trabajador al empleador;
 - Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y
 - Conductas de acoso laboral.
- Artículo 160 N° 2: Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.
- Artículo 160 N° 3: (1) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; (2) asimismo, la falta injustificada o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
- Artículo 160 N° 4: Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
 - a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
 - b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

- Artículo 160 N° 5: Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos.
- Artículo 160 N° 6: El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.
- Artículo 160 N° 7: Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Finalmente, existe la causal por culpa del empleador, denominada despido indirecto, o autodespido, que es aquella por medio de la cual el trabajador pone término a su contrato de trabajo, por estimar que el empleador ha incurrido en alguna de las causales que se establecen en los N° 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

En estos casos, el trabajador debe comunicar por escrito a su empleador el término del contrato, con copia a la Inspección del Trabajo, indicando las causales legales que se invocan y los hechos en que se funda.

El trabajador deberá concurrir a los Tribunales de Justicia dentro del plazo de 60 días hábiles, contados desde la terminación del contrato, para interponer la demanda por despido indirecto y si obtiene sentencia favorable, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y legal por años de servicio, esta última aumentada en un 50% en caso que la causal invocada sea el N° 7 del artículo 160, o en un 80% en el caso de las causales del N° 1 y 5 del mismo artículo.

CAUSALES CON DERECHO A INDEMNIZACIÓN

- Artículo 161. Necesidades de la empresa: El empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.
- Artículo 161 inciso 2: Desahucio escrito del empleador: En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse

con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

Estas dos causales ya explicadas no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia médica, sea por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional.

- Artículo 163 bis: Procedimiento concursal de liquidación del empleador: Causal reciente, que contempla la posibilidad de poner término al contrato de trabajo cuando el empleador sea sometido, por resolución judicial, a un procedimiento concursal de liquidación de sus bienes o de quiebra.

En este caso, la fecha de término del contrato es el día en que se dicte la resolución de liquidación. En este procedimiento se nombra un liquidador, el cual asume en representación del empleador-deudor, y es el encargado de pagar las indemnizaciones que correspondan al trabajador.

AVISOS Y FORMALIDADES DEL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

Con la finalidad de dar certeza a las partes, el legislador estableció una serie de requisitos y formalidades que deben verificarse al poner término a una relación laboral.

- Mutuo acuerdo de las partes: El trabajador y empleador deben firmar un finiquito de contrato de trabajo ante un ministro de fe (puede ser un inspector del Trabajo, un Notario Público, el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical). No requiere aviso previo entre las partes ni la comunicación a la Inspección del Trabajo, al haberse acordado por las partes libremente.
- Renuncia del Trabajador: Se debe presentar la renuncia por escrito, con a lo menos 30 días de anticipación al término, firmada por el trabajador y ratificada ante un Inspector del Trabajo o un Notario público.

En el caso de que el trabajador renuncie sin dar el aviso con la anticipación exigida, no existe una sanción establecida por el Código del Trabajo, no habilita a que el empleador haga descuentos de alguna suma de dinero adeudada por no haber dado el preaviso, aunque sí podría iniciar acción legal para obtener una

indemnización de perjuicios por el daño causado, debiendo acreditar la empresa dicha circunstancia.

Vencimiento del plazo del contrato, término del trabajo o servicio que dio origen al contrato o por caso fortuito o fuerza mayor, causales del artículo 160:

- Comunicar por escrito el término del contrato o carta de aviso de término del contrato de trabajo, expresando la o las causales invocadas para poner término al contrato de trabajo y los hechos en que se funda.
- Informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales.
- Enviar copia de la respectiva carta a la Inspección del Trabajo, dentro de los tres días siguientes a la separación del trabajador. Si se trata de la causal de caso fortuito, este plazo será de 6 días.

La omisión de estas formalidades no afecta la validez de la terminación de la relación laboral, pero será sancionada con multas y podría acarrear la “nulidad (ineficacia) del despido” por falta de acreditación oportuna del pago de las cotizaciones de seguridad social.

Necesidades de la empresa o desahucio: Si el empleador decide poner término al contrato de trabajo por alguna de las causales que se establecen en el artículo 160 del Código del Trabajo:

- Comunicar al trabajador por medio de una carta de aviso de término de la relación laboral, entregada personalmente o enviada por correo certificado al domicilio que el trabajador haya establecido en su contrato de trabajo. La carta de aviso deberá contener:
 - a) La causal legal de terminación del contrato que el empleador estima concurrente para sustentar el despido;
 - b) Los hechos en los cuales se funda;
 - c) Debe informar sobre el estado de pago de las cotizaciones previsionales hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen.
 - d) En estos casos, la carta de término deberá indicar además el monto de las indemnizaciones por término de contrato a que tenga derecho el trabajador. Esto supone una oferta irrevocable de pago (Artículo 169 A del Código del Trabajo).
- La carta de aviso deberá darse al trabajador con, a lo menos, 30 días de anticipación salvo que pague la indemnización sustitutiva del aviso previo equivalente a 30 días de remuneración.

Es importante cumplir con todos los requisitos de la carta de aviso, pues si luego del término del contrato de trabajo el trabajador demandara ante tribunales que su despido fue injustificado, en el juicio solamente se podrán probar los hechos que consten en la carta de despido.

Si bien esto se aplica respecto de todas las causales de despido, en el caso de las necesidades de la empresa es de gran relevancia, pues como señalamos anteriormente, esa causal involucra elementos subjetivos que resultan difíciles de probar ante un tribunal. Pues bien, una carta de despido clara y con buenos argumentos permite al trabajador comprender la razón que hizo necesaria su desvinculación y permite evitar al empleador, ante una eventual demanda, el ser condenado a pagar el 30% de recargo en las indemnizaciones. De no decir nada, nada se podrá acreditar en juicio.

En todos estos casos, el empleador deberá enviar copia de la comunicación a la inspección del trabajo respectiva, en los mismos plazos que tiene para enviarla al trabajador. Existe la posibilidad de realizar dicho trámite vía web institucional. Sin embargo, no se requerirá de avisar con esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

Si al momento de terminar la relación laboral las cotizaciones previsionales y de la seguridad social no se encuentran pagadas o solo fueron declaradas en las instituciones, pero no pagadas, el despido no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo (sanción de nulidad del despido o Ley Bustos). Lo anterior significa que el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido hasta el pago de las cotizaciones adeudadas. Sin perjuicio de ello, no se aplicará esta sanción para el empleador en el caso de que el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda. Esta situación se conoce como la convalidación del despido, la que cesa los efectos de la sanción de la nulidad del despido por medio del pago de las imposiciones morosas. Una vez que esto se ha realizado, el empleador debe comunicarle al trabajador dicho pago por carta certificada, la cual debe ir acompañada por el comprobante de pago emitido por la institución correspondiente.

El finiquito es una convención en virtud de la cual las partes acuerdan dejar constancia de la terminación de la relación laboral, de la causal que motivó la terminación de la misma, se efectúan los ajustes de cuentas correspondientes y las partes expresan recíprocamente que no se adeudan nada. Cualquiera sea

la causal de terminación del contrato de trabajo, siempre es conveniente que el empleador y el trabajador suscriban un finiquito al contrato. Es recomendable que el trabajador suscriba este finiquito conjuntamente con recibir el pago de la indemnización, por el contrario, el trabajador deberá declarar que el empleador nada le adeuda y que, por tanto, le otorga amplio y total finiquito y renuncia a las acciones en su contra.

Este finiquito deberá ser firmado y ratificado por el trabajador ante Notario Público, Inspector del Trabajo o el Presidente del Sindicato. Sin este requisito, el empleador no podrá invocar este finiquito en juicio (artículo 177 del Código del Trabajo).

No se establece por la ley un plazo para otorgar el finiquito, mas se recomienda que sea a la brevedad luego del cese de la relación laboral.

Previo a la ratificación del finiquito por el ministro de fe, este requerirá al empleador que le acredite mediante certificados de las instituciones previsionales correspondientes o con copias de las planillas de pago, que ha dado cumplimiento al pago de las cotizaciones para fondo de pensión, salud y seguro de cesantía si correspondiera, hasta el último día del mes anterior al despido.

La regla general es que el finiquito debe pagarse en efectivo y al contado, pero puede ocurrir que las partes acuerden una modalidad de pago diferido en cuotas. De ser así, debe determinarse claramente el monto a pagar, fecha y lugar donde se efectuará el pago. Todos estos acuerdos deben quedar formalizados por escrito en el finiquito o anexo firmado por las partes y ratificado ante un Inspector del Trabajo. El no pago de una cuota por parte del empleador hace que se deba pagar el resto de la deuda en una sola cuota.

La reserva de acciones y derechos en el finiquito es un derecho irrenunciable del trabajador, que le permite reclamar por escrito en el mismo finiquito aquellas materias en que no esté de acuerdo, como la causal de despido, indemnizaciones, montos, bonos pendientes, etc. La reserva de derechos habilita al trabajador para ejercer acciones legales en contra de la empresa respecto de aquellas materias que haya hecho la reserva, a pesar de haberse firmado el finiquito. No existe limitación sobre lo que puede ser material de reserva de derechos.

INDEMNIZACIONES

Al término del Contrato de Trabajo, el empleador se encuentra obligado a pagar al trabajador todas las sumas de dinero que debe entregar el empleador al trabajador cuando pone término al contrato de trabajo, por haberse invocado alguna de las causales legales, adeudársele alguna suma de dinero o haberse

estipulado por las partes (voluntario). El trabajador tiene derecho a las siguientes indemnizaciones:

- *Indemnización del feriado anual o vacaciones*

Cualquiera sea la causal de término invocada, el empleador deberá pagar al trabajador la remuneración correspondiente a los días de vacaciones pendientes o proporcionales. Serán pendientes aquellas que el trabajador no alcanzó a usar y proporcionales cuando el trabajador no alcanzó a estar un año en la empresa, y por ende no tiene derecho a vacaciones. Su cálculo se realiza de forma proporcional al tiempo que hay entre la contratación o la fecha de cumplimiento del último año de trabajo y el término de los servicios.

- *Indemnización sustitutiva del aviso previo*

Esta indemnización procede en aquellos casos en que el empleador desee eximirse de dar el aviso con 30 días de anticipación, pagando al trabajador una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por el trabajador, con un tope de 90 unidades de fomento (UF). Con esto el empleador queda liberado de dar el aviso con la anticipación que exige la ley.

- *Indemnización por años de servicio*

Si el contrato hubiere estado vigente por un año o más y el empleador le pusiere término por necesidades de la empresa o desahucio, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización por años de servicio equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses.

Esta indemnización legal tiene dos limitaciones:

- El número de años de servicio, cuyo tope es de once años (para aquellos trabajadores contratados después del 14 de agosto de 1981)
- La última remuneración mensual cuyo límite es 90 U.F.

Última remuneración: Para efectos de los cálculos de las indemnizaciones contempladas en los puntos 3.2 y 3.3 es importante entender que la ley ha entendido por última remuneración, como todo lo que el dependiente estuviere percibiendo por la prestación de sus servicios al momento de terminar su contrato de trabajo, incluidas las imposiciones y las regalías o especies avaluadas en dinero, con exclusión expresa de las horas extraordinarias, las asignaciones familiares y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año (ejemplo: aguinaldo de Navidad).

- *Indemnización a todo evento*

Por ley este tipo de indemnizaciones solo corresponde a los trabajadores de casa particular, sin perjuicio de que las partes pueden pactarlo de forma voluntaria. Es importante considerar que el pago de indemnizaciones por sobre lo que establece la ley puede acarrear efectos tributarios para la empresa (en términos generales, podría considerarse como gasto rechazado para generar la renta el monto pagado que exceda los topes legales o aquello que el empleador no estaba obligado a pagar).

Solo puede pactarse a partir del séptimo año de la relación laboral, en virtud de la cual cualquiera que sea la causal que origine la desvinculación del trabajador de la empresa dará origen a esta indemnización por años de servicios a todo evento. Sus principales características son:

- Es sustitutiva de la indemnización normal por años de servicio.
- Es pagadera con motivo de la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que sea la causal que la origine.
- Se refiere solo al lapso posterior al sexto año de servicio y hasta el término del undécimo año de relación laboral.
- Se financia con un aporte del empleador no menor al 4,11% de la remuneración mensual imponible, con tope de una remuneración máxima de 90 UF. Esto se paga, conjuntamente con las cotizaciones previsionales, en una cuenta especial en la AFP respectiva.

En este afán de educar y generar contenido para nuestros médicos y médicas surge este libro, que reúne el trabajo realizado por Falmed durante sus 25 años, basado en la experiencia de los profesionales que se han especializado en el tratamiento de casos ligados a la praxis médica, para traspasar este valioso conocimiento a las nuevas generaciones de médicos y abogados, y abrir un espacio de debate sobre estas materias.

Dra. Izkia Siches Pastén

Presidenta

Colegio Médico de Chile, COLMED

Este libro es la primera de las publicaciones que demuestran la consistencia del conocimiento alcanzado por nuestra institución sobre Derecho Médico en el marco de la defensa en presunta mal praxis y en el derecho laboral. Una compilación robusta, producida por el equipo de juristas que más experiencia tienen en el Derecho Médico.

Dra. Bárbara Puga Larraín

Presidenta

Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, FALMED

Este libro refleja el esfuerzo realizado y la imperiosa necesidad de fortalecer la especialización de abogados en un campo tan complejo como es el Derecho Médico.

Dra. Carmen Cerda Aguilar

Directora Departamento de Anatomía y

Medicina Legal

Facultad de Medicina Universidad de Chile

El presente libro es una recopilación de diversos trabajos sobre derecho médico cuyos autores son juristas de amplia trayectoria de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile. Se trata de una obra colectiva cuya idea se trabajó por muchos años y que hoy ve la luz a propósito de los 25 años que cumple la Fundación. Su intención no es otra que la de iniciar y sentar las bases de una discusión que, a nuestro juicio, aún no ha sido cabal y oportunamente dada en Chile respecto de cómo se ha trasladado el rol sobre el quehacer médico desde la propia profesión hacia los tribunales de justicia.

Si bien todas estas materias están vinculadas entre sí, son particulares en su especificidad. Sin embargo, articuladas en conjunto buscan entregar una visión normativa, basada en el conocimiento y en la experiencia sobre cómo entender el derecho médico, en su función de regular las relaciones de las personas en el ámbito de la salud y de quienes se dedican a resguardarla, especialmente cuando esta relación esencial se rompe.

