

DERECHO DE INFORMACIÓN AL PACIENTE. ALCANCES PRÁCTICOS Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017

*Guillermo Leighton García**

Resumen

Se presenta al estudio, un comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017, dictada en los autos rol N°89.635-2016, referente a la generación de responsabilidad civil por incumplimiento del deber de información de parte de un médico tratante, en el marco de la ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud. Tras una breve noticia de actualidad internacional, se describe la importancia del derecho de información al paciente en el ámbito de la salud, sus fundamentos constitucionales, el bien jurídico amparado, las normas legales nacionales que lo contemplan, el sentido de lo que debe entenderse como una adecuada información del personal sanitario, de la renuncia a este derecho y de la importancia de la ficha clínica y del formulario de consentimiento informado, como medio probatorio.

I. Introducción

Recientemente ha sido noticia en los medios de prensa del vecino país, Estado Plurinacional de Bolivia, la masiva y extensa huelga de médicos, alarmados por la disposición contenida en el nuevo *Código Penal* de dicho país. En ella, se consagraban sanciones penales a los profesionales del área que incurrieran en negligencia en la atención de salud. Este tema era considerado novedoso, puesto que, hasta hoy, los tribunales habían recurrido a fuentes legales de carácter general para sancionar a los involucrados. La paralización abarcó tanto a recintos públicos como privados, recibiendo el apoyo del gremio de enfermeros y farmacéuticos.

La intención del Poder Ejecutivo boliviano era consagrar expresamente la negligencia médica como un tipo penal especial, contenido

* Magíster en Derecho de la Empresa. Universidad de los Andes. Correo electrónico: gleighton@mattarybacal.cl

en el artículo 205 del nuevo *Código Penal*, con características propias y sanciones que van desde la privación de libertad, con un máximo de seis años hasta la prohibición del ejercicio de la Medicina. Todo esto le ha traído al gobierno del presidente Evo Morales más que de un fuerte dolor de cabeza, debiendo recurrir al auxilio de médicos cubanos para paliar la situación de emergencia.

El ámbito de la atención médica es un asunto delicado, tanto para los pacientes como para los médicos y los recintos hospitalarios. Para los primeros, el riesgo de empeorar su estado de salud e, incluso, llevarlos a la muerte. Para los segundos, la amenaza de verse expuestos a condenas penales y a altas sumas de dinero que comprometen de forma importante su patrimonio, sin mencionar la potencial exposición pública del caso. Para los terceros, pérdidas presupuestarias y daño en su prestigio.

El ejercicio de la profesión médica ha sido siempre una actividad social importante. Desde antiguo, esta noble función fue rodeada por un velo o aureola de divinidad. Los sacerdotes o chamanes hacían las veces de intermediarios espirituales entre los hombres y los diferentes dioses, pero, además, poseían funciones relativas a la sanación de los cuerpos.

Esta importancia, que toda civilización le otorgó a la Medicina y al médico, llevó a no pocos profesionales a opinar que a este último no le era propio ser sujeto de reproche judicial. Así, el médico español Gregorio Marañón se expresaba en el año 1935:

“Sólo excepcionalmente han sido los Tribunales justos que han accedido a la petición de responsabilidad. Cuando, por el contrario, han desechado esa petición, han acertado casi siempre... Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, *es un disparate fundamental y es en principio totalmente inaceptable*”¹.

Los reclamos de tan insigne médico derivan de un sentir general del personal galeno, puesto que señalan en su favor que no ejercen la Medicina con la intención de dañar o causar un perjuicio, sino que curar tanto el cuerpo como la psiquis de los individuos.

Sin embargo, la realidad actual es diferente. Los médicos se encuentran bajo el escrutinio público y judicial, sujetos a comisiones de ética médica y al juicio de sus pares, a la prudente necesidad de contratar seguros ante el evento de ser condenados por mala praxis médica, en no pocos casos bajo la lupa de la duda, con o sin razón plausible.

¹ Gregorio MARAÑÓN, *Vocación y ética*, p. 15

Pero, cabe la pregunta: ¿la reacción de alarma de los médicos bolivianos se justificaba? Ciertamente, sí. Hasta la promulgación del nuevo *Código Penal* boliviano, la violación grave y culpable de un deber inherente impuesto por una profesión con resultado de muerte era castigado con una pena de reclusión de seis meses a tres años y con una sanción de inhabilitación especial de seis meses a diez años. Lo último debía cumplirse una vez satisfecha la pena principal, cuando el delito importara violación o menosprecio de los derechos y deberes correspondiente al cargo, profesión o actividad médica. Si el actuar ocasionare lesiones gravísimas, graves o leves, podía sancionarse con multa hasta de doscientos cuarenta días o prestación de trabajo hasta un año; y si la víctima hubiese sido infante o adolescente, se aplicaría una pena privativa de libertad de dos a cuatro años.

Con la reforma, los profesionales de la salud estarán expuestos a responder criminalmente en una forma más gravosa. En efecto, la mala praxis médica podrá ser castigada cuando cause daño a la salud o integridad física de otra persona, por infracción a un deber objetivo de cuidado, por imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de los protocolos, reglamentos o deberes inherentes al ejercicio de la profesión. Si se causan lesiones graves o gravísimas, la sanción podrá ser la pena de prisión de dos a cuatro años, reparación económica e inhabilitación para ejercer; si se ocasionare la muerte, la pena de prisión es de tres a seis años y las mismas accesorias mencionadas. Si se determina que existió culpa temeraria en el accionar médico, las sanciones descritas se agravan en un tercio, tanto el mínimo como el máximo. En caso de la pena de inhabilitación incorpora como norma general que esta deberá cumplirse durante el tiempo de la condena principal, al contrario de cómo estaba configurada, y su extensión abarca de seis meses a dos años en infracciones culposas o con sanción no privativa de libertad.

El profesional condenado podrá acceder a la denominada “rehabilitación”, cuando el condenado:

- a) haya cumplido a satisfacción las dos terceras partes de la inhabilitación impuesta;
- b) haya reparado el daño (aunque el texto no señala de qué forma puede repararse el daño, es posible que sea a través del pago de la suma a la que fue condenado, con el consiguiente escollo de reunir una suma elevada de dinero, si fuere del caso. Esto dará oportunidad a las compañías de seguros un nuevo elemento de convencimiento para que el médico contrate sus servicios) y
- c) dar prueba suficiente de haber superado la incompetencia o abuso que provocó su imposición.

En este último caso, quedará aún pendiente para el legislador boliviano la manera como este requisito podrá ser acreditado, ya sea estableciendo instituciones reconocidas por la autoridad competente en materia de salud, la idoneidad de los cursos o estudios requeridos y si estos podrán contener la participación en intervenciones quirúrgicas supervisadas por personal competente, atendido a las exigencias prácticas que impone la Medicina.

Sin embargo, revisadas las últimas noticias, el gobierno boliviano, presionado por los movimientos gremiales, anunció, en primer lugar, el retiro del polémico artículo 205 y, a los pocos días de la promulgación del nuevo *Código*, “abrogarlo” en su totalidad, para que la oposición no hiciera uso de aquel, con motivaciones políticas. En fin, “la golondrina no hizo verano”, como dice el adagio popular.

Siguiendo con el tema médico, pero desde la realidad chilena, recientemente la Corte Suprema se pronunció sobre un caso de responsabilidad médica derivada de la infracción al derecho de información al paciente y sus familiares, hoy regulado por la ley N° 20.584, publicada el 24 de abril de 2012.

Esta sentencia, como otras sobre responsabilidad médica, hacen ver la romántica relación médico-paciente, retratada con maestría, por el pintor inglés sir Lukas Fildes en su cuadro llamado *The Doctor*, de una manera diferente. En la actualidad, este sentimiento tan querido ha dejado paso a una conducta práctica, atendido a la cada vez más intensiva litigiosidad judicial en el ámbito médico, aun a costa de ser considerada en exceso burocrática o de poca consideración personal.

Es necesario recalcar que los lamentables hechos más atrás anunciados, acontecieron el año 2008, antes de la actual normativa de salud que regulan los derechos y obligaciones de los pacientes (ley N° 20.584) y los reglamentos que la complementan. A pesar de lo anterior, el razonamiento judicial aún mantiene su vigencia.

II. El proceso.

Los hechos y decisiones jurisdiccionales

El caso se desarrolla de la manera que sigue:

La Corte Suprema se pronunció a raíz de un recurso de casación en el fondo, en autos rol N° 89.635-2016², en un proceso sobre indemnización

² La individualización del proceso judicial es: CORTE SUPREMA, rol N° 89.635-2016. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, rol N° 3259-2015. 2° JUZGADO CIVIL DE RANCAGUA,

de perjuicios, dirigiéndose la acción en contra del Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins, el sanatorio San Juan de Dios de la ciudad de San Fernando y determinados médicos involucrados en la atención de una joven paciente, confirmando la opinión de la sentenciadora de primera instancia, en cuanto a declarar la existencia de una violación al derecho de información que fue determinante para causar el fatal resultado en la atención médica.

HECHOS

Según los demandantes, padres de la joven AAA, con fecha 22 de septiembre de 2008, falleció su hija a raíz de una "peritonitis no tratada a tiempo". El día anterior la ingresaron a la urgencia del hospital San Juan de Dios de la ciudad de San Fernando, debido a un fuerte dolor abdominal que presentaba. Fue atendida recién una hora después (pasadas las 17:00 horas) por el médico BBB, quien, sin mediar examen alguno, diagnosticó un problema a la vesícula, prescribiendo calmantes y suero, atribuyendo con negligencia la causa del dolor a una patología que no fue bien determinada.

Luego, a las 18:00 horas de ese mismo día, atendió a su hija el médico CCC, que se encontraba de turno a esa hora, y ordenó la práctica de un examen de sangre, cuyo resultado fue informado a las 19:00 horas, observándose que arrojaba la presencia de glóbulos blancos elevados. Según los demandantes, este segundo médico no le habría dado importancia al resultado, negándose a la solicitud de los familiares de ser trasladada a un hospital de Santiago, aduciendo que era necesario observar la evolución de la paciente.

Posteriormente, siendo las 21:00 horas, y a petición de una enfermera, su hija fue ingresada al hospital, previa entrega de un cheque en blanco a nombre de la institución, siendo examinada esta vez por el médico DDD, quien le habría diagnosticado "un problema nervioso", sin mediar nuevos exámenes y solo con la revisión de la ficha clínica.

Al día siguiente, a las 8:00 horas, la paciente evidenciaba su abdomen hinchado, de aspecto pálido y helada. Adujeron que, atendido que el recinto carecía de personal médico de apoyo para intervenirla quirúrgicamente de una peritonitis, "que ya era evidente", el médico DDD ordenó su traslado de urgencia para la ciudad de Santiago, hecho que ocurrió recién a las 11:30 horas, puesto que tuvieron que esperar una ambulancia de un servicio privado, ya que las que se encontraban en el recinto les habrían sido negadas. Finalmente, su hija falleció a las 13:30 horas durante el tra-

rol N° 11.616-2012, caratulados Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros".

yecto a Santiago, revelando la autopsia que la causa de muerte fue “una peritonitis no tratada a tiempo”.

La causa basal del fallecimiento de la hija de los demandantes fue atribuida a los errores de diagnóstico de los tres médicos que la atendieron, quienes interpretaron erróneamente los síntomas que presentaba la paciente, atribuyéndole la causa del dolor a cuadros menores. No siguieron los protocolos, no realizaron una prestación médica de urgencia, fueron tardíos en su traslado a Santiago, faltó, además, personal médico de apoyo para intervenciones quirúrgicas en el propio hospital San de Dios y, por último, le fue negada una ambulancia por parte de dicho recinto.

Un elemento interesante en la exposición de los hechos y que los demandantes atribuyen como fuente de negligencia de los dos primeros médicos que atendieron a la joven, fue su negativa para autorizar su traslado a Santiago o, advirtiendo que en el evento positivo que así ocurriera, sería bajo la exclusiva responsabilidad de la familia.

Otro hecho aportado por los actores fue que, ante la negativa de los médicos a autorizar su traslado, recurrieron a un tercer médico, el médico DDD, quien concurre al establecimiento, ante el llamado de los demandantes. Examinada la paciente por el médico DDD, ordenó su hospitalización bajo la modalidad de medio pensionado. Tras realizar una observación de las condiciones físicas en que se encontraba la paciente y previa revisión de la ficha médica dio la orden de mantener la administración de ciertos medicamentos recetados por los facultativos anteriores. Asimismo, le pidió a la joven que se relajara, atendido a que habría expresado que poseía una personalidad nerviosa.

Concluye la descripción de las circunstancias del fallecimiento de la joven relatando los últimos pormenores del traslado de la fallecida hacia Santiago. Mediando la autorización del médico DDD, previa contratación a instancias de la familia, de un servicio de ambulancia privado, el viaje que además accidentado, pues la conducía un chofer que desconocía el lugar de ubicación del hospital Dipreca, lo que retrasó la llegada a su destino, con el consiguiente resultado fatal.

Para justificar la pretensión resarcitoria, relatan que la fallecida era dependiente del hospital Dipreca de Santiago, desempeñándose en el cargo de auxiliar de enfermería. Era soltera y sin hijos, siendo sus herederos los demandantes, quienes detentaban la calidad de legitimados activos de la acción de indemnización de perjuicios por lucro cesante y daño moral. En virtud de ella, solicitan condenar a los demandados –tres de los médicos que atendieron a la joven paciente, al hospital San Juan de Dios y al Servicio de Salud de la Región de O’Higgins– a abultadas sumas por ambos conceptos.

Para efectos de sustentar jurídicamente la demanda, los actores invocan el artículo 2314 del *Código Civil* a título de responsabilidad extracontractual –como víctimas por repercusión– y los artículos 4 y 42 de la ley N° 18.575 en tanto contempla la responsabilidad por falta de servicio, y los artículos 38, 40 y 41, que establece dicha figura en materia sanitaria, respecto del hospital San Juan de Dios y el Servicio de Salud de la Región de O’Higgins, como organismos públicos que son.

Contestaron todos los demandados.

El primero de ellos, el médico DDD –recordemos que fue el facultativo que autorizó el traslado de la paciente–, quien se defendió señalando:

- a) Siendo el día 21 de septiembre de 2008 a las 21:00 horas, fue contactado telefónicamente por el padre de la joven, relatándole los pormenores de su estancia en urgencia del hospital San Juan de Dios.
- b) Que le habrían manifestado su interés de que fuera ingresada su hija en el pensionado del hospital.
- c) Concurrió al recinto a las 21:55 horas, ordenando su ingreso hospitalario.
- d) Revisó la ficha clínica de la paciente que consignaba “dolor abdominal en estudio y hernia hiatal operada en mayo de 2008”. Practicó el examen físico, concluyendo la existencia de un cuadro absolutamente diferente a los síntomas de una peritonitis, puesto que constató que el abdomen estaba blando y depresible, con dolor difuso a la palpación y con ruidos abdominales. Destacó que la paciente se encontraba en tratamiento farmacológico para el alivio del dolor, situación que explicaría la ausencia del mismo y un posible enmascaramiento de otros síntomas atribuibles a una peritonitis, negando todo diagnóstico de la existencia de un “problema nervioso” como lo señalaba la actora.
- e) Afirmó que el día 22 de septiembre, a las 9:00 horas, realizó la revisión de la paciente, que habría evidenciado síntomas de una peritonitis aguda, cuestión que consignó en la ficha clínica como diagnóstico, cuya consecuente acción requería de una intervención quirúrgica, a realizarse cuanto antes, siendo informados de la gravedad del cuadro a los familiares presentes, quienes optaron por trasladarla al hospital Dipreca, dada la calidad de funcionaria en dicha institución. Aseveró, además, que el hospital San Juan de Dios contaba con todos los elementos técnicos y humanos para realizar la intervención requerida.
- f) Del hecho de haber sido informados del diagnóstico, pasos a seguir y de la insistente decisión de la familia de trasladar a su hija al

hospital Dipreca de Santiago, *se dejó constancia en la ficha clínica de la paciente* como, asimismo, en un informe de una enfermera del recinto que se encontraba en esos momentos.

- g) Reiteró que el establecimiento contaba con todos los medios idóneos para practicar la operación, pero que ciertamente influyó en la decisión de los parientes el hecho de que su familiar era funcionaria del hospital Dipreca, que poseía mayores elementos técnicos.
- h) Negó poseer toda facultad para disponer de las ambulancias del hospital San Juan de Dios, puesto que no estaba dentro de sus atribuciones. Afirmó sí que, establecido el grave diagnóstico, se realizaron las consultas respecto del traslado, a los encargados del recinto y en el hospital Dipreca, pro con infructuoso resultado. Asevera haber realizado todas las diligencias telefónicas para obtener una ambulancia a empresas privadas, al SAMU y a la ACHS. Relata que recién a las 10:00 horas se pudo contar con una ambulancia de un servicio privado de Rancagua.

En uno de los párrafos finales de su contestación se aprecia la siguiente frase

“diagnostiqué correcta y oportunamente, *informé debidamente a la familia*, traté de ayudar en la obtención del móvil para el traslado de la paciente, requerido por la familia”.

Para el objeto del presente análisis, solo se enfatizará que todas las defensas insistieron que no detentaban de legitimidad pasiva por no haber tenido participación en el fallecimiento de la paciente, y, en subsidio, procedieron a contestar la demanda, negando los hechos contenidos en ella y la ausencia de responsabilidad extracontractual y responsabilidad por falta de servicio de los servicios públicos involucrados e, incluso, responsabilidad de la propia familia al consentir sacar del área de urgencia del hospital para derivarla a una atención particular en pensionado.

En la sentencia de primera instancia, al momento de analizar la prueba rendida, el único documento relevante para acreditar que el médico DDD había cumplido con el derecho de información al paciente, fue la ficha clínica.

En ella, aparece descrita la condición de la paciente y la forma como se informó a los parientes del grave diagnóstico. Para ello, se transcribe la parte respectiva de la sentencia, en la hoja encabezada con las palabras “historia y evolución” lo siguiente: “Abdomen tenso-doloroso. Peritonitis Aguda. Se plantea a familiares, quienes solicitan traslado a Santiago (...)”.

A su vez, en la hoja titulada “Epicrisis” se consigna lo siguiente: “Se plantea a familia el diagnóstico y solicitan traslado al Hospital Dipreca”. Por su parte, en las hojas tituladas “Control de Indicaciones y Tratamiento Atención de Enfermería”, en el párrafo correspondiente al 22 de septiembre de 2008, 8:45 horas se puede leer lo siguiente: “(...) es evaluada por el Dr. Sáez, diagnosticó Peritonitis Ag. Familiares desean trasladarla a Santiago Hospital Dipreca”.

A pesar de los descargos del médico tratante, en los cuales insistió en haber procedido en conformidad a los designios de los familiares de la paciente, quienes manifestaron su intención de trasladar a la joven al hospital Dipreca de Santiago, la sentenciadora concluyó que dicha ficha no contenía una manifestación adecuada hacia los familiares de la gravedad de la patología, conducta que motivó a los demandantes a tomar la decisión de insistir en el traslado de recinto de salud, sin el cual, habrían procedido de otra manera.

La Corte Suprema estableció qué debía considerarse como una adecuada y debida información, de manera de quedar liberado el personal médico de responsabilidad:

- a) Debe contener una descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente.
- b) Debe explicársele al destinatario, las consecuencias negativas que la falta de un adecuado tratamiento puede acarrear en su salud.
- c) La información que se proporcione debe ser otorgada en términos de tal claridad, que el paciente o sus familiares comprendan la gravedad del diagnóstico.

Del cumplimiento de estos requisitos, no se podía desprender que el médico DDD cumplió con su deber en forma eficaz, de manera de evitar la consecuente muerte de la paciente.

No fue cuestión de reproche la forma y las conclusiones del diagnóstico, que se estimó correcto, sino en la inexacta información proporcionada a los familiares de la paciente, que, de haberse comunicado de forma completa, estos habrían adoptado una posición diferente y hubieran consentido en que su hija hubiese sido intervenida en el hospital de San Fernando, sin incurrir en el riesgo grave de trasladarla a Santiago, afirmación esta –que es de suponer fue el pensamiento de los magistrados– sobre la base de una presunción inferida de lo que una persona “normal” hubiese ejecutado en vista a un grave diagnóstico.

Tampoco fue cuestión debatida la procedencia de la libertad de la paciente y sus familiares, a optar por continuar con el tratamiento o suspenderlo, incluso, citando los preceptos constitucionales que son base del derecho a la libre determinación en materia de salud.

Se trató, simplemente, que la descripción efectuada por el médico tratante en la ficha clínica fue insuficiente como medio liberatorio de la responsabilidad imputada.

III. Fundamentos constitucionales del derecho de información en materia de salud.

Un antes y un después de la ley N° 20.584

Hoy no constituye novedad el hecho de la consagración de los denominados derechos y obligaciones del paciente. La ley N° 20.584 consagró una regulación legal que antes era suplida con la invocación de los códigos deontológicos, resoluciones administrativas emanadas del Ministerio de Salud y los protocolos científicos ampliamente reconocidos por la Ciencia Médica, como fuentes únicas para determinar el contenido de la *lex artis*.

Como bien la sentenciadora lo indicó en su fallo, a falta de una normativa legal expresa y concreta que consagrara el derecho de información, había que recurrir necesariamente a los códigos de ética médica, como descriptores del adecuado comportamiento de los facultativos³.

La manera de entender el concepto de *lex artis* y su contenido, antes de la ley N° 20.584, provenía de la propia autorregulación de los profesionales de la salud vertidas en las costumbres o usos metodológicos utilizados por los médicos para el tratamiento de las afecciones, en general reconocidos por la ciencia médica y aplicados conforme la experiencia en sus resultados. Esto implica, en la medida que los recursos técnicos estén a disposición, la incorporación constante de los avances científicos a los protocolos de salud, el perfeccionamiento de conocimientos y habilidades, todo para obtener el cumplimiento de los fines de la medicina como ciencia⁴.

A partir de la ley N° 20.584, el concepto de *lex artis* debe comprender el contenido de esta norma, como criterio legal rector de la relación

³ Así el considerando octogésimo segundo, se refería que, en ese sentido, ha de tenerse presente que el Código de ética médico vigente al momento de los hechos, que orienta la conducta de los médicos, establezca en su artículo 28 que: “el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deber será respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En esta circunstancia, el facultativo no abandonar al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios. (...) En casos de urgencia médica impostergerable, el médico actuará en conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente”.

⁴ En la sentencia de primera instancia, se citó un fallo de la Corte Suprema en ese sentido, rol N° 5849-2009.

médico-paciente, sin que ello implique la no aplicación de los protocolos científicos vigentes y reconocidos, dado que el rápido avance del desarrollo de la Medicina en los últimos años impide la creación de normas legales específicas que indiquen cuándo se está frente a un buen actuar técnico, dada las características de toda legislación, que impiden la adecuación rápida a las nuevas circunstancias que se presentan día a día.

En sus orígenes, la posibilidad de regular los derechos y deberes de los pacientes se planteó legislativamente en el año 2000⁵, cuando un grupo de parlamentarios presentó un proyecto de ley proponiendo la dictación de una normativa que consagrara y amparara los derechos del paciente. Así, se colocaría Chile a la altura de los países modernos y algunos latinoamericanos, que ya poseían en aquella época reglamentaciones legales, justificándolo en el grado de “progreso de la ciencia médica y de la ciencia jurídica sobre los derechos humanos”.

En aquel proyecto se enmarcaban los derechos de los pacientes como insertos en los derechos colectivos de orden económico, social y cultural entre los cuales se encuentra el derecho de todos a la protección de la salud, garantía reconocida –se decía– solo a nivel programático en la Constitución Política de 1980 en su art. 19 N° 9.

En el párrafo cuarto, artículo 8° y 9° de aquel proyecto, se describía en forma extensa el contenido del derecho de información, consagrándolo desde dos puntos de vista: por una parte, enfocando a la persona como paciente sujeto a tratamiento médico y, por otra, como consumidor o usuario de los servicios médicos:

“Art. 8.- Todo paciente tiene el derecho a ser informado sobre todo lo relacionado con su salud. Este derecho incluye:

1. El derecho a ser informado completa, oportuna y verazmente sobre su diagnóstico, tratamiento, terapias y pronóstico médico. Esta información debe ser periódica, actualizada y constar por escrito.
2. El derecho a ser informado sobre las distintas alternativas de tratamientos, procedimientos y terapias médicas existentes y disponibles. Esta información deberá constar por escrito si así lo requiere el paciente.
3. El derecho a saber quién, para su caso, autoriza y aplica tratamientos.
4. El derecho a tener un expediente médico completo y legible que incluya al menos una individualización completa del paciente, médico tratante, sistema de salud, tipo de atención, diagnósticos, tratamientos, evolución, procedimientos aplicados, exámenes efectuados.
5. El derecho a tener acceso y copia del expediente médico.
6. El derecho a un intérprete si el paciente es extranjero o no puede darse a entender.

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 2597-11.

7. El derecho a la igualdad en el acceso a la información. Este derecho implica que todo paciente sin importar su condición ha de ser informado en términos claros y sencillos sobre su situación de salud. Los profesionales médicos deberán tener en consideración las condiciones personales, de edad, psíquicas, morales y de comprensión del paciente para dar cabal cumplimiento a esta disposición.

8. El paciente tendrá siempre el derecho a saber en detalle sobre su situación de salud. No hay secreto médico entre médico tratante y paciente.

9. El derecho de los niños a conocer su situación de salud en función de su edad y capacidad de comprensión, sin perjuicio del mismo derecho que le compete a los padres o representante legal.

10. La familia como el paciente tienen el derecho a dialogar sobre la situación de salud del primero. Es un deber del médico tratante informar de manera oportuna y fidedigna la situación de salud de su paciente a éste y a sus familiares directos.

Sólo de manera excepcional y tratándose de un pronóstico fatal, puede el médico no informar inmediatamente a su paciente en cuyo caso deberá siempre informar prudentemente a sus familiares cercanos.

11. El derecho a una información epidemiológica veraz y oportuna por parte de la autoridad sanitaria.

12. El derecho a que se le extienda certificado que acredite su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o a solicitud del paciente para fines particulares.

Art. 9.- Todo paciente tiene derecho a saber los detalles de las prestaciones que se le practican y los costos asociados a ellas. Este derecho incluye:

1. El derecho a conocer detalladamente y por escrito todos los costos y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que se le apliquen, incluyendo pormenorizadamente los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días cama y honorarios de cada uno de los profesionales médicos que lo atendieron.

2. El derecho a que en todas las prestaciones efectuadas se le aplique un precio razonable y justo o de mercado.

3. El derecho a pagar sólo los insumos y medicamentos efectivamente utilizados y al valor de mercado previamente establecido por el centro asistencial”.

Finalmente, este proyecto no prosperó, siendo archivado en el año 2007 a sugerencia de la Comisión de Salud de la Cámara. Un segundo proyecto, con igual contenido que el anterior, fue presentado por un grupo distinto de parlamentarios, pero que también fue archivado, toda vez que la Presidenta de la República había enviado uno nuevo sobre la misma materia, texto que sirvió de base a la ley N° 20.584.

Este último proyecto proponía un nuevo estatuto enmarcado dentro de la reforma de la salud iniciada en el año 2001.

Esta vez, el Mensaje Presidencial buscó como fuente de estos nuevos derechos, tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, resumiéndolos en pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Se citan expresamente: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁶.

Ya no se presentaban estos derechos como una novedosa creación legislativa cuyas fuentes eran las legislaciones comparadas, sino que estos se colegían de la interpretación armónica de los derechos reconocidos en estos textos y la propia Constitución Política. Se trataba de un trabajo de explicitación de derechos a partir de los ya establecidos, pero tratados hasta ese día de una manera más bien general, y no particular al ámbito del paciente como sujeto de protección de su salud, o sea, utilizando una terminología actual “derechos inespecíficos en el ámbito de la salud”, dotando al derecho constitucional de protección de la salud del artículo 19 N° 9 de una eficacia normativa horizontal, de manera de exigirlos respecto de todos aquellos que la norma contemplaba y que se relacionaban con el rubro de la atención médica.

El mismo proyecto describía de dónde arrancaba la razón de ser de esta nueva interpretación en materia de derecho a la salud, de forma semejante a cómo autores en otros países fundaban los derechos de los pacientes.

Si bien el Mensaje Presidencial señalaba diversos principios inspiradores del proyecto, en concreto, la raíz de estos derechos se sustenta en dos principios básicos:

- a) La dignidad de la persona y
- b) La autonomía de las personas para determinar su atención de salud.

⁶ En nuestro país, la regulación de la actividad médica y profesiones afines se encuentra contenida en reglamentos, cuyos objetivos, por regla general, son establecer condiciones mínimas de atención, tales como características de la infraestructura y sanidad de los establecimientos y consultas y sanciones por su infracción, requisitos que debían reunir las personas que ejercieran una actividad, pero no un estatuto de deberes y derechos entre el paciente y el profesional médico o relacionado con la salubridad pública. Por ejemplo, el Reglamento de Laboratoristas dentales, Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Practicante (Paramédicos), Reglamento para Ejercer la Profesión de Podólogo, Reglamento para el Ejercicio de las Prácticas Médicas Alternativas como Profesiones Auxiliares de la Salud y de los Recintos en que Estas se Realizan, decreto N°42 de 2004, Publicado en el *Diario Oficial* de 17 de junio de 2005, etcétera.

A) LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

El proyecto explicaba que los derechos que se describían tenían como fuente la dignidad de la persona en los siguientes términos:

“La dignidad inherente a la condición humana como fuente y explicación de estos derechos está largamente reconocida en la discusión acerca de la fundamentación de los derechos humanos. Así, el valor especial y único de cada miembro de nuestra sociedad, constituye a las personas en el fin de toda norma y estructura social.

Los sistemas de salud, públicos y privados, deben responder a dicho mandato”.

La actividad médica es sinónimo de intrusión en la vida íntima de una persona y, no pocas veces, en la vida de su familia. Implica acceder al cuerpo de una persona e, incluso, su psiquis, a su historial médico y el de su familia, a exámenes de laboratorio. La sola concepción del individuo como un sujeto de un tratamiento médico, al cual no se le participa de los detalles de su enfermedad y del tratamiento a seguir, constituye una negación de la naturaleza esencialmente cognoscente y libre del ser humano. En este sentido, el paciente no es un mero objeto de investigación científica en el cual se pueda extender un tratamiento médico, sin tomar en cuenta el grado de sufrimiento moral, físico e, incluso, económico de su familia o ser considerado un “producto” fecundo para las compañías de seguros. Como dice Humberto Nogueira:

“la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos. La que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin... La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto por ella por los demás”⁷.

Si el personal médico no informa adecuadamente al paciente o a sus familiares, ello implica el no permitirles contar con los apropiados conocimientos para tomar una decisión sobre sí mismo de forma libre. De hecho, no se puede concebir como válida una decisión del involucrado si no cuenta con los datos mínimos que inciden en el diagnóstico y solución terapéutica de manera de evitar las consecuencias de una voluntad

⁷ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, p. 14.

viciada⁸. Por ello, algunos autores lo conciben como un prerequisite del derecho a decidir libremente.

En consecuencia, el derecho de información deriva del artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política, que señala: “Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”, que impone tanto a los funcionarios del Estado como a los particulares reconocer el valor que significa el respeto a la persona como ente individual y autónomo.

Del pilar anterior –la dignidad personal– arranca la autonomía de las personas para determinar su atención de salud como justificante del reconocimiento y amparo del derecho de información. Si se asume que un individuo posee voluntad propia y un grado de intimidad que no es lícito al Estado o terceros intervenir, es necesario reconocer el derecho que tiene la persona para decidir sobre los pasos a seguir. Si no fuera así, el informar sería un mero trámite carente de toda relevancia jurídica y práctica. El paciente sería un ser limitado en su libertad desde su ingreso a un recinto hospitalario o consulta particular, sometiéndose a los procedimientos médicos sin mayor cuestionamiento, sin posibilidad de consultar una segunda o tercera opinión, sin otorgar relevancia al propio sentir del paciente o usuario de los servicios de salud, despreciando la naturaleza inherente a la de un ser dotado de individualidad propia.

B) LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS PARA DETERMINAR SU ATENCIÓN DE SALUD

La importancia del derecho a ser informado dependerá de cómo se estructure la relación entre médico y paciente.

La adopción de un sistema paternalista o vertical en esta relación, en el cual la voluntad del paciente pasa a un segundo plano, de inferior categoría que la actividad sanadora del médico, conlleva al primero a ser considerado un mero beneficiario del sistema sanitario, y lo urgente es la atención de salud con prescindencia de los aspectos íntimos de su voluntad. Se puede decir que, en un extremo de esta interpretación, la participación del paciente en su enfermedad es visto como una dificultad o molestia para la aplicación de un pronto remedio que restablezca su salud. La legitimidad de la actividad médica radicaría, en este sentido, en lo que es consubstancial a la ciencia: la curación. No habría necesidad de informar a quien no posee el manejo de un lenguaje técnico ni aun básico de la Medicina, abocándose los esfuerzos a dirigir el procedimiento adecuado. Así, el ejercicio médico queda despojado de toda consideración al

⁸ María del Carmen GÓMEZ RIVEROS, *Responsabilidad penal del médico*, p. 85.

paciente como sujeto dotado de voluntad libre y la comunicación asume un mero carácter funcional o protocolar para formar la relación entre médico y paciente.

En cambio, una visión o concepción horizontal lleva a contemplar a la persona como un ser que se encuentra habilitado para dar su opinión o punto de vista frente a la atención médica, frente a un problema de salud que lo involucra directamente. La relación médico-paciente arranca de una posición de igualdad de partes, donde el límite de la intervención de salud estaría radicado en la voluntad del paciente. Por lo tanto, se requiere su consentimiento para obrar, salvo en casos urgentes con privación de sentido, riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y en virtud de la cual, no se pueda obtener el consentimiento de su representante legal, como lo dispone el artículo 15 de la ley. En estos casos, la legislación ordena actuar al médico sin dilaciones, pasando a ser irrelevante la manifestación de voluntad, dando preeminencia al derecho a la vida e integridad física y psíquica.

Este “derecho a la autodeterminación individual”, como ha sido denominado por la doctrina extranjera, es un reconocimiento a la naturaleza libre y la voluntad de los individuos, que no se materializa en la hipótesis de una inadecuada información. Para que exista una manifestación válida de voluntad, debe contar el paciente o los otros interesados con antecedentes fidedignos y exactos para comprender el alcance de su toma de decisiones, sea para autorizar un tratamiento o procedimiento, sea para rechazarlo o simplemente colaborar a su sanación. Dentro de esta autodeterminación, se legitiman el abandono de todo tratamiento si el estado de la enfermedad es terminal, evitándose, de esa forma, lo que se denomina la “distanasia” o encarnizamiento terapéutico, que implica intrusiones molestas y la exposición a situaciones exasperantes para el paciente (sin mencionar los gravosos costos económicos para las familias) y, en su lugar, si demora se recurre a medios paliativos del dolor.

IV. Normativa regulatoria del derecho de información

El párrafo 4° de la ley N° 20.584 ofrece un catálogo de derechos que comprende el ámbito de información.

Distingue dos tipos de categorías en relación con cómo se concibe al individuo:

- A) Como “usuario” de servicios y productos asociados a la salud.

B) Como paciente o sujeto a una actividad de curación y rehabilitación de salud.

A) *COMO USUARIO DE SERVICIOS Y PRODUCTOS
ASOCIADOS A LA SALUD*

El artículo octavo de la ley N° 20.584 describe una serie de derechos de la persona, representándolo como un usuario de servicios de atención respecto de una institución de salud –el Reglamento habla de “usuario”–, sin embargo, se asemeja a la descripción de consumidor que realiza el artículo primero N° 1 de la ley N° 19.496⁹. El individuo se presenta en el marco de una relación contractual con un prestador institucional o individual –sea que su fuente sea un contrato de salud o atención médica, sea de los beneficios propios que consagra la legislación asistencial pública– del cual puede exigir que se le proporcione los pormenores del tipo de atención o atenciones que se brindan, los precios y los mecanismos administrativos para acceder a ellas; las condiciones previsionales requeridas para su atención, antecedentes y trámites necesarios para obtener atención de salud; las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales y los canales e instrumentos burocráticos para poder dar su opinión sobre la atención brindada, sea para interponer un reclamo, una sugerencia, comentarios o felicitaciones.

B) *COMO PACIENTE O SUJETO A UNA ACTIVIDAD
DE CURACIÓN Y REHABILITACIÓN DE SALUD*

El artículo décimo de la ley regula el derecho de información desde la óptica de la relación entre médico y paciente.

Se categoriza a la persona en su calidad de sujeto de un tratamiento o atención médica. Se reconoce y desarrolla el derecho del paciente a ser informado de los aspectos de su estado de salud, norma el procedimiento a seguir en caso de encontrarse imposibilitado de manifestar su voluntad, en situaciones de urgencia en que el rápido proceder se impone frente a la obligación de informar detalladamente y el deber de guardar confidencialidad de los antecedentes proporcionados por parte de los prestadores de salud.

⁹ Se reconoce que la palabra ‘usuario’ es el vocablo correcto. En la atención de salud, no solo se dan fenómenos contractuales característicos de la prestación de un servicio como contraprestación de un pago en dinero por aquel; también se encuentra la situación de personas que reciben una atención gratuita, derivado de beneficios legales, propios de un Estado social.

V. Criterios para determinar adecuada la información proporcionada

La forma cómo se ha de proporcionar la información por el prestador institucional e individual ha de ser:

A) SUFICIENTE

Un tema importante es la fijación de estándares que permitan al destinatario del ordenamiento tener la certeza de haber cumplido su deber de información y no caer en una suerte de limbo o indeterminación normativa.

Primero. En relación con el juicio de cumplimiento de información, este ha de realizarse en términos abstractos (qué dice la norma o protocolo) y concretos (las circunstancias presentes) a la situación planteada, toda vez que el juicio de reproche del sentenciador está dirigido al análisis de la licitud o ilicitud de una conducta en particular.

Segundo. Ha de entenderse como adecuado, lo que define la Real Academia Española por tal vocablo, esto es: “apropiado para alguien o algo”, y lo será cuando se informe, tomando en cuenta las condiciones personales y emocionales del usuario, es decir, cobra relevancia el cómo, el qué se comunica y el estado de la persona a quién está destinada la información. Especial dificultad es establecer estándares homogéneos en tal sentido, asunto que la doctrina extranjera también lo reconoce.

El debate sobre el asunto ha girado en torno a tres métodos intentados:

a) La del criterio del médico razonable

Su contenido estaría dado por la general experiencia de la atención médica, determinado por los propios facultativos, con el consiguiente peligro de caer en subjetividades.

b) La del criterio del paciente razonable o sensato

El parámetro estará guiado por la conducta que refleja ante la enfermedad un hombre medio. Otra vez se cae en en la dificultad de establecer qué se entiende como conducta razonable de un paciente o usuario. Es importante recordar que la información proporcionada tiene como objetivo preceder a una toma de decisión del paciente según el inciso segundo del artículo 12 del Reglamento y no pocas veces los tribunales han pronunciado como inadecuado un consentimiento –previa información

consecuente— tomando en consideración el contexto de las circunstancias personales del paciente.

Otro aspecto relevante y que incide en la subjetiva percepción del usuario, es la diversa formación o conocimiento que posea él y sus representantes en temas médicos. ¿Cuál es la respuesta apropiada para un médico o un auxiliar de enfermería o paramédico? En el caso que aquí se analiza, a pesar de que los actores reconocieron que la paciente fallecida era funcionaria del hospital Dipreca, cuyo cargo era auxiliar de enfermería, en estado de conciencia, solo se enfocó el debate en la inadecuada información proporcionada a los familiares, pero no a la paciente, quien, en su calidad de tal, no era un usuario común y corriente. ¿Se le preguntó a ella su deseo de ser trasladada? ¿Se le advirtió de la gravedad del diagnóstico y sus eventuales consecuencias fatales? ¿Dentro de la malla de sus estudios universitarios o técnicos, comprendía la atención y cuidados de pacientes con diagnóstico de peritonitis aguda, de manera de poder evaluar si estaba en condiciones de emitir un consentimiento válido para el traslado de recinto? ¿Primó más el voluntarismo de los parientes, manifestado en la desconfianza hacia el establecimiento público por sobre el del hospital Dipreca de Santiago?

c) El criterio ecléctico

Frente a los inconvenientes anteriores, se ha planteado una solución mixta. Ha de establecerse parámetros según las características de cada paciente según su grado de instrucción y conocimiento en asuntos médicos. El contenido de la información estimada como apta dependerá de la experiencia del facultativo, su obrar en casos semejantes y las circunstancias propias del paciente o usuario.

Ni la ley ni el decreto N° 38 que aprueba el Reglamento Sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación con las Actividades Vinculadas con su Atención de Salud del 17 de julio de 2012, definen qué se entiende por suficiencia.

Sin embargo, aplicando otras normas del mismo estatuto, se puede desprender que se es suficiente cuando:

- Se contenga una descripción del tipo de prestaciones que se ofrecen y sus valores;
- Se publiquen o se den a conocer personalmente las condiciones previsionales requeridas para la atención del usuario, se indique los antecedentes necesarios para acceder a ella y los pasos a seguir.
- Se informe sobre los derechos y limitaciones que tiene el usuario durante la atención de salud en un establecimiento.

- Se comunique que se encuentra a su disposición los medios para hacer valer su opinión sobre la atención recibida.
- Se dé a conocer las normas y protocolos establecidos sobre seguridad del paciente y calidad de la atención, y los riesgos eventuales a que pudiera verse expuesto, que sean conocidos¹⁰.
- Se comuniquen los daños de cualquier magnitud que hayan sido provocados al usuario durante su atención, entiendo como tal, cualquier lesión ocasionada con infracción de las normas y protocolos de atención.
- Cuando se represente al paciente, sus representantes legales o familiares, su estado de salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponible para su recuperación, los riesgos que ello pueda representar, el pronóstico esperado y, en su caso, el proceso previsible del periodo posoperatorio, teniendo especial consideración a la edad del usuario, su condición personal y emocional (artículo 12 del Reglamento).
- Proporcionar al personal interno o externo de una credencial de identificación que contenga el nombre y apellidos, función e institución a que pertenece, que sea visible y claramente comprensible.

Los criterios establecidos por la Corte Suprema en el fallo en comento ayudan a complementar el concepto de estado de salud, como la “descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente”.

B) OPORTUNA

Un segundo elemento que integra la adecuada información es la oportunidad en que se informa, en el sentido llano de la palabra, cuando sea conveniente.

La conveniencia ha de ser juzgada conforme las circunstancias del caso. Algunas luces otorgan la normativa, distinguiendo el estado en que se encuentre el paciente.

En primer lugar, si el usuario se encuentra plenamente consciente, ha de comunicarse las noticias sobre su estado de salud y futura atención, antes de cualquier procedimiento.

En segundo lugar, en casos de grave urgencia, entendiéndose por tales, el:

¹⁰ Por concepto de protocolo se ha de entender, conforme lo expresado en el inciso final del artículo cuarto del Reglamento, los procedimientos médico-técnicos elaborados conforme el avance y evidencia científica a aplicar en cada caso específico.

“de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información”¹¹,

será oportuno cuando se comunique a los representantes legales o las personas que bajo su cuidado se encuentre, antecedentes estrictamente circunscritos a la situación de emergencia. Lo anterior es desde que cesa la situación de atención inmediata y extraordinaria, puesto que la ley privilegia la atención expedita en estos casos e, incluso, prescindir de otorgar conocimiento sobre la atención que se está brindando cuando la vida del usuario se encuentre en peligro.

En tercer lugar, finalizada la hospitalización del paciente o concluida la intervención médica, mediante un informe que contenga las menciones que dispone el artículo 11 de la ley N° 20.584. Sin embargo, esta norma atiende al proceso posterior al egreso de un recinto hospitalario.

En cuarto lugar, se estima que existe un evento que la ley no menciona, y que tiene relación con los sucesos durante la evolución de la intervención de salud. La enfermedad es un estado mórbido en constante evolución, cuyo resultado final se puede aventurar –conforme la experiencia– pero jamás asegurar.

c) Veraz

Un tercer elemento de la adecuada información es el contenido que se otorga o revela. El propio significado de la palabra indica que debe siempre decirse la verdad.

¿Pero el obrar prudente implica también el “tacto” de cómo se dice el diagnóstico y cuánto revelar al usuario?

El paciente no está constituido por un grupo de células que reaccionan frente a un tratamiento. También posee un sentir, propio del aspecto psicológico, que el médico debe proteger y que, en no pocos casos, se encuentra presente. De las características propias de personalidad del usuario o paciente enfrentado a un serio diagnóstico ha de procederse con cautela.

Una expresión cruda y directa puede llevar a un estado de exasperación no tolerable para una persona, por lo que puede ser aconsejable recurrir a un familiar cercano o encargado de su cuidado para contar los detalles. En esto, el ejercicio de la Medicina se asemeja a un arte, donde saber tratar con personas es una expresión más de las características de un buen y comedido médico.

¹¹ Ley N° 20.584, artículo 10 inciso tercero.

No hay pronunciamiento alguno en la ley como tampoco en el Reglamento. Sin embargo, en la mayoría de los códigos deontológicos se destinan algunas palabras para recomendar la prudencia al momento de poner en conocimiento la gravedad del diagnóstico.

Así, el *Código de Ética Médica* del Colegio Médico de Chile, en su artículo 24 se refiere a que es deber del médico cuidar la forma y contenido de la comunicación que va a proporcionar:

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

Por otra parte, el artículo 15 del *Código de Deontología Médica* del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España invoca la medida a la hora de informar al paciente:

“1. El médico informará al paciente de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Cuando la información incluya datos de gravedad o mal pronóstico se esforzará en transmitirla con delicadeza de manera que no perjudique al paciente”.

El *Código de Ética* para los equipos de salud de la Asociación Médica Argentina alude al cómo expresar, de la siguiente manera:

“Art. 94.- Los miembros del Equipo de Salud *deben extremar la prudencia* para dar una opinión en situaciones críticas, tales como:

- Inc. a) Enfermedad grave o desenlace fatal inminente.
- Inc. b) Incurabilidad.
- Inc. c) Invalidez psicofísica progresiva e irreversible”¹².

El *Codice Di Deontologia Medica* de la Federación Nacional de Órdenes de Cirugía Médica y Odontología italiano prescribe en el artículo 33:

“El médico adecuará la comunicación a la capacidad de comprensión de la persona asistida o de su representante legal, atendiendo a cada solicitud de aclaración, teniendo en cuenta la sensibilidad y la reacción emotiva de aquellos, en particular en caso de pronóstico grave o adverso, sin excluir el elemento de esperanza”.

El cuidado que recomiendan o mandatan generalmente los *códigos deontológicos* al momento de notificar al paciente, es el reconocimiento

¹² *Código de Ética para los Equipos de Salud de la Asociación Médica Argentina.*

a posibles reacciones psíquicas negativas de las personas frente a un diagnóstico funesto, pues un exceso o inadecuada transmisión de información puede acarrear un agravamiento de su estado general de salud. El asunto central sobre este aspecto es si esta situación puede constituir una causal de justificación para omitir parte del diagnóstico al paciente o sus familiares. Dada la inspiración de nuestra legislación –reconocer como puntal el derecho a la autodeterminación individual– podría tolerarse la morigeración del diagnóstico, pero nunca callarlo o disfrazarlo, a lo menos, a las personas que declaren ser los responsables de su cuidado personal. Esta hipótesis es descartable bajo patologías o tratamientos en que la colaboración del paciente es indispensable para el restablecimiento de su salud. Sería más propio de estados avanzados de una enfermedad y cuando se estimare que aceleraría de modo negativo la muy precaria condición de salud.

VI. De la renuncia a no ser informado

Hay un aspecto que finalmente no fue incluido en el texto final, pero que se refirió al derecho a no ser informado, a cuyo tratamiento legal se refería el artículo noveno del proyecto¹³. Este texto establecía lo que en doctrina se conoce como un derecho especial y se refería a él de la siguiente forma:

“Toda persona tiene derecho a manifestar, por escrito, su voluntad de no ser informada, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona o que por razones de orden sanitario resulte necesaria la adopción de conductas y hábitos particulares por parte de ella. Podrá designar, en este mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva, quienes también quedan obligados a respetar su derecho a no ser informado.

Si la persona decide no designar un receptor de esta información, el médico o profesional tratante deberá registrar los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención de salud y tomar los resguardos necesarios para la debida protección de dicha información.

El ejercicio de este derecho constituye una manifestación voluntaria, consciente y esencialmente revocable”.

¹³ Este aspecto del proyecto reflejaba lo que ya se establece en el *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* en su artículo 24 inciso final: “La voluntad del paciente de no ser informado, o la de delegar en otra persona la información, deberá ser respetada”. Una consagración semejante posee *El Código de Deontología Médica* aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España que reza: “El médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica”.

En las indicaciones formuladas durante la discusión del proyecto de ley en el Senado, el senador Jorge Arancibia fue de la opinión de suprimir el texto del artículo noveno del proyecto, puesto que, estimaba, era improbable que una persona, de antemano, formulare una solicitud del tal naturaleza. Sin embargo, la ministra de Salud rebatió que, en el orden práctico, aun esa petición era posible escucharla de parte de los pacientes, aunque con tendencia a disminuir, citando como ejemplo el caso de pacientes de edad avanzada, acotación que fue respaldada por el senador Guido Girardi, apoyado en su ejercicio profesional. Consta en las actas que, finalmente, fue retirado por su autor esta indicación. Por último, en términos concretos, el texto aprobado por el Senado no contempló referencia alguna a este derecho en particular.

Esta supresión, sin duda, afecta la posibilidad de aplicar el criterio señalado en el capítulo anterior. La inspiración de la ley N° 20.584 indicaría que no hay más excepciones al derecho de informar que las que enuncia el párrafo cuarto, estableciéndose como norma que todas las personas se encuentran en un estado psicoemocional apto para recibir un diagnóstico por más grave y fatal que sea, desentendiéndose del común sentir de la comunidad médica como lo describe el *Código de Ética* del colegio del ramo nacional.

Aunque puede haberse calificado como “extraña” la ocurrencia de esta petición, llama la atención que no se haya aprobado su texto, puesto que, si se concibe a la persona como dotada de autonomía para decidir sobre su estado de salud, también merece respeto el íntimo sentir del paciente a no someterse a los mayores sufrimientos que le pueda acarrear conocer las últimas consecuencias de su enfermedad y, de paso, constituir una causal de justificación para el personal sanitario y dotar a este derecho del carácter de renunciable bajo ciertas y determinadas circunstancias o requisitos.

La ley española N° 41 de 14 de noviembre de 2000, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce esta posibilidad en los siguientes términos:

“Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. *Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.* La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes *puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica*. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, *cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave*.

Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

Como puede observarse, la legislación española reconoce un caso de *estado de necesidad* justificante para limitar el derecho de información, reduciéndolo a la existencia de motivos exentos de subjetividad profesional, y de estricta conveniencia clínica para el paciente. Puede pensarse que esta norma es aplicable en dos casos: el primero, cuando la fragilidad anímica del paciente puede llevarlo a una situación de desesperación y, el segundo, cuando la comunicación resulta del todo inútil por la inexistencia de tratamiento curativo.

Recurriendo a una de las fuentes del concepto de *lex artis*, un ejemplo de ello es la delicadeza del *Codice Di Deontologia Medica* –atrás citado– sobre el tema: “sin excluir el elemento de esperanza”. La esperanza aparece como un elemento clave en la recuperación o atención del paciente. El concepto del buen morir –en el plano de respeto de la dignidad personal– involucra una actividad compleja de actos, que incluye no colocar al paciente en una situación de extrema inquietud que lo aleje de la tranquilidad necesaria para enfrentar un diagnóstico irreversible. En ese sentido –para ello tomo las palabras de un médico amigo– acompañar a un enfermo, en especial en etapas terminales, incluye la sensibilidad propia del momento, donde resulta necesario que el paciente sienta tanto física como espiritualmente el estar acompañado, aun cuando no se trate de un familiar cercano.

Como puede observarse, existen muchas aristas al momento de analizar el derecho a informar, y la normativa vigente requerirá aun del auxilio de los *códigos deontológicos* para resolver los asuntos que se planteen en tribunales.

VII. De la ficha clínica y del formulario de consentimiento informado

Se concluye, no sin antes colocar como tema de análisis el enfoque práctico, procesalmente hablando.

Antes de la ley N° 20.584 y sus reglamentos, no existía una normativa de jerarquía legal, sino solo reglamentaria, que indicaba la forma y contenido de la ficha clínica. La resolución exenta N° 926 de 14 de junio de 1989 de Salud que aprobó el *Manual de Procedimientos de la Sección de Orientación Médica y Estadística*, contiene las instrucciones de carácter obligatorio sobre normas relativas a la admisión de pacientes, recaudación, estadística y otras disposiciones relativas a la atención de los usuarios en los establecimientos asistenciales dependientes del Sistema Nacional de Servicios de Salud, referente obligado desde su vigencia para entender el concepto y contenido de lo que denomina la “historia clínica” de un paciente.

En el capítulo II, letra a) párrafo 4° del *Manual*, se entrega un concepto de lo que se debe entender como “historia clínica” y su contenido, pero no hacía referencia al reconocimiento del derecho de información al paciente, salvo en aquellas instrucciones de carácter administrativo necesarias para brindar atención hospitalaria, como informar al usuario del día de ingreso hospitalario. No se concebía la ficha clínica como un instrumento idóneo para dejar constancia de haber cumplido con el deber de información.

En cambio, una de las grandes novedades de la ley, y con seguridad, una aspiración de los cuerpos médicos, fue establecer un mecanismo a través del cual consagrar el denominado formulario de consentimiento informado y asignarle un peso probatorio específico que antes no se encontraba en nuestra legislación. El inciso final del artículo 14 de la ley N° 20.584 se refiere al tema en el siguiente sentido:

“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”.

Este documento es uno más de aquellos que deben archivar en la ficha clínica de cada paciente, como lo establece el artículo 6° del Reglamento sobre fichas clínicas, que dispone como antecedentes mínimos que la integran los siguientes:

“Artículo 6°. Toda ficha clínica deberá contener los siguientes antecedentes, a lo menos:

a) Identificación actualizada del paciente: nombre completo, número y tipo de documento de identificación: cédula de identidad, pasaporte, u otro; sexo, fecha de nacimiento, domicilio, teléfonos de contacto y/o correo electrónico, ocupación, representante legal o apoderado para fines de su atención de salud y sistema de salud al que pertenece.

b) Número identificador de la ficha, fecha de su creación, nombre o denominación completa del prestador respectivo, indicando cédula de identificación nacional o rol único tributario, según corresponda.

c) Registro cronológico y fechado de todas las atenciones de salud recibidas: consultas, anamnesis, evoluciones clínicas, indicaciones, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, intervenciones quirúrgicas, protocolos quirúrgicos u operatorios, resultados de exámenes realizados, interconsultas y derivaciones, hojas de enfermería, hojas de evolución clínica, epicrisis y cualquier otra información clínica.

Si se agregan documentos, en forma escrita o electrónica, cada uno de ellos deberá llevar el número de la ficha.

d) Decisiones adoptadas por el paciente o respecto de su atención, tales como consentimientos informados, rechazos de tratamientos, solicitud de alta voluntaria, altas disciplinarias y requerimientos vinculados a sus convicciones religiosas, étnicas o culturales, en su caso”.

Este artículo debe ser relacionado y vinculado con el artículo 14 de la ley N° 20.584, que contiene el procedimiento a utilizar por el médico tratante para efectos de comunicar al paciente o usuario lo concerniente a su estado de salud y tratamiento a seguir:

a) Por regla general, es un acto verbal.

b) Pero para fines de registro, debe constar que se proporcionó la información necesaria cuando se trate de procedimientos invasivos, cualquiera sea su naturaleza.

La definición que proporciona el artículo 12 de la ley N° 20.584 sobre ficha clínica, explicita sus características:

“La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.

Toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2° de la ley N° 19.628”.

La duda que asiste es la siguiente: ¿reemplaza la ficha clínica al formulario de consentimiento informado en cualquiera de sus variantes?

El artículo sexto reproducido da a entender que la relación entre ficha clínica y formulario de consentimiento informado es de continente

a contenido, respectivamente. Este segundo documento es diferente y es el único que tiene la virtud de hacer operar la presunción legal, porque hay un acto por escrito suscrito por el usuario, al contrario de lo que ocurre con la ficha clínica, donde es el profesional médico involucrado en la atención quien debe completarla.

Sin embargo, al tratarse de una presunción, altera el *onus probandi*, pero no por eso la ficha clínica, en su conjunto, deja de poseer peso probatorio para causar convicción. Así lo expresa el artículo 13 de la ley N° 20.584, al permitirse revelar a los tribunales de justicia y a los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando se vincule con las causas o con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo, respectivamente.

Además, la normativa recalca la importancia como instrumento probatorio, el deber del médico de dejar constancia en la ficha clínica de haber informado al paciente de su estado terminal y su aceptación de suspender todo tratamiento médico, cuando se trate de someterse a cualquier tratamiento que alargue de modo artificioso, su vida y del hecho del riesgo a la salud pública la omisión de todo tratamiento. Tratándose de decisiones de gran envergadura, también se deberá tomar el recaudo del hecho de haber informado completa y comprensiblemente de esta situación.

VII. A modo de conclusión

Según lo descrito, en términos prácticos, una *información adecuada* al paciente o a los encargados de su cuidado, es aquella *suficiente*, comprendiendo por tal la descripción de la enfermedad, estadio de evolución, su gravedad, el tratamiento sugerido y las reacciones adversas que puede gatillar, demostradas clínica y científicamente, y las consecuencias de no someterse a dicho tratamiento.

También se debe tratar de una información *veraz*, o sea, apegada a la realidad de la enfermedad y de los procedimientos a practicar.

Y, en tercer término, *oportuna*, entendiéndose por tal la proporcionada en un momento que le permita al paciente tomar una decisión libre en relación con su salud, utilizando un lenguaje que traduzca el léxico técnico a las condiciones culturales del o los receptores de la información y de modo prudente conforme su condición, de manera que hacer entendible la gravedad de la situación; tomando el recaudo por parte del personal médico, de dejarlo consignado por escrito en la ficha clínica y en el formulario de consentimiento informado.

Bibliografía

- COLEGIO MÉDICO DE CHILE, *Código de Ética*, Santiago, Colegio Médico de Chile A.G., 2013.
- ASOCIACIÓN MÉDICA ARGENTINA, *Código de Ética para los equipos de salud de la Asociación Médica Argentina*, 3ª ed., Mendoza, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2016.
- GÓMEZ RIVEROS, María del Carmen, *Responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MARAÑÓN, Gregorio, *Vocación y ética*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2010.