

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy - Dra. Sandra Montedónico Rimassa - Juan Carlos Bello Pizarro - Antonia Zacarías Yaksic - Carmen Gloria Pierart Zambrano - Dra. Isabel Tagle Reszczyński - Daniel Mardones Fonseca - María Teresa Heiss Manieu - Dr. Roberto Altamirano Assad - Nicolás Hauri Jerez - Dr. Álvaro Insunza Figueroa - Adriana Latorre Carvallo - Dra. María José del Río Vigil - Ricardo Mella Vila - Paulina Silva Torres - Pedro Pablo Hansen Cruz - María Filipa Méndez Arroyo - Dra. Inés Guerrero Montofré - Andrea Künsemüller Solé - Dr. Jean Pierre Frez Bustos - María Loreto Bañados Arias - Dr. Carlos Barrera Hermosilla - Rocío Mundaca Quijada - Tamara Navarro Vera - Francesca Coghlan Orrego - Mónica Madariaga Suárez - Dra. Carolina Orellana Campos - Elizabeth Campos Poblete - Dominique Abarca Calquín - Daniela Alday Tapia - Dr. Aníbal Scarella Chamy - Manuel Díaz Brousse - Paulina González Guzmán - Macarena Olivares Molina - Marcelo Valenzuela Villarroel - Pablo Martínez Zúñiga - Juan Enrique Moraga Mena - Marites Abarquez Soza - Marcelo Bossi Trincado - Daniela Miranda Briceño

DERECHO MÉDICO V



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy - Dra. Sandra Montedónico Rimassa - Juan Carlos Bello Pizarro - Antonia Zacarías Yaksic - Carmen Gloria Pierart Zambrano - Dra. Isabel Tagle Reszczynski - Daniel Mardones Fonseca - María Teresa Heiss Manieu - Dr. Roberto Altamirano Assad - Nicolás Hauri Jerez - Dr. Álvaro Insunza Figueroa - Adriana Latorre Carvallo - Dra. María José del Río Vigil - Ricardo Mella Vila - Paulina Silva Torres - Pedro Pablo Hansen Cruz - María Filipa Méndez Arroyo - Dra. Inés Guerrero Montofré - Andrea Künsemüller Solé - Dr. Jean Pierre Frez Bustos - María Loreto Bañados Arias - Dr. Carlos Barrera Hermosilla - Rocío Mundaca Quijada - Tamara Navarro Vera - Francesca Coghlan Orrego - Mónica Madariaga Suárez - Dra. Carolina Orellana Campos - Elizabeth Campos Poblete - Dominique Abarca Calquín - Daniela Alday Tapia - Dr. Aníbal Scarella Chamy - Manuel Díaz Brousse - Paulina González Guzmán - Macarena Olivares Molina - Marcelo Valenzuela Villarroel - Pablo Martínez Zúñiga - Juan Enrique Moraga Mena - Marites Abarquez Soza - Marcelo Bossi Trincado - Daniela Miranda Briceño

DERECHO MÉDICO V



FALMED



COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

DERECHO MÉDICO V
© FALMED

Registro de Propiedad Intelectual:
2026-A-7176

ISBN:
978-956-6477-18-1

1ª edición 2026

Tiraje: 1.500 ejemplares

Diseño: Alejandra Machuca
Edición: Eduardo Sepúlveda

Impreso en A Impresores S.A.

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. Anamaría Arriagada Urzúa</i>	9
PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN <i>Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas</i>	11
PRÓLOGO <i>Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy</i>	13
EL FENÓMENO DE LA SEGUNDA VÍCTIMA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: EL COSTO INVISIBLE DEL CUIDADO <i>Dra. Sandra Montedónico Rimassa - Abogada Antonia Zacarías Yaksic</i>	17
LA MEDIACIÓN <i>Abogada Carmen Gloria Pierart Zambrano - Dra. Isabel Tagle Reszczynski</i>	35
PREPARACIÓN DE LA DEFENSA DESDE MEDIACIÓN <i>Abogado Daniel Mardones Fonseca - Dra. Isabel Tagle Reszczynski</i>	49
LA MEDIACIÓN EN SALUD: ANÁLISIS DE RESULTADOS EMPÍRICOS <i>Abogada María Teresa Heiss Manieu - Dr. Roberto Altamirano Assad</i>	65
MARCO JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GINECOOBSTETRA EN CHILE <i>Abogado Nicolás Renato Hauri Jerez - Dr. Álvaro Insunza Figueroa</i>	79

WRONGFUL CONCEPTION EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA <i>Abogada Adriana Latorre Carvallo - Dra. María José del Río Vigil.....</i>	113
LA ACCIÓN CIVIL DIRECTA CONTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO SANITARIO: LÍMITES JURÍDICOS Y LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS PARA UNA DEFENSA EFICAZ <i>Abogado Ricardo Mella Vila - Abogada Paulina Silva Torres - Dr. Álvaro Insunza Figueroa.....</i>	131
AUMENTO DE CUANTÍA EN MONTOS INDEMNIZATORIOS: ANÁLISIS DE SENTENCIAS <i>Abogado Pedro Pablo Hansen Cruz - Abogada María Filipa Méndez Arroyo - Dra. Inés Guerrero Montofré.....</i>	151
NORMAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA <i>Abogada Andrea Künsemüller Solé - Dr. Jean Pierre Frez Bustos</i>	175
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, NORMATIVA <i>Abogada María Loreto Bañados Arias - Dr. Carlos Barrera Hermosilla.....</i>	191
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL MÉDICO EN CASOS DE PARTO PRECIPITADO <i>Abogada Rocío Belén Mundaca Quijada - Dr. Roberto Altamirano Assad.....</i>	219
¿PODEMOS HABLAR DE DISCRECIONALIDAD EN LA IMPUTACIÓN DE CARGOS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA? <i>Abogada Tamara Navarro Vera - Dr. Carlos Barrera Hermosilla.....</i>	245
VIOLENCIA OBSTÉTRICA <i>Abogada Francesca Coghlan Orrego - Abogada Mónica Madariaga Suárez - Dra. Carolina Orellana Campos.....</i>	267
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CHILE: REVISIÓN DE LA LEY N° 21.030 <i>Abogada Dominique Abarca Calquín - Abogada Elizabeth Campos Poblete - Dra. Carolina Orellana Campos</i>	281

IMPLICANCIAS MÉDICO-LEGALES EN LOS TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD EN CHILE

Abogada Daniela Alday - Dr. Aníbal Scarella Chamý - Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamý 305

GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: ¿UNA ESPECIALIDAD DE ALTO RIESGO? ANÁLISIS NORMATIVO Y DE JURISPRUDENCIA

Abogado Manuel Díaz Brousse - Abogada Paulina González Guzmán - Dr. Roberto Altamirano Assad 325

COMENTARIOS DE UNA SENTENCIA PENAL. REALIZACIÓN DE LA MANIOBRA DE KRISTELLER COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Abogado Marcelo Valenzuela Villarroel - Abogada Macarena Olivares Molina - Dr. Jean Pierre Frez Bustos 353

CHERRY PICKING PROBATORIO, O LA FALACIA ARGUMENTATIVA DE INSUFICIENCIA: NOTAS A PROPÓSITO DE UN JUICIO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL OBSTÉTRICA

Abogado Pablo Martínez Zúñiga - Dr. Jean Pierre Frez Bustos 369

IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO ANTE UNA SUSTITUCIÓN DE PROCEDIMIENTO INTRAOPERATORIO

Abogado Juan Enrique Moraga Mena - Abogada Marites Abarquez Soza - Dr. Roberto Altamirano Assad 395

ERROR JUSTIFICADO VS. ERROR NEGLIGENTE EN CASO GINECOOBSTÉTRICO

Abogada Daniela Miranda Briceño - Abogado Marcelo Bossi Trincado - Dr. Carlos Barrera Hermosilla 409

GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: RECOMENDACIONES MÉDICO-LEGALES

Abogado Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamý 425

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE

Dra. Anamaría Arriagada Urzúa

El ejercicio de la ginecología y la obstetricia enfrenta hoy desafíos particularmente complejos. Se trata de un ámbito de la medicina que acompaña procesos vitales profundamente significativos, como el embarazo, el parto, el puerperio y las pérdidas gestacionales, en contextos de alta vulnerabilidad, donde confluyen decisiones clínicas exigentes, expectativas legítimas de las personas gestantes, transformaciones culturales y un marco jurídico en permanente evolución.

En este escenario, el país avanza hacia un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres y personas gestantes, incluyendo la discusión legislativa en torno a la violencia obstétrica. Este proceso interpela a la medicina y a quienes ejercemos en este campo a revisar prácticas históricas, fortalecer estándares de atención respetuosa y comprender que la calidad del cuidado no se mide únicamente por el resultado clínico, sino también por la experiencia vivida por pacientes, acompañantes y familias.

En este contexto, el trabajo que desarrolla la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED) adquiere un especial valor. Su labor no se limita a la defensa jurídica de médicas y médicos, sino que incorpora de manera decidida una dimensión educativa y preventiva, orientada a promover un ejercicio profesional informado, consciente del marco normativo vigente y alineado con los más altos estándares éticos. Esta vocación formativa resulta clave para prevenir conflictos, evitar malas prácticas y fortalecer relaciones clínicas basadas en el respeto, el diálogo y la confianza.

Este libro, dedicado al Derecho Médico en ginecología y obstetricia, se inscribe plenamente en ese propósito. A través de sus distintos capítulos, aborda

materias fundamentales como el consentimiento informado entendido como un proceso de decisión compartida, la distinción entre mal resultado obstétrico, negligencia médica y violencia obstétrica, así como las responsabilidades profesionales y legales asociadas al ejercicio clínico en este campo. El aporte de sus autoras y autores, abogadas y abogados especializados de FALMED, ofrece una mirada rigurosa, práctica y profundamente conectada con la realidad cotidiana de médicas, médicos y equipos de salud.

Como Colegio Médico de Chile, nos preocupa el cuidado de las pacientes y el cuidado del ejercicio profesional de nuestras y nuestros colegas. Por eso ha sido fundamental el trabajo dirigido desde nuestro Departamento de Género Nacional con la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, Ginecólogas Chile y otras agrupaciones de profesionales de la salud, sumado a la participación activa en espacios de diálogo con diversas instancias de la sociedad civil, fundaciones y organizaciones (HUMANAS, Miles, Observatorio de Violencia Obstétrica, entre otras).

Estamos convencidos de que sólo a través del diálogo, la formación y la reflexión conjunta es posible avanzar hacia mejores prácticas y marcos normativos legítimos y efectivos. Nuestro compromiso es ser parte de la solución, aportando desde una perspectiva gremial, ética y técnica.

Valoro especialmente este esfuerzo editorial de FALMED, que contribuye a orientar a médicas y médicos en un momento de cambios relevantes, promoviendo un ejercicio profesional más consciente, respetuoso y acorde a las transformaciones que vive nuestra sociedad. Estoy convencida de que este libro será una herramienta valiosa para la práctica clínica, la formación y el debate informado en torno a la ginecología y la obstetricia en Chile.

Un afectuoso saludo,

Dra. Anamaría Arriagada Urzúa

Presidenta Nacional

Colegio Médico de Chile

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

DESAFÍOS JURÍDICOS EN EL EJERCICIO DE LA GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA

La Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile ha sostenido, de manera invariable, que el conocimiento jurídico aplicado no es accesorio, sino parte integrante de un ejercicio profesional médico responsable. En la actualidad, la educación médico-legal y la difusión de criterios normativos constituyen herramientas críticas para el resguardo de la práctica médica en condiciones de seguridad y dignidad.

Esta nueva publicación, *Derecho Médico V*, se suma a nuestra línea editorial ya permanente para examinar la medicina desde una perspectiva jurídica vinculada a la experiencia práctica y a los desafíos cotidianos que enfrentan los facultativos en Chile. En este volumen, abordamos específicamente la judicialización de la ginecología y obstetricia, un área de extrema sensibilidad que concentra un volumen significativo de procesos y conflictos legales.

Debemos reconocer que la ginecología y obstetricia es una especialidad particularmente expuesta. La naturaleza de sus prestaciones y las altísimas expectativas sociales sobre los resultados del embarazo y el parto han creado un escenario de complejidad única. En este contexto, el conflicto médico-legal no solo afecta al paciente, sino que el médico emerge, como en tantos aspectos donde nuestro trabajo es cuestionado, como una “segunda víctima” del sistema.

El profesional enfrenta un entorno regulatorio cada vez más exigente y fenómenos como el “*cherry picking* probatorio”, donde la valoración arbitraria de pruebas puede ignorar la diligencia del facultativo para confirmar hipótesis

de culpabilidad predeterminadas. Esta presión constante impacta la salud mental y el desempeño del médico, quien debe navegar entre su juramento ético y el temor a la sanción injusta.

Este libro, a través de un análisis normativo y jurisprudencial exhaustivo, explora los pilares que sostienen la defensa y la comprensión del ejercicio clínico actual. El capítulo de Marcos de resolución y mediación, que analiza la mediación obligatoria (Ley N° 19.966) como un puente para reducir la judicialización y mejorar la comunicación, destacando que un peritaje sólido desde esta etapa puede desestimar demandas civiles y penales infundadas. La responsabilidad civil y administrativa es un capítulo que profundiza en la responsabilidad por “falta de servicio” del Estado, argumentando la improcedencia de la acción civil directa contra el funcionario público cuando este actúa diligentemente en sistemas institucionales con carencias estructurales. En el capítulo de Nuevos estándares legales, el libro aborda la reciente Ley N° 21.675 sobre violencia obstétrica, el marco de la Ley N° 21.030 (IVE) y los desafíos del consentimiento informado ante sustituciones procedimentales intraoperatorias. Sumamos un capítulo de Jurisprudencia crítica, examinando conceptos clave como el “error justificado” —donde limitaciones técnicas excluyen la culpabilidad— frente al error negligente, y el análisis de figuras como el *Wrongful Conception* y la maniobra de Kristeller bajo los estándares de la *lex artis*. Y por último el capítulo de Tendencias indemnizatorias, para alertar sobre el aumento exponencial de los montos de condena, que en casos de daño neurológico neonatal han superado los mil millones de pesos, evidenciando la falta de un baremo vinculante en Chile.

Hoy, como fundación, estamos mucho más conscientes de que el conocimiento del Derecho es una brújula que protege al médico y constituye un puente indispensable que une el juramento hipocrático con la realidad social. Este libro reafirma el compromiso de FALMED con el estudio de las áreas de mayor riesgo jurídico, aportando un análisis construido desde el trabajo colectivo de médicos y abogados.

Con esta publicación, continuamos fortaleciendo el vínculo entre la clínica y la justicia, reafirmando nuestro rol de apoyo y formación al servicio de las y los médicos de nuestro país.

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Presidente

Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED)

PRÓLOGO

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy¹

La Fundación de Asistencia Legal, del Colegio Médico, Falmed, surge en 1995 y tiene como misión asistir a sus afiliados en el ejercicio de la medicina que desarrolla en un entorno cambiante y con múltiples riesgos, donde la judicialización de la medicina genera potenciales conflictos entre médicos y sus pacientes.

FALMED, para poder lograr estos propósitos, ha combinado un ejercicio especializado del derecho en la defensa médico-legal junto con una labor

¹ Médico cirujano titulado por la Universidad de Valparaíso. Especialista en ginecología y obstetricia de la Universidad de Valparaíso 2006. Especialista en mastología certificado por CONACEM desde 2021. Durante su carrera profesional se ha dedicado, además de la atención clínica, a la docencia y a la gestión clínica, para lo cual ha realizado los siguientes estudios de postítulo:

Diplomado en Habilidades esenciales en Educación Médica. Diplomado en Educación Médica. Diplomado en gestión de instituciones públicas y privadas en Salud. Máster en Dirección y Gestión Sanitaria OBS business School y Universidad de Barcelona.

Su trayectoria profesional y gremial incluye los siguientes cargos:

Jefe de la Unidad de Patología Mamaria Hospital Carlos Van Buren, 2015-2019. Jefe de Pabellones Hospital Carlos Van Buren, 2017-2020. Subdirector Médico (s) Hospital Carlos Van Buren 2017-2019. Docente del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Valparaíso, 2005-2026.

Director (i) Departamento de Obstetricia y Ginecología - Escuela de Medicina Universidad de Valparaíso 2019 a 2026. Consejero Regional del Colegio Médico Valparaíso Período 2014 -2017. Secretario del Colegio Médico Valparaíso - Período 2017 – 2020. Presidente Colegio Médico Valparaíso - Período 2021 – 2024. Tesorero Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, entre 2021 y 2023.

Vicepresidente Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, 2024 a 2026. Actualmente es Presidente del Colegio Médico Regional Valparaíso y Vicepresidente del directorio de FALMED.

de prevención de la judicialización de la medicina a través de la docencia, capacitación y el perfeccionamiento, apuntando a un ejercicio excelente de la medicina, el cual tiene a nuestro juicio menos riesgo de derivar en situaciones médico-legales adversas.

La práctica de la medicina, y muy especialmente la ginecología y obstetricia, se encuentra hoy en una encrucijada histórica. La complejidad del acto médico, sumada a una creciente cultura de la reclamación, además de nuevas leyes que han entrado en vigencia (Ley IVE; Ley Dominga, ley que previene toda forma de violencia contra la mujer, etc.) han transformado la relación médico-paciente en un vínculo que, con frecuencia, se ve tensionado por la amenaza de la judicialización. Ante este escenario, la **Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico (FALMED)** presenta este quinto libro como un pilar fundamental para el resguardo de nuestra profesión y la seguridad de nuestras pacientes.

Este quinto libro de derecho médico es el primero en dedicarse exclusivamente a una especialidad y se ha escogido la ginecología y obstetricia debido a su relevancia social, su carácter médico-quirúrgico y al elevado número y la complejidad de los procesos médico-legales, que de ella se derivan.

En esta especialidad además de las complejidades propias de la cirugía ginecológica, se presenta el manejo de la díada madre-feto, lo cual es especialmente complejo no sólo por los desafíos biológicos y clínicos que representa sino también por las implicancias que los resultados adversos suelen tener desde una perspectiva biopsicosocial, siendo causa importante de morbilidad y discapacidad, generando además efectos negativos desde una perspectiva social, con amplia cobertura mediática frente a cada situación que muchas veces deteriora la imagen pública de los colegas afectados mucho antes de que se produzca la investigación administrativa o judicial.

Para prevenir resultados adversos, el ejercicio clínico debe combinar la excelencia técnica con una gestión del riesgo impecable, considerando que muchos fenómenos vinculados al daño perinatal se relacionan no sólo con el agente etiológico y la fisiopatología del cuadro clínico, sino también con el tiempo de respuesta del equipo médico, el que debe ser oportuno, lo que implica muchas veces decisiones rápidas en contextos de incertidumbre.

Este texto se desarrolló mediante la sistematización y el análisis profundo de situaciones clínicas reales, desde un enfoque médico-legal. Al estudiar estos casos podemos aprender de situaciones que han vivido otros colegas, con el único ánimo de mejorar nuestros procesos de atención, mejorar nuestras

estrategias de defensa médico-legales y, sobre todo, seguir acompañando de forma segura a nuestros pacientes.

Este libro no es una crónica de conflictos legales; es una herramienta pedagógica de primer orden. A través del análisis de casos clínicos médico-legales, se busca desentrañar los factores que conducen al resultado adverso, conocer el error y aprender del mismo, para comprender cómo esto llega a producir un quiebre en la confianza entre el médico y la paciente.

La premisa es clara: el estudio crítico de la experiencia es la fórmula más eficaz para prevenir la repetición de malos resultados y esto puede reducir los casos de conflicto médico-legal. Esto nos permite comprender que el ejercicio correcto de la medicina puede reducir las implicancias médico-legales y la judicialización de la medicina. Este ha sido el pilar sobre el cual se ha sustentado el departamento de docencia de FALMED.

Cada capítulo fue elaborado desde una perspectiva legal por parte de un abogado de FALMED y complementado desde una visión médica por destacados especialistas en obstetricia y ginecología de nuestro país. Las contribuciones de estos colegas fueron parte de la colaboración de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG) que, a través de su presidenta María José del Río Vigil, puso a disposición la experiencia de directores y exdirectores que nos han aportado su conocimiento para darle una riqueza clínica a cada una de las temáticas que en este texto se presentan. El resultado es valioso y presenta un complemento similar a la manera en que se estructuran las defensas médico-legales, una visión clínica, que se transforma en una estrategia legal y que ha sido una de las fortalezas de FALMED para defender a nuestros colegas.

Cada capítulo de esta obra invita al lector a un ejercicio de reflexión introspectiva. Al analizar los casos, las dinámicas asistenciales, los peritajes y las sentencias esperamos que el lector no solo adquiera conocimientos legales, sino que fortalezca su capacidad de análisis crítico y en el caso de los profesionales de la salud, pueda mejorar su toma de decisiones clínicas con criterios de seguridad y calidad, dos herramientas claves para prevenir eventos adversos.

Prevenir la judicialización no significa ejercer una “medicina defensiva” —la cual desvirtúa nuestra vocación y encarece los sistemas de salud—, sino más bien abrazar un ejercicio excelente de la profesión. La excelencia se manifiesta en el correcto llenado de la ficha clínica, en el respeto irrestricto al consentimiento informado y en una comunicación empática y transparente

con el paciente y su familia, donde recomendamos además un enfoque basado en la educación y en decisiones tomadas de forma compartida.

Como FALMED, estamos convencidos de que el conocimiento protege, por esta razón entregamos este nuevo libro con el objetivo de que cada caso aquí descrito sirva como un espejo y una lección, permitiéndonos anticipar riesgos y elevar los estándares del cuidado.

Esperamos que la lectura de este libro sea de utilidad tanto en el mundo jurídico como en el mundo de la medicina, especialmente en la ginecoobstetricia y que para el lector genere aprendizajes relevantes para mejorar la toma de decisiones y, sobre todo, para tener mejores resultados en términos de la salud de nuestras pacientes.

Los invito a recorrer estas páginas con una mirada crítica y constructiva, reafirmando el compromiso con el ejercicio de la profesión médica y de la ginecología y obstetricia de excelencia, humana y segura.

Solo a través de la formación continua y el aprendizaje basado en la realidad médico-legal, podremos garantizar un entorno donde médicos y pacientes se sientan protegidos por la ciencia, la ética y el derecho.

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy

Vicepresidente del Directorio de FALMED

Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile

EL FENÓMENO DE LA SEGUNDA VÍCTIMA EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: EL COSTO INVISIBLE DEL CUIDADO

Dra. Sandra Montedonico Rimassa¹

Abogada Antonia Zacarías Yaksic²

COMENTARIO MÉDICO

Todos los humanos son falibles. Como los médicos somos seres humanos, los errores desafortunadamente ocurren. Si bien los errores en medicina tienen un impacto directo en los pacientes y sus familias, también impactan profundamente la salud mental y emocional de los médicos. Si como médicos somos sanadores, entonces tenemos el imperativo ético de sanarnos a nosotros mismos. Una comprensión profunda de la existencia del fenómeno de la segunda víctima y las devastadoras consecuencias que trae aparejadas hace evidente la necesidad de contar con sistemas de apoyo institucionalizados.

I. TESTIMONIO:

Soy ginecóloga obstetra.

Debo reconocer que me costó mucho sentarme a escribir esto. Esta historia vive guardada en una caja bajo llave: nunca olvidada, pero sí cuidadosamente archivada para poder seguir trabajando, seguir atendiendo pacientes y seguir adelante. Cambiaré los nombres.

¹ Autora: Dra. Sandra Montedonico Rimassa, médico cirujano pediatra, Hospital Carlos Van Buren; profesora titular, Escuela de Medicina, Universidad de Valparaíso; directora de Falmed.

² Autora: Abogada, licenciada de la Universidad Diego Portales, titulada el año 2025. Actualmente abogada integrante de la Unidad Penal y la Unidad de Género de Falmed.

María llegó a mi consulta con un embarazo de seis semanas. Buscaba un profesional que respetara profundamente su deseo de tener un parto vaginal. Muchas pacientes llegan a mí por eso, porque privilegio el parto sobre la cesárea cuando las condiciones lo permiten.

María tenía 40 años. Su primer embarazo había terminado en una cesárea electiva por un problema específico del bebé. Luego, en su segundo embarazo, logró un parto vaginal a las 41 semanas. Por eso, en este tercer embarazo, un parto vaginal era no solo posible, sino altamente probable.

Todo transcurrió de manera fisiológica y normal durante los controles. A las 40 semanas más 4 días tuvimos un control un miércoles. Conversamos sobre cuánto tiempo esperar el inicio espontáneo del trabajo de parto. Dado que tanto ella como el bebé estaban bien, y considerando que las guías nacionales e internacionales permiten esperar hasta las 41 semanas o más en ciertos casos, planteé dos opciones: interrumpir el viernes (40+6) o el lunes (41+2). Finalmente, los tres —María, su marido y yo— acordamos esperar hasta el lunes.

María ingresó en trabajo de parto espontáneo a la clínica el día sábado (41 sem.) alrededor de las 2 de la mañana, ya con 6 cm de dilatación. Todo parecía apuntar a un buen desenlace. Sin embargo, cerca de las 4 de la mañana, después de la analgesia peridural, comenzó una bradicardia fetal severa. La examiné rápidamente: 8 cm de dilatación, sin posibilidad real de un parto vaginal inmediato. No hubo respuesta a las maniobras de reanimación intrauterina y decidí una cesárea de urgencia. Recuerdo correr a buscar a la enfermera. Recuerdo volver. Recuerdo llevar yo misma la camilla hacia pabellón. En esos momentos una deja de pensar en cargos o funciones: solo existe la urgencia de salvar vidas. Operamos rápidamente. Emilia nació con una rotura uterina. Su Apgar fue 1, luego 3, luego 5. Quedó hospitalizada en UCI con hipotermia terapéutica por asfixia perinatal.

Llegué a mi casa devastada. Repasé una y otra vez cada decisión, cada minuto, cada conversación, intentando despertar de esa pesadilla y encontrar algún error que explicara lo sucedido. Recuerdo a un querido profesor que decía que la obstetricia podía pasar, en segundos, de la mayor alegría al dolor más profundo.

Y luego vino otra parte difícil: las llamadas. Una jefatura cuestionando decisiones sin comprender realmente el contexto obstétrico. Otra llamada con preocupación centrada no en lo ocurrido, sino en que no debía decir que yo había trasladado la camilla porque «eso hablaba mal de la clínica». Mientras yo seguía pensando en Emilia.

Emilia estuvo hospitalizada alrededor de un mes. María acudió a su control puerperal a la consulta, conversamos largamente de todo lo sucedido. Yo había revisado el caso incontables veces. Médicamente, todo se encontraba dentro de las recomendaciones y normas vigentes. Incluso hoy, muchas guías permiten esperar hasta las 41 semanas y 3 días en embarazos de bajo riesgo.

Pero aun así aparece la pregunta inevitable:

«¿Y si hubiésemos hecho la cesárea el viernes?»

Tal vez nada de esto habría ocurrido.

A veces pienso que los ángeles de la guarda no estuvieron. O quizás estuvieron y no supimos escucharlos.

Pienso mucho en Emilia. Quedó con secuelas, sí, pero también ha avanzado: logra comunicarse, logra incorporarse, sigue luchando. Logra caminar. Y entonces vuelvo a preguntarme por qué suceden estas cosas.

Con los años he entendido que, frente a estos eventos, solemos mirar solo los árboles: una decisión, una hora, una conducta. Pero el bosque completo es mucho más complejo. La medicina tiene límites. La obstetricia, especialmente, convive con la imprevisibilidad de manera brutal. Quizás algún día encontremos respuestas más claras. Quizás nunca.

Lo que sí sé es que esta experiencia dejó una espina permanente en mi corazón. La sensación persistente de que tal vez podría haber sido distinto. El sabor amargo que nunca desaparece por completo.

Pero también me aferro a algo: ambas sobrevivieron.

En obstetricia, estos eventos son infrecuentes, pero cuando ocurren pueden ser devastadores. Muchas veces la historia termina con la muerte del bebé, o de la madre, o de ambos. Y aunque el dolor y la culpa acompañan, también existe la obligación silenciosa de seguir adelante, sostener a otras mujeres y continuar ejerciendo una profesión donde, a veces, incluso haciendo todo correctamente, el resultado no es el que esperamos.

II. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

La descripción fundacional de Albert Wu

El concepto de «segunda víctima» nació de una observación cruda de la realidad hospitalaria. En el año 2000, el **Dr. Albert Wu** publicó un artículo que cambiaría la seguridad del paciente para siempre: «*Learning from our mistakes*». Wu identificó un vacío ético y sistémico; mientras que la atención se centraba legítimamente en el paciente (la primera víctima) y en la protección legal de la institución (la tercera víctima), el profesional de la salud involucrado quedaba «herido» por el evento. Wu describió a un médico que, tras el error, se siente aislado, cuestionado y, a menudo, abandonado por una estructura institucional que prefiere el silencio a la sanación. Esta «herida del sistema» no solo afecta al individuo, sino que erosiona los cimientos de la confianza necesarios para una práctica médica segura.

El refinamiento de la definición y los «resquemores» terminológicos

Con el paso de las décadas, investigadores como Susan Scott han refinado esta definición. Hoy entendemos por segunda víctima a cualquier profesional sanitario que se ve enfrentado a un evento adverso imprevisto, que comete un error con un paciente o que se ve involucrado en un litigio médico-legal, y que, como consecuencia de ello, resulta profundamente traumatizado por dicha experiencia. Es crucial entender que este fenómeno no se limita a los errores; abarca también aquellas complicaciones inevitables pero devastadoras que desafían la competencia del clínico.

A pesar de su aceptación, el término «víctima» ha suscitado debates intensos. Algunos autores sugieren que esta palabra se puede entender como una minimización del impacto en los pacientes efectivamente víctimas de un evento traumático y podría evadir la responsabilidad profesional o eclipsar el sufrimiento del paciente. Sin embargo, la literatura quirúrgica moderna defiende su uso con un argumento pragmático: el daño psicológico del médico es una realidad medible que, si no se nombra con fuerza, difícilmente recibirá el apoyo institucional necesario. Como señalan Robertson y Long en su artículo «*Suffering in Silence*», no se trata de victimismo, sino de reconocer una vulnerabilidad humana que impacta directamente en la seguridad del sistema de salud. Visto este debate, desde Falmed proponemos el término *Sufrimiento Secundario* por sobre *Segunda Víctima*.

III. EL ESPECTRO DEL SUFRIMIENTO: SÍNTOMAS Y SIGNOS

El trauma de la segunda víctima no es una respuesta emocional pasajera, sino una constelación de síntomas que pueden cronificarse si no se intervienen adecuadamente. Basándonos en los metaanálisis de *Busch et al.*, podemos clasificar estas manifestaciones en tres dimensiones críticas que afectan la integridad del médico:

- **Dimensión Psicológica:** Los síntomas más prevalentes son los pensamientos recurrentes del momento del incidente (81%), ansiedad (76%), rabia contra sí mismo (75%), arrepentimiento o remordimiento (72%), miedo a cometer nuevos errores en el futuro (56%), una vergüenza paralizante frente a los colegas (52%) y una culpa corrosiva (51%).
- **Dimensión Física y Somática:** El estrés se traduce en insomnio severo, fatiga crónica que no cede con el descanso, taquicardia al entrar al recinto hospitalario y trastornos gastrointestinales. Estos signos son la manifestación biológica de un sistema nervioso en estado de alerta constante, agotando las reservas de resiliencia del clínico.
- **Dimensión Cognitiva:** Aparece la «rumiación» obsesiva, un ciclo donde el médico repite mentalmente cada decisión tomada, buscando aquel «punto de no retorno» en que un cambio de conducta pudo haber evitado el evento adverso. Esta pérdida de confianza genera una indecisión clínica que puede comprometer la atención de los pacientes futuros.

Sin una adecuada intervención, el médico suele desarrollar una ansiedad intensa, miedo a la pérdida de reputación y síntomas compatibles con el Trastorno de Estrés Postraumático, como pesadillas y *flashbacks*. Algunos pueden buscar alivio en el alcohol y la sobredosificación de medicamentos ansiolíticos e incluso en las drogas duras. Unos pocos ven el suicidio como única salida al intenso sufrimiento.

La literatura reciente subraya que el impacto es desigual. Existe evidencia consistente de que las mujeres y los médicos jóvenes, especialmente los residentes, experimentan niveles más altos de compromiso emocional. En los jóvenes, esto se atribuye a una identidad profesional aún en formación, donde el primer gran error se percibe no como un evento, sino como una falta de carácter o un indicio de incompetencia.

Repercusiones en la vida profesional

El impacto profesional se traduce en un fenómeno alarmante para la salud pública: la **medicina defensiva**. El miedo a la repetición del error o al escrutinio legal lleva al clínico a solicitar pruebas innecesarias o a evitar procedimientos de alto riesgo, lo que paradójicamente degrada la calidad de la atención y encarece el sistema. Además, el médico tiende a aislarse emocionalmente de su entorno, lo que rompe la comunicación, esencial en los equipos quirúrgicos, y crea un entorno de trabajo tenso, agravado por las fallas preexistentes en la gestión del grupo humano de trabajo.

IV. EPIDEMIOLOGÍA Y LA CULTURA DEL ESTOICISMO

La magnitud del problema

Las cifras son sobrecogedoras y obligan a una reflexión profunda. Los errores médicos causan cerca de 98.000 muertes anuales en EE. UU., situándose como la cuarta causa de mortalidad general. Se estima que el 50% de los trabajadores de la salud han experimentado el fenómeno de la segunda víctima en algún momento de su carrera. Sin embargo, en las especialidades quirúrgicas, donde la acción es directa y los resultados inmediatos, esta prevalencia se dispara hasta el 90%. Casi todos los cirujanos llevan consigo el peso emocional de un evento adverso que rara vez se discute en las reuniones clínicas.

El muro del estoicismo en cirugía

Uno de los mayores obstáculos para la recuperación es la cultura del «estoicismo» imperante en la formación quirúrgica. Se ha educado a los cirujanos bajo la premisa de que deben ser infalibles y que mostrar vulnerabilidad es sinónimo de debilidad y, en consecuencia, incompatible con el liderazgo quirúrgico. Esta expectativa obliga al médico a sufrir en silencio, ocultando su angustia para no ser percibido como «débil», lo que perpetúa el trauma y evita que se implementen soluciones estructurales.

V. RELEVANCIA CLÍNICA: EL «LOOP» DE LA AFECTACIÓN DE LA SEGUNDA VÍCTIMA Y EL ERROR MÉDICO

La importancia de abordar el fenómeno de la segunda víctima no es meramente humanitaria; es un imperativo de seguridad. Panagioti y cols. demostraron que existe una correlación directa entre el sufrimiento emocional del médico y la probabilidad de cometer nuevos errores en el futuro próximo. Un médico que no ha sanado de su trauma como segunda víctima es, estadísticamente, un factor de riesgo. El sufrimiento emocional nubla el juicio crítico y reduce la atención plena necesaria para procedimientos complejos, creando un círculo vicioso de errores y sufrimiento que solo puede romperse con una intervención oportuna.

VI. LA SINGULARIDAD EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA

En el contexto de la Ginecología y Obstetricia, el impacto de la segunda víctima alcanza su cénit debido a que es quizás, la especialidad con las expectativas de perfección más inflexibles. Mientras que en otras áreas se lucha contra la enfermedad, en el parto la sociedad espera un proceso perfecto y feliz. Sin embargo, la realidad clínica muestra que hasta 1 de cada 12 trabajos de parto puede derivar en un evento adverso significativo. De esta manera, la afectación emocional se vuelve exponencial cuando el resultado afecta a dos vidas simultáneamente: a la madre y al recién nacido. Cuando esto ocurre, el impacto sobre el obstetra es devastador. El sentimiento de haber fallado en el momento más sagrado de la vida genera una carga emocional de una magnitud que pocos profesionales fuera de esta área pueden comprender. Esta situación se ve agravada por una cultura de litigiosidad agresiva que judicializa el error médico, prolongando el estado de «segunda víctima» durante años de procesos legales.

VII. LA TRAYECTORIA HACIA LA RECUPERACIÓN

Susan Scott ha descrito con precisión el calvario y la eventual redención del profesional afectado a través de seis etapas consecutivas:

1. **Caos y respuesta inmediata al evento adverso o error:** El impacto inicial en que se debe mantener la compostura técnica mientras se lidia con el *shock*.

2. **Reflexiones intrusivas:** La etapa donde el evento invade todas las esferas de la vida, manifestándose en rumiación constante del evento y ansiedad.
3. **Restauración de la integridad personal:** La búsqueda de un espacio seguro, usualmente con un colega de absoluta confianza, para validarse a sí mismo.
4. **Soportando la inquisición:** La fase agotadora de enfrentar sumarios, auditorías, comités de ética y procesos legales.
5. **Obtención de ayuda emocional:** El reconocimiento, a menudo tardío, de que el apoyo emocional es indispensable tras verse enfrentado a un error o evento adverso grave.
6. **Desenlace:** Se describen tres caminos posibles: el médico puede optar por el **abandono** de la práctica de la medicina; la **supervivencia**, es decir, seguir trabajando pero con una «herida abierta» emocional; o la **prosperidad** al integrar el error como aprendizaje y fortalecer su resiliencia.

VIII. ESTRATEGIAS DE APOYO

Apoyo basado en el problema

Se enfoca en aprender del incidente, cambiando la visión desde el «¿Quién es el culpable?» al «¿Qué falló en el sistema?». Involucrar a la segunda víctima en los procesos de mejora continua permite que el médico transforme su culpa en un propósito constructivo, sintiendo que su dolor sirvió para salvar vidas futuras. En Chile, la seguridad del paciente y la calidad de la atención están reguladas por una Norma Ministerial que se implementó en el año 2012. Esta norma incluye, entre otras cosas, el reporte de los eventos adversos y el análisis de las reintervenciones quirúrgicas no programadas, muchas de las cuales se deben a errores médicos. El análisis de las reintervenciones quirúrgicas no programadas en el seno del equipo quirúrgico «diseciona» el caso clínico y las decisiones que se tomaron con miras a determinar los posibles errores y mejorar la práctica del equipo quirúrgico en el futuro. Sin embargo, estas reuniones de análisis no se hacen cargo de las consecuencias emocionales que una complicación severa genera en el cirujano tratante. Se

hace indispensable que el jefe de servicio o el líder del equipo quirúrgico reconozca este fenómeno e instaure en su unidad una cultura de que “*está bien no estar bien*” cuando un miembro del equipo ha cometido un error o ha vivenciado un evento adverso grave.

Apoyo emocional estructurado

Se enfoca en ofrecer un apoyo emocional institucionalizado a las segundas víctimas, dejando atrás la cultura del castigo que, en nuestro país, se materializa en los hospitales públicos a través de la instrucción del sumario administrativo y sus medidas disciplinarias correspondientes.

Programas de apoyo entre pares

Es la estrategia más extendida y valorada por los cirujanos. El médico necesita hablar con alguien que comprenda en profundidad la responsabilidad y el peso de estar a cargo de un paciente que se complica, sin juicios morales. Y ese otro no es un familiar ni un amigo, sino un colega de confianza: ¿Quién mejor que un colega que ha estado en nuestros zapatos para escucharnos y ayudarnos a salir adelante luego de una experiencia traumática en nuestro trabajo? En el mundo desarrollado existen desde hace años los *Peer support groups* o grupos de ayuda de pares, que son médicos, elegidos y validados por sus propios colegas, que han recibido una capacitación específica para escuchar y ofrecer apoyo emocional a los médicos que han sufrido una vivencia traumática en su quehacer, ayudándolos a salir adelante y evitando así el espiral descendente y autodestructivo del síndrome de segunda víctima. Una reciente revisión sistemática que incluye 15 ensayos clínicos aleatorizados en intervenciones y sus resultados en casos de segunda víctima observó que la gran mayoría de los grupos de trabajo ofrecían un programa de apoyo de pares que brindaba primeros auxilios emocionales y psicológicos ya sea de manera individualizada o en grupo, con tiempos que variaban desde una intervención inmediata hasta un acompañamiento de varias semanas. Estos estudios mostraban resultados muy positivos a corto plazo con disminución de la sensación de soledad, de aislamiento y de fatiga emocional. Sin embargo, no se han estudiado aún los efectos de estos programas de apoyo de pares a largo plazo en relación con el bienestar psicológico y con el porcentaje de retención de los profesionales en los

hospitales. Otros autores proponen que la terapia psicológica especializada en trauma médico y el *mindfulness* podría tener resultados más duraderos a largo plazo con una disminución significativa del *burnout* y la depresión y un aumento en la resiliencia. Posiblemente, una integración institucional de un programa de apoyo de pares sumado a la consejería psicológica profesional y la práctica de *mindfulness* podría aportar una aproximación más holística al problema.

CONSIDERACIÓN FINAL

La sala de partos o el pabellón quirúrgico es un lugar de luces y sombras. Reconocer el fenómeno de la segunda víctima es un acto de honestidad que no solamente protege a los médicos, sino que garantiza que los pacientes sigan siendo atendidos por médicos íntegros, humanos y, sobre todo, sanos.

Dra. Sandra Montedonico Rimassa
Médico Cirujano Pediatra Hospital Carlos Van Buren
Profesora titular, Escuela de Medicina, Universidad de Valparaíso
Directora de Falmed

REFERENCIAS

1. Wu, A. W. (2000). *Medical error: the second victim. The doctor who makes a mistake needs help too.* BMJ (Clinical research ed.), 320(7237), 726–727.
2. Scott, S. D., Hirschinger, L. E., Cox, K. R., et al. (2009). *The natural history of recovery for the healthcare provider «second victim» after adverse patient events.* Quality & Safety in Health Care, 18(5), 325-330.
3. Coughlan, B., Powell, D., & Higgins, M. F. (2017). *The Second Victim: A Review.* European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology, 213, 11-16.
4. Chong, R. I. H., et al. (2024). *Scoping review of the second victim syndrome among surgeons: Understanding the impact, responses, and support systems.* The American Journal of Surgery, 229, 5-14.
5. Busch, I. M., Moretti, F., Purgato, M., et al. (2019). *Psychological and Psychosomatic Symptoms of Second Victims of Adverse Events: a Systematic Review and Meta-Analysis.* Journal of Patient Safety, 16(2), e61-e73.
6. Nosanov, L., Elseth, A. J., Maxwell, J., et al. (2023). *The things we carry: The scope and impact of second victim syndrome.* The American Journal of Surgery, 226, 726-728.
7. Robertson, J. J., & Long, B. (2018). *Suffering in Silence: Medical Error and its Impact on Health Care Providers.* The Journal of Emergency Medicine, 54(4), 402-409.
8. Awuah, W. A., et al. (2024). *Beyond the operating room: addressing the «second-victim» phenomenon in surgical practice.* European Journal of Medical Research, 29, 486.
9. Neves, V. R., et al. (2025). *The second victim phenomenon's impact in male and female healthcare workers: a scoping review.* International Journal for Quality in Health Care, 37(2).
10. McDaniel, L. R., & Morris, C. (2020). *The Second Victim Phenomenon: How Are Midwives Affected?* Journal of Midwifery & Women's Health, 65(4), 503-511.
11. Panagioti, M., Panagopoulou, E., Bower, P., et al. (2017) *Controlled interventions to reduce burnout in physicians: a systematic review and meta-analysis.* JAMA Intern Med; 177(2): 195–205.
12. Sheng Khai Ong T, Natasha Goh Celeste, Kane Yun En Tan Erel, et al (2025) *Second Victim Syndrome Among Healthcare Professionals: A Systematic Review of Interventions and Outcomes.* Journal of Healthcare Leadership;17, 225–239.

EL FENÓMENO DE LA SEGUNDA VÍCTIMA DESDE UNA PERSPECTIVA LEGAL: DEL IMPACTO EMOCIONAL A LA JUDICIALIZACIÓN

1. LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA COMO FACTOR AGRAVANTE DEL FENÓMENO DE SEGUNDA VÍCTIMA

El fenómeno de la segunda víctima ha sido ampliamente descrito por la literatura médica como la respuesta emocional y psicológica que experimentan los profesionales de la salud tras verse involucrados en un evento adverso. En el año 2022, la *European Researchers' Network Working on Second Victim* describió a la segunda víctima como *“cualquier trabajador de la salud, involucrado directa o indirectamente en un evento adverso imprevisto del paciente, un error de atención médica no intencional o una lesión del paciente, y que se convierte en víctima en el sentido de que también se ve afectado negativamente”*¹.

Como se expuso en los apartados anteriores, desde la dimensión psicológica de este fenómeno surge una serie de manifestaciones, entre ellas la ansiedad, la rabia, el remordimiento, la culpa y el miedo a cometer nuevos errores en el futuro. Sin embargo, desde una perspectiva médico-legal es posible advertir la aparición de una dimensión adicional, que emerge cuando el evento adverso trasciende el ámbito estrictamente asistencial y comienza a proyectarse hacia el plano jurídico. En ese momento aparece lo que podríamos denominar la incertidumbre jurídica, entendida como el conjunto de temores, dudas e inseguridades que experimenta el profesional de la salud frente a la posibilidad de que un evento adverso se transforme en un conflicto legal.

En este sentido, puede afirmarse que la judicialización no comienza con la presentación de una demanda o una querella ante un tribunal. La judicialización comienza mucho antes: comienza cuando el médico percibe que un evento

1 Vanhaecht K, Seys D, Russotto S, Strametz R, Mira J, Sigurgeirsdóttir S, *et al.* An Evidence and Consensus-Based Definition of Second Victim: A Strategic Topic in Healthcare Quality, Patient Safety, Person-Centeredness and Human Resource Management. *Int J Environ Res Public Health*. 2022 Dec 1;19(24):16869. doi:10.3390/IJERPH192416869/S1. PubMed PMID: 36554750

adverso podría transformarse en un conflicto jurídico. Es precisamente en ese instante cuando el profesional deja de enfrentar únicamente las consecuencias clínicas del evento y comienza a convivir con un nuevo escenario, marcado por la incertidumbre respecto de las eventuales consecuencias legales, profesionales, patrimoniales y personales que podrían derivarse de lo ocurrido.

Desde la ocurrencia del evento adverso, inevitablemente el foco de atención deja de ser exclusivamente el paciente y emergen una serie de preocupaciones y dudas tales como: *¿me va a demandar?*, *¿qué dirán mis colegas?*, *¿me pedirán un informe en mi lugar de trabajo?*, *¿esta situación podría costarme mi empleo?*

Resulta particularmente llamativo que estas preguntas aparezcan incluso cuando todavía no existe una denuncia formal, una querrela o una demanda civil. En muchos casos, ni siquiera existe un reclamo del paciente. Sin embargo, el médico ya comienza a sufrir las consecuencias emocionales de un proceso sancionatorio cuya existencia, hasta ese momento, es meramente hipotética.

En virtud de lo expuesto, no resulta extraño que, tras un evento adverso con potenciales implicancias legales, muchos facultativos busquen tempranamente orientación jurídica especializada. Ello responde a que, a partir de ese momento, el profesional comienza a desenvolverse en un escenario completamente distinto al de su formación y experiencia clínica. Conceptos como responsabilidad civil, responsabilidad penal, procedimientos administrativos, mediación, investigación penal, plazos judiciales forman parte de un ámbito ajeno a su quehacer cotidiano, generando una comprensible sensación de incertidumbre e inseguridad.

2. JUDICIALIZACIÓN Y REVICTIMIZACIÓN

Desde la perspectiva de la defensa médica, es posible advertir que el desgaste emocional del facultativo no proviene únicamente del resultado clínico adverso, sino también del recorrido que implica enfrentar un proceso penal, civil o administrativo; en definitiva, de su judicialización.

Cuando un médico se ve enfrentado a una complicación en su práctica, confluyen en él diversas emociones. Por un lado, experimenta el pánico relacionado con la posibilidad de haber cometido un error, el miedo al escrutinio público y al cuestionamiento de sus capacidades, así como la

profunda angustia por la supervivencia y el estado de salud de su paciente. A todas estas cargas emocionales debemos añadir aquella que, probablemente, se mantendrá de manera más prolongada y recurrente en el tiempo: la ya mencionada incertidumbre legal.

Ante este escenario, el médico suele revisar reiteradamente la ficha clínica y buscar la opinión de sus colegas para analizar el caso. Paralelamente, comienza una etapa crítica: el inicio de las acciones legales y el trabajo conjunto con su abogado para diseñar una estrategia de defensa. Es en estos momentos cuando los profesionales se encuentran en un estado de vulnerabilidad psicológica, los abogados defensores nos enfrentamos a la materialización de sus temores: *“¿Qué le digo a los familiares?”*, *“¿Cuánto tiempo puede durar esto?”*, *“¿Puedo ir a la cárcel?”*, *“¿Puedo salir del país?”*, *“¿Me pueden quitar mi casa?”*.

Las vías mediante las cuales se materializa la judicialización del acto médico son variadas. El profesional puede verse enfrentado simultáneamente a un sumario administrativo en un recinto hospitalario, a una demanda indemnizatoria en sede civil o a una querella criminal en sede penal, originadas tras una denuncia ante las policías o ante las autoridades del centro médico.

De todas estas instancias, el sumario administrativo y el proceso penal suelen ser los escenarios en los que el profesional padece el mayor nivel de escrutinio. Estos procedimientos están lejos de ser eventos neutrales; constituyen estresores prolongados que suelen extenderse por un periodo de tres a cinco años. Durante este lapso, el facultativo puede ser citado a declarar ante la Policía de Investigaciones o el Ministerio Público, diligencia que puede repetirse en reiteradas ocasiones, debiendo repasar cada intervención y decisión.

Esta dinámica es, por definición, profundamente revictimizante. Obliga al médico a revivir y relatar, una y otra vez, el evento traumático original. Asimismo, deberá comparecer a diversas audiencias ante los tribunales (como el Juzgado de Garantía), escenarios que frecuentemente derivan en situaciones de alta tensión y exposición. Por todo lo anterior, el procedimiento judicial, y particularmente la persecución penal, resulta desgastante a nivel emocional. Ahí radica la importancia imperativa de contar con una defensa especializada que comprenda tanto la complejidad técnica de la medicina como la profunda afectación psicológica que estos procesos generan.

3. AUTOTUTELA Y REDES SOCIALES: LA JUSTICIA POR MANO PROPIA

La judicialización en el ámbito de la salud ha sido ampliamente estudiada por la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (Falmed) a lo largo de los años, incluyendo ediciones anteriores de esta misma obra. Sin embargo, existe una arista incipiente que cobra cada vez más relevancia y presenta nuevas complejidades: la tendencia a prescindir de la institucionalidad para tomar la justicia «por mano propia». Este fenómeno es conocido popularmente en redes sociales y medios de comunicación como «funa», y jurídicamente se encuadra bajo el concepto de autotutela.

Estamos frente a un acto de autotutela cuando un individuo o grupo decide que el sistema judicial no resolverá su conflicto de la manera esperada, optando por ejercer un castigo social y público de forma directa. La Corte Suprema ha definido la autotutela, en especial aquella ejercida en el entorno digital, señalando que ocurre cuando:

“...se difunden y/o publican en una red social afirmaciones que producen descrédito a su respecto, con la pretensión de modelar el concepto público que se tiene del individuo, sobre la base de la atribución de conductas que constituyen ilícitos penales, y sobre los que no recae sentencia penal que declare la efectividad de la autoría que se le imputa, y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa”².

Debido a que los tiempos de la justicia no suelen ser tan expeditos como a los intervinientes les gustaría, cada vez es más frecuente que los pacientes o sus familiares recurran a la «funa» virtual. El objetivo suele ser asegurarse de que el profesional reciba algún tipo de condena o retribución social inmediata por su supuesto mal actuar.

Las consecuencias de esta práctica son gravísimas. Desde el punto de vista humano, provoca una profunda revictimización del médico, acompañada de un daño a su honra. Desde la perspectiva jurídica, constituye un acto ilícito al atribuir públicamente a un profesional de la salud una conducta constitutiva de delito, vulnerando su presunción de inocencia sin que exista una sentencia penal firme en su contra.

² Rol N° 257-2024, 20 de febrero de 2025, Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema.

Frente a esta avalancha de ataques, a veces los médicos, desesperados, intentan contactar directamente a las familias para pedir que cesen las publicaciones. Sin embargo, como abogados de Falmed, recomendamos cautela. Al enfrentarnos constantemente a este escenario, hemos desarrollado mecanismos legales eficaces que deben ser activados de inmediato para proteger el honor del profesional afectado.

A modo de ejemplo, recientemente un facultativo fue expuesto en diversas plataformas mediante fotografías y relatos gravemente distorsionados. Frente a esta circunstancia, el abogado de Falmed y representante del médico interpuso un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, solicitando la eliminación de dichas publicaciones. La acción constitucional fue acogida favorablemente por el tribunal, el cual razonó en los siguientes términos:

“Sexto: Que, entonces, la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto y así se ha señalado desde antiguo: nunca la libertad de expresión puede amparar la injuria o el insulto. El N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República señala que se asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, <sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esas libertades...>. El ordenamiento jurídico, entonces, no protege un pretendido derecho a insultar, y la libertad de expresión no puede ser absoluta, sino que debe debilitarse y atemperarse si esta tiene el efecto de dañar la reputación de otra persona.

Séptimo: Que, en consecuencia, el recurrido, escudándose en la libertad de expresión, no puede publicar en una “red social” expresiones que claramente afectan la honra del recurrente, tanto en lo personal como en lo profesional, pues, entonces, su actuar se torna un mero insulto, que la judicatura no debe ni puede tolerar, toda vez que con tal doctrina se institucionaliza una suerte de derecho a la injuria que el ordenamiento jurídico no contempla. Ciertamente le asiste al recurrido el derecho a ejercer en contra del recurrente las acciones que crea convenientes para perseguir su responsabilidad civil o penal y serán los tribunales los que, en un juicio de lato conocimiento, decidirán sobre su procedencia, más lo que en ningún caso puede hacer es practicar una especie de autotutela e insultar al doctor a través de una “red social”, amparándose en una libertad de expresión que, como se dijo, no cubre tal conducta”³.

3 Rol N° 5.763-2021, 02 de septiembre de 2022, Quinta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

4. HACIA UNA DEFENSA INTEGRAL DEL EJERCICIO MÉDICO

A modo de síntesis, resulta necesario reflexionar sobre el complejo escenario que enfrentan hoy los profesionales de la salud. A la carga emocional inherente que supone un resultado clínico adverso y al sufrimiento secundario, se les suman el peso de un procedimiento judicial prolongado y revictimizante y, más recientemente, la amenaza del escrutinio público a través de la autotutela digital. En su conjunto, estos factores no solo afectan profundamente la salud mental y la honra del médico, sino que terminan por fracturar la confianza fundamental de la relación médico-paciente, fomentando el ejercicio de una medicina defensiva que perjudica a la sociedad en su totalidad.

Frente a esta realidad multidimensional, resulta evidente que el abordaje de estos conflictos no puede limitarse al ámbito estrictamente técnico-jurídico. Se requiere de una defensa integral y empática, capaz de contener al profesional en su momento de mayor vulnerabilidad y soledad. Al mismo tiempo, las instituciones deben actuar con firmeza para proteger el derecho al debido proceso, exigir que las presuntas responsabilidades se discutan únicamente en los tribunales competentes y frenar con determinación cualquier intento de linchamiento público amparado en una mal entendida libertad de expresión. Proteger la dignidad, el prestigio y el bienestar del médico frente a estos estresores legales es, en definitiva, resguardar la vocación, la calidad y la seguridad del acto médico mismo.

Antonia Zacarías Yaksic
Abogada Falmed

BIBLIOGRAFÍA

Vanhaecht K, Seys D, Russotto S, Strametz R, Mira J, Sigurgeirsdóttir S, *et al.* An Evidence and Consensus-Based Definition of Second Victim: A Strategic Topic in Healthcare Quality, Patient Safety, Person-Centeredness and Human Resource Management. *Int J Environ Res Public Health*. 2022 Dec 1;19(24):16869. doi:10.3390/IJERPH192416869/S1. PubMed PMID: 36554750

Link pdf: https://www.researchgate.net/publication/366326706_An_Evidence_and_Consensus-Based_Definition_of_Second_Victim_A_Strategic_Topic_in_Healthcare_Quality_Patient_Safety_Person-Centeredness_and_Human_Resource_Management

JURISPRUDENCIA

Rol N° 257-2024, 20 de febrero de 2025, Tercera Sala, Excma. Corte Suprema.

Rol N° 5.763-2021, 02 de septiembre de 2022, Quinta Sala, Ilma. Corte de Apelaciones.

LA MEDIACIÓN

Abogada Carmen Gloria Pierart Zambrano¹

Dra. Isabel Tagle Reszczynski²

COMENTARIO MÉDICO

Comentario al capítulo sobre el proceso de mediación desde la perspectiva de la ginecología y obstetricia

El capítulo dedicado al proceso de mediación constituye un aporte relevante para la comprensión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del derecho médico. Desde la perspectiva de la ginecología y obstetricia, esta instancia adquiere particular importancia debido a la naturaleza de la relación médico-paciente, la vulnerabilidad inherente de las personas atendidas y la alta carga emocional que suele acompañar los eventos adversos en esta especialidad.

La ginecología y obstetricia se caracteriza por intervenciones que acompañan procesos vitales significativos —embarazo, parto, puerperio y salud sexual y reproductiva— en los cuales las expectativas de las pacientes y sus familias suelen ser elevadas. Cuando el resultado clínico no se ajusta a dichas expectativas, aun en ausencia de negligencia, pueden surgir conflictos

¹ Autora: Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2007. Postítulo Derecho Penal de la Universidad del Desarrollo, año 2007. Diplomado Mediación Universidad Bernardo O'Higgins, año 2009. Diplomado Responsabilidad Legal en Salud Universidad Finis Terrae, año 2014. Curso de Especialización *University of Michigan, Successful Negotiation: Essential Strategies and Skills*, año 2020. Curso de Especialización Universidad Autónoma de México, La solución del Conflicto Ético, año 2020.

² Colaboradora: Médica Cirujana, Universidad del Desarrollo. Especialista en ginecología y obstetricia, Universidad de los Andes. Miembro de la Unidad de Urgencia Ginecoobstétrica, Clínica Alemana de Santiago.

Directora SOCHOG, período 2024–2025. Staff médico, Clínica Alemana de Santiago.

que encuentran en la mediación un espacio adecuado para el diálogo, la escucha activa y la reparación del daño percibido.

Desde el punto de vista del profesional médico, la mediación permite abordar el conflicto en un entorno menos adversarial que el judicial, favoreciendo la reflexión sobre la práctica clínica, la comunicación y la relación terapéutica. En ginecología y obstetricia, muchas controversias se originan no solo en el resultado clínico, sino en fallas comunicacionales, falta de información o percepción de abandono. La mediación ofrece la oportunidad de aclarar decisiones clínicas, contextualizar los riesgos inherentes a la atención médica y, en algunos casos, restablecer la confianza quebrantada.

Para los pacientes, el proceso de mediación representa un espacio donde pueden expresar sus inquietudes, emociones y expectativas, sentirse escuchados y recibir explicaciones claras sobre lo ocurrido. En especial en eventos obstétricos adversos, la posibilidad de ser acogidos por un equipo dispuesto a dialogar puede contribuir significativamente al proceso de duelo y a la comprensión de los límites de la medicina. Asimismo, la mediación facilita acuerdos que pueden incluir disculpas, explicaciones formales o compromisos de mejora, aspectos que muchas veces resultan más relevantes para los pacientes que una compensación económica.

Un aspecto central que destaca este capítulo es la necesidad de que los profesionales de la salud comprendan la mediación no como una amenaza, sino como una herramienta complementaria de gestión de conflictos. En este sentido, resulta fundamental incorporar formación en comunicación clínica, consentimiento informado y manejo de situaciones complejas durante la formación y el ejercicio profesional en ginecología y obstetricia. Ello no solo reduce la probabilidad de conflictos, sino que también prepara al médico para participar de manera constructiva en procesos de mediación cuando estos se presentan.

Finalmente, desde una mirada sistémica, la mediación contribuye a humanizar la resolución de conflictos en salud, promoviendo una cultura de responsabilidad, transparencia y aprendizaje continuo. En una especialidad tan sensible como la ginecología y obstetricia, su adecuada implementación beneficia tanto a los profesionales como a las pacientes, fortaleciendo la relación médico-paciente y mejorando la calidad de la atención.

INTRODUCCIÓN

La historia de la mediación es un reflejo de la evolución de las relaciones humanas y de la búsqueda constante de soluciones pacíficas a los conflictos. Desde tiempos inmemoriales, las sociedades han enfrentado disputas y desacuerdos, y la necesidad de resolver estas diferencias de manera constructiva ha llevado al desarrollo de prácticas de mediación en diversas culturas y contextos.

La mediación, como práctica de resolución de conflictos, tiene raíces muy antiguas que se remontan a las primeras civilizaciones. Aunque no se puede establecer una fecha exacta de “creación”, se pueden identificar varios hitos importantes en su desarrollo:

1. **Antigüedad:** En las civilizaciones surgidas en Mesopotamia, Egipto y Grecia, ya existían formas de mediación. Los líderes comunitarios, ancianos o figuras respetadas actuaban como intermediarios en disputas entre individuos o grupos. En la antigua Grecia, por ejemplo, se utilizaban mediadores en conflictos entre ciudades-estado.
2. **Roma:** En el derecho romano, la mediación se formalizó en ciertos contextos, donde se reconocía la figura del “*mediator*” como alguien que ayudaba a las partes a llegar a un acuerdo.
3. **Edad Media:** Durante este período, la mediación se utilizó en disputas feudales y en la resolución de conflictos dentro de las comunidades, a menudo facilitada por la Iglesia o líderes locales.
4. **Siglo XX:** La mediación moderna comenzó a tomar forma en el siglo XX, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se buscaban métodos pacíficos para resolver conflictos internacionales. En este contexto, se desarrollaron modelos de mediación más estructurados y se formalizaron en diversas áreas, como el derecho familiar y laboral.
5. **Finales del siglo XX y principios del XXI:** La mediación ha ganado reconocimiento y aceptación en todo el mundo, con la creación de leyes y políticas que promueven su uso en diversas jurisdicciones. Organizaciones internacionales y gobiernos han fomentado la mediación como una herramienta eficaz para la resolución de conflictos.

En resumen, la mediación ha existido en diversas formas a lo largo de la historia, adaptándose a las necesidades de cada época y cultura, y su desarrollo ha sido un proceso continuo que sigue evolucionando en la actualidad.

EL CONFLICTO SANITARIO

Un conflicto sanitario se refiere a una desavenencia o disputa que surge en el ámbito de la salud, ya sea entre pacientes y proveedores de servicios de salud, o entre profesionales de la salud entre sí. Estos conflictos pueden tener diversas causas y pueden manifestarse en diferentes formas, desde simples desacuerdos hasta situaciones más complejas que requieren mediación o intervención legal.

Causas de los conflictos sanitarios:

- **Malentendidos o falta de comunicación:**

Uno de los principales causantes de los conflictos sanitarios son los errores en la comunicación entre los profesionales de la salud y los pacientes.

- **Desacuerdos sobre tratamientos:**

Los pacientes pueden tener dudas o desacuerdos con los profesionales de la salud sobre la mejor manera de abordar un problema de salud.

- **Diferencias de opinión entre profesionales:**

Pueden surgir diferencias entre los profesionales de la salud sobre la mejor manera de abordar un caso o sobre la interpretación de una situación clínica.

- **Insatisfacción con la atención:**

Los pacientes pueden estar insatisfechos con la atención que reciben, lo que puede generar tensiones y conflictos.

- **Problemas legales:**

En algunos casos, los conflictos sanitarios pueden desembocar en reclamaciones legales, lo que puede generar tensiones y problemas adicionales.

Así, los conflictos sanitarios pueden resolverse de diversas formas:

- **Comunicación abierta y honesta:**

Una buena comunicación entre los profesionales de la salud y los pacientes es esencial para resolver los conflictos.

- **Escucha activa y empatía:**

Entender las preocupaciones y necesidades de los pacientes es importante para resolver los conflictos.

- **Mediación:**

Recurrir al Consejo de Defensa del Estado o la Superintendencia de Salud, según corresponda, para iniciar un procedimiento de mediación.

- **Resolución judicial:**

En casos más complejos, puede ser necesario recurrir a la vía judicial para resolver el conflicto.

ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN³

La primera mediación en salud en el mundo se atribuye a un caso que tuvo lugar en Estados Unidos en la década de 1970. Este caso involucró la mediación de conflictos en el ámbito de la atención médica, específicamente en situaciones donde había disputas entre pacientes y proveedores de servicios de salud. Sin embargo, es importante señalar que la mediación en el contexto de la salud ha evolucionado y se ha formalizado en diferentes países y sistemas de salud a lo largo de los años.

Uno de los hitos significativos en la mediación en salud fue el establecimiento de programas de mediación en hospitales y sistemas de salud en los Estados Unidos, donde se buscaba resolver conflictos relacionados con la atención médica, la calidad del servicio y las decisiones sobre el tratamiento. Estos programas se desarrollaron como una respuesta a la creciente necesidad de abordar las quejas de los pacientes y mejorar la comunicación entre los proveedores de salud y los pacientes.

A nivel internacional, la mediación en salud ha sido adoptada en diversos países, cada uno con sus propias iniciativas y enfoques. Por ejemplo, en países como Canadá, el Reino Unido y Australia, se han implementado programas de mediación en el ámbito de la salud para abordar disputas y mejorar la relación entre pacientes y profesionales de la salud.

³ Breve Historia de la Mediación. <http://www.santafe.gov.ar>

En resumen, aunque no se puede identificar un único lugar o evento como “la primera mediación en salud”, el desarrollo de la mediación en este ámbito ha sido un proceso gradual que ha tenido lugar en diferentes contextos y países, con un enfoque creciente en la resolución pacífica de conflictos en el sector salud.

Es decir, la mediación supone la obtención de una solución más rápida y ágil del conflicto y, frecuentemente, un ahorro de tiempo y dinero para las partes.

La mediación permite que salgan a la luz los intereses⁴ de las partes por sobre el enfrentamiento posicional, lo que es relevante porque frente al reclamante hay una institución y profesionales de la salud para quienes los reclamos y denuncias que se formulan en su contra sí significan algo (a la generalidad de las personas, no les es cómodo ni gratificante ser cuestionado).

LA MEDIACIÓN: CONCEPTO, OBJETIVOS, DEFINICIÓN

Hoy en día, las diferencias ideológicas, la disparidad de intereses, el torbellino de emociones que caracterizan a esta época, ha creado la necesidad de difundir la mediación como institución.

La palabra mediación, entendida como estar en el medio, designa pensamientos, sentimientos y acciones que, por su amplitud, comprenden una gama que va desde considerar a uno opuesto al otro, pasando por un punto medio y estabilizándose en él, sin dejar de entender en las acciones las posiciones extremas.

Entonces, la mediación es algo que todos hemos hecho alguna vez, que se hacía en la antigüedad en distintos pueblos y culturas, y continúa siendo una realidad. Hoy, la mediación es un procedimiento metodizado e institucionalizado, que parte de la necesidad de resolución de conflictos en distintos ámbitos y utiliza diferentes técnicas para promover acuerdos. Así, la mediación es básicamente un ejercicio de aprendizaje y comunicación, donde se busca el tránsito de una posición rígida inicial a los verdaderos intereses de

4 Mediación para resolver conflictos. Elena Highton-Gladys Álvarez, 2013. Pág. 43 “Los intereses constituyen sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable, por lo que tienden a estar en el centro de los pensamientos y la acción de las personas, formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones. Constituyen las necesidades prioritarias de cada una de las partes que deben satisfacerse para lograr un resultado equitativo y estable en las negociaciones”.

las partes, para lo que es necesario generar un clima de confianza para que las partes puedan dialogar.

En síntesis, la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, en el cual un tercero imparcial (mediador) ayuda para que los participantes, en forma cooperativa, puedan llegar a un acuerdo.

Así, el propósito del proceso de mediación no es determinar quién tiene la razón y quién está equivocado, sino acercar las posiciones de las partes para intentar llegar a una solución. Esta es la razón por la que se dice que la mediación es una negociación asistida por un tercero imparcial, que ayuda a las partes a entender sus reales intereses de modo de llegar a una solución que funcione para ellos.

LA MEDIACIÓN EN LA LEY N° 19.966 SOBRE GARANTÍAS EN SALUD⁵

Las prestaciones de salud son un proceso que abarca diferentes áreas en las relaciones sociales, que van desde el ámbito biológico, pasando por las afectaciones físicas, estéticas, repercusiones psicológicas o emocionales y, finalmente, aquellas que afectan directamente el ámbito patrimonial, lo que ha llevado a que aumente la judicialización, que ya en el año 2004, cuando se promulgó la ley, era patente en dicho ámbito.

La necesidad de garantizar el acceso a la justicia a todas las personas ha sido un móvil en todos los procesos de reforma judicial, donde se ha incentivado la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos. Así, la lentitud de los procesos judiciales, su excesivo formalismo y su carácter adversarial se configuran como características de una justicia que no es propia de esta época, despersonalizada y elitista. Es en este contexto que la mediación en materia de salud aparece como un mecanismo jurisdiccional más democrático y efectivo.

La incorporación de la mediación implica visualizar los conflictos que se suscitan entre las personas (pacientes y familiares) y quien presta la atención sanitaria desde una óptica colaborativa, abandonando la idea de que la única forma de resolución es la decisión de un tercero. La mediación se presenta,

⁵ Villamizar, Adriana. Análisis Jurisprudencial, La mediación en la Ley N° 19.966 sobre Garantías en Salud. Programa Reforma a la Justicia PUC

así como un espacio de “diálogo”, en el que ambas partes (reclamante y reclamado) intentarán resolver una controversia, para lo que es indispensable saber cuál es el conflicto que se está mediando, independientemente de la figura jurídica que pueda subsumir estos hechos, ya que su lógica lineal causa-efecto no considera la posibilidad de multicausalidad, redundando en un análisis más superficial que no recoge la complejidad técnica y emocional del conflicto.

Es por esta razón que la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos en materia de salud, se estableció a partir de la dictación de la Ley N° 19.966, normativa que, junto con establecer un régimen de garantías, establece en sus artículos 43 a 55 un sistema previo y obligatorio de solución de las controversias que, a raíz de una prestación de salud, puedan originarse entre paciente y prestadores de salud⁶, modalidad que también puede entenderse como base de la Ley N° 20.584 del año 2005, que regula Los Derechos y los Deberes de las Personas vinculadas a su atención de Salud, ya que en el inciso 4° de su artículo 37 contempla la posibilidad de solicitar la apertura de un procedimiento de mediación que tenga por objeto la solución de los conflictos que se originen en torno a los derechos y deberes en ella establecidos.

La idea de incorporar este mecanismo de resolución de conflictos, aparece por primera vez en el debate en el Senado durante el segundo trámite constitucional⁷, debido a que el proyecto que dio origen a esta normativa, otorgaba derechos que podían ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios, por lo que se temía un crecimiento exponencial de la cantidad de litigios y que ello produjera un aumento en la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud⁸.

6 Si bien en la Ley N° 19.966 se establece la obligatoriedad del procedimiento de mediación previo en materias de salud, esta debe complementarse con los establecido en el Reglamento de Mediación en Salud, regulado por el Decreto 47 del MINSAL del año 2005. Normativa que, junto con desarrollar los principios generales de la mediación en el ámbito de la salud, regula el procedimiento establecido en la Ley N° 19.966

7 Indicación N°100 Comisión. Historia de la Ley N° 19.966 (2004; 797)

8 A propósito de la descongestión que se esperaba del sistema, en la Discusión de sala se señaló que “la mediación es una innovación importante, porque debiera dar satisfacción a una inquietud médica y de todos los establecimientos, públicos o privados, que tratan a los pacientes, con respecto al peligro de que los conflictos de salud originen juicios que a su vez den lugar a indemnización que podrían entorpecer el otorgamiento de los servicios”. Historia de la Ley N° 19.966. Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, p. 924.

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN

Si se analiza la normativa vigente, se puede concluir que solo serán objetos de mediación aquellos reclamos interpuestos en contra de prestadores de salud, sean estos públicos o privados.

Los reclamos deberán estar fundados principalmente en tres cosas: i) la existencia de un daño susceptible de ser reparado desde la perspectiva civil; ii) la existencia de una prestación de salud por parte del prestador de salud o sus dependientes o funcionarios; iii) la existencia de un vínculo causal entre la prestación de salud y el daño.

Desde la perspectiva del daño susceptible de reparación en sede civil, es necesario indicar que la Ley N° 19.966 en su artículo 41 expresamente incluye el daño moral dentro de los perjuicios susceptibles de indemnización⁹.

Ahora bien, si la mediación se solicita en virtud del Artículo 37 de la Ley N° 20.584 buscando hacer efectivos los derechos que la ley reconoce a los pacientes, el reclamo debe fundarse en haberse producido un daño como consecuencia de conductas o acciones contrarias a los derechos y a la dignidad de las personas.

La mediación implica que el reclamante, previo a recurrir a los tribunales de justicia, y siempre que el reclamo tenga por objeto un daño producido por una prestación de salud, haya pasado por una mediación y que esta resulte frustrada, lo que se materializa en un certificado que acredite el hecho de que no se ha podido llegar a un acuerdo, sea por la imposibilidad de acercar posiciones, o debido a la incomparecencia reiterada de estos.

Por otro lado, tratándose de la mediación basada en el Artículo 37 de la Ley N° 20.584, su ámbito de aplicación es facultativo, y en cierta medida, una alternativa más de las que la ley reconoce para dar solución al conflicto sanitario, de manera tal que la ley también contempla, como cauce adecuado para ello, el reclamo directo ante el prestador institucional aludido y la Superintendencia de Salud.

⁹ Ley N° 19.966, 2004. Artículo 41: La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado por el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos.

EL MEDIADOR

El mediador es la persona que, actuando como un tercero imparcial, tiene la responsabilidad de guiar el procedimiento de mediación, promoviendo un acercamiento en las posiciones de las partes con el fin de lograr un acuerdo, bajo los principios de: i) igualdad; ii) celeridad; iii) confidencialidad; iv) imparcialidad; v) voluntariedad y vi) probidad.

En cuanto a la designación del mediador, existen diferentes reglas según la calidad de público o privado del prestador Institucional reclamado, siendo irrelevante el sistema de salud al cual se encuentre afiliado el paciente.

Es así como, en los casos en que el prestador de salud sea público, el mediador será designado por el Consejo de Defensa del Estado¹⁰, siendo el procedimiento gratuito para los interesados. Por su parte, si se trata de un prestador de salud privado, el reclamante deberá presentar su solicitud ante la Superintendencia de Salud, procediéndose a la designación de un mediador de común acuerdo por los interesados, según el procedimiento establecido en el Decreto del MINSAL¹¹; asumiendo los interesados, el costo del procedimiento.

PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN MATERIA DE SALUD

a. Revisión de la legislación

El procedimiento de mediación se inicia a solicitud del interesado, mediante la presentación del respectivo reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, tratándose de prestadores públicos, o ante la Superintendencia de Salud, tratándose de prestadores privados.

La mediación se desarrollará según el número de audiencias que sean necesarias para llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes. Así, se puede sesionar en forma conjunta o por separado. La primera audiencia tendrá por objeto *“informar a las partes acerca de la naturaleza y los objetivos de la mediación, de su duración y etapas y del carácter voluntario*

¹⁰ Artículos 5 al 8 del Decreto N° 47 del MINSAL de 2005.

¹¹ Artículos 9 al 13 del Decreto N° 47 del MINSAL de 2005.

*de los acuerdos que de ella deriven, y las ilustrará acerca del valor jurídico de dichos acuerdos*¹².

Respecto a la duración de la mediación, es necesario tener presente, en primer lugar, que según lo que se desprende del Artículo 47 de la Ley N° 19.966 y de los artículos 5 al 13 del Reglamento, el carácter de obligatorio del trámite llega hasta la presentación del reclamo, toda vez que las partes en cualquier momento podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, e incluso, fijada la primera audiencia y constatada la incomparecencia de una o de ambas partes, se podrá frustrar el trámite. En segundo lugar, el plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado. Previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo¹³.

En relación a la comparecencia de las partes a las audiencias, la normativa exige que esta sea personal o por medio de representante legal con facultades expresas para transigir. En todo caso, y adicionalmente, las partes pueden ser asistidas por terceros.

Por su parte, como manifestación del principio de confidencialidad de la mediación, se establece el secreto de todas las declaraciones y actuaciones de la mediación, sin perjuicio de los instrumentos públicos o privados que se hayan acompañado, los que estarán sujetos en su uso y valor probatorio en juicio a las reglas generales, no quedando afectos al secreto¹⁴.

La mediación puede fracasar, entre otros motivos, cuando una o ambas partes no asisten a las audiencias, cuando vence el plazo, cuando los consejeros del CDE no aprueban la indemnización o el Ministro de Hacienda no aprueba la indemnización superior a 3.000 UF¹⁵.

Finalmente, según lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento, las partes gozan de una amplia libertad en cuanto a los acuerdos a los que se pueda arribar, siendo estos por explicaciones, prestaciones evaluables en dinero o compensaciones en dinero. De conformidad a lo acordado, el mediador

12 Ley N° 19.966, de 2004. Artículo 47.

13 Decreto N° 47 MINSAL, de 2005. Artículo 31.

14 Ley N° 19.966, de 2004. Artículo 51.

15 Ley N° 19.966, de 2004. Artículo 36.

levantará un acta, la que producirá jurídicamente los mismos efectos de un contrato de transacción, el que según la normativa civil se convierte en ley para las partes.

EXAMEN DE ADMISIBILIDAD PREVIO

El reglamento, en su artículo 25, dispone que previo a la designación del mediador, el Consejo de Defensa del Estado o la Superintendencia de Salud, en su caso, deben examinar si el objeto del reclamo es de aquellos que se pueden someter a la mediación, pudiendo requerir al reclamante para que complete, aclare o enmiende los datos o antecedentes que fueren necesarios.

Si el reclamo presentado no corresponde al ámbito propio de la mediación, no se admitirá a tramitación y el Consejo o la Superintendencia, en su caso, lo declarará inadmisibile y el reclamante tendrá un plazo para reponer dentro de quinto día hábil.

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

En este sentido, los artículos 45 de la Ley N° 19.966 y 31 del Reglamento, establecen una duración del procedimiento de 60 días corridos, los que se cuentan desde el tercer día de la primera citación al reclamado, sin perjuicio de la prórroga del plazo por 60 días más. En su inciso final, los dos artículos disponen: *“Durante el plazo que dure la mediación, se suspenderá el término de prescripción tanto de las acciones civiles como de las criminales que hubiere lugar”*.

Es necesario tener presente que, en virtud de lo señalado por la Corte Suprema, la suspensión se produce al momento de presentar el reclamo, mismo instante en que según lo dispuesto por el artículo 22 del Reglamento, se da inicio al procedimiento. Así, como ha señalado la Corte Suprema: *“Si bien no se establece con exactitud la época en que comienza a regir tal efecto, lo cierto es que tal determinación no puede sino entenderse practicada desde que se inicia el procedimiento de mediación, el que conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del referido Reglamento, ocurre ‘por la presentación de un reclamo por el interesado’ y la consiguiente citación a los reclamados”*¹⁶.

¹⁶ Corte Suprema, 21 de marzo de 2016, Rol N° 31061-2014, considerando sexto.

CONCLUSIÓN

La mediación en salud en Chile ha sido implementada con el objetivo de mejorar la relación entre pacientes y proveedores de servicios de salud, así como para resolver conflictos de manera más efectiva y pacífica.

Aunque ha habido avances significativos, la evaluación de si ha cumplido plenamente sus objetivos, es compleja y depende de varios factores. A continuación, se presentan algunos aspectos a considerar:

LOGROS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD EN CHILE

1. **Reducción de conflictos:** La mediación ha permitido resolver un número considerable de conflictos entre pacientes y proveedores sin necesidad de recurrir a litigios. Esto ha contribuido a disminuir la carga en los sistemas judiciales y ha facilitado la resolución de quejas de manera más rápida.
2. **Mejora en la comunicación:** La mediación ha fomentado un ambiente de diálogo y comunicación entre pacientes y profesionales de la salud. Esto ha ayudado a aclarar malentendidos y a establecer expectativas más realistas sobre la atención médica.
3. **Empoderamiento de los pacientes:** La mediación ha contribuido a empoderar a los pacientes, dándoles una voz en el proceso de resolución de conflictos. Esto ha permitido que los pacientes se sientan más escuchados y valorados en su atención médica.
4. **Fortalecimiento de la confianza:** Al resolver conflictos de manera constructiva, la mediación ha ayudado a fortalecer la confianza entre los pacientes y los proveedores de salud, lo que es fundamental para una atención médica efectiva.

A pesar de los logros, aún existe una falta de conocimiento sobre la mediación en salud entre algunos pacientes y profesionales. Esto puede limitar el acceso a este recurso y su uso efectivo, lo que plantea una serie de limitaciones y conflictos:

1. **Capacitación y recursos:** La efectividad de la mediación depende en gran medida de la capacitación de los mediadores y de los recursos disponibles. En algunos casos, puede haber una falta de mediadores capacitados en el ámbito de la salud.

2. **Cultura organizacional:** La implementación de la mediación en salud también enfrenta desafíos relacionados con la cultura organizacional de las instituciones de salud. En algunos casos, puede haber resistencia al cambio o falta de apoyo institucional para la mediación.
3. **Resultados variables:** Los resultados de la mediación pueden variar según el contexto y la naturaleza del conflicto. No todos los casos se resuelven de manera satisfactoria, y algunos pueden requerir un enfoque más formal o judicial.

En general, la mediación en salud en Chile ha logrado avances significativos en la mejora de la relación entre pacientes y proveedores, así como en la resolución de conflictos. Sin embargo, aún enfrenta desafíos que deben ser abordados para maximizar su efectividad y alcance. La continuidad en la capacitación, la promoción de la mediación y el fortalecimiento de la cultura de diálogo en el ámbito de la salud son aspectos clave para asegurar que se cumplan plenamente los objetivos de la mediación en este contexto.

BIBLIOGRAFÍA

1. Breve Historia de la Mediación. <http://www.santafe.gov.ar>
2. Mediación para resolver conflictos. Elena Highton-Gladys Álvarez, 2013.
3. Villamizar, Adriana. Análisis Jurisprudencial, La mediación en la Ley N° 19.966 sobre Garantías en Salud. Programa Reforma a la Justicia PUC.
4. Ley N° 19.966, Establece un Régimen de Garantías en Salud, año 2004.
5. Historia de la Ley N° 19.966, año 2004.
6. Decreto N° 47, Ministerio de Salud. Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud. Fecha de promulgación el 1 de febrero de 2005, año 2005.
7. Corte Suprema, 21 de marzo de 2016, Rol N° 31061-2014.

PREPARACIÓN DE LA DEFENSA DESDE MEDIACIÓN

Abogado Daniel Mardones Fonseca¹

Dra. Isabel Tagle Reszczyński²

COMENTARIO MÉDICO

El capítulo dedicado a la preparación de la defensa en el contexto de una mediación resulta especialmente ilustrativo al analizar un caso de distocia de hombros en un parto vaginal de un recién nacido macrosómico con secuelas graves. Este tipo de situaciones representa uno de los escenarios más complejos y desafiantes en ginecología y obstetricia, tanto desde el punto de vista clínico como médico-legal.

La distocia de hombros es una emergencia obstétrica imprevisible en un número significativo de casos y, aun cuando existen factores de riesgo conocidos—como la macrosomía fetal—, su ocurrencia no siempre es evitable ni predecible con certeza. En el caso expuesto, la preparación de la defensa en mediación debe considerar cuidadosamente el contexto clínico previo: una paciente con antecedente de parto vaginal previo exitoso de un recién nacido de 4,5 kg, lo que constituye una pelvis probada; un embarazo de curso fisiológico; y un test de tolerancia a la glucosa en rango límite que recibió manejo adecuado. Estos elementos configuran un escenario clínico razonable para la conducción de un parto vaginal, conforme a la *lex artis* y a las guías clínicas vigentes.

¹ Autor: Abogado Universidad de Talca 2015, Diplomado “Mecanismos alternativos de solución de conflicto” 2018, Universidad de Talca, Diplomado “Bioética para clínicos” Universidad del Desarrollo 2022, Magíster “Derecho Penal y Procesal Penal” 2025 Universidad Autónoma de Chile (en curso).

² Colaboradora: Médica Cirujana, Universidad del Desarrollo. Especialista en ginecología y obstetricia, Universidad de los Andes. Miembro de la Unidad de Urgencia Ginecoobstétrica, Clínica Alemana de Santiago.

Directora SOCHOG, período 2024–2025. Staff médico, Clínica Alemana de Santiago.

Desde la perspectiva del especialista, uno de los aspectos centrales en la preparación de la defensa es explicar de manera clara y comprensible que la indicación de cesárea profiláctica por sospecha de macrosomía no es absoluta y depende de múltiples variables clínicas. La estimación de peso fetal tiene un margen de error significativo y, en ausencia de diabetes gestacional franca u otros factores agravantes, la conducta expectante con vigilancia adecuada puede ser una decisión médica fundamentada. En este sentido, la progresión adecuada del trabajo de parto al ingreso y durante su evolución refuerza la razonabilidad de la conducta adoptada.

El capítulo acierta al destacar que la defensa en mediación no debe centrarse exclusivamente en justificar técnicamente las decisiones clínicas, sino también en contextualizarlas dentro del proceso de atención. En casos como este, resulta fundamental abordar la diferencia entre un resultado adverso y una *mala praxis*. La ocurrencia de una distocia de hombros, aun con desenlace grave, no implica por sí sola negligencia, especialmente cuando se demuestra que el equipo actuó de acuerdo con los estándares aceptados y aplicó las maniobras obstétricas reconocidas de forma oportuna.

Para los pacientes, la mediación ofrece un espacio donde se pueden expresar las legítimas expectativas y el impacto emocional de un daño severo en un recién nacido. La preparación de la defensa debe, por tanto, integrar una actitud empática, reconociendo el sufrimiento de la familia, sin que ello implique asumir responsabilidades que no corresponden. Explicar por qué la cesárea no era una indicación clara en ese contexto, y por qué la distocia de hombros sigue siendo una complicación imprevisible, puede contribuir a una comprensión más realista del evento.

Desde el punto de vista de la comunidad médica, este capítulo subraya la importancia de una adecuada documentación clínica, del consentimiento informado y del registro detallado del desarrollo del trabajo de parto y de las maniobras realizadas. Estos elementos no solo son esenciales para una eventual defensa, sino también para demostrar una práctica reflexiva y de calidad.

En conclusión, la preparación de la defensa en mediación, particularmente en casos obstétricos complejos como la distocia de hombros en recién nacidos macrosómicos, debe integrar sólidos fundamentos clínicos, conocimiento del marco jurídico y habilidades comunicacionales. Este enfoque permite no solo proteger al profesional frente a acusaciones de *mala praxis* infundadas, sino

también ofrecer a los pacientes un espacio de diálogo respetuoso, orientado a la comprensión del evento y, cuando sea posible, a la reparación del daño desde una perspectiva humana y no meramente judicial.

Dra. Isabel Tagle Reszczynski

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el entorno sanitario ha sido objeto de transformaciones estructurales relevantes, destacando entre ellas el aumento sostenido de la esperanza de vida, la redefinición del concepto de salud en consonancia con los estándares de la Organización Mundial de la Salud³ entendida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad, así como la consolidación del derecho a la salud como derecho fundamental consagrado en diversas normativas nacionales e internacionales.

Este escenario ha dado lugar a nuevas condiciones de exigibilidad y responsabilidad jurídica, en la medida que el acceso, la calidad y la oportunidad en la atención sanitaria pasan a constituirse como bienes jurídicamente protegidos. En este contexto, se ha evidenciado un incremento en las quejas y reclamaciones presentadas por usuarios del sistema de salud, lo que exige respuestas institucionales ajustadas no solo a criterios técnicos y éticos, sino también normativos.

Está claro que, en el ámbito de la responsabilidad médica nos encontramos con un incremento importante de reclamos contra personal sanitario o entidades gestoras debido a diversos motivos de variada índole, como el incremento de los actos médicos, la mayor conciencia de derechos como ciudadanos, elevación de los niveles de instrucción de la sociedad y mayor acceso a información. Los ciudadanos son conscientes de sus derechos y participan en los asuntos que les

³ “Plan de Acción Global para la Seguridad del Paciente 2021-2030: Hacia el Objetivo Cero de Daños al Paciente en la Atención Sanitaria”. Agosto de 2020. Organización Mundial de la Salud. Dicho plan establece un marco de actuación para que las principales partes interesadas aúnen esfuerzos y apliquen iniciativas para proteger a los pacientes de forma integral, con el fin de evitar los daños evitables durante la atención de salud, tratar de que nadie sufra daños por este motivo y de que todos los pacientes reciban una atención segura y respetuosa, en todo momento y en todo lugar, esto motivado por cifras recogidas por la OMS, las que menciona que alrededor de 1 de cada 10 pacientes resulta dañado cuando recibe atención de salud y, cada año, más de 3 millones de personas fallecen como consecuencia de ello. En los países de ingresos medianos y bajos, 4 de cada 100 personas mueren por este motivo.

afectan, se vuelven más rigurosos en materia de exigir la calidad en los servicios de salud aumentando la litigiosidad en general, la universalización de la asistencia sanitaria, el aumento de las expectativas que se depositan en la medicina. Por ello, las vías extrajudiciales como mecanismos de solución de conflictos pueden representar, para los pacientes, mayor rapidez en la solución de sus controversias con un menor coste, siendo guiados por especialistas en la materia a resolver en medio de procedimientos flexibles, todo ello proporcionando a los pacientes diferentes formas de solucionar sus problemas, con las ventajas que esto tiene. En este sentido, es indudable el rol de la mediación en salud en nuestro país, que ha venido a descomprimir a través de un método autocompositivo la judicialización de la medicina por conflictos originados en materia sanitaria, limitando los montos indemnizatorios y brindando a los afectados un acceso expedito a la justicia, permitiéndoles participar activamente en la búsqueda colaborativa de soluciones a sus conflictos.

El siguiente caso expone los hechos que originaron un proceso de mediación de salud ante La Superintendencia de Salud, regulado por la Ley N° 19.966 Sobre el Régimen General de Garantías en Salud, cuyo objetivo es facilitar un acuerdo entre un paciente o sus representantes y un prestador de salud en este caso privado, ante un conflicto derivado de una eventual acción u omisión que haya causado daño en la atención médica. Dicho procedimiento tiene como características ser voluntario y confidencial. En cuanto a los plazos, el proceso de mediación fija un tiempo de 60 días corridos desde la primera citación al reclamado, plazo que puede prorrogarse hasta un máximo de 120 días si ambas partes lo acuerdan, teniendo como ventaja si lo comparamos con el proceso judicial tradicional, que un eventual acuerdo puede generarse en un corto espacio de tiempo. Los acuerdos alcanzados en la mediación pueden incluir a) Explicaciones o disculpas por parte del prestador b) Compensaciones económicas c) Prestaciones asistenciales adicionales; sin embargo, una gran cantidad de procesos de mediación termina sin acuerdo, como es el caso a exponer sin perjuicio de los beneficios estratégicos que puede originar el participar.

PRESENTACIÓN DEL CASO POR LOS RECLAMANTES

Según descripción de los hechos en solicitud de mediación, los reclamantes solicitan iniciar este proceso por los daños en la salud que sufrió su hijo al momento del parto. Según relato contenido en la solicitud de mediación, la madre describe que ingresa a pabellón en clínica privada por estar en trabajo

de parto de embarazo de término de 40 semanas y que, por decisión de su médico tratante, dará a luz a su hijo mediante parto natural. Mientras se encontraba en el proceso de alumbramiento el equipo de salud se percató de que su bebé por el tamaño de 4.800 g. aproximadamente, estaría con retención de hombros, por lo que se intentó maniobra de fractura de clavícula sin resultado, frente a esta situación todo el equipo médico participó de la extracción, sigue el relato mencionando que, al salir la cabeza, intentaron sacarlo a tirones hasta que lo logran, sin signos vitales con Apgar 0-0 siendo reanimado por 15 minutos obteniendo señales de vida y es llevado a la UCI pediátrica donde permaneció por 30 días.

Según la información que se le entregó a la paciente, su hijo tuvo sufrimiento fetal, encefalopatía hipóxica isquémica SARNAT IIB, *status* convulsivo secundario, neumonía connatal tratada, síndrome hipertensivo, trastorno de succión deglución, adenopatías cervicales y axilares.

Con estos antecedentes se solicitó por la parte reclamante iniciar el proceso de mediación en la Superintendencia de Salud.

Siempre frente a este tipo de situaciones van a nacer muchas interrogantes para el médico reclamado, si debo participar o no, si participo puedo estar reconociendo responsabilidad, si será conveniente participar personalmente o representado y así una serie de preguntas y dudas que vamos a responder en base al caso anteriormente expuesto.

ETAPA INICIAL

Una vez conocida la solicitud de mediación, nace la pregunta si participar o no de la mediación, y esto porque en ocasiones las solicitudes de mediación solo tienen como finalidad dar cumplimiento al requisito de mediación para luego demandar sin mayor intención de participar, especialmente cuando él o los reclamantes son representados por abogados ya conocidos, cuyo único objetivo es obtener el máximo de indemnización posible. Sin embargo, en este caso, según la presentación de la solicitud de mediación, no existía hasta ese punto un abogado que representara a los reclamantes, por lo tanto en la primera conversación con el médico que representamos pudimos llegar a la conclusión de que en un principio sería bueno participar para ver cuáles eran en concreto sus peticiones. Sumado a ello no podíamos obviar la buena relación médico-paciente que existía hasta ese momento, considerando

que el médico reclamado seguía siendo su tratante y existía también una vinculación emocional, ya que la situación ocurrida durante el parto había impactado a todo el equipo médico.

En este contexto, resulta pertinente preguntarnos hasta qué punto los mecanismos de comunicación entre los distintos actores de la relación sanitaria inciden en la búsqueda de soluciones que permitan resolver los conflictos. Desde esta perspectiva, consideramos coherente con los principios de la justicia colaborativa aquel modelo de ejercicio médico que se fundamenta en el fortalecimiento de las habilidades comunicativas del profesional de la salud, permitiendo establecer vínculos caracterizados por el intercambio de información, la confianza mutua, la transparencia, la asistencia, la atención personalizada y el respeto. Cabe subrayar que, en la medida en que se logre un reconocimiento recíproco entre las partes que integran dicha relación, se reducirá significativamente la aparición de conflictos, los cuales no siempre se derivan de un daño indemnizable, sino que muchas veces surgen producto de la despersonalización del paciente.

BASE DE INFORMACIÓN

Con el relato de solicitud de mediación le pedimos al médico reclamado que pueda realizar un informe médico descriptivo en base a la ficha clínica de la paciente, donde nos pueda comentar y explicar desde un punto de vista técnico lo sucedido el día del parto. Debemos comentar que la ficha clínica constituye un instrumento técnico-legal esencial en el ámbito sanitario, destinado al registro cronológico, ordenado y sistemático de la historia de salud de una persona, conforme lo dispone la Ley N° 20.584⁴, en este mismo sentido el decreto 41 del Ministerio de Salud nos menciona que la ficha clínica es aquel documento en el que se registran los antecedentes relacionados con la salud de las personas⁵. La importancia y relevancia de la ficha clínica para este tipo de procesos será la piedra angular para el análisis y la construcción de la defensa técnico-jurídica, esto dado por el valor probatorio que los Tribunales

4 Ministerio de Salud (2012). Ley N° 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Chile. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Redes Asistenciales.

5 Ministerio de Salud (2012). Aprueba reglamento sobre fichas clínicas. Decreto 41. Chile. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Redes Asistenciales.

de Justicia le otorgan⁶, ya que serán los hechos registrados en la ficha clínica del paciente los que ayuden en la estrategia para probar los hechos base de la defensa o derribar las aseveraciones en los diversos procesos que puede originar un mismo hecho.

PRIMERA AUDIENCIA

Generalmente para la participación en la primera audiencia surge la pregunta de la necesidad de comparecencia del médico reclamado la que debe ser analizada caso a caso, si bien en este existía una buena relación y comunicación médico-paciente según relato del médico, se le propuso que pudiésemos nosotros, como abogados de Falmed, concurrir a la primera audiencia y tener una primera impresión para poder enterarnos cuáles eran las pretensiones de los reclamantes.

La primera audiencia constituye el primer acercamiento donde, en un espacio de conversación confidencial, las partes puedan acercarse para la construcción de bases de acuerdo. Para ello será muy importante la información y el diálogo que se origine, considerando que muchos de los reclamos se originan por un malestar en la falta de información o comunicación, siendo la mediación una instancia que puede resultar de provecho por el acercamiento que surge en un proceso que no presenta las formalidades de un juicio, independientemente de si se logra o no un acuerdo. En algunos casos, la posibilidad de exponer los hechos basados en la técnica-médica puede ser de beneficio no necesariamente para un acuerdo, pero sí para aclarar las dudas sobre la atención, entregando suficiente información para que la contraparte pueda analizar y ver si realmente en un eventual juicio futuro las pretensiones judiciales indemnizatorias podrían ser probadas.

En la primera audiencia en un proceso de mediación generalmente la parte reclamante expone y relata con mayor extensión los hechos que fundamentan su reclamo. En esta instancia, como reclamados, se escucha con especial

⁶ Causa N° 14262-2022, (Civil) Casación Fondo, Corte Suprema - Sala Tercera Constitucional, 17-03-2023 "Menciona dicha sentencia en su considerando décimo segundo, como fundamento para acoger el recurso, que es el equipo médico quien se encuentra en una posición privilegiada para explicar el modo preciso en el que acontecieron los exámenes y procedimientos que permitan probar el curso causal de los hechos pero en la especie, ello no ha ocurrido debido al desorden y a los descuidos y desprolijidades de la ficha clínica de la paciente, omitiendo incluir una serie de antecedentes relevantes e imprescindibles para comprender la evolución y tratamiento proporcionado".

atención a la información que se da del relato, porque en un alto porcentaje se suele aportar más antecedentes, como pueden ser consultas con otros profesionales o exámenes médicos posteriores a los hechos que originaron el reclamo. Será la labor del reclamado o su representante el poder, luego de escuchar con atención, formular las preguntas adecuadas tendientes a que quede de manifiesto y con mayor especificidad cuáles son los actos médicos que se cuestionan y que originan el supuesto daño en salud por los que se solicita el procedimiento de mediación. En este caso surgió nueva información que desglosaremos en los párrafos siguientes:

- a) El reclamo fue presentado 4 años después de los hechos que lo originan, esto motivado por la intención de que los daños sufridos en la salud de su hijo pudiesen ser indemnizados, sobre la base de nueva información médica obtenida.
- b) Información médica reciente del paciente: los padres durante su relato expusieron que el menor luego de realizar un TAC a los 4 años del menor, se les informó que existe una lesión en sus vértebras 5 y 6 que presiona su médula espinal con riesgo de paraplejia.
- c) Surge la interrogante que a juicio de ellos y con la información médica disponible existió un error médico en la planificación del parto, ya que este debió ser cesárea y no parto natural por la talla del menor.
- d) Se plantea que estas lesiones cervicales fueron producto de una mala elección en la técnica frente a la retención de hombros que tuvo el menor al momento del parto.

Además, en esta primera audiencia fueron acompañados por abogado conocido en la plaza por llevar adelante causas contra médicos por supuestas negligencias médicas. Como veníamos mencionando, la participación en la mediación ayuda al acceso de la información para ambas partes, es así que se comentó y nos enteramos de que existía presentación de querrela criminal, lo que nos hace plantear una estrategia de defensa no solo orientada para la mediación, sino también para los demás tipos de responsabilidad que se buscaba perseguir por estos hechos.

Se acordó que la siguiente mediación fuese alrededor de los 40 días para analizar los antecedentes y poder elaborar un informe que pudiese a lo menos dar respuesta a las interrogantes planteadas por los reclamantes.

Acto seguido nos reunimos con el médico representado para que, de acuerdo a lo expuesto en el reclamo y a los hechos agregados en audiencia,

pudiésemos contrastar y ampliar con el informe realizado por él y ver de qué forma podíamos complementarlo.

Sobre lo primero que se trabajó fue en reconstituir la historia clínica de la paciente con sus controles prenatales y poder descartar que la indicación médica debía ser cesárea, al igual que revisar si había algún requerimiento de la paciente para cesárea electiva, situación que por lo demás es discutida⁷.

RECONSTITUCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS CONTROLES PRENATALES

La paciente consulta por primera vez el 20.01.XXXX con el antecedente de haber tenido previamente un parto vaginal con recién nacido de 4.550 gr. No se describen patologías en ese embarazo ni incidentes en su parto, tampoco hay constancias de enfermedades preexistentes.

Relata una fecha de última regla (FUR) del 20.11. XXXX lo que corresponde a un embarazo de 8+5 semanas en esa fecha y da una fecha probable de parto para el 27.08. XXXX correspondiente a 40 semanas.

En control del 20.02.XXXX, con 13+1 semanas, se constata sobrepeso y es enviada a nutricionista.

El 19.03.XXXX, con 17 semanas, aparece como inasistente a su control de embarazo.

El 27.04.XXXX, con 22+4 semanas se informa glicemia de ayuno de 139,5 mg/dl y se asume como paciente con alteración del metabolismo de hidratos de carbono. Se inicia Metformina 850 mg 2, veces al día y ácido fólico. Se insiste en evaluación por nutricionista y se cita con nueva glicemia en 15 días.

El 28.05.XXXX, con 27 semanas va nuevamente a control, del que se constata que no hay nada relevante en la evolución.

El 09.07. XXXX, con 33 semanas, viene a otro control prenatal, donde se mantiene Metformina y ácido fólico. Se envía a control con nutricionista.

⁷ BESIO-ROLLER, Mauricio. Operación cesárea a requerimiento materno. Análisis de la circular N.º 10 del Ministerio de Salud y una propuesta alternativa. Rev. chil. obstet. ginecol. [online]. 2023, vol.88, n.2, pp.110-115.

En este control trae ecografía del 06.07.XXXX con 32+4 semanas por FUR, estimación de peso fetal de 2342 gr, que corresponde a percentil 81 de la curva de Alarcón y Pittaluga. Además, se describe feto en cefálica, líquido normal y placenta anterior.

El 01.08.XXXX, con 36+2 semanas y el 10.08.XXXX con 37+4 semanas tiene controles de embarazo en los que no hay nada relevante consignado.

El 15.08.XXXX la paciente ingresa a las 09:30 horas con embarazo de 38+2 semanas, en trabajo de parto con presión arterial de 146/83, temperatura de 36.5°C, pulso de 107 por minuto. Altura uterina de 34 cm. Se describe además peso de 79 kg y talla de 1,58 m. El tacto vaginal se describe con cuello uterino grueso, blando, con dilatación de 4-5 cm y presentación cefálica apoyada. No hay descripción de las membranas ovulares.

En el partograma se observa que a las 12:00 está con 7 cm de dilatación y se administra anestesia peridural, luego a las 14:00 hay nuevo tacto vaginal, donde se hace RAM y se obtiene líquido amniótico claro. Se describe dilatación de 8 cm, con presentación cefálica apoyada en 10 plano.

Finalmente, a las 15:10 horas ocurre parto vaginal donde se describe retención de hombros y se realizan maniobras durante 5 minutos para resolverla, obteniéndose recién nacido de 4.805 g. En la ficha neonatal se describe un período expulsivo de 10 minutos y Apgar 0-0.

El puerperio, desde el punto de vista materno, es normal y la paciente se va de alta el 18.08.XXXX quedando hospitalizado su hijo.

ANÁLISIS DEL CASO

En un principio se destacan de los datos de la ficha clínica que, como hemos mencionado, constituye la fuente de información y prueba en cualquier procedimiento donde se cuestione el acto médico y es así que se puede establecer como contraste con lo reclamado y hechos que fundamentan la defensa que: 1) no era un embarazo de término, como se mencionó en el reclamo, lo que se aclara con lo contenido en ficha clínica de la paciente ya que fue a las 38+2 semanas. 2) se trata de paciente multípara de 1, sin antecedentes médicos de importancia, con pelvis probada para 4550 gr, es decir que tuvo un parto previo con un recién nacido de ese peso, sin mayores incidentes, lo que obviamente da bastante tranquilidad para los siguientes partos que tenga la paciente a

lo largo de su vida, porque significa que su pelvis permite el paso de un feto de peso mayor a lo habitual. 3) A las 22 semanas tiene glicemia de ayuno de 139,5 mg/dl y se inicia manejo médico asumiendo que hay un trastorno del metabolismo de hidratos de carbono, con fármacos y dieta. Si bien, no cumple criterios estrictos de diabetes (no hay reporte de TTOG de 75 g), parece adecuado considerando la suma del sobrepeso, el antecedente de un hijo previo macrosómico y un examen de glicemia evidentemente alterado. 4) La ecografía de las 32+4 semanas donde el feto tiene una estimación de peso de 2.342 g, va creciendo en percentil 81 (ocupando la curva nacional de Alarcón y Pittaluga⁸) y tiene líquido normal. Cabe hacer notar que ese peso está dentro de rango normal para la edad gestacional y el hallazgo de líquido en cantidad normal es un marcador indirecto de buen control metabólico. El tener peso sobre percentil 90 y/o líquido amniótico aumentado (polihidramnios) habría obligado a sospechar descompensación metabólica y un eventual peso mayor a 4.000 g calculando proyección a las 40 semanas, pero esta ecografía, bajo ningún concepto entregó información sugerente de eso. La finalidad de la ecografía de tercer trimestre es predecir un eventual peso al parto asumiendo la curva de crecimiento que tendrá el feto en base al peso calculado en el momento de la ecografía. En este caso específico, con la paciente, que tuvo su parto a las 38+2 semanas, la proyección esperada para percentil 80, debiese ser +/- 3.600 g, lo que corresponde aproximadamente a un incremento de peso de 200 g por semana (es lo normal en el tercer trimestre del embarazo). En el caso de una paciente con diabetes puede ser un poco más, como máximo unos 250 g por semana, por lo que suponiendo un incremento de peso más allá de lo normal, en ningún caso era esperable tener un recién nacido con más de 4.000 g naciendo a las 38 semanas, en base a la estimación de peso hecha a las 32+4 semanas. Evidentemente la medicina no es una ciencia exacta y la

8 Marcela Milad, José Novoa, Jorge Fabres, María Samamé, Carlos Aspillaga, Recomendación sobre Curvas de Crecimiento Intrauterino, Revista Chilena de Pediatría, 2010; 81 (3): 264-274 "Curvas Alarcón: Publicada en el año 2008. Se analiza una población de 148.395 neonatos, del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, de las maternidades del Hospital Salvador entre los años 1988-2000 y Hospital Luis Tisné entre los años 2001-2005. Se trata de una población seleccionada de RN, entre las edades gestacionales 24 y 42 semanas, con determinación de edad gestacional confiable y excluyendo a aquellos hijos de madres con patología asociada. Curvas Pittaluga: Publicada en el año 2002. Curvas de crecimiento intrauterino para prematuros entre 23 a 36 semanas de edad gestacional. Este estudio se realizó en base a datos recopilados prospectivamente entre los años 1990 a 1998, en el Hospital Sótero del Río, Región Metropolitana, Santiago. Se incluyeron 2.830 RN menores de 37 semanas, con edad gestacional confiable, producto de embarazos únicos y sin patología materna y fetal."

variabilidad individual propia de los seres humanos es la que hace que estas estimaciones a veces terminan siendo distintas a la realidad. 5) Al ingreso en trabajo de parto, se observa altura uterina de 34 cm. La altura uterina es la forma más simple de estimar eventuales alteraciones del crecimiento fetal y consiste en medir con una huincha la distancia desde el pubis hasta el fondo uterino (donde se acaba el útero hacia arriba en el abdomen), En este caso, la medición que se hizo estaba normal para la edad gestacional, por lo tanto considerando que la paciente tuvo hijo previo de 4.550 g por parto vaginal, que la estimación de peso a las 32+4 semanas hacía suponer como máximo un peso probablemente inferior a 4.000 g y que la altura uterina al momento del ingreso estaba en rango normal, la paciente no tenía bajo ningún concepto indicación de cesárea.

Una vez analizada la ficha clínica de la paciente y elaborada una respuesta que pudiese satisfacer en alguna medida las interrogantes médicas presentadas por los reclamantes, se planteó la problemática de cómo abordar a través del análisis y respuesta una defensa que también pudiese servir para el proceso en paralelo del cual nos enteramos, en mediación, que era la judicialización a través de una querrela criminal por cuasidelito de lesiones cometido por profesional de la salud, proceso penal ya iniciado que buscaba la eventual responsabilidad por la comisión de un delito del médico que representábamos. Para ello establecimos que lo mejor para ambos procesos era someter a un peritaje los hechos registrados en la ficha clínica de la paciente, contando para ello con la colaboración de un destacado profesional con vasto reconocimiento por sus pares, con especialidad en ginecología y obstetricia y subespecialidad en medicina materno fetal, quien luego de analizar objetivamente los hechos realizó un análisis pericial con las siguientes conclusiones más relevantes para este caso:

CONCLUSIONES PERICIALES

Al momento del ingreso de trabajo de parto, esto es a las 38+2, la estimación del peso fetal de acuerdo a la ecografía hecha a las 32+4 semanas, hacía suponer que el feto tendría un peso inferior, o como mucho, cercano a los 4.000 g, por lo tanto, en ningún caso tuvo indicación de cesárea por motivos del peso fetal estimado.

Respecto del trabajo de parto, la fase activa fue en total de 6 horas 40 minutos (09:00 a 15:10). La progresión final fue un poco lenta, pero dentro

de los parámetros normales, con un período de expulsivo (desde dilatación completa hasta que ocurre el parto) de solo 10 minutos, lo que está bajo el tiempo habitual.

La complicación que ocurrió, retención de hombros, es un evento de baja frecuencia y no predecible, si bien se puede sospechar cuando hay evidencia de un feto grande para la edad gestacional o antecedente de retención de hombros en parto previo.

En este caso, jugaba a favor de tener un parto vaginal con anterioridad sin problemas de 4.550 g y una estimación de peso fetal actual claramente inferior a eso.

De acuerdo a lo relatado en la ficha, se hicieron las maniobras adecuadas para resolver la complicación, pero el recién nacido quedó severamente afectado. En ninguna parte se menciona que el parto se haya resuelto mediante un fórceps, lo que es acorde con la complicación, ya que la retención de hombros ocurre cuando ya salió la cabeza fetal del canal vaginal y el fórceps se ocupa cuando aún no ha salido la cabeza del canal vaginal, por lo tanto, queda clarísimo que no fue utilizado en esta paciente. Cualquier obstetra que lea este informe, sabe que es imposible resolver una retención de hombros con un fórceps.

En síntesis, se trata de embarazo controlado, con una alteración del metabolismo de hidratos de carbono (probablemente diabetes gestacional) que se manejó adecuadamente, con estimación de peso fetal normal a las 32+4 semanas, con una proyección de peso al parto dentro de lo normal, sin indicación de cesárea en base a la información con que se contaba al momento de su ingreso y con una evolución del trabajo de parto que tampoco ameritaba esa cirugía, pero que presentó una complicación grave, no predecible, como es la retención de hombros, que se resolvió con mal resultado perinatal.

Por el análisis anterior y atendiendo las consideraciones previas, se estima por este perito que no existe falta a la *lex artis* médica, específicamente en lo referente a la vía de parto que se utilizó en esta paciente.

SEGUNDA AUDIENCIA

Para la segunda audiencia concurrimos con la información recabada y con una respuesta basada en el informe pericial. Como uno de los objetivos de la mediación es poder compartir información y acercar las posturas, en esa

oportunidad le explicamos a los reclamantes y al abogado representante que, de acuerdo a la información recabada y fundamentada en un análisis pericial, no podíamos satisfacer sus expectativas económicas indemnizatorias, solo podíamos explicar en esta oportunidad cuál era nuestra visión y valoración técnica sobre los hechos médicos reclamados, sin perjuicio de lo lamentable de la situación. No se pudo llegar a un acuerdo por explicaciones por lo lejana de las posturas, terminando el proceso sin acuerdo.

CONCLUSIONES

Como mencionamos en un inicio, la participación en un proceso de mediación siempre será de provecho en la medida que las partes muestren colaboración en el proceso con la entrega de información transparente y un análisis objetivo, que favorecerán el diálogo durante la mediación. En el caso anteriormente expuesto, si bien no se logró un acuerdo desde un punto de vista de la defensa, fue de provecho por la información que obtuvimos y que pudimos establecer mediante un informe pericial que fue expuesto. Debemos mencionar que no hubo con posterioridad la interposición de una demanda civil indemnizatoria y respecto al proceso penal terminó con la decisión de la fiscalía de no perseverar en el procedimiento, luego de haber adjuntado el informe pericial que nos sirvió para establecer nuestra visión y posición en ambas instancias.

BIBLIOGRAFÍA

1. “Plan de Acción Global para la Seguridad del Paciente 2021-2030: Hacia el Objetivo Cero de Daños al Paciente en la Atención Sanitaria”. Agosto de 2020. Organización Mundial de la Salud.
2. Ministerio de Salud (2012). Ley N° 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Chile. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Redes Asistenciales.
3. Ministerio de Salud (2012). “Aprueba reglamento sobre fichas clínicas. Decreto 41. Chile. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Redes Asistenciales.”
4. Causa N° 14262-2022, (Civil) Casación Fondo, Corte Suprema - Sala Tercera Constitucional, 17-03-2023.
5. BESIO-ROLLER, Mauricio. Operación cesárea a requerimiento materno. Análisis de la circular N.º 10 del Ministerio de Salud y una propuesta alternativa. *Rev. chil. obstet. ginecol.* [online]. 2023, vol.88, n.2, pp.110-115.
6. Marcela Milad, José Novoa, Jorge Fabres, María Samamé, Carlos Aspillaga, Recomendación sobre Curvas de Crecimiento Intrauterino, *Revista Chilena de Pediatría*, 2010; 81 (3): 264-274.

LA MEDIACIÓN EN SALUD: ANÁLISIS DE RESULTADOS EMPÍRICOS.

Abogada María Teresa Heiss Manieu¹

Dr. Roberto Altamirano Assad²

COMENTARIO MÉDICO

La práctica clínica segura se sostiene en tres pilares complementarios: el respeto a las normas técnicas nacionales, la adhesión a los protocolos institucionales y la observancia de la *lex artis* vigente. Este marco no es meramente declarativo; guía decisiones concretas, reduce la variabilidad injustificada y mejora la previsibilidad del cuidado. Alinearnos con estos estándares protege a la persona atendida, da certezas a su familia y respalda el trabajo del equipo de salud.

Cumplir los protocolos nacionales asegura que el servicio opere bajo criterios de evidencia y equidad; seguir los protocolos institucionales traduce esa evidencia a la realidad local (recursos, flujos, derivaciones, continuidad), y actuar conforme a la *lex artis* garantiza que cada decisión clínica sea razonable y proporcional al riesgo en el contexto específico del caso. Esta tríada ordena la práctica, facilita la supervisión y permite sostener decisiones ante auditorías, mediaciones o revisiones externas, sin perder de vista lo esencial: una atención centrada en la persona, digna, informada y respetuosa.

¹ Autora: Abogada Universidad Austral de Chile 2015. Diplomada en Gerontología Social Universidad Católica de Chile 2018 y Diplomada en Derecho de Familia y Resolución de Conflictos Instituto de Estudios Judiciales 2020.

² Colaborador: Dr. Roberto Altamirano es ginecólogo oncólogo y profesor asociado en la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como vicepresidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG) y participa activamente en la formación de residentes y en labores de liderazgo clínico. El Dr. Altamirano posee un magíster en Administración de la Salud, AI and Healthcare de la Universidad Johns Hopkins, y ha completado formación en Liderazgo Compasivo y atención centrada en la persona.

Para que este compromiso sea operativo, se requieren conductas profesionales verificables. En nuestro quehacer cotidiano, ello se expresa en:

- Inducción formal y evaluación de competencias al ingreso: qué norma aplica, cómo se implementa localmente y cuándo escalar.
- Actualización periódica de protocolos y capacitación breve al equipo cuando existan cambios relevantes.
- Registro clínico claro, cronológico y completo que documente valoración, indicaciones, procedimientos, decisiones y su fundamento técnico.
- Toma de decisiones compartidas: información comprensible, registro del consentimiento y respeto por preferencias y valores de la persona.
- Revisión post evento (análisis de causa raíz y plan de mejora) para aprender y prevenir recurrencias.

Mediación sanitaria como norma y tendencia creciente.

La mediación, reconocida por la normativa sanitaria como etapa previa y especializada de resolución de controversias debe incorporarse como práctica regular del sistema, no solo como respuesta excepcional. Su valor jurídico y clínico radica en que habilita un espacio confidencial, no adversarial y reparador, donde hechos y decisiones quedan trazados con respaldo técnico (normas, protocolos, *lex artis* y registros). Además, la experiencia nacional muestra un aumento sostenido de mediaciones año a año, con un crecimiento acumulado en la última década, lo que confirma su adopción progresiva por parte de pacientes, familias e instituciones como vía preferente para gestionar conflictos, reducir tiempos y facilitar acuerdos. Integrar la mediación temprana a los flujos asistenciales fortalece la confianza pública, mejora el aprendizaje organizacional y contribuye a una atención más segura y centrada en la persona.

Dr. Roberto Altamirano Assad

A. INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.966, se estableció el trámite obligatorio de mediación para aquellas controversias que puedan suscitarse entre pacientes y prestadores de salud. Este mecanismo previo a la instancia judicial fue implementado con la finalidad principal de descongestionar el aparato judicial, que hasta ese momento evidenciaba una considerable saturación, especialmente frente al aumento de reclamos relacionados con la salud pública y privada.

La mediación como vía alternativa a la jurisdicción ha sido promovida por diversos sectores del ámbito jurídico y social, quienes impulsan un nuevo entendimiento del conflicto que privilegia el diálogo y la cooperación por sobre la confrontación adversarial tradicional. En Chile, sin embargo, esta herramienta se ha propuesto fundamentalmente como una respuesta práctica ante la incapacidad de los tribunales de justicia para atender eficientemente la gran cantidad de asuntos que surgen en la vida cotidiana de los ciudadanos, procurando así aliviar la carga judicial.

En este artículo, analizaré los resultados que se pueden extraer de la experiencia acumulada en los últimos veinte años desde la implementación de este sistema. Asimismo, se introducirán nociones fundamentales respecto a la mediación como vía alternativa para la resolución de conflictos, o incluso como una nueva forma de justicia, con características y objetivos distintos al proceso judicial convencional. Finalmente, realizaré un balance crítico respecto a la efectividad y eficacia de este nuevo sistema, evaluándolo desde la perspectiva del acceso a la justicia y considerando sus beneficios, limitaciones y posibles áreas de mejora.

B. MARCO TEÓRICO: ANTES DE TODO, UN PAR DE DEFINICIONES

a. Responsabilidad civil médica y su particularidad:

Según Abeliuk, la responsabilidad civil se define como la obligación que tiene una persona de indemnizar los daños ocasionados a otra. En el marco de la actividad médica, la responsabilidad civil tiene por propósito que las víctimas obtengan una indemnización de perjuicios por los daños provocados en la ejecución de un acto médico.

Los elementos necesarios para que se verifique la responsabilidad civil son una acción u omisión negligente, un daño, la relación de causalidad entre la acción y el daño, y que ese actuar haya sido cometido con culpa. En el caso de la responsabilidad médica, ese actuar con culpa significa haber actuado con una falta de diligencia, impuesta por *la lex artis* médica.

Esa obligación de reparar el daño deberá ser probada ante un tribunal, e impuesta por este, dentro de un juicio ordinario civil de mayor cuantía, cuyos plazos de tramitación son considerablemente extensos, como veremos. Son, de hecho, tan largos que han generado (de la mano de otros factores) una profunda sensación de injusticia en la generalidad de la población, al no ver satisfechas sus necesidades ante los tribunales de justicia.

b. Resolución de conflictos en salud

En el ámbito sanitario, los conflictos pueden originarse por un abanico de causas recurrentes. En la mayoría de los casos, las acciones impulsadas por pacientes o sus familias que buscan obtener una reparación por los daños sufridos se sustentan en denuncias de negligencia o *mala praxis* médica, deficiencias en la entrega de información relevante para la toma de decisiones, o una insatisfacción general frente a las expectativas depositadas en la atención recibida.

Cabe destacar que el sector salud, a diferencia de otros ámbitos, cuenta con un entramado institucional más robusto en cuanto a instancias de información, acompañamiento y recepción de reclamos por parte de las víctimas. Tanto el Consejo de Defensa del Estado (CDE) como la Superintendencia de Salud mantienen canales permanentes para la recepción de denuncias formales, complementados con mecanismos de orientación directa, como la línea telefónica exclusiva que ofrece el CDE para guiar a usuarios que se sienten insatisfechos con la atención prestada.

Los daños que pueden derivarse de una intervención médica, de un diagnóstico erróneo o de una omisión en la atención tienen una naturaleza especialmente delicada, pues afectan dimensiones centrales de la vida humana: la integridad física, la salud y, en no pocos casos, la percepción misma de dignidad de la persona afectada. En este contexto, y considerando la carga adversarial que caracteriza al proceso judicial, la mediación se presenta como una alternativa particularmente valiosa.

Su lógica se sustenta en la cooperación entre intereses contrapuestos, desplazando el enfrentamiento hacia un espacio de diálogo y búsqueda de soluciones consensuadas. Ello no solo puede traducirse en un proceso más ágil y menos desgastante, sino también en una experiencia menos despersonalizante para quienes, más allá de las cifras y los expedientes, atraviesan un momento de vulnerabilidad.

c. La mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos

El conflicto puede definirse como una controversia jurídica entre dos o más partes, respecto de un derecho o interés jurídicamente relevante, cuya resolución requiera de la intervención de un órgano jurisdiccional o, alternativamente, de un mecanismo de solución de controversias. El Derecho tiene como propósito prevenir y resolver pacíficamente los conflictos, mediante normas que regulan la conducta. Así, cuando se está en presencia de un conflicto, hay tres mecanismos a los que se puede recurrir, a saber, la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

La autotutela, o la justicia por la propia mano, está proscrita de manera general, salvo ciertas manifestaciones de ella, en casos y circunstancias muy restringidas.

La autocomposición se caracteriza por el hecho de que las partes, de común acuerdo, llegan a una solución para el conflicto. Puede o no haber presencia de un tercero que medie entre ambas partes, pero no es de la esencia de las vías autocompositivas. En todo caso, este tercero no decidirá sobre el fondo con carácter de obligatorio, sino que actuará como un agente que intente acercar ambas posiciones a una solución justa. Esta es precisamente la diferencia entre este tipo de resolución, con las vías heterocompositivas.

La autocomposición se puede clasificar, según la cantidad de voluntades que concurren a la solución del conflicto, en unilaterales y bilaterales.

Las vías autocompositivas unilaterales, como se puede deducir, se caracterizan por la solución del conflicto mediante una sola voluntad, entre las cuales se pueden mencionar al allanamiento y la renuncia.

Por otro lado, la autocomposición bilateral se caracteriza por la concurrencia de ambas partes en la confección de un acuerdo que satisfaga

sus intereses. Aquí entran diversas figuras, con sus particularidades propias, como el desistimiento, la transacción, la mediación y la conciliación.

La mediación, dentro de este contexto, la vamos a definir como el mecanismo alternativo de resolución de conflictos, de carácter voluntario, confidencial y extrajudicial, en el cual un tercero imparcial, el mediador, facilita la comunicación entre las partes, con el objeto de que estas lleguen por sí mismas a un acuerdo mutuamente satisfactorio, sin que el mediador imponga una solución.

Este mecanismo tiene un papel protagónico fundamentalmente en el derecho de familia y en lo que nos ocupa, en los conflictos que se generen entre facultativo y paciente, en el marco de una relación sanitaria.

La Ley N° 19.966 establece una fase previa de conciliación obligatoria por daños en salud, antes de poder iniciarse acciones judiciales. Esta actividad es llevada a cabo por el Consejo de Defensa del Estado en el sector público, y supervisada por la Superintendencia de Salud en el sector privado.

Finalmente, existe la heterocomposición que se caracteriza por la solución impuesta por un tercero imparcial, el juez o el árbitro, y que tiene el carácter de obligatoria para quienes se someten a ella.

C. LOS NÚMEROS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD

En este apartado se analizarán los datos reunidos de diversas fuentes, fundamentalmente los datos oficiales entregados por la Superintendencia de Salud y el CDE.

a. Evolución de volumen de reclamos en el sector privado

De acuerdo con los antecedentes proporcionados por la Superintendencia de Salud, durante el periodo que va desde marzo del año 2005 hasta junio del 2015, se presentaron un total de 5.232 solicitudes de ingreso al Sistema de Mediación. De ellas, 4.812 fueron declaradas admisibles, es decir, cumplieron con los requisitos formales para dar inicio al proceso correspondiente.

Dentro de este conjunto de casos, se observó una concentración significativa de reclamos en determinadas especialidades médicas. En

particular, ginecología y obstetricia encabezó la lista con un 13,35% del total de mediaciones, lo que equivale a 595 solicitudes. Le siguió muy de cerca la especialidad de Traumatología, con un 12,52% de los casos, correspondiente a 558 mediaciones. Más atrás se ubicaron Odontología, con un 6,42% (286 mediaciones), y Cirugía General, con un 5,14% (229 mediaciones). También se debe destacar el caso de Medicina General, que fue motivo de controversia en un 4,93% de las mediaciones (220 casos). Por otro lado, un 11,66% del total, es decir, 520 mediaciones, no especificaron una especialidad en particular, lo que puede deberse a registros incompletos o a la naturaleza general del conflicto.

Avanzando en el tiempo, el boletín estadístico n.º 1 del año 2025, elaborado por la misma Superintendencia, entrega una actualización importante sobre la evolución de este mecanismo. Así, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2025, se contabilizó un total de 12.728 solicitudes de mediación presentadas por usuarios contra prestadores de salud privados, todas ellas canalizadas a través de la Superintendencia. Esta cifra representa un aumento de un 143,2% en comparación con el periodo anterior, lo cual da cuenta de una expansión considerable en el uso de este mecanismo de resolución de conflictos en el ámbito sanitario.

Este crecimiento no ha sido constante, pero sí progresivo en términos generales. En el año 2015, por ejemplo, se registraron 757 solicitudes, mientras que en 2024 la cifra llegó a 2.104, lo que demuestra un aumento sostenido. Además, solo en el primer trimestre del año 2025, ya se habían ingresado 461 solicitudes, lo que sugiere una continuidad en esta tendencia creciente.

Analizando los datos en términos de ritmo de crecimiento, se puede concluir que la progresión ha sido, en promedio, de aproximadamente un 13% anual. Esto significa que, año tras año, el número de mediaciones ingresadas ha crecido, en promedio, en torno a un 13% respecto del año anterior, lo que confirma una tendencia ascendente sostenida y significativa en el uso del sistema.

Sin embargo, esta tendencia presentó una excepción relevante en el año 2020, cuando se observó una baja considerable en la cantidad de solicitudes ingresadas. Tal disminución fue atribuida por la propia Superintendencia a los efectos derivados de la pandemia de COVID-19, que en su momento dificultaron la presentación de reclamos por medios tradicionales. Cabe destacar que en ese contexto se implementaron canales digitales para

facilitar el acceso, medida que no existía previamente y que fue adoptada como respuesta a las restricciones sanitarias.

Finalmente, al revisar la distribución por tipo de profesional reclamado entre los años 2015 y 2022, se puede observar que el mayor porcentaje de mediaciones fue en contra de médicos sin especialidad, con un 11% del total. Dentro de los especialistas, los más frecuentemente señalados fueron, una vez más, los traumatólogos (12%) y ginecólogos (11%), lo que demuestra cierta persistencia en los tipos de conflictos que derivan en mediación a lo largo del tiempo.

b. Evolución del volumen de reclamos en el sector público (2005-2024)

Según la información recabada de los balances anuales elaborados por el Consejo de Defensa del Estado (CDE), los cuales incluyen estadísticas detalladas sobre la mediación en salud dentro del sector público, es posible observar un aumento sostenido y significativo en el número total de reclamos que han sido estudiados a lo largo del período comprendido entre los años 2005 y 2024.

En el año 2005, se registraron 395 reclamos analizados por el CDE. Esta cifra ha ido en aumento de manera constante a lo largo del tiempo, alcanzando un máximo de 2.702 casos en el año 2024. Este incremento corresponde a una variación porcentual del 582% en un lapso de casi dos décadas, lo que evidencia una tendencia clara de crecimiento en la utilización de este mecanismo por parte de los usuarios del sistema público de salud.

Este notable aumento podría explicarse por diversos factores concurrentes. Entre ellos, cabe destacar una mayor conciencia ciudadana respecto del derecho a interponer reclamos ante posibles negligencias o deficiencias en la atención médica, así como una mayor difusión del procedimiento de mediación como alternativa previa a la judicialización. También podrían influir fenómenos estructurales como la expansión en la cobertura del sistema de salud pública, que naturalmente expone a más usuarios al riesgo de eventos adversos, o bien una percepción social creciente de deterioro en la calidad de la atención sanitaria.

Cabe hacer notar que esta tendencia ascendente presenta una interrupción puntual en el año 2020, período durante el cual se observa una disminución considerable en el número de casos ingresados. Esta

baja puede asociarse a las condiciones excepcionales provocadas por la pandemia de COVID-19, que alteró el funcionamiento regular de muchas instituciones públicas, incluyendo el propio sistema de salud y el acceso a mecanismos de reclamo.

c. Admisibilidad de los reclamos: persistencia de altos niveles de aceptación

A lo largo del período analizado, uno de los aspectos más destacados es la alta proporción de reclamos que han sido considerados admisibles por el CDE. En la mayoría de los años, dicha proporción ha superado el 90% del total de reclamos recibidos. Por ejemplo, en el año 2024, de los 2.702 reclamos analizados, 2.592 fueron declarados admisibles, lo que representa un 95,9% del total.

Este nivel de admisibilidad puede interpretarse desde diferentes ángulos. Una lectura posible, desde una perspectiva favorable al acceso a la justicia, es que los mecanismos formales de ingreso a la mediación en salud no son excesivamente exigentes o restrictivos, lo que facilita que los usuarios puedan hacer valer sus derechos sin enfrentar trabas procedimentales. Otra interpretación, no excluyente, es que los usuarios que presentan estos reclamos están en general bien informados y cumplen adecuadamente con los requisitos formales establecidos por la normativa vigente.

En cuanto a los reclamos declarados inadmisibles, si bien su proporción es baja en relación al total, existen algunos años con cifras más elevadas. Por ejemplo, en 2009 se registraron 121 casos en los que se declaró la inadmisibilidad, mientras que en 2023 se reportaron 73 casos. No obstante, en términos generales, estas cifras representan un volumen relativamente marginal dentro del universo de reclamos estudiados.

d. Desempeño de la mediación: volumen y resultados

El procedimiento de mediación en materia de salud puede finalizar por una diversidad de razones, que pueden vincularse tanto a factores internos del propio proceso como a circunstancias externas. Entre las causas más comunes se encuentran la efectividad con la que se desarrolla la instancia, la habilidad técnica y personal del mediador para conducir el diálogo, el grado de disposición o interés manifestado por las partes

involucradas, así como el cumplimiento de los plazos legales establecidos, cuyo vencimiento obliga a dar por concluida la mediación, aun cuando no se haya alcanzado un acuerdo.

De acuerdo con los datos analizados, en el 82% de los casos registrados, la mediación se da por terminada a partir de la voluntad conjunta de las partes. Este concepto incluye tanto los casos en que efectivamente se logra un acuerdo como aquellos en los que las partes, aun participando activamente, deciden poner fin al proceso sin arribar a un entendimiento definitivo.

En términos prácticos, la gran mayoría de los procedimientos no culmina con un acuerdo. Si se mide la “tasa de éxito” (entendiendo por tal la proporción de mediaciones que concluyen con un convenio entre las partes), en el ámbito sanitario esta alcanza apenas un 22%. Dicho de otro modo, sólo aproximadamente uno de cada cinco procedimientos logra materializar una solución pactada.

En aquellos casos en que sí se logra un acuerdo, este suele adoptar la forma de una reparación, que puede concretarse de distintas maneras: el pago de una indemnización por parte del Fisco, la emisión de una disculpa pública por parte del centro asistencial o del profesional de la salud involucrado, o bien la prestación de determinados servicios asistenciales destinados a subsanar, en la medida de lo posible, las consecuencias del hecho reclamado.

En relación con las indemnizaciones, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) ha realizado un estudio sobre el monto promedio de reparación acordado en mediación, correspondiente al período comprendido entre 2011 y 2020. Según este análisis, la cifra promedio asciende a \$10.418.771. Sin embargo, al comparar este dato con las sumas reconocidas en sede judicial, se observa una diferencia significativa: en los tribunales, el monto promedio ordenado como reparación de perjuicios alcanza los \$75.000.000. Este contraste pone de manifiesto que, desde la perspectiva del beneficio económico directo para la víctima, la vía judicial tiende a ofrecer compensaciones de mayor cuantía; no obstante, para el Estado, la mediación implica un ahorro cercano a ocho veces respecto de lo que desembolsaría en caso de judicializarse el conflicto.

Con todo, el análisis no puede limitarse a una comparación puramente monetaria. Si se considera el acceso a la justicia en su dimensión de eficiencia

temporal y optimización de recursos institucionales, la mediación presenta ventajas claras. En promedio, un procedimiento de mediación se desarrolla y concluye en 78 días corridos, o sea 2 meses y medio, mientras que un proceso judicial de similares características puede prolongarse durante casi 970 días corridos, es decir, más de dos años y medio. Esto evidencia que, aunque la compensación económica obtenida por la vía judicial pueda ser sustancialmente mayor, la mediación ofrece un camino mucho más ágil y concentrado, lo que para muchas personas puede representar un valor decisivo.

D. ¿CÓMO VALORAMOS EL DESEMPEÑO DE LA MEDIACIÓN EN RELACIÓN CON SUS OBJETIVOS?

La mediación en conflictos de salud fue concebida como una política pública con objetivos claros y ambiciosos. Su implementación se enmarca en el contexto de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.966, que instauró el Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES/AUGE). Uno de los temores que acompañó a esta reforma fue la posible judicialización masiva de la atención sanitaria, especialmente ante la expectativa de que la garantía de acceso y oportunidad se tradujera en un mayor número de reclamos y demandas por parte de los usuarios. En ese escenario, la mediación surgió como un mecanismo preventivo y alternativo que, sin eliminar la vía judicial, ofrecía un cauce más rápido, menos costoso y menos adversarial para resolver controversias.

El primer gran propósito de este sistema fue descongestionar el aparato judicial. Los tribunales de justicia en Chile ya enfrentaban una carga considerable y el ingreso masivo de litigios en materia de salud podía no solo ralentizar el acceso a la justicia para quienes reclamaban en este ámbito, sino también afectar otras áreas del quehacer judicial. Con la mediación, se buscó generar un “filtro” institucional, capaz de absorber y procesar un volumen significativo de reclamos antes de que estos derivaran en demandas judiciales.

El segundo gran objetivo se relaciona con el acceso a la justicia. La mediación busca acercar a la ciudadanía a un mecanismo que no requiera necesariamente de una alta inversión en honorarios de abogados, que sea más expedito y que opere en un lenguaje más comprensible para los usuarios.

En este sentido, los datos muestran que la mediación ha logrado ampliar la base de personas que recurren a instancias institucionales para resolver

sus controversias. Por ejemplo, entre 2015 y 2024, el número de solicitudes ingresadas en el ámbito privado creció un 143,2%, pasando de 757 en 2015 a 2.104 en 2024, con un incremento promedio anual cercano al 13%. Esto sugiere que el mecanismo se ha posicionado como una alternativa conocida y utilizada por la ciudadanía, tanto en el sector público como en el privado.

Sin embargo, esta apertura no se traduce necesariamente en acuerdos reparatorios. Según los registros, alrededor del 80% de las mediaciones no finalizan con un acuerdo entre las partes. La llamada “tasa de éxito” de la mediación en salud, entendida como el porcentaje de procedimientos que concluyen con un acuerdo reparatorio, se sitúa en torno al 22%. Dicho acuerdo puede consistir en una indemnización, en una disculpa pública o en la prestación de servicios asistenciales. El hecho de que la mayoría de los casos no logre un consenso plantea interrogantes sobre la eficacia del mecanismo si se mide exclusivamente por este criterio.

No obstante, evaluar la mediación únicamente por su tasa de acuerdos sería reducir su alcance real. Este mecanismo no solo persigue compensar a las víctimas, sino también transformar la manera en que se aborda el conflicto. A diferencia del juicio, que se estructura en torno a posiciones opuestas y a la imposición de una decisión por un tercero, la mediación propone un espacio de diálogo y cooperación, en el que las partes pueden comprender mejor sus diferencias, explorar soluciones creativas y, en algunos casos, preservar o recomponer relaciones. En este sentido, la mediación resignifica el conflicto: de un enfrentamiento rígido y adversarial, a un problema que puede ser gestionado de manera colaborativa.

Desde el punto de vista económico, la mediación presenta ventajas evidentes para el Estado. El Consejo de Defensa del Estado (CDE) ha determinado que, entre 2011 y 2020, el monto promedio de reparación acordado en mediación fue de \$10.418.771. En contraste, el promedio de las indemnizaciones ordenadas por los tribunales en el mismo período alcanza los \$75.000.000. Esto implica que el gasto público por concepto de indemnización es casi ocho veces menor cuando el conflicto se resuelve mediante mediación en lugar de judicialización. Además de este ahorro, el tiempo de resolución también es notablemente inferior: mientras un proceso judicial puede extenderse por aproximadamente 970 días corridos, una mediación se resuelve, en promedio, en 78,34 días.

En conjunto, estos factores (ahorro de recursos, reducción de plazos, y un entorno menos hostil para las partes) consolidan a la mediación como una

herramienta valiosa para la eficiencia institucional. Incluso si el acuerdo no se alcanza, la mediación ya ha cumplido una función al intentar resolver el conflicto fuera de los tribunales, ahorrando tiempo y recursos a las partes y al sistema judicial.

CONCLUSIÓN

La experiencia acumulada en más de veinte años desde la implementación del trámite obligatorio de mediación en conflictos de salud revela un panorama complejo y matizado. Por un lado, la mediación ha logrado consolidarse como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ampliamente utilizado y reconocido por los usuarios tanto del sistema público como privado. Su contribución principal radica en aliviar la saturación del aparato judicial, proporcionando un filtro institucional que permite canalizar un volumen creciente de reclamos sin recurrir inmediatamente a la vía judicial, lo que representa un beneficio sustancial para la eficiencia del sistema de justicia en su conjunto.

Asimismo, la mediación ha favorecido el acceso a la justicia, acercando a los ciudadanos a una instancia más expedita, menos costosa y menos formal, que les ofrece una oportunidad de diálogo y entendimiento en un momento de vulnerabilidad. No obstante, la baja tasa de acuerdos efectivos —que alcanza apenas alrededor del 22%— indica que este mecanismo no siempre cumple plenamente con la expectativa de resolver los conflictos de manera consensuada. Este dato sugiere la necesidad de revisar aspectos técnicos, formativos y estructurales para fortalecer la capacidad del sistema mediador de generar soluciones satisfactorias para las partes.

Más allá de su capacidad para generar acuerdos, la mediación cumple un rol importante en resignificar el conflicto sanitario, alejándolo del carácter estrictamente adversarial que domina la vía judicial y promoviendo un espacio para la cooperación y la comprensión mutua. Esta transformación es relevante para las personas involucradas, pues mitiga el desgaste emocional y facilita una experiencia más humana y menos impersonal del conflicto.

Finalmente, desde una perspectiva económica y temporal, la mediación presenta ventajas indiscutibles: ofrece un ahorro considerable para el Estado y un notable acortamiento en los plazos de resolución en comparación con los procesos judiciales tradicionales. Esto no solo representa una eficiencia

institucional, sino que también permite a las víctimas acceder a una respuesta en tiempos más razonables, aspecto crucial en materia sanitaria.

En suma, aunque la mediación en salud no es un sistema perfecto y enfrenta desafíos importantes, constituye una herramienta valiosa dentro del régimen jurídico chileno para la resolución de conflictos sanitarios, cuya consolidación y perfeccionamiento continúan siendo una tarea pendiente para mejorar el acceso a la justicia, la calidad del proceso y el bienestar de las personas afectadas.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

1. BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
2. GUTIÉRREZ ARAQUE, María José, “La mediación en salud y acceso a la justicia”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, 2008, N° 20, pp. 111-135.
3. VARGAS MICHEA, Ignacio (2024), “Mediación en salud o juicio civil, un análisis comparativo desde la óptica del acceso a la justicia (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile). Repositorio U. de Chile.
4. Estadísticas de mediación con prestadores privados de salud, Superintendencia de Salud. Período marzo 2005 a 30 de junio de 2015. Disponible en: https://www.superdesalud.gob.cl/app/uploads/2015/06/articles-12879_recurso_1.pdf
5. Boletín N°1 Mediación con Prestadores de Salud Privados 2025, Superintendencia de Salud, Disponible en: <https://www.superdesalud.gob.cl/app/uploads/2025/05/boletin-n1-2025-mediacion-enero-marzo-2025.pdf>
6. Estadísticas de Mediación en Salud, CDE. Disponible en: https://www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/

MARCO JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GINECOOBSTETRA EN CHILE

Abogado Nicolás Renato Hauri Jerez¹

Dr. Álvaro Insunza Figueroa²

COMENTARIO MÉDICO

Corre el año 2025, los partos han disminuido, la mayor parte de ellos ocurren en establecimientos públicos, las atenciones ginecológicas se complejizan y aumentan las cirugías por vía laparoscópica, los programas de formación de especialistas no logran entregar todas las competencias y los avances de la especialidad en términos de diagnóstico y tratamiento son vertiginosos. La atención ambulatoria mantiene indicadores que no siempre permiten entregar y cumplir con todos los requisitos de la atención médica. Asimismo la práctica está tensionada por la demanda y necesidad de un cambio del paradigma en la relación médico-paciente: de la tradicional vertical “medicina paternalista” (“yo sé lo que es bueno para ti”) transitamos y debemos hacerlo a una relación horizontal, “relación deliberativa”, entre el médico y la persona que requiere la atención. El médico y su paciente caminan juntos descubriendo y discutiendo el proceso de diagnóstico, tratamiento, ventajas y desventajas, eventuales complicaciones etc. Necesariamente ambos deben estar informados para

1 Autor: Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho Penal de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Máster en Filosofía Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, Magíster en Filosofía Aplicada de la Universidad de Los Andes, Docente de Responsabilidad Legal Médica, Facultad de Medicina de la Universidad de Concepción, Docente de Fundamentos Filosóficos del Derecho y de Filosofía del derecho, de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, sede Concepción.

2 Colaborador: Médico especialista en medicina materno-fetal, profesor asociado de la Facultad Medicina Universidad del Desarrollo, Past President Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología.

que este proceso culmine en un consentimiento informado (con-sentir: acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo punto). Queda claro que el centro de la relación médico-paciente es la mujer con los derechos que le otorga la sola condición de persona y que las leyes nacionales y acuerdos internacionales ratifican.

Este interesante capítulo versa de una manera muy sistemática y comprensible sobre las características propias en nuestro país de los límites, el marco, en que debe desarrollarse la práctica de nuestra especialidad. La formación médica ha estado muy centrada en los temas técnicos de la especialidad y este capítulo nos entrega elementos claros de algo que solemos omitir y que versa sobre la responsabilidad del acto médico y de cuáles son los marcos normativos que la regulan.

Recomendamos su lectura pausada y discutida entre pares, ojalá incorporada en el currículo de la formación de especialistas y reflexionada con el equipo cada vez que pudiéramos encontrarnos frente a un potencial evento susceptible de demanda. Asimismo devela dos aspectos que debemos resaltar. Por un lado la importancia de contar institucionalmente con Guías de Práctica Clínica ya sea locales o nacionales y actuar activamente para crearlas o actualizarlas y consensuarlas y por otro lado la responsabilidad de todos los especialistas de mantener una actualización continua de conocimientos y adquisición de nuevas competencias.

Finalmente insistir en que la relación médico-paciente se produzca siguiendo el modelo deliberativo, con médicos que conozcan el marco jurídico y la responsabilidad civil de sus actos, no solo va a contener la creciente ola de demandas, sino que producirá un efecto beneficioso para la entrega de los que la sociedad nos demanda: mejor salud.

Dr. Álvaro Insunza Figueroa

I. INTRODUCCIÓN

La medicina constituye una de las ramas del saber científico que mayor evolución ha experimentado desde mediados del siglo XX hasta nuestros días, y todo indica que ese desarrollo se intensificará aún más durante la presente centuria. El avance constante de las ciencias médicas y la vertiginosa irrupción de la inteligencia artificial han permitido alcanzar niveles de diagnóstico, tratamiento y pronóstico que, hasta hace algunas décadas, resultaban impensables. Sin embargo, este progreso, aunque promisorio, conlleva también un aumento considerable de los riesgos a los que se ven expuestos los pacientes³.

En este contexto de creciente complejidad técnica y sensibilidad humana, las normas jurídicas asumen un rol fundamental. Ello por cuanto el derecho, en tanto fenómeno de la experiencia humana, acompaña todas las formas de organización social⁴, buscando establecer un marco de orden y previsibilidad en las áreas que la sociedad considera relevantes y necesarias⁵. Esto da lugar a relaciones personales y/o institucionales, que cuando se configuran con fuerza vinculante y su incumplimiento acarrea una consecuencia jurídica —por regla general, una sanción—, son aquellas que revisten el carácter de jurídicas⁶. En ellas, se pueden distinguir dos posiciones normativas: una activa, que detenta la facultad de exigir el cumplimiento de un deber, y otra pasiva, obligada a su observancia. El incumplimiento del deber jurídico da lugar a la noción de responsabilidad.

El vínculo entre el médico, particularmente entre el especialista en ginecología, y su paciente, da lugar a una relación de naturaleza obligacional, nacida principalmente de un contrato de prestación de servicios profesionales, regido tanto por los principios del derecho común en materia contractual como por las normas imperativas que ha establecido el legislador para asegurar un estándar mínimo de protección a los derechos de los pacientes⁷.

3 López Mesa, Marcelo (2007), *Tratado de Responsabilidad Médica*, Editorial Legis, Buenos Aires, 1.º Ed. p.10.

4 Squella, Agustín (2021), *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.º Ed., p.188.

5 Guasp, Jaime (1971), *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, p. 7.

6 García Amado, Juan Antonio (2023), *Teoría del Derecho*, Editorial Zela, Lima, 1.º, p. 21.

7 Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, Editorial Thomson Reuters,

En este marco, frente a un incumplimiento culposo por parte del médico, se configura lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado responsabilidad civil médica.

No se trata sólo de la exigencia de diligencia técnica esperable de acuerdo con su especialidad, sino también del respeto a la autonomía de la paciente, su integridad física y psíquica, y los derechos fundamentales que emanan de su dignidad, los cuales encuentran consagración tanto en la deontología médica y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren actualmente vigentes, particularmente aquellos referidos a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En consecuencia, el ejercicio profesional del ginecoobstetra debe enmarcarse tanto dentro de lo pactado contractualmente como también conforme a un conjunto de normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales, que introducen obligaciones específicas. Este sistema normativo configura el marco regulador que da contorno a la actuación médica, el cual está compuesto, por una parte, por normas generales aplicables a todos los profesionales de la salud, y por otra, por disposiciones específicas que, en razón de su contenido, se aplican de manera directa y preferente a quienes ejercen la especialidad de ginecología y obstetricia.

No obstante lo anterior, la técnica legislativa empleada en la elaboración de las normas que regulan el ejercicio de la medicina ha respondido, principalmente, a necesidades coyunturales y a las características particulares de los diversos actores que intervienen en la atención de salud. En consecuencia, no existe actualmente un cuerpo normativo unificado y sistematizado que regule de manera integral la actividad médica en su conjunto.

Lo que se observa en la práctica es un entramado normativo amplio y heterogéneo, compuesto por disposiciones legales y reglamentarias que surgen como respuesta a requerimientos específicos del contexto sanitario y social. Estas normas, en su mayoría, buscan abarcar de forma transversal a todos los sujetos involucrados en la prestación de servicios médicos, así como establecer parámetros en la relación entre prestadores y usuarios del sistema de salud.

En este escenario, resulta evidente que el marco regulador de la actividad médica se encuentra aún en proceso de consolidación y evolución, por lo que su desarrollo normativo permanece abierto y sujeto a nuevas adaptaciones conforme a las transformaciones del ejercicio profesional y las exigencias de la sociedad.

Pues bien, es que nos abocaremos a exponer las distintas fuentes normativas que rigen el trabajo médico que llevan a cabo las y los ginecólogos en nuestro país, tanto las obligaciones que nacen desde el contrato de prestación de servicios médicos regido por el derecho común, como también aquel contenido normativo impuesto por el legislador que resulta aplicable y exigible al profesional médico, más allá del referido contrato, pero cuya observancia también es un imperativo que puede generar, en caso de incumplimiento, la obligación de responder civilmente de los daños, dando lugar a la responsabilidad civil.

II.- MARCO NORMATIVO DADO POR EL DERECHO COMÚN

a) El derecho común aplicable al ejercicio médico: Fundamentos de la responsabilidad civil

El ordenamiento jurídico chileno contempla un conjunto de normas de carácter general, conocido como derecho común, que se encuentra principalmente contenido en el Código Civil. Estas disposiciones resultan plenamente aplicables al ejercicio de la medicina en la medida que no hayan sido expresamente modificadas o reguladas por leyes especiales, cuya aplicación prima por sobre sus normas.

En este contexto, la actividad médica, y en particular la que desarrollan las y los ginecoobstetras, está sujeta al régimen general de responsabilidad civil. Esto implica que, cuando del ejercicio de la medicina resulta un daño a un paciente o a terceros, ese daño puede dar lugar a una acción de indemnización fundada en el articulado del Código Civil que regula la responsabilidad contractual o extracontractual⁸, dependiendo del vínculo que existiera entre las partes involucradas y la naturaleza de la infracción.

La estructura de la responsabilidad civil, en cualquiera de sus formas, exige la concurrencia de ciertos elementos fundamentales que deben

⁸ Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, op. cit., p.11.

ser analizados para determinar la procedencia de la reparación. Estos elementos son: la existencia de una obligación contractual o legal, la culpa o negligencia del profesional, la existencia de un daño cierto, y el vínculo causal entre el hecho imputado y el daño producido.

b) Responsabilidad contractual del médico

En la generalidad de los casos, la relación entre médico y paciente se basa en un contrato de prestación de servicios profesionales⁹, de carácter consensual y bilateral. En virtud de este acuerdo, el médico se obliga a poner a disposición del paciente sus conocimientos técnicos y su experiencia profesional, comprometiéndose a prestar sus servicios con la diligencia que exige su especialidad, mientras que el paciente, por su parte, suele asumir el pago de una retribución.

Cabe hacer presente que, tratándose de este tipo de contrato, por regla general, no hay estipulaciones o cláusulas formalmente establecidas, sino que se está en presencia de hechos o circunstancias que permiten colegir, de forma inequívoca, su existencia, como que el paciente acude al médico para que este lo cure y someterse a un tratamiento, existiendo una propuesta y ejecución de un contrato, que el médico acepta, sometiéndose ambas partes, como en cualquier otro contrato, a las consecuencias de su incumplimiento¹⁰.

Desde el punto de vista jurídico, este contrato está regido por los principios generales de los artículos 1.545 y siguientes del Código Civil, que imponen la obligación de cumplir de buena fe lo pactado y de responder por los daños derivados del incumplimiento doloso y/o culposo de las obligaciones contractuales. Conforme a ello, para que proceda la responsabilidad contractual del médico deben concurrir los siguientes requisitos:

- Existencia de un contrato válido entre el profesional y el paciente.
- Incumplimiento doloso o culposo de una o más obligaciones derivadas de dicho contrato.

⁹ Vidal Olivares, Álvaro (2018) *Responsabilidad Civil Médica*, Ediciones DER, Santiago, 2.ª Ed., p.13.

¹⁰ Martínez-Calcerrada, Luis (2004), *La Responsabilidad Civil*, 3.ª Ed., Colex, Madrid, p.229, citado por López Mesa, Marcelo, *Tratado de Responsabilidad Médica*, Op. cit., p.10.

- Daño jurídicamente relevante.
- Relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño producido.

El incumplimiento puede consistir en una acción u omisión, y puede abarcar no solo la ejecución deficiente de un procedimiento médico, sino también la omisión de deberes anexos, como es el deber de información.

c) Responsabilidad extracontractual

En aquellos casos en que no exista un contrato previo entre el médico y quien ha sufrido el daño, como es el caso, por ejemplo, con familiares o terceros que no han intervenido directamente en la relación médico-paciente, o cuando no puede acreditarse dicho contrato, como ocurre tratándose de las atenciones en un contexto de urgencia, la acción indemnizatoria deberá fundarse en el régimen general de la responsabilidad extracontractual¹¹.

Este régimen de responsabilidad está consagrado en el artículo 2.314 y siguientes del Código Civil, conforme al cual toda persona que causa un daño a otra por culpa o dolo está obligada a repararlo. En este caso, los requisitos exigidos para dar lugar a una indemnización de perjuicios son los siguientes:

- La existencia de un hecho ilícito, doloso o culposo.
- Un daño jurídicamente relevante.
- La existencia de un vínculo causal entre el hecho ilícito y el daño producido.

d) Elementos comunes de la responsabilidad civil médica

Tanto en el régimen contractual como en el extracontractual, deben concurrir ciertos elementos comunes para que se configure la responsabilidad civil del profesional de la salud. Estos elementos son:

¹¹ Vidal Olivares, Álvaro (2018) *Responsabilidad Civil Médica*, Op. cit., p.18.

1. Culpa médica o Infracción a la *Lex Artis*

La culpa médica se define como la conducta negligente del profesional que, al realizar su labor, no emplea el cuidado, la pericia o la diligencia exigibles conforme a los estándares de su especialidad. La culpa, a diferencia del dolo¹², implica siempre un defecto de conducta, es un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto, en este caso el médico, debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias; en no prever el daño, no obstante ser este previsible; o bien, en preverlo, pero sin tomar los resguardos u observar la conducta necesaria para evitarlo¹³. Se configura entonces en las siguientes hipótesis: negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia de los reglamentos, o error¹⁴.

Este concepto de culpa delineado se articula íntimamente con el de *lex artis*, que constituye uno de los ejes centrales para juzgar la corrección del actuar médico, dado que esta idea es la que debe ser considerada para calificar el ejercicio profesional en el caso concreto.

La *lex artis* se refiere al conjunto de reglas técnicas, científicas y éticas que orientan el ejercicio profesional en una situación médica concreta, atendiendo al estado actual de la ciencia, las circunstancias particulares del caso, los medios disponibles y el grado de especialización del profesional.

No se trata de un catálogo normativo cerrado, sino de un estándar dinámico y contextual, ya que es cambiante, en constante evolución, que depende de los conocimientos científicos a la época de ejecución del acto médico¹⁵, el que requiere ser escrutado en cada caso que se somete a conocimiento judicial. Dentro de las llamadas fuentes de la *lex artis*, se encuentran a modo ejemplar los protocolos, guías clínicas, conocimientos científicamente afianzados, publicaciones científicas, la opinión de expertos y académicos¹⁶.

12 Dolo, conforme al artículo 44 inciso final del Código Civil “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

13 López Mesa, Marcelo (2007), *Tratado de Responsabilidad Médica*, Op. cit., p.187.

14 Corte Suprema, Rol N° 2.779 – 2018

15 Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, Op. cit., p.39.

16 Bello Pizarro, Juan Carlos (2021), “*Derecho Médico*”, obra colectiva, Rubicón Editores, p. 41.

Así entonces, el médico puede quedar expuesto a responsabilidad por haber actuado con infracción a la *lex artis* médica, por no comportarse como lo haría un buen médico, considerando las circunstancias ya anotadas, constituyendo la *lex artis* un patrón de conducta que le es exigible, aunque no esté prevista en forma expresa por la ley, sino que emana de lo que se le exige en cuanto profesionales¹⁷.

En este mismo sentido, resulta pertinente mencionar que la infracción a determinadas normas legales, reglamentarias o técnicas, como protocolos clínicos obligatorios, regulaciones sanitarias vigentes o directrices ministeriales específicas, puede configurar lo que la doctrina civil denomina *culpa infraccional*¹⁸. Esta modalidad de culpa se caracteriza por el incumplimiento de disposiciones cuyo fin es precisamente evitar riesgos para la salud o la vida de los pacientes. Así, el alejamiento injustificado de tales normas, en tanto expresan parte del contenido actualizado de la *lex artis*, refuerza la imputabilidad del acto médico, al traducirse en una transgresión objetiva de un estándar que el ordenamiento jurídico o la autoridad ha considerado obligatorio. En consecuencia, cuando el actuar del ginecólogo se aparta de esas directrices, no sólo se aleja del deber profesional esperado, sino que incurre en una forma específica de culpa, jurídicamente relevante para efectos de responsabilidad.

2. Daño

El daño constituye un elemento central para fundar la responsabilidad médica, y se manifiesta cuando, como consecuencia de una acción u omisión culposa o negligente del profesional, se vulneran bienes jurídicamente protegidos como la vida, la integridad física o la autonomía reproductiva. El daño es la consecuencia material de la lesión de un interés legítimo o no contrario a derecho y que puede tener naturaleza patrimonial o no patrimonial¹⁹.

Tratándose de aquellos daños de naturaleza patrimonial, estos pueden ser el daño emergente, que comprende la pérdida actual en el patrimonio

17 Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, Op. cit., p.34.

18 Barros Bourie, Enrique (2009), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.º Ed., p. 97.

19 Vidal Olivares, Álvaro (2018) *Responsabilidad Civil Médica*, Op. cit., p.75.

(p.ej. gastos médicos, pérdida de ingresos, tratamientos futuros) o el lucro cesante, que viene a ser la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso (p.ej. pérdida de oportunidades laborales, económicas o funcionales). En cuanto a los daños extrapatrimoniales, estos están referidos a las afectaciones psíquicas, emocionales o existenciales que sufre el paciente o sus familiares a consecuencia de una actuación médica deficiente, siendo el más relevante de todos ellos: el denominado *daño moral*.

Ahora bien, no toda afectación, menoscabo o perturbación de un interés puede dar lugar a indemnización, ya que el perjuicio debe reunir determinados requisitos para ser jurídicamente relevante. Entre estos, resulta especialmente importante la exigencia de certeza del daño, dado que en el derecho chileno se distingue claramente entre el daño cierto y el incierto, admitiéndose la reparación únicamente del primero. En esta línea, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido de manera uniforme que, para ser indemnizable, el daño debe ser “*cierto, real, efectivo. No se indemniza aquel daño que presenta caracteres de incierto, hipotético o eventual*”²⁰.

Teniendo en consideración lo anterior, en el campo de la ginecología, los daños pueden clasificarse en dos grandes categorías: daños obstétricos directos, propios del desarrollo del embarazo y el parto; y daños derivados de fallas en el deber de información, consentimiento o asistencia médica en decisiones reproductivas. En el primer grupo se encuentran situaciones clínicas ampliamente reconocidas como eventos adversos severos: la hemorragia postparto no tratada adecuadamente, la ruptura uterina por mal manejo de un parto vaginal después de cesárea, los traumatismos perineales graves no diagnosticados, o los errores en el uso de fórceps que derivan en lesiones al canal del parto o al recién nacido. Estos daños, muchas veces prevenibles, no sólo comprometen el cuerpo de la mujer o del neonato, sino que pueden implicar secuelas funcionales permanentes, como incontinencia, infertilidad o discapacidad infantil, configurando así una afectación patrimonial y extrapatrimonial indemnizable.

Dentro del segundo grupo, una categoría particularmente compleja y cada vez más reconocida por la doctrina y la jurisprudencia comparada es

20 Corral Talciani, Hernán (2003), *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.º Ed., p. 142.

la de los denominados “*wrongful birth*” y “*wrongful life*”²¹. En el primero, el reclamo es formulado por los padres, quienes alegan que, de haber sido informados adecuadamente sobre una enfermedad genética o malformación fetal detectable, habrían optado por no concebir o interrumpir el embarazo. En el segundo, la acción es promovida, por sí o a través de representantes, por la persona nacida con una condición grave, cuya vida, se sostiene, no habría comenzado si la actuación médica hubiera sido diligente. Ambos supuestos giran en torno a la falla del profesional en el deber de diagnóstico o información en etapas tempranas del embarazo, y plantean tensiones éticas y jurídicas en torno al principio de autonomía y la legitimidad del daño por nacimiento. En Chile, si bien estos casos no han sido acogidos ampliamente en sede judicial, sí se encuentran reconocidos doctrinariamente y podrían, eventualmente, configurar responsabilidad civil médica en el futuro.

Asimismo, otra fuente relevante de daño en el ámbito ginecológico proviene de los fallos en la indicación, suministro o ejecución de métodos anticonceptivos, ya sea por defectuosa colocación de dispositivos intrauterinos, prescripción errónea de anticonceptivos orales, omisión del deber de advertencia sobre efectos secundarios, o fallas de procedimiento en esterilizaciones quirúrgicas. En estos casos, el daño suele presentarse en la forma de embarazos no deseados, que, dependiendo del contexto, pueden comprometer de forma grave la autonomía reproductiva y el proyecto de vida de la paciente.

3. Nexo causal

El deber de indemnizar debe recaer exclusivamente sobre quienes, mediante su conducta, hayan sido efectivamente causantes de tales perjuicios. La mera proximidad entre un acto negligente y un daño no basta para atribuir responsabilidad. Solo puede exigirse reparación cuando se acredita que el perjuicio es consecuencia directa del actuar del demandado. Así, junto con la existencia del daño, resulta imprescindible establecer el vínculo causal que lo conecta con el hecho generador de responsabilidad.

Aunque en la normativa chilena sobre responsabilidad civil no existe una disposición que defina expresamente el concepto de causalidad ni

21 Gutiérrez Santiago, Pilar (2018), “Responsabilidad Médico - Sanitaria por Daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 26, pp. 18–57.

que lo exija en términos literales, su presencia se infiere claramente de ciertas normas, tales como el artículo 2.316 del Código Civil, al establecer que quien “hizo” el daño debe indemnizar, o el artículo 1.556, en materia contractual, al exigir que los perjuicios “*provengan*” del incumplimiento total, parcial o retardado, de una obligación.

De ello se sigue que solo serán indemnizables aquellos daños que tengan su origen en un hecho ilícito imputable al agente. Es decir, debe existir una conexión real entre la conducta y el daño. Como ha señalado la doctrina, “*entre el comportamiento ilícito del autor y el daño sufrido por la víctima debe existir una relación o nexo*”²², de modo tal que “*no basta que éste exista y que haya habido un acto culpable o doloso suyo; es preciso, además, que el daño sea causa directa y necesaria del hecho del autor, de manera que sin este no se habría producido*”²³. En consecuencia, la obligación de indemnizar solo surge cuando se prueba que el acto imputado al demandado constituye la causa del perjuicio cuya reparación se pretende.

Este principio causal también permite establecer distinciones relevantes. No todo daño que experimente la víctima será atribuible al demandado. En ocasiones, junto al daño inicial, pueden manifestarse efectos posteriores, como una agravación del perjuicio o la aparición de nuevos daños, cuya imputación exige un análisis más estricto del nexo causal. Precisamente, una de las funciones fundamentales del criterio de causalidad es limitar el alcance de la reparación, diferenciando entre daños directos e indirectos: solo los primeros son indemnizables. El daño directo se define como aquel que es una consecuencia necesaria y cierta del hecho ilícito, esto es, un perjuicio que no se habría producido de no mediar la conducta imputada. En cambio, el daño indirecto carece de ese vínculo necesario con el hecho generador²⁴.

Por ello, cuando se demanda la indemnización de una secuencia extensa de perjuicios, es razonable que el demandado objete que su obligación de reparar se restringe únicamente a aquellos daños cuya

22 Corral Talciani, Hernán (2003), *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Op. cit., p. 150.

23 Abeliuk Manasevich, René (2011), *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5.ª Edición, Tomo I, p. 254.

24 Diez Schwerter, José Luis (2006), *El Daño Extracontractual, Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.º Ed., p. 71.

conexión causal esté debidamente acreditada. Los demás, al carecer de relación directa con su actuar, no generan deber de indemnización.

En suma, la relación de causalidad entre el daño y el hecho imputado constituye un requisito esencial para configurar la responsabilidad civil. Solo los daños que se deriven de manera directa del comportamiento reprochable serán susceptibles de reparación. Aquellos que resulten remotos, eventuales o indirectos deben quedar excluidos, por cuanto no satisfacen la exigencia de causalidad que impone nuestro ordenamiento jurídico.

III.- MARCO NORMATIVO IMPERATIVO POR OBRA DEL LEGISLADOR

Es usual que, tratándose de los contratos, el contenido específico de sus cláusulas, además de las pactadas libremente por las partes, quede delimitado en menor o mayor medida, por voluntad expresa del legislador²⁵. Así entonces, respecto del ámbito médico, ha ido en forma sostenida dotándose al contrato de prestación de servicios médicos de ciertos deberes y obligaciones que, además de las ya señaladas en el acápite anterior, ensanchan el espectro de obligaciones imperativas cuya observancia es obligatoria para los ginecólogos en el ejercicio de su profesión²⁶.

Estos específicos deberes y obligaciones, constan tanto en instrumentos internacionales vinculantes para nuestro país, como también en leyes especiales, reglamentos y normas técnicas emanadas de la autoridad respectiva que contribuyen a delinear los contornos jurídicos mínimos exigibles al actuar clínico del ginecólogo, transformando lo que antaño pudo considerarse una mera obligación, en un verdadero haz de deberes profesionales reforzados. Este marco normativo especial no sólo impone estándares técnicos de calidad y seguridad en la atención, sino que también recoge principios fundamentales como la autonomía de la paciente, el consentimiento informado, la equidad en el acceso a prestaciones y la no discriminación en razón de género, edad o condición social.

25 Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, Op. cit., p.26.

26 Pizarro Wilson, Carlos (2017), *La Responsabilidad Legal Médica*, Op. cit., p.26.

Así, el ejercicio profesional del ginecólogo no se agota en el marco del contrato civil como ya indicamos, sino que se encuentra sujeto a un régimen normativo más amplio y complejo, donde convergen normas de derecho sanitario, administrativo y de derechos humanos. Este entramado impone estándares técnicos, éticos y jurídicos cuya observancia es exigible.

Lo que se presenta a continuación es una sistematización de las principales normas especiales, tanto legales como reglamentarias y técnicas, que inciden directamente en el quehacer clínico del ginecólogo en Chile, y que configuran el marco normativo imperativo, más allá del contrato de prestación de servicios médicos, que orienta y delimita su actuar profesional.

1.- Normas Internacionales

Sin perjuicio de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no regulan de manera directa la actuación de los médicos en el plano individual, sí constituyen un marco normativo vinculante para el Estado que, por extensión, debe orientar el actuar de los profesionales de la salud, especialmente en áreas sensibles como la ginecología y obstetricia.

La consagración de derechos vinculados a la salud, a la no discriminación y a la autonomía reproductiva en instrumentos como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, impone estándares mínimos que deben informar la relación entre el médico ginecoobstetra y su paciente. Así, el respeto por la dignidad, la integridad física y psíquica, y el acceso efectivo a servicios de salud sexual y reproductiva constituyen principios cuya fuente no se limita al derecho interno, sino que se proyectan también desde el derecho internacional de los derechos humanos.

En este apartado revisaremos y sistematizaremos las principales disposiciones de dichos tratados, con el objeto de mostrar cómo deben orientar la práctica clínica de los especialistas en ginecología y obstetricia en nuestro país. Hacemos presente que se trata de los más relevantes desde el punto de vista de la práctica médica, no siendo los únicos²⁷.

27 Dentro de los restantes podemos señalar: Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 27 de mayo de 1989; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 20 de agosto de 1992,

a) **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor internacionalmente el 3 de septiembre de 1981. Esta convención constituye el principal instrumento internacional en materia de derechos de las mujeres, estableciendo un marco legal vinculante para los Estados signatarios en pos de la eliminación de toda forma de discriminación basada en el sexo, en todos los ámbitos de la vida social, política, económica y cultural.

Chile ratificó la CEDAW el 9 de diciembre de 1989, dándole vigencia interna mediante el Decreto Supremo N° 7.892 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989. Desde entonces, sus disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico chileno con jerarquía normativa de tratado internacional en materia de derechos humanos, y por tanto, obligan al Estado chileno, incluyendo al sector salud, a adaptar sus políticas públicas y prácticas institucionales a los principios allí contenidos.

La CEDAW establece, en su artículo 12.1, que los Estados Parte deberán *“tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el campo de la atención médica, a fin de asegurar [...] el acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*. En igual sentido, el artículo 12.2 impone la obligación de asegurar servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y postparto, así como una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. Estas normas vinculan directamente al ejercicio profesional de ginecólogos y obstetras, quienes deben orientar su actuación no solo bajo principios clínicos, sino también bajo criterios

adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas; Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, de fecha 22 de noviembre de 1969 y ratificado por Chile a través del Decreto 873 del 23 de agosto de 1990; Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, de fecha 20 de noviembre de 1990, suscrita por Chile el día 26 de enero de 1990 y ratificada a través del Decreto 830 de fecha 14 de agosto de 1990; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, del 13 de septiembre de 1994; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing del 14 de septiembre de 1995.

de respeto a la equidad de género, autonomía reproductiva y acceso sin discriminación a servicios de salud, subrayando el artículo 10 h) la necesidad de asegurar a las mujeres el acceso a una educación que incluya *“información específica sobre salud y bienestar de la familia, incluidos los conocimientos y consejos sobre planificación de la familia”*.

En síntesis, la CEDAW impone obligaciones específicas al Estado de Chile y, por extensión, a sus profesionales del área de la salud, particularmente a los ginecólogos y obstetras, en cuanto garantes del acceso equitativo y digno a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Su incorporación al derecho interno refuerza la exigibilidad de estándares éticos y jurídicos internacionales en la atención ginecoobstétrica, aportando una base normativa fundamental para la práctica respetuosa de los derechos humanos en este campo.

b) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, fue adoptada en Brasil el 9 de junio de 1994 bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos (OEA), y ratificada por Chile mediante el Decreto Supremo N° 1.640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998.

Esta convención, en su artículo 1° establece que, violencia contra la mujer, debe entenderse como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. A su vez, el artículo 4 expresa que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, y especialmente, en lo pertinente, el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia. Tales preceptos se proyectan directamente sobre la práctica ginecológica y obstétrica, en tanto requieren un abordaje clínico que excluya toda forma de violencia física, verbal, simbólica o institucional.

De forma específica, el artículo 8 impone a los Estados el deber de adoptar medidas jurídicas, educativas y administrativas para erradicar la violencia en todas sus formas, lo que incluye conductas institucionales en contextos médicos que puedan menoscabar la autonomía, dignidad o integridad de las mujeres.

En definitiva, la Convención de Belém do Pará aporta una dimensión jurídica fundamental para la prevención de la violencia estructural e institucional en el campo ginecoobstétrico, reafirmando el derecho de toda mujer a recibir una atención en salud sexual y reproductiva libre de violencia, estereotipos y discriminación. La implementación de sus principios debe traducirse en cambios no solo normativos, sino también culturales y clínicos, dentro del actuar profesional del médico especialista.

2.- Normas Constitucionales, Legales y Reglamentarias

a) Constitución Política de la República de Chile

El primer y más relevante marco regulador aplicable al ejercicio de la medicina, y en particular a la especialidad de ginecología y obstetricia en Chile, se encuentra en la Carta Fundamental, que reconoce como garantía constitucional el derecho a la protección de la salud. Este derecho, de carácter social, constituye el estándar mínimo que debe regir toda atención médica en Chile, y se proyecta directamente sobre la actuación de los profesionales de la salud, imponiendo deberes y límites en su quehacer clínico.

El artículo 19 N° 9 de la Constitución establece que *“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.”

Esta disposición constitucional no solo impone al Estado el deber de organizar, coordinar y fiscalizar el sistema sanitario, sino que también garantiza a las personas, y particularmente a las mujeres, el acceso igualitario a acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación en todas las etapas del ciclo vital, incluyendo aquellas vinculadas a la salud sexual y reproductiva. En consecuencia, el ejercicio profesional del ginecólogo y obstetra debe orientarse conforme a este marco constitucional, respetando los principios de equidad, dignidad y libre elección que informan el derecho a la protección de la salud.

b) Código Sanitario (DFL N° 725)

El Código Sanitario constituye un importante cuerpo normativo de las profesiones del área de la salud en Chile. Regula el ejercicio de la medicina en términos generales y establece, en su Libro V, las normas relativas a las profesiones médicas y auxiliares. En este contexto, los artículos 112 y siguientes fijan los requisitos que debe cumplir todo profesional que desee ejercer legalmente la medicina, incluyendo la obtención de título habilitante y su correspondiente inscripción en el registro de prestadores individuales.

Particular importancia tiene el artículo 117, que especifica el rol de las matronas y su competencia en la atención del embarazo y parto normal, lo cual delimita el campo de actuación del ginecólogo en relación con estos profesionales. Así, este artículo 117 en su inciso primero señala qué comprenden los servicios profesionales de la matrona, los cuales son la atención del embarazo, parto y puerperio normales y la atención del recién nacido, como, asimismo, actividades relacionadas con la lactancia materna, la planificación familiar, la salud sexual y reproductiva y la ejecución de acciones derivadas del diagnóstico y tratamiento médico y el deber de velar por la mejor administración de los recursos de asistencia para el paciente.

Luego, específicamente en lo relativo a los partos, el inciso segundo del referido artículo 117 expresa que las matronas sólo podrán intervenir mediante maniobras en que se apliquen técnicas manuales y practicar

aquellos procedimientos que signifiquen atención inmediata de la parturienta. El inciso final de la norma citada señala que la matrona podrá indicar, usar y prescribir sólo aquellos medicamentos que el reglamento clasifique como necesarios para la atención de partos normales y, en relación con la planificación familiar y la regulación de la fertilidad, prescribir métodos anticonceptivos, tanto hormonales, incluyendo anticonceptivos de emergencia, como no hormonales, y desarrollar procedimientos anticonceptivos que no impliquen uso de técnicas quirúrgicas, todo ello en conformidad a la Ley N° 20.418²⁸.

Además, el artículo 119, modificado por la Ley N° 21.030²⁹, establece el marco para la interrupción voluntaria del embarazo bajo tres causales, tema directamente vinculado con la práctica ginecoobstétrica, la cual analizaremos más adelante en este capítulo.

El Código Sanitario también contempla aspectos éticos, disciplinarios y administrativos, otorgando al Ministerio de Salud y a la Superintendencia de Salud facultades de fiscalización. Así, este cuerpo legal no solo habilita el ejercicio médico, sino que también lo somete a un conjunto de deberes profesionales, estándares de calidad y principios de protección del paciente.

c) Ley N°21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género

La Ley N° 21.675 tiene como uno de sus principales objetivos el cumplimiento de los compromisos internacionales por nuestro país en materia de Derechos Humanos, especialmente en lo relativo a la “Convención Belém do Pará”, la que mandata en su artículo 7 letra c) “*incluir en su legislación normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso*”.

²⁸ Ley N°20.418 fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.

²⁹ Ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

En tal sentido, el artículo 1 de la referida ley, señala que *“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia. Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra toda mujer, en razón de su género. Para alcanzar esos objetivos, esta ley regula medidas de prevención, protección, atención, reparación y de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en razón de su género, y considera especialmente las situaciones de vulnerabilidad o discriminaciones múltiples en que puedan hallarse”*.

El artículo 5 define lo que debe entenderse por violencia de género, señalando que es cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello. Agrega esta norma, en su inciso segundo que también será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras. En estos casos, las personas menores de 18 años de edad serán derivadas al órgano competente conforme a lo dispuesto en la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Respecto a lo que es el ejercicio de la especialidad de los ginecoobstetras, resulta relevante lo que consagra el artículo 6 de la ley, ya que define lo que se considera como *violencia obstétrica*, la cual, debe ser entendida como todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica.

d) Ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud

La Ley N° 20.584 consagra un conjunto de derechos y deberes cuya observancia es esencial para la práctica médica. En primer lugar, en materia de información clínica, el artículo 10 reconoce el derecho de la paciente a ser informada *“en forma oportuna y comprensible”* acerca de su estado de salud, diagnóstico, alternativas terapéuticas y riesgos asociados. Para el ginecólogo-obstetra, esta obligación adquiere especial trascendencia en procedimientos invasivos o de alto riesgo,

como la ruptura de membranas, laparoscopias diagnóstico-terapéuticas o cesáreas, exigiendo que cada conversación quede reflejada en la ficha clínica.

El consentimiento informado, regulado por el artículo 14, debe ser *“libre, voluntario, expreso e informado”* y constar por escrito cuando el procedimiento sea quirúrgico o implique riesgo relevante para la salud. En ginecología y obstetricia, la firma de este documento no solo protege al profesional, sino que refuerza el respeto a la autonomía reproductiva de la paciente, especialmente en intervenciones tales como interrupción voluntaria del embarazo, esterilización quirúrgica o inserción de dispositivos intrauterinos.

También consagra como principio la seguridad del paciente y el trato digno, donde el artículo 4 impone a todos los miembros del equipo de salud cumplir *“las normas vigentes (...) y los protocolos establecidos en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud”*, mientras que el artículo 5 garantiza *“un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia”*, con especial énfasis, en la letra b) inciso 2°, incorporado por la Ley N° 21.371³⁰ que mandata *“realizar acciones concretas de contención, empatía y respeto por el duelo de cada madre, u otra persona gestante, que hayan sufrido la muerte gestacional o perinatal, así como también para el padre o aquella persona significativa que la acompañe”*. Para el ginecólogo, ello implica no solo ajustarse a estándares técnicos, sino también a pautas de humanización en cada etapa del cuidado obstétrico.

Tratándose del acompañamiento durante el parto, el artículo 6 garantiza a los pacientes la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de atenciones ambulatorias. En ese sentido, la Ley N° 21.372³¹ agregó el inciso 3° a esta normativa, el cual señala que *“Asimismo, tratándose del acompañamiento de mujeres en trabajo de parto, los establecimientos permitirán en todo momento la compañía de la persona que ella determine, con la única excepción de que se derive de ello un peligro para el niño o niña, o para la mujer”*. Dicha norma,

30 Ley N° 21.371 que establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal, conocida igualmente como “Ley Dominga”.

31 Ley N° 21.372 que modificó la Ley de Derechos y Deberes de los pacientes, estableciendo medidas especiales en relación al acompañamiento de los pacientes que se indican.

crea un sustrato jurídico que respalda el acompañamiento integral y el respeto de sus preferencias reproductivas.

e) Ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

La Ley N°21.030, promulgada en septiembre de 2017, incorporó a nuestra legislación la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en tres causales específicas: cuando exista riesgo vital para la vida de la mujer; cuando el embrión o feto padezca una patología incompatible con la vida extrauterina independiente; y cuando el embarazo sea consecuencia de una violación. Estas causales se encuentran actualmente reguladas en los artículos 119, 119 bis y 119 ter del Código Sanitario, e implican una serie de obligaciones tanto para el equipo médico tratante como para las instituciones de salud, incluyendo exigencias sobre diagnóstico, certificación, confidencialidad, denuncia obligatoria y resguardo del principio de autonomía de la mujer gestante.

La ley regula de manera detallada el proceso de manifestación de voluntad, estableciendo que la mujer debe consentir expresamente y por escrito, salvo en casos excepcionales definidos por la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes. Se contemplan también situaciones especiales, como la incapacidad o minoría de edad, en las que se prevé la intervención del representante legal o, en su defecto, del juez de familia. Asimismo, se reconocen situaciones de riesgo psicosocial en las que la ley permite prescindir de dicha autorización, con el objetivo de resguardar la integridad física o psíquica de la mujer o niña afectada.

Por último, se incorpora la objeción de conciencia como una figura jurídica que permite a profesionales de la salud abstenerse de participar en el procedimiento, siempre que la hayan declarado previamente y por escrito. Sin embargo, esta objeción está sujeta a límites estrictos: no exime de participar en actos preparatorios o posteriores al procedimiento, ni puede invocarse en casos de urgencia vital cuando no haya otro médico disponible. La normativa obliga a los establecimientos a garantizar la continuidad y disponibilidad de la atención médica, incluso a través de la reasignación inmediata o la

derivación a otro centro. Estos aspectos serán objeto de un tratamiento detallado en un capítulo específico posterior a este trabajo.

f) Ley N°20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad

La Ley N° 20.418, publicada el 18 de enero del año 2010, establece normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, reconociendo como un derecho de toda persona el recibir educación sexual clara, completa, comprensible y, cuando corresponda, confidencial, abarcando todos los métodos autorizados de regulación de la fertilidad tanto femenina como masculina.

Surge como respuesta a la necesidad de establecer un marco normativo claro que reconociera, protegiera y promoviera los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de salud pública, llenando un vacío regulatorio en torno al acceso igualitario y no discriminatorio a métodos anticonceptivos, reforzando el deber del Estado de garantizar condiciones para una vida sexual y reproductiva libre, informada y segura.

El derecho a elegir libremente entre los distintos métodos de regulación de la fertilidad, en concordancia con las propias creencias o convicciones personales, se complementa con la obligación del Estado de asegurar el acceso efectivo a dichos métodos, mediante su disponibilidad en el sistema público y privado. En este contexto, la ley también consagra expresamente el derecho a la confidencialidad respecto de las opciones sexuales y reproductivas de las personas y regula situaciones especiales como la solicitud de anticonceptivos de emergencia por parte de menores de 14 años, estableciendo procedimientos informativos con sus adultos responsables y obligaciones de denuncia si se presume la comisión de delitos de carácter sexual.

A fin de implementar la aplicación de esta ley, es que se dicta el Decreto Supremo N°49 que aprueba reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad³². Especial relevancia cobra lo señalado en el

32 Decreto Supremo N°49 aprueba reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación,

artículo 6 del Reglamento en donde se indica que, en el caso que se trate de un método anticonceptivo de emergencia, que sea solicitado por una persona menor de 14 años, el facultativo o funcionario que corresponda, tanto en el sector público o privado, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar de este hecho con posterioridad, a su padre, madre o adulto responsable que la menor señale, para lo cual consignará los datos que sean precisos para dar cumplimiento a esta obligación.

Además, el artículo 8 del referido reglamento expresa que, en caso de que fuere posible presumir la existencia de un delito sexual en la persona del solicitante, o de la persona para quien se solicita el ejercicio de estos derechos, el facultativo o funcionario deberá poner los antecedentes a disposición del Ministerio Público, sin perjuicio de las obligaciones contempladas en el artículo 198 del Código Procesal Penal³³.

En el ámbito de la ginecología y obstetricia, la Ley N° 20.418 reviste especial relevancia, ya que impone deberes concretos al profesional tratante en cuanto a la entrega de información sin sesgo, el respeto por la autodeterminación de la paciente, y la aplicación clínica de métodos de regulación de la fertilidad bajo criterios de seguridad, eficacia y

información y orientación en materia de regulación de la fertilidad del 28 de marzo del año 2013.

33 Artículo 198 Código Procesal Penal “Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal. Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes.

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público.

Si los mencionados establecimientos no se encontraren acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias, y procederán a remitirlas a la institución que corresponda para ese efecto, de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y su Reglamento”.

consentimiento informado. Junto con ello, delimita funciones con otras áreas del sistema sanitario, como las unidades de educación y planificación familiar, estableciendo un marco legal que refuerza la dimensión ética y jurídica del ejercicio de la especialidad.

g) Ley N°21.331 del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental

Esta ley, vigente desde su publicación el día 11 de mayo de 2021, tiene por finalidad, conforme a su artículo primero *“reconocer y proteger los derechos fundamentales de las personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual, en especial, su derecho a la libertad personal, a la integridad física y psíquica, al cuidado sanitario y a la inclusión social y laboral”*.

En ella se definen dos conceptos relevantes a tener en consideración para los efectos de su aplicación e interpretación, como es *enfermedad o trastorno mental* que debe ser entendida como una condición mórbida que presente una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente. Además, define *persona con discapacidad psíquica o intelectual* como aquella que, teniendo una o más deficiencias, sea por causas psíquicas o intelectuales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En el Título II de esta ley, se consagran lo que son los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y de las personas usuarias de los servicios de salud mental, contemplando el artículo 9 el catálogo de derechos garantizados, siendo los más relevantes para el ejercicio de la ginecología los contenidos en los numerales 6 y 7. El numeral 6 señala, como derecho garantizado, que se le reconozcan y garanticen sus derechos sexuales y reproductivos, a ejercerlos dentro del ámbito de su autonomía, a que le sean garantizadas condiciones de accesibilidad y a recibir apoyo y orientación para su ejercicio, sin discriminación en atención a su condición. En tanto que el numeral 7 garantiza a la paciente el no ser esterilizada sin su consentimiento

libre e informado, quedando prohibida la esterilización de niños, niñas y adolescentes o como medida de control de fertilidad, y en aquellos casos en que la paciente no pueda manifestar su voluntad o no sea posible desprender su preferencia o se trate de un niño, niña o adolescente, sólo se utilizarán métodos anticonceptivos reversibles.

3.- Guías Clínicas y Orientaciones Técnicas

Si bien las guías clínicas y las orientaciones técnicas no constituyen normas jurídicas en sentido estricto, estos instrumentos representan estándares de referencia para evaluar la corrección del actuar médico. En efecto, conforme lo ha establecido el Ministerio de Salud de Chile en su *Manual Metodológico para la Elaboración de Guías de Práctica Clínica* (GPC), las GPC son instrumentos que, sobre la base de revisiones sistemáticas de la evidencia científica disponible, formulan recomendaciones explícitas destinadas a apoyar la toma de decisiones clínicas racionales, consistentes y basadas en beneficios demostrados³⁴.

La metodología GRADE, adoptada en dicho manual, permite jerarquizar la calidad de la evidencia y la fuerza de las recomendaciones, dotando al contenido de las guías de un respaldo metodológico robusto. De esta manera, las GPC cumplen un doble rol: por una parte, orientan la buena práctica clínica y reducen la multiplicidad de criterios ante mismas situaciones, y por otra, adquieren una función normativa indirecta al ser utilizadas como parámetro para evaluar la razonabilidad del actuar médico en eventuales procesos de control, auditoría o litigio.

Particularmente en ginecología, las GPC y normas técnicas constituyen referencias esenciales para el establecimiento de la *lex artis* aplicable al caso concreto y del deber de cuidado. Desde el manejo del embarazo y el parto, hasta la indicación de métodos anticonceptivos o el tratamiento de patologías ginecológicas complejas, estas directrices proveen un marco técnico que permite establecer criterios de actuación esperados frente a distintas situaciones clínicas.

³⁴ Manual Metodológico Desarrollo de Guías de Práctica Clínica, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, División de Prevención y Control de Enfermedades, Departamento Secretaría AUGE y de Coordinación Evidencial y Metodológica (2014), p.13.

a) Guía Clínica AUGE sobre Cáncer Cérvico Uterino

La *Guía Clínica AUGE para el Cáncer Cérvico Uterino*, de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Salud Pública y su División de Prevención y Control de Enfermedades Departamento de Manejo Integral del Cáncer y otros Tumores, constituye un instrumento técnico de referencia obligada para el manejo integral de esta patología en Chile. Está dirigida a equipos de salud de todos los niveles de atención y se basa en la evidencia disponible, abordando la prevención, diagnóstico, tratamiento y seguimiento del cáncer cervicouterino (CaCu). Esta neoplasia, fuertemente vinculada a la infección persistente por virus del papiloma humano (VPH) de alto riesgo, representa una causa relevante de morbilidad y mortalidad entre las mujeres chilenas, especialmente en contextos de vulnerabilidad socioeconómica.

El rol del ginecólogo es central en la implementación de esta guía. Se establece el tamizaje citológico mediante PAP cada tres años en mujeres entre 25 y 64 años, y se recomienda, cuando esté disponible, la detección de VPH como estrategia complementaria, especialmente en mujeres de 30 a 64 años. Asimismo, se define la conducta frente a hallazgos atípicos, como la derivación a colposcopia, genotipificación viral y tratamiento escalonado según la gravedad de las lesiones intraepiteliales cervicales. En mujeres menores de 25 años, se promueve una actitud conservadora frente a lesiones de bajo grado.

Además, la guía subraya la importancia de la vacunación contra el VPH como estrategia preventiva primaria, recomendando su administración entre los 9 y 13 años con un esquema de dos dosis. Esta política, junto con el tamizaje y seguimiento adecuado de las lesiones, permite al ginecólogo desempeñar un papel protagónico en la reducción de la incidencia y mortalidad del cáncer cervicouterino, debiendo actuar conforme a estos lineamientos técnicos, que son vinculantes dentro del sistema AUGE y deben guiar su actuar clínico frente a esta patología.

b) Guía de Práctica Clínica Prevención del Parto Prematuro

La Guía de Práctica Clínica “Prevención del Parto Prematuro” de diciembre del año 2017 establece un marco de referencia para la atención de gestantes en todos los niveles de la red asistencial, con el objetivo

de reducir la frecuencia y las consecuencias del nacimiento antes de las 37 semanas. Su alcance abarca la prevención primaria (identificación de factores de riesgo clínicos, bioquímicos y biofísicos), la prevención secundaria (tamizaje mediante cervicometría y uso estratégico de progesterona vaginal) y la prevención terciaria (manejo de pacientes con antecedentes de parto prematuro idiopático).

Este documento, elaborado bajo la metodología GRADE, no solo orienta la práctica clínica del ginecólogo, sino que tiene carácter vinculante en el sistema AUGE, exigiendo la implementación de protocolos institucionales coherentes y el registro sistemático de eventuales desviaciones en la ficha clínica. De esta manera, refuerza la obligación de los especialistas en ginecología y obstetricia de aplicar intervenciones basadas en evidencia para mejorar los resultados perinatales y garantizar el cumplimiento de las garantías de acceso y calidad en la atención obstétrica.

c) Guía de Práctica Clínica Cáncer de Ovario Epitelial³⁵

La Guía de Práctica Clínica para el Cáncer de Ovario Epitelial, publicada por el Ministerio de Salud en 2013, entrega orientaciones oficiales para la atención de esta enfermedad dentro del sistema público y privado de salud en Chile. Está dirigida especialmente a los profesionales que atienden a mujeres en el área ginecológica, y busca unificar criterios en el diagnóstico, tratamiento y seguimiento del cáncer de ovario, que es una de las principales causas de muerte por cáncer ginecológico en el país. Su aplicación está vinculada al cumplimiento de las garantías AUGE, por lo que sus recomendaciones tienen carácter obligatorio para los prestadores de salud.

La guía subraya que este tipo de cáncer suele presentarse con síntomas poco específicos, como dolor o hinchazón abdominal, lo que lleva a que muchas veces sea detectado en etapas avanzadas. Por ello, destaca la importancia de estar atentos a ciertos signos de alerta, especialmente en mujeres mayores. También establece criterios claros

³⁵ A la fecha de esta publicación, esta Guía de Práctica Clínica se encuentra en proceso de actualización.

sobre cuándo derivar a especialistas, qué exámenes deben realizarse y cómo confirmar el diagnóstico, lo cual permite una atención más oportuna y estructurada.

En cuanto al tratamiento, la guía señala que este debe combinar una cirugía adecuada con el uso de medicamentos específicos según el caso, todo ello dentro de un plan integral de atención. Además, entrega orientaciones para el acompañamiento posterior de la paciente, con controles periódicos y apoyo continuo. Para los ginecólogos, esta guía representa un marco normativo relevante, ya que regula la forma en que deben actuar frente a casos sospechosos o confirmados de cáncer de ovario, conforme a estándares establecidos por el Ministerio de Salud.

d) Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad

La Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad del Programa Nacional Salud de la Mujer, del año 2015 emanada desde la Subsecretaría de Salud Pública, División Prevención y Control de Enfermedades, forma parte del Programa Nacional de Salud de la Mujer del Ministerio de Salud y tiene como objetivo entregar orientaciones a los equipos de salud para el abordaje integral de la infertilidad en Chile. Esta condición, reconocida como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud, afecta aproximadamente al 10% de las mujeres en edad fértil en el país. La guía busca dar una respuesta coordinada desde los distintos niveles de atención del sistema público y privado, promoviendo el acceso equitativo a servicios especializados y tratamientos seguros.

El documento establece recomendaciones claras para la atención de pacientes que consultan por problemas de fertilidad, incluyendo medidas de prevención, diagnóstico temprano y derivación oportuna según la complejidad del caso. También promueve la educación en salud sexual y reproductiva como herramienta preventiva, y el fortalecimiento de las redes asistenciales, incluyendo el rol activo que deben tener los ginecólogos en esta labor. Además, considera factores psicosociales relevantes, como el impacto emocional de la infertilidad en la calidad de vida de las personas y las parejas afectadas.

Por último, la guía incluye lineamientos para el desarrollo de tratamientos de reproducción asistida, tanto de baja como de alta

complejidad, y recomienda la incorporación progresiva de tecnologías como la laparoscopia y la histeroscopia en los centros de mayor complejidad. Esta guía se convierte así en un referente normativo obligatorio para los profesionales de la salud, especialmente para quienes ejercen en el área ginecológica, estableciendo estándares técnicos y éticos para el tratamiento de la infertilidad en Chile.

e) Orientaciones Técnicas para la Atención Integral de la Mujer en edad de climaterio en el nivel primario de la red de salud (APS)

Este instrumento, elaborado en el marco del Programa Nacional de Salud de la Mujer, del año 2014, responde a la necesidad de entregar una atención integral a mujeres entre los 45 y 64 años. Esta etapa, conocida como climaterio, incluye la perimenopausia y la postmenopausia, y se reconoce como un período de transición en la vida de la mujer que requiere un enfoque preventivo y personalizado, especialmente desde la atención primaria. El documento tiene como fin mejorar la calidad de vida en este grupo, promoviendo el autocuidado y el control de enfermedades crónicas comunes en esta etapa.

Desde una perspectiva normativa, la guía se convierte en un instrumento relevante para los profesionales de la salud, especialmente ginecólogos y matronas, en cuanto establece estándares de atención que deben respetarse tanto en la práctica pública como privada. Propone acciones concretas de prevención, diagnóstico temprano y tratamiento de condiciones asociadas al climaterio, como osteoporosis, enfermedades cardiovasculares, trastornos del ánimo y síntomas derivados de la disminución de hormonas sexuales. También entrega criterios de derivación a niveles de mayor complejidad y promueve un enfoque biopsicosocial y con perspectiva de género.

Estas orientaciones técnicas se inscriben dentro de los esfuerzos del Estado por brindar cobertura a una población históricamente menos considerada en políticas públicas sanitarias. Para los ginecólogos, representa un marco normativo que orienta la práctica clínica con base en los objetivos de salud pública del país y se enmarca en las metas de la Estrategia Nacional de Salud 2011-2020. En este sentido, su observancia es clave tanto para la responsabilidad profesional como para la garantía de derechos en salud de las mujeres chilenas.

f) Orientaciones Técnicas para la Atención Integral de la Endometriosis

Estas orientaciones técnicas, creadas por el Programa Nacional de Salud de la Mujer del Departamento de Ciclo Vital de la División de Prevención y Control de Enfermedades del 7 de marzo de 2023, buscan establecer un marco técnico para el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de esta condición, que afecta a un número importante de mujeres en edad reproductiva. Debido a su impacto en la calidad de vida y la salud reproductiva, esta guía enfatiza un enfoque multidisciplinario y oportuno, especialmente desde la atención primaria.

Este documento entrega orientaciones claras a los equipos de salud, promoviendo una atención que sea integral, equitativa y centrada en la persona. Además de incluir aspectos médicos sobre diagnóstico y tratamiento, también aborda consideraciones éticas, sociales y de género, destacando la importancia de la veracidad, la proporcionalidad terapéutica y la equidad en la atención de las pacientes. Asimismo, la guía contempla recomendaciones específicas para adolescentes, mujeres en edad fértil y pacientes que podrían estar en riesgo de complicaciones asociadas.

Desde la perspectiva normativa, estas orientaciones técnicas constituyen una fuente referencial importante para la práctica médica en ginecología, particularmente en el ámbito de la salud pública. Si bien no tienen rango legal, forma parte de los estándares técnicos que el Estado espera sean respetados en la atención de salud, tanto en el sistema público como privado.

g) Guía Perinatal

La Guía Perinatal elaborada por la Subsecretaría de Salud Pública del año 2015 tiene como principal objetivo orientar la atención de salud que reciben las mujeres durante las etapas que rodean la gestación: desde el período previo al embarazo, pasando por el control prenatal, el parto y el postparto. Está dirigida a todos los profesionales de salud que atienden mujeres embarazadas, con énfasis en asegurar una atención integral y oportuna, con base en evidencia científica actualizada. Busca prevenir riesgos, detectar a tiempo complicaciones y entregar recomendaciones que permitan reducir la morbilidad materna y neonatal en el país.

También aborda las transformaciones demográficas que han afectado la salud materna, como el aumento de la edad de las gestantes y los cambios en las tasas de natalidad, estableciendo acciones específicas para enfrentar estas realidades, como la categorización del riesgo obstétrico y el fortalecimiento de la red asistencial. Uno de los aspectos que más destaca la guía es la importancia del control preconcepcional y prenatal como medidas esenciales para asegurar embarazos en condiciones óptimas de salud. Además, pone especial atención en grupos vulnerables, como las adolescentes y las mujeres con enfermedades preexistentes.

Desde una perspectiva normativa, representa un estándar técnico relevante para el ejercicio profesional de ginecólogos. En efecto, su cumplimiento es una expectativa institucional y sanitaria, especialmente dentro del sistema público de salud, donde su aplicación impacta directamente en la calidad, equidad y seguridad de la atención materno-perinatal.

h) Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo

El *Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo*, elaborado en el año 2008 por el Ministerio de Salud, tiene por objetivo orientar a los equipos de salud en la entrega de una atención más humana, respetuosa y centrada en las personas durante todo el ciclo reproductivo: desde la etapa preconcepcional hasta el postparto. El documento incorpora principios fundamentales como la dignidad, la autonomía, el respeto por la diversidad y la participación informada, rescatando el rol activo de la mujer y su familia en el proceso de gestación, parto y crianza. Asimismo, reconoce que la salud reproductiva no es sólo un asunto clínico, sino también social, emocional y cultural, abogando por un enfoque biopsicosocial en la atención.

Una de las claves de este manual es la promoción de una atención integral que considere los derechos sexuales y reproductivos de las personas, particularmente de las mujeres. Se enfatiza la importancia del vínculo emocional entre madre, padre e hijo, la presencia de un acompañante significativo durante el parto, el respeto por las decisiones de la gestante y la eliminación de prácticas innecesarias o invasivas. La guía también reconoce el impacto negativo de la violencia de género

y la necesidad de detectar y abordar situaciones de vulnerabilidad desde el primer contacto con los Servicios de Salud.

i) Protocolo para la entrega de Anticoncepción de Emergencia

Este protocolo, de la Subsecretaría de Salud Pública División de Prevención y Control de Enfermedades del Departamento de Ciclo Vital del año 2021, busca establecer directrices claras para garantizar el acceso equitativo y oportuno a la Pastilla Anticonceptiva de Emergencia (PAE) en todo el sistema público y privado de salud. Define la anticoncepción de emergencia como el recurso destinado a prevenir embarazos tras una relación sexual sin protección o con fallos en el método anticonceptivo habitual, incluyendo casos de violencia sexual. El documento entrega orientaciones clínicas, normativas y éticas que aseguran la no discriminación en el acceso, remarcando que no existen contraindicaciones médicas absolutas para su uso, incluso en adolescentes y mujeres en lactancia.

El protocolo enfatiza la rapidez con que debe ser entregada la PAE, la educación a las usuarias sobre sus efectos y limitaciones, y la necesidad de acompañar esta atención con consejería en métodos anticonceptivos regulares. También contempla orientaciones específicas para profesionales de salud en contextos rurales o con escasa cobertura médica, así como mecanismos de seguimiento posterior. A nivel normativo, establece obligaciones en la entrega del fármaco incluso para menores de 14 años, destacando el deber de informar posteriormente a un adulto responsable, pero sin que ello constituya una barrera para su acceso.

Este protocolo es especialmente relevante para profesionales de la ginecología, dado que su aplicación se cruza directamente con el respeto a la autonomía reproductiva de las pacientes y con la prevención de embarazos no deseados, escenario que forma parte del quehacer cotidiano del especialista. Si bien no se trata de una norma exclusivamente dirigida a ginecólogos, establece obligaciones y estándares que deben ser considerados en su *praxis* clínica. En ese sentido, se constituye como parte del entramado normativo que rige, de manera indirecta pero ineludible, el ejercicio responsable y actualizado de la especialidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René, Las Obligaciones, Tomo I, 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
2. BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
3. CORRAL TALCIANI, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
4. DIEZ SCHWERTER, José Luis, El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
5. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Teoría del Derecho, Lima, 2023.
6. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Responsabilidad Médico-Sanitaria por Daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 26, julio de 2018.
7. GUASP, JAIME, Derecho, Madrid, 1971.
8. LOPEZ MESA, Marcelo, Tratado de Responsabilidad Médica, Buenos Aires, 2007.
9. PIZARRO WILSON, Carlos, La Responsabilidad Legal Médica, Santiago, 2017.
10. SQUELLA, Agustín, Filosofía del Derecho, Santiago, 2021.
11. VIDAL OLIVARES, Álvaro, Responsabilidad Civil Médica, Santiago, 2018.

WRONGFUL CONCEPTION EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Análisis del tratamiento de acciones indemnizatorias fundadas en esterilización fallida en juicios de responsabilidad civil.

Abogada Adriana Latorre Carvallo¹

Dra. María José del Río Vigil²

COMENTARIO MÉDICO

Para un médico resulta especialmente enriquecedor analizar y comprender las sentencias relacionadas con *wrongful conception*. En el ejercicio clínico, nuestra actuación se rige fundamentalmente por la *lex artis* y por los principios del juramento hipocrático que asumimos al finalizar nuestra formación y que renovamos cotidianamente en el cuidado de las personas que acompañamos y atendemos. Sin embargo, nuestra preparación formal suele ser limitada en materias vinculadas a los derechos y deberes de los pacientes, así como en la profunda relevancia que tiene la comunicación efectiva médico-paciente como eje de una práctica segura y ética.

¹ Autora: Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Responsabilidad Médica – Derecho Médico y Salud, Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como abogada jefa del Zonal Falmed Valparaíso. Área de práctica: Juicios civiles y litigación.

² Colaboradora: Médica cirujana titulada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especialista en Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Chile y subespecialista en Mastología también de la Universidad de Chile. Médico staff del Servicio de la Mujer y el Recién Nacido en unidad patología mamaria del Hospital San Borja Arriarán desde el año 2013. Profesor Asistente del Departamento de Obstetricia y Ginecología sede centro de la Universidad de Chile. Profesor encargado del programa de subespecialista en Mastología de la Universidad de Chile. Médico Staff de Clínica MEDS.

Miembro del comité de salud mamaria de la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología.

Además, miembro del directorio de la Sociedad Chilena de Ginecología y obstetricia, siendo presidenta de la misma en el período 2024-2026.

En los casos presentados, muchos encuentran su génesis, al menos en parte, en falencias en la entrega de información y en la calidad de la comunicación con las mujeres involucradas. Ello pone de relieve la trascendencia del consentimiento informado como un proceso, y no un mero documento, que debe ser explicado con claridad, honestidad y profundidad, respetando siempre los derechos sexuales y reproductivos y la autonomía de las usuarias para poder decidir en base a información completa, comprensible y veraz.

Este capítulo invita a reflexionar sobre cómo la ausencia de información suficiente o la falta de reconocimiento de la autonomía en la toma de decisiones pueden vulnerar la relación médico-paciente y, con ello, afectar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Los casos analizados subrayan la necesidad de que nuestro desarrollo profesional no se limite a la competencia técnica y científica, sino que incorpore también habilidades comunicacionales, comprensión sólida de los elementos del consentimiento informado y conocimiento actualizado de los marcos éticos y jurídicos que resguardan estos derechos.

Asimismo, surge con fuerza la importancia de la educación dirigida a la población usuaria, para que conozca sus derechos a recibir información clara, veraz y suficiente, y así pueda ejercer su autonomía en plenitud. Solo de este modo podremos desarrollar nuestra profesión orientados a un objetivo común: el bienestar y la salud de la población, en el más amplio sentido de la palabra, manteniendo siempre a la persona en el centro de nuestro actuar.

Dra. María José del Río Vigil

INTRODUCCIÓN

En un mundo en que se ha judicializado la medicina, y en que en concreto dentro de las especialidades médicas la ginecología y obstetricia es una de las más demandadas, las zonas de amplificación del conflicto y judicialización hoy abarcan incluso el momento de la concepción humana. Si bien es cierto, la primera impresión sería negar de plano la posibilidad de demandar o judicializar un hecho como la concepción no deseada de un ser humano, fundado en el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la vida es el bien jurídico más valioso, donde incluso la Constitución Política de la República protege la vida del que está por nacer, no es menos cierto, que existen sentencias sobre este

tema , que han aparecido en las últimas décadas en el caso de Chile y más antiguas si nos referimos al orden internacional .

En virtud de lo anterior, se busca dar una descripción al lector de una breve descripción teórica sobre las acciones relacionadas con el inicio de la vida y de la forma que han encontrado nuestros tribunales superiores de justicia para fundamentar una condena de indemnización de perjuicios no en base a considerar el nacimiento de un ser humano como un daño sino, a la vulneración del proyecto de vida o ciertos derechos reproductivos que se extraen de la Constitución Política de la República y diversos Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile.

LOS CONCEPTOS EN TORNO A ACCIONES RELACIONADAS CON EL INICIO DE LA VIDA

Si buscamos los orígenes de la noción de responsabilidad civil en general, a la época de redacción de nuestro Código Civil, el siglo XIX, imperaba la idea que cada sujeto debía soportar su propio riesgo y que responder por el daño causado a otro era la excepción. Poco a poco, y con el advenimiento de la Segunda Revolución Industrial, fue cambiando la balanza hacia el otro extremo y a partir de entonces comienza a imperar la idea de la necesaria reparación del daño sufrido por la víctima, instalándose la percepción de que cualquier contrariedad sufrida por una persona ha de ser reparada por alguien.

Así las cosas, comienzan a surgir en los años 60 del siglo XX las primeras acciones de responsabilidad relacionadas con la vida en Estados Unidos. El primer caso es *Gleitman vs. Cosgrove*, en que una mujer y su hijo, infectada de rubéola durante su segundo mes de embarazo, demandaron al ginecólogo que controló este proceso, pues no se le informó a la gestante sobre las graves consecuencias que esta enfermedad podía tener sobre el feto, y dio a luz a un bebé con graves malformaciones. El tribunal no concedió una indemnización porque consideró que el daño era abstracto y no cuantificable. Este caso es tan emblemático que dio origen a la noción de *wrongful birth* y *wrongful life*, conceptos que explicaremos a continuación.

Los conceptos legales de *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*, son términos utilizados en el derecho para describir situaciones en las cuales se presenta una demanda por los daños derivados de la concepción o el nacimiento de un niño, cuando el nacimiento de ese niño no era deseado debido a un error,

negligencia o incumplimiento por parte de un profesional médico. A pesar de que estos términos están relacionados, cada uno tiene un enfoque distinto en cuanto a las circunstancias y las personas que pueden presentar la demanda.

El *wrongful birth* (nacimiento erróneo) hace referencia a los casos en que un niño nace a pesar de que los padres no hubieran querido que naciera debido a que se les ocultó información importante o se cometió un error en las pruebas genéticas o el diagnóstico prenatal.

En el caso de *wrongful life* (vida errónea), la demanda no la presentan los padres, sino el niño nacido con alguna condición o discapacidad que fue causada por un error médico, como la falta de diagnóstico o la falta de asesoramiento prenatal adecuado. En este contexto, el niño puede alegar que su existencia en sí misma es una forma de daño, especialmente si la condición de salud o discapacidad podría haberse evitado con un diagnóstico adecuado o una intervención temprana.

El concepto *wrongful conception* (concepción errónea) se refiere a la situación en la que un embarazo ocurre como resultado de un error médico en un procedimiento destinado a evitar la concepción, como un fallo en el uso de anticonceptivos, una ligadura de trompas mal realizada o un error durante una vasectomía. En este caso, el demandante es típicamente el padre, la madre o ambos, que considera que el embarazo no era deseado debido a que confiaba en que el procedimiento médico evitaría la concepción³.

Por su parte, en Francia las primeras acciones relacionadas con la vida surgen en los años 80, pero sin duda el juicio más famoso en esta materia es el caso *Perruche*, en el año 2000. Se trata de una mujer embarazada que, presentando los síntomas de la rubeola, manifestó al médico la voluntad de abortar en caso de que el examen de diagnóstico resultara positivo. El análisis del laboratorio certificó, erróneamente, negativo, por lo que la mujer decidió llevar a término el embarazo. Nace un niño con graves problemas neurológicos y malformaciones, causadas por la rubeola contraída por la mujer durante la gravidez. Se da inicio a un juicio civil que concluye con el pronunciamiento de la Suprema Magistratura Francesa, que resuelve que “*la persona nacida con graves malformaciones como consecuencia de errores de diagnóstico del médico que*

³ En el presente trabajo, sólo se analizarán sentencias referidas a casos de *wrongfull conception* originados en fallos de procedimientos de esterilización quirúrgicos practicados a mujeres.

hayan impedido a la madre de ejercitar la elección de interrumpir la gravidez, tiene derecho al resarcimiento del daño resultante por el peso de una vida discapacitada". A continuación, la casación francesa considera al facultativo y al centro médico responsables por el hecho de haber impedido, con su conducta culpable, a la madre de optar sobre la muerte del concebido. De este fallo surge tal debate doctrinario a nivel jurídico, y más bien ético, que dos años después se promulgó una ley que prohíbe las acciones conocidas en el derecho anglosajón como *wrongful life* y se estableció una agencia para resolver demandas posteriores.

En España las decisiones en torno a este tema no aparecieron hasta los años 90 y han sido oscilantes. En 1997, el Tribunal Supremo español acogió la demanda de una mujer que dio a luz un niño con síndrome de Down a causa del fracaso de las pruebas realizadas en la amniocentesis y a que la notificación de la patología que sufría el feto se le entregó tardíamente (cuando ya había vencido el plazo legal para que abortara), cuestión que le produjo los perjuicios en que fundaba su demanda. El tribunal justificó la condena sobre la base de la pérdida de la chance del aborto que la madre pudo practicar.

En sentido contrario, el Tribunal Supremo Español, conociendo del rol N° 679/1999, el 4/02/1999 rechazó un recurso de casación interpuesto por los padres de una niña que nació con graves defectos y deformidades físicas, no detectadas por la ginecóloga en las ecografías nivel I, ocasión en que se le señaló a la madre que el feto se encontraba en condiciones normales, y que a partir de tal información errónea se le privó de su derecho a abortar. En este caso, el Tribunal Supremo señaló que: "(...) *la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño 'per se', y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento*".

EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA

En nuestro derecho y jurisprudencia, el primer hito identificable sobre estas materias lo constituye, el fallo de la Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 2/05/2012, IC Civil 373-2011, "Currihual/Castillo", el cual confirma la sentencia definitiva de primera instancia que da lugar a la indemnización de perjuicios en el caso de una mujer de 38 años que habiéndose sometido a una ligadura de trompas laparoscópica el 02/10/2008 resultó embarazada de gemelos- que, a la postre, les fue diagnosticado síndrome de Down-, presentando síntomas de gravidez en febrero de 2009.

La defensa del ginecólogo discurrió en torno a la existencia de múltiples adherencias en el área operatoria por lo que no pudo identificar la trompa izquierda, lo que le impidió intervenirla. El sentenciador descarta estos argumentos, toda vez que estas circunstancias no fueron debidamente informadas a la paciente (para que hubiera podido tomar resguardos a través de otros métodos anticonceptivos) y porque en el proceso el demandado tampoco pudo acreditar esas circunstancias alegadas (cuestión que intentó a través de testigos y de un protocolo operatorio ininteligible). Por el contrario, el ginecólogo que controló el embarazo gemelar declaró: que pudo apreciar en las ecotomografías la indemnidad de la tuba uterina izquierda, mientras que la derecha presentaba signos cicatriciales de esterilización quirúrgica.

La sentencia de segunda instancia concluye que *“el demandado no cumplió con el contrato médico acordado entre las partes, especialmente la obligación de actuar con seguridad, cuidado y destreza, presumiéndose entonces, que actuó con negligencia, y que este incumplimiento le produjo daño a la demandante de autos”* (considerando décimo tercero).

Así las cosas, se confirma el fallo del tribunal de primera instancia que condenó al ginecólogo a pagar una indemnización de \$3.676.421.- por concepto de daño emergente y \$40.000.000.- a título de daño moral con reajustes e intereses desde el que el fallo se encuentre ejecutoriado.

Un aspecto interesante e innovador de este fallo lo encontramos en el considerando séptimo, en que califica la obligación del demandado de ligar las trompas de Falopio de la actora, derivada del contrato de servicios médicos celebrado con el ginecólogo, como una obligación de resultado. En efecto, la sentencia indica que *“Que coincide esta Corte que el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programada para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultado, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata, atendida las especiales característica de la misma, y del objetivo perseguido por la paciente, su marido y en conocimiento del médico demandado”*. Este punto es innovador, puesto que tradicionalmente se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia, que el acto médico corresponde a una obligación de medios y no de resultado⁴.

4 Siguiendo al profesor Daniel Peñailillo, las obligaciones de medio corresponden a aque-

En un sentido opuesto, y admitiendo la posibilidad descrita en la literatura científica de recanalización tubárica espontánea, la sentencia del 10/04/2013 dictada por el Juzgado de Letras de Castro en la causa Rol C – 35879-2009, caratulada “Mancilla /Servicio Salud Chiloé – Hospital de Castro”, sobre responsabilidad por falta de servicio, rechaza la demanda.

En este caso un matrimonio, que ya había tenido cinco hijos, demanda al Servicio de Salud Chiloé, pues pese a que en el Hospital de Castro se practicó a la paciente demandante una ligadura de trompas a través de colpotomía el 6/03/2006, ella resultó embarazada 18 meses después. Demandan entonces \$45.000.000.- a título de perjuicios desglosados en \$3.000.000.- por daño emergente, \$12.000.000.- por lucro cesante y \$30.000.000.- por daño moral, toda vez que acordaron realizar la esterilización debido a su precaria situación económica. Se argumenta que la falta de efectividad de la cirugía ha significado dificultades económicas para los demandantes aparejados de angustia y afectación de su calidad de vida.

La sentencia rechaza la demanda, pues no se logró probar la falta de servicio por parte de la demandada. *“La actora es completamente ambigua, incompleta y poco diligente en su planteamiento y en el desarrollo de los hechos que expone en su demanda. Esto porque no dice ni establece específicamente cuál es el acto que atribuye a la demandada que configure la falta de servicio que reclama ni tampoco cuál de sus variantes se habría efectuado para el caso en particular, es decir, no señala si en el procedimiento se incurrió en mala praxis o si no se utilizaron los instrumentos o insumos adecuados, si el médico incurrió en algún tipo de omisión o negligencia, etc. La actora se limita a señalar que la operación realizada no quedó bien (sic), ya que doña Claudia quedó nuevamente embarazada, sin agregar nada más”.*

Este considerando décimo quinto que citamos es de relevancia, pues establece que no es posible suponer una relación causa-efecto entre la supuesta acción u omisión imputada al médico y el resultado no deseado. El sentenciador exige que el demandante explique y pruebe, a través de los medios de prueba legalmente establecidos según el tipo de procedimiento de que se trate, la

llas cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor. En ellas se espera un comportamiento diligente del deudor de manera que la obligación estará incumplida cuando el deudor no se haya comportado con la diligencia debida. Por otra parte, la obligación de resultado resulta ser aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado.

acción u omisión en que habría incurrido el galeno negligente y la forma en que esta incide en el resultado que origina los daños demandados en juicio.

Por el contrario, en el considerando décimo sexto, la sentencia sugiere un origen diverso del embarazo de la demandante: que éste se debiera a la recanalización tubaria. *“DÉCIMOSEXTO: Que el embarazo posterior a la operación de esterilización a que se sometió doña C, puede tener su origen en diferentes causas o hechos que no son imputables a una falta de servicio de la demandada, y aquí resulta gravitante la prueba pericial que rola a fojas 163, consistente en informe emitido por el Servicio Médico Legal de Santiago, suscrito por el perito médico ginecoobstetra, JHH, quien señala que el fracaso de un procedimiento quirúrgico para evitar embarazos ocurre con una frecuencia de 1/1200 cuando se hace la intervención al momento del parto y disminuye a 1/10000, cuando se hace alejado del parto pero nunca es infalible-. Refiere que esto ocurre por un acercamiento espontáneo de los muñones de las Trompas operadas y por la recanalización de su lumen dejando nuevamente libre el paso a los espermios. Además la prueba testimonial que rola a fojas 71 y siguientes apoya estos dichos por cuanto el médico señor H declara que la falla esperada para la técnica utilizada es de 0.5% y se debe a la recanalización tubárica que puede llevarse a cabo a través del extremo seccionado de la trompa donde posteriormente se forma una cicatriz, pueden producirse filtraciones o micro espacios y que no existe ningún método de esterilización quirúrgica que tenga 100% de efectividad. Por su parte, el testigo señor G, médico de profesión, declara que sin importar la técnica quirúrgica empleada ni el lugar en dónde se realice el porcentaje de falla de una esterilización quirúrgica femenina es en promedio 0.5% o 1/200 pacientes intervenidas u operadas, en el Servicio se espera una recanalización tubaria cada cuatro años, y finalmente agrega que no existe técnica de esterilización 100% efectiva y que la técnica utilizada con la paciente P es la que se encuentra vigente en Chile. Así, la causa de embarazo de la demandante es presumible su origen a la reacción natural de cuerpo de recanalizar las trompas de Falopio, lo cual no puede entenderse bajo ningún concepto que sea responsabilidad del Servicio de Salud, ni que alguno de sus funcionarios incurrieran en una falta de servicio que amerite las indemnizaciones que se pretenden en esta causa”.*

A continuación procederemos al análisis de sentencias que innovan en la materia, toda vez que conceden el ítem indemnizatorio daño moral justificándolo en la vulneración de derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Ambas se refieren al caso de una mujer de 37 años que en marzo de 2010, según lo planificado fue sometida a una cesárea dando a luz una hija con hidrocefalia en el Hospital de Ancud y, en la misma oportunidad, solicitó una esterilización según consta en “Consentimiento Informado” firmado por la paciente demandante, ya que

debido a su precaria situación económica no estaba en condiciones de mantener otro hijo. Sin embargo, en el mes de noviembre de 2010 presentó síntomas de embarazo, dando a luz un nuevo hijo. En fallo del 20/11/2014 el Juzgado de Letras de Castro conociendo del juicio de indemnización de perjuicios en sede extracontractual caratulado “Rosas/Servicio Salud Chiloé” Rol C – 1719-2012, condenó al Servicio de Salud demandado por falta de servicio y ordenó, en consecuencia, el pago por concepto de daño moral de \$15.000.000 más reajustes e intereses.

El Considerando Vigésimo Primero justifica la condena señalando que la responsabilidad tiene como *“fundamento la falta de servicio en la que habría incurrido el Hospital de Ancud, imputable en resumidas cuentas al hecho de no haberse sometido a la demandante a una intervención de esterilización que habría solicitado. De esta forma la falta de servicio alegada es entendida como inexistencia u omisión del servicio requerido”*. Ello se acreditó a través de los testimonios prestados por tres médicos en el marco de una investigación penal por los mismos hechos, quienes señalaron que durante el procedimiento de la cesárea del 08/03/2010 no se efectuó la intervención de esterilización, testimonios a los cuales el sentenciador otorgó más credibilidad que al protocolo operatorio que constaba en la ficha clínica, de acuerdo al cual sí se había realizado la ligadura de trompas.

Razona la sentencia que, no habiendo probado el Servicio de Salud de Chiloé la concurrencia de alguna circunstancia que justificara la omisión de la esterilización o la razón por qué el ginecólogo decidió no hacerla, se da por acreditada la falta de servicio que sirve de base a la indemnización⁵. *“TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que de las probanzas analizadas se tiene por cierto el hecho debatido en este juicio, es decir, que el actuar de los profesionales del Hospital de Ancud constituye una falta de servicio negligente, entendido este en que, debiendo haber realizado la obligación requerida, ésta no se efectuó, no constando en autos causa alguna que pueda atribuirse a una eximente de su responsabilidad o actuar negligente, por el contrario, la documental aportada por la actora, prueba que habiéndose tenido a la vista por el facultativo aquel consentimiento informado y aceptado por el mismo, éste omitió dicha circunstancia sin justificar ni siquiera informar a la paciente su cambio de parecer, por cuanto, debió haber dejado constancia en la ficha clínica de la misma de dicha situación y los motivos que concurrieron al hecho de no realizar la intervención. Tampoco fue probado por la demandada el hecho de haber incurrido*

⁵ El lector letrado podrá avizorar aquí el fundamento del recurso de casación en el fondo deducido por el demandado: la vulneración del artículo 1698 del Código Civil.

en algún error que justificara la omisión de la operación, o en su defecto, la decisión que haya tomado el facultativo para no efectuarla”.

Lo interesante de esta sentencia, a nuestro juicio, es el fundamento que sustenta la procedencia de la indemnización en cuanto al derecho vulnerado. Ya hemos dicho que en nuestra tradición jurídica resultaría inaceptable considerar lesivo, dañoso o perjudicial el nacimiento de una persona. Entonces lo que resulta conculcado en este caso, a juicio de la sentenciadora, es el “derecho a decidir sobre su propio cuerpo” de la paciente y no el hecho de nacer, entendido como un daño. Esta idea se desarrolla en el considerando trigésimo séptimo: *“Es dable considerar que el hecho de decidir respecto del propio cuerpo como lo hizo la demandante en los hechos acreditados, constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entenderse en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigente, esto es la Convención de Belém do Pará, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW, las cuales entienden que la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son parte fundamental del deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable.*

Es así como la demandante fue víctima de una grave vulneración a su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, siendo éste derecho debidamente informado como consta en autos, pero que finalmente no fue respetado y acatado como fue su voluntad, por cuanto el personal médico, como se estableció, no realizó la intervención médica requerida, actuando por sobre la decisión de la paciente, sin ninguna justificación que lo eximiera, actuando de forma negligente respecto del actuar que les era exigido, de lo cual se estima, que con independencia de los motivos íntimos que haya tenido la peticionaria para decidir someterse a una intervención que claudicaría irreversiblemente su opción de maternidad, el hecho de no haberse realizado ésta, produjo como consecuencias fácticas probadas que la actora sea madre de un hijo no deseado, en condiciones económicas escasas y siendo ésta el único sustento familiar, razón por la que dicho perjuicio se encuentra acreditado por lo antes analizado”.

Así las cosas, en el caso en comento, se dan por establecidos los requisitos para que exista la falta de servicio: una omisión (no se realizó la ligadura de trompas debidamente solicitada) atribuible a un órgano de la Administración (un ginecólogo del Hospital de Ancud), que produjo un daño al demandante

(el daño moral, el dolor provocado por no haberse respetado el derecho de la paciente a decidir sobre su propio cuerpo) y una relación causa-efecto entre la omisión y el daño.

Contra la sentencia sólo recurrió la demandante, quien solicitó un aumento del monto indemnizatorio. La sentencia fue confirmada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que aumentó el monto de la indemnización a \$35.000.000.-, resolución de la cual la demandada dedujo recurso de casación, el que fue rechazado por la Excm. Corte Suprema el 29/01/2016, en causa Rol 13.544-2015.

En este mismo orden de ideas, la sentencia del 18/11/2022 dictada por el Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta en la causa Rol C-4174-2018, caratulada “Trujillo/Clínica”, sobre indemnización de perjuicios en sede contractual acoge la demanda interpuesta por una madre y padre en contra de un ginecólogo, quien se había obligado a practicar una cesárea con salpingoligadura a la mujer en enero de 2015 pero, no constaba alusión alguna en el protocolo quirúrgico de dicha esterilización, resultando la mujer embarazada nuevamente a los 10 meses. El médico que resolvió este embarazo vía cesárea efectuó la salpingectomía pudiendo constatar la indemnidad de las trompas de Falopio de la paciente. Así las cosas se acogió la demanda condenando al ginecólogo al pago de la suma de \$15.000.000 a ambos padres por daño moral más reajustes e intereses.⁶

Este fallo nos recuerda en su considerando décimo cuarto que las acciones por anticoncepciones fallidas poseen rasgos distintivos que las diferencian de casos de simple negligencia médica, y recalca que *“estas acciones poseen como fundamento la necesidad de reparar la afectación al derecho de autodeterminación reproductiva de las mujeres, es decir, bajo consolidación de ser la autonomía reproductiva un derecho fundamental.”*

Una vez más, se consagra jurisprudencialmente que el daño no lo constituye el nacimiento del hijo, sino la afectación al derecho de autodeterminación reproductiva de las mujeres. Así las cosas, cabe preguntarse ¿Y dónde se encuentra consagrado este derecho? Es el mismo considerando décimo cuarto ya citado de la sentencia la que lo especifica:

⁶ En un principio, la demanda había sido interpuesta también en contra de la Clínica en que se debió haber realizado la salpingoligadura acordada en enero de 2015. Sin embargo, los demandantes se desistieron de las acciones interpuestas en contra del recinto asistencial a cambio de una suma de dinero, cuyo monto no consta en el expediente.

“En el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos pareciera existir consenso en cuanto al reconocimiento directo e indirecto, de los derechos reproductivos y derechos sexuales de la mujer. El punto de partida de esa afirmación se encuentra en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (CETFDICM, o más conocida como CEDAW, por su nombre en inglés), que establece la obligación de los Estados Parte de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y el acceso a la información, educación y medios que les permitan ejercerlos. A este instrumento, se suman el Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en el Cairo entre el 5 y 13 de septiembre de 1994, y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada entre el 4 y 15 de septiembre de 1995 en Beijing, que profundizan en torno a la libertad a planificar la paternidad y afirman el derecho de la mujer a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto a estas cuestiones.

A partir de este contexto normativo, que incluye el derecho a la libertad reconocido en los artículos 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, se construye por vía interpretativa un haz de derechos fundamentales que, en su conjunto, conforman los derechos reproductivos, entre los cuales se encuentra el derecho a la autonomía reproductiva, cuyo contenido está conformado por la facultad de decidir el número e intervalo de hijos.

La lesión del plan de vida (autodeterminación) puede ser el fundamento inmediato de las acciones de wrongful conception en Chile, pues este interés puede reconducirse a la vulneración de garantías fundamentales consistentemente reconocidas, como lo son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 1° de la Constitución Política de la República)”.

Estas ideas son recogidas por la Tercera Sala de la Excma Corte Suprema que al acoger el recurso de casación en el Ingreso Corte 132.045-2020, caratulado “Ruiz Torres/ Servicio de Salud del Reloncaví” y dictar la respectiva sentencia de reemplazo, de fecha 14/11/2022, señala: “Primero: Que, en el presente caso es necesario, de manera preliminar, delimitar que no se trata de una causa por indemnización en razón del nacimiento del hijo de la demandada (sic). Así como lo entiende esta Corte, es un caso de perjuicios causados por la administración atendida una falta de servicio que se traduce en otorgar el tratamiento que se habría indicado para efectos de la esterilización. El nacimiento del hijo de la demandante no es, entonces, lo

indemnizable. Se trata, en este caso, de la determinación en la falta de servicio incurrida por la Administración, quien no respetó la voluntad expresa de la paciente respecto de sus derechos reproductivos, en orden a no procrear nuevos hijos”.

En este caso, una mujer casada de 35 años, con dos hijos se sometió a una operación quirúrgica con el objeto de impedir nuevos embarazos, específicamente una salpingectomía bilateral en el Hospital de Castro, dada su precaria situación económica, el alcoholismo de su marido, quien la había contagiado de sífilis, todo en un contexto de violencia intrafamiliar. Sin embargo, dos años después se enteró de que estaba embarazada, informándole el mismo centro asistencial que había sido sometida a una ligadura de trompas, procedimiento que tendría una tasa de eficacia menor al originalmente informado y aceptado por ella.

La ECS considera que el consentimiento informado que firmó la paciente no era claro ni suficiente, toda vez que incorporaba distintas técnicas quirúrgicas: el “instrumento incorporó una opción, al señalar que: “Autorizamos al Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital de Castro, para utilizar el método técnicamente adecuado (pomeroy, laparoscopia, o sus variantes) aceptando los riesgos inherentes a una intervención quirúrgica”. Lo que se viene diciendo deja en evidencia la imposibilidad de esperar que una persona sin conocimiento médico tenga real comprensión de las implicancias de aquella información. Por lo demás el método “técnicamente adecuado” es aquél que cumple con las finalidades que buscó la actora, esto es, una esterilización con los más altos grados de seguridad dentro de las opciones existentes. Por ello, el mencionado consentimiento no cumple con el deber que le asiste a la Administración en este caso, contenido en el artículo 14 de la Ley N° 20.584... Nada más alejado de la claridad y suficiencia cuando en un documento se establecen múltiples opciones por la utilización de términos como “sus variantes”. La administración no puede ampararse en una equívoca información para dar por entregado un servicio que no fue solicitado. Siendo esta una acción imputable a la administración por la que pretende ampararse en la entrega de un servicio y no de otro”.

Una vez más el fundamento normativo de la condena son los tratados internacionales que consagran derechos sexuales y reproductivos a la mujer. En este caso específicamente, la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer”, cuyo artículo 12 señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

Lo que reprocha la sentencia, y lo que constituye la falta de servicio en este caso, que sirve de fundamento a la condena de \$15.000.000.- más reajustes e intereses por daño moral, es que se le haya informado una operación a la paciente en un consentimiento informado que la ECS califica de poco claro, insuficiente e ilegal, se haya efectuado otra intervención distinta a la informada y menos efectiva, que es la que se consignó en el protocolo operatorio y que, en todo caso, no cumplió su objetivo de esterilización.

La importancia de la entrega de información completa, suficiente y oportuna al paciente es el tema central tratado en la sentencia el Ingreso Corte 44.150-2020, caratulados “Frutos Cares / Fisco de Chile” en que la ECS conociendo del recurso de casación, deducido por la demandante en contra de la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción que confirmó la sentencia de primer grado que rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio de una mujer de 32 años que demandó al Hospital Naval de Talcahuano, luego de someterse a una esterilización por cauterización de trompas de Falopio vía laparoscópica el 18/12/2013 y quedar embarazada, dando a luz 06/11/2014.

Es del caso hacer presente que una de las razones que motivó a la mujer a solicitar su esterilización es el hecho que su hija mayor padece “picnodisostosis”⁷, patología congénita y hereditaria que era altamente probable que afectara a su futura descendencia, cuestión que ella quería evitar.

Razona el citado fallo del Tribunal Supremo en su considerando cuarto que, si bien se le informó a la paciente que el método de esterilización al que se sometería tenía un margen o tasa de error, no se le comunicó la posibilidad de complementarlo a través de otros mecanismos anticonceptivos para ella o su cónyuge. Ello constituiría una infracción al deber de información por parte del establecimiento de salud, que la privó de conocer la existencia de posibilidades que disminuían el margen de error de su esterilización, lo que “*guarda estrecha relación con la planificación familiar como manifestación de los derechos reproductivos que asisten a todo individuo, y que, si bien no posee*

7 La picnodisostosis es una enfermedad autosómica recesiva rara, producida por una disfunción de los osteoclastos. La prevalencia actual de la enfermedad es de un caso por 1,7 millones de habitantes, con una distribución equitativa en función del sexo. Las características típicas de este síndrome son baja estatura, aumento de la densidad ósea de los huesos largos, fracturas con mala consolidación, frente prominente, uñas distróficas con dedos cortos, fascies específica, mandíbula con ángulo obtuso y fontanelas no osificadas.

consagración normativa expresa en nuestra Carta Fundamental, su existencia puede ser inferida con toda claridad acudiendo al derecho a la integridad física y psíquica previsto en el artículo 19, numeral 1º del texto constitucional, a la centralidad de la familia entendida como núcleo de la sociedad, según el artículo primero de la Carta Fundamental, y a instrumentos internacionales aplicables a la materia, vinculantes para el Estado de Chile en virtud del mandato contenido en el artículo 5, inciso 2º, de la Constitución Política de la República.

En aquel orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que ‘la existencia de una regulación clara y coherente respecto de las prestaciones de servicios de salud es imprescindible para garantizar la salud sexual y reproductiva y las correspondientes responsabilidades por la provisión de este servicio... el Tribunal estima que la existencia de normativa que regule el acceso a la información a métodos de planificación familiar y a todo tipo de información necesaria en materia de salud sexual y reproductiva, así como la creación de normativa que asegure la obtención del consentimiento informado y los elementos que se deben respetar para su validez, contribuyen a la prevención de violaciones de derechos humanos de las mujeres, sobre todo en casos como el presente’, agregando que tal deber consiste en ‘asegurar que el consentimiento pleno de la paciente sea otorgado antes de la realización de cualquier esterilización, con la consiguiente adopción de mecanismos para lograr una sanción, en caso de que ello no sea cumplido’ (SCIDH de 30 de noviembre de 2016, “I.V. vs. Bolivia”), asertos que aquel tribunal internacional extrae aplicando lo dispuesto en los artículos 5, 7, 1113 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 7, literal a) de la Convención Belém do Pará, instrumentos, ambos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

A mayor abundamiento, el fallo nos recuerda la existencia de normativa de rango legal y reglamentario en nuestro país que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, a saber la Ley N° 20.418 y el Decreto Supremo N° 49 del 2011 del Ministerio de Salud. En virtud de estas normas, el considerando sexto señala: “Que, atendido lo dicho, es dable postular que el deber de información en materia reproductiva importa poner en conocimiento del paciente todas las posibilidades prestacionales a su disposición, indicando la efectividad y riesgo de cada método, de manera tal que él y/o la requirente se encuentre en posición de consentir libre e informadamente y, según sea el caso, seleccionar, aquel o aquellos mecanismos anticonceptivos que mejor se adecúen a su planificación familiar”.

Así las cosas, la falta de servicio reprochada al Hospital Naval de Talcahuano consiste en que no se le informó a la paciente que su cónyuge podía someterse

también a un procedimiento anticonceptivo complementario, reduciendo así al mínimo la probabilidad de un nuevo embarazo, tal como ella lo deseaba.

Nuevamente el daño reparable no es la concepción de una vida, sino por la vía de la infracción del deber de información es que el tribunal construye la existencia de una responsabilidad, en este caso falta de servicio, que amerita la condena al Fisco a pagar a la demandante la suma de \$15.000.000.- más reajustes e intereses, por concepto de daño moral.

CONCLUSIONES

- Jurisprudencia de la ECS analizada en este trabajo califica la obligación contraída por el médico que realiza una intervención quirúrgica, con el objeto de lograr la esterilidad del paciente, como obligación de resultado y no de medios⁸. Este es uno de los pocos casos en la práctica médica en que se califica de este modo la obligación contraída por el facultativo, correspondiendo los otros a la cirugía plástica o estética y a la obligación de informar certeramente los exámenes imageneológicos.
- En Chile, el fundamento de la procedencia de indemnizaciones por acciones indemnizatorias fundadas en anticoncepciones fallidas, al menos en esterilizaciones quirúrgicas frustradas, las denominadas en doctrina acciones por *wrongful conception*, no lo constituye el nacimiento del hijo sino la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que se encuentran garantizados en tratados internacionales y, en definitiva en la lesión a la autodeterminación de ella, que finalmente es una vulneración a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República.
- En materia reproductiva, de acuerdo a la jurisprudencia de la ECS, el estándar del deber de información sería aún más alto y específico que el estándar general establecido por la Ley N° 20.584, entendiendo nuestro Tribunal

8 Siguiendo al profesor Daniel Peñailillo, las obligaciones de medio corresponden a aquellas cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor. En ellas se espera un comportamiento diligente del deudor de manera que la obligación estará incumplida cuando el deudor no se haya comportado con la diligencia debida. Por otra parte, la obligación de resultado resulta ser aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionarla satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado.

- Superior, que deben informarse a la paciente todas las posibilidades de prestaciones que existen a su disposición, indicando la efectividad y riesgo de cada método, de manera tal que así pueda consentir libre e informadamente.
- En este mismo orden de ideas, la ECS es particularmente exigente con la información transmitida, el modo en el que se le entrega y en el contenido, en el marco del consentimiento informado, a mujeres de contextos socio culturales vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

1. Mondaca Miranda, Alexis, Aedo Barrena, Cristián y Coleman Vega, Luis. (2015). Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Ius et Praxis*, 21(1), 19-56. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100002>
2. Bórquez Fernández, Estefanía, Goldsworthy Aliaga, Fabián y Henríquez Erazo, Melanie (2024). Admisibilidad de las acciones indemnizatorias por *wrongful conception* y *wrongful birth* en Chile: Una revisión contemporánea del derecho de daño y los intereses afectados en estas acciones resarcitorias. Universidad de Valparaíso. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvsc/15434>
3. Anthony, Jackson. (1995) *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, 17 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 535. <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss3/3>
4. Corral, Hernán (2012). Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?. El blog de Hernán Corral. <https://corralalciani.wordpress.com/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/>
5. Mondaca Miranda, Alexis. (2014) Responsabilidad civil por *wrongful conception*. Negligencia médica: incumplimiento del deber de cuidado del cirujano. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2 de mayo de 2012, rol N° 373-11. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, pp. 351-360 <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/131/118>
6. Macía Morillo, Andrea (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*. Revista de Derecho Universidad del Norte (27), 3-37 <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702>
7. Peñailillo Arévalo, Daniel (2003) Obligaciones Teoría General y Clasificaciones. Editorial Jurídica de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. “Currihual/Castillo” IC 373-2011 Civil, 2/05/2012 Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta.
2. “Mancilla/Servicio Salud Chiloé Hospital de Castro”, Rol C-35879-2009, 10/04/2013, Juzgado de Letras de Castro.
3. “Rosas/Servicio Salud Chiloé” Rol C – 1719-2012 , 20/11/2014 Juzgado de Letras de Castro.
4. “Rosas/Servicio Salud Chiloé” Rol 13.544-2015 , 29/01/2016 Excma. Corte Suprema
5. “Frutos Cares con Fisco de Chile” , Rol 44.150-2020, 27/09/2021 Excma. Corte Suprema.
6. “Trujillo/Palominos”, Rol C- 4174-2018, 18/11/2022, Tercer Juzgado Civil de Antofagasta.
7. “Torres/Servicio Salud Reloncaví”, Rol 132045-2020, 14/11/2022 Excma. Corte Suprema.

LA ACCIÓN CIVIL DIRECTA CONTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO SANITARIO: LÍMITES JURÍDICOS Y LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS PARA UNA DEFENSA EFICAZ

Abogado Ricardo Mella Vila¹

Abogada Paulina Silva Torres²

Dr. Álvaro Insunza Figueroa³

COMENTARIO MÉDICO

En julio del año 2009 en un hospital público de Santiago se interrumpe por cesárea el embarazo de una adolescente de 17 años por embarazo gemelar de 34 semanas y Preeclampsia. La cesárea transcurre aparentemente sin incidentes. Un par de horas después presenta hemorragia severa que al no ceder a manejo médico obliga a reintervención. El cuadro no cede, paciente se agrava. Por no haber disponibilidad de camas en UCI se traslada a otro servicio donde fallece a poco de llegar por shock hipovolémico y coagulopatía de consumo. Son demandados el médico que realizó la cesárea (jefe de turno) y en forma solidaria el hospital. La defensa del médico tempranamente opta por demostrar que en el caso del funcionario público rigen las normas de la “falta de servicio” y no las reglas de la “responsabilidad contractual o extracontractual” que rigen

1 Autor: Abogado titulado con distinción máxima en la Universidad Finis Terrae en 2012. Integrante del equipo civil de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (Falmed) desde 2008. Especialista en Derecho Sanitario, Derecho Procesal Civil y Responsabilidad Civil, con amplia experiencia en litigación compleja. Ha liderado defensas en causas de alta relevancia jurídica.

2 Autora: Abogada Universidad Católica de Temuco, año de titulación 2015. Curso de Actualización Problemas Actuales de Contratos y Responsabilidad Extracontractual, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2018). Diplomado de Litigación en Derecho Administrativo Sancionador, Universidad de Chile (2020). Cursando Magíster en Derecho de Daños, Universidad Adolfo Ibáñez (2025). Abogada de Falmed desde 2015.

3 Colaborador: Médico especialista en medicina materno-fetal, profesor asociado de la Facultad Medicina Universidad del Desarrollo, Past President Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología.

en el ámbito privado. En esta tesis el responsable de la “falta de servicio” es la institución la que debe responder del acto y posteriormente al fallo puede repetir o no contra del funcionario. En primera instancia la tesis de la defensa es acogida y solo es sentenciada la institución. En segunda instancia, Corte de Apelaciones, se revierte el fallo y tanto el médico como la institución son sentenciados. La defensa del médico recurre a la Corte Suprema, la cual en mayo del 2024 falla a favor del médico y mantiene la sentencia original contra la institución.

Este muy interesante capítulo para los médicos funcionarios públicos desarrolla con detalle y precisión los fundamentos jurídicos de esta tesis, la forma de llevar desde el inicio del juicio la defensa en los términos expuestos y de cómo este fallo sienta un precedente de jurisprudencia para futuras demandas contra médicos funcionarios en el cumplimiento de sus funciones. Hace patente no apresurarse, tomar una buena defensa desde el inicio del juicio de demanda, en este caso FALMED, que la sitúa en ámbitos del derecho y no solo en la *ars medica* como estamos acostumbrados a enfrentarla.

Hasta donde estamos informados, no hay antecedentes jurídicos de establecimientos sentenciados que luego hayan recurrido contra el médico funcionario.

Dr. Álvaro Insunza Figueroa

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual, caracterizado por un **aumento sostenido de condenas civiles en materia sanitaria**, resulta especialmente relevante detenerse en los fundamentos jurídicos que permiten estructurar defensas sólidas y eficaces para los profesionales de la salud, particularmente en el ámbito **ginecoobstétrico**, que constituye una de las especialidades médicas más siniestradas en las demandas por responsabilidad sanitaria, donde la litigiosidad ha crecido de forma notoria y los montos indemnizatorios han escalado significativamente, registrándose fallos que superan los 500 millones de pesos y, en casos excepcionales, se han fijado montos indemnizatorios cercanas o superiores a los mil millones de pesos.

En este ámbito puede verificarse alguna de las complicaciones que la literatura médica ha descrito en esta especialidad, y que en muchos casos involucra a médicos, matronas e instituciones públicas o privadas. Desde el punto de vista jurídico, cuando la atención del paciente se produce en el

ámbito privado, aplican las reglas comunes de la responsabilidad contractual o extracontractual, no obstante, cuando dicha atención se genera en un servicio público, el régimen de responsabilidad es distinto, pues allí aplican las normas por “falta de servicio”.

En este escenario, uno de los aspectos más discutidos, y muchas veces mal comprendido, es la relación jurídica entre el paciente (o sus herederos) y el profesional de la salud que actúa como **funcionario público del Estado**, ya sea de un hospital público, consultorio, etc., Toda vez que, al momento de interponerse una demanda, por ejemplo, contra un médico, una matrona -en calidad de funcionarios públicos-, y un hospital, muchas veces, se demanda de manera “solidaria”, o se pretende la responsabilidad conjunta bajo distintos regímenes y, aún cuando existe normativa específica para resolver aquello, no son pocos los casos en que nuestros tribunales de justicia han acogido demandas por falta de servicio contra de la institución pública y él o los funcionarios, de manera conjunta o solidaria; y otros en que -a nuestro criterio es lo correcto- se ha desechado la demanda contra el funcionario público, toda vez que es el aparato institucional público quien debe responder ante el administrado por la falta de servicio, pudiendo repetir posteriormente contra el funcionario, en caso de darse los presupuestos legales.

En este trabajo repasaremos el origen histórico de la falta de servicio, ciertos planteamientos doctrinarios elaborados por juristas y académicos nacionales, el ámbito de aplicación normativa que lo hace un régimen especial de responsabilidad, abordaremos jurisprudencia reciente con énfasis en las implicancias procesales de una buena defensa médica. Particularmente, analizaremos un caso patrocinado por FALMED (cuya defensa de un médico de especialidad ginecoobstetra culminó con la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema el 31 de mayo de 2024) que constituye un **referente jurisprudencial de primera línea** para trazar los límites de la responsabilidad civil directa del funcionario público en el ámbito sanitario. Su importancia se acrecienta al considerar que se trata de un caso en el área obstétrica, donde la carga emocional, la complejidad clínica y la presión judicial tienden a confluir.

La sentencia de reemplazo no solo reafirma principios clave del derecho público chileno, como la responsabilidad estatal por falta de servicio, sino que **zanja de manera categórica** la improcedencia de la demanda conjunta contra el Estado y el funcionario. Como parte del equipo de defensa en juicios civiles de FALMED, sostenemos que este caso debe ser estudiado, comprendido y

replicado como **modelo de estrategia defensiva**, particularmente en el creciente universo de demandas que enfrentan los médicos del sistema público por hechos ocurridos en el ejercicio regular de sus funciones.

II. LA FALTA DE SERVICIO COMO ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Actualmente no cabe duda de que es Estado el responsable por los daños provocados por sus actuaciones o, más bien, generados por sus agentes o funcionarios. Esto no siempre ha sido así, la evolución de la responsabilidad del Estado es relativamente reciente, hubo épocas que conducían a un régimen generalizado de irresponsabilidad a otro en que se aplicaban las reglas comunes del Código Civil aplicando el principio de igualdad en la repartición de cargas públicas; transitó por la responsabilidad en los actos de gestión diferenciada de los actos de autoridad, recogiendo tardíamente la doctrina francesa; llegando posteriormente a una responsabilidad sin distinciones, por actuación de sus funcionarios como de sus órganos, cuando han actuado en infracción de un deber general de cuidado o hayan incurrido en una falta de servicio⁴.

Así han surgido distintos criterios de atribución de responsabilidad del Estado, de conformidad a su diversidad de actividades y funciones asumidas por la administración, ya sea mediante conducta ilegal del órgano incurriendo en una culpa infraccional; responsabilidad estricta por riesgo creado en virtud de leyes especiales; o por imposición desigual de cargas públicas; por culpa como una forma residual y tenemos también la responsabilidad por falta de servicio en la Administración del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, no existe una norma que defina la falta de servicio, sin embargo, conceptualmente se ha construido a través de la doctrina y la jurisprudencia.

El marco jurídico de La “Falta de Servicio” como régimen especial – distinto a las reglas comunes del Código Civil-, de responsabilidad del Estado Administrador, en nuestro ordenamiento jurídico, surge en primer lugar, a partir de disposiciones constitucionales en los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República.

4 Enrique Barros Bourie “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2020, Tomo I pp.505 y ss.

El artículo 38, inciso 2° señala: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

Luego, tenemos los artículos 4° y 42 de la Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 1° establece el ámbito de aplicación.

Su artículo 4° dispone que *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*.

Por su parte, el artículo 42, en concordancia con el artículo 4°, estatuye: *“Los órganos de Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.*

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Posteriormente, el 25 de agosto de 2004 se promulga la Ley N°19.966, que en un ámbito mucho más específico, establece un Régimen de Garantías en Salud. Este cuerpo normativo, entre otras cosas, reglamentó la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, cuyo artículo 38 dispone: *“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico establece explícitamente que los órganos de la administración del Estado son responsables por los daños que causen por falta de servicio, sin definir a la fecha en qué consiste esta falta de servicio. De conformidad a la historia de la ley, su definición podría provocar dificultades en la aplicación de la norma. Se ha considerado más conveniente

dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

El profesor José Miguel Valdivia⁵ se refiere a la definición y concepción de la **Falta de Servicio** en Chile, la que aparentemente podría surgir de la antigua Ley Orgánica de Municipalidades, entendiendo por tal, sin aludir expresamente “falta de servicio”, cuando los servicios municipales “*no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente*”, agregando que, de conformidad a la normativa, se reparaban los perjuicios que sufran uno o más usuarios de tales servicios. Agrega que tal definición ha sido acogida por la doctrina y la jurisprudencia, y para Profesor Enrique Silva se tipifica “*cuando el servicio no se presta, debiendo prestarse, o cuando otorgándose se hace de forma deficiente o tardía*”⁶.

En cuanto a su origen, el profesor Valdivia señala que surge en Francia como un “concepto funcional” para delimitar la jurisdicción entre los tribunales ordinarios, para juzgar la responsabilidad civil del funcionario público y la falta de servicio, exclusivo de la jurisdicción administrativa.

El profesor Jorge Bermúdez⁷, dentro del Capítulo XV “Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado”, se refiere a la “*Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado*”, señalando que, “*La doctrina de la responsabilidad del Estado Administrador tiene su origen en el Derecho Administrativo francés, específicamente en el conocido fallo o Arrêt Blanco (siglo XIX). Este fallo se ha convertido, para muchos, en la piedra angular del Derecho Administrativo y, obviamente, en el punto de partido de este tipo de responsabilidad, donde se distingue por primera vez entre falta personal del funcionario y falta de servicio a partir del Derecho que le es aplicable*”.

La evolución del concepto ha buscado distinguir “la falta del servicio” de “la falta personal del funcionario”, que en Chile si bien no tiene una implicancia “jurisdiccional” como en Francia, influye en la distribución de responsabilidades y régimen normativo aplicable. Cabe hacer presente

5 “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, Gaceta Jurídica N° 305, (2005) pp. 8-9.

6 Enrique Silva Cimma, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Vol. IV, El servicio público, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, página 246.

7 Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Tercera Edición, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Facultad de Derecho, Editorial Thomson Reuters, pp.610-647.

que en nuestro país no existen los tribunales contenciosos administrativos, correspondiendo en ambas situaciones, juzgar a los tribunales ordinarios de justicia, específicamente juzgados de letras en lo civil.

El profesor Osvaldo Oelckers⁸ señala: *“Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley”*. De igual modo, debe probarse el funcionamiento anormal del Estado.

Respecto a la responsabilidad del Estado en materia sanitaria consta en la discusión del proyecto de Ley AUGÉ, al interior de la Comisión de Salud del Senado, que el profesor Pedro Pierry explicó la necesidad de regular esta materia a través de normas especiales a fin de diferenciarla de las reglas generales en el ámbito de responsabilidad del Estado, refiriéndose a los artículos 4 y 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, toda vez que, estas normas muchas veces se han interpretado como un régimen de “responsabilidad objetiva”, aclarando que *“este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad”*. En relación con el proyecto, expresó que *“la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos”* (Página 549).

En definitiva, se distingue la conducta personal del funcionario público de aquella institucional, correspondiente a la administración del Estado, cuya falta de servicio se debe acreditar en un juicio civil por la parte demandante, demostrando un funcionamiento deficiente o defecto de organización del mismo, esto es, que la administración no actuó cuando debía hacerlo, actuó mal o tardíamente, y que dicho actuar generó daño. En consecuencia, no estamos frente a un régimen de responsabilidad estricta por riesgo, ni por culpa. Ahora bien, el Estado puede ejercer la acción de reembolso contra funcionarios culpables por cuya falta ha debido responder y en esta lógica no procede el cúmulo de responsabilidad del funcionario y del Estado por falta de servicio bajo los mismos presupuestos.

⁸ Dr. Osvaldo Oelckers Camus, Profesor de Derecho Administrativo, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, pp.345-352 (1998).

III.- EL CONFLICTO JURÍDICO: DELIMITACIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN SEDE SANITARIA PÚBLICA

A. Análisis de jurisprudencia, causa Rol N°57.787-2022 de la Excma. Corte Suprema

Los hechos dicen relación con una paciente de 17 años y con 34 semanas de embarazo, quien con fecha 13 de julio de 2009, a las 9.35 horas fue ingresada a un Hospital público por hipertensión. El 17 de julio de 2009 a las 12.00 horas, se le realiza examen doppler fetal, siendo diagnosticada de preeclampsia, de modo que se decide practicarle una cesárea, lo cual ocurre a las 20.53 horas, por el médico cirujano especialista en ginecología y obstetricia, naciendo dos niñas, en buenas condiciones. A las 22.30 del mismo día, se constata que su útero sangra en forma profusa y, dado que dicho sangramiento no cede, se decide operar nuevamente, a las 23.45 horas. En el postoperatorio la paciente continúa sangrando y no recupera totalmente la conciencia, decidiéndose su traslado a la UCI de otro Hospital, establecimiento al cual ingresa el 18 de julio de 2009 a las 4:02 horas, con diagnóstico de anemia aguda, shock hipovolémico, coagulopatía de consumo, falleciendo a las 06.40 horas del mismo día.

La familia de la paciente, integrada por sus padres, hermanas e hijas deducen demanda ordinaria de indemnización de perjuicios en contra del primer Hospital y del médico, en el contexto de la cesárea que derivó en una hemorragia severa que provocó su fallecimiento al día siguiente. Manifiestan que, por estos hechos, el Hospital responde por falta de servicio, al tenor de los artículos 4° y 42 de la Ley N°18.575; mientras que al médico que la atendió le asiste la responsabilidad extracontractual y, en definitiva, piden distintos montos para cada uno de ellos, por concepto de daño moral, solicitando la condena solidaria de ambos demandados.

El tribunal de primera instancia rechaza la demanda contra el médico analizando que no procede la solidaridad bajo normas de derecho administrativo ni del Código Civil para el caso en cuestión y luego agrega: *“La acción interpuesta por los actores resulta improcedente, atendido que es el Estado quien debe responder de la falta personal del funcionario, quien ha actuado en el desempeño de sus funciones como Jefe de Turno del Hospital el día 17 de julio de 2009 y, en el evento de quedar demostrada la falta que se alega, será el Hospital quien deberá responder y luego subrogarse en los derechos de las víctimas para repetir contra el funcionario”*. Agrega que lo realmente reprochable no es

la cesárea, sino el manejo posterior a ella, por no haberse agotado todas las posibilidades existentes en el Hospital, decidiendo el traslado de una paciente con compromiso de conciencia y sangramiento activo por vía vaginal, en circunstancias que había una cama disponible en la unidad de paciente crítico del mismo recinto, todo lo cual se realizó sin seguir los protocolos y sin consignar toda la información en la ficha clínica, de modo que no constaba el estado real de la paciente en ese momento.

Así las cosas, establecida la falta de servicio, el juez pondera la prueba rendida en relación con el daño moral demandado, teniendo este por acreditado respecto de cada uno de los demandantes, para luego regular su monto de manera prudencial y en distintas cantidades para cada uno de ellos.

Apelada la sentencia de primera instancia, el fallo de segunda instancia, razona respecto a la responsabilidad del médico demandado, señalando que esta se sustenta en su propia conducta culpable, admitiendo la solidaridad entre médico y Hospital de conformidad al artículo 2317 del Código Civil. Por cuanto, revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar tanto al médico como al hospital a pagar indemnización por daño moral de forma solidaria y en lo demás, confirma el fallo, con declaración que se elevan los montos concedidos por concepto de daño moral y, además, se incorpora un beneficiario que había sido omitido en la decisión primitiva.

Posteriormente, la defensa del médico deduce recurso de casación en el fondo por la infracción de los artículos 44 de la Ley N°18.575, 38 de la Ley N°19.966, 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, por cuanto, la acción deducida en contra del médico es incompatible con la entablada contra el Hospital, toda vez que, la responsabilidad extracontractual del Estado es sólo exigible al órgano y no al funcionario. En este sentido, si la falta de servicio se relaciona con una falta personal, es aquél quien puede repetir, por cuanto no existe la posibilidad de demandar directamente al médico por los perjuicios.

Con fecha 31 de mayo de 2024 la Corte Suprema acoge el recurso de casación, haciendo un extenso análisis, que lo lleva a concluir *“la demanda conjunta no ha sido admitida por nuestro ordenamiento jurídico, muy por el contrario, se regula expresamente el derecho del órgano a repetir contra el funcionario cuya actuación motivó la condena del servicio”*. En razón de lo anterior, dicta

sentencia de reemplazo, confirmando la sentencia de primera instancia, sólo en cuanto rechazó la demanda contra el médico ginecoobstetra.

B. Análisis del caso

El conflicto central de este caso giró en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de la acción de indemnización civil directa ejercida contra un funcionario público en paralelo a la acción por falta de servicio interpuesta contra el hospital público. En concreto, la familia de paciente fallecida demandó al Hospital y al médico de especialidad ginecoobstetra, quien además era médico jefe de turno al momento de los hechos, solicitando que ambos fueran condenados solidariamente al pago de indemnizaciones por daño moral.

La demanda se sustentó en una supuesta infracción a la *lex artis* por parte del médico con resultado de muerte, así como en falencias estructurales y organizativas del hospital, planteando de forma simultánea dos acciones de naturaleza jurídica distinta: la acción por falta de servicio, propia del derecho público, y la acción por cuasidelito civil, regulada por el derecho común.

Esta acumulación fue resistida desde el inicio por la defensa del médico, que alegó la improcedencia de la acción civil directa en su contra, en tanto funcionario público, y sostuvo que el único legitimado pasivo era el Servicio de Salud, conforme a la normativa vigente y a la consolidada jurisprudencia administrativa y civil sobre el punto. Esta defensa fue acogida tanto en primera instancia como por la Corte Suprema, lo que permitió eximir completamente de responsabilidad al médico, cuya defensa como ya se señaló fue elaborada y desarrollada por la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, FALMED.

C. Fundamentos jurídicos: primacía de la falta de servicio y subsidiariedad de la acción de repetición

La sentencia de reemplazo de la Corte Suprema reafirma que la responsabilidad del Estado por falta de servicio es la regla general cuando se trata de prestaciones de salud realizadas por funcionarios públicos. Este régimen jurídico especial tiene implicancias directas para la estrategia de defensa del médico:

1. La responsabilidad por falta de servicio como régimen exclusivo frente al administrado

El fallo establece que, en principio, la falta de servicio absorbe la falta personal del funcionario en la relación con el administrado. Es decir, aunque pueda eventualmente configurarse una responsabilidad personal, esta solo podrá discutirse en el marco de la acción de repetición que el Estado puede ejercer contra su funcionario, una vez indemnizado el particular.

Esta interpretación se sustenta en el artículo 44 de la Ley N° 18.575 y en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, así como en la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República, que ha sostenido que la responsabilidad personal del funcionario público es de carácter excepcional y subsidiario.

2. Imposibilidad de demanda solidaria: rechazo del artículo 2.317 del Código Civil

La Corte Suprema rechaza expresamente la tesis de la solidaridad entre el Estado y el funcionario, aclarando que el artículo 2.317 del Código Civil, que regula la solidaridad en casos de cuasidelitos cometidos por varias personas, no resulta aplicable en este contexto. Esto se debe a que las fuentes de responsabilidad del Estado (falta de servicio) y del funcionario (falta personal) son distintas y excluyentes en su ejercicio.

D. El revés en la Corte de Apelaciones:

Tras obtener una sentencia favorable en primera instancia, donde se acogió la excepción de improcedencia de la acción civil directa contra el médico demandado, la defensa enfrentó un **revés significativo** ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Este episodio, lejos de debilitar la estrategia, terminó por reforzar la necesidad de una comprensión clara y coherente del régimen de responsabilidad aplicable a los médicos que actúan como funcionarios públicos.

La parte demandante apeló de la sentencia de primera instancia, solicitando, entre otros puntos, que se **revocara el rechazo de la demanda respecto del médico demandado**. La Corte de Apelaciones, en su fallo de fecha **13 de junio de 2022**, acogió esa petición y **condenó solidariamente**

al médico junto con el Hospital al pago de \$145.000.000 más reajustes e intereses, aplicando el artículo 2.317 del Código Civil.

El fundamento central de la Corte fue que el médico, si bien funcionario público, **tenía responsabilidad personal derivada de su propia conducta culpable**, al margen de la responsabilidad institucional del hospital. En palabras del fallo:

“Ambas responsabilidades, por el contrario, pueden ser perseguidas conjuntamente, siendo en este caso la del médico demandado una directa y personal...”

Además, la Corte sostuvo que:

“...lo que hace procedente, por tanto, la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 2317 del Código Civil, sin perjuicio del derecho de repetición, en su caso, en contra del aludido funcionario.”

Este razonamiento refleja una visión muy distinta a la que posteriormente concluyó la Excelentísima Corte Suprema. En lugar de aplicar el principio de que **la falta de servicio absorbe la falta personal** en la relación con el administrado, la Corte de Apelaciones optó por **una lectura extensiva de la solidaridad**, admitiendo la posibilidad de una **coexistencia activa de ambas responsabilidades** en sede civil.

Este revés procesal **resalta la complejidad del debate jurídico** y subraya que la tesis que finalmente triunfó en la Corte Suprema no era la única presente en el proceso. Por el contrario, debió imponerse frente a un fallo adverso de segunda instancia que acogió **una interpretación alternativa**, mucho más riesgosa para los médicos del sistema público.

Así, el fallo condenatorio de la Corte de Apelaciones, aunque posteriormente revertido, **pone en perspectiva la importancia de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema**, no solo como una victoria procesal, sino como un **correctivo necesario frente a una deriva interpretativa que, de haberse mantenido, habría dejado expuestos a cientos de médicos funcionarios a demandas directas improcedentes y a condenas solidarias millonarias.**

Este episodio reafirma que, incluso cuando la defensa esté bien planteada desde el inicio, **es posible enfrentar criterios jurisdiccionales divergentes**, lo que hace aún más relevante persistir en una línea argumental sólida,

bien fundamentada y centrada en el régimen de responsabilidad pública. Porque no basta con tener la razón: **hay que defenderla con rigor hasta la última instancia.**

E. La estrategia defensiva del médico: elementos clave

El éxito de la defensa en este caso no fue casual, sino resultado de una estrategia procesal cuidadosamente diseñada. A continuación, se destacan los pilares fundamentales:

1. Planteamiento oportuno y fundado de la excepción de inadmisibilidad

Desde la contestación de la demanda, en el año 2016, se hizo valer la excepción perentoria de inadmisibilidad por acumulación de acciones incompatibles, acompañada de un razonamiento jurídico sólido sobre la improcedencia de la demanda directa contra el funcionario. Esta fue acogida por el tribunal de primera instancia y restituida por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo.

2. Acreditación del vínculo funcional

A propósito del caso en estudio, se logra advertir y destacar que uno de los elementos fundamentales en la defensa de un médico funcionario público es la **acreditación efectiva y oportuna del vínculo funcional**, esto es, demostrar que los actos cuestionados por la parte demandante fueron ejecutados **dentro del marco de sus funciones públicas**. Esta acreditación no solo sustenta el fondo de la excepción perentoria de inadmisibilidad, sino que **marca el límite entre la responsabilidad directa del Estado por falta de servicio y una eventual responsabilidad personal del funcionario**, que solo es exigible mediante la acción de repetición.

Este punto cobra especial importancia en el actual escenario de **alta litigiosidad en materia ginecoobstétrica**, donde muchas veces estamos frente a dos pacientes, una madre y su hijo, en consecuencia, los hechos son complejos, las emociones intensas y las pretensiones indemnizatorias alcanzan cifras extraordinarias. En estos juicios, la prueba no puede ser abordada como un trámite formal: debe ser cuidadosamente **planificada y construida desde el inicio**, con el objetivo claro de sostener la defensa estructural del régimen jurídico aplicable. No solo enfocarse en el cumplimiento de la *lex artis*.

En este punto, la **prueba documental**, en particular, cumple un rol esencial: la designación del médico, sus funciones específicas, sus turnos, jefaturas o adscripciones a unidades hospitalarias deben constar en el proceso, ya sea por vía de certificados administrativos, reglamentos internos o informes del Servicio de Salud. Asimismo, **las declaraciones de testigos con conocimiento directo del contexto institucional**, o bien el contenido de la propia ficha clínica, pueden ser decisivos para probar que la actuación fue institucional y no desvinculada del servicio.

Cuando esta carga probatoria se cumple adecuadamente, la **excepción de inadmisibilidad se fortalece**, permitiendo al tribunal declarar que el conflicto debe dirimirse exclusivamente con relación al órgano público, excluyendo al funcionario del juicio principal y protegiéndolo de una eventual condena solidaria improcedente.

3. Más allá de la *lex artis*: una estrategia jurídica que desactivó la acción civil

Uno de los aspectos más llamativos de este caso fue que la estrategia de defensa **no se centró exclusivamente en la discusión técnica sobre la *lex artis* médica**, como suele ocurrir en la mayoría de los juicios por presunta negligencia. Por el contrario, la línea argumental de fondo **se enfocó desde el inicio en el plano jurídico-procesal**, cuestionando directamente la **procedencia de la acción civil intentada contra el funcionario público**. Este enfoque permitió estructurar una defensa integral que no dependiera exclusivamente del resultado de las pericias o de la interpretación del estándar clínico aplicable.

Lo anterior no significa que se haya descuidado el análisis clínico o la defensa técnica del actuar médico. De hecho, se ofreció prueba suficiente para descartar una infracción a la *lex artis*. Sin embargo, lo determinante en este caso fue que **la defensa supo anticiparse estratégicamente al núcleo del conflicto**, situando el debate en el terreno del **régimen de responsabilidad aplicable**, y no en la valoración posterior del acto médico.

Este enfoque resultó particularmente eficaz en el ámbito de la salud pública, donde las decisiones médicas se adoptan dentro de una estructura institucional jerarquizada, con limitaciones materiales y organizativas que deben ser ponderadas. Al centrar la defensa en la

improcedencia de la acción civil directa, y no en la discusión probatoria sobre el desempeño médico, **se logró desactivar la pretensión de condena personal desde una perspectiva jurídica estructural.**

Finalmente, y pese a que se acreditó judicialmente la existencia de una **falta de servicio atribuible al Hospital**, estableciendo una millonaria condena, lo relevante es que **el médico defendido por FALMED fue completamente eximido de responsabilidad personal**, precisamente porque la acción deducida en su contra **resultaba jurídicamente improcedente**. Este desenlace confirma que, en determinados contextos, **la mejor defensa del acto médico es una sólida estrategia procesal** que identifique y ataque los vicios estructurales de la demanda desde su base normativa.

F. Implicancias para la defensa futura:

La sentencia de la Corte Suprema en el caso en estudio no solo resolvió correctamente una controversia jurídica fundamental, sino que abrió un **camino mucho más amplio y profundo sobre cómo enfrentar estratégicamente las demandas civiles contra médicos funcionarios públicos**. Este caso demuestra que es posible, y deseable, ir más allá de la clásica defensa centrada en la *lex artis*, y utilizar con eficacia **las herramientas del derecho público, constitucional y procesal** para desactivar, desde su origen, pretensiones indemnizatorias improcedentes.

En un contexto donde las demandas en salud pública, y particularmente en ginecología y obstetricia, son cada vez más frecuentes y cuantiosas, esta sentencia permite consolidar una **estructura de litigación defensiva**, que se viene trabajando por FALMED hace años, que prioriza la correcta identificación del régimen de responsabilidad aplicable antes de entrar a debatir el mérito clínico del actuar médico. La defensa del médico no puede limitarse a responder pericias: debe partir por **cuestionar la legitimidad procesal de la demanda**, cuando esta ha sido dirigida erróneamente contra quien, en derecho, no puede ser emplazado como responsable directo del daño.

Este enfoque requiere una defensa que sea **proactiva, técnica y estructurada desde el inicio**, y que incorpore como eje central el carácter de funcionario público del médico demandado. Así, la **excepción perentoria por**

inadmisibilidad no debe entenderse como una herramienta secundaria, sino como un **mecanismo central y estratégico** para definir el rumbo del juicio.

Entre las recomendaciones que se desprenden de este modelo de defensa, destacan:

- **Documentar tempranamente el carácter de funcionario público del médico**, su vínculo laboral y el contexto institucional en el que se desempeñaba al momento de los hechos. Esto debe constar mediante prueba documental oficial, reglamentos internos, certificados administrativos o informes del servicio.
- **Plantear oportunamente la excepción perentoria por acumulación o incompatibilidad de acciones**. Esta debe ir acompañada de un desarrollo jurídico sólido, basado en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.
- **Reforzar la improcedencia de la solidaridad** entre el Estado y el funcionario, con especial atención a la distinción entre falta de servicio y falta personal, así como a la naturaleza excluyente de los regímenes de responsabilidad.
- **Evitar que la discusión quede subordinada exclusivamente al estándar clínico o a las pericias**, lo que muchas veces conduce a un terreno incierto o emocional. La defensa debe fijar el marco jurídico desde el comienzo, delimitando el campo procesal en que se jugará el litigio.
- **Desactivar el uso del artículo 2.317 del Código Civil** en estos contextos, explicando su incompatibilidad con el régimen de responsabilidad del Estado y destacando que no existe solidaridad entre el órgano público y el funcionario en este tipo de juicios.

Esta sentencia permite afirmar que **no todo juicio por mala praxis debe resolverse en clave médica**: cuando se trata de médicos que actúan como funcionarios públicos, el enfoque debe ser, además, jurídico e institucional. Esa es la enseñanza profunda de este caso, y la hoja de ruta que debe guiar futuras defensas.

Este enfoque contrasta de forma evidente con lo ocurrido en el caso del **Hospital San Borja Arriarán (2024)**, aún pendiente de resolución en la Corte de Apelaciones, pero donde **en primera instancia se dictó una sentencia histórica en cuanto al monto**, con una condena que supera los mil

millones de pesos, incluyendo al médico como condenado solidariamente con el hospital. A diferencia del caso en análisis, en esa causa no se alegó la excepción de falta de legitimación pasiva ni se invocó el régimen especial de responsabilidad por falta de servicio, pese a que el profesional también actuaba en su calidad de funcionario público.

La diferencia no es menor: **FALMED no representó al médico en ese proceso, y ello puede explicar la omisión de una estrategia defensiva que, como demostró la Corte Suprema en el caso que nos convoca, marca la diferencia entre ser parte de la condena o ser correctamente excluido de ella.** Este contraste pone de relieve la importancia de contar con una defensa especializada, que no solo conozca el derecho médico en abstracto, sino que sepa identificar cuándo la mejor defensa, en algunas oportunidades, no está en el acto clínico, sino en el marco normativo que regula la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

La experiencia comparada entre ambos casos confirma que la correcta identificación del régimen jurídico aplicable puede ser tan decisiva como una buena pericia médica, y que una defensa jurídica bien estructurada puede evitar al médico la exposición a condenas multimillonarias que no le corresponden asumir.

En definitiva, esta jurisprudencia no solo protege al médico, sino que fortalece la institucionalidad del sistema público de salud, asegurando que el juicio civil se dirija correctamente contra quien debe responder: el Estado. Es deber de toda defensa sanitaria replicar esta estrategia donde corresponda y no permitir que los médicos sean injustamente arrastrados a posibles condenas.

IV. CONCLUSIONES

El caso en análisis representa una victoria relevante no solo para el profesional defendido, sino para la comunidad médica del sector público en su conjunto. La doctrina sentada por la Corte Suprema en este fallo no solo **blinda jurídicamente a los funcionarios frente a demandas directas indebidas**, sino que entrega a sus defensores una **hoja de ruta clara, robusta y replicable**. En un escenario donde los juicios civiles contra médicos se multiplican y donde la especialidad de ginecología y obstetricia concentra una proporción importante de los litigios más complejos, en que muchas veces las demandas incluyen al órgano de la

Administración del Estado y a todo el equipo sanitario, esta sentencia marca un antes y un después en la forma de enfrentar este tipo de procesos.

La importancia de este fallo no reside únicamente en que se haya eximido de responsabilidad al médico demandado. Lo fundamental es que la estrategia defensiva **trascendió el plano clínico para situarse en el terreno normativo e institucional**, es decir, en el análisis del régimen jurídico que realmente corresponde aplicar cuando se trata de un profesional que actúa como funcionario público. Al demostrar que el médico actuó dentro del marco de sus funciones, se logró desactivar desde la raíz la pretensión indemnizatoria directa, sin necesidad de depender del resultado de pericias ni del juicio subjetivo que pueda generarse sobre el estándar de atención médica.

Este enfoque cobra mayor relevancia si se lo contrasta con otros casos recientes, como el del **Hospital San Borja Arriarán (2024)**, donde, a pesar de tratarse de una situación similar en cuanto a contexto institucional, **no se alegó la excepción de falta de legitimación pasiva**, y el médico fue condenado solidariamente junto al hospital por un monto superior a los **mil millones de pesos**. En ese juicio, FALMED no representó al médico y el diseño defensivo adoptado no incorporó las herramientas normativas que sí se utilizaron en la defensa de FALMED. Esta diferencia no es meramente técnica: es estratégica, y puede significar la diferencia entre una absolució n total y una condena histórica.

Así, la correcta comprensión de la relación entre **falta de servicio y falta personal**, junto con la **firmeza en la defensa jurídica del carácter funcional de la actuación médica**, son elementos que deben formar parte del núcleo de toda estrategia litigiosa en sede civil cuando se defiende a un médico funcionario público. Más aún, deben ser considerados elementos fundacionales al momento de asumir la defensa, no como recursos subsidiarios o alternativos, sino como **la primera línea de respuesta procesal y sustantiva** frente a demandas que, por su configuración, son jurídicamente improcedentes.

El presente caso nos demuestra que, en tiempos de creciente judicialización de la medicina, **no basta con tener razón clínica; es necesario también tener razón jurídica, y saber hacerla valer desde el inicio del juicio y durante todo el proceso**. Cuando se defiende bien, también se puede ganar bien. Y cuando se gana con claridad, se deja una lección para todo el sistema: que el derecho también tiene un rol en proteger a quienes ejercen la medicina pública con responsabilidad, en un entorno legal cada vez más desafiante.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Barros Bourie, Enrique (2011). "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2020, Tomo I.
2. Figueroa Yáñez, Gonzalo (2014). "Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios". *Revista de Derecho Administrativo*, Universidad de Chile, N° 26, pp. 85–112.
3. Valdivia, José Miguel (2005) "Nuevas fronteras de la falta de servicio", *Gaceta Jurídica* N° 305.
4. Silva Cimma, Enrique (1996) "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", Vol. IV, El servicio público, Santiago, Editorial Jurídica.
5. Bermúdez Soto, Jorge (2022) "Derecho Administrativo General", Tercera Edición, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Facultad de Derecho, Editorial Thomson Reuters.
6. Oelckers Camus, Osvaldo, (1998) "Revista Chilena de Derecho", Número Especial.
7. Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 31 de mayo de 2024, Rol C-57.787-2022.
8. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de junio de 2022, causa Rol C-4912-2021.
9. Primera instancia, sentencia de 05 de julio 2019, causa Rol C-49-2012.

AUMENTO DE CUANTÍA EN MONTOS INDEMNIZATORIOS: ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Abogado Pedro Pablo Hansen Cruz¹

Abogada María Filipa Méndez Arroyo²

Dra. Inés Guerrero Montofré³

COMENTARIO MÉDICO

Los montos indemnizatorios en el ámbito de la responsabilidad médica se han vuelto un tema relevante en el debate jurídico reciente. Este fenómeno debe analizarse considerando que la medicina se ejerce en un contexto de incertidumbre y dentro de sistemas complejos, en los que las decisiones clínicas se adoptan sin certeza absoluta sobre sus resultados. Dichas decisiones se sustentan en conocimientos científicos, estándares técnicos vigentes y en el deber ético de actuar con diligencia, cuidado y respeto por la persona atendida. En este marco, la ocurrencia de un resultado adverso asociado a la atención de salud puede adquirir relevancia clínica y, eventualmente, jurídica.

Los eventos adversos asociados a la atención médica pueden tener consecuencias significativas en la vida del paciente y su entorno, afectando su integridad física, psíquica y social. Asimismo, pueden impactar al médico

¹ Autor: Abogado Universidad Diego Portales, año titulación 1999. Diplomado Reforma Procesal Penal Universidad Andrés Bello, 2004. Diplomado en derecho de daños en Universidad de Los Andes, 2007. Cursa Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Chile, 2012 y actualmente postula al grado de Magíster en Derecho Digital, Inteligencia Artificial y *Blockchain* en Universidad de Vitoria-Gasteiz España, 2025.

² Autora: Abogada Universidad de Concepción, año de titulación 2014. Diplomado en Responsabilidad Civil de la PUCV, 2019. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la PUCV, 2022.

³ Colaboradora: Médica cirujana de la Universidad de Chile, con trayectoria en atención primaria de salud, pediatría, medicina familiar y de urgencia, con experiencia en docencia. Participa en sociedades científicas, en el Colegio Médico de Chile, e integra el directorio de FALMED.

tratante, al equipo de salud y a la institución donde se presta la atención. En Chile, se ha observado un aumento en la cuantía de las indemnizaciones otorgadas en el ámbito de la responsabilidad médica, particularmente en su dimensión compensatoria, vinculada a la reparación de estas consecuencias. Este incremento no responde a una sola causa, sino a la concurrencia de diversos factores de carácter social, normativo y contextual.

La experiencia clínica demuestra que el sufrimiento de los pacientes y sus familias es real y diverso. Cada evento adverso, entendido como un resultado no intencional asociado a la atención de salud, presenta características propias y consecuencias distintas, lo que dificulta su comparación y estandarización. Las afectaciones que pueden derivarse de la atención médica, especialmente cuando compromete dimensiones como la dignidad, la autonomía o el proyecto de vida, no siempre pueden ser representadas de manera adecuada en términos económicos. En este sentido, el aumento de las indemnizaciones puede entenderse como un esfuerzo del sistema jurídico por reconocer la complejidad de estas situaciones mediante mecanismos de compensación económica, sin que ello excluya la necesidad de criterios claros de proporcionalidad, razonabilidad y adecuada fundamentación en su determinación.

La atención médica no constituye un acto aislado, sino un proceso que involucra a distintos profesionales, recursos disponibles, estructuras organizacionales y condiciones de trabajo. Este proceso se desarrolla dentro del marco normativo vigente en Chile, el cual regula tanto la prestación de los servicios de salud como los estándares de actuación exigibles a los profesionales. Dentro de este contexto, la relación entre el médico y el paciente ocupa un lugar central, en cuanto en ella se adoptan las decisiones relativas al cuidado del paciente. Cuando se presentan fallas en la atención o en la forma en que se desarrolla el proceso asistencial, puede producirse un evento adverso asociado a la atención médica. Estas situaciones pueden generar conflictos, aunque no explican por sí solas que un caso derive en un proceso judicial ni determinan, por sí mismas, el monto de las indemnizaciones otorgadas.

En términos generales, el aumento de las demandas y de los montos indemnizatorios en el ámbito de la responsabilidad médica se inserta en un contexto de mayor visibilidad social de los resultados adversos en salud y de ajustes en los criterios de valoración jurídica. Desde la mirada médica, este escenario refuerza la necesidad de fortalecer prácticas clínicas seguras, basadas en evidencia científica actualizada, así como de revisar de manera permanente los procesos asistenciales y organizacionales.

El aumento en la cuantía de las indemnizaciones ha tenido efectos en el ejercicio profesional, entre ellos una mayor percepción de riesgo legal. En consecuencia, el incremento de los montos indemnizatorios asociados a la responsabilidad médica debe entenderse como un fenómeno multifactorial que requiere un análisis equilibrado, resguardando tanto los derechos de los pacientes como los límites propios del ejercicio de la medicina.

Este escenario plantea el desafío de avanzar hacia criterios más claros, consistentes y debidamente fundamentados en la determinación de la responsabilidad médica y de la cuantía indemnizatoria, que permitan una adecuada protección de los derechos de los pacientes, sin desconocer los límites propios del ejercicio médico ni los riesgos inherentes a la atención de salud.

Dra. Inés Guerrero Montofré

I. INTRODUCCIÓN

Según un informe emitido por el Consejo de Defensa del Estado⁴, el Fisco habría pagado el año 2024 la cifra más alta que se ha registrado en el Sistema de Salud por concepto de indemnizaciones por supuestas negligencias médicas, otorgándose al efecto la suma de 3 mil millones de pesos. Si bien es cierto que en la alarmante cifra también se encuentran incorporados los montos pagados en virtud de acuerdos en mediación, estos corresponden a un porcentaje mínimo en consideración a aquellos pagados por condenas en juicios civiles de indemnización de perjuicios.

Si a lo anterior agregamos las sumas de dinero obtenidas en juicios civiles por prestaciones médicas en el sector privado o en que sólo hayan sido demandados y condenados los facultativos, es muy probable que nos encontremos en el momento donde se han obtenido las indemnizaciones más cuantiosas desde los inicios de la responsabilidad médica en Chile.

El presente artículo consiste en el estudio del mencionado aumento de los montos resarcitorios, considerando particularmente el análisis de tres sentencias recientes que guardan relación con la especialidad de la ginecoobstetricia.

4 González A., 14 de febrero de 2025, "Cifra histórica: Fisco pagó más de \$3 mil millones en indemnizaciones por negligencias médicas en 2024", biobiochile.cl, <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2025/02/14/cifra-historica-fisco-pago-mas-de-3-mil-millones-en-indemnizaciones-por-negligencias-medicas-en-2024.shtml>

II. NOCIONES GENERALES SOBRE INDEMNIZACIÓN EN MATERIA CIVIL MÉDICA

La indemnización en materia civil corresponde a la compensación económica por los daños o perjuicios causados por un determinado hecho, se trata de una suma de dinero otorgada al afectado de un ilícito o de un incumplimiento contractual como equivalencia de lo que habría significado el cumplimiento íntegro de la obligación. En particular, en los juicios de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica entonces, se pretende obtener una suma de dinero en compensación de los daños ocasionados en razón de una prestación médica.

En términos amplios, se ha entendido que la indemnización puede ser solicitada con dos objetivos, por una parte, podría tratarse de una indemnización con un fin resarcitorio, cuyo fin es buscar compensar a la víctima por el daño sufrido, restaurándola a su situación anterior al daño, mientras que la indemnización punitiva busca castigar al responsable por su comportamiento y disuadirlo de repetir la acción, además de servir como ejemplo para otros. La regla general es que la compensación económica sea resarcitoria.

Para que el tribunal competente ordene el pago de una indemnización, se deben acreditar en juicio los requisitos que hacen procedente la responsabilidad invocada, esto es, la acción u omisión, la culpa o dolo, el daño y la relación de causalidad entre la acción y el daño. Con respecto a este último elemento, debemos destacar que, si bien la regla general en Chile establece que todo daño ocasionado a otro debe ser reparado, para que el perjuicio acaecido sea indemnizado debe tener ciertas características, las que nos detendremos a explicar a continuación.

El concepto de daño no se encuentra definido en el Código Civil chileno, por lo que la doctrina y jurisprudencia nacional han tenido que entregarnos una noción que no ha estado exenta de discusiones y que por lo mismo ha ido evolucionando a través del tiempo. Acercándonos a una noción general, podemos afirmar que el daño es todo detrimento o menoscabo que se sufre por culpa de otro en la persona o el patrimonio.

Por aplicación de nuestro Código Civil, se ha entendido que, para que el daño sea indemnizable, este debe ser **significativo**, es decir no tratarse de meras molestias sino que de un desvío del curso normal de las cosas; debe ser **cierto**, que exista efectivamente y no sea un eventual perjuicio; debe ser **previsible**, lo que implica que se trate de aquel que un hombre prudente ha

podido anticipar o esperar razonablemente; y finalmente el daño debe tener la característica de ser **directo**, es decir que provenga directamente de la actuación del que se imputa como responsable⁵. Si bien no existe uniformidad absoluta en cuanto a la delimitación de las características recién nombradas, sí hay consenso en que el daño debe obedecer estos principios para ser resarcido.

En este sentido, tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico se ha dado lugar a la indemnización del **daño emergente**, que corresponde a la pérdida o disminución del patrimonio de la persona afectada causada directamente por el hecho que generó el daño, del **lucro cesante**, que corresponde a las ganancias que la persona afectada habría obtenido si no hubiera ocurrido el hecho dañoso y del **daño moral**, que podemos señalar de forma amplia que se refiere a la afectación, dolor, angustia o sufrimiento causado por el hecho dañoso. Este último, por su propia naturaleza, es el que mayores discusiones ha generado en materia jurisprudencial y doctrinaria, lo que ha llevado a que evolucione conceptualmente de forma constante.

A estos tipos de daños tradicionales se han incorporado otros principalmente por la jurisprudencia y por la doctrina, tales como: daños corporales, daño a la salud, perjuicio estético, perjuicio sexual, alteración del proyecto de vida, violencia ginecoobstétrica, entre muchos otros. Cada vez, las sentencias acogen indemnizaciones por clases más diversas de daño, ampliándose en consecuencia las razones para dar lugar a la indemnización de perjuicios.

III. DERECHO COMPARADO

• **FRANCIA.** La figura del Dintilhac como unificador de criterios de indemnización.

El sistema francés tiene como base a las compañías aseguradoras, en este sentido, la víctima de un daño debe hacer la correspondiente solicitud a la compañía y en caso de no haber conformidad con el monto a indemnizar, se debe recurrir a los tribunales para que sea el juez civil quien resuelva la controversia.

Antes del año 2004, la jurisprudencia francesa en esta materia era muy diversa, existiendo multiplicidad de clasificaciones de perjuicios y una disparidad

⁵ Barros Bourie, Enrique. 2018. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp 225

en los criterios de indemnización, existiendo a su vez muy poca coherencia entre los montos condenados en las diferentes Cortes de Apelaciones del país. Lo anterior ocasionó inseguridad jurídica, generándose reparaciones absolutamente diferentes dependiendo del juez que se tratara y en muchas ocasiones conllevaba una tendencia inflacionista entre magistrados y abogados de las víctimas⁶.

Sin embargo, en el año 2001 se produjo un importante cambio en la jurisprudencia, ya que la Corte Suprema Francesa (*Cour de Cassation*) declaró que un niño discapacitado podía solicitar la indemnización que surge de su propio nacimiento en estado de incapacidad, ya que se trataba de una enfermedad gestacional cuya única solución hubiera sido el aborto oportuno. Los gremios de aseguradores se opusieron férreamente a otorgar indemnizaciones en tales casos y anunciaron no desear continuar a asegurar esa especialidad médica, denunciando que “esas jurisprudencias de la Corte de Casación ponían fuera de toda asegurabilidad el diagnóstico prenatal, además de que volvían prácticamente inasegurable toda la actividad de la ecografía obstétrica, en un ambiente que de por sí ya estaba influido por importantes alzas en las primas de los seguros de responsabilidad civil de los ginecoobstetras”⁷.

Como reacción a la negativa de las aseguradoras y para que una actividad tan importante como la ginecología obstétrica no quedara desprotegida, se dictó una norma bajo la cual “nadie puede solicitar una indemnización que resulta de un daño consistente en el solo hecho de su propio nacimiento”⁸, no dando lugar a la indemnización del niño que nació con una incapacidad permanente por un deficiente diagnóstico prenatal, pero sí se concedió la indemnización a los padres por este mismo hecho.

El resultado de esta situación fue que muchas víctimas de errores de diagnóstico prenatal pudieron solicitar indemnización por el solo hecho de su nacimiento en estado de invalidez, aunque dicha protección no se convirtió en derecho vigente.

6 Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo. 2020. *Los daños corporales, estado del arte de las tendencias indemnizatorias en Francia y Colombia*, 53. Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, pp. 280.

7 Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo cit [n.3] pp. 281.

8 Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo cit [n.3] pp. 281.

Manteniéndose entonces la incerteza jurídica, el Ministerio de Justicia ordenó una comisión de estudios sobre los perjuicios corporales liderados por una profesora de la Universidad de Lyon que sirvió de base al informe judicial que establecería posteriormente don Jean–Pierre Dintilhac, presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación.

El mencionado documento, es actualmente el baremo utilizado en las liquidaciones de perjuicios corporales en Francia. En términos generales, “se realizó una clasificación de perjuicios partiendo de la identificación y distinción de tres elementos principales: las víctimas directas y las víctimas indirectas; segundo, los perjuicios patrimoniales y los perjuicios extrapatrimoniales; y finalmente, los perjuicios anteriores y posteriores a la fecha de consolidación.

Los perjuicios directos sufridos por la víctima están divididos en los perjuicios patrimoniales y los perjuicios extrapatrimoniales. A su vez ambos están divididos en temporales y permanentes. Los perjuicios patrimoniales temporales son los gastos médicos actuales, la pérdida de ingresos profesionales y los gastos varios. Los perjuicios patrimoniales permanentes son la pérdida de ingresos profesionales futuros, la incidencia profesional y los gastos médicos futuros, la asistencia por una tercera persona, los gastos de adaptación de vivienda y de vehículo, y el perjuicio escolar, universitario o de formación.

Por su lado, los perjuicios extrapatrimoniales temporales son el déficit funcional temporal, el perjuicio de sufrimiento corporal y el perjuicio estético temporal. Los perjuicios extrapatrimoniales permanentes son el déficit funcional permanente, el perjuicio de ocio, el perjuicio estético permanente, el perjuicio sexual, el perjuicio de la pérdida de perspectiva futura y los perjuicios permanentes excepcionales, reconocidos actualmente en caso de eventos terroristas”⁹.

De otra parte, “tenemos los perjuicios indirectos, sufridos por los próximos de la víctima, que pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales, dividiéndose a su vez en los perjuicios ocasionados por el deceso de la víctima directa o los que se ocasionan a pesar de la supervivencia de la víctima directa. De esta forma, los perjuicios patrimoniales indirectos, en caso de deceso de la víctima son los gastos de exequias, la pérdida de ingresos y los gastos diversos. Los perjuicios patrimoniales indirectos en caso de supervivencia de la víctima directa son la pérdida de ingresos y los gastos varios. Los perjuicios extrapatrimoniales

9 Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo cit [n.3] pp 282-283.

indirectos, en el caso del deceso de la víctima son la pérdida de compañía y el perjuicio de tristeza por la pérdida. Los perjuicios extrapatrimoniales indirectos, causados a pesar de la supervivencia de la víctima directa son el perjuicio de tristeza por la pérdida y los perjuicios extrapatrimoniales excepcionales¹⁰.

De forma más reciente, las Cortes de Apelaciones realizaron una recopilación de todas las sentencias que liquidan el monto de indemnización con el valor de reparación otorgado a las víctimas, según las circunstancias particulares de cada caso. De esta forma se estableció un referencial de perjuicios corporales basado en la nomenclatura Dintilhac que se encuentra al acceso de aseguradoras y jueces.

Así las cosas, el sistema Dintilhac, a pesar de no estar consagrado en la ley francesa y sin ser vinculante, le otorgó a la responsabilidad civil médica seguridad y certeza jurídica, favoreciendo la uniformidad en materia indemnizatoria.

• ESPAÑA. Baja judicialización por aplicación de baremo vinculante.

En el año 1995 España se convirtió en el primer país europeo en imponer un sistema de valorización de daños en el marco de la publicación de la Ley 30/95. Si bien la mencionada ley crea un baremo obligatorio en materia de accidentes de tráfico, nos sirve como referente de análisis para contrarrestarlo con el sistema de daños chileno.

El baremo recoge el principio de la reparación integral del daño y hace un desglose de la indemnización “por partidas razonadas en función del perjuicio y evitando la concesión de una cuantía global que impida su revisión y su crítica”¹¹.

El sistema de valorización establece una serie de criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización. En relación con el monto de indemnización se señala que “La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas

10 Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo cit [n.3] pp. 283-284.

11 Calvo, Eugenio Laborda, 2020, *Baremos en valoración del daño corporal Baremo español*, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (16), p. 35.

las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes”¹².

Las tablas que están comprendidas en el baremo son absolutamente pragmáticas e ilustrativas, con un sistema de puntuación objetivo y preciso. A modo de ejemplo, señalamos el caso de las indemnizaciones por lesiones permanentes, donde “la cuantía de estas indemnizaciones se fija partiendo del tipo de lesión permanente ocasionado al perjudicado desde el punto de vista físico o funcional, mediante puntos asignados a cada lesión; a tal puntuación se aplica el valor del punto en pesetas en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado e incrementado el valor del punto a medida que aumenta la puntuación; y, finalmente, sobre tal cuantía se aplican los factores de corrección en forma de porcentajes de aumento o reducción, con el fin de fijar concretamente la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados que deberá ser satisfecha, además de los gastos de asistencia médica y hospitalaria”¹³.

La cuantía de las lesiones temporales se determina por un importe diario (variable según se precise, o no, estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que se expresan en una tabla. Todas las tablas tienen una distribución anatómica, donde se asigna valor a cada parte del cuerpo, consignándose en una cantidad determinada de “secuelas”.

Si bien el baremo ha sufrido modificaciones con el paso de los años, ha mantenido su obligatoriedad, dando como resultado un sistema que da muy

12 Calvo, Eugenio Laborda, cit [n.8] pp. 36.

13 Calvo, Eugenio Laborda, cit [n.8] pp. 36.

poco espacio a la discusión judicial, ya que los montos indemnizables se encuentran establecidos con anterioridad. Desde el punto de vista de la certeza jurídica podemos decir que un baremo obligatorio es absolutamente efectivo, sin embargo, ha sido criticado por la poca flexibilidad que tiene de adaptarse a casos concretos excepcionales que podrían quedar fuera de la justicia por no estar comprendidos expresamente en él.

Como se ha dicho, el baremo fue instaurado para regularizar la responsabilidad civil en materias de accidente de tráfico, sin perjuicio de lo anterior ha sido aplicado por analogía por los jueces a otros ámbitos de la responsabilidad civil como la responsabilidad civil médica.

- **ALEMANIA.** Norma restrictiva de indemnización de daños.

En la responsabilidad civil alemana, al igual que lo que ocurre en Francia, la mayoría de los individuos poseen un seguro de responsabilidad civil (*Haftpflichtversicherung*) que es un seguro voluntario común que cubre daños, brindando protección financiera y asistencia legal en caso de reclamaciones.

El alcance de los daños se regula en particular en los artículos 249 y siguientes del Código Civil. Por lo general, el daño debe ser indemnizado íntegramente en el derecho de daños y perjuicios y de indemnización por dolor y sufrimiento. Según el artículo 253 I del BGB, sólo deben compensarse los daños materiales, es decir, sólo los bienes monetarios, pero no los daños inmateriales. El artículo 253, apartado 2 del Código Civil alemán (BGB) es una excepción importante a este principio: en caso de daños, especialmente al cuerpo y a la salud, generalmente se debe pagar una indemnización por el dolor y el sufrimiento como compensación por el daño moral. Lo anterior implica que de forma excepcional en materia médica se indemniza el daño moral.

A pesar de la inclusión de la indemnización del daño extrapatrimonial en la ley, la norma ha sido interpretada de forma muy restrictiva, no ampliándose a otro tipo de daños que no se describan específicamente en el BGB. Así, el sistema de indemnización de daños alemán es más bien de carácter restrictivo.

El sistema alemán comprende la responsabilidad en materia civil médica en una doble vía, por una parte, se comprende la falta de información y por otra el error en el tratamiento. “Es decir, se le reprocha al médico no solo no haber tratado de forma debida sino que se le imputa también que, en todo caso, no ha

informado debidamente”¹⁴. La razón la encontramos en la dificultad probatoria para el paciente en juicios indemnizatorios, que por regla general terminaban sin condena para los facultativos por falta de acreditación del nexo causal entre la acción u omisión y el daño causado. Con la incorporación de la responsabilidad por falta de información, se traslada la carga probatoria al médico, quien tendrá que acreditar la información y el consentimiento del paciente.

De esta forma, el consentimiento informado en juicios de indemnización por negligencias médicas pasa a tener un rol esencial, ya que esta será la única vía idónea para establecer la responsabilidad por falta de información. De esta forma, en Alemania, los centros médicos y profesionales de la salud, han sido meticulosos en la elaboración de los consentimientos informados, que en consecuencia son por regla general absolutamente completos y específicos.

Los requisitos relativos al alcance de la información aumentan con los riesgos relacionados con la intervención. “En primer lugar, es decisiva la gravedad de los daños que la intervención puede provocar en la manera en que el paciente continuará su vida, así como la circunstancia de que un riesgo esté entrañado específicamente a la intervención, y solo en segundo lugar lo es la frecuencia de las consecuencias que, según la experiencia, conlleva el daño. Hay que informar, también, sobre los riesgos poco frecuentes si en caso de llegar a producirse, la manera de continuar la vida del paciente resultaría gravemente afectada y si, a pesar de su poca frecuencia, son específicos de la intervención e inesperados por personas no expertas. Puede ser necesario informar incluso sobre riesgos que ocurren ‘extremadamente raras veces’ o cuando se trata de un coeficiente de riesgo a nivel de milésimas. Huelga decir que la obligación de información se refiere solo a los riesgos conocidos en el momento del tratamiento. Los riesgos generales de operación, tales como embolias, trombosis, infecciones de heridas, etc. normalmente pueden darse por conocidos”¹⁵.

En Alemania no existe un baremo que determine el monto a indemnizar, el que se determina caso a caso, sin embargo, el tener un sistema acotado de partidas indemnizables y el hecho de tener un sistema de seguros de responsabilidad civil otorgan certeza jurídica, aumentan las posibilidades de acuerdos y reducen a la postre, la judicialización en el ámbito civil.

14 Finn, Markus. 2015. *Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética*. Revista chilena de derecho privado, (25), pp 60.

15 Finn, Markus, cit [n.11] pp 61.

IV. SITUACIÓN EN CHILE

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos expuestos precedentemente, Chile tiene un sistema de indemnización de daños de carácter amplio, donde el principio fundamental es la reparación integral del daño.

Lo anterior ha causado disparidad en cuanto al tipo de daño a resarcir, ampliándose cada vez más las clases de daños que son propias de indemnización y sobre todo se produce una falta de coherencia en la cuantía asignada por los tribunales a estos daños, encontrándose sentencias que para un mismo daño asignan valores sumamente distintos. En este punto, es el daño moral el que más problemas ocasiona al momento de fijar su valoración económica.

La Ley N° 19.966 en su artículo 41 estableció que el juez fijará la indemnización por daño moral producido en contexto de una prestación médica “considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”. Si bien la norma recién citada es una guía para nuestros tribunales, resulta insuficiente para determinar con certeza la apreciación de este tipo de perjuicios, manteniéndose el histórico problema de la cuantificación del daño extrapatrimonial.

A modo ejemplar, se realizó un estudio que tomó como muestra 35 sentencias de la Corte Suprema dictadas el año 2017 en juicios civiles de indemnización de perjuicios por supuestas negligencias médicas, donde el monto de indemnización mínimo fue de \$7.000.000, mientras el máximo fue de \$520.000.000¹⁶.

En Chile se ha intentado confeccionar baremos que permitan guiar o apoyar a los jueces al momento de fijar la suma por compensación de daño moral, es así como se creó un baremo particularmente respecto a responsabilidad médica, pero su aplicación no ha sido de gran utilidad, ya que solamente se remitió a recopilar las sentencias en esta materia y a sacar un promedio de lo otorgado en ellas, sin mayor análisis objetivo y sin peritos especialistas.

El no tener parámetros objetivos para la fijación del *quantum* indemnizatorio acarrea la peligrosa aplicación de justicia material por parte de nuestros tribunales, causando la inseguridad jurídica y el aumento de judicialización.

En la actualidad y a raíz de lo anterior, hemos observado un notable aumento en los montos indemnizados, lo que analizaremos en el acápite siguiente.

16 Bravo-R, Lidia A, & Lagos-T, Denisse A. (2019). Responsabilidad Médica en Chile: Fallos de la Corte Suprema de Justicia 2017. *International journal of odontostomatology*, 13(3), 367-373.

V. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL: ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES

En esta sección se analizan tres sentencias emblemáticas que, si bien corresponden a casos no defendidos por FALMED, son un preocupante antecedente, puesto que ilustran cómo últimamente los Tribunales de Justicia han incorporado el principio de la reparación integral del daño, elevando considerablemente los montos indemnizatorios.

1. Caso “Antypas con Salazar” (*Causa Rol C-14038-2019, 26º Juzgado Civil de Santiago*)

Hechos de la demanda: Mujer embarazada de 41 semanas, ingresó al Hospital San Borja Arriarán con contracciones. Se le administró “Propess” para inducir el parto, pero sus contracciones eran escasas e irregulares, y su dilatación mínima. La paciente informó antecedentes familiares de dificultad para dilatar, pero el médico la habría tranquilizado, afirmando ser especialista. A pesar de claros signos de sufrimiento fetal y elementos clínicos que daban cuenta de un estado fetal “no tranquilizado”, no se indicó una cesárea de urgencia oportunamente, sino que por el contrario se la obligó negligentemente a pujar vía vaginal. En este sentido, a pesar de que existían claros signos de sufrimiento fetal —como desaceleración de los latidos cardíofetales y presencia de meconio en el líquido amniótico— no se practicó una cesárea de urgencia, sino que se optó por un parto vaginal con ayuda de fórceps. El resultado fue el nacimiento de una niña con encefalopatía hipóxico-isquémica grado III, quedando con ceguera, sordera, discapacidad cognitiva y motora severa, además de oxígenodependencia.

Prueba presentada: La demandante rindió prueba documental (ficha clínica, guía perinatal, sumario administrativo, peritaje médico) y testimonial. Las demandadas rindieron prueba testimonial y documental. El perito (no especialista) concluyó que el actuar del médico y la matrona fue negligente, con abandono de funciones, falta de reacción ante signos de alerta y ausencia de planificación médica.

Fundamento de la sentencia:

La sentencia se fundamenta en la responsabilidad por falta de servicio por parte de las instituciones de salud y la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia profesional de los médicos y la matrona intervinientes,

habiéndose acreditado un nexo causal entre estas conductas y los graves daños sufridos por la recién nacida, además de catalogarse como un caso de “violencia ginecoobstétrica”.

Se determinó que tanto el Hospital como el Servicio de Salud incurrieron en “*sendas omisiones, fallas y faltas de protocolos que configuraron una apreciable falta de servicio*” en las atenciones de salud prestadas a Josephine Antypas Balbi.

Un informe pericial y una auditoría médica interna constataron que “*no existió un Plan Médico de Atención*” durante la inducción y el parto, lo que se apartó de las normas y protocolos vigentes del centro asistencial. Esta falta de un plan médico fue señalada como una “situación repetida en el hospital”.

También se evidenció una “*falla en la organización del turno*”, ya que no se previó un reemplazo para el ginecoobstetra mientras realizaba otra cesárea, a pesar de que otro médico debía atender los requerimientos de las matronas.

En cuanto a la culpa o negligencia del médico y matrona el tribunal acreditó que “ambos actuaron con culpa o negligencia”, cometiendo un cuasidelito civil. Respecto del doctor se le imputó “*no observar la lex artis ad-hoc aconsejada para el caso y negarse a atender a su paciente*”.

El peritaje concluyó una “*omisión negligente de parte del médico ante la información entregada por la matrona Elizabeth Salazar*”, quien no solo respondió “despectivamente” sino que además actuó “alejado de la *lex artis* al no concurrir siquiera a evaluar el caso” de la paciente que ya estaba en “riesgo cierto de dar a luz a un Recién Nacido con Síndrome de Hipoxia e Isquemia Cerebral”.

Lo anterior implicó que el profesional “abandonó su deber de vigilancia, control y cumplimiento del protocolo de inducción, delegando la tarea en personal auxiliar y adoptando una actitud pasiva”.

Respecto de la matrona se le imputó no haber advertido de forma adecuada la “real evolución de los registros que pasaron de “categoría I a III.”

De esta forma, la sentencia estableció la “*efectividad que la recién nacida fue recibida antes del minuto de vida sin latidos, donde se le practicaron maniobras de reanimación avanzada*” y que el informe pericial fue determinante al señalar que “*la correcta interpretación de los registros fetales y la actuación a tiempo por parte del médico obstetra en extraer al feto dentro de lo recomendado (20 minutos) desde la condición de MEF III, en este caso por una Cesárea de urgencias, habría sin lugar a duda cambiado el destino al que ha sido lamentablemente sometida*”.

de por vida la afectada". Esto habría demostrado que la negligencia fue la causa directa de la encefalopatía hipóxico-isquémica grado III y las graves secuelas de la niña.

La sentencia concluyó que el conflicto se enmarca dentro de la hipótesis de "violencia ginecoobstétrica", definida por la Ley N°21.675 como "todo maltrato o agresión". Esto estaría configurado por el deficiente control de la evolución del caso, la falta de acción de la matrona para escalar la situación, y el abandono del deber de vigilancia y la negativa a atender del médico, demostrando "indolencia, falta de empatía y humanidad".

El tribunal destacó que estas circunstancias constituyen diversas formas de maltrato y negación injustificada durante la atención del parto, y que la Ley N°21.675 "relewa la importancia de apreciar las circunstancias del caso con perspectiva de género y dejar constancia de la violencia de que fue víctima la señora Antypas".

En cuanto a la condena, los demandados (Hospital, Servicio de Salud, médico y matrona) fueron condenados solidariamente a pagar las indemnizaciones por daño moral, fijándose en \$500.000.000 para la hija y \$250.000.000 para cada uno de sus padres.

Adicionalmente, se concedió una indemnización por daño emergente futuro por los gastos ya incurridos por los cuidados necesarios para Josephine Julia. Aunque los demandantes solicitaron una proyección hasta los 60 años, el tribunal no encontró prueba suficiente para esa esperanza de vida y limitó el monto a los gastos acreditados desde la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia (74 meses), resultando en la cifra de \$42.691.340.

2. Caso "Pacheco con Clínica Santa María" (Causa Rol C-5809-2005, 27° Juzgado Civil de Santiago)

Hechos de la demanda: Paciente con 25 semanas de embarazo, ingresó por urgencias con dolor y sangramiento, y se le practicó una cesárea. Desarrolló un fuerte dolor en la herida operatoria y fiebre el día siguiente. A los pocos días, presentó síntomas de un proceso séptico, como hipotensión y equimosis. El diagnóstico de su cuadro séptico y fascitis necrotizante de la pared abdominal fue tardío. Como consecuencia, se le debió realizar una histerectomía, perdiendo su capacidad reproductiva. Se alegaron malas técnicas de enfermería y deficiente aseo genital. Su hijo, Benjamín

Correa Pacheco, nació prematuro extremo (25 semanas, 945 gramos), sufrió problemas respiratorios (enfermedad de membrana hialina), neurológicos (hemorragia intracraneal grado 4, hidrocefalia, parálisis cerebral espástica), y múltiples infecciones nosocomiales (*estafilococo epidermis*, *bacteroides fragilis*). En la actualidad, requiere tratamientos y cuidados de por vida. La demanda argumentó negligencia en la prevención y manejo de infecciones intrahospitalarias y falta de protocolos adecuados.

Prueba presentada: Se rindió prueba documental, testimonial y pericial. Destacan auditorías internas, manuales de prevención de infecciones del MINSAL y peritajes médicos (fisiatra por la parte demandante, neonatólogo y ginecoobstetra por la demandada). También se realizó inspección personal del tribunal en el domicilio del menor para constatar su estado de salud.

Fundamento de la sentencia:

La sentencia determina que la Clínica demandada brindó una atención sanitaria negligente, en infracción a la *lex artis* y a otros deberes de conducta de fuente legal, reglamentaria o técnica, lo que produjo lesiones evitables provenientes de riesgos predecibles y manejables.

Esta negligencia se estableció en varios aspectos: i) La gestión de la infección intrahospitalaria: la paciente sufrió un “cuadro séptico que inició en la herida operatoria provocada por la cesárea de emergencia”. El tribunal concluyó que “Marcela Pacheco ingresó sin signos de cursar alguna infección (...) y, luego de una intervención quirúrgica, se desencadenó un complejo cuadro séptico que tuvo su origen en la herida operatoria generada con ocasión de la cesárea de emergencia ejecutada por el equipo médico de la demandada”. ii) La Falla en la prevención de infecciones: No se logró acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad y control de infecciones por parte de la Clínica, a pesar de la existencia de planes o programas. La Clínica “omitíó identificar los patógenos que produjeron la infección nosocomial”. iii) Atención al embarazo de alto riesgo y parto prematuro: La Clínica no identificó con precisión la causa del parto prematuro y no dispuso de un tratamiento especial para la paciente a pesar de ser de alto riesgo obstétrico. Hubo una “omisión de medidas de prevención” del parto prematuro, a pesar de que la madre pertenecía a la población de riesgo por antecedentes de incompetencia cervical y embarazo pretérmino anterior. iv) Omisión de medidas de neuroprotección para el recién nacido: La Clínica “omitiera dar cumplimiento a las medidas dirigidas a la protección neurológica del recién nacido” a pesar de que la administración de sulfato de

magnesio reduce la incidencia de parálisis cerebral o daño motor. Las secuelas de Benjamín Correa Pacheco “son consecuencia de haberlas padecido” debido a un “tratamiento preventivo inadecuado de las mismas y una gestión ineficiente de los riesgos inherentes a los partos prematuros”.

El tribunal desestimó informes periciales y testimonios de la demandada que calificaban la conducta de la Clínica como no culposa, porque “no pueden sustituir la calificación normativa que debe efectuar el tribunal”.

En cuanto a los daños, se concedió indemnización por daño moral, daño emergente y lucro cesante.

Para la paciente se concedió la suma total solicitada: \$300.000.000 por daño moral, \$36.000.000 por lucro cesante, y \$50.000.000 por daño emergente. El daño moral se fundamentó en el sufrimiento por la histerectomía (pérdida de la capacidad de ser madre) y el desgaste por el cuidado de un hijo discapacitado. El lucro cesante por la renuncia al trabajo para cuidar al niño.

Para el hijo, se concedió la suma total solicitada: \$300.000.000 por daño moral, \$373.144.000 por daño emergente, y \$61.200.000 por lucro cesante. El daño moral se basó en las “secuelas de magnitud, alteraciones motoras y cognitivas, altamente incapacitantes; además presenta déficit visual y auditivo”, requiriendo apoyo de por vida. El daño emergente por los “costos médicos de curación, de cuidado y de atención integral del discapacitado”. El lucro cesante por la “pérdida de ingresos” y la contribución que no podrá hacer.

Finalmente para el padre: Se concedió la suma total solicitada: \$300.000.000 por daño moral. Esto se fundamentó en el “sufrimiento personalmente experimentado o *pretium doloris*” y las “innumerables privaciones en los disfrutes de la vida o perjuicios de agrado” debido a la situación de su esposa e hijo, además de la carga de ser el “único soporte económico familiar”.

3. Caso “Ostoic con Instituto de Diagnóstico S.A.” (Causa Rol C-12528-2018, 17º Juzgado Civil de Santiago)

Hechos en la demanda: paciente, con 41 semanas de embarazo y rotura de membranas, ingresó a Clínica y tuvo que esperar 32 horas hasta el alumbramiento por cesárea, a pesar de que los protocolos ministeriales (MINSAL) indicaban la conclusión inmediata del embarazo en casos de rotura prematura de membranas en embarazos a término. Su hijo, nació

en estado crítico, sin esfuerzo respiratorio, con un Apgar de 4 al minuto. Fue reanimado e intubado, diagnosticándosele Encefalopatía Hipóxico-Isquémica grado III. Las lesiones son compatibles con un episodio agudo, no crónico. El menor desarrolló parálisis cerebral, retraso psicomotor, y trastorno de deglución. No se realizó el tratamiento de hipotermia indicado para el cuadro, ni un tratamiento adecuado para las convulsiones a tiempo.

Prueba presentada: Se acompañaron más de 120 documentos, tres peritajes rendidos por la demandante (forense, neurológico y psicológico), informes ministeriales, protocolos de atención y literatura médica. Los demandados rindieron prueba testimonial y documental.

Fundamento de la sentencia:

La sentencia (que se asemeja al caso “Pacheco con Clínica” en su condena por daño neurológico en paciente vivo) se fundamenta en la responsabilidad contractual por el incumplimiento negligente de la *lex artis* médica, lo que llevó a graves daños neurológicos irreversibles en el recién nacido, y a la consiguiente indemnización de perjuicios materiales y morales a la familia. El tribunal enfatiza la naturaleza de la obligación de medios integral del prestador de salud y la importancia de la protección del paciente.

El tribunal determinó que los demandados actuaron con negligencia al infringir la *lex artis* médica, lo que se habría centrado en la demora injustificada en la resolución del parto a pesar de la rotura prematura de membranas y la falta de progresión del trabajo de parto.

Los peritajes médicos fueron cruciales, señalando que la paciente presentaba antecedentes que indicaban la necesidad de una cesárea electiva. No se podía inducir el parto con misoprostol (contraindicado por cesárea anterior) ni oxitocina (falta de dilatación).

El tribunal concluyó que la “larga e injustificada espera para la interrupción del embarazo vía cesárea, el neonato sufrió un daño neurológico severo agudo”.

En este sentido, el Tribunal señaló y reprochó a los profesionales matrona y médico por cuanto “desoyeron aquello que su ciencia les exigía”, al escudarse en la “presunta voluntad de la parturienta de favorecer un parto por vía vaginal” a pesar que La *lex artis* imponía “medidas proactivas para resolver favorablemente el alumbramiento”. En consecuencia, incumplieron los protocolos del MINSAL al no haber interpretado correctamente los antecedentes y síntomas de la paciente, posponiendo injustificadamente la cesárea.

El tribunal concedió indemnización por daño emergente actual, daño emergente futuro, lucro cesante y daño moral, condenando “*in solidum*” al médico, matrona e institución

En cuanto al daño emergente se acreditaron \$33.719.677 por gastos ya incurridos en tratamientos y rehabilitaciones. El daño emergente futuro: Aunque los demandantes pidieron hasta los 60 años, el tribunal, aplicando las reglas de la sana crítica y la incertidumbre sobre la “esperanza de vida”, consideró una sobrevivencia de 30 años para el hijo. Se incluyó el costo de una persona para el cuidado del niño (12 horas diarias, 6 días/semana) por \$27.162.000 anuales, totalizando \$814.860.000. Se accedió solo a la mitad de las sesiones de terapia y otros tratamientos médicos/ocupacionales. Se excluyeron ítems como operaciones futuras y visitas de especialistas extranjeros por ser “montos eventuales y carentes de certidumbre”. En cuanto al lucro cesante: Se concedió la suma solicitada de \$151.704.000, correspondiente a lo que el niño dejaría de percibir por posibles remuneraciones, considerando una vida laboral de 18 a 60 años con sueldo mínimo. El tribunal consideró la “elevada probabilidad” de este lucro cesante y la excedencia del promedio de años de cotizaciones. Finalmente, en cuanto al daño moral se acogió para el hijo la suma de \$200.000.000. Se consideró que “toda su vida deberá cargar con una parálisis cerebral y las demás patologías que padece, una discapacidad del 90% y totalmente dependiente para realizar todas sus necesidades”. La “falta de comprensión o escasa conciencia de la víctima, o la dificultad para expresar aquel sus dolencias” no es un obstáculo para reconocer este daño. Por su parte para los padres \$250.000.000 para cada uno. El sufrimiento se basó en “padecer todos sus calvarios, vivenciar la condición de riesgo y daño permanente del niño, y que deberán hacerse cargo de este hasta el resto de sus días”, además de la “frustración natural de no poder ver a su hijo desarrollar una vida normal y plena” y las “innumerables privaciones y renunciaciones”.

De esta forma, podemos advertir en los fallos previamente referidos, las siguientes observaciones:

En primer lugar, todos se circunscriben dentro del contexto de una supuesta atención deficiente en el parto o neonatal que derivó en un daño neurológico severo en los recién nacidos.

En segundo lugar, los sentenciadores reconocen y aplican el principio de reparación integral abarcando daño moral, daño patrimonial (emergente y futuro), y en algunos casos, lucro cesante. En este sentido, existe un

reconocimiento de nuevas formas de daño moral, toda vez que los tribunales ya no se limitan al sufrimiento psíquico, sino que incorporan elementos como el quiebre del proyecto familiar, el dolor vicario, la frustración vital y la pérdida de expectativas de vida. Por otra parte, se admite el uso de presunciones judiciales, antecedentes de copagos de Isapre, informes sociales y simples proyecciones para calcular montos por daño emergente y lucro cesante futuros que “abultan” las partidas indemnizatorias. En concreto, podemos advertir:

- ✓ En “Antypas con Salazar”, el tribunal reconoce expresamente el principio de reparación integral, citando el artículo 41 de la Ley N°19.966 como fuente normativa para justificar el otorgamiento de indemnización por daño moral. La gravedad del daño (discapacidad múltiple, dependencia total, alteración radical del proyecto de vida de la menor y sus padres) es central para cuantificar las sumas otorgadas. La indemnización por daño emergente futuro se calcula sobre la base de la necesidad permanente de tratamientos, aunque se limita al periodo acreditado por falta de prueba de la esperanza de vida proyectada. Esta sentencia revela una tendencia a valorar el impacto global en la existencia de la víctima y sus cuidadores, y a reconocer formas de daño no tradicionales como la violencia ginecoobstétrica.
- ✓ En “Pacheco con Clínica Santa María”, la sentencia pone especial énfasis en la conexión entre el daño corporal (la histerectomía de la madre y la discapacidad del hijo) y el daño moral derivado, construyendo una narrativa sobre el sufrimiento, la pérdida de autonomía, la frustración vital y la imposibilidad de desarrollo personal y familiar. Se concede indemnización por lucro cesante a la madre (por dejar de trabajar para cuidar al hijo) y al menor (por pérdida de ingresos futuros), sustentándose en presunciones razonables sobre su vida laboral futura. Esta sentencia da cuenta de una tendencia a admitir el daño moral por empatía derivada (el dolor de ver sufrir a un ser querido), y a conceder partidas patrimoniales futuras con base en antecedentes indirectos.
- ✓ En “Ostoic con Instituto de Diagnóstico”, el tribunal fundamenta la indemnización en la relación directa entre la negligencia médica (no realizar cesárea inmediata ni aplicar tratamientos postnatales adecuados) y el resultado dañoso. El daño emergente futuro se concede mediante un cálculo objetivo de necesidades futuras (cuidados personales, terapias,

insumos), con base en una sobrevida razonablemente estimada de 30 años. Se reconoce el daño moral del menor pese a su limitada conciencia, afirmando que ello no obsta a su derecho a ser indemnizado por la privación de experiencias vitales. Se concede también daño moral a los padres por su padecimiento y afectación al proyecto familiar. A diferencia de “Pacheco con Clínica” se rechaza el lucro cesante del menor por falta de certeza en la proyección laboral de la vida del menor. Esta sentencia refuerza la tendencia hacia una cuantificación razonada y proporcionada, incluso frente a dificultades probatorias.

En tercer lugar, en las sentencias se establece la responsabilidad concurrente o “*in solidum*” entre la institución, médico y matronas, esto es, se establece la indivisibilidad de diferenciar las distintas responsabilidades y por ende todos son responsables de una obligación y el acreedor -en este caso los demandantes- pueden exigir el cumplimiento total a cualquiera de los demandados, sin importar la participación individual de cada uno. Esta obligación *in solidum* tradicionalmente es ajena a nuestro derecho, pero ha surgido por vía jurisprudencial y doctrinal y específicamente se ha generado para hacerla aplicable en aquellos casos en que no habiéndose pactado solidaridad -y en consecuencia cada una de las partes respondería en principio por su cuota o parte -obligando en este caso a todos los demandados a responder indivisiblemente por el daño pretendido, todo ello amparado en el principio *in dubio pro damnato* o *favor victimae* que mira a proteger en primer lugar los intereses del perjudicado por un daño¹⁷.

Finalmente, como observación la prueba pericial sigue siendo un elemento determinante a la hora de dictar la sentencia, salvo en “Pacheco con Clínica” que ante dos informes periciales favorables a la defensa, acogió igualmente la demanda por los argumentos antes señalados.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado, es posible afirmar que en Chile se observa actualmente una tendencia sostenida al alza en las condenas dictadas en materia de responsabilidad civil médica, tanto en la frecuencia de los fallos desfavorables como en la magnitud de los montos indemnizatorios otorgados.

¹⁷ “Obligaciones concurrentes o *in solidum*”, Pamela Mendoza Alonzo, Rev Derecho Valdivia, vol 31, N°1 julio 2018.

En efecto, los casos analizados —“Antypas con Salazar”, “Pacheco con Clínica Santa María” y “Ostoic con Instituto de Diagnóstico”— evidencian un patrón común, consistente en el reconocimiento, por parte de los tribunales, del principio de reparación integral del daño. Es importante destacar también que dichas sentencias, derivan particularmente de casos ginecoobstétricos en los que los recién nacidos sufrieron daño neurológico severo, lo que nos lleva forzosamente a suponer una mayor “sensibilidad” por parte de nuestros tribunales en esta materia.

En esta misma línea, se aprecia una evolución relevante en cuanto al enfoque probatorio adoptado por los tribunales. A diferencia de lo que ocurría en etapas anteriores, actualmente se otorga un mayor valor a presunciones judiciales razonadas, antecedentes de copago, informes sociales, proyecciones de vida útil y otros elementos indiciarios que permiten construir, de manera verosímil, el *quantum* del daño emergente futuro y del lucro cesante. Esta práctica, si bien responde a una visión protectora del interés del paciente afectado, ha contribuido inevitablemente a un incremento considerable en las sumas reconocidas judicialmente.

Por otra parte, no puede soslayarse que uno de los factores estructurales que favorecen esta tendencia es la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un Baremo obligatorio o de una guía técnica vinculante que permita uniformar los criterios de cuantificación del daño, particularmente en lo que respecta al daño moral. Se genera una marcada asimetría entre sentencias que, frente a hechos similares, asignan valores indemnizatorios profundamente disímiles, lo que incide negativamente en la certeza jurídica y en la predictibilidad del riesgo legal en el ejercicio médico.

Otros sistemas jurídicos han demostrado que estandarizar los montos indemnizatorios disminuye la judicialización, ya que, al tener una referencia cierta y probable de la cuantía que se puede lograr en juicio, se favorecen las negociaciones entre las partes y se evita el tiempo y costo de la tramitación de un juicio de lato conocimiento.

En conclusión, puede sostenerse fundadamente que en Chile se está produciendo un aumento sostenido en las condenas por negligencia médica. Esta tendencia se explica por una conjunción de factores: el reconocimiento y aplicación del principio de reparación integral en sentido amplio; la expansión conceptual de los daños indemnizables; la flexibilización en los estándares probatorios para cuantificar perjuicios futuros; la consolidación de la responsabilidad in

solidum como forma de protección a la víctima; y, sobre todo, la inexistencia de parámetros objetivos que permitan otorgar coherencia y uniformidad a las decisiones judiciales. Todo ello configura un escenario donde, sin perjuicio del legítimo derecho de los pacientes a obtener una reparación integral, se vuelve urgente avanzar hacia una mayor sistematización del sistema indemnizatorio en responsabilidad civil médica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Barros Bourie, Enrique. 2018. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
2. Tabares Cortés, Felipe y Gómez Restrepo, David Ricardo. 2020 . Los daños corporales, estado del arte de las tendencias indemnizatorias en Francia y Colombia, 53 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, pp. 275-314.
3. Calvo, Eugenio Laborda, 2020, Baremos en valoración del daño corporal Baremo español, Revista Portuguesa do Dano Corporal (16), pp 25-48.
4. Finn, Markus. 2015. *Aspectos Fundamentales de la Responsabilidad Civil Alemana en el Ámbito de la Cirugía Estética*. Revista chilena de derecho privado, (25), pp. 55-75.
5. Bravo-R, Lidia A, & Lagos-T, Denisse A. (2019). Responsabilidad Médica en Chile: Fallos de la Corte Suprema de Justicia 2017. *International journal of odontostomatology*, 13(3), pp.367-373.
6. Mendoza Alonzo, Pamela, "Obligaciones concurrentes o *in solidum*", , Rev. Derecho Valdivia, vol 31, N°1 julio 2018.

NORMAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA

Abogada Andrea Künsemüller Solé¹

Dr. Jean Pierre Frez Bustos²

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la ginecología y la obstetricia como rama del derecho médico han experimentado una importante transformación, especialmente en relación con la responsabilidad penal de los médicos. Este cambio es el resultado de una serie de factores sociales, culturales y normativas que han configurado un nuevo modo de ver el cuidado médico en circunstancias de reproducción y parto.

La violencia obstétrica, el poder de los movimientos sociales, la creciente presión de los medios de comunicación y también el activismo de los pacientes son las causas más importantes de este cambio. Estos elementos han puesto en duda el modelo biomédico convencional y han orientado la práctica de la medicina hacia el respeto y la humanización del tratamiento.

Debido a la creciente judicialización y el activismo judicial en la medicina en temas obstétricos, sumados a las recomendaciones emitidas por organizaciones internacionales, han llevado al legislador a tomar medidas en el ámbito penal que buscan tipificar nuevas figuras, así como establecer estándares más altos de diligencia en la atención ginecoobstétrica.

¹ Autora: Abogada Titulada en la Universidad Andrés Bello, en el año 2012. Diplomado en Litigación penal estratégica de la Universidad Alberto Hurtado, año 2016. Abogada integrante del equipo penal desde el año 2014, Especialista en responsabilidad penal médica.

² Colaborador: Médico, especialista en ginecología y obstetricia, Hospital de Puerto Montt. Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia. Director SOCHOG

En este escenario, regulaciones como la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, ha significado innovaciones significativas en esta área legal aumentando el alcance de los delitos penales que pueden imputarse a los proveedores de atención médica especialmente en el área de la ginecología y obstetricia.

Este capítulo analiza en términos generales las normas de responsabilidad penal en relación con la *mala praxis* médica respondida por médicos obstetras y ginecólogos en el contexto del derecho médico chileno, así como a la luz de la jurisprudencia reciente que permite interpretar y comprender el nuevo enfoque legal sobre este asunto.

DESARROLLO

1.- Normas generales de responsabilidad penal aplicables a la medicina

En Chile, la responsabilidad penal del médico se rige por los principios estructurales del derecho penal general: **tipicidad**, **antijuridicidad** y **culpabilidad**, los que deben ser analizados rigurosamente en cada caso concreto.

Desde el punto de vista subjetivo, las conductas médicas pueden ser imputadas a **título de dolo**, **dolo eventual** o **culpa**. No obstante, en el ámbito de la *praxis* médica, la **culpa penal**—ya sea por **negligencia**, **imprudencia** o **impericia**— constituye el principal fundamento de imputación. Esta culpa se configura cuando se infringe el deber objetivo de cuidado que se espera de un profesional razonablemente diligente en el ejercicio de su especialidad.

En el ordenamiento jurídico chileno, la responsabilidad penal de los médicos derivada del ejercicio de su profesión se encuentra principalmente regulada a través de los tipos penales culposos contenidos en el Código Penal. En particular, el artículo 490 se refiere a la imprudencia temeraria que resulta de un crimen o simple delito contra las personas, y el artículo 492 añade un elemento adicional de incumplimiento de normas reglamentarias a la imprudencia. Por su parte, el **artículo 491** del mismo cuerpo legal, contempla una hipótesis agravada de responsabilidad penal, al disponer

que quien por **imprudencia temeraria** ocasione lesiones graves o gravísimas será sancionado con las penas allí establecidas. Esta norma resulta especialmente relevante en contextos donde el actuar médico se aparta de forma notoria y grave del estándar mínimo exigible, pudiendo implicar una infracción más severa al deber de cuidado. En consecuencia, el Derecho Penal chileno establece un marco de reproche penal diferenciado según el grado de descuido o desprecio al riesgo demostrado por el profesional.

2.- Violencia obstétrica: Conceptualización y escenario jurídico penal actual

El concepto de violencia obstétrica ha tenido una evolución significativa, partiendo de una completa invisibilización jurídica a una construcción progresiva. La violencia obstétrica ha sido conceptualizada como *“la apropiación del cuerpo de las mujeres por parte del personal de salud mediante prácticas que de-vienen en la medicalización y patologización de sus procesos reproductivos, así como en la pérdida de autonomía que trae serias consecuencias en la calidad de vida de las mujeres”*³.

A partir de la entrada en vigencia de la **Ley N° 21.675**, publicada en el *Diario Oficial de Chile* el **14 de junio de 2024**, se establece un marco legal para **prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en razón de su género, lo que constituye un hito legislativo**, ya que aborda la violencia contra las mujeres de forma fragmentaria, estableciendo un marco legal que reconoce todas las formas de violencia de género.

A propósito de este reconocimiento, la citada ley en su artículo 6, incluye la **violencia ginecoobstetra** dentro de las nueve formas de violencia de género, junto con la física, psicológica, sexual, económica, simbólica, institucional, política y laboral. Específicamente el numeral 9 del artículo 6 refiere a la violencia obstétrica como: *“todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, preparto, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica”*. Como se ha indicado por la doctrina, *“Si bien este concepto es más amplio, ya que incluye las instancias ginecológicas y no solo las obstétricas, es relevante para efectos de construir un concepto penalmente útil, dado que se refiere a maltratos, agresiones,*

³ Salinero Rates, Stella, Año 2021. Fue un terremoto: violencia obstétrica y relatos de mujeres en Chile. Debate feminista, vol. 62.

*negaciones injustificadas y abusos, es decir, conductas que puede cometer el personal médico al atender a una mujer durante su embarazo y parto*⁴.

Uno de los cambios más significativos, introduce una categoría **penal específica que afecta directamente el ejercicio profesional del personal de salud**. En efecto se introduce una modificación al código penal incorporando al artículo que regula las circunstancias agravantes, el N° 24 que señala: *“Cometer el delito en el marco de conductas activas constitutivas de violencia ginecoobstétrica, en su calidad de trabajadores de salud pública o privada, durante la atención de la gestación, preparto, parto, postparto y aborto, en las causales establecidas en la ley en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer”*.

Cabe destacar que previo a la publicación de esta ley el ordenamiento jurídico chileno, en particular el Código Penal, no contemplaba una regulación específica respecto de los delitos cometidos en el ámbito de la ginecología y obstetricia, sino que se remitía a normas generales aplicables a todo profesional de la salud, como ocurre con el artículo 491 inciso primero del Código Penal, que sanciona a quienes causen lesiones o la muerte en el ejercicio de profesiones médicas o sanitarias infringiendo los deberes inherentes a su cargo.

En el contexto del derecho penal chileno, una agravante es una circunstancia que, concurriendo al momento de la comisión del delito o en su ejecución, permite aumentar la pena dentro del marco legal previsto para el tipo penal correspondiente. Conforme al artículo 12 del Código Penal, las agravantes deben ser expresamente establecidas por la ley y su aplicación queda sujeta a la valoración del tribunal, quien pondera su concurrencia al momento de individualizar la pena. En la práctica, cuando el tribunal reconoce la existencia de una o más agravantes, puede optar por aplicar una pena más alta dentro del rango permitido, siempre respetando los límites legales y los principios de proporcionalidad y culpabilidad. La incorporación de la agravante del N.º 24 del artículo 12 implica que, si un funcionario de la salud incurre en delitos en el marco de una atención ginecoobstétrica con manifestaciones de violencia obstétrica, el Juez estará facultado para elevar la sanción, reconociendo

⁴ Bustos Bustos, Konstanza. Año 2024. El fenómeno de la violencia obstétrica en el derecho penal chileno: construcción conceptual desde la perspectiva del género y análisis crítico de su aspecto normativo. Revista de estudios Lus Novum, Vol. XVII N° 1, página 141.

la especial gravedad que reviste este tipo de afectación a los derechos de las mujeres en contextos de vulnerabilidad.

En lo que respecta a la aplicación, en concreto, de la **agravante introducida en el artículo 12 N.º 24 del Código Penal**, se debe estar a las reglas generales de determinación de la pena contenidas en el **Título Preliminar del Libro I del Código Penal**, particularmente en los artículos 65 a 69.

Para efectos de una mejor comprensión, a continuación, se presentan algunos ejemplos prácticos que ilustran cómo podrían aplicarse estas agravantes al personal de salud, específicamente a los profesionales médicos, en la realidad judicial chilena.

Ejemplo 1: En el caso que un médico sea acusado conforme con lo dispuesto en el **artículo 490 N.º 2 del Código Penal**, que sanciona el **cuasidelito** con la pena de **reclusión menor en su grado mínimo** (esto es, de 61 a 540 días), podría ver modificada su pena si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Si en el caso concreto se le reconociera la **agravante del artículo 12 N.º 24** (comisión del delito en un contexto de violencia obstétrica) y, al mismo tiempo, se le aplicara la **atenuante de irreproachable conducta anterior**, nos encontraríamos ante una situación de **una agravante y una atenuante concurrentes**. En tal escenario, conforme a lo dispuesto en el **artículo 67 inciso final del Código Penal**, estas circunstancias se compensan entre sí y se neutralizan, lo que habilita al Juez a **recorrer libremente todo el marco penal establecido para ese delito**, es decir, **entre 61 y 540 días de reclusión**, según los criterios de prudencia y proporcionalidad que rijan en la determinación judicial de la pena.

Por el contrario, antes de la entrada en vigencia de esta ley que incorporó la citada agravante penal, bajo el mismo ejemplo, el escenario era distinto, ya que únicamente habría concurrido una atenuante (irreproachable conducta anterior) y ninguna agravante, de forma tal, que, para la determinación de la pena, la regla de determinación a aplicar por el Juez hubiese sido aquella establecida en el inciso segundo del artículo 67, es decir, aquella que se encuentre comprendida en la mitad inferior de aquella establecida por el referido artículo, esto es, entre 61 y 300 días.

Ejemplo 2: En el mismo escenario, pero en esta ocasión concurren dos circunstancias atenuantes: **irreproachable conducta anterior** y **colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos**, y una circunstancia agravante: aquella incorporada en el **artículo 12 N.º 24**. Conforme a lo dispuesto

en el **artículo 67 inciso final del Código Penal**, una de las atenuantes se **compensaría con la agravante**, y **subsistiría una atenuante no contrarrestada**, lo que habilita al tribunal a **aplicar la pena en su mínimo**, esto es, dentro del tramo inferior del grado legal, que va de **61 a 300 días de reclusión**.

En cambio, previo a la modificación, sólo hubiesen concurrido dos circunstancias atenuantes y ninguna circunstancia agravante, por lo que, el Juez, al momento de determinar la pena, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 inciso 4°, debería haber impuesto, como mínimo, una pena inferior en un grado a aquella establecida en la norma, esto es, entre 0 a 61 días.

Estos ejemplos ilustran cómo la incorporación de la **agravante del artículo 12 N° 24 del Código Penal** adquiere relevancia práctica en los procesos penales contra profesionales de la salud, particularmente en casos relacionados con violencia obstétrica. Su aplicación no solo permite **aumentar la pena dentro del marco legal cuando no hay atenuantes que la contrarresten**, sino que también influye directamente en la **determinación del tramo de pena** incluso cuando existen circunstancias atenuantes concurrentes

3.- Protocolos y su relevancia jurídico penal

En las últimas décadas, la atención ginecoobstétrica ha sido objeto de profunda revisión, especialmente en cuanto al enfoque de derechos de las mujeres, la calidad del trato durante el embarazo, parto y puerperio, y la prevención de prácticas lesivas que se engloban bajo el concepto de **violencia obstétrica**. En este contexto, **las guías clínicas y protocolos técnicos elaborados por el Ministerio de Salud de Chile (MINSAL)** han adquirido un rol fundamental como instrumentos normativos orientadores, no solo desde una perspectiva biomédica, sino también desde una óptica ética, jurídica y de derechos humanos.

Las guías clínicas del MINSAL constituyen documentos técnicos basados en evidencia científica, cuyo propósito es estandarizar la atención en salud, reducir la variabilidad clínica injustificada y elevar la calidad de las prestaciones en todos los niveles del sistema. En el caso de la atención ginecoobstétrica, estas guías abordan áreas como el control prenatal, parto, puerperio, enfermedades específicas del embarazo, cesáreas, analgesia, salud menstrual y patologías ginecológicas prevalentes como la endometriosis.

Su aplicación no solo busca garantizar la eficacia médica, sino también asegurar que la atención sea **respetuosa de la autonomía, dignidad e integridad física y psíquica de las pacientes**, con un enfoque centrado en derechos.

Aun cuando las guías clínicas del MINSAL no utilizan de forma sistemática el término “violencia obstétrica”, muchas de ellas incorporan recomendaciones cuyo objetivo es prevenir precisamente aquellas prácticas que la doctrina y los organismos internacionales identifican como constitutivas de este fenómeno.

Podemos ejemplificar aquello:

- 1) La Guía de Práctica Clínica sobre Analgesia del Parto (2019) enfatiza la importancia del consentimiento informado, la participación activa de la mujer en la elección de métodos de alivio del dolor, y el respeto de sus decisiones durante el proceso de parto.
- 2) La Norma Técnica para el Monitoreo de la Cesárea (2021) promueve una vigilancia clínica orientada a evitar cesáreas innecesarias, reconociendo el aumento de esta práctica como un problema de salud pública con componentes de medicalización excesiva.
- 3) Las Orientaciones Técnicas para la Atención Integral de la Endometriosis (2023) incorporan un enfoque de género y derechos humanos, alertando sobre las brechas históricas de diagnóstico y tratamiento que han afectado la salud integral de las mujeres.

Estos elementos permiten afirmar que las guías clínicas, aunque no utilicen expresamente la noción de violencia obstétrica, constituyen un mecanismo indirecto y eficaz de prevención de esta forma de violencia institucional, al establecer buenas prácticas clínicas basadas en el respeto a la dignidad y autonomía de la paciente.

Desde la perspectiva del **derecho penal médico**, las guías clínicas adquieren un valor adicional. Su contenido puede ser utilizado como referencia para entre otras cosas, determinar si la conducta del profesional se ajustó al **deber objetivo de cuidado** exigible según la *lex artis*, evaluar si existió una vulneración negligente de los derechos de la paciente durante la atención, así como justificar o descartar una eventual imputación penal por hechos que podrían constituir **cuasidelito** (art. 12 N° 24 del Código Penal).

En este sentido, el contenido de las guías clínicas puede ser invocado tanto por la **defensa técnica del médico** para demostrar que actuó conforme a los estándares vigentes, o bien, ser utilizados por la **parte querellante** o el **Ministerio Público**, para sustentar la existencia de una infracción a dichos estándares.

El desarrollo de estas guías no es ajeno al marco normativo internacional y nacional que protege los derechos de las mujeres en el ámbito de la salud. Documentos como la **Ley N°20.584** sobre derechos y deberes en salud, la **Ley N°21.430** sobre garantías de la niñez, y tratados como la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** y la **Convención de Belém do Pará**, han servido de base para incorporar en las guías del MINSAL principios orientados al respeto a la dignidad de la mujer en el parto, promoción del consentimiento informado en procedimientos invasivos, entre otros.

Sumado a lo ya expuesto, existen también instrumentos normativos de carácter **interno y local**, tales como los **protocolos clínicos institucionales**, **manuales de procedimiento** y **normativas técnicas de prestación de servicios** elaboradas por hospitales y clínicas. Estos documentos, aunque no tienen rango legal, desempeñan un **papel central en la estandarización de la atención médica**, y adquieren un creciente valor en los procesos judiciales donde se analiza la responsabilidad penal del personal de salud.

Desde la perspectiva del derecho penal médico, los **protocolos internos** constituyen **criterios auxiliares para la determinación del deber objetivo de cuidado** que se exige a los profesionales de la salud. Como lo ejemplificaremos más adelante su cumplimiento puede colaborar para demostrar que el médico **actuó conforme a estándares vigentes**, reforzando la tesis de que la conducta fue técnicamente adecuada y no constituyó una infracción imprudente o negligente lo que sirve como **medio de prueba documental** ante los tribunales, especialmente si se acredita su existencia, aplicación sistemática y conocimiento por parte del equipo de salud.

Por tanto, el **apego al protocolo institucional puede ser interpretado por el Juez como un elemento favorable a la defensa técnica**, particularmente en casos donde no exista consenso absoluto sobre una conducta médica específica.

La importancia del apego a los manuales y protocolos hospitalarios ha cobrado relevancia incluso para los Tribunales de Justicia al momento de conocer y resolver una investigación asociada un presunto caso de *mal praxis* médica. Lo anterior se ejemplifica con la sentencia emitida por el Juzgado de Garantía de Chillán y confirmada por la Corte de Apelaciones de la misma región en causa ROL: 6868-2013.

El caso hace referencia a una investigación por presunta *mal praxis* médica en el contexto de una cesárea llevada a cabo por un médico cirujano, con especialidad en ginecología y obstetricia en la que luego de una cesárea habría dejado alojada una compresa quirúrgica al interior del abdomen de la paciente, imputando al médico en su rol de jefe del equipo operatorio y de la cirugía, no haber hecho un control de los materiales quirúrgicos utilizados, así como advertir y contabilizar las compresas colocadas y proceder con su recuento previo al cierre del abdomen de la paciente.

Dentro de las pruebas incorporadas por la defensa, se incluyó el Manual de procedimiento Servicio de Pabellón de clínica donde ocurrieron los hechos, que detalla entre otras cosas, qué funciones cumplen cada uno de los integrantes del personal de salud que compone un pabellón quirúrgico.

Dicho manual especifica que el control y el conteo del material quirúrgico se efectúa por la arsenalera en conjunto con la pabellonera, procedimiento que se efectúa previo a dar inicio a la intervención y una vez finalizada la intervención quedando todo ello registrado en el propio protocolo operatorio.

Esta prueba documental incorporada al proceso, constituyó un **eje central en la discusión probatoria** y resultó **decisiva para sustentar la posición de la defensa del médico**, al demostrar que su actuar se ajustó a los protocolos clínicos vigentes y a la *lex artis* médica. Lo que se ejemplifica con lo señalado en el Considerando Décimo Primero de la sentencia aludida: *“Si bien es evidente que las compresas las coloca el cirujano, de acuerdo a todos los Manuales de Procedimientos que esta Juez analizó, no puede y le está absolutamente vedado y prohibido hacerse cargo del material quirúrgico, de las compresas y de su recuento...”*

“... Resulta evidente, incluso de acuerdo a las máximas de la experiencia, que quien debe vestirse esterilizado, ingresar a un pabellón esterilizado, operar esterilizado, sin perder nunca la vista el campo operatorio y totalmente concentrado en ello, asistido por una persona llamada “arsenalera”, quien está obligada a ayudarlo y contabilizar el material utilizado en la intervención, (de acuerdo a lo afirmado en

todos y cada uno de los Manuales de Procedimientos Operatorios, sin excepción), deba éste contar las compresas y el material quirúrgico, antes de ingresar a la sala donde va a operar como cirujano primero y, luego de concluida ésta, deba proceder al recuento de los materiales que él mismo utilizó en la intervención. Ello no resiste ni el más mínimo comentario”.

Prosigue en el considerando Décimo Segundo: “Que adicionalmente al Manual de Procedimientos de la Clínica Las Amapolas transcrito en el punto anterior los siguientes Manuales de Procedimiento que esta Juez analizó, vuelven a aclarar las funciones de cada interviniente al interior del pabellón. Estas confirman lo indicado en el considerando anterior, en cuanto la labor del cirujano es exclusivamente operar y no controlar, contabilizar y recontar las compresas y material quirúrgico”.

Como se puede apreciar, los protocolos clínicos internos de hospitales y clínicas constituyen una manifestación concreta del deber institucional de garantizar una atención segura y estandarizada. Su observancia no solo mejora la calidad asistencial, sino que también fortalece la posición jurídica del médico ante eventuales imputaciones penales, al permitir demostrar que su actuar se ajustó a un parámetro técnico institucionalmente definido. En un contexto judicial, su presentación oportuna y fundamentada puede marcar la diferencia entre una absolucón y una condena.

CONCLUSIÓN

La responsabilidad penal de los médicos ginecoobstetras en Chile ha experimentado una transformación histórica, marcada por factores sociales, culturales y legales que han transformado el panorama en el que se consideran los actos médicos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Más allá del nivel meramente terminológico o técnico, sin embargo, hay un cambio estructural en la forma en que el Derecho Penal ve la profesión médica en general y el mundo del médico relacionado con el parto, el embarazo y el aborto.

En primer término, el marco normativo general consagrado —compuesto por los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal— continúa siendo la base fundamental de imputación penal en casos de negligencia médica. La culpa, en sus distintas manifestaciones (negligencia, imprudencia o impericia), sigue siendo el principal criterio de imputación, debiendo examinarse a la luz del deber objetivo de cuidado y los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En este escenario, la entrada en vigor de la Ley N°21.675 que introduce la violencia ginecoobstétrica como una agravante penal (artículo 12 N° 24 del Código Penal), representa un punto de inflexión. Su implementación no solo añade algunos instrumentos para aumentar la pena aplicable a conductas que constituyen maltrato o abuso en contextos de atención ginecológica u obstétrica, sino que también ayuda a denunciar y combatir una forma particular de violencia de género que previo a la implementación de esta normativa era considerada como invisible para el derecho penal

No obstante, la noción legal de violencia obstétrica, en los términos planteados en el artículo 6 N° 9 de la ley, es particularmente amplio, incluyendo tanto conductas activas como omisiones, lo que implica un desafío interpretativo relevante para el Juez .

Este problema se profundiza aún más por la falta de regulación para establecer a qué se refiere oficialmente la ley para funcionar adecuadamente, y el hecho de generar vacíos normativos que pueden resultar en incertidumbre formal y legal. Tales normas y regulaciones no son una mera formalidad administrativa, sino medios esenciales para determinar los límites operativos de la ley y especificar los deberes particulares de los trabajadores de la salud, con el fin de descartar interpretaciones arbitrarias o desproporcionadas.

Asimismo, se ha evidenciado cómo las **guías clínicas del MINSAL** y los **protocolos internos de hospitales** y se han convertido en elementos clave no solo para homogeneizar la práctica médica, sino también para establecer el marco referencial técnico en litigios penales. Aunque no tienen fuerza de ley, su valor jurídico es creciente: constituyen prueba para determinar si el médico ha actuado guiado por la *lex artis*, y permiten al juez discernir más allá de toda duda razonable si existió o no una falta al deber de cuidado.

La observancia correcta de estas guías y protocolos—compuestos por recomendaciones sobre buenas prácticas, protección de derechos y perspectiva de género—permite constituir una **línea de defensa** en casos de imputación penal. No sólo demuestran diligencia técnica, sino también alineamiento con estándares institucionales y respeto a los derechos de las pacientes, especialmente en contextos de parto humanizado, consentimiento informado y decisiones clínicas compartidas.

En este contexto, el derecho penal se enfrenta al desafío de adaptarse a las particularidades del acto médico, sin renunciar a los principios que lo sustentan, manteniendo el respeto a los principios de legalidad evitando que

se convierta en una herramienta de control o castigo social al momento de ponderar decisiones médicas.

COMENTARIO MÉDICO FINAL

En las últimas décadas, la práctica de la ginecología y obstetricia en Chile ha experimentado un cambio paradigmático, determinado por una evolución social que exige mayor transparencia, respeto a la autonomía y humanización en la atención médica y por la creciente judicialización de los actos médicos. La promulgación de la Ley N° 21.675, que tipifica la violencia ginecoobstétrica como una agravante penal, redefine el marco jurídico en el que se ejerce nuestra especialidad, lo que obliga a una profunda reflexión desde la medicina basada en evidencia.

La atención obstétrica, por su naturaleza, se desarrolla en un contexto que abarca un continuo desde cuidados de baja complejidad hasta una atención de riesgo vital para la madre, el feto o ambos; donde las decisiones clínicas deben conjugar la premura de la urgencia, con el cumplimiento del deber ético y legal de cuidado.

Desde la perspectiva médica, esto se traduce en la obligación de cumplir con la *Lex Artis ad hoc*, entendida como el conjunto de reglas técnicas, científicas y éticas que delimitan una práctica segura y eficaz.

Para la ginecoobstetricia, la interpretación jurídica del “deber de cuidado” debe necesariamente de considerar la realidad clínica, la incertidumbre diagnóstica y la urgencia terapéutica.

La Medicina Basada en Evidencia (MBE) demuestra que ciertas prácticas tradicionalmente rutinarias deben ser reevaluadas. La episiotomía sistemática, por ejemplo, carece de sustento científico: la evidencia reciente (Cochrane, 2020) confirma que su uso restrictivo reduce el trauma perineal severo sin aumentar la morbilidad neonatal. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud y el MINSAL recomiendan modelos de parto respetado, centrados en la comunicación efectiva y la participación activa de la mujer.

En Chile, las guías del Ministerio de Salud (MINSAL) sobre analgesia del parto (2019) y monitoreo de la cesárea (2021), así como también las guías de las sociedades científicas como la Sociedad Chilena de Ginecología y Obstetricia (SOCHOG) sobre Restricción de Crecimiento Intrauterino (2025)

y Colestasia Intrahepática del Embarazo(2025), como también la Sociedad Chilena de Uroginecología y Piso Pelviano sobre Lesiones Obstétricas del esfínter anal (2025) proporcionan criterios científicos y técnicos que refuerzan el estándar de actuación médica y constituyen elementos de defensa ante un proceso penal.

El respeto por la autonomía de la paciente es un eje ético y legal. La literatura (Bohren *et al.*, *The Lancet*, 2021) aporta evidencia contundente de que la percepción de violencia obstétrica se reduce en un 40% cuando el equipo de salud mantiene una comunicación empática, proporciona información clara y solicita consentimiento en cada procedimiento. La incorporación de estos principios en la práctica diaria constituye no solo una exigencia moral, sino una estrategia preventiva de responsabilidad penal.

Estudios internacionales (BMJ, 2019) señalan que la implementación del “*Surgical Safety Checklist*” de la OMS redujo un 36% los eventos adversos graves en cirugía obstétrica. Este tipo de herramientas no solo homogeniza la atención, sino que documenta la acción médica, lo que permite demostrar diligencia ante instancias judiciales. Así, la correcta documentación en fichas clínicas, consentimientos y reportes operatorios debe entenderse como una extensión de la práctica médica basada en evidencia.

El ginecoobstetra del siglo XXI, enfrenta el doble desafío de mantener sus competencias clínicas actualizadas y el comprender el impacto legal de sus decisiones. La formación continua en bioética, derechos reproductivos y comunicación efectiva debería ser un componente esencial de la seguridad del paciente y de la protección jurídica del profesional.

Asimismo, las instituciones de salud públicas y privadas deben promover una cultura de seguridad y apoyo legal, que permita a los médicos actuar sin temor paralizante ante eventuales imputaciones.

El cumplimiento riguroso de la *lex artis*, la aplicación de guías clínicas del MINSAL y el respeto por la autonomía de la paciente constituyen hoy los pilares fundamentales para una práctica médica segura y jurídicamente defendible.

Nuestro desafío futuro radica en desarrollar un equilibrio entre la protección penal de los derechos de las pacientes y la salvaguarda del ejercicio médico. La medicina en general y la ginecología y obstetricia en particular, no pueden reducirse a un mero acto de evaluación del riesgo judicial, sino

que deben reafirmarse como un compromiso sustentado en la ciencia, la responsabilidad ética y un trato humanizado. Solo mediante una práctica profesional informada, ética y rigurosa se puede garantizar que nuestra atención sea de calidad, digna y jurídicamente protegida.

Dr. Jean Pierre Frez Bustos

Especialista en ginecología y obstetricia, Hospital de Puerto Montt

Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia

Director SOCHOG

BIBLIOGRAFÍA

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N°21.675 – Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género (2024).
2. Salinero Rates, Stella, Año 2021. Fue un terremoto: violencia obstétrica y relatos de mujeres en Chile. Debate feminista, vol. 62.
3. Bustos Bustos, Konstanza. Año 2024. *El fenómeno de la violencia obstétrica en el derecho penal chileno: construcción conceptual desde la perspectiva del género y análisis crítico de su aspecto normativo*. Revista de estudios Ius Novum, Vol. XVII N° 1.
4. Sentencia Juzgado de Garantía de Chillán, Rol 6868-2013, de fecha 16 de junio de 2017.
5. Ministerio de Salud (MINSAL). *Guía de Práctica Clínica sobre Analgesia del Parto*, año 2019.
6. Ministerio de Salud (MINSAL). *Norma Técnica para el Monitoreo de la Cesárea*, año 2021.
7. Ministerio de Salud (MINSAL). *Orientaciones Técnicas para la Atención Integral de la Endometriosis*, año 2023.
8. Ministerio de Salud de Chile. *Guía de Práctica Clínica sobre Analgesia del Parto*. MINSAL, 2019.
9. Ministerio de Salud de Chile. *Norma Técnica para el Monitoreo de la Cesárea*. MINSAL, 2021.

10. Organización Mundial de la Salud. Intrapartum Care for a Positive Childbirth Experience. Geneva: WHO, 2018.
11. Bohren M. et al. The mistreatment of women during childbirth: a multicountry analysis. The Lancet Global Health, 2021.
12. Cochrane Pregnancy and Childbirth Group. Episiotomy for vaginal birth. Cochrane Database Syst Rev. 2020.
13. FIGO (2022). Human Rights in Obstetric Care: Ethical and Legal Frameworks.
14. BMJ (2019). Effect of the WHO Surgical Safety Checklist on maternal outcomes: a systematic review.
15. Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. Guía De Actualización en Restricción de Crecimiento Fetal. SOCHOG/MINSAL.
16. Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. “Guía chilena de Diagnóstico y Manejo actualizado de Colestasia Intrahepática del Embarazo”. SOCHOG/MINSAL.
17. Sociedad Chilena de Uroginecología y Piso Pelviano. Guía Clínica Lesiones obstétricas del esfínter anal (OASIS). SODUP.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, NORMATIVA

Abogada María Loreto Bañados Arias¹

Dr. Carlos Barrera Hermosilla²

COMENTARIO MÉDICO

**Procedimiento Administrativo Sancionador:
Cervicometría y Guías Clínicas**

INTRODUCCIÓN

El tamizaje ecográfico en la obstetricia chilena

El control prenatal en Chile ha experimentado avances significativos en las últimas décadas, posicionando al país entre los de mejores indicadores de morbilidad materna y perinatal en América Latina. La Guía Perinatal 2015 del Ministerio de Salud establece un esquema de controles y ecografías que incluye, como mínimo, una ecografía en cada trimestre del embarazo. Sin embargo, existe una brecha importante entre las recomendaciones de las guías y la capacidad real de implementación en el sistema público de salud.

En el sistema público chileno, la ecografía del primer trimestre está garantizada en los centros de salud, con las limitantes respecto de profesionales

¹ Autora: Abogada Pontificia Universidad de Chile, Diplomado de Derecho Administrativo Instituto de Estudios Judiciales "Hernán Correa de la Cerda", Curso de Litigación Penal Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Colaborador: Profesor Adjunto Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, Especialista en Medicina Materno Fetal, Magíster en Educación Médica Doctorando en Ciencias de la Salud. Jefe Departamento Técnico de Evaluación de CONACEM, Artículo 44 Urgencia Maternidad Hospital Barros Luco, Médico Auditor Clínico Servicio de O&G Hospital Barros Luco. Director Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. Actualmente se desempeña como médico clínico en la Red de Salud UC- Chistus.

y recursos técnicos idóneos, mientras que las ecografías del segundo y tercer trimestre se realizan predominantemente para gestantes catalogadas como alto riesgo obstétrico en centros hospitalarios. Esta realidad genera una heterogeneidad en el acceso al tamizaje ecográfico que debe ser considerada al momento de evaluar el cumplimiento de protocolos por parte de los profesionales que trabajan en la atención primaria.

La cervicometría como herramienta de predicción

La cervicometría ecográfica transvaginal consiste en la medición de la longitud del cuello uterino como predictor de parto prematuro. Hace ya tres décadas que los primeros estudios demostraron que una longitud cervical menor al percentil 50 a las 30 semanas de gestación se asociaba a un riesgo 3,7 veces mayor de parto prematuro. Desde entonces, múltiples investigaciones han confirmado que mientras más corto es el cuello uterino, mayor es el riesgo de parto anticipado.

Sin embargo, la capacidad predictiva de la cervicometría presenta importantes variaciones según la población estudiada y el contexto clínico. Diversos metaanálisis han encontrado una alta variabilidad en la sensibilidad y especificidad del método. Por ejemplo, utilizando un punto de corte de 25 mm para predecir parto antes de las 32 semanas, los estudios reportan:

- Sensibilidad: entre 19% y 69%, dependiendo del estudio y la población.
- Especificidad: entre 80% y 99%, generalmente alta.
- Valor predictivo negativo: entre 86% y 96%, su principal fortaleza clínica.
- Valor predictivo positivo: entre 22% y 83%, altamente variable según la prevalencia de la condición.

Estos datos evidencian que la cervicometría, aunque útil, no constituye un test diagnóstico perfecto. Su principal valor radica en su alto valor predictivo negativo: cuando el cérvix mide más de 25-30 mm, la probabilidad de parto prematuro en los próximos 7 días es muy baja (alrededor del 1%). Por el contrario, su sensibilidad limitada implica que una proporción significativa de mujeres que tendrán parto prematuro no serán identificadas por este método.

Las guías clínicas y su naturaleza jurídica

Las Guías de Práctica Clínica (GPC) son documentos que ofrecen **recomendaciones** para mejorar la atención de los pacientes, basadas en una revisión sistemática de la evidencia y en la evaluación de los riesgos y beneficios de las opciones alternativas. Es fundamental comprender que las guías contienen recomendaciones, no mandatos absolutos ni obligaciones legales *per se*.

El sistema GRADE (*Grading of Recommendations Assessment, Development and Evaluation*), utilizado internacionalmente y adoptado por el Ministerio de Salud de Chile para la elaboración de guías, clasifica las recomendaciones según su fuerza en:

1. **Recomendaciones fuertes:** expresadas con términos como “se recomienda” o “se debe”, indican alta confianza en que los beneficios superan claramente los riesgos. La mayoría de los pacientes debería recibir esta intervención.
2. **Recomendaciones débiles (condicionales):** expresadas con términos como “se sugiere” o “se podría”, indican incertidumbre apreciable. La decisión debe individualizarse según las circunstancias del paciente, los valores, preferencias y recursos disponibles.

Resulta crucial destacar que las implicaciones de una recomendación débil para los profesionales clínicos son diferentes de las de una recomendación fuerte: mientras que una recomendación fuerte implica que la mayoría de los pacientes debería recibir la intervención, una recomendación débil reconoce que diferentes opciones son apropiadas para distintos pacientes, y que el clínico debe ayudar a cada paciente a tomar una decisión consistente con sus circunstancias particulares.

El desfase entre las guías vigentes y la evidencia actual

Un aspecto crítico que debe considerarse es la temporalidad de las guías clínicas. La Guía Perinatal 2015 y la Guía GES de Prevención de Parto Prematuro 2010 constituyen los documentos de referencia vigentes en Chile. Sin embargo, la medicina basada en evidencia avanza continuamente, y estas guías reflejan el estado del conocimiento de hace una década o más.

A modo de ejemplo, las recomendaciones actualizadas del MINSAL sobre prevención del parto prematuro (disponibles en DIPRECE) utilizan el término “SUGIERE” para la cervicometría: “*En embarazadas de 20+0 a 24+6*

semanas de edad gestacional, el Ministerio de Salud SUGIERE USAR cervicometría por sobre no utilizarla". El uso del verbo "sugiere" (y no "recomienda") indica explícitamente que se trata de una recomendación condicional o débil, no de una obligación.

Esta distinción terminológica no es trivial. Refleja el reconocimiento por parte del panel de expertos de que:

- El balance beneficio-riesgo no está claramente inclinado hacia la intervención en todos los casos.
- Existe incertidumbre sobre la magnitud de los beneficios en poblaciones de bajo riesgo.
- Los valores y preferencias de las pacientes pueden variar.
- La disponibilidad de recursos y las condiciones locales influyen en la factibilidad de implementación.

Condiciones para la realización de la cervicometría

La cervicometría transvaginal requiere condiciones específicas para su adecuada realización. Se trata de un examen que implica la introducción de un transductor endocavitario, lo que requiere:

- Espacio físico adecuado que garantice la privacidad de la paciente.
- Área de vestidor o espacio habilitado para el cambio de ropa.
- Equipamiento ecográfico con transductor transvaginal disponible.
- Tiempo de consulta suficiente para realizar el procedimiento.
- Operador capacitado en la técnica de medición.

La Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes establece en su artículo 5 que las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso, y que los prestadores deben "respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud". Realizar un examen transvaginal sin las condiciones de infraestructura adecuadas podría constituir una vulneración de este derecho.

El registro clínico: obligación legal y herramienta de defensa

El registro clínico constituye una obligación legal claramente establecida. La Ley N° 20.584 define la ficha clínica 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”. El Decreto 41 del MINSAL reglamenta específicamente los contenidos y características de este registro.

La ficha clínica tiene múltiples valores:

- **Valor asistencial:** permite la continuidad de la atención y la comunicación entre profesionales.
- **Valor institucional:** registra las acciones realizadas y el avance del tratamiento.
- **Valor investigativo:** permite resolver problemas de salud con metodología científica.
- **Valor médico-legal:** constituye el documento fundamental de defensa del médico ante los tribunales.

Desde la perspectiva médico-legal, existe un aforismo que los profesionales de salud deben tener presente: “lo que no está registrado, no está hecho”. La ficha clínica no solo documenta las acciones realizadas, sino también las decisiones tomadas, las razones que las fundamentaron, y las limitaciones o circunstancias que condicionaron la atención. Un registro adecuado puede ser la diferencia entre una defensa exitosa y una condena en un proceso de responsabilidad profesional.

MARCO INICIAL

Los médicos que ejercen sus funciones en el sistema público y tienen la calidad de funcionarios públicos están sujetos al cumplimiento de las obligaciones que emanan de dicho cargo. Por tanto, en el ejercicio de su función pueden producirse situaciones médico-legales que deben ser investigadas a través de un procedimiento administrativo sancionador regido por diversas normativas, siendo las más relevantes la Ley N° 19.880, Ley N° 18.834, la Ley N° 18.883 y la Ley N° 18.575.

Los procedimientos administrativos se encuentran regulados en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

A su vez, el inciso primero del artículo 18 de la citada ley entrega el concepto de procedimiento administrativo, entendiendo por tal como una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.

Este capítulo tiene por finalidad ilustrar los procedimientos administrativos sancionatorios utilizados por las instituciones públicas de salud al momento de analizar un evento sanitario. A su vez, a lo largo de la exposición ejemplificaremos con un caso específico para las distintas etapas de un procedimiento y la forma en la que representamos la defensa de un ginecoobstetra.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad en un sentido amplio, consiste en el hecho de que una persona deba soportar las consecuencias que se deriven de su conducta, entendiendo que para que exista es necesario que concurren dos clases de elementos, objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos se entienden como la conducta o comportamiento de un ser humano que puede traducirse en acción u omisión; la contravención formal de una norma. Por su parte, los elementos subjetivos lo que significa que la persona haya actuado con la intención de procurar alguna consecuencia determinada, o que no haya tenido la debida diligencia o cuidado para evitar las consecuencias lesivas de su actuar.

Para nuestro capítulo, es importante explicar dos conceptos relevantes, tales como la culpa, que la entenderemos como el hecho de no comportarse como lo habría hecho un médico promedio, en las mismas circunstancias, informado y en la misma época en la que ocurrieron los hechos investigados y el concepto de *lex artis* médica como “aquella práctica médica generalmente aceptada, en un tiempo y lugar determinados, para un paciente en concreto” (Bello, 2021, p.36).

Tratándose de los funcionarios públicos, el artículo 119 de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo o el artículo 118 de la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales señalan:

“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.

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, cuyos procedimientos deberán sujetarse a los principios de confidencialidad, imparcialidad, celeridad y perspectiva de género.”

En consecuencia, los médicos que detentan la calidad de funcionarios públicos no solo están sujetos al cumplimiento de la *Lex Artis* médica al momento de realizar un acto sanitario, sino que siempre deben cumplir los deberes y obligaciones impuestas por el Estatuto Administrativo correspondiente, además de los protocolos de la Institución donde ejerzan sus funciones, las normas técnicas y los decretos instruidos por el Minsal.

En este contexto, si ocurre un hecho que pueda acarrear una responsabilidad administrativa, existe la obligación por parte de la administración del Estado de investigar los hechos para determinar si existió un incumplimiento de deberes u obligaciones y en el caso de comprobarse el incumplimiento y la responsabilidad del funcionario, aplicar la sanción correspondiente.

PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR QUE DEBE OBSERVAR EL FISCAL INSTRUCTOR DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO:

- 1.- **Legalidad:** Deber de respetar todo el ordenamiento jurídico y las normas de procedimiento sumarial.
- 2.- **Discreción:** Deber de actuar con prudencia y confidencialidad, resguardando el carácter reservado del proceso, manteniendo el secreto hasta la formulación de cargos al inculpado.
- 3.- **Rapidez:** Deber de actuar con diligencia.
- 4.- **Imparcialidad:** Deber de asegurar una actuación objetiva frente a los hechos investigados.
- 5.- **Precisión:** Deber de redactar resoluciones e informes que faciliten la comprensión del asunto.

ANÁLISIS DEL FISCAL

El fiscal instructor debe ponderar las conductas específicas de los inculpados y en el evento que proceda, debe establecer cuáles son las conductas que infringieron la norma.

El análisis debe realizarse en forma completa, examinando cada elemento que existía al momento de la ejecución u omisión del acto investigado.

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: INVESTIGACIÓN SUMARIA Y SUMARIO ADMINISTRATIVO

1.- Investigación sumaria:

Se entiende como un conjunto de actuaciones fundamentalmente verbales a cargo de un instructor, denominado Fiscal que está destinado a establecer la efectividad de los hechos y determinar la participación del o los funcionarios, precisando la responsabilidad correspondiente. Se instruyen en los casos en que los hechos son de menor gravedad, por lo que no corresponde aplicar la sanción de destitución.

Características de la investigación sumaria: Conforme a lo señalado en el artículo 126 de la Ley N° 18.834 o el 124 de la Ley N° 18.883 según el caso.

- 1.- Simplificada y rápida: A diferencia del sumario administrativo, la investigación sumaria tiene un procedimiento más ágil y está diseñada para resolver hechos menores. Es un procedimiento verbal, se debe levantar acta de lo obrado. Si los hechos son graves, la investigación sumaria puede derivar en la apertura de un sumario administrativo.
- 2.- Objetivo: Verificar la existencia de los hechos y la individualización y participación del o los responsables. Si se concluye que los hechos son de mayor gravedad, se debe poner término al procedimiento y se dispondrá que la investigación continúe mediante un sumario administrativo.
3. Inicio: La investigación sumaria se inicia por orden de la autoridad competente, y se designa a un funcionario, quien actuará como investigador.

4.- Procedimiento:

4.1.- Designación del fiscal: Un funcionario es encargado de realizar la investigación.

4.2.- Recopilación de antecedentes: El investigador toma declaraciones y levantará un acta de lo obrado, tiene amplias facultades para investigar, se deben agregar todos los documentos probatorios recopilados. La investigación no puede exceder de un plazo de 5 días.

Las notificaciones realizadas durante la investigación sumaria deben hacerse personalmente y los plazos que otorga la ley son de días hábiles, es decir, de lunes a viernes.

4.3.- Formulación de cargos: Es un acto administrativo emanado por el fiscal investigador en donde se señalan de forma concreta y precisa los hechos que transgreden los deberes u obligaciones funcionarias. El inculcado tendrá un plazo de 2 días para presentar sus descargos y en el evento que se solicite un término probatorio, no podrá exceder de 3 días.

4.4.- Vista del fiscal: Una vez presentados los descargos o vencido los plazos del término probatorio, el investigador realiza un informe haciendo mención a los antecedentes recabados y los descargos presentados, señalando las conclusiones arribadas y el fundamento de ellas, formulando la proposición que estime pertinente en consideración a su análisis y conclusiones. Se puede proponer el sobreseimiento o una sanción al funcionario involucrado y, si es el caso por ser los hechos de mayor gravedad, sugerir la apertura de un Sumario Administrativo. El fiscal deberá emitir en el informe en un plazo de 2 días.

4.5.- Como resultado de una investigación sumaria, no puede aplicarse la sanción de destitución.

4.6.- La autoridad que ordenó la investigación sumaria dictará en el plazo de 2 días la respectiva resolución. La cual podrá ser recurrida de reposición y apelación en subsidio ante el jefe superior de la Institución. El plazo para presentar el recurso es de 2 días. El plazo para resolver la reposición o el recurso de apelación, cuando corresponda es de 2 días.

4.7.- De acuerdo a lo señalado en el artículo 128 de la Ley N° 18.834 o al 125 de la Ley N° 18.883, según el caso, si en el transcurso de la investigación se constata que los hechos revisten mayor gravedad, se debe poner término a la investigación sumaria y se dispondrá por la autoridad competente que la investigación prosiga mediante un Sumario Administrativo.

2.- Sumario administrativo:

Es un procedimiento administrativo formal cuya finalidad es resolver si los hechos sujetos a investigación son constitutivos de infracción administrativa, y determinar la participación y responsabilidad de los funcionarios involucrados, aplicando la sanción correspondiente.

Caso en comento:

Una paciente embarazada presentó un reclamo en contra de un médico que trabaja en un Cesfam por no haberle practicado una cervicometría a las 21 semanas de gestación.

La paciente presentó el reclamo debido a que días después de la ecografía realizada por el médico en el Cesfam, ingresó de urgencia a un hospital con síntomas de pérdida. En la atención de urgencia revisaron los antecedentes clínicos incluida la ecografía y constataron que no se había realizado cervicometría.

Se instruyó la realización de una investigación sumaria en cuya sustanciación se determinó que los hechos revestían mayor gravedad por lo que se cerró la investigación y se ordenó instruir un sumario administrativo debido a que durante la investigación se revisaron las fichas de las pacientes evaluadas por el médico en el Cesfam, advirtiendo que no existían registros de la realización de las cervicometrías indicadas por la Guía Clínica ni de los factores de riesgo de las pacientes en cada una de las fichas clínicas.

Características del sumario:

- 1.- **Objetivo:** Investigar la posible falta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Busca esclarecer los hechos y determinar responsabilidades en el caso que corresponda.
- 2.- **Inicio:** Puede iniciar de oficio por la autoridad competente o a solicitud de un superior jerárquico cuando se sospecha que ha existido un

incumplimiento de deberes u obligaciones por parte de un funcionario público.

3.- Procedimiento: Conforme a lo señalado en los artículos 129, 130, 132, 133 y 134 de la Ley N° 18.834 o los artículos 127, 128, 129, 130 de la Ley N° 18.883 según el caso.

3.1.- Designación de fiscal: La resolución que ordena la instrucción del sumario dispondrá la designación del fiscal instructor, quien deberá tener igual o mayor jerarquía que el funcionario involucrado en los hechos investigados.

3.2.- Designación de actuario: Una vez notificada la resolución de designación de fiscal, deberá designar a un funcionario como actuario, quien tendrá la calidad de ministro de fe y certificará todas las actuaciones del sumario.

3.3.- Causales de implicancia:

El fiscal o el actuario podrán declararse implicados por alguna de las causales de recusación señaladas en el artículo 133 del Estatuto Administrativo o del artículo 131 de la Ley N° 18.883 según el caso, o por algún otro hecho que le reste imparcialidad en la sustanciación del sumario, cuestión que será resuelta por la autoridad que ordenó la instrucción del sumario en el caso de la implicancia del fiscal, y en el caso del actuario, será resuelto por el fiscal.

3.4.- Causales de recusación:

- 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 funcionarios investigados.
- c) Tener parentesco de consanguineidad hasta el tercer grado y de afinidad hasta el segundo grado inclusive.

Una vez formulada la recusación, el fiscal o el actuario según corresponda dejará de intervenir, a menos que la diligencia no pueda paralizarse sin comprometer el éxito de la investigación.

3.5.- Ritualidad: El sumario deberá ser foliado en letras y números, diligencias y declaraciones, en el orden en el que vayan sucediendo.

Toda actuación debe llevar la firma del fiscal y del actuario.

- 3.6.- Notificaciones: Deben realizarse personalmente, si el funcionario no fuere habido por 2 días consecutivos, se le notificará por carta certificada.

Una vez notificado un funcionario citado de declarar por primera vez en el sumario en calidad de inculpado, tendrá un plazo de 2 días para formular las causales de implicancia o recusación en contra del fiscal o del actuario.

- 3.7.- Facultades: Conforme al artículo 135 y 136 de la Ley N° 18.834, o artículo 133 y 134 de la Ley N° 18.884 según el caso, el fiscal tendrá amplias facultades para realizar la investigación, y los funcionarios están obligados a colaborar. “ Sobre el particular, es útil recordar que el artículo 135, inciso primero, de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, establece que el fiscal de un proceso disciplinario tendrá amplias facultades para realizar la investigación, entendiéndose que ello implica realizar las actuaciones que estime necesarias para su éxito, según lo expuesto en el dictamen N° 72.984, de 2016, de este origen.”(Contraloría General de la República, 2020, Dictamen N° 7.816).

Durante el curso del sumario y, como medida preventiva, el fiscal podrá suspender de sus funciones o destinar transitoriamente a otro cargo dentro de la misma institución y ciudad al o los inculpados. Las medidas adoptadas estarán vigentes por el tiempo que dure el procedimiento.

La investigación deberá realizarse en un plazo de 20 días. Ahora bien, de existir diligencias pendientes, se podrá solicitar prórroga hasta completar 60 días.

- 3.8.- Cierre de sumario: De acuerdo a lo estipulado en el artículo 137 de la Ley N° 18.834 o el artículo 135 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, una vez concluida la investigación, el fiscal puede proponer el sobreseimiento, deberá enviar los antecedentes al Jefe Superior de la Institución, quien estará facultado para aprobar o rechazar la proposición. Si la rechaza, dispondrá que se complete la investigación en un plazo de 5 días.

Si el fiscal estima que en la investigación se evidencia una

infracción a un deber funcionario, debe proceder a la formulación de cargos.

- 3.9.- Formulación de cargos: Es un acto administrativo emanado del Fiscal, en el que se señalan los hechos concretos que implican infracción de deberes u obligaciones funcionarias. La resolución debe contener la individualización del funcionario inculcado, una descripción clara de la conducta que se estima infringió un deber funcionario y la indicación de las normativas infringidas con la acción u omisión del funcionario. “En este sentido, debe recordarse que la reiterada jurisprudencia administrativa de este Ente Contralor, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 26.917 y 50.898, ambos de 2006, expresa que en los procedimientos sancionatorios los cargos deben indicarse en forma concreta, explicitando claramente la actuación anómala o los hechos constitutivos de la o las infracciones en que ha incurrido el afectado, lo contrario le impide a aquél ejercer adecuadamente su derecho a defensa.” (Contraloría General de la República, 2009, Dictamen N°49.341).

Conforme a lo señalado en el artículo 138 de la Ley N° 18.834 o el artículo 136 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, el inculcado tendrá un plazo de 5 días para presentar sus descargos, los que pueden ser prorrogados por otros 5 días siempre y cuando la solicitud de prórroga se realice antes del vencimiento del plazo. En este momento, el sumario deja de ser secreto para el inculcado.

En los descargos, el funcionario hace uso de su derecho a defensa, lo que implica que el funcionario debe tener conocimiento del expediente y obtener copias de los documentos que rolan en autos. “En este orden de ideas, los aludidos dictámenes precisan que el derecho a conocer los antecedentes del respectivo proceso administrativo disciplinario, significa otorgarles al inculcado o a su abogado las facilidades necesarias para ello y, además, proporcionarles a sus expensas, copias de los documentos o piezas del proceso; siempre que, en tales procedimientos se haya puesto término a la fase indagatoria, lo que ocurre, tal como se anotó, desde la fecha de formulación de los cargos, condición que, en la especie, ya se cumplió, según aparece de los documentos tenidos a la vista.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, esta Contraloría General debe informar que procede proporcionar al ocurrente -inculcado en el proceso-, copias de las piezas o documentos del respectivo sumario que, para los efectos

de garantizar un pleno ejercicio de su derecho a defensa jurídica, aquel solicite.” (Contraloría General de la República, 2007, Dictamen N°15.643).

Las alegaciones de descargo, tienen por objeto desvirtuar o atenuar la gravedad de la conducta que se le inculpa, pudiendo acompañar todos los antecedentes que estime convenientes en apoyo a su defensa. Asimismo, puede solicitar diligencias probatorias, para lo cual podrá pedir la apertura de un período probatorio, el que no podrá exceder de 20 días.

Caso en comento:

El cargo formulado al ginecoobstetra tiene como fundamento haber incumplido gravemente sus funciones conforme a lo dispuesto en el artículo 48 letra B de la Ley N° 19.378 al haber realizado procedimientos ecográficos incompletos y ajustados a la normativa vigente, Guía Perinatal del MINSAL, falta de registros en ficha clínica, incumplimiento de decreto 41 que aprueba reglamento sobre fichas clínicas y falta de resguardo de información sensible, infracción a la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.

Se presentaron los descargos en tiempo y forma haciendo presente lo siguiente:

- 1.- La Guía Perinatal en la semana 20 y 24 de gestación indica la realización de cervicometría solamente según disponibilidad del establecimiento de salud. La Guía Clínica 2010 de Prevención de Parto Prematuro en la recomendación entre la semana 22 y 24 respecto a la cervicometría está catalogado como recomendación de grado B.
- 2.- En el expediente sumarial el fiscal agregó fotos del box de atención y de sus características, constatando la falta de espacio habilitado como vestidor dentro del box. Debido a esto, se argumentó falta de infraestructura adecuada para la realización del examen, falta de condiciones básicas de resguardo de la intimidad de una paciente, infracción a la letra c) del artículo 5 de la Ley N° 20.584, artículo 5°.- En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En consecuencia, los prestadores deberán: Letra c) respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud.
- 3.- Respecto al cumplimiento del decreto 41 y resguardo de los datos sensibles, la información se completa en base a la ficha clínica que tiene el propio establecimiento, y el resguardo de la información

corresponde a la Institución, la que debe proveer de los mecanismos de seguridad adecuados y en el caso en comento no existían tales medidas de seguridad, lo que no es responsabilidad del ginecoobstetra, quien además había solicitado mejoras a ese respecto.

- 4.- Se acompañó literatura relativa a la naturaleza de las guías y se solicitó la realización de un informe médico referente al cumplimiento de protocolos.
 - 4.1.- Vista del Fiscal: Conforme al artículo 139 de la Ley N° 18.834 o el artículo 137 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, es un documento que emana del fiscal, que debe contener:
 - a.- Individualización de los inculpados.
 - b.- Relación de los hechos investigados y la forma como se llegó a comprobar.
 - c.- Indicar la participación y el grado de culpabilidad que le corresponda a los sumariados.
 - d.- Indicar las circunstancias atenuantes o agravantes.
 - e.- Indicar la proposición de absolución o la proposición de la medida disciplinaria que deba aplicarse. “En relación con la materia, cumple este Organismo Fiscalizador con manifestar, en primer término, que la potestad sancionatoria está radicada en la autoridad administrativa y no en el fiscal sumariante, quien en su vista o informe efectúa una proposición de sanción, susceptible de ser modificada por la superioridad del respectivo servicio, en base a un criterio de racionalidad, esto es, que la sanción impuesta sea proporcionada a la gravedad de la falta que se imputa.” (Contraloría General de la República, 2000, Dictamen N°13.338).

Caso en comento:

El dictamen del fiscal descarta los argumentos esgrimidos en los descargos presentados argumentando lo siguiente:

- 1.- Es incorrecto lo señalado por la Guía Clínica Ges 2010 de Prevención de Parto Prematuro en lo referente a que el examen es recomendación tipo B, hace referencia al Manual Metodológico Desarrollo de Guías de Práctica clínica DIPRECE MINSAL de septiembre de 2014 que califican

las recomendaciones en dos tipos, las fuertes y las débiles, haciendo hincapié en que para las recomendaciones fuertes se utilizan las frases “Nosotros recomendamos...” o “El panel recomienda”. El fiscal asevera que el examen de cervicometría es de recomendación alta contando el establecimiento con los elementos necesarios para su realización.

- 2.- Respecto a la obligación de cumplir con el decreto 41, señala que es obligación del médico completar la ficha conforme a la normativa vigente, desconoce las solicitudes realizadas por el ginecoobstetra respecto a las mejoras.
- 3.- En relación al resguardo de la información, desconoce la obligación de la institución, argumentando que es responsabilidad del ginecoobstetra resguardar la información sensible.
- 4.- Rechaza la solicitud de informe médico.

Debido a lo anterior, el Fiscal estimó que el actuar del médico fue grave, reiterado e inexcusable, por lo que propuso la medida disciplinaria de destitución.

4.1.- Análisis del superior jerárquico:

De acuerdo al artículo 140 de la Ley N° 18.834 o el 138 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, una vez emitido el dictamen, el fiscal debe elevar los antecedentes al jefe superior de la institución quien resolverá dictando una resolución que puede absolver al inculpado o aplicar la medida disciplinaria. La autoridad, en caso de ser necesario, también puede realizar corrección de vicio de procedimiento o la instrucción de nuevas diligencias. En este caso, si de las nuevas diligencias resultan nuevos cargos, se deberán notificar al inculpado, quién tendrá un plazo de 3 días para realizar sus descargos. No podrá ser sancionado un funcionario por hechos que no han sido materia de cargos. “En este orden de ideas resulta útil determinar claramente lo referente a la conducta descrita en el cargo N° 2, y si ella configura una falta al principio de probidad administrativa, ya que de no estar ello acreditado, toda la situación relativa a los permisos a que alude la sumariada en el memorándum investigado, para justificar sus ausencias durante la época del paro, se traduce, en definitiva, y tal como se señalara en la página 3 del Oficio N° 58.845, de 2004, de este

Organismo de Control -fojas 242 a 244 del cuaderno anexo-, en la configuración de responsabilidad administrativa por inasistencias que tienen su origen en actividades en que la ley ha prohibido expresamente intervenir. Por lo tanto, no se estaría frente a una imputación distinta a aquella referida a las ausencias derivadas de la paralización de labores ocurridas en mayo de 2004, a que se refiere el cargo primero.

A su turno, corresponde manifestar que tratándose de infracciones administrativas que conllevan una sanción disciplinaria específica, el jefe superior del Servicio puede rebajarla en virtud de su potestad sancionadora, pero tal decisión debe fundarla en el texto del acto administrativo de término que materialice la sanción que en definitiva decide aplicar, estableciendo las razones que justifican dicha decisión, lo que no se ha observado en la especie, como se aprecia en la resolución que se examina, la que carece de la debida fundamentación.” (Contraloría General de la República, 2006, Dictamen N°5.446).

La resolución que aplica una medida disciplinaria, debe ser notificada al funcionario, quien tendrá derecho a recurrir de la medida impuesta.

Caso en comento:

La autoridad de la Corporación Municipal concordó con la proposición de la Vista del Fiscal y dictó una resolución sancionatoria que reprodujo los fundamentos de la Vista del Fiscal y aplicó la medida propuesta de término de relación laboral por la causal del artículo 48 letra b) de la Ley N° 19.378, referido a “Falta de probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias, establecidas fehacientemente por medio de un sumario”.

4.2.- Impugnación resolución sancionatoria: Conforme al artículo 141 de la Ley N° 18.834, en contra de la resolución se puede recurrir de reposición ante la misma autoridad que la dictó y de apelación en carácter subsidiario ante el superior jerárquico. El plazo de interposición es de 5 días contados desde la notificación de la resolución. Conforme al artículo 139 de la Ley N° 18.883, contra el decreto que ordene la aplicación de una medida disciplinara se puede recurrir de reposición en el plazo de 5 días.

Caso en comento:

El recurso de reposición presentado esgrimió los siguientes argumentos:

- 1.- Se señaló la confusión existente entre norma técnica y guía clínica, la sanción impuesta al ginecoobstetra se basó en una infracción a la guía clínica, elevando el carácter de recomendación a norma técnica. Además, se hizo hincapié en que la propia resolución sancionatoria reconoce el carácter de recomendación de la guía, utilizando para ello el mismo Manual Metodológico Desarrollo de Guías de Práctica Clínica de DIPRECE.
- 2.- Se hizo énfasis en la falta de lineamientos de la Institución para la toma de ecografías en el segundo semestre.
- 3.- Respecto a la falta de cumplimiento del Decreto 41, se hizo énfasis en los registros realizados por las matronas.
- 4.- Ni la vista del fiscal, ni la resolución sancionatoria hicieron mención a la falta de infraestructura de la Institución.
- 5.- La responsabilidad del resguardo de la información es del prestador institucional, el que debe entregar las herramientas técnicas para dar cumplimiento a la obligación de garantizar el resguardo de la información, se enfatizó en la falta de lineamientos de protección de la información de la Institución, cuestión que se evidenció en las declaraciones que realizaron distintos funcionarios sanitarios de la Institución.
- 6.- Respecto a la forma de acreditar las infracciones, no se debe olvidar que se deben apreciar los antecedentes conforme a la sana crítica, por lo que no existe una libertad absoluta en la valoración de la prueba. Además se debe tener presente que la sanción impuesta debe ser proporcional a la infracción cometida, por lo que se debe respetar el principio de juridicidad.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Conforme a lo señalado en el artículo 120 de la Ley N° 18.834 o del artículo 119 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal. La sanción aplicada debe ser de aquellas que se encuentran establecidas en el Estatuto Administrativo.

La aplicación de alguna de ellas debe ser tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes y agravantes según el mérito de los antecedentes de la investigación. Es importante por tanto, que al momento de aplicarla deba ser racional y proporcional, con la finalidad de que la sanción impuesta se aplique con respecto al debido proceso y derechos del funcionario. Debemos entonces, entender por racionalidad que la sanción debe estar basada en hechos objetivos determinados en razón de las máximas de la experiencia dado que se debe fallar conforme a la sana crítica “De esta manera, y de acuerdo con lo señalado en la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida en el dictamen N° 81.257, de 2011, es necesario que el proceder de todos los empleados sea evaluado utilizando el mismo parámetro para determinar la gravedad de sus actuaciones y la sanción que corresponde imponer, conforme al principio de razonabilidad, contemplado en el artículo 53 de la Ley N° 18.575, y de acuerdo con el cual deben ser aplicadas las normas que regulan la potestad disciplinaria” (Contraloría General de la República, 2012, Dictamen N° 5.725) y la proporcionalidad en razón de que la sanción sea necesaria y adecuada a la gravedad de la infracción cometida por el funcionario. “De este modo, les asiste el derecho a recusar al Fiscal investigador cuando se configura alguna de las causales previstas por el legislador; a prestar declaraciones sobre el asunto investigado, resultando obligados a prestar la colaboración que el Fiscal les solicite; a presentar los descargos frente a las imputaciones que se les formulen y a hacer valer en su favor las pruebas que estimen pertinentes; a que la medida disciplinaria que en definitiva se les imponga resulte acorde con el mérito del proceso y sea proporcional a las faltas cometidas, y, finalmente, a interponer los recursos que procedan tendientes a impugnarla, en el evento de estimarlo conveniente.” (Contraloría General de la República, 2006, Dictamen N° 5.446).

Conforme a lo señalado en el artículo 121 de la Ley N° 18.834 o del artículo 120 de la Ley N° 18.883 según sea el caso, las sanciones son la censura, multa, suspensión del empleo y destitución.

- 1.- **Censura:** Reprensión por escrito que se hace al funcionario de la cual se dejará constancia en su hoja de vida funcionaria mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente.
- 2.- **Multa:** Privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un 5% ni superior a un 20% de esta. Sin embargo, se mantiene la obligación de servir al cargo.

Anotación de demérito:

- No excede 10%: 2 puntos.
- Superior a 10% y menor a 15%: 3 puntos.
- Es superior a 15%: 4 puntos.

- 3.- **Suspensión:** Privación temporal del empleo con goce de un 50% a un 70% de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas del cargo.

Se deja constancia en la hoja de vida funcionaria mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente. Puede ser desde 30 días hasta tres meses.

- 4.- **Destitución:** Es decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario en los casos en que se vulnere gravemente el principio de probidad administrativa, la que se encuentra definida en el artículo 52 de la Ley N° 18.575 y en los demás casos señalados en el artículo 125 de la Ley N° 18.834 y en el artículo 123 de la Ley N° 18.883 según corresponda.

“Finalmente, debe advertirse que las irregularidades imputadas a la afectada no fueron calificadas en el proceso como infracción grave al principio de probidad administrativa, en los términos previstos en el artículo 125, inciso segundo, de la Ley N° 18.834, hipótesis en la que hubiera sido procedente sancionarla con destitución, siendo necesario recordar en este sentido que atendida la magnitud de sus efectos jurídicos y de hecho, para que pueda ser legítimamente aplicada esa medida, es exigible que del mérito del sumario aparezca, indubitada e irrefutablemente, que no existe otro castigo que sea correspondiente a la falta funcionaria; es decir, que la única sanción que pueda ser ordenada, sea el alejamiento del Servicio, tal como se sostiene, entre otros, en el dictamen N°13.337, de 2012, de este origen” (Contraloría General de la República, 2013, Dictamen N°25.318).

Caso en comento:

Mediante Resolución Exenta, la autoridad de la Corporación Municipal resolvió el recurso de reposición presentado rebajando la sanción de destitución por censura establecida en el artículo 121 de la Ley N° 18.883. El fundamento de la resolución para acoger parcialmente el recurso fue la siguiente:

- 1.- Se dejan sin efectos los cargos respecto al no cumplimiento de la guía perinatal y la falta de resguardo de la información.
- 2.- Se aplica la sanción de censura debido al incumplimiento del Decreto 41 respecto al registro de los factores de riesgo de la paciente.

Extinción de la responsabilidad administrativa

El artículo 157 de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo o en su caso, el artículo 153 de la Ley N° 18.883 Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, establece que la responsabilidad administrativa del funcionario se extingue por:

- 1.- Por muerte del funcionario
- 2.- Por haber cesado en las funciones. En el caso de que el funcionario renuncie y se encuentre sometido a un sumario del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser destituido, la renuncia deberá ser retenida por la autoridad por un lapso no superior a 30 días contados desde su presentación.

Independientemente de que el funcionario sometido a un sumario cese en sus funciones, el procedimiento deberá continuar hasta su término y en el caso de determinarse la aplicación de una sanción, deberá ser anotada en la hoja de vida.

- 3.- Por cumplimiento de la sanción
- 4.- Prescripción de la acción disciplinaria: El artículo 158 de la Ley N° 18.834 establece que la acción disciplinaria prescribe en 4 años contados desde el día en que se hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen.
 - 4.1.- Interrupción de la prescripción: Se pierde el tiempo transcurrido, si el funcionario incurre en una nueva falta administrativa.
 - 4.2.- Suspensión de la prescripción: Se suspende el tiempo transcurrido desde que se formulan los cargos. Ahora bien, si el proceso se paraliza por más de 2 años o transcurren 2 calificaciones funcionarias sin que el funcionario haya sido sancionado, el plazo de prescripción continuará corriendo.

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

El procedimiento administrativo sancionador constituye una herramienta fundamental del sistema público para garantizar el cumplimiento de los deberes funcionarios. En el caso de los médicos que se desempeñan en el sector público, esta responsabilidad adquiere una dimensión particularmente sensible, ya que su labor diaria involucra la toma de decisiones clínicas complejas, en contextos muchas veces limitados por recursos e infraestructura.

Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, la responsabilidad administrativa exige la existencia de una conducta que infrinja un deber legal o reglamentario que signifique una infracción a un deber funcionario y cuya gravedad justifique la imposición de una sanción. No basta una mala percepción del paciente o de un superior jerárquico; se requiere una evaluación seria, objetiva y fundada de los hechos. En ese sentido, el respeto al debido proceso, la imparcialidad de la investigación y la proporcionalidad de la sanción son elementos esenciales que legitiman cualquier decisión administrativa.

Asimismo, se ha evidenciado que muchas veces los conflictos disciplinarios surgen por deficiencias estructurales del propio sistema: falta de protocolos claros, infraestructura insuficiente, escasa disponibilidad tecnológica o ausencia de lineamientos institucionales. En estos casos, atribuir la responsabilidad exclusivamente al profesional médico sin considerar las condiciones en las que se desempeña, puede derivar en decisiones injustas o desproporcionadas. “No obstante lo anterior, es necesario hacer presente que con ocasión del control previo de legalidad de la apuntada resolución N°599, de 2015, que aplicó al petitionerario la destitución, esta Entidad Fiscalizadora verificó, entre otros aspectos, que en él se procuraron todas las instancias pertinentes a fin de asegurar la debida defensa del inculpado, así como también la proporcionalidad del castigo impuesto, acreditándose su responsabilidad en el hecho imputado y respetándose, en definitiva, la garantía de un justo y racional procedimiento.” (Contraloría General de la República, 2016, Dictamen N°22.925), un Dictamen más reciente señala: “Luego, en cuanto a las alegaciones relativas a que los cargos imputados no se encontrarían debidamente acreditados y que la sanción impuesta no sería proporcional con aquellos. Cabe manifestar que este Órgano de Control, en virtud de las atribuciones constitucionales y legales de la que ha sido dotada, debe velar porque los procedimientos se ajusten a los principios de juridicidad y debido proceso, previstos en los artículos 6°, 7°, y 19, N°3, de la Constitución Política, fiscalizando que se desarrollen con estricto apego al

ordenamiento jurídico, emitiendo decisiones justas, exentas de discriminaciones arbitrarias, aplicando sanciones que se correspondan con la gravedad de los hechos y la participación de los servidores en ellos, resguardando el principio de proporcionalidad contemplado en el inciso segundo del artículo 121 de la Ley N°18.834, acorde a lo manifestado en el dictamen N°17.778, de 2015, de esta procedencia.” (Contraloría General de la República, 2020, Dictamen N° 2.174).

Por estas razones, es fundamental que los médicos que trabajan en el sistema público conozcan el marco normativo que regula su ejercicio y estén informados sobre sus derechos y deberes en un procedimiento sancionador. Una adecuada defensa administrativa no sólo implica responder técnicamente a los cargos, sino también contextualizar la actuación médica en función de los recursos disponibles y las normativas vigentes.

A modo de recomendación, se sugiere a los médicos que:

- 1.- Documenten con claridad su actuación clínica, especialmente cuando se aparten de una guía por razones justificadas (disponibilidad de recursos, riesgo para el paciente, contraindicación específica, etc.).
- 2.- Conozcan las principales normas que rigen su función como funcionarios públicos, en particular las Leyes N° 18.834, 18.883, 19.880 y 20.584, así como los protocolos institucionales.
- 3.- Soliciten formalmente las condiciones mínimas necesarias para realizar procedimientos seguros y respetuosos con el paciente, dejando constancia de ello cuando estas no estén garantizadas.
- 4.- Mantengan registro de cualquier instrucción institucional recibida, especialmente si esta afecta la forma en que se presta la atención médica.
- 5.- Busquen asesoría legal temprana ante cualquier requerimiento administrativo o inicio de investigación.
- 6.- Participen en instancias técnicas que les permitan aportar a la construcción y mejora de protocolos.

En definitiva, la defensa adecuada en un procedimiento administrativo no depende sólo de la actuación médica específica, sino también de una comprensión estratégica del contexto institucional, del marco normativo aplicable y de la necesidad de construir registros que respalden cada decisión profesional.

COMENTARIO MÉDICO FINAL

Análisis crítico del caso

El caso analizado presenta una situación paradigmática en la que convergen varios elementos que merecen reflexión desde la perspectiva médica: la aplicación de guías clínicas, las condiciones institucionales para su implementación, la naturaleza de las recomendaciones versus las obligaciones, y la importancia del registro clínico.

El cargo formulado al ginecoobstetra se fundamentó en el “incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias” por haber realizado “procedimientos ecográficos incompletos y ajustados a la normativa vigente, Guía Perinatal del MINSAL”. Esta formulación revela una confusión conceptual fundamental: se eleva al carácter de obligación legal el contenido de una guía clínica que, por definición y diseño, contiene recomendaciones.

La confusión entre recomendación y obligación

Como se ha expuesto en la introducción, las guías clínicas del MINSAL utilizan una terminología específica que refleja la fuerza de sus recomendaciones. En el caso de la cervicometría, incluso las actualizaciones más recientes utilizan el término “sugiere”, indicando que se trata de una recomendación condicional cuya aplicación debe considerar las circunstancias particulares de cada caso.

La resolución del recurso de reposición reconoció este error conceptual, dejando sin efecto los cargos respecto al “no cumplimiento de la guía perinatal”. Este reconocimiento es de suma importancia porque sienta un precedente sobre la correcta interpretación de las guías clínicas en el contexto disciplinario: **las guías orientan la práctica clínica, pero no constituyen normas legales de cumplimiento obligatorio en todos y cada uno de sus puntos.**

Las condiciones institucionales

Un aspecto que merece especial atención es la responsabilidad institucional en la provisión de condiciones adecuadas para la práctica médica. En el caso analizado, el expediente sumarial documentó mediante fotografías la falta de espacio habilitado como vestidor dentro del box de atención, condición que el profesional argumentó como impedimento para realizar el examen transvaginal respetando los derechos de la paciente.

Esta circunstancia ilustra una realidad frecuente en el sistema público de salud: se espera que los profesionales cumplan con protocolos y guías diseñados para condiciones ideales, mientras deben desenvolverse en contextos de recursos limitados, infraestructura insuficiente y alta demanda asistencial. Atribuir responsabilidad exclusivamente al profesional sin considerar las condiciones en las que se desempeña puede derivar en decisiones injustas y desproporcionadas.

El registro como salvaguarda

El caso finalmente se resolvió aplicando una sanción de censura únicamente por el incumplimiento del Decreto 41 respecto al registro de los factores de riesgo de las pacientes. Este desenlace pone de manifiesto una distinción crucial:

- La realización de un procedimiento específico (cervicometría) es una *recomendación* sujeta a disponibilidad y circunstancias
- El registro adecuado en la ficha clínica es una *obligación legal* claramente establecida

Esta distinción tiene implicancias prácticas directas: el profesional puede justificar no realizar un procedimiento recomendado cuando existen razones clínicas, técnicas o de disponibilidad que lo impidan, pero debe documentar estas circunstancias. El registro de los factores de riesgo, las decisiones clínicas tomadas, y las limitaciones encontradas constituyen no solo una obligación legal sino también la principal herramienta de defensa ante eventuales cuestionamientos.

RECOMENDACIONES PARA LA PRÁCTICA PROFESIONAL

Del análisis de este caso pueden extraerse las siguientes recomendaciones para los médicos que ejercen en el sistema público:

1. **Conocer la naturaleza de las guías clínicas:** distinguir entre recomendaciones fuertes y condicionales, y comprender que las guías orientan pero no obligan en términos absolutos.
2. **Documentar las limitaciones:** cuando no sea posible seguir una recomendación por razones de disponibilidad, infraestructura o

circunstancias particulares del paciente, dejarlo expresamente consignado en la ficha clínica.

3. **Registrar los factores de riesgo:** esta es una obligación legal (Decreto 41) que no admite excepciones y que además orienta las decisiones clínicas subsecuentes.
4. **Solicitar formalmente las condiciones necesarias:** cuando la infraestructura o el equipamiento sean insuficientes para realizar procedimientos de manera segura y respetuosa, dejar constancia escrita de estas solicitudes.
5. **Individualizar las decisiones clínicas:** las recomendaciones condicionales exigen considerar las circunstancias particulares de cada paciente, sus valores y preferencias, y los recursos disponibles.
6. **Buscar asesoría legal temprana:** ante cualquier requerimiento administrativo o inicio de investigación, la orientación especializada puede ser determinante para el resultado del proceso.

Reflexión sobre la judicialización

Este caso ilustra también los riesgos de una interpretación rígida de las guías clínicas en el contexto disciplinario. Cuando se exige el cumplimiento literal de cada recomendación sin considerar el contexto, las condiciones de trabajo y la naturaleza orientadora (no mandatoria) de las guías, se genera un efecto perverso: los profesionales pueden verse tentados a realizar procedimientos en condiciones subóptimas para “cumplir” con la guía, o a evitar atender pacientes de alto riesgo legal.

La medicina defensiva, caracterizada por decisiones clínicas orientadas a evitar demandas más que a beneficiar al paciente, tiene costos para el sistema de salud y para los propios pacientes. La correcta interpretación de las guías clínicas como instrumentos de orientación y mejora de la calidad, y no como catálogos de obligaciones absolutas, es esencial para mantener un equilibrio entre la *accountability* profesional y la necesaria flexibilidad que requiere el ejercicio de la medicina.

CONCLUSIÓN

El caso analizado demuestra la importancia de una adecuada comprensión del marco normativo y técnico que rige el ejercicio profesional. La resolución final, que dejó sin efecto los cargos relacionados con el incumplimiento de la guía clínica y mantuvo únicamente la sanción por deficiencias en el registro, constituye un precedente relevante que reconoce:

- Las guías clínicas contienen recomendaciones, no obligaciones absolutas
- Las condiciones institucionales deben considerarse al evaluar el cumplimiento de protocolos
- El registro clínico constituye una obligación legal distinta e independiente
- La proporcionalidad debe guiar la aplicación de sanciones disciplinarias

Para la comunidad médica, este caso refuerza un mensaje fundamental: la documentación rigurosa de las decisiones clínicas, las limitaciones encontradas y las razones que fundamentan las conductas adoptadas no es solo una buena práctica, sino la principal herramienta de protección ante eventuales cuestionamientos. En el ejercicio de la medicina, *lo que no está escrito, no existe*.

Dr. Carlos Barrera Hermosilla
Medicina Materno fetal

BIBLIOGRAFÍA

1. Ley N° 19.880 <https://bcn.cl/2zgmg>
2. Ley N° 18.834 <https://bcn.cl/2ept1>
3. Ley N° 18.883 <https://bcn.cl/2esi3>
4. Ley N° 18.575 <https://bcn.cl/24nfo>
5. Contraloría General de la República de Chile, Dictamen, 2020, N°7.816 <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/007816N20/html>
6. Contraloría General de la República, Dictamen, 2020, N°49.341 <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/049341N09/html>
7. Contraloría General de la República, Dictamen, 2007, N°15.643 <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/015643N07/html>

8. Contraloría General de la República, Dictamen, 2000, N°13.338
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/013338Noo/html>
9. Contraloría General de la República, Dictamen 2006, N°5.446
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/005446No6/html>
10. Contraloría General de la República, Dictamen 2013, N°25318
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/025318N13/html>
11. Contraloría General de la República, Dictamen 2012, N°5.725
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/005725N12/html>
12. Contraloría General de la República, Dictamen 2016, N°22925
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/022925N16/html>
13. Contraloría General de la República, Dictamen 2020, N°2174
<https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/002174N20/html>
14. Bello Pizarro, J. C. (Coord.). (2021). Derecho médico. Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED).
<https://www.falmed.cl/wp-content/uploads/2021/02/Derecho-Medico-FALMED-2021.pdf>
15. Guía de Práctica Clínica - Problema de Salud AUGE N°24
Prevención del Parto Prematuro (MINSAL 2017)
16. Hessami K, et al. Am J Obstet Gynecol MFM. 2024. PMID: 38479489
17. Berghella V, et al. Am J Obstet Gynecol MFM. 2025. PMID: 40829743

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL MÉDICO EN CASOS DE PARTO PRECIPITADO

Abogada Rocío Belén Mundaca Quijada¹

Dr. Roberto Altamirano Assad²

COMENTARIO MÉDICO

La experiencia acumulada en servicios obstétrico-ginecológicos muestra que la inducción formal al ingreso no es un trámite administrativo, sino un estándar de seguridad clínica. Todo profesional debe conocer, con respaldo documental y evaluación de competencia, las normas locales de atención, los flujos de derivación y los límites operativos reales del servicio (por ej., número y estado de camillas, disponibilidad y mantención de ascensores, monitorización fetal, pabellones y rutas de traslado). Esta transparencia, qué se puede y qué no se puede garantizar reduce la variabilidad, previene decisiones improvisadas y protege a la paciente, a sus familiares y al personal de salud al alinear expectativas con la capacidad instalada. La formación inicial, además, debe incluir planes de contingencia explícitos para escenarios previsibles (sobrecarga asistencial, fallas de infraestructura, interrupciones de traslado).

¹ Autora: Abogada de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G., Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Postítulo en Derecho Penal Especial y Litigación Oral Penal por la Universidad de Concepción. Diplomada en Especialización en Juicios Orales y Técnicas de Litigación por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Colaborador: Dr. Roberto Altamirano es ginecólogo oncólogo y profesor asociado en la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como vicepresidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG) y participa activamente en la formación de residentes y en labores de liderazgo clínico. El Dr. Altamirano posee un magíster en Administración de la Salud, AI and Healthcare de la Universidad Johns Hopkins, y ha completado formación en Liderazgo Compasivo y atención centrada en la persona.

En contextos docente-asistenciales, la delegación segura exige estructura. La definición de roles y escalamiento mediante herramientas simples (p. ej., matriz RACI por procesos críticos: admisión en trabajo de parto, categorización de riesgo, decisión de traslado, resolución del expulsivo *in situ*) permite asignar tareas con supervisión efectiva, no meramente nominal. Al inicio de cada turno, el liderazgo clínico debe dejar consignado quién evalúa, quién decide, a quién se informa y en qué umbrales se llama. Esta claridad operativa protege a la persona atendida, al garantizar oportunidad, continuidad y trazabilidad y resguarda al equipo al delimitar responsabilidades observables ante auditorías, sumarios o procesos judiciales.

Cuando la demanda supera los máximos estándares de operación, se deben activar protocolos de desborde con disparadores objetivos (ocupación crítica, fallas de camillas/ascensores, insuficiencia de monitorización, sobrerrequerimiento de pabellón). La respuesta del jefe de servicio debe incluir, como mínimo: (i) reorganización de espacios y autorización de resolución *in situ* con condiciones de asepsia cuando el traslado sea inseguro; (ii) redistribución de personal priorizando áreas críticas; (iii) derivación a centros de apoyo si corresponde; (iv) documentación contemporánea de las limitaciones y de las decisiones adoptadas; y (v) revisión post-evento con análisis de causa raíz, medidas correctivas y verificación de mantenciones. Esta secuencia convierte un riesgo sistémico en un proceso controlado, con foco en la seguridad de la paciente y la protección del equipo.

Finalmente, la infraestructura básica (camillas operativas, sillas de traslado adecuadas, ascensores con mantención certificada, rutas de traslado seguras) debe reconocerse como insumo clínico y no solo logístico: su indisponibilidad modifica la conducta médica y debe estar contemplada en los protocolos. La propuesta aquí expuesta, inducción exigente, delegación con supervisión, desborde protocolizado y trazabilidad no sustituye el análisis jurídico, sino que lo complementa con la perspectiva del acto médico. Su propósito es evitar la repetición de eventos adversos, proteger a las personas involucradas (paciente, familiares y equipo) y consolidar una atención centrada en la persona, donde la dignidad, la información clara y la toma de decisiones compartidas orienten cada paso del cuidado.

Dr. Roberto Altamirano Assad

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto analizar la situación ocurrida el día 30 de agosto del año 2016 dentro de un centro asistencial de la red pública, que ha sido materia de un procedimiento administrativo en el cual se han formulado cargos en contra de la médico jefe de turno, imputándole responsabilidad por un evento obstétrico que, como desarrollaremos, obedece a causas no imputables a su exclusivo actuar.

Este análisis será abordado tanto desde la perspectiva médica en el área de ginecoobstetricia, con énfasis en la evolución del trabajo de parto, particularmente en lo relativo al parto precipitado; como desde la óptica jurídica del derecho administrativo sancionatorio, considerando la legislación vigente, la dogmática administrativa actual y la jurisprudencia tanto administrativa como judicial en esta materia.

En nuestro caso, el cuadro presentado constituye un parto precipitado, entidad bien descrita en la literatura obstétrica internacional. El parto precipitado se define como aquel que se desarrolla de manera inesperada y que acontece en un periodo de tiempo inferior a 3 horas desde el inicio de contracciones regulares³.

Dentro de los factores que pueden predisponer a su ocurrencia, destacan:

- 1.- Multiparidad: La paciente, con dos partos previos, presentaba un cuello uterino y un segmento uterino inferior más complaciente, reduciendo los tiempos de dilatación y descenso fetal.
- 2.- Sensibilidad uterina aumentada a la oxitocina endógena: Las contracciones tienden a ser más efectivas en pacientes multíparas.
- 3.- Baja resistencia cervical y buena posición fetal.
- 4.- Actividad uterina intensa y progresión rápida.
- 5.- Edad gestacional y edad materna; entre otros^{4 5}.

La naturaleza de estos partos suele ser súbita, con escaso margen para maniobras logísticas de traslado o preparación de pabellón. En el caso que nos ocupa, el intervalo de tiempo entre el ingreso de la paciente y el parto

3 Rubio Álvarez, A., Molina Alarcón, M., & Hernández Martínez, A. (2017). Factores asociados a la pérdida sanguínea en partos precipitados. *Anales Del Sistema Sanitario De Navarra*, 40(2), p. 238. <https://doi.org/10.23938/ASSN.0030>.

4 Op. Cit. P. 239.

5 Lázaro B, Envid. & Formento E, Alonso. (2010). Asistencia urgente al parto precipitado. *Emergencias*, 22(2), p. 140.

fue de 1 hora y 54 minutos lo que, por cierto, es totalmente compatible con un parto precipitado, especialmente considerando que el primer tacto vaginal registraba apenas 3 cm de dilatación.

Por tanto, los hechos clínicos expuestos se enmarcan plenamente dentro del cuadro descrito, y lamentablemente a veces inevitable, aún en entornos hospitalarios preparados, sobre todo cuando existen limitaciones estructurales como escasez de personal o de recursos materiales en contextos de alta carga asistencial, como ya veremos.

Lo que nos proponemos en este trabajo es dejar de manifiesto, desde una perspectiva jurídica rigurosa, las serias deficiencias que se hicieron evidentes desde el mismo momento en que se instruyó un sumario administrativo en contra de la médico jefe de turno, Dra. H.V.V.B. A pesar de que dicha profesional fue finalmente sobreseída de los cargos formulados en su contra, el solo hecho de haber sido objeto de investigación sumaria refleja y hace patente la necesidad de un minucioso análisis de los datos fácticos existentes por parte de la administración, toda vez que los antecedentes mostraban de forma clara que el caso giraba, en lo sustancial, en torno a una hipótesis de falta de servicio⁶ y de recursos por parte del establecimiento hospitalario. Esta situación se desarrolló en un contexto de carencia estructural de recursos humanos y materiales, lo cual debió ser considerado desde un inicio como un factor excluyente de responsabilidad individual, conforme a los principios rectores del derecho administrativo sancionador, como se analizará.

2. ANTECEDENTES DEL CASO OBSTÉTRICO

El día 30 de agosto del año 2016, a las 8:00 horas, la paciente C.V.T.C., de 27 años de edad, ingresa al Policlínico de Urgencia del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Docente, refiriendo pérdida de líquido amniótico desde las 6:00 hrs., del mismo día. Entre sus antecedentes, se indica que cursaba un embarazo de 39 + 3 semanas, multípara de 2, con trabajo de parto en fase latente.

⁶ En este sentido, el art. 38 inc. 1 y 2 de la Ley N° 19.966 sobre el Régimen de Garantías en Salud, nos dice que: *“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio...”*

El motivo de consulta es la pérdida de líquido amniótico que refiere haber comenzado 2 horas antes de su llegada al Hospital. Al ingreso, la paciente es evaluada por la matrona de turno, quien realiza el primer examen físico obstétrico consistente en tacto vaginal, consignando en la ficha clínica de la paciente por el Dr. P.D.Z.: membranas rotas, líquido amniótico claro, presentación cefálica apoyada, cuello uterino borrado al 50%, grueso, con una dilatación cervical de 3 cm. Se auscultan latidos cardíofetales en 140 latidos por minuto (LPM), indicando bienestar fetal y encontrándose dentro de parámetros normales. La paciente se encontraba de pie, con dinámica uterina dolorosa y sensación de pujo.

En virtud de los hallazgos iniciales, acorde al protocolo institucional vigente, y siguiendo los estándares habituales de categorización, fue derivada a la Unidad de Alto Riesgo Obstétrico Hospitalizado, ingresando formalmente a las 8:50 horas. Desde ese momento, se activa la estructura de atención correspondiente al equipo médico de turno en un hospital docente, donde concurren matronas, médicos residentes, becados e internos⁷.

Cerca de las 9:40 horas, la matrona supervisora del turno advierte nuevamente el estado de quejumbrosidad de la paciente, manifestación indirecta de progresión activa de trabajo de parto. El equipo médico, compuesto por residentes, becados e internos que ejecutaban rondas clínicas habituales, indican que evaluarán a la paciente al término de dichas actividades. Esta forma de distribución de cargas laborales refleja la práctica común en hospitales docentes bajo alta demanda.

Hacia las 9:48 horas, la médico residente de turno, Dra. H.V.V.B., al advertir la situación clínica, procede conforme al sistema de trabajo habitual. Analiza la ficha clínica y solicita la evaluación ginecológica inmediata a la Dra. Z.P., becada de tercer año, por ser ella quien contaba con mayor experiencia clínica

⁷ En este punto, y en cuanto a la atención durante el proceso de parto, la Subsecretaría de Salud Pública y Subsecretaría de Redes Asistenciales. (2022). *Norma técnica y administrativa Ley N° 21.372 para el acompañamiento de niños, niñas, adolescentes en acciones vinculadas a la atención de salud y a mujeres o personas gestantes durante el proceso de parto*. P. 41. Nos dice: “El nivel de satisfacción de la experiencia de la mujer o persona gestante durante el trabajo de parto y puerperio se relaciona directamente con las expectativas previas que esta haya construido y se da en la medida que sienta que lo que está viviendo está dentro del rango esperado, según ella lo perciba en su imaginario (49). Sin embargo, este constructo no sólo está limitado a su persona, sino al actuar de los profesionales de la salud y de la presencia y apoyo de su acompañante significativo durante el proceso (50–55)”.

para realizar el examen solicitado. Cabe hacer mención que el examen en cuestión debía ser realizado en una sala contigua, en donde se encuentra la camilla ginecológica.

En la práctica, quien efectúa finalmente el examen es el Dr. P.D.Z., becado de primer año, quien tras realizar el tacto vaginal constata hallazgos clínicos significativos: dinámica uterina dolorosa activa, sensación de pujo, cuello uterino borrado en un 100%, dilatación de 7 a 8 cm, presentación cefálica en planos descendidos (I a II), y persistencia de membranas rotas. Dichos hallazgos confirman una evolución rápida del trabajo de parto, muy superior a la progresión esperable para un trabajo de parto habitual.

Inmediatamente, el becado informa estos hallazgos a la médico residente, quien adopta la decisión clínicamente correcta de ordenar el traslado urgente a la Unidad de Parto, entendiendo que la paciente se encuentra en fase activa muy avanzada.

Por razones logísticas y de equipamiento del Hospital debido a la alta carga asistencial de ese día, no se disponía de camilla al momento, por lo que el traslado se efectúa en silla de ruedas, única disponible en ese instante, la cual además carecía de apoyas pies. Son dos técnicos paramédicos quienes se llevan a la paciente en silla de ruedas a la Unidad señalada. El Dr. P. D. Z se queda intentando completar la ficha clínica para entregarla en forma completa, ya que no estaban consignados todos los antecedentes.

Durante el traslado, ocurrido entre las 9:48 y las 9:54 horas, la paciente experimenta la expulsión fetal espontánea mientras cruzaban el hall del Servicio. La recién nacida cae al piso con presentación encefálica, siendo inmediatamente contenida y recogida por un técnico en enfermería que se encontraba en el lugar, quien se la entrega inmediatamente a la madre, sin aparente consecuencia clínica inmediata. Posterior a este evento, se completa el traslado a la Unidad de Partos.

Se explica al padre de la recién nacida, quien estuvo presente al momento de ocurrencia de los hechos, que la situación correspondió a un parto precipitado y que se tendrá especial atención en la pesquisa de una eventual complicación, producto del evento adverso ocurrido.

Al realizar la atención neonatal, se constata: sexo femenino, peso 2.810 gramos, talla 48 cm, Apgar 9-9, compatible con adaptación neonatal adecuada, categorizándose como pequeña para la edad gestacional. Se documenta,

además, ruptura prematura de membranas de aproximadamente 3 horas de evolución, líquido amniótico claro, parto vaginal precipitado y caída de altura. La recién nacida se mantiene asintomática, no requirió maniobras de reanimación neonatal y fue hospitalizada para observación y vigilancia de posibles complicaciones derivadas de la caída.

Cabe señalar que, conforme a las declaraciones contenidas dentro de los antecedentes del Sumario Administrativo, entre ellos, el Dr. P.D.Z., y la matrona jefa de turno, J.S.P., indican que los protocolos clínicos existentes a la fecha de los hechos instrúan que las pacientes obstétricas que ingresan en trabajo de parto son inicialmente clasificadas en dos grandes grupos, de acuerdo a la presencia o ausencia de patologías obstétricas o comorbilidades que puedan influir en la evolución del parto. Esta categorización inicial se fundamenta en criterios de seguridad materno-fetal, racionalización de los recursos, y en el modelo de trabajo colaborativo interdisciplinario que se había acordado hasta ese momento por el equipo.

Por un lado, aquellas pacientes sin patologías médicas asociadas, es decir, gestantes de bajo riesgo, son admitidas en salas de parto en fase latente, bajo la vigilancia de matronas encargadas de la monitorización de partos no complicados. Estas pacientes continúan bajo control salvo que presenten modificaciones clínicas que requieran mayor nivel de atención.

Por otro lado, las pacientes que presentan patologías obstétricas o médicas concomitantes, como hipertensión gestacional, diabetes mellitus, restricción del crecimiento intrauterino, antecedentes quirúrgicos relevantes, entre otros, son asignadas a la sala de Alto Riesgo Obstétrico, bajo vigilancia de los médicos y el equipo, que debería estar compuesto por dos ginecoobstetras de staff y becados, en permanente interacción con matronería.

En el caso concreto analizado, la paciente fue correctamente categorizada como gestante “sin patología médica” al momento del ingreso, presentando un cuadro de trabajo de parto en fase latente, líquido amniótico claro, sin signos de sufrimiento fetal ni complicación materna detectable. Esta clasificación determinó su permanencia inicial en la sala de parto, bajo control de matronería.

Es fundamental contextualizar que el día de los hechos, 30 de agosto de 2016, el servicio se encontraba sometido a una sobrecarga asistencial importante, con un volumen aproximado de 35 pacientes obstétricas activas. En este escenario de alta presión asistencial, el recurso humano médico

disponible estaba constituido por un equipo mínimo: una médico residente de turno, dos médicos becados (de primer y tercer año respectivamente) y un interno de medicina. Así, las pacientes de menor complejidad fueron asignadas a los médicos becados, quienes asumieron la evaluación clínica inicial, historia obstétrica, examen físico, desarrollo de hipótesis diagnóstica y planificación inicial del manejo; y las pacientes de mayor complejidad clínica fueron evaluadas directamente por la médico residente de turno, Dra. H.V.V.B.

Dentro de este marco, se debe destacar que los internos, bajo supervisión, estaban autorizados a realizar la anamnesis obstétrica, en tanto los médicos becados cumplían funciones diagnósticas y evaluativas más avanzadas, incluyendo el examen físico obstétrico completo, formulación diagnóstica inicial y realización de tacto vaginal en gestantes de bajo riesgo.

Por su parte, las matronas mantenían facultad plenamente reconocida para efectuar tactos vaginales en mujeres en trabajo de parto sin patologías agregadas, de acuerdo a su ámbito de competencias clínicas definidas por ley y la normativa de práctica profesional vigente.

2.1. Análisis de las Etapas del Sumario Administrativo

2.1.1. Análisis de la Etapa Probatoria

Aproximadamente dos meses después y a raíz de los hechos anteriormente descritos, como era de esperarse, se inicia un sumario administrativo cuyo objeto es: *“Determinar las responsabilidades administrativas que pudiesen involucrar a funcionarios de este Establecimiento en relación a la atención de la paciente C.V.T.C. en el nacimiento de su hija en el Servicio de Obstetricia de este Establecimiento”*.

Así, se realizan una serie de diligencias investigativas dentro del procedimiento sumario que buscan determinar la responsabilidad administrativa de la Dra. H.V.V.B. Entre ellas, podemos mencionar las declaraciones de la paciente C.V.T.C., de 10 funcionarios y, por cierto, entre ellos, todo el equipo médico que participó en las atenciones del día 30 de agosto de 2016, incluyendo a la Dra. jefe de turno. También, se incluye una Auditoría de la Ficha Clínica de la paciente, Dato de Atención de Urgencia DAU, Resumen de Hospitalización, hoja de vida anual y listado de calificaciones de la Dra. H.V.V.B., Matriz de Preadánsis de Eventos Adversos /Centinela (al cual nos referiremos en lo sucesivo), entre otros.

Así, la declaración de la Dra. H.V.V.B., es enfática y clara en señalar que: *“En la recopilación de datos destacan: Evidentemente habrá sido mejor no trasladarla y atender el parto en la sala de ecografía, que habría sido evento adverso, pero en mejores condiciones. Esperar la camilla habría requerido mucho tiempo, por eso la decisión de traslado en silla”*. Termina su declaración señalando que: *“Estoy sola a cargo de las salas con 22 pacientes, por lo tanto, tengo que delegar funciones para poder resolver la demanda asistencial. Normalmente se dejando personas a cargo de tratamiento”* [sic].

Desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, la etapa de instrucción de un sumario administrativo no solo cumple una función instrumental dentro del procedimiento, sino que constituye una de las instancias más relevantes en términos de garantías al debido proceso⁸, especialmente en contextos como el de la salud pública, donde los hechos investigados suelen ocurrir bajo presión y en ambientes asistenciales complejos.

En el caso analizado, los antecedentes anteriores a la formulación de cargos contenidos en este Sumario sostenían una nutrida base documental y testimonial que, analizada con el rigor técnico-jurídico exigido por nuestra legislación y por la doctrina, podría haber llevado al fiscal a la conclusión de que no existían fundamentos suficientes para formular cargos a la médico residente de turno. Las declaraciones de diez funcionarios, entre ellos, matronas, becados, internos y técnicos paramédicos, convergían en describir un escenario de precariedad estructural que escapaba al control individual de cualquier integrante del equipo médico de ese día.

Por su parte, documentos institucionales clave, como la Auditoría de la Ficha Clínica y la Matriz de Preamálisis de Eventos Adversos/Centinela, establecieron con claridad que el evento adverso fue evitable solo en la

⁸ Luis Cordero Vega, en cuanto al Debido Proceso como Derecho Fundamental consagrado en el art. 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República, nos dice que: *“Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho Administrativo da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación”*. Cordero Vega, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Colección Tratados y Manuales. Segunda Edición. Editorial Thomson Reuters. P.104.

medida en que se hubiesen contado con condiciones materiales básicas. Este tipo de antecedentes no pueden ser considerados neutrales: constituyen verdaderas pruebas que permiten determinar la razonabilidad de la conducta del funcionario investigado.

2.1.2. Análisis de la Etapa Decisoria

Una vez realizadas las diligencias de investigación por parte de la fiscal del caso, y en su ponderación de los antecedentes con los que ya contaba la carpeta de investigación, se decide formular cargos a la médico jefe de turno. En este sentido, parece relevante señalar el tenor literal de los mismos, que se tradujo de la siguiente manera: *“Formúlese cargos a doña H.V.V.B. por: 1.- No desempeñar personalmente en este caso investigado, la función de medico jefe de turno en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación, al solicitarle a la Dra. Z.P. becada, que evaluara a la paciente C.V.T.C., hecho que no realizó sino que lo hizo el becado de primer año PPP, no interviniendo como médico jefe de turno, responsable final de la atención de la paciente a pesar de haberla escuchado quejándose por los dolores de parto, para cerciorarse de las condiciones clínicas en las que se encontraba. La paciente fue ingresada por el interno de turno y examinada clínicamente por el becado de primer año, quienes demostraron inexperiencia la evaluar las condiciones obstétricas de la paciente. 2.- Presentar insuficiente orientación del desarrollo de sus funciones en el cumplimiento de los objetivos de la institución viéndose disminuida la calidad de la presentación del servicio brindada a la paciente C.V.T.C. en el Servicio de Obstetricia. 3.- Por toda la sintomatología y signos clínicos que la paciente presentaba en ese momento, falta eficiencia y dedicación para tomar la decisión de atenderla en Alto Riesgo, aun sabiendo que iba a sr considerado como un Evento Adverso, evitando así su traslado en una silla de ruedas sin posa pies a sala de parto, por no contar con camilla, pudiendo haberse evitado todas las consecuencias de este parto catalogado como precipitado y expulsivo” [sic].*

Lo anterior implicó que , finalmente, a la doctora se le imputara la infracción de las siguientes normas establecidas en el art. 61 del Estatuto Administrativo: *a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas de delegación; b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor presentación de los servicios que a esta correspondan; c) Realizar sus*

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

Posterior a esto, y una vez toma conocimiento la Dra. H.V.V.B., evacua los correspondientes descargos, alegando que, a pesar de que las pacientes se evalúan por orden de cama, ella tomó los resguardos y solicitó a la becada de más experiencia que realizara los exámenes físicos que, de hecho, sí sabía y estaba autorizada a realizar. De todas formas, aun cuando la instrucción había sido que la becada fuera quien realizara el examen, la doctora solo toma conocimiento durante el desarrollo de este sumario administrativo que el examen ginecológico se llevó a cabo por el becado de primer año que se encontraba dentro del equipo médico. De todas maneras, su primera instrucción, se justifica en consideración a la alta carga asistencial de ese día.

Por otro lado, sostiene en su defensa que el parto precipitado al que se vio enfrentado el equipo médico es un parto “imprevisible e intempestivo”, por lo que, aun cuando el examen realizado por el becado había sido correcto, no era posible aseverar en esa oportunidad que la paciente ya se encontraba en una fase expulsiva.

Señala, además, que los eventos ocurridos el 30 de agosto de 2016 no se encuadran de ninguna forma en una situación ideal y que, a mayor abundamiento, para un correcto ejercicio de la función de médico ginecólogo, se deben tener los medios necesarios para el cumplimiento de la función contando entonces, a lo menos, con 2 médicos residentes. La escasez de recursos, indica, no se manifiesta solo en este punto, sino también en que no se contaban con camillas al momento en que se requirió trasladar a la paciente con urgencia y que, de hecho, la única silla de ruedas que estaba disponible, tampoco tenía apoyo pies.

Añade a su defensa que no ha faltado a su deber en ningún momento, ya que realiza su trabajo más allá de lo que se espera de un funcionario promedio, puesto que, debido a la carga asistencial del servicio, debe evaluar sola a los becados, a los pacientes, y manejar la realidad con una falta de insumos y medios adecuados.

Termina agregando la invocación a las circunstancias atenuantes que concurren en favor de la Dra. H.V.V.B., esto es, una intachable hoja de vida funcionaria e irreprochable conducta anterior, ergo, en el caso de configurarse alguna falta administrativa, se solicita sea aplicada en la mínima sanción.

La relevancia que cobró en este caso la presentación de los descargos y la contextualización de los hechos que ya se evidenciaban en la carpeta, no pudieron sino traer como consecuencia el sobreseimiento. En este punto, el fiscal sí procede a realizar un análisis exhaustivo de los antecedentes, mencionado, entre sus conclusiones, importantes consideraciones respecto de la responsabilidad que se traslada, ya no a la posible falta administrativa de la Dra. H.V.V.B., sino que hace presente categóricamente que se aceptarán la mayoría de los descargos, puesto que se ha reflejado la ausencia de dispositivos de transporte como sillas y camillas en óptimo estado y, por otro lado, la ausencia en turno de un segundo residente. Considera el factor de una paciente poco habitual, múltipara con membranas rotas sin patologías médicas previas que tuvo un trabajo de parto expulsivo mientras era trasladada a la sala de parto.

Destaca la mención a las falencias de comunicación entre los médicos del staff y el resto del equipo, por esto, sugiere la fiscal mayor autonomía respecto de los jefes de turno, ya que en este caso se pudo haber decidido realizar el parto en la misma sección.

Así que, como ya adelantábamos, finalmente el estudio y ponderación de los hechos en razón de los descargos formulados por la Dra. H.V.V.B. surtieron el efecto deseado, el sobreseimiento definitivo y, por cierto, el término del sumario administrativo sin sanción alguna.

De todas maneras, queremos proponer un desglose de los antecedentes expuestos, con el objeto de evidenciar aquellos factores que pudieron haber evitado avanzar en el proceso, cuando se podría, inclusive, haber cerrado el sumario investigativo en etapas más tempranas.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1. Antecedentes que dieron Sustento a la Formulación de Cargos

La Carpeta de Investigación da cuenta de la “Matriz de Pre-Análisis de Eventos Adversos/Centinelas”, donde participaron 21 profesionales de la salud del Hospital en comento, entre ellos, varios de los involucrados y participantes en el hecho. Esta acta da cuenta de una descripción completa de los eventos sucedidos y, en la parte que más nos interesa para el estudio e investigación de este caso, se mencionan, en primer lugar, las posibles causas de por qué habría ocurrido el hecho. Entre ellas, se mencionan: “Factores de Equipamiento,

Infraestructura y/o Materia Prima - ¿Cómo afectó el desempeño el equipamiento, infraestructura y/o materia prima al resultado del proceso? Respuesta: No contar con medios de transporte (camilla, silla) en óptimas condiciones; Factores de la Organización—¿Qué factores organizacionales afectaron de manera directa o indirecta? Respuesta: 1.- Tipificación de asistencia fuera de la sala de parto como evento adverso. 2.- La obligatoriedad de evaluación médica al ingreso de pacientes en trabajo de parto. 3.- Ser un Hospital Docente-Asistencial.”.

A raíz de esto, se plantea un plan de mejora de Parto en Sala que considera: “- Las diferentes unidades del Servicio de Obstetricia y Ginecología, siempre deberán contar con un profesional disponible para la atención de parto; - Se solicita a la Unidad de Calidad la modificación en la tipificación de Evento Adverso en Parto en Sala/Baño a Parto sin atención profesional. Lo anterior debido a que el real riesgo se encuentra en la falta de atención profesional de parto y no en el lugar en que este sea asistido, siempre y cuando se observen las normas básicas de la Técnica Aséptica del Parto Vigente; - En relación al traslado de gestante en trabajo de parto en fase avanzada (6 a 7 cm.) estos serán realizados en camilla o silla y, además, colocando una sábana que proteja el área genital (por riesgo expulsivo precipitado y con ello el riesgo de caída del recién nacido); - En los casos en que exista el riesgo de parto inminente, la asistencia del expulsivo se llevará a cabo en la Unidad donde se encuentre la usuaria (Urgencia, Alto Riesgo, DARO) velando por el cumplimiento de las normas básicas de la Técnica Aséptica del Parto Vigente.”

Por otro lado, y también como objeto de análisis de nuestro estudio, se acompaña a la carpeta del Sumario una Auditoría de la Ficha Clínica de la paciente que, en las conclusiones del mismo, menciona: “CONCLUSIÓN: Evento adverso evitable y prevenible en el contexto de parto precipitado. SUGERENCIAS: Las pacientes que ingresen a la Unidad de Alto Riesgo Obstétrico con diagnóstico de trabajo de parto deben ser evaluadas mediante examen obstétrico por la matrona encargada de la Unidad en forma Inmediata para luego avisar de su ingreso a médico; Debe disponerse de camilla en forma permanente para el mejor traslado de pacientes con trabajo de parto avanzado; Si la dilatación cervical está muy avanzada y el trabajo de parto es inminente debe procederse a la asistencia de parto en la misma Unidad, para con posterioridad a la ligadura y sección del cordón umbilical trasladar al recién nacido y a la madre a la Unidad de Partos” [sic].

Estas consideraciones toman mayor relevancia cuando se contrastan también con los dichos de los funcionarios que declaran en el sumario administrativo, ya que dan cuenta, entre otras cosas, del equipamiento insuficiente de la sala

de pre parto y de la falta de elementos necesarios para el traslado de pacientes en casos de urgencia inmediata.

Desde esta perspectiva, los elementos de juicio contenidos en la carpeta no solo no justificaban una imputación disciplinaria, sino que, más bien, habilitaban el cierre anticipado del procedimiento, sin necesidad de avanzar a la etapa de formulación de cargos. La decisión de imputar responsabilidad, pese a este cúmulo de antecedentes, representa un defecto de ponderación probatoria que vacía de contenido el principio de presunción de inocencia y desvirtúa el objeto del sumario administrativo como herramienta de esclarecimiento, y no de castigo anticipado. El solo hecho de que se haya avanzado a formular cargos, en este contexto, evidencia un uso disfuncional de la potestad disciplinaria, alejado de los estándares exigidos por la Contraloría General de la República y por la doctrina vigente del derecho administrativo sancionador chileno⁹.

3.2. Formulación de Cargos Deficiente

La formulación de cargos es el acto administrativo de mero trámite del procedimiento administrativo sancionador dictado por la autoridad administrativa sancionadora o el fiscal instructor, y que da inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo¹⁰.

La decisión, como ya hemos visto, se ha sostenido en presupuestos que no alcanzan a satisfacer las necesidades de la legislatura administrativa sancionadora para tomar la decisión administrativa que se barajó en el caso en comento.

La caída de la recién nacida C.V.T.C. en el hall del Servicio de Obstetricia, tras un parto precipitado ocurrido el 30 de agosto de 2016, se convirtió en la piedra de tope para evaluar no sólo la corrección de las actuaciones clínicas sino, sobre

9 En este sentido, y respecto a la formulación de cargos, William García Machmar nos dice: “Una vez terminada la fiscalización y elaborada el acta correspondiente se procederá a nombrar a un funcionario como instructor o sustanciador del procedimiento. Este funcionario tendrá, en general, la obligación de formular cargos al interesado en la medida que aparezca la necesidad de perseguir el restablecimiento de la norma dado un comportamiento antijurídico”. García Machmar, William. (2021). *Introducción al Procedimiento Administrativo Sancionador*. Editorial Hammurabi. P. 82.

10 Zúñiga Urbina, Francisco, & Osorio Vargas, Cristóbal. (2016). Los Criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Estudios constitucionales*, 14(2), 461-478. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>.

todo, la regularidad jurídico-administrativa del procedimiento disciplinario instruido contra la médico jefe de turno, Dra. H.V.V.B. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador chileno, y muy particularmente a la luz del Estatuto Administrativo (EA), el momento decisivo radica en la formulación de cargos: acto complejo cuya suficiencia y regularidad condicionan la validez de todo el sumario y la efectividad del derecho de defensa.

Por esto, y al ser un trámite fundamental dentro del procedimiento sumario, este se construye, sobre todo, en la exactitud de sus bases. En la fase de formulación de cargos esos cimientos adoptan la forma de un acto de imputación cuya función es fijar, con la precisión de un bisturí, el objeto procesal y la hipótesis incriminatoria. No es un mero trámite: la Contraloría lo califica como «acto esencial» cuya invalidez arrastra a toda la causa (Dicts. N° 50.898/2005; N° 50.898/2006)¹¹.

En el caso concreto, la fiscal imputó a la doctora tres transgresiones basadas en el art. 61 del Estatuto Administrativo, esto es: desempeño personal y continuo, orientación a los fines institucionales y prestación del servicio con eficiencia, reprochándole, en síntesis, haber delegado indebidamente la realización del examen clínico inicial y haber permitido el traslado en silla de ruedas sin camilla disponible. El tenor literal de la decisión revela, sin embargo, deficiencias estructurales que contravienen los estándares que la Contraloría General de la República (CGR) y la Corte Suprema han venido exigiendo desde hace más de dos décadas. La Administración olvidó que, al traducir hechos en reproches normativos, debe cumplir con cuatro exigencias mínimas: 1.- Individualización precisa del inculpado y no solo una enunciación somera como en el caso concreto (*“FORMULASE CARGO A DOÑA H.V.V.B., ginecóloga del Servicio de Obstetricia del Hospital”*); 2.- Narración circunstanciada de los hechos, incluyendo consideraciones en cuanto al qué, cómo, cuándo y dónde; 3.- Calificación jurídica expresa de cada conducta, y deber u obligación infringida en relación a la conducta descrita;

¹¹ En este sentido, el dictamen N° 50.898/2005 del 25 de octubre del año 2005, específicamente menciona que: “En efecto, aparece en fojas 252 a 255 del expediente que los cargos formulados en contra del sumariado son absolutamente genéricos, lo que contraviene el artículo 140, inciso tercero, del Estatuto Administrativo, debiendo recordar que la reiterada jurisprudencia administrativa ha concluido que en un proceso disciplinario los cargos deben indicarse en forma concreta, explicitando claramente la actuación anómala o los hechos constitutivos de la o las infracciones en que ha incurrido el afectado, no siendo posible la imputación de conductas imprecisas, pues ello impide a éste asumir adecuadamente su defensa. (Aplica dictámenes N°s. 31.756, de 2000, 7.704, de 2005 y 5.446, de 2006, entre otros).”

4.- Relación causal entre la conducta y el deber, indicando la norma concreta vulnerada y la eventual gravedad del hecho en cuestión¹².

La omisión de cualquiera de estos requisitos no es un vicio menor, ya que compromete el principio de tipicidad administrativa y viola la bilateralidad de la audiencia, nulidad que la propia Contraloría ha calificado de insanable.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema ha indicado que: *“En lo que respecta al cargo formulado, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y sobre todo los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías, entre ellas, que se respeten los procedimientos establecidos, o en otras palabras, que los involucrados conozcan las reglas del juego”*¹³.

En nuestro caso, hemos podido detectar las siguientes transgresiones a los principios ya señalados. Ejemplo de esto son las evidentes incongruencias, en este sentido, la indeterminación respecto a las proposiciones fácticas del caso y que buscan dar fundamento al cargo formulado, haciendo indicaciones genéricas, tales como “no intervenir” pese a haber “escuchado quejándose” a la paciente, pero omite señalar hora, duración efectiva de esa inacción, signos clínicos específicos o protocolos omitidos; todo lo cual impide cotejar la acusación con el contexto real del día de ocurrencia de los hechos (35 pacientes, un residente, dos becados) y con la clasificación “sin patología médica” que justificó la ubicación de la parturienta en sala de fase latente.

También, y dentro del marco de las responsabilidades atribuibles al mismo recinto de salud donde ocurrieron los hechos, hay una completa ausencia de tipicidad sanitaria, ya que no se menciona ni individualiza el protocolo que regía para partos precipitados ni el estándar de delegación médica en hospitales docentes; por ello, resulta imposible determinar si la doctora

12 En este sentido: “La formulación de cargos viene a satisfacer el derecho del imputado o inculpado a conocer la acusación administrativa, al otorgarle todos los antecedentes que fundan la acusación administrativa, esto es, i) una descripción clara y precisa de los hechos que fundan los cargos y la fecha de su verificación; ii) las normas infringidas; y, iii) la sanción asignada. Lo anterior permite al presunto infractor o inculpado defenderse de las acusaciones o cargos formulados por la autoridad administrativa o el fiscal sumariante, al fijarse de manera estricta e inmodificable, salvo una formulación de cargos, el objeto del procedimiento sancionador”. Zúñiga Urbina, Francisco, & Osorio Vargas, Cristóbal. (2016). Los Criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Estudios constitucionales*, 14(2), 461-478. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>.

13 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, ROL N° 10119-2019, C. 6°.

incumplió un protocolo concreto o ejerció, dentro de márgenes razonables, la delegación permitida. Este punto en específico fue, también, parte de las preguntas realizadas a los testigos en el proceso de investigación sumaria. De las respuestas obtenidas, quedan de manifiesto dos cuestiones de regular ocurrencia: 1.- Hay protocolos, pero no conocemos el contenido de ellos; o 2.- No sabemos con precisión si dicho protocolo existe.

Por ello, si nos atenemos con rigor técnico a lo que fue la etapa de formulación de cargos en este procedimiento sumario, el reproche no puede ser sino categórico: se evidenció una preocupante disociación respecto de las exigencias que impone el derecho administrativo sancionador. Esta desvinculación pudo obedecer, al menos en parte, a una deficiente valoración de los antecedentes existentes y anteriores a la formulación de cargos, a la inexperiencia del fiscal o del actuario en la conducción y supervigilancia de sumarios administrativos, o bien a otros factores contingentes cuya revisión excede el objeto inmediato de este capítulo. Sin embargo, lo que no puede relativizarse es que la formulación de cargos, por su impacto procesal y sustancial, exige un estándar elevado de precisión, estructura normativa clara y coherencia argumentativa, que en este caso no fue debidamente alcanzado. La laxitud en su construcción compromete la legitimidad del procedimiento completo.

3.3 Atribución de Responsabilidad al Facultativo por Falta de Servicio

En las páginas precedentes he expuesto, con detalle clínico y con minuciosidad jurídica, el itinerario del parto precipitado de la paciente C.V.T.C. (30 de agosto de 2016) y la posterior apertura de un sumario administrativo que, de manera sorprendente, termina formulando cargos contra la doctora H.V.V.B., médica residente y única jerarquía disponible aquel día, por supuestos incumplimientos de los literales a), b) y c) del artículo 61 del Estatuto Administrativo. Corresponde ahora demostrar, con la misma rigurosidad, que tales reproches obvian el presupuesto central de toda potestad disciplinaria: la imputación exige un mínimo de razonabilidad fáctica que desaparece cuando el evento deriva, no de la conducta del funcionario, sino de una *falta de servicio* estructural atribuible al propio órgano hospitalario.

El hospital público que asistió ese día el parto precipitado de la paciente C.V.T.C. no cumplió con condiciones mínimas para enfrentar una situación obstétrica de urgencia, ni en infraestructura ni en dotación. Se trataba de un

día con sobrecarga evidente, más de 35 pacientes obstétricas en evolución activa, sin camillas disponibles, sin monitorización fetal permanente, sin personal obstetra de staff, y con una única médica jefa de turno asumiendo funciones sin los apoyos clínicos requeridos. La paciente terminó teniendo a su bebé en el hall del hospital, en una silla de ruedas sin apoyar pies, con caída cefálica producto no de negligencia médica individual sino de una ausencia institucional de medios adecuados y oportunamente disponibles.

En el caso de la Dra. H.V.V.B., esa evaluación está completamente ausente en el libelo de cargos. Se le reprocha haber delegado en un becado la evaluación clínica de una paciente con signos de trabajo de parto avanzado, y no haber intervenido directamente en la atención, pese a que la carga asistencial y la infraestructura hospitalaria le impedirían objetivamente asumir personalmente el control de todos los casos simultáneos. Se le imputa no haber evitado el traslado en silla de ruedas sin camilla, cuando el hospital carecía por completo de camillas disponibles, lo cual fue reconocido incluso por los propios funcionarios actuantes.

Lo cierto es que no puede reprocharse disciplinariamente una conducta cuando el funcionario actuó con esmero, dentro de un contexto de precariedad material ajeno a su esfera de decisión, y especialmente cuando, como en este caso, la doctora instruyó con rapidez la evaluación, ordenó el traslado en cuanto fue advertida y, además, gestionaba simultáneamente una sobrecarga clínica institucionalmente conocida.

Sancionar a una funcionaria en tales condiciones no solo vulnera el principio de culpabilidad administrativa, sino que además transgrede el principio de tipicidad, ya que se le imputan hechos que más bien describen una disfunción estructural de la organización sanitaria.

En este sentido, se ha definido en más de una oportunidad por la doctrina nacional lo que debemos entender por falta de servicio. Así, la Corte Suprema ha dicho: *“Se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N°18.575 (Corte Suprema, Rol 9554-2012, 10 de junio de 2013, considerando undécimo). En este sentido, habrá de resaltarse que la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquella si se*

trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ello”¹⁴¹⁵.

En el caso en concreto, y en razón de lo que habíamos señalado a propósito del contenido de la carpeta de investigación, las medidas que se dispusieron posterior a los hechos referidos, manifiestan la falta de condiciones mínimas con las que se contaban para manejar una situación de urgencia, como fue el parto precipitado de la paciente C.V.T.C.

En este sentido, y a propósito del concepto de falta de servicio, Álvaro Vidal Gonzalez ha dicho que: *“Así, en esta materia, al igual que en el derecho común de la responsabilidad por culpa, resulta necesario realizar un juicio de valor, comparando el funcionamiento correcto y adecuado del órgano, conforme a las exigencias que le son propias y aquel funcionamiento efectivo y concreto en cuyo marco se produce el ilícito y el daño, considerando, en todo caso, las condiciones y circunstancias particulares del órgano concernido y cuya actividad se está juzgando. Siendo de este modo, el Estado resulta responsable por los daños que irroga a causa de la anormalidad del funcionamiento del servicio público, esto es, cuando el órgano no satisface aquello a lo que el particular o particulares tienen derecho a esperar, sufriendo un daño”¹⁶.*

La atribución de responsabilidad individual sin haber verificado, en primer término, la existencia de responsabilidad institucional constituye, en los hechos, una negación encubierta del derecho de defensa. Difícilmente puede exigirse al funcionario una defensa eficaz frente a hechos que exceden por completo su ámbito de control y decisión.

Así, en primer lugar, y uno de los aspectos más relevantes, y quizás menos comprendidos por quienes impulsaron este procedimiento disciplinario, dice

14 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ROL N° 55-2018, C. 7°.

15 La Excma. Corte Suprema también ha señalado en sentencia recaída en causa ROL N° 16920-2013 que: “QUINTO. La falta de servicio ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente como aquella en que el servicio actúa mal, lo hace tardíamente o no actúa, vale decir es el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por la Administración, conforme lo disponen los artículos 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 152 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y 38 de la Ley N° 19.996 sobre Garantías Explicitas de Salud”.

16 Vidal Olivares, Álvaro. (2018). Responsabilidad Civil Médica. Primera edición. Editorial DER ediciones. P. 94.

relación con el lugar en que debió haberse atendido el parto precipitado de la paciente C.V.T.C. El análisis clínico de los hechos, la documentación administrativa reunida en la carpeta sumarial y los protocolos elaborados con posterioridad al evento no dejan lugar a dudas: el parto debió ser asistido en la misma unidad en que se encontraba la paciente al momento de verificarse el periodo expulsivo, esto es, la Unidad de Alto Riesgo Obstétrico ya que, En primer término, la constatación de una dilatación cervical de 7 cm en una paciente múltipara, con dinámica uterina activa y pujo espontáneo, permite situarla clínicamente en una fase avanzada del trabajo de parto, con riesgo evidente de evolución precipitada hacia el expulsivo. En estos casos, el personal de salud debe estar preparado para resolver la situación *in situ*, evitando maniobras de traslado que puedan comprometer la seguridad materno-fetal¹⁷.

En segundo lugar, resulta evidente que la ausencia de un medio de traslado seguro y adecuado para la paciente hacía clínicamente recomendable asistir el parto en la misma sala de la Unidad de Alto Riesgo Obstétrico donde se encontraba. No obstante, dicha alternativa no fue adoptada, porque el equipo clínico no podía garantizar en ese espacio el cumplimiento de las normas básicas de la Técnica Aséptica del Parto Vigente, lo que pone en evidencia una disfunción organizacional más que una omisión de cargo de la profesional.

La evidencia interna que aporta la Carpeta de Investigación del sumario refuerza este punto. En particular, la “Matriz de Pre-Análisis de Eventos Adversos/Centinelas”, en cuya elaboración concurrieron 21 profesionales del hospital (entre ellos varios actores del hecho), reconoce expresamente que la falta de camillas o sillas en condiciones óptimas fue un factor material determinante en la cadena causal del evento adverso. Asimismo, se identifican factores organizacionales que dificultaron la respuesta oportuna, como la imposición de una evaluación médica obligatoria antes de cualquier decisión, incluso en contextos de urgencia evidente, y la rigidez institucional de tipificar negativamente los partos ocurridos fuera de la sala tradicional.

No se trata, entonces, de un error individual o de una falta de criterio clínico por parte de la doctora H.V.V.B., sino de una falla estructural e institucional, expresada en tres dimensiones: 1.- Infraestructura insuficiente para el traslado seguro: no había camilla disponible y la única silla no contaba con apoyo pies, lo que aumentaba el riesgo de caída fetal, como finalmente ocurrió; 2.- Desfase

17 Envid Lázaro B. & Alonso Formento E. (2010). *Asistencia urgente al parto precipitado. Emergencias*, 22(2), 140–143.

en la lógica de atención de partos precipitados: se priorizó el traslado a una sala protocolariamente designada por sobre la necesidad real e inmediata de resolver un parto inminente. 3.- Descoordinación entre normativas internas y condiciones materiales reales: el procedimiento obligaba a contar con evaluación médica antes del manejo del expulsivo, aunque el personal médico estaba sobrecargado y la paciente ya se encontraba en fase crítica.

La propia Auditoría de la Ficha Clínica, incorporada también en la carpeta sumarial, reconoce como conclusión que el evento fue “*evitable y prevenible en el contexto de parto precipitado*”, y recomienda con total claridad que, en casos de dilatación muy avanzada, “debe procederse a la asistencia del parto en la misma unidad en la que se encuentra la usuaria”, resguardando únicamente las normas básicas de la técnica aséptica del parto vaginal.

En este mismo sentido, y con visión de mejora institucional, el Plan de Acción posterior al evento propone que: 1.- Se asegure siempre un profesional disponible para atender partos en todas las unidades; 2.- Se modifique la tipificación de evento adverso, indicando que el foco debe estar en la falta de personal capacitado, no en el lugar físico del parto; 3.- Se instruya expresamente que, ante riesgo de parto inminente, la asistencia del expulsivo se realice *in situ*, en la unidad donde se encuentre la paciente (Urgencia, Alto Riesgo, DARO), y solo tras estabilización se traslade a la madre y recién nacido.

Todas estas observaciones son coherentes, fundadas y reiteradas por diversos actores del caso: desde el personal de salud hasta los equipos de auditoría institucional. Por tanto, resulta evidente que la doctora H.V.V.B. actuó dentro de un sistema con graves deficiencias de infraestructura, organización y lógica operativa, y que su decisión de ordenar el traslado, cuando la situación ya era crítica, fue producto de los límites que el sistema le impuso, no de negligencia alguna.

Por esto, la misma revisión enfatiza que en la mayoría de estos casos se encuentra a la parturienta ya en fase expulsiva, con la cabeza fetal visible, incluso sin necesidad de maniobras exploratorias exhaustivas, lo que reafirma la necesidad de evitar desplazamientos innecesarios cuando no se cuenta con condiciones óptimas de seguridad¹⁸. La recomendación es clara: cuando existe riesgo de parto inminente, especialmente en pacientes multíparas con dilatación cervical avanzada— debe actuarse con celeridad, habilitando

18 Op. Cit., pág. 141.

un campo quirúrgico estéril en el lugar en que se encuentre la paciente, y respetando las normas básicas de asepsia, sin necesidad de esperar el traslado a una sala de partos convencional.

Estas directrices coinciden plenamente con los principios organizativos de gestión del riesgo asistencial que hemos revisado a propósito de la carpeta sumarial, y refuerzan que, desde una perspectiva obstétrica actualizada y basada en evidencia, la conducta más segura no fue el traslado, sino la resolución del parto en el mismo lugar donde la paciente se encontraba al momento de iniciarse la fase expulsiva.

4. CONCLUSIÓN

Los sumarios administrativos instruidos en contextos de alto estrés asistencial o en casos de urgencia, como fue el parto precipitado de la paciente C.V.T.C., exigen especial rigor técnico-jurídico: se trata de juzgar decisiones tomadas bajo presión clínica y con recursos escasos. Por esto, y en razón de las problemáticas que se han planteado, queremos señalar las siguientes consideraciones:

La congruencia estricta entre los antecedentes de la investigación sumaria y el libelo de cargos es fundamental. Para ello, la carpeta investigativa debe contener obligatoriamente: 1.- La cadena cronológica de los hechos que configuran la base que se tuvo en consideración para dar inicio al sumario administrativo, identificando quién adoptó cada decisión (matrona, becado, residente), y la carga asistencial concurrente; 2.- Precisar el protocolo obstétrico interno sobre partos y/o partos precipitados o de carácter urgente, y a quien se realiza la delegación de exámenes en ese contexto de atención; 3.- Una individualización precisa del nexo causal entre la actuación del profesional y el resultado adverso (en este caso, la caída del recién nacido), considerando la existencia de factores estructurales, tales como la ausencia de camillas, que podrían desplazar la responsabilidad del profesional hacia la gestión del servicio; 4.- Fundar la gravedad en parámetros objetivos (por ejemplo, riesgo vital o secuelas del RN o de la madre) y no en consecuencias meramente hipotéticas.

Sólo cumpliendo estos requisitos, se satisface el estándar de tipicidad y congruencia exigido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, asegurando el derecho a la defensa y la validez jurídica de cualquier sanción administrativa que se pretenda imponer.

Estas consideraciones no obedecen a un mero formalismo; constituyen la garantía mínima que legitima el ejercicio del poder disciplinario y la sujeción estricta a las normas establecidas y, en definitiva, la confianza pública en la gestión estatal de los servicios de salud. En el caso analizado, las falencias detectadas no sólo comprometen la regularidad del sumario contra la Dra. H.V.V.B., sino que recuerdan que la respuesta a una situación clínica compleja nunca puede ser jurídicamente apresurada: en Derecho Administrativo Sancionador la rapidez no suple la precisión, y la precisión comienza, ineludiblemente, con un análisis crítico y objetivo de la carpeta de investigación y un libelo de cargos claro, completo y respetuoso de la dignidad profesional del funcionario investigado.

Entendemos, entonces, que el parto debió y pudo haberse asistido en la sala en que se encontraba la paciente. No se hizo porque el propio sistema obstaculizó una decisión médica razonable, poniendo el énfasis en procedimientos formales por sobre la seguridad materno-fetal. La falla, por tanto, no es de quien atendió: es del sistema que no supo, o no quiso, adaptarse a una urgencia previsible.

De igual manera, y como también ocurre en este caso, los hospitales públicos docentes constituyen espacios de formación, pero también de atención de alta complejidad, en contextos muchas veces saturados. La carga asistencial del sistema obstétrico público es elevada, y la distribución de roles entre internos, becados, matronas y médicos residentes responde a modelos colaborativos que deben ser reconocidos por la autoridad administrativa al momento de juzgar la conducta profesional.

Así las cosas, en el marco de este análisis, es posible extraer una serie de conclusiones aplicables más allá del caso concreto revisado, con el objetivo de ofrecer criterios de utilidad para aquellos que intervienen en procedimientos administrativos sancionatorios relacionados con eventos adversos obstétricos, particularmente partos precipitados en establecimientos de salud pública.

Una primera conclusión que se impone a raíz de lo analizado es la siguiente: el correcto ejercicio de la potestad sancionadora exige una ponderación racional y exhaustiva del contenido completo del Sumario, lo que en múltiples procedimientos administrativos de esta índole no ocurre con el estándar que el legislador requiere. Cuando se omite realizar un análisis de todos los factores de los cuales se dispone una vez realizada la investigación sumaria, el resultado es un ejercicio superficial de imputación que desvirtúa el objeto

del sumario y compromete gravemente la legalidad del procedimiento. Por otro lado, es importante plantear la relevancia de aquellas y aquellos médicos que, una vez toman conocimiento de los cargos que se le imputan, deben realizar también el estudio de la carpeta de investigación sumaria, con el objeto de proponer la realización de aquellos medios probatorios de los cuales esta pueda carecer o que parezcan ser insuficientes, en contraste con los hechos acaecidos.

En segundo lugar, debe destacarse que la deficiente formulación de cargos, frecuente en los sumarios administrativos, constituye una vulneración directa al principio de tipicidad administrativa y al derecho de defensa del funcionario, protegido constitucionalmente y reforzado por estándares internacionales como los del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Muchos cargos formulados en estos procedimientos carecen de los elementos mínimos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. La falta de alguno de sus elementos esenciales convierte el cargo en una imputación vaga e imposible de defender, lo que no solo vicia el procedimiento, sino que además deslegitima la potestad disciplinaria en su conjunto.

Una tercera conclusión, quizás la más decisiva, es la siguiente: cuando se constata y es evidente la existencia de una falta de servicio, esto es, un mal funcionamiento estructural del órgano público de salud, debe excluirse o atenuarse la responsabilidad individual del profesional que actuó dentro de sus posibilidades.

Particularmente en los hospitales públicos docentes, con alta carga asistencial y dotación limitada, es habitual que se presenten escenarios clínicos donde el personal médico actúa con esmero, pero en un contexto de imposibilidad operativa real. Si el evento adverso ha sido causado o potenciado por la ausencia de camillas, de personal de apoyo, de monitoreo fetal o por exigencias burocráticas contrarias a la realidad, no puede imputarse al médico un resultado que no dependía de su voluntad ni de su capacidad de acción. La propia jurisprudencia administrativa y civil ha sostenido que la responsabilidad por falta de servicio desplaza el juicio hacia la organización, no hacia el profesional, como ya se ha mencionado.

Por lo tanto, ningún análisis sancionatorio puede abstraerse del entorno estructural, formativo y asistencial en que se desarrolla la práctica médica.

La sola ocurrencia de un evento adverso no constituye evidencia de una falta administrativa; el juicio debe ser contextualizado, exhaustivo, técnico y jurídicamente fundado.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. VIDAL OLIVARES, Álvaro. (2018). Responsabilidad Civil Médica. Primera Edición. Editorial DER ediciones.
2. CORDERO VEGA, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Colección Tratados y Manuales. Segunda Edición. Editorial Thomson Reuters.
3. GARCÍA MACHMAR, William. (2021). Introducción al Procedimiento Administrativo Sancionador. Editorial Hammurabi.
4. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, & Osorio Vargas, Cristóbal. (2016). Los Criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Estudios constitucionales*, 14(2), 461-478. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>.
5. RUBIO ÁLVAREZ, A., Molina Alarcón, M., & Hernández Martínez, A. (2017). Factores asociados a la pérdida sanguínea en partos precipitados. *Anales Del Sistema Sanitario De Navarra*, 40(2), 237–245. <https://doi.org/10.23938/ASSN.0030>
6. ENTEICHE ROSALES, Nicolás. (Enero 2015). Dos Fundamentos de las Potestades Sancionadoras Administrativas. Actualidad Jurídica N° 51 – Universidad del Desarrollo.
7. LÁZARO B, Envid. & Formento E, Alonso. (2010). Asistencia urgente al parto precipitado. *Emergencias*, 22(2), 140–143.
8. Ministerio de Justicia. (2001). Decreto con Fuerza de Ley N° 29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.
9. Subsecretaría de Salud Pública y Subsecretaría de Redes Asistenciales. (2022). Norma técnica y administrativa Ley N° 21.372 para el acompañamiento de niños, niñas, adolescentes en acciones vinculadas a la atención de salud y a mujeres o personas gestantes durante el proceso de parto.
10. Ministerio de Salud. (2004). Ley N° 19.966. Establece un Régimen de Garantías en Salud.

11. Contraloría General de la República de Chile. (25 de octubre, 2005). Dictamen N.º 50.898. Santiago, Chile.
12. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ROL N° 55-2018, C. 7º.
13. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ROL N° 10119-2019, C. 6º.
14. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ROL N° 16920-2013. C. 5º.

¿PODEMOS HABLAR DE DISCRECIONALIDAD EN LA IMPUTACIÓN DE CARGOS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA?

CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LAS ATENCIONES GINECOOBSTÉTRICAS

Abogada Tamara Navarro Vera¹

Dr. Carlos Barrera Hermosilla²

COMENTARIO MÉDICO

Caso: Discrecionalidad en la imputación de cargos en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa - Rotura uterina en contexto de parto instrumentado

INTRODUCCIÓN

La organización del trabajo médico en los servicios de urgencia obstétrica

Los servicios de urgencia obstétrica representan uno de los escenarios más complejos y desafiantes de la práctica médica contemporánea. A diferencia de otras especialidades donde la urgencia puede preverse o escalonarse, en

¹ Autora: Abogada Universidad Austral de Chile, sede Valdivia, año de titulación CS 2014. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria de la Universidad Adolfo Ibáñez, año 2024. Diplomado en Especialización Avanzada en Tributación Universidad Adolfo Ibáñez, año 2022. Diplomado en Derecho Tributario. Universidad Austral de Chile, año 2021. Diplomado Patrimonio Cultural, Desarrollo y Megaproyectos, Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) de la Ciudad de México. Año 2016. Diplomado Análisis de las Lenguas y Cultura de los Pueblos Indígenas Contemporáneos, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), año 2016. Abogada Falmed, Provincia de Chiloé.

² Colaborador: Profesor adjunto de la Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, especialista en medicina Materno-fetal, magíster en Educación Médica. Doctorado en Ciencias de la Salud. Jefe del Departamento Técnico de Evaluación de CONACEM, Artículo 44 Urgencia Maternidad Hospital Barros Luco, médico auditor clínico Servicio de O&G Hospital Barros Luco. Director de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. Actualmente se desempeña como médico clínico en la Red de Salud UC- Christus.

obstetricia el momento del parto—y sus potenciales complicaciones—se presenta de manera impredecible, exigiendo una respuesta inmediata y coordinada del equipo de salud. Esta realidad configura un modelo organizacional único que debe equilibrar múltiples demandas simultáneas: la atención de pacientes en trabajo de parto, la vigilancia de embarazos de alto riesgo hospitalizados, las consultas de urgencia, los procedimientos quirúrgicos programados y de emergencia, y la supervisión del personal en formación.

En Chile, los hospitales públicos de alta complejidad —como el Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse donde ocurrieron los hechos del caso en análisis— funcionan como centros de referencia que concentran un elevado volumen de atenciones. Un servicio de maternidad de estas características puede atender más de 100 consultas diarias de urgencia y asistir 20 o más partos en un turno de 24 horas. Esta carga asistencial impone la necesidad de una organización jerárquica y funcional que permita distribuir las responsabilidades de manera eficiente, garantizando que cada paciente reciba la atención oportuna que su condición requiere.

El rol del jefe de turno en obstetricia

El médico jefe de turno en un servicio de ginecología y obstetricia cumple funciones que trascienden la atención clínica directa de pacientes individuales. Su responsabilidad principal es garantizar el funcionamiento global del servicio durante su período de trabajo. Esto incluye:

- Supervisión general de todas las pacientes hospitalizadas y en trabajo de parto.
- Coordinación de los equipos quirúrgicos para cesáreas programadas y de urgencia.
- Asignación del personal médico a las distintas áreas (urgencia, pabellón, sala de partos).
- Respuesta a interconsultas de otros servicios del hospital.
- Supervisión del personal en formación (residentes, becados, internos).
- Resolución de situaciones clínicas complejas que requieren decisiones de mayor jerarquía.
- Gestión de contingencias administrativas y logísticas.

Esta multiplicidad de funciones hace físicamente imposible que el jefe de turno realice un seguimiento personalizado y permanente de cada paciente. La estructura organizacional de un servicio de maternidad se basa precisamente en la delegación escalonada de funciones: las matronas realizan la vigilancia continua del trabajo de parto; los médicos residentes o becados atienden los partos bajo supervisión progresiva según su nivel de formación; y el jefe de turno interviene directamente en situaciones complejas o cuando es requerido por el equipo.

La función docente-asistencial en los hospitales públicos

Los hospitales públicos chilenos, particularmente aquellos vinculados a facultades de medicina, cumplen una doble función: asistencial y docente. Esta dualidad no es accesoria ni opcional; constituye un mandato institucional que responde a la necesidad país de formar nuevos especialistas. En el ámbito de la ginecología y obstetricia, la formación de un especialista requiere tres años de residencia, durante los cuales el médico en formación debe adquirir progresivamente las competencias necesarias para ejercer la especialidad de manera autónoma.

El sistema de formación por residencia se fundamenta en el principio de *autonomía progresiva*. Esto significa que el residente asume gradualmente mayores responsabilidades a medida que demuestra haber adquirido las competencias requeridas. La normativa internacional y nacional establece niveles de supervisión decreciente:

- **Primer año:** Supervisión directa y presencial. El residente realiza procedimientos bajo la observación inmediata de un especialista.
- **Segundo y tercer año:** Supervisión progresivamente decreciente. El residente puede realizar procedimientos con el especialista disponible pero no necesariamente presente en la sala.

Este modelo formativo es universalmente aceptado y representa el estándar internacional para la formación de especialistas médicos. No existe otra forma de formar obstetras competentes que no sea permitiéndoles atender partos reales bajo un esquema de supervisión apropiado a su nivel de entrenamiento.

El equilibrio entre formación y seguridad del paciente

La coexistencia de la función asistencial y docente plantea un desafío permanente: ¿cómo generar espacios de aprendizaje sin comprometer la seguridad de los pacientes? La respuesta a esta pregunta ha sido objeto de reflexión por parte de las sociedades científicas, organismos reguladores y centros formadores a nivel mundial.

El consenso actual establece que la formación en servicio es no solo legítima sino necesaria, siempre que se cumplan ciertas condiciones:

1. **Supervisión escalonada:** El nivel de supervisión debe ser proporcional a la complejidad del caso y al grado de formación del residente. Casos de alto riesgo requieren mayor supervisión que casos de bajo riesgo.
2. **Disponibilidad del supervisor:** El especialista responsable debe estar disponible —aunque no necesariamente presente— para intervenir cuando sea necesario.
3. **Protocolos claros:** Deben existir criterios explícitos sobre qué situaciones requieren la presencia o intervención del supervisor.
4. **Cultura de consulta:** El residente debe tener la confianza y la disposición para solicitar ayuda cuando enfrente situaciones que excedan su competencia.
5. **Trabajo en equipo:** La vigilancia del trabajo de parto involucra a múltiples profesionales (matronas, enfermeras, médicos) que actúan coordinadamente.

Maniobras obstétricas controvertidas: el caso de la maniobra de Kristeller

El caso en análisis menciona la supuesta realización de la maniobra de Kristeller como uno de los factores que habrían contribuido a la rotura uterina. Esta maniobra, descrita por el ginecólogo alemán Samuel Kristeller en 1867, consiste en ejercer presión sobre el fondo uterino durante el período expulsivo del parto con la intención de facilitar el descenso y nacimiento del feto.

La evidencia científica actual ha generado un importante debate sobre esta técnica. La Organización Mundial de la Salud la desaconseja por la falta de evidencia sobre sus beneficios y los potenciales riesgos asociados. La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) establece que solo

puede utilizarse para ayudar al desprendimiento de la cabeza cuando esta ya está en el piso pélvico, pero nunca para facilitar el descenso de la presentación. En algunos países como el Reino Unido está formalmente prohibida.

Sin embargo, es importante contextualizar esta discusión. La maniobra de Kristeller, cuando se realiza correctamente y en las indicaciones apropiadas, no es intrínsecamente dañina. El problema surge cuando se aplica de manera incorrecta, con excesiva fuerza, en situaciones inapropiadas o sin la técnica adecuada. Como señalaron los informes periciales incorporados al proceso del caso en análisis, la maniobra “no era reprochable en abstracto” y “requería criterio y buena técnica en su ejecución”.

Dr. Carlos Barrera Hermosilla
Especialista en Medicina Materno Fetal

INTRODUCCIÓN

Ser dependiente del sistema público de salud implica sujetarse a la potestad sancionatoria administrativa de los órganos sectoriales, observando especialmente las disposiciones de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Potestad sancionatoria que no distingue especialidad médica ni cargos dado el carácter transversal de su aplicación.

Sin embargo, esta potestad de fiscalizar y determinar responsabilidades funcionarias ¿es absoluta o reconoce ciertos límites? Interrogante que surge a raíz del caso ginecoobstétricas a analizar en el presente trabajo. Ello, nos lleva al análisis de cómo se determina la imputación de cargos y los límites que debe reconocer la potestad administrativa en el ejercicio de la fiscalización, de modo tal de evitar la discrecionalidad en esta función y consecuente determinación de la sanción.

I. HECHOS

Los hechos que motivan la investigación sumaria consisten en la instrucción de indagar si hubo o no infracción a los deberes funcionarios previstos en el Estatuto Administrativo, por parte del Médico titular Jefe de turno del servicio de Ginecología y Obstetricia de iniciales A.R.T, dependiente del Hospital de Santiago Oriente Dr. Luis Tisné B., de la Región Metropolitana, en la atención brindada a la paciente de iniciales B.T.F, el día 21 de abril de 2007, durante su

evolución y trabajo de parto. Paciente multípara de 2, con un embarazo de 40+4 semanas, con observación de macrosomía fetal (estimación 4.000 g), con resolución de parto vía vaginal.

Al efecto, estando la paciente en sala de partos y al no observar avances del polo cefálico, se decide la aplicación de espátulas de Thierry por expulsivo detenido y se constata el brusco ascenso del feto (aparentemente se habría utilizado maniobra de Kristeller). Dra., a cargo constata el compromiso de conciencia de la paciente, por lo que plantea rotura uterina, indicando de forma inmediata una cesárea de urgencia, asistida a su vez con el Dr. A.R.T, jefe de turno del momento.

Se produjo la rotura uterina más shock hipovolémico, calificado como un accidente obstétrico grave, cuya incidencia de morbilidad para el recién nacido puede llegar al 100% cuando este sobrevive, además del riesgo de histerectomía de la madre o peor aún de mortalidad materna. Sin embargo, dada la pronta respuesta del equipo clínico en la realización del procedimiento quirúrgico de cesárea y sutura del útero se salvó la vida del recién nacido y de la progenitora.

Por estas consideraciones, el Director del Hospital, por instrucción del Director del Servicio de Salud, mandatado a su vez por la Contraloría General de la República, instruye sumario y el fiscal designado imputó en una primera instancia, los siguientes cargos: a) No haber efectuado la supervisión correspondiente, desconociendo la estadía y evolución del trabajo de parto de la paciente, asistiendo únicamente al llamado ante la grave complicación acontecida. Vulnerando el artículo 61° letra a) y c) del DFL N°29 que sistematiza la Ley N°18.834 y b) No supervisar las labores de los becados a su cargo, habiendo efectuado el Dr. becado compresión del fondo uterino para resolver el parto, aplicando la llamada maniobra Kristeller. Transgrediéndose el artículo 64 letra a) del Estatuto Administrativo en relación con artículo 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto al control jerárquico permanente que detentan las jefaturas del funcionamiento de los organismos y de la actuación de su personal de su dependencia.

Luego, una vez practicada la defensa por el fiscalizado en el procedimiento sumarial, la vista fiscal concluyó solo infracción al artículo 64 literales a) y b) del Estatuto Administrativo, concerniente a las obligaciones de control en su calidad de Jefe de Turno del Servicio de Ginecología y Obstetricia.

II. DERECHO DISCIPLINARIO Y MEDIDAS DISCIPLINARIAS

El Derecho disciplinario de la función pública está constituido por “*el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan tanto las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades funcionarias, como también los procedimientos sancionatorios administrativos destinados a perseguir las responsabilidades disciplinarias respectivas*”³.

Esta área jurídica está compuesta por dos grandes sectores normativos. El derecho sustantivo disciplinario, constituido principalmente por los deberes y obligaciones funcionarias, así como las normas sobre conflictos de intereses y las prohibiciones, inclusive las disposiciones materiales sobre responsabilidad disciplinaria, como son las normas sobre sanciones y extinción de la responsabilidad funcionaria y, por cierto, los principios jurídicos materiales que la gobiernan.

El segundo sector es, el procedimiento administrativo disciplinario -normas procesales-, está constituido por los diversos procedimientos destinados a acreditar las eventuales responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones, cobrando relevancia las normas que reglan el sumario administrativo contenido en la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo (en adelante EA), sistematizado por el DFL 29 año 2004.

Así, la institución del sumario administrativo tiene por objeto establecer la responsabilidad administrativa que pueda nacer respecto de los funcionarios públicos, con motivo de la ocurrencia de infracciones a las obligaciones funcionarias que establece específicamente el artículo 61 de la Ley N° 18.834. En este sentido, la responsabilidad administrativa sólo nace cuando existe una conducta ilícita que vulnera alguna de las obligaciones legalmente establecidas y una vez que se ha efectuado un sumario administrativo con pleno respeto de las normas y principios constitucionales, que garantizan el debido proceso. Ergo, la infracción administrativa, su presupuesto básico y necesario para la imposición de una sanción, debe necesariamente tener sustento legal.

Entender el nacimiento de la responsabilidad administrativa de otra manera vulneraría el principio básico de todo Estado de derecho, el cual reza que nadie puede ser sancionado sino por infracción a una conducta establecida previamente en la ley, el cual es fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, al ser expresión del principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política.

3 Celis Danzinger, Gabriel. “*Derecho Administrativo Disciplinario*”. Segunda Edición, Thomson Reuters. Santiago. Pág. 3.

Como ha señalado la Jurisprudencia Administrativa, el momento procesal que el fiscal instructor de un sumario debe establecer cuáles son las obligaciones funcionales transgredidas ocurren en la formulación de cargos. En efecto una vez cerrada la investigación corresponde, si el mérito del proceso así lo indica, el Fiscal instructor al formular cargos al inculcado debe señalar expresamente qué conductas constituyen una violación a las obligaciones estatutarias, señalando a continuación las normas del Estatuto Administrativo, imposición que ha sido refrendada en innumerables ocasiones por la Contraloría General de la República. (Dictámenes N 27.526 y 29.211 de 1983; 12.667 de 1993; 32.274 de 1989 y 647 de 1992).

Así, la formulación de cargos es el acto administrativo de mero trámite del procedimiento administrativo dictado por la autoridad administrativa sancionadora o el fiscal instructor, e inicia la etapa de instrucción del procedimiento administrativo. La formulación de cargos viene a satisfacer el derecho del imputado o inculcado a conocer la acusación administrativa, al otorgarle todos los antecedentes que fundan la acusación administrativa, esto es, i) una descripción clara y precisa de los hechos que fundan los cargos y la fecha de su verificación; ii) las normas infringidas; y, iii) la sanción asignada.

Luego, se substanciará el procedimiento según lo normado en el título V sobre responsabilidad administrativa del mencionado estatuto, atendiendo especialmente a los artículos 129 al 145. El presunto infractor o inculcado podrá defenderse de las acusaciones o cargos formulados por la autoridad administrativa o el fiscal sumariante, concluyendo con la absolución del fiscalizado o bien la imposición de una medida disciplinaria sea de censura, multa, suspensión o destitución según las circunstancias del caso.

Por su parte, las medidas disciplinarias como manifestación de la potestad sancionatoria de la administración del Estado se definen como “*los medios que la ley contempla para sancionar al funcionario que infringe su régimen de obligaciones, entre las cuales la autoridad con potestad sancionadora puede optar al término de un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa*”⁴.

Estas sanciones para surtir sus efectos requieren como requisito de validez ser notificadas al afectado conforme al artículo 140 del Estatuto Administrativo, criterio refrendado por la Jurisprudencia de la Contraloría General en Dictamen

⁴ Celis Danzinger, Gabriel y Barra Gallardo, Nancy, *Manual de responsabilidad administrativa*, Thomson Reuters. Santiago. p. 22.

Nº3.022 de 2012 al sostener que, el acto terminal que las dispone debe haber sido totalmente tramitado, es decir, tomado razón por parte de la Entidad Fiscalizadora y notificado al afectado, por lo que, en la medida en que no concurren ambos presupuestos, el funcionario mantiene su calidad de tal y debe continuar ejerciendo sus labores.

III. PRINCIPIOS COMO LÍMITES: INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES

El artículo 119 inciso 2º del Estatuto Administrativo dispone que “*Los servidores incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la vulneración a aquéllos fuere susceptible de una sanción, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo*”. En efecto, la responsabilidad administrativa conlleva la imposición de una medida disciplinaria, la que solo puede ser aplicada a través de un procedimiento sancionatorio previo, el que puede consistir en una investigación sumaria, o bien, en un sumario administrativo.

En este proceso de determinación de las responsabilidades funcionarias y su consecuente sanción, la autoridad administrativa le corresponde evaluar la situación de manera objetiva y, según el mérito y gravedad de lo sucedido. Proceso que se limita por ciertos principios jurídicos, así la doctrina y la jurisprudencia nacional⁵ mantienen cierto consenso respecto de cuáles serían los principios sobre las cuales se construye el Derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento que actúan como límites a dicha potestad sancionatoria,

⁵ Así, por ejemplo, Alejandro Vergara Blanco menciona los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, “*non bis in idem*”, proporcionalidad y presunción de inocencia. Por su parte, Jorge Bermúdez enuncia los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, culpabilidad y “*non bis in idem*”, además de indicar algunas reglas para la imposición de la sanción. Para Luis Rodríguez Collao estos serían los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad y prescriptibilidad. Nuestro Tribunal Constitucional –tal como lo hemos señalado– entiende que a la potestad sancionadora de la Administración le resultan aplicables “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República”. A su vez, en sus sentencias sólo se ha hecho cargo de los principios de legalidad, tipicidad y de un procedimiento previo, legal, justo y racional. Una línea similar ha seguido la Corte Suprema que ha enunciado los principios del “*non bis in idem*”, la irretroactividad de la ley sancionadora, el principio *pro reo* y la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria. A su vez, la Contraloría también se ha hecho cargo de la cuestión enunciando los principios de irretroactividad, “*non bis in idem*”, prohibición de analogía, proporcionalidad y *pro reo*, todos vinculados a la potestad disciplinaria, a los cuales se ha integrado con carácter general los principios de legalidad, tipicidad y prescriptibilidad. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-68512014000100012.

a saber, el debido proceso, principio de legalidad, irretroactividad de las normas sancionadoras, prohibición de doble incriminación (*non bis in idem*), independencia de las responsabilidades, interdicción de la arbitrariedad en la imputación de cargos y la proporcionalidad de las sanciones⁶.

Justamente estos dos últimos principios son los que desarrollaremos en este trabajo, pues en el acápite siguiente analizaremos si fueron valorados y/o aplicados por la autoridad fiscalizadora al momento de imputar los cargos y de sancionar al médico sumariado.

a) Interdicción de la arbitrariedad

El artículo 19 N°2, inciso segundo, de la Constitución Política consagra este principio al señalar que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Esto, en el marco de la administración pública importa que en el ejercicio de sus funciones no podrá efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, lo que ocurre con aquellos actos que no tienen fundamento jurídico o carecen de fundamento racional.

Sobre el particular, en Dictamen N°4168 del año 2008, Contraloría General de la República ha manifestado que la ausencia de motivación del acto administrativo, constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo, ya que, tratándose de actos administrativos discrecionales, como es el caso, la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental. La motivación será entendida como la expresión formal de los antecedentes de hecho y de Derecho que sirven de fundamento a la resolución administrativa.

Ahora, la discrecionalidad según el concepto de profesor Silva Cimma⁷ consiste en definitiva que la autoridad administrativa tiene amplias facultades para ponderar la mayor o menor gravedad de las faltas y las circunstancias atenuantes o agravantes que las rodeen, como asimismo para resolver sobre el castigo a aplicar. Así, **discrecional será el acto que nace de esta inmensa**

⁶ Celis Danzinger, Gabriel. Op.cit. página 2 de este artículo.

⁷ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, La Función Pública*, Tomo IV, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

actividad estatal en que el órgano administrador lo dicta en función de administrar el Estado sin entrar necesariamente a ejecutar una norma preestablecida, sino que sencillamente persiguiendo la administración en sí.

En efecto, a menudo la autoridad administrativa necesita ejercer esta potestad disciplinaria en el marco de la administración del Estado que realiza, sin embargo, en ocasiones habrá actos que emanan de la mera voluntad de esa administración, al margen de la ejecución de un reglamento o dictamen. Esto, según sostiene Francisco Aldunate⁸ *“no quiere decir que el acto discrecional se otorga de manera arbitraria, es potestad de derecho, y como tal no puede transformarse en arbitraria, que sería precisamente la negación del derecho”*. Es decir, la autoridad administrativa al actuar no puede hacerlo al margen del derecho, por expreso mandato constitucional del artículo 6 de la Constitución Política, que supedita la actuación de los órganos del Estado a la misma y a las normas que se dicten conforme a ella, y garantizar así el orden institucional.

Por tanto, aun cuando la autoridad obre con cierto grado de independencia no podrá incurrir en arbitrariedades, ni menos dictar actos y/o resoluciones carentes de fundamentos, de hacerlo incurrirá en vicios legales que ameritan anular tales actos por infracción a las normas constitucionales mencionadas.

b) Principio de Proporcionalidad de las Sanciones

El *principio de proporcionalidad de las sanciones* se refiere a la relación de equidad que debe existir entre la gravedad de la infracción y la medida disciplinaria a aplicar, basada, por cierto, en el mérito del proceso y en las circunstancias modificatorias de la responsabilidad administrativa concurrentes⁹.

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 ordenamiento atribuye a los órganos administrativos¹⁰. En este

⁸ Aldunate Ramos, Francisco. *“Sumarios y Responsabilidad Administrativa”*. Editorial Libromar. Santiago, año 2019. Pág. 75.

⁹ Celis Danzinger, Gabriel. Op.cit. página 2 de este artículo.

¹⁰ García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo.

mismo sentido se ha pronunciado Alejandro Nieto, al sostener que este principio funciona como *límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones*¹¹.

Principio que tiene un reconocimiento expreso en el **artículo 121 inciso final del Estatuto Administrativo** consagra el *principio de proporcionalidad* de las medidas disciplinarias a aplicar y señala que *“la medida disciplinaria se aplicará tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias agravantes o atenuantes que arroje el mérito de los antecedentes”*, en armonía con el derecho al debido proceso previsto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política y el derecho a un racional y justo procedimiento aplicable a los procesos disciplinarios, que consagra el artículo 18 inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado N° 18.575.

La Contraloría ha hecho uso constante de este principio en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, considerando el amplio margen de acción que tienen los jefes de servicios para determinar el quantum de la sanción. En varios de sus dictámenes la Contraloría ha sostenido que la ponderación de los hechos y la determinación de la gravedad y grado de responsabilidad que en ellos cabe a los inculpadados, son materias cuyo conocimiento corresponde primariamente a los órganos de la Administración activa, de manera que sólo compete a dicha Entidad objetar la decisión del servicio si del examen de los antecedentes sumariales se aprecia alguna infracción al debido proceso, a la normativa legal o reglamentaria que regula la materia, o bien, si se observa la existencia de alguna decisión de carácter arbitrario (entre otros, dictámenes Nos. 4.767 y 65.855, ambos de 2012). Es en este último punto donde aparece la proporcionalidad con el objeto de encauzar el ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los márgenes de razonabilidad y evitar la arbitrariedad.

En resumen, el principio de proporcionalidad opera 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, ateniéndose al mérito del proceso.

14 edición, Madrid, Thomson, 2008. p. 484-487.

11 Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 243.

IV. CAUSALES DE IMPUTACIÓN EN EL CASO *SUB LITE*

La potestad sancionatoria se activó a través de la fiscalización que instruyó el Director del Hospital de Santiago Oriente Luis Tisné B., atribuyendo en la vista fiscal infracción del artículo 61° letra a) y c) y 64 letra a) del Estatuto Administrativo. Imputándose al Jefe de Turno del Servicio de Maternidad la falta de seguimiento del proceso de parto de la paciente y la falta de supervisión del personal becado, quien supuestamente habría aplicado la maniobra Kristeller, técnica proscrita.

Recordemos que, la vista fiscal formuló cargos solo por infracción al artículo 64 literales a) y b) del Estatuto Administrativo, concernientes a las obligaciones de control en su calidad de Jefe de Turno del Servicio de Ginecología y Obstetricia.

Ahora, para un adecuado análisis, abordaremos en qué consisten estas infracciones. El artículo 64° del Estatuto Administrativo, establece **obligaciones especiales** para las **autoridades y jefaturas**, como es la establecida en la letra a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos 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; y b) Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de obligaciones propias del personal de su dependencia.

Sobre estas causales, la Contraloría General de la República al sistematizar la Ley N° 18.834, ha interpretado que (con destacado nuestro); “*Letra a) La obligación de las autoridades de ejercer el control jerárquico sobre los funcionarios a su cargo -el que comprende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones pertinentes-, debe ser permanente lo cual requiere del despliegue de acciones propiciadas por las jefaturas y autoridades para que, actuando dentro de las competencias propias, alcancen la finalidad de conseguir una adecuada labor de las unidades a su cargo (17.215/2013, 65.718/2014, 40.520/2015).*

El cumplimiento de las obligaciones de carácter genérico que corresponde a una unidad dentro de un servicio, son de responsabilidad de su jefatura, correspondiendo a esta impartir las instrucciones precisas para su materialización y la asignación de las labores que debe cumplir el personal de su dependencia. No es lícito imputar a ese personal la falta del correcto funcionamiento del departamento o unidad en la que prestan sus servicios, salvo en aquellas funciones que le han sido encomendadas, o que le corresponden por la naturaleza de su empleo (3.415/2012).

La labor de las autoridades de efectuar el control jerárquico de su personal comprende el examen permanente del correcto y eficiente desempeño de los servidores a su cargo (33.453/2016)¹².

En cuanto al literal b) del artículo 64 la Contraloría ha interpretado que debe ponderarse la responsabilidad que le asiste a las jefaturas (4.828/2014). Y sostuvo en un caso en concreto que (con destacado nuestro): *“Le correspondería a la jefatura de la unidad competente solicitar o encargar la incorporación de ciertos datos o información al programa informático utilizado para un sistema de franquicias tributarias, omisión que configuraría una infracción a las obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas contempladas en las letras a) y b) del artículo 64 del Estatuto Administrativo, en virtud de las cuales estas deberán ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, y velar permanentemente por el cumplimiento de los planos y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones (3.415/2012)”*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sentencia rol N°2153-2012, la relación jerarquía *“entrega al superior una serie de potestades respecto del subordinado, (...) Estas son básicamente las de darle órdenes, revisar lo que hace, controlarlo y sancionar las infracciones a sus deberes, prohibiciones u obligaciones. Ahora, el control que deben ejercer las jefaturas es “permanente”, se extiende “a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”, y “a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos” (artículo 11, Ley N° 18.575)”*.

Luego, conforme al Dictamen N°28.477 de 2006 de la propia Contraloría, para que los funcionarios públicos cumplan, entre otras, las obligaciones indicadas, el empleador debe entregar las condiciones materiales, laborales y humanas básicas para desempeñar las labores específicas de la función y el cargo para el cual fueron designados, para así cumplir con el deber en que se encuentran las jefaturas.

Definidas estas causales, atendamos al caso en concreto. El médico fiscalizado en su defensa al cuestionamiento sobre el no seguimiento de la evolución del parto de la paciente y de la supuesta falta de supervisión del personal médico a su cargo indicó, primero, que al ingresar a sus labores y en cumplimiento de las obligaciones propias de su jefatura, recepciona el turno sin novedades, siendo

¹² Contraloría General de la República, Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado, Ley N° 18.834. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el D.F.L N°29 de 2004 del Ministerio de Hacienda.

informado que la paciente de iniciales B.T.F estaba evaluada y con resolución de parto vía vaginal, encontrándose supervisada y controlada por matrona y personal de enfermería, como suele ocurrir en los servicios de toda maternidad. Matrona ante cualquier evento estaba autorizada a solicitar la presencia del médico del equipo y/o del jefe de turno si el caso lo hubiera requerido, lo que no aconteció, sino hasta el parto mismo.

Por lo mismo, un seguimiento personalizado de la paciente no hubiese modificado en nada los hechos acaecidos, dado que, hasta el parto no hubo anomalías en la atención brindada, ya que el accidente obstétrico grave ocurrió en la fase expulsiva. Ahora, cuando fue requerido a pabellón por la rotura uterina diagnosticada, concurrió de inmediato, colaborando con la dra., a cargo y junto al equipo quirúrgico, salvaron la vida de la paciente y del recién nacido, habiendo actuado rápida, oportuna y eficientemente, hasta la total recuperación de la paciente, incluye el seguimiento post operatorio.

Exigir la autoridad fiscalizadora, que el jefe de turno debió haber hecho seguimiento personalizado y permanente a la paciente, lo obligaba a desentender sus demás funciones en calidad de jefe del servicio. Médico estaba a cargo del Policlínico de Urgencia con un ingreso promedio de 100 consultas diarias y de 20 partos diarios, caracterizado -según prueba- por ser una unidad de alto riesgo obstétrico. Entre sus funciones se encontraban designar equipos quirúrgicos, designar rotaciones para la atención del Policlínico de urgencia, concurrir a los llamados de otros servicios interconsulta, concurrir y apoyar a sus subalternos cuando es requerido y la solución de cualquier otro problema administrativo que surja, entre otras.

Por otro lado, en cuanto a la falta de supervisión del personal y de los becados especialmente, por cuanto este último, practicó supuestamente la maniobra Kristeller, la defensa se basó en sostener, que no desconoce su obligación de supervisión del personal que le asiste, pero ello no implica hacerse cargo o aprobar todas y cada una de las decisiones que adoptaron los profesionales subalternos, pues ellos tienen conocimientos técnicos para obrar, además, al conocer que un becado realizaría un fórceps en este caso, delegó e instruyó a la dra., a cargo del parto a supervisar la maniobra, quien gozaba de las mismas competencias clínicas que él para evaluarlo, por tanto, obró dentro de lo permitido, pues se permite la delegación de facultades.

Un punto interesante en la imputación de cargos que hizo el fiscal, fue afirmar la realización de la maniobra Kristeller, pese a que fue negado por el

médico becado sindicado como responsable de ejecutarla, siendo cuestionable la afirmación de la autoridad sancionatoria, dado que no hubo acreditación de su ocurrencia y, en el supuesto de haber ocurrido, de todos modos, los informes clínicos -auditoria y peritaje incorporados- fueron concluyentes que dicha técnica no era reprochable en abstracto, que requería criterio y buena técnica en su ejecución.

Pero se insiste en que no consta de la prueba incorporada al sumario que se haya realizado dicha maniobra por el profesional becado.

V. CONCLUSIONES

La potestad sancionatoria es y será ejercida por la administración del Estado cada vez que se incurra por los profesionales de salud en infracción a sus deberes funcionarios, conforme al procedimiento reglado y sistematizado en la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, con apego a los principios jurídicos que nos impone la Constitución y los consensuados por nuestra doctrina y jurisprudencia, según reparamos.

No obstante, 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 los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad de las sanciones, especialmente, juegan un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción.

Esto a raíz del caso en estudio, pues advertimos que lo cuestionado por el Servicio de Salud no fueron las competencias técnicas y la resolución clínica del parto del Dr. de iniciales A.R.T, ya que él concurrió al llamado de urgencia ante la rotura uterina y resolvió de forma eficiente este, salvando la vida del recién nacido y de la madre. Sino que, la imputación de cargos obedeció al solo hecho de detentar una jefatura, exigiéndole una actuación personalizada en la atención de la paciente pese a no evidenciar anomalías en el proceso, sino no hasta la fase expulsiva, requiriendo una actuación *ex ante* del facultativo, exigiendo más allá de las facultades que le imponía su cargo, pues no solo lo obligaba a responder de las funciones propias de su jefatura de turno sino a brindar una atención personalizada a una paciente en particular, desatendiendo las características propias del servicio de maternidad, a saber, la cantidad de

consultas y partos diarios en un servicio de alto riesgo obstétrico, las funciones administrativas asociadas a su jefatura. Entonces, surgen las siguientes interrogantes *¿debió el médico en cuestión, priorizar el interés de esa sola paciente o atender al interés general de toda la Unidad de Ginecología y su buen funcionamiento? ¿Era realmente reprochable que él no asistiera a la paciente en su evolución de parto, cuando hubo delegado aquella función en profesionales con competencias para ello, siguiendo el protocolo existente, entregando a la matrona dicho control?*

Un análisis en un sentido estricto, con apego a las normas y principios jurídicos en estudio, nos indica que lo obrado por el doctor sumariado se hizo en el sentido correcto, dando cumplimiento tanto a sus funciones en calidad de jefe de turno del servicio de ginecología y obstetricia, como de médico especialista en la resolución del caso clínico, habiendo actuado la administración en este caso en específico, con discrecionalidad al momento de sancionar al facultativo, pues no hubo fundamento para ello, especialmente considerando las pruebas incorporadas en el proceso, que demostraban haber actuado conforme a los protocolos, con prontitud y eficiencia en la resolución clínica del parto, con apego a la *lex artis* y sobre todo velando por el interés general y abogando por el buen funcionamiento del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital. Afortunadamente en el caso sumariado, se obtuvo por la defensa la absolución del médico, a raíz de la impugnación de la resolución sancionatoria dictada por el fiscal (reposición), habiendo el superior jerárquico resuelto en términos que respondían al análisis de los medios probatorios, y ponderando si resultaba procedente una medida disciplinaria, la que finalmente descartó para el jefe de turno y todo el equipo clínico involucrado.

Sumado a ello, la incorporación de medios de prueba en el procedimiento sumarial o dar cuenta de la falta de este, es de suma relevancia, pues en el caso se sancionó en una primera instancia sobre un supuesto o la eventualidad de haberse ejecutado la maniobra de Kristeller, pese a que no se acreditó su realización. Aquí nuevamente hay un sesgo de discrecionalidad sin apego a las normas y principios, pues no puede sustentarse una sanción sobre un supuesto o posibilidad de ocurrencia, ello contraviene la ley.

En consecuencia, ante un procedimiento administrativo disciplinario incoado, sea investigación sumaria o sumario propiamente tal, instruido por el Director del Hospital, o el Servicio de Salud o Contraloría General de la República, es necesario la defensa del investigado, pero como vimos, especialmente a que este procedimiento se desarrolle en forma objetiva, con criterio, atendiendo

a la gravedad de los hechos, con apego a los principios jurídicos revisados, aplicando sanciones o medidas disciplinarias si el caso lo amerita, pero que sean proporcionales a la gravedad de los hechos acaecidos.

El llamado es a la revisión del o los cargos imputados, de los antecedentes de hecho y de derecho que se citen, dar cuenta del tipo legal infraccionado con expresión de la norma infringida, pero no basta enunciar o citar la norma, sino que la autoridad administrativa debe (imperativamente) explicar cómo se produce la infracción del deber funcionario y cómo los hechos acaecidos se enmarcan en los supuestos normativos, bastándose a sí misma, de tal forma que puesto en conocimiento del médico fiscalizado conozca exactamente que conductas son las cuestionadas, solo así se cumple el deber de motivación que se le exige a la autoridad administrativa, conforme a los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental.

De ahí que la ponderación de los medios de prueba reviste también interés a la hora de determinar si es o no procedente la sanción. Ergo, a nuestra interrogante formulada al inicio de este trabajo, la respuesta es que la actuación de la administración sí reconoce límites en su potestad sancionatoria y debe abogarse porque así se aplique.

COMENTARIO MÉDICO FINAL

Reflexiones sobre el caso desde la perspectiva obstétrica

El caso analizado presenta una situación paradigmática que ilustra las tensiones inherentes a la práctica obstétrica en hospitales docente-asistenciales de alta complejidad. Una paciente multípara, con embarazo de término y sospecha de macrosomía fetal, presenta una rotura uterina durante un parto que se intentó resolver por vía vaginal con instrumentación (espátulas de Thierry). El accidente obstétrico fue manejado exitosamente mediante cesárea de urgencia, salvándose la vida de la madre y del recién nacido.

Lo que resulta cuestionable es la imputación administrativa que se hizo al médico jefe de turno, a quien se le reprochó no haber realizado un seguimiento personalizado de la paciente y no haber supervisado adecuadamente al médico becado. Desde la perspectiva de la práctica obstétrica, estas imputaciones merecen un análisis crítico:

La imposibilidad física del control personalizado permanente

Exigir que un jefe de turno realice vigilancia personalizada y permanente de cada paciente en trabajo de parto desconoce la realidad operativa de un servicio de maternidad de alta complejidad. Con 100 consultas diarias y 20 partos por turno, el jefe de turno debe distribuir su atención entre múltiples demandas simultáneas. La estructura organizacional del servicio —con matronas a cargo de la vigilancia continua del trabajo de parto y médicos residentes para la atención directa— responde precisamente a esta necesidad de distribución racional del recurso humano especializado.

En el caso concreto, la paciente estaba siendo controlada por matrona y tenía una evolución normal hasta el momento del expulsivo. No existían signos de alarma que justificaran la intervención anticipada del jefe de turno. Cuando se presentó la complicación, el jefe de turno acudió de inmediato al llamado y participó activamente en la resolución quirúrgica exitosa del caso.

La delegación de funciones como elemento esencial de la organización sanitaria

La delegación de funciones no solo es lícita sino indispensable para el funcionamiento de cualquier servicio de salud. El Estatuto Administrativo chileno reconoce las obligaciones de las jefaturas en términos de control jerárquico, pero este control no puede interpretarse como la obligación de realizar personalmente cada acto médico o supervisar presencialmente cada procedimiento.

En este caso, el jefe de turno delegó la supervisión del parto instrumentado en una médica especialista que “gozaba de las mismas competencias clínicas que él para evaluarlo”. Esta delegación fue apropiada y ajustada a derecho. La responsabilidad del jefe de turno consiste en asegurar que existan los mecanismos de supervisión adecuados, no en ejecutar personalmente cada supervisión.

La formación de especialistas como responsabilidad institucional

Los hospitales docente-asistenciales tienen el mandato de formar nuevos especialistas. Esta función no puede ejercerse sin permitir que los residentes realicen procedimientos bajo supervisión apropiada. Pretender que el jefe de turno supervise personalmente cada acto de cada residente haría imposible

la formación especializada y, paradójicamente, terminaría perjudicando la calidad de la atención médica a mediano y largo plazo por falta de nuevos especialistas.

El sistema de formación por residencia contempla niveles de autonomía progresiva precisamente porque reconoce que el aprendizaje requiere la oportunidad de actuar con creciente independencia. La responsabilidad del sistema formativo es asegurar que esta autonomía progresiva ocurra en un marco de seguridad, con supervisores disponibles y protocolos claros de actuación.

La rotura uterina como accidente obstétrico

La rotura uterina es una complicación obstétrica grave pero reconocida como parte de los riesgos inherentes al parto, especialmente en situaciones de parto instrumentado o cuando existen factores predisponentes como la macrosomía fetal. Su ocurrencia no implica necesariamente negligencia médica. Lo relevante para evaluar la actuación del equipo es la respuesta frente a la complicación: diagnóstico oportuno, intervención quirúrgica inmediata y resultado favorable para madre e hijo.

En este caso, la actuación del equipo —incluido el jefe de turno— fue acertada: la complicación fue diagnosticada rápidamente por la médica a cargo, se realizó cesárea de urgencia de inmediato con participación del jefe de turno, y se logró salvar la vida de ambos pacientes. Este resultado favorable es testimonio de un equipo que funcionó correctamente ante una emergencia obstétrica.

La necesidad de no judicializar ni administrativizar los eventos adversos evitables

Un aspecto preocupante de este caso es la tendencia a buscar responsables individuales frente a todo evento adverso, sin considerar adecuadamente el contexto organizacional, las limitaciones de recursos y la naturaleza inherentemente riesgosa de la práctica obstétrica. Esta tendencia genera efectos deletéreos:

- **Medicina defensiva:** los profesionales tienden a evitar situaciones de riesgo, derivando casos que podrían manejar o realizando intervenciones innecesarias para “cubrirse”.

- **Deterioro de la docencia:** los especialistas pueden volverse reticentes a supervisar residentes en procedimientos complejos por temor a ser responsabilizados de sus errores.
- **Ocultamiento de eventos adversos:** el temor a sanciones dificulta el reporte y análisis de eventos adversos, impidiendo el aprendizaje institucional.
- **Desmotivación profesional:** la percepción de injusticia genera desánimo en profesionales que trabajan en condiciones demandantes.

CONCLUSIÓN

La absolución del médico jefe de turno en este caso representa un reconocimiento de que la imputación inicial careció de fundamento suficiente. El profesional actuó conforme a sus funciones, respetó los protocolos establecidos, delegó apropiadamente en personal competente, y respondió con prontitud y eficacia cuando fue requerido ante la emergencia.

Este caso debe servir como reflexión para las autoridades sanitarias y judiciales sobre la necesidad de comprender cabalmente la complejidad de la organización del trabajo médico antes de formular imputaciones. Los servicios de urgencia obstétrica funcionan bajo una lógica de distribución de funciones, supervisión escalonada y trabajo en equipo que no puede ser evaluada con criterios simplistas que busquen responsabilizar al jefe de turno por todo evento adverso ocurrido durante su guardia.

La formación de especialistas en hospitales docente-asistenciales es una función esencial del sistema de salud que requiere permitir espacios de aprendizaje controlados. Cuando estos espacios se estructuran con supervisión apropiada, protocolos claros y disponibilidad de respaldo especializado, los beneficios para el sistema de salud superan largamente los riesgos. Criminalizar o sancionar administrativamente a quienes ejercen funciones de jefatura por complicaciones que ocurren en contextos de supervisión apropiada termina perjudicando la formación de nuevos especialistas y, en última instancia, la calidad de la atención de salud.

Dr. Carlos Barrera Hermosilla
Especialista en Medicina Materno Fetal

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Aldunate Ramos, Francisco. "Sumarios y Responsabilidad Administrativa". Editorial Libromar. Santiago, año 2019.
2. Celis Danzinger, Gabriel. "Derecho Administrativo Disciplinario". Segunda Edición, Thomson Reuters. Santiago.
3. Celis Danzinger, Gabriel y Barra Gallardo, Nancy, Manual de Responsabilidad administrativa, Thomson Reuters. Santiago.
4. Contraloría General de la República, Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado, Ley N° 18.834. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el D.F.L N°29 de 2004 del Ministerio de Hacienda.
5. García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo. 14 edición, Madrid, Thomson, 2008.
6. Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid, p. 243.
7. Hofmeyr GJ, et al. Cochrane Database Syst Rev. 2017. PMID: 28267223
8. Malvasi A, et al. J Matern Fetal Neonatal Med. 2019. PMID: 29466899
Review. *Kristeller maneuvers or fundal pressure and maternal/neonatal morbidity: obstetric and judicial literature review.*

VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Abogada Francesca Coghlan Orrego¹

Abogada Mónica Madariaga Suárez²

Dra. Carolina Orellana Campos³

COMENTARIO MÉDICO

La Sociedad Chilena de Ginecología y Obstetricia, es una organización que agrupa alrededor de 600 especialistas a nivel nacional. Ha participado en la discusión, asumiendo el mandato internacional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), intentando promover el modelo y término de “parto personalizado” o “parto respetado”, una atención que considera la autonomía de la mujer, sus necesidades y su contexto particular.

¹ Autora: Abogada Universidad Adolfo Ibáñez, Mención en Derecho Público. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Diplomada en Prevención y protección en contra de la violencia, Universidad de Los Andes; Diplomada en Género, Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile; Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile; Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente es abogada Jefa de la Unidad de Defensa de Género. Área de práctica: Unidad de Defensa de Género, fcoghlan@falmed.cl.

² Autora: Área de práctica: Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad Adolfo Ibáñez. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Diplomada en Derecho Administrativo, Universidad Católica de Temuco; Diploma en Responsabilidad Administrativa y Sumario Administrativo en el Sector Público, Universidad de Concepción; Curso Afrontar y Combatir la Violencia de Género, Amnistía Internacional; Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez; Curso Estatuto Administrativo, Thomson Reuters; Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile. Área de práctica: Unidad de Defensa de Género, mmadariaga@falmed.cl.

³ Colaboradora: Médica ginecoobstetra y subespecialista en ginecología pediátrica y de la adolescencia. Jefa de la Unidad de Ginecología, Hospital Roberto del Río. Exencargada nacional del Programa de Adolescencia, Ministerio de Salud (2022 - 2025). Tesorera del Directorio de SOCHOG.

Inicialmente, SOCHOG planteó que se reemplazara en la discusión el término “violencia obstétrica”. Sin embargo, al correr de los años y entendiendo los momentos históricos y políticos, se asumió que el término VGO fue el que se impuso. Fue entonces que debido a la demora del trámite y falta de apoyo del proyecto de “Ley Adriana”, la “violencia ginecoobstétrica”, en marzo de 2024 se incorporó en el Artículo N°6 de la Ley General de Violencia contra la Mujer N° 21.675, como la novena forma de violencia de género. Esta ley finalmente es la que se publicó en marzo de 2024.

La SOCHOG proclama que los principios básicos deben ser el buen trato, la comunicación efectiva, el respeto y la seguridad, para que la atención ginecoobstétrica sea una experiencia positiva. Pero cree que la experiencia de la atención recibida es tan importante como la prestación de los cuidados clínicos para alcanzar los resultados deseados centrados en la persona y mantener los buenos resultados de salud perinatal que ha logrado Chile en los últimos 50 años.

Dra. Carolina Orellana Campos

INTRODUCCIÓN

La violencia obstétrica constituye una forma específica de violencia de género que se manifiesta en el ámbito de la atención en salud sexual y reproductiva, especialmente durante el embarazo, parto, puerperio y aborto. Esta violencia, muchas veces naturalizada o invisibilizada, vulnera derechos humanos fundamentales reconocidos por el derecho internacional y constitucional, como el derecho a la integridad física y psíquica, a no ser discriminadas y a vivir una vida libre de violencia. Forma parte del continuo de violencia que atraviesa la vida de las mujeres y que se profundiza cuando intersecta con condiciones de vulnerabilidad como la pobreza, la pertenencia a pueblos originarios, o la orientación sexual disidente, entre otros.

Este capítulo tiene por objeto examinar la violencia obstétrica desde el marco jurídico, utilizando para ello la normativa vigente, la jurisprudencia y el proyecto de ley conocido como “Ley Adriana”. Pretendemos que este análisis aporte a la construcción de una atención en salud basada en el respeto, la autonomía y el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencia, en el ámbito de su embarazo, parto, puerperio y aborto.

I. DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Desde el punto de vista jurídico, la violencia obstétrica ha comenzado a adquirir reconocimiento normativo en América Latina a través de leyes específicas que la definen y sancionan como una modalidad de violencia de género. En el caso chileno, el Proyecto de Ley N° 12148-11, conocido como “Ley Adriana”, en trámite legislativo, constituye el primer intento formal por establecer un marco normativo específico. En su artículo 3, define la violencia ginecoobstétrica como: *“todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, omisión, discriminación o negación injustificada que suceda durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, parto, postparto o aborto [...] en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer u otra persona gestante”* (Proyecto de Ley N° 12148-11, art. 3).

Este proyecto incorpora una serie de principios interpretativos, entre ellos la dignidad en el trato, la autonomía, la privacidad y confidencialidad, el respeto a la interculturalidad y una interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (art. 2). Asimismo, establece actos concretos que constituyen violencia obstétrica, tales como: la episiotomía y la maniobra de Kristeller sin consentimiento informado, la esterilización forzada, la utilización del caso clínico con fines docentes sin autorización, la aceleración injustificada del parto, la realización de procedimientos sin explicar ni respetar la voluntad de la paciente, entre otros (art. 4).

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico la violencia obstétrica se encuentra establecida en la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género la cual define violencia de género como: *“cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello”* (artículo 5).

Además, define expresamente la violencia ginecoobstétrica, indicando que esta es *“todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica.”* (artículo 6 número 9), lo cual es concordante con la definición que, por ahora, contiene el proyecto de ley conocido como Ley Adriana.

Resulta relevante que la ley que regula la violencia contra la mujer contemple la violencia ginecoobstétrica, ya que, como se indicó, la misma es parte del continuo de violencias a la que las mujeres están expuestas a sufrir durante el transcurso de su vida y, como tal, requiere un reconocimiento y tratamiento diferenciado de otras formas de violencias.

Sobre cómo se manifiesta la violencia obstétrica en Chile no existe, actualmente, un listado taxativo que contemple las prácticas que podrían constituir la misma, por lo que debemos tener presente el correcto uso de la *lex artis* médica para la situación en particular. Podemos utilizar como guía la literatura disponible, así como la información que se ha presentado durante la tramitación del proyecto de la denominada “Ley Adriana” (aún en tramitación), por ejemplo, en la misma se encuentran contemplados como ejemplos de violencia obstétrica procedimientos no consentidos como episiotomías rutinarias, tactos vaginales reiterados, maniobras como la de Kristeller, cesáreas innecesarias, la administración de medicamentos para acelerar el parto, entre otras, todo ello sin la justificación médica necesaria. También se incluye el maltrato verbal, infantilización, negación del dolor, desinformación, exposición innecesaria del cuerpo, y separación injustificada del recién nacido.

Las consecuencias psicosociales de estas prácticas son significativas. La literatura reporta altos niveles de trastornos de estrés postraumático, ansiedad, depresión postparto, disfunciones sexuales, problemas de vínculo con el recién nacido y pérdida de confianza en el sistema de salud (Sadler et al., 2016; Castro y Rates, 2022). La experiencia del parto, lejos de constituirse como un hito positivo, puede transformarse en un evento traumático y de sufrimiento prolongado para la paciente.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Actualmente, no existe un marco normativo expreso que regule el tratamiento de la violencia obstétrica. Sin embargo, sí existe reconocimiento legal de su concepto legal, como indicamos en el título anterior. Además, la ya citada Ley N° 21.675 modifica el Código Penal incorporando una agravante vinculada a la materia, indicando que esta consiste en: “24ª. *Cometer el delito en el marco de conductas activas constitutivas de violencia ginecoobstétrica, en su calidad de trabajadores de salud pública o privada, durante la atención de la gestación,*

preparto, parto, postparto y aborto, en las causales establecidas en la ley en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer”.

Ello implica que, al cometerse un delito, por ejemplo, asociado a negligencia médica y que este, además, constituya hechos de violencia obstétrica, podrá aplicarse la referida agravante. Nos parece relevante indicar que, para que pueda hacerse aplicable la referida agravante, no bastará la infracción a la *lex artis* que pueda constituir negligencia médica, sino que dicha infracción debe, además, ser acompañada por hechos que por sí mismos constituyan violencia ginecoobstétrica, según la definición que contempla la Ley N° 21.675, ya revisada.

A mayor abundamiento, en la actualidad, no contamos con un procedimiento específico para conocer hechos de presunta violencia ginecoobstétrica sino que la misma se conocerá como agravante dentro del respectivo proceso penal, o bien, como un elemento adicional a valorar dentro del procedimiento civil respectivo, como veremos a continuación.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- a) **Sentencia en causa Rol 147.531-2023 de la Corte Suprema.** En esta sentencia, la Excelentísima Corte Suprema conoce de un recurso de casación interpuesto en contra una sentencia definitiva dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, en un proceso de indemnización de perjuicios por falta de Servicio en contra del Servicio de Salud O'Higgins. El caso se produce en el contexto de una solicitud de atención de urgencia derivada de un dolor abdominal agudo, observándose un trabajo de aborto en evolución, en madre primigesta, con un embarazo de 19 semanas más 2 días. Por ello, se traslada de Hospital en el cual se determina que se trataba de un trabajo de aborto inevitable. Por ello, se realizó el manejo correspondiente. Sin embargo, la paciente no fue informada sobre el hecho que su bebé nació vivo y sobrevivió por cerca de una hora en la cual no tuvo ningún contacto con el mismo.

La Corte indica que *“los sentenciadores de base estimaron que no se configuró la falta de servicio respecto de la atención médica recibida por la actora, porque aquella fue atendida por los facultativos de que disponían, prestándosele la atención conforme a las condiciones que presentaba”*, por lo que no existió, en el caso concreto, una infracción a la *lex artis* médica en cuanto al manejo médico, ya que se trató de un aborto espontáneo. Sin embargo, ello no

obsta la responsabilidad por no haberle informado a la paciente que su hijo había nacido vivo, pues se le dijo que había sido nonato. Esta situación fue calificada por la sentencia de primera instancia como: *“una situación de negligencia y violencia obstétrica, que infringe la normativa existente sobre el particular, y configura una fuente de responsabilidad”*, lo que es confirmado por la sentencia de la Corte Suprema que indica que: *“la errónea extensión del certificado, no es lo que constituye la falta de servicio sino el que hecho que debido a esa circunstancia, la actora se percató que no había recibido la información real a la que tenía derecho, esto es, que su hijo nació vivo y murió una hora más tarde, lo cual fue calificado por los jueces de base como una “negligencia y violencia obstétrica, que infringe la normativa existente sobre el particular” y que amerita sea reparada”* [sic]. Lo anterior se señala a propósito de alegaciones de la demandada relativas a la falta de nexo causal entre el certificado de defunción extendido de manera errónea y los perjuicios sufridos por la demandante, aclarando la Corte que lo relevante no es el error en la extensión del certificado sino que dicho hecho hizo que la paciente se percatara de que su hijo había nacido vivo y había sobrevivido una hora, sin haber podido tener contacto con él.

b) Sentencia en causa Rol C-4601-2023 del 2º Juzgado de Letras de La Serena.

En el presente caso, el Tribunal se pronuncia sobre una demanda por indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Servicio de Salud de Coquimbo y en subsidio por responsabilidad contractual. En el caso en comento la demandante, quien es menor de edad y que cursaba un embarazo de 39 semanas, demanda indicando negligencia médica y, además, violencia obstétrica. Relata que ingresa al Hospital de Vicuña por haberse roto la membrana ovular. Posteriormente, es trasladada al Hospital de La Serena y es ingresada a maternidad, pero se le prohíbe el ingreso a su madre. La madre de la paciente indica que estuvo constantemente preguntando por el estado de salud de su hija, sin tener respuesta. En este contexto, la demandante indica que el personal de salud del Hospital le dijo a su madre que *“su hija sería hospitalizada y que se le trataría como una persona más, ya que no es una niña pues se embarazó”* y que por tanto *“no tendría ningún trato especial”*. La paciente indica que la matrona había tenido un trato vejatorio con ella, utilizando frases y expresiones humillantes por su condición de mujer y niña y que pese a los fuertes dolores que experimentaba, no recibía ayuda de enfermeras ni de matronas quienes la tildaron de exagerada e incluso proferían frases

humillantes en su contra como “¿qué? ¿acaso no te gustó?”, entre otras. Además, durante la atención de su parto, señala que, sin su autorización, una matrona y seis alumnos en práctica le realizaron tacto para adivinar cuántos centímetros de dilatación tenía.

Adicionalmente a los hechos constitutivos de violencia obstétrica, la demandante señala que se le dejaron restos ovulares en el organismo, lo que le generó diversas complicaciones de salud posteriores al parto. Que toda esta situación le generó un cuadro depresivo, indicando que su parto y postparto había sido una experiencia traumática, solicitando \$45.000.000 de indemnización de perjuicios.

Pese a todo, en la causa no se logra probar la violencia obstétrica, existiendo, a juicio del Tribunal, declaraciones contradictorias en los mismos testigos de la demandante. Además, indica que el informe psicológico presentado por la misma señala más bien una situación propia de lo difícil que resulta un embarazo en etapa de adolescencia, por lo que se descarta la violencia obstétrica.

Sin embargo, el Tribunal condena a \$5.000.000 por indemnización de perjuicios al Hospital, en razón de que la endometritis puerperal que presentó se debió a la retención de fragmentos placentarios y que ello es atribuible a fallas, deficiencias y omisiones en el servicio prestado.

Existe, entonces, una clara diferenciación entre la violencia obstétrica, por una parte, y el mal manejo clínico de la paciente, siendo situaciones que ameritan una valoración probatoria, un razonamiento jurídico y un *quantum* de indemnización diferenciado. Observamos que, el hecho de que exista una *mala praxis* o un mal manejo en la atención del parto o postparto no implicará necesariamente violencia obstétrica, y que, para que se acredite la misma, esta debe probarse a través de hecho que sean constitutivos de la misma, como los relatados por la demandante, los cuales en autos no lograron acreditarse. Actualmente, la presente causa se encuentra en la Corte de Apelaciones respectiva.

- c) **Sentencia en causa Rol 94300-2021 de la Corte Suprema.** Esta causa se inicia por una demanda de indemnización de perjuicios como consecuencia de la falta de servicio en contra del Hospital San Camilo de San Felipe y el Servicio de Salud de Aconcagua. La acción fue interpuesta por los padres de la niña, quien nació pesando 4360 g, por sí y en representación de ella con ocasión del parto. Sostienen que la madre habría sido víctima de

violencia obstétrica en un parto de extracción difícil, sin anestesia. Por otro lado, señalan que, por deficiente atención médica le produjo a la niña una lesión neurológica permanente diagnosticada como “*parálisis braquial obstétrica derecha C5 T1*” producto de una retención de hombros que presentó. Los demandados negaron toda responsabilidad, aduciendo que la retención de hombros se trató de una urgencia obstétrica imprevisible para el personal, actuando conforme a la *lex artis* médica y logrando salvar a la hija y a la madre. Al ser rechazada la pretensión en primera instancia, los demandantes recurren ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmando la sentencia apelada.

La Excelentísima Corte Suprema en su análisis se refiere a la “Guía Clínica Perinatal”, elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2003 (vigente a la época de los hechos), que contiene recomendaciones al equipo de salud para el momento del embarazo, parto y posparto y contiene un protocolo de manejo de retención de hombros. Una de las recomendaciones que resalta la Corte es la de prever esta complicación en caso en que el feto pese más de 4.000 gramos, por lo que el personal del hospital debía en este caso anticipar una mayor posibilidad de ocurrencia del riesgo de esta complicación y adoptar el protocolo recomendado. Lo anterior no ocurrió debido a que el parto no fue asistido por un médico obstetra, sino que por una matrona, y este además se ejecutó sin anestesia. Adicionalmente, desecha los argumentos entregados por los demandados tales como el hecho de que se trató de un parto intempestivo, al haber transcurrido siete horas entre la hospitalización de la madre y el ingreso a la sala de partos —que aducían los demandantes que fue la razón para no otorgarle anestesia—, o que el médico obstetra tuviese que cumplir con otras obligaciones al momento del parto. Así, la Corte sostiene que efectivamente existe una falta de servicio atribuible al Estado.

En cuanto al vínculo causal, el Tribunal Supremo analiza separadamente la parálisis braquial padecida por la niña y las consecuencias soportadas por su madre respecto de la violencia obstétrica alegada. Respecto del primer punto, señala que, al ser las obligaciones médicas de medios y no de resultados, con el solo incumplimiento se verifica el nexo causal.

En lo que respecta a la violencia obstétrica alegada, se refiere someramente al mencionar que la omisión de la obligación legal de dar analgesia a la madre. En ese sentido, la analgesia en el parto es una prestación contenida en el régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES) establecida en la Ley

N° 19.966. Esta obligación tiene como fin evitar el dolor físico en el parto y en la especie se trató de uno especialmente doloroso que se extendió durante 45 minutos con un desgarro de horquilla.

Respecto del daño moral, nuevamente es necesaria la distinción entre las consecuencias en la niña y la violencia obstétrica sufrida. Así, el tribunal condena al Servicio de Salud de Aconcagua a pagar, a título de indemnización del daño moral, la suma de \$30.000.000 a la niña, \$10.000.000 a la madre, y \$5.000.000 al padre.

En la sentencia de primera y segunda instancia no se aborda el concepto de violencia obstétrica. Se limitan a rechazar la demanda de indemnización aduciendo que corresponde a la parte demandante acreditar la falta de servicio y que la prueba rendida por esta parte resulta insuficiente para acreditar y establecer la falta de servicio.

Por lo tanto, la violencia obstétrica en este caso se refiere la falta de administración de anestesia, que le produjo un parto doloroso, enmarcándose en la definición entregada al inicio de este capítulo como “negación injustificada”. Este intenso sufrimiento físico producto de la violencia obstétrica fue avaluado en la suma de \$5.000.000.-

- d) **Sentencia 7090-2022 de la Corte de Apelaciones de Santiago.** En este caso, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago conoce de un recurso de apelación interpuesto por la demandante y la demandada en contra de la sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago que acoge parcialmente la acción deducida, condenando a la Clínica Indisa a pagar a la demandante el monto de \$15.000.000 por concepto de indemnización de perjuicios por concepto de responsabilidad contractual, determinando que la demandada incumplió la obligación de proporcionar información oportuna y comprensible sobre el estado de salud y opciones de tratamiento.

En cuanto a los hechos que fundan la pretensión de la demandante, ella ingresó aproximadamente a las 23:59 horas al servicio de urgencia de la Clínica, refiriendo a la enfermera sufrir de embarazo ectópico y que el motivo de la consulta era dolor en el vientre bajo, ubicándolo en su lado derecho al momento de ser auscultada. Se le hizo examen abdominal y ginecológico, descartándose dolor agudo y la presencia de una complicación en ese momento, por lo que no se realizó una intervención quirúrgica. Al regresar a su casa, los dolores se intensificaron. Luego de ir a dejar a su hija al jardín y a trabajar concurrió al servicio de urgencia de otra

clínica a las 10:00, siendo intervenida a las 20:00 horas de un embarazo ectópico lado izquierdo.

La demandante señala que hubo error de diagnóstico por parte de la Clínica, por cuanto se señaló embarazo ectópico en trompa uterina derecha, en circunstancias que era la izquierda y que se le indicó que esperara tener un aborto espontáneo. Por otro lado, la demandada y también recurrente asevera que cumplió con todos los protocolos en la atención de la paciente, entregándole atención en el servicio de urgencia y realizando todos los exámenes correspondientes para establecer un diagnóstico. Así, señala que no existió error en el diagnóstico, ni tampoco incumplimiento ni daño.

La incorporación de la violencia obstétrica en este caso surge ya que la parte demandante recurre a la sentencia de primera instancia aduciendo que, si bien la sentencia de primera instancia acogió parcialmente sus pretensiones, omitió pronunciamiento respecto incumplimientos denunciados, entre estos, al requerimiento de aplicar la perspectiva de género como herramienta normativa al señalar que la conducta adoptada por el demandado es constitutiva de violencia obstétrica. Señala que es necesaria como elemento de análisis, siendo insuficiente la reducción del daño moral al malestar causado. La demandante cita tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por Chile relativos a la violencia de género. Además, la sentencia de primera instancia habría omitido pronunciarse respecto de la vulneración de su derecho a la autodeterminación.

Respecto al error en el diagnóstico denunciado, la Ilustrísima Corte de Apelaciones en primer lugar señala que no queda claro de la pretensión de la demandada si es por el hecho de no haberse realizado una intervención quirúrgica o en la errónea lateralidad del embarazo ectópico. Así, se refiere a la Norma General Técnica N° 119 del Ministerio de Salud, invocada por el demandante, de *“Orientaciones técnicas para la atención integral de las mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas”* que contiene el tratamiento del embarazo ectópico. La norma señala importante saber elegir a la paciente que es susceptible de ser tratada médicamente o quirúrgicamente y que cuando este tipo de embarazo no es complicado, no se aconseja realizar tratamiento quirúrgico, sino médico, salvo que exista dolor intenso. Por lo tanto, de acuerdo a los exámenes y atenciones

realizadas en la clínica, respecto de la falta de intervención quirúrgica, no existió error en el diagnóstico. Respecto al error en la lateralidad del embarazo, tampoco es suficiente para acreditar error en el diagnóstico, que corresponde a un embarazo ectópico de acuerdo a los exámenes realizados. Por lo demás, se le habría indicado a la demandante volver al servicio de urgencia de la demandada si presentaba dolor agudo abdominal para una intervención quirúrgica. Por lo tanto, la Corte señala que la demandada habría empleado la diligencia debida, revocando la sentencia en lo apelado por la demandada. Así, a propósito del deber de información, tampoco se probó que tal obligación fuera incumplida, puesto que se le explicó a la demandante el diagnóstico y la falta de necesidad de ser intervenida.

En cuanto a la aplicación de la perspectiva de género, la Corte señala que en relación a esta herramienta de análisis en cuanto a la violencia obstétrica alegada, no se encuentra desarrollado en su libelo de qué manera esta última se habría producido ni cómo se debería incorporar la normativa en este caso. Actualmente, la sentencia fue recurrida y se encuentra en acuerdo.

No existiría entonces, una clara enunciación por parte de los tribunales de si se produjo o no violencia obstétrica. Sin embargo, respecto del análisis de este caso, se podría incorporar en la falta de información para analizar si efectivamente existió una negación injustificada que pudiese haber evitado el sufrimiento de la paciente. Tal como señala la norma General Técnica N° 119 del Ministerio de Salud, respecto del tratamiento del embarazo, es importante saber elegir a la paciente que es susceptible de ser tratada médicamente o quirúrgicamente. Si bien se señalaron expresamente los motivos para no considerar el tratamiento quirúrgico, no se consideró la posibilidad de un tratamiento médico, que de cualquier manera, contiene, según la norma, criterios de exclusión.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de las sentencias, y las definiciones y características entregadas de violencia obstétrica podemos destacar diversos elementos, tales como que esta es una forma de violencia de género y que, por lo tanto, constituye una vulneración a los derechos fundamentales.

Así, la violencia obstétrica se incorpora como un elemento adicional a valorar dentro del procedimiento civil, debido al enorme abanico de conductas que se pueden subsumir dentro de la misma y a los diversos elementos de análisis que deben incorporarse caso a caso. De esta forma, una definición amplia que se enmarque dentro de la *lex artis*, considerando que la violencia de género necesariamente tiene como consecuencia el sufrimiento, daño o muerte, en este caso en razón de su calidad de mujer o persona gestante. Así, también como vimos, no basta con su simple enunciación dentro de la falta de servicio o responsabilidad contractual, pudiendo también estar enmarcada en hechos distintos, independientes a un procedimiento médico oportuno, por lo que se debe recurrir al marco señalado anteriormente.

V. BIBLIOGRAFÍA

Normas

1. Ley N° 19.966: Establece un régimen de garantías en salud.
2. Ley N° 21.675: Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género.
3. Resolución Exenta N° 264 de 3 de mayo de 2011, del Ministerio de Salud: Norma General Técnica N° 119 “Orientaciones Técnicas para la Atención Integral de Mujeres que Presentan un Aborto y otras Pérdidas Reproductivas”.
4. Boletín 12148-11: Proyecto de ley que establece derechos en el ámbito de la gestación de la gestación, parto, postparto, aborto, salud ginecológica y sexual, y sanciona la violencia ginecoobstétrica.

Literatura

1. Castro M, Rates S (2022). Violencia obstétrica en Chile: percepción de las mujeres y diferencias entre centros de salud. (<https://iris.paho.org/handle/10665.2/55886>).
2. Sadler M, Santos M, Ruiz-Berdúm D, Leiva-Rojas G, Skoko E, Guillen P, Clausen J. Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence, *Reproductive Health Matters*. (2016); 24(47):47-55.

Jurisprudencia

1. Corte Suprema, 10.10.2023, en causa Rol 147.531-2023.
2. 2° Juzgado de Letras de La Serena, 07.03.2025, en causa Rol C-4601-2023.
3. Corte Suprema, 26.05.2023, en causa Rol 94300-2021.
4. Corte de Apelaciones de Santiago, 22.07.2024, en causa Rol 7090-2022.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CHILE: REVISIÓN DE LA LEY N° 21.030

Abogada Dominique Abarca Calquín¹

Abogada Elizabeth Campos Poblete²

Dra. Carolina Orellana Campos³

COMENTARIO DEL MÉDICO

El Ministerio de Salud de Chile ha ingresado una nueva versión del Reglamento de Objeción de Conciencia en el contexto de la interrupción del embarazo, mediante la publicación del Decreto 22, el 27 de mayo del 2025. Esta modificación busca asegurar que la objeción de conciencia no impida el acceso a la prestación de salud mediante elementos centrales.

¹ Autora: Abogada Universidad de Chile. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Diplomada en Género, Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile; Diplomada en Derecho Laboral Colectivo, Universidad Diego Portales; Diplomada en Procedimiento Sumario, Universidad de Concepción; Diplomada en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile; Curso Afrontar y Combatir la Violencia de Género, Amnistía Internacional; Curso Escuela de Formación de Formadores/as en Derechos Humanos, Universidad de Chile. Área práctica: Unidad de Defensa de Género.

² Autora: Abogada de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesora de Historia y Ciencias Sociales por la Universidad de Santiago de Chile. Diplomada postítulo en Derecho administrativo - Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Diplomada en derecho a la no discriminación - Universidad Nacional Autónoma de México; Curso género e identidades sexuales - Universidad de Concepción; Curso Derechos Fundamentales - Editorial Thomson Reuters; Curso Abordaje y prevención de la violencia digital - Aprofa; Curso Especialización sindical para mujeres y disidencias sexogenéricas - Subsecretaría del Trabajo. Cursando un Magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Área práctica: Unidad de Defensa de Género.

³ Colaboradora: Médica Ginecoobstetra y Subespecialista en Ginecología Pediátrica y de la Adolescencia. Jefa de la Unidad de Ginecología, Hospital Roberto del Río. Exencargada Nacional del Programa de Adolescencia, Ministerio de Salud (2022 - 2025). Tesorera del Directorio de SOCHOG.

Desde el punto de vista asistencial, un elemento clave es sobre la organización de turnos. La nueva propuesta exige que la objeción de conciencia sea un factor de análisis para organizar turnos y asignar atenciones. Las direcciones de los establecimientos centralizarán la información sobre quiénes son objetores para asegurar la disponibilidad de personal que llevan a cabo esta prestación. A su vez, se prioriza la contratación de profesionales no objetores únicamente si la falta de este personal pone en riesgo el acceso oportuno a la prestación. El objetivo es asegurar un piso de profesionales médicos y no médicos disponible sin excluir a los objetores del sector público.

Desde el punto de vista de las personas usuarias, específicamente permitirá conocer la condición objetora del/la profesional que les atiende y los establecimientos de salud deberán mostrar visiblemente los derechos que otorga la ley. Además, los recintos de salud deberán actualizar sus protocolos de reasignación y derivación, ajustándose a la norma que emitirá el Ministerio de Salud, procurando que la atención sea siempre oportuna, digna y sin costo adicional.

Los/las profesionales de la salud deben entender que la objeción de conciencia es un derecho que no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo.

Dra. Carolina Orellana Campos

I. HISTORIA DE LA LEY N° 21.030

El 23 de septiembre de 2017, fue publicada la Ley N° 21.030, lo cual marca un punto de quiebre en nuestra historia legislativa, pues pone término a tres décadas de la interrupción voluntaria del embarazo y su consecutiva penalización.

La Ley N° 21.030 incorpora por primera vez, a contar de 1989 en específico, el aborto en tres situaciones específicas: riesgo vital para la mujer, inviabilidad fetal cuando este tiene un carácter letal y embarazo producto de una violación.

Así, con la aprobación de esta norma, se genera un debate legislativo arduo y de gran contenido, que se extiende por casi dos años, generando controversias no sólo a un nivel político, sino que también social, llegando a requerir incluso

un examen constitucional al intervenir el Tribunal Constitucional, ente que tuvo como rol definir aspectos claves para su aplicación.

Este apartado intenta desarrollar el proceso histórico, político y jurídico que dio origen a la Ley N° 21.030.

1. Historia del aborto en Chile previa a la publicación de la Ley N° 21.030

1.1 El aborto terapéutico

En 1931, nuestro Código Sanitario⁴ regulaba el aborto en Chile, específicamente en su artículo 119, el cual establecía:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”⁵.

Esta norma fue conocida como “aborto terapéutico”, ya que otorgaba a las mujeres la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando este comprometiera la vida o salud de la madre. Asimismo, y como prerequisite, la norma disponía la concurrencia ante dos facultativos los cuales debían coincidir en su opinión médica e incluso hospitalaria.

De este modo, y de acuerdo a lo relatado por distintos estudiosos en la materia, podemos inferir que durante gran parte del siglo XX el aborto terapéutico era un acto con características reservadas, pues el debate público no estaba centrado en este. Adicionalmente, se da cuenta que, la realización de los abortos en nuestro país estaba limitada por factores prácticos tales como una precaria infraestructura

4 En 1931, el Código Sanitario era más extenso y la numeración de sus artículos era distinta. El aborto terapéutico aparecía en el artículo 226. Sin embargo, en 1967, cuando se refundió, coordinó y sistematizó el Código Sanitario mediante el D.F.L N° 725, esta disposición pasó a ser el artículo 119. Así, el contenido se mantuvo, pero su numeración cambió con la reestructuración del código. Finalmente, en 1989, mediante la Ley N° 18.826, se modificó el artículo 119 y se eliminó toda referencia al aborto terapéutico, estableciendo la prohibición absoluta del aborto hasta la dictación de la Ley N° 21.030 en 2017.

5 Código Sanitario, D.F.L. N° 725, de 1931, Ministerio de Salud Pública, art. 119 (texto original). Disponible en https://nuevo.Leychile.cl/servicios/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombrearchivo=DFL-725_31-ENE-1968&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=5595.1968-01-31.O.0%23

hospitalaria, escasez de protocolos en los mismos, e interpretaciones y opiniones propias de las y los profesionales de salud.

1.2 Eliminación y penalización del aborto

En 1989 el régimen militar promulgó la Ley N° 18.825. En esta, se determinó derogar el artículo 119 del Código Sanitario eliminando así toda relación al aborto terapéutico, y por consecuencia, eliminar cualquier atisbo de interrupción voluntaria del embarazo, sancionando incluso los casos en que las vidas de las madres y mujeres se encontrasen en riesgo vital o en que la viabilidad fetal estuviese comprometida.

De esta forma, nuestro país pasa a formar parte de los pocos países en el mundo que prohibían totalmente el aborto, pues como se señala en el documento de la Historia de la Ley N° 21.030, sólo a modo de ejemplo, podíamos encontrar a El Salvador, Nicaragua, Malta y la República Dominicana.

Es dable señalar que la medida adoptada por el régimen militar careció de un debate democrático. Ya en 1989 Chile se preparaba para transicionar a una ansiada democracia.

Las consecuencias para las mujeres fueron varias, ya que eliminar el aborto incluso en su ribete terapéutico perjudicó de forma considerable la vida y la salud de las mujeres, aumentando el aborto clandestino debido a la igualdad de oportunidad, pues las mujeres con mayores recursos, podían concretar abortos fuera del país. Adicionalmente, y como es obvio, las y los profesionales de la salud se vieron enfrentados a múltiples contradicciones éticas y por sobre todo legales al ver que la vida de sus pacientes podía estar comprometida, lo que derivaba en que a fin de evitar mayores conflictos, las pacientes optaban por abandonar los centros hospitalarios pues era más seguro realizar abortos en otros lugares no ligados al examen estatal aun cuando esto significara mayores riesgos sanitarios.

En este contexto, es que diversos organismos internacionales como el Comité de la CEDAW o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos levantaron alertas al Estado de Chile con el propósito de que este modificara su normativa y legislación en la materia, destacando que la prohibición total del aborto vulnera derechos

humanos esenciales de las mujeres como la vida, la salud y la integridad psíquica y física⁶.

2. Tramitación de la Ley N° 21.030

2.1 Presentación del Proyecto

En su programa de gobierno, la presidenta Michelle Bachelet Jeria desarrolló la propuesta del aborto en tres causales, por lo que, a fin de dar cumplimiento a esta propuesta con fecha 21 de enero de 2015 presentó ante la Cámara de Diputados el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, contenido en el Boletín N° 9895-11⁷.

En su mensaje, la presidenta intentó justificar detalladamente su iniciativa, determinando que el aborto sólo podría proceder sustentado bajo tres fundamentos: la protección de la vida y salud de la mujer en situaciones extremas; el reconocimiento de la autonomía y dignidad de las mujeres, y la conciliación con estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En esta línea, es que de forma concreta la propuesta normativa se centró en el aborto cuando la continuación del embarazo implicara un peligro para la vida de las mujeres; cuando la inviabilidad fetal se fundara en que el feto padeciera una patología congénita, adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente; y, cuando el embarazo se produjera por una violación, y siempre que no hubieran transcurrido más de 12 semanas de gestación, o 14 semanas si la mujer era menor de 14 años.

2.2 Debate en la Cámara de Diputados

Al ingresar el proyecto, con fecha 03 de marzo de 2015 se radicó inicialmente en la Comisión de Salud y la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, ambas de la Cámara de Diputados, las cuales tenían por labor realizar audiencias de carácter público con el objeto

6 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014.

7 Mensaje Presidencial, Boletín N° 9895-11, Cámara de Diputados, 31 de enero de 2015.

de que distintos representantes de la comunidad médica, expertos en materia de derecho penal y derecho constitucional, organizaciones de mujeres y agrupaciones provida, pudiesen discutir en torno al proyecto de ley.

Con fecha 15 de septiembre de 2015, la Comisión de Salud genera un primer informe, pasando la discusión del proyecto a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, quien desarrolla su primer informe con fecha 11 de marzo de 2016. Finalmente, el proyecto pasa a la Comisión de Hacienda, quien el 15 de marzo de 2016 elabora su primer informe.

Así, la discusión se centró principalmente en la definición y prueba de la inviabilidad fetal, en el sentido de determinar qué tipo de diagnóstico era necesario para determinarlo y la especialidad médica que se requería para ello; los plazos contenidos en la causal de violación, puesto que existían dudas en relación a la compatibilidad del aborto con el desarrollo fetal y a la capacidad de las mujeres para denunciar y decidir dentro del tiempo establecido; el consentimiento en mujeres menores de edad y en mujeres con discapacidad, en tanto se proponían mecanismos de autorización judicial sustitutiva en casos de negativa o ausencia del representante legal; y, la objeción de conciencia, la cual en principio se encontraba supeditada al personal médico, pero con proyección de ser ampliada a otros funcionarios o incluso instituciones.

Finalmente, con fecha 17 de marzo de 2016, esto es, 1 año y 2 meses desde su presentación, la Cámara de Diputados aprueba el proyecto en general con 66 votos a favor, 44 en contra y 2 abstenciones⁸.

2.3 Discusión en el Senado

Seguidamente, el proyecto fue revisado por las comisiones de Salud, Constitución, Legislación y Reglamento y a la de Hacienda del Senado.

Cronológicamente, con fecha 26 de septiembre de 2016 y 07 de junio de 2017 la Comisión de Salud realiza un primer y un segundo informe, pasando luego a la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento, quien el 18 de enero y el 11 de julio de 2017 produce un primer y segundo informe respectivamente.

8 Cámara de Diputados, Sesión Ordinaria N° 8, 17 de marzo de 2016.

Durante la tramitación y el debate legislativo, se incorporaron modificaciones relevantes, como lo son la inclusión expresa de la objeción de conciencia institucional, todo lo cual posibilitaba a los establecimientos privados para abstenerse de realizar procedimientos de aborto bajo las tres causales en virtud de sus principios fundacionales; la precisión en procedimientos judiciales donde se vieran involucradas menores de edad y/o personas con discapacidad, en el sentido de disponer plazos muy acotados para que los tribunales resolvieran sus solicitudes. O, por ejemplo, la importancia que tiene prohibir la publicidad de servicios de aborto.

Estas correcciones fueron justificadas por los senadores en el sentido de incorporar un equilibrio entre el reconocimiento de la autonomía y derechos de las mujeres, y las convicciones éticas y morales de médicos y médicas, y de las instituciones donde estos desarrollan sus labores.

Finalmente, con fecha 18 de julio de 2017 se aprueba en general el proyecto de ley por el Senado, con 20 votos a favor de un total de 37 con modificaciones.

2.4 Comisión Mixta y despacho final

Tal cual es el curso de la dictaminación final de una norma, es que las diferencias que se generaron entre la Cámara de Diputados y el Senado es que se creó una Comisión Mixta, la cual tenía por finalidad dar una unificación a estas. Así y durante los meses de julio y agosto del año 2017, la Comisión Mixta sesionó incansablemente, para finalmente, con fecha 20 de julio de 2017 emitir un informe que mantuvo por sobre todo la objeción de conciencia institucional y los procedimientos judiciales.

El 02 de agosto de 2017, la Cámara de Diputados aprobó el informe de la Comisión Mixta con 66 votos a favor, 40 en contra y 2 abstenciones, y el Senado lo ratificó al día siguiente. Con ello, el proyecto de ley quedó listo para su revisión por el Tribunal Constitucional.

3. Control Constitucional

Conforme a lo dispuesto en el artículo 93 N° 1° de la Constitución Política

⁹ Constitución Política de la República, artículo 93 número 1°: *Son atribuciones del Tribunal Constitucional: ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de*

de la República, el Tribunal Constitucional tiene la facultad y/o deber de ejercer un control preventivo constitucionalidad sobre determinadas leyes antes de que estas sean promulgadas. Así, y tras la aprobación del proyecto en el Congreso, se remitió al Tribunal Constitucional para este examen.

En vista de lo anterior, el requerimiento al Tribunal se centró principalmente en lo siguiente:

1. Autorización judicial sustitutiva: sobre este punto, se cuestionó la constitucionalidad de los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 199¹⁰, ya que estos permitían concretamente que un juez autorizara la interrupción del embarazo en menores de 14 años o mujeres judicialmente interdictas, en caso de negativa o ausencia del representante legal.
2. Asimismo, se señaló que la autorización judicial podía desconocer la patria potestad o la representación legal, esto es, la intervención de terceros.

la Constitución, de las Leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.

10 Informe de la Comisión Mixta, análisis comparado, 2 de agosto de 2017: Insertar en el artículo 119 del Código Sanitario, contenido en el número 1) del artículo 1 del proyecto los siguientes incisos cuarto, quinto y sexto:

Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales.

3. Sobre la objeción de conciencia institucional, punto de más complejo debate y definición, se solicitó al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si el derecho a objetar además de ser desarrollado por médicos y médicas, podía ser ejercido por personas jurídicas, como las instituciones de salud.
4. Finalmente, y en virtud de los argumentos presentados por algunos requirentes sobre la protección de la vida del que está por nacer, estimaban que era fundamental determinar si acaso las tres causales de viabilidad de aborto en Chile vulneraban o no el inciso primero del artículo 19 N° 1¹¹ de la Constitución, el cual asegura la protección de la vida del que está por nacer.

Con fecha 07 de septiembre de 2017, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia causa Rol N° 3739-17¹², a través de la cual adoptó las siguientes decisiones, las cuales intentaron dar solución a los puntos ya planteados por la Comisión Mixta:

1. Confirmó la vigencia de la objeción de conciencia constitucional, lo que con posterioridad traería aparejado un gran debate en torno a su implementación, especialmente por la amplitud de los reglamentos dispuestos y elaborados por el Ministerio de Salud.
2. Eliminación de la frase “que deniegue autorización”, en el inciso sexto del artículo 119 final, pues el Tribunal Constitucional consideró que esta expresión resultaba inconstitucional al limitar y restringir indebidamente el ámbito de aplicación de la autorización judicial.
3. Ratificó la objeción de conciencia institucional, es decir, confirmó que el derecho a objetar, también podía ser invocado por instituciones privadas

11 Constitución Política de la República, artículo 19 número 1:

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.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella.

12 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 3739-17-CPR, 7 de septiembre de 2017.

que desarrollaran funciones de salud, siempre y cuando lo anterior estuviese fundado en sus principios fundacionales o ideológicos, y que esta objeción no impidiera la derivación oportuna de la paciente.

4. Por último, determinó que la Constitución Política de la República no contempla ni desarrolla una protección absoluta al no nacido que implique la exclusión de toda causal de interrupción del embarazo, sino que más bien, permite al legislador definir excepciones que se funden en la protección de otros derechos de igual jerarquía, como la vida y la salud de la mujer o su integridad física y psíquica.

Con esta decisión, el proyecto quedó habilitado para su promulgación, la cual se realizó el 14 de septiembre de 2017, y fue publicado en el Diario Oficial el 23 de septiembre del mismo año.

II. CAUSALES DE LA LEY N° 21.030

La Ley N° 21.030 modificó finalmente el Código Sanitario para permitir, bajo determinadas causales, la interrupción voluntaria del embarazo en Chile. Este nuevo marco legal reconoce tres causales específicas en las que la interrupción del embarazo no será sancionada: riesgo vital para la mujer, inviabilidad fetal de carácter letal y embarazo resultante de violación. Además, la norma establece tres derechos que deben ser garantizados en todas estas situaciones: el derecho a decidir libremente, el derecho a recibir información y el derecho a un acompañamiento biopsicosocial.

1. Primera causal: riesgo vital para la mujer

La primera causal está regulada en el artículo 119 del Código Sanitario, a saber:

“Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

- 1) *La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.”*

Así, el diagnóstico debe ser emitido por un médico cirujano y constar por escrito, de acuerdo con el artículo 119 bis:

“Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del inciso primero del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico”

En la historia legislativa de la ley, se devela que el espíritu de esta primera causal tenía por fundamento esencial ser una especie de base o mínimo ético y sanitario, en tanto su objetivo era evitar que las y los médicos enfrentaran sanciones penales cuando actuaran a fin de salvar la vida de la mujer.

En vista de lo anterior, es que distintos parlamentarios, insistieron fuertemente para aclarar el **contenido** y alcance de este numeral, pues estimaban que no podía existir espacio de dudas en el actuar de médicos y médicas, sin que aquello vislumbrara algún espacio de arbitrariedad.

2. Segunda causal: inviabilidad fetal de carácter letal

La segunda causal contenida en el artículo 119 permite la interrupción del embarazo cuando:

- 2) *“El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.”*

Así, la ley exige la confirmación de esta condición por medio de dos diagnósticos en igual sentido, emitidos por médicos especialistas, de conformidad a lo señalado en el artículo 199 bis:

“En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.”

Esta doble certificación médica busca nuevamente asegurar la certeza y la objetividad en la evaluación clínica.

Al respecto, y si nos remitimos a la historia legislativa, podemos observar que esta causal se discutió arduamente. En este sentido, algunos parlamentarios propusieron un listado exclusivamente cerrado de patologías, mientras que otros defendieron un criterio más abierto para abarcar situaciones poco frecuentes pero igualmente letales para las mujeres. Finalmente, se optó por una redacción de carácter abierto, la cual debía ser complementada con la

existencia de especialistas a fin de garantizar un diagnóstico que otorgaran una doble certeza.

Es necesario precisar que, la ley además prevé cuidados paliativos en esta causal, reconociendo la necesidad de atención integral en casos de sobrevivencia breve del recién nacido.

3. Tercera causal: embarazo resultante de violación

La tercera causal autoriza la interrupción voluntaria del embarazo cuando sea consecuencia de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Ahora bien, en el caso de niñas menores de 14 años, el plazo se amplía a catorce semanas:

“3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.”

De forma complementaria, el artículo 119 bis dispone que un equipo de salud debe confirmar la concurrencia de los hechos y la edad gestacional. Este procedimiento incluye la obligación para médicos y médicas de dejar constancia por escrito e informa a la mujer o a su representante legal y al director del establecimiento de salud de todo lo anterior. Se aclara que, en casos de menores de edad y/o mujeres con discapacidad, si el representante legal se opone o no está disponible o habido, la autorización judicial sustitutiva puede resolver lo anterior pero dentro de un plazo máximo de 48 horas:

“En el caso del número 3) del inciso primero del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.”

Ahora bien, si nos remitimos al debate legislativo, resulta del todo evidente que esta causal ha sido la más problematizada, ya que las discusiones no sólo se centraron en los plazos, sino que también en la protección de menores y su relación con los procesos judiciales.

Finalmente, se señala el deber de proveer a la mujer de toda la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

4. Elementos comunes a las tres causales

La Ley N° 21.030 reconoce derechos que se aplican a todas las causales.

Dentro de estos destacamos el derecho de la mujer a decidir, ya que la norma reitera persistentemente la importancia y vitalidad de la voluntad manifestada por la mujer, la cual además debe ser previa, libre y por escrito, esto es, libre de cualquier tipo de coacción que pueda incidir en ella. Sobre la voluntad para los casos de discapacidad sensorial o intelectual, la norma indica que se deberán implementar medios alternativos a fin de que esta pueda expresar su decisión. Lo anterior, no es sino otra muestra clara de la intención de la norma de garantizar la autonomía de la mujer. En este sentido, la norma dispone:

“En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la Ley N° 20.584¹³ [...]. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si la mujer ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.”

Sobre este derecho, la norma va más allá, abordando el caso en que la mujer sea una niña menor de 14 años, pues además de requerir su voluntad para interrumpir el embarazo, deberá contar con la autorización de su representante legal, y, en caso de no contar con esta, la niña asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención de un juez con el fin último

¹³ El artículo 15 letras b) y c) de la Ley N° 20.584 señalan que, no se requerirá la voluntad bajo ciertas circunstancias, sin embargo, se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

de que pueda constatar la causal invocada. Lo mismo ocurrirá en caso que el médico crea que hay antecedentes para determinar que la autorización del representante legal puede poner en riesgo a la menor:

“Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.”

Para el caso en que la voluntad de interrumpir el embarazo provenga de mujer mayor de 14 años pero menor de 18, la norma dispone que la autorización deberá igualmente ser informada a su representante legal, y, en caso que el médico estime que proporcionar dicha información puede poner en riesgo a la adolescente, se deberá informar a otro adulto familiar indicado por esta. En caso de no existir ni representante legal ni otro adulto familiar, entonces será el adulto responsable que ella señale, sin perjuicio de que, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular informe al tribunal de familia correspondiente a fin de que adopte las medidas de protección dispuestas en la ley.

Otro elemento común es el derecho de la mujer a recibir información, en tanto la norma señala que los prestadores de salud deberán entregar información de carácter veraz, objetiva y completa sobre la prestación, las alternativas a la interrupción y los programas de apoyo social o incluso de adopción. De este modo, la información no puede tener como finalidad incidir mínimamente en la decisión de la mujer.

Por último, podemos señalar el derecho a un acompañamiento biopsicosocial, donde la mujer tiene derecho a un programa de acompañamiento durante el proceso de discernimiento e incluso después de haber tomado la decisión, independiente de que esta fuese para continuar o interrumpir el embarazo. Por lo tanto, el acompañamiento es visualizado desde una perspectiva integral, donde la mujer pueda recibir no sólo un debido apoyo médico, sino que también un correcto apoyo emocional y social, siempre y cuando así la mujer lo decida y autorice, pues como ya se señaló, su voluntad es clave. Ahora bien, en caso que la mujer estime que no se le ha otorgado del todo el derecho de acompañamiento o bajo los términos estrictos dispuestos en la ley, la mujer podrá presentar un reclamo ante el prestador de salud de conformidad a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.584, a través de la Superintendencia de Salud o por medio de una acción de no discriminación arbitraria la cual se encuentra contenida en los artículo 3 y siguiente de la Ley N° 20.609.

III. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEY N° 21.030

La Ley N° 21.030 incorporó el artículo 119 ter al Código Sanitario, el cual dispone en su inciso primero que:

“El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.

Así, en este artículo se establece la posibilidad de invocar objeción de conciencia por parte de médicos cirujanos y todo el personal al que corresponda desarrollar funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención de interrupción del embarazo, es decir, para quienes participan en la acción directa en el pabellón clínico.

Este articulado además reconoce tanto la objeción de conciencia individual, como institucional, al señalar que esta “es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.

1. Objeción de conciencia individual

La objeción de conciencia puede definirse como “la negativa de una persona por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, pero que choca con sus más profundas convicciones morales, filosóficas o religiosas. Por lo tanto, la objeción de conciencia implica una autorización, si se cumplen determinados requisitos y limitantes, para abstenerse de aplicar una ley”¹⁴.

Por tanto, la objeción de conciencia corresponde a una figura jurídica excepcional que faculta a determinadas personas de no cumplir con ciertas obligaciones legales específicas, en virtud de sus creencias o convicciones personales. Si bien este no es un derecho reconocido de forma expresa en tratados internacionales de derechos humanos, se desprende de estos, y puede entenderse como manifestación de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, tal como se encuentra establecido en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esta misma línea, en el artículo 19, numeral 6 de la Constitución Política de la República se asegura a todas las personas el derecho a “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”

Como se puede colegir de lo anterior, la objeción de conciencia no corresponde a un derecho o libertad absoluta, y requiere una necesaria

14 CÓPPOLA, Francisco (2013) Interrupción voluntaria del embarazo y objeción de conciencia en Uruguay. Revista Médica de Uruguay, P. 44.

búsqueda de armonía entre la conciencia individual y la convivencia en un estado de derecho. En lo concreto, en la práctica clínica se puede suscitar el conflicto “al confrontarse el derecho del profesional objetor a la libertad de conciencia y el derecho de las personas a la atención de salud, oportuna, de calidad y sin discriminación”¹⁵, y es por ello que en el ejercicio de la objeción de conciencia deben considerarse requisitos y límites a fin de proteger los derechos de otras personas, y descartando estimarla como una maniobra encubierta para eludir la responsabilidad profesional, ejercer prácticas discriminatorias¹⁶, o cuestionar una norma por mera conveniencia o capricho personal¹⁷.

La excepcionalidad de esta figura ha sido recogida también por la jurisprudencia administrativa nacional. Así, la Contraloría General de la República ha señalado que “La objeción de conciencia constituye una figura jurídica de carácter excepcional, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, puesto que se trata de un mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal”¹⁸.

Por tanto, tal como lo ha dispuesto la doctrina y se recoge en la normativa, se podrá ejercer la objeción de conciencia individual cuando la persona se vea vulnerada no únicamente en el sentido de su profesión o ejercicio laboral, sino también en su propia moralidad, existiendo entonces una afectación moral fundamental.

Acorde a la normativa nacional, frente a interrupción voluntaria del embarazo, la objeción de conciencia individual es permitida a obstetras, anestelistas, profesionales no médicos/as y técnicos/as paramédicos/as que se desempeñen en el pabellón quirúrgico, tanto en establecimientos de salud públicos como privados.

15 MONTERO, Adela (2014) La objeción de conciencia de los profesionales y su relación con la atención en salud sexual y reproductiva de adolescentes en Santiago de Chile. *Acta Bioethica*, vol. 20, N°2, P. 197.

16 MONTERO, Adela (2014) La objeción de conciencia de los profesionales y su relación con la atención en salud sexual y reproductiva de adolescentes en Santiago de Chile. *Acta Bioethica*, vol. 20, N°2, P. 201.

17 ARRIAGADA, Ana María et. Al. (2020) Objeción de conciencia y acciones de salud. *Revista médica de Chile*, P. 253.

18 Contraloría General de la República. Dictamen 011.781 del 09 de mayo de 2018.

2. Objeción de conciencia institucional

El proyecto de ley que da origen a la Ley N° 21.030 y que fue aprobado por el Congreso Nacional, señalaba expresamente en su articulado que la “objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”. Sin embargo, posteriormente fue modificado por el Tribunal Constitucional, que añadió la figura de la objeción de conciencia institucional, suprimiendo la frase “en ningún caso”, llevando tanto a la incorporación de un nuevo tipo de objeción de conciencia, como a una redacción deficiente en la norma.

La incorporación de esta figura no ha estado exenta de debate en la palestra nacional, la doctrina y jurisprudencia, llevando al cuestionamiento de si ciertos derechos o prerrogativas propias de las personas naturales pueden o no ser invocadas por personas jurídicas, tales como clínicas, u hospitales.

El propio Tribunal Constitucional ha definido la objeción de conciencia como aquel “título lícito para eximirse de una determinada obligación legal extrema, cuyo cumplimiento hiere los principios y creencias o convicciones legítimas de una persona”¹⁹, haciendo evidente la conexión entre el ejercicio de la objeción de conciencia con la existencia de fundamentos morales o éticos característicos de una persona natural.

Al igual que en el caso de la objeción de conciencia individual, la de carácter institucional no refiere a un permiso absoluto, ilimitado y arbitrario para el incumplimiento de un mandato legal, sino que corresponde a una figura excepcional reglada en cuanto a sus requisitos y límites.

IV. DECRETO SUPREMO N° 67 DE 2018, DEL MINISTERIO DE SALUD

El Decreto Supremo N° 67 publicado el 23 de octubre de 2018 da origen al reglamento para ejercer la objeción de conciencia, según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario. Dicha normativa ha vivido una serie de modificaciones desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.030, siendo la más reciente la del 27 de mayo de 2025, llegando a considerarse que a la fecha se cuenta con un “nuevo” reglamento de la ley en comento.

¹⁹ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2017, Rol N° 3729.

El reglamento, en su artículo primero, explicita su objetivo, siendo este el “regular el ejercicio de la objeción de conciencia, para asegurar la atención médica de las personas que requieran la interrupción voluntaria de su embarazo”, así, es esperable que el contenido de esta normativa sea coherente con dicho objetivo, y propenda a su cumplimiento.

Dentro de los principales contenidos del “nuevo” reglamento se encuentra el asegurar el acceso a la información sobre la condición de objetores de conciencia, tanto del personal médico, como de la institución, así como también nuevas normas para el ejercicio de la objeción de conciencia.

1. Del deber de información

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 67 establece que todos los establecimientos de salud públicos o privados, que ofrezcan servicios de atención ginecológica y obstétrica, deberán exhibir en un lugar público y visible los derechos consagrados en la Ley N° 21.030, incluyendo el acceso a la información sobre el carácter de objetor de conciencia del médico tratante, y también de las instancias de reclamo disponibles.

En relación con 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, y el artículo 11 de la Ley N° 21.675, que Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, el reglamento refiere al derecho a la información en las consultas de salud ginecoobstétricas, estableciendo que al momento de solicitar una consulta, ya sea de manera presencial, telefónica o vía web, los establecimientos de salud informarán si el personal médico cirujano y/o profesional ha manifestado o no objeción de conciencia individual, y la causal o causales indicadas.

Asimismo, dispone que el personal médico cirujano y/o el profesional de la salud, deberán informar a la persona, al inicio de la primera consulta, el hecho de haber manifestado objeción de conciencia y la causal o causales que ha indicado, en caso de que proceda.

Este deber de información se encuentra establecido también para el caso de establecimientos objetores de conciencia, los cuales deberán informar dicha condición y la o las causales que ha indicado en la página principal de su sitio web institucional de un modo claro y fácilmente visible, y también en lugares de los accesos públicos.

2. Objeción de conciencia individual (o invocada por personas naturales)

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario, el artículo 3 del Decreto N° 67 señala que podrán ser objetores de conciencia quienes presten servicios en establecimientos de salud habilitados para realizar interrupciones del embarazo, y que sean parte del personal médico cirujano requerido para la interrupción, o sean personal con participación en el pabellón quirúrgico durante la intervención.

El reglamento establece que, quienes deseen manifestar su objeción de conciencia personal, deberán hacerlo ante el director o directora del establecimiento de salud en que se desempeñen, lo cual deberán efectuar en forma escrita y previa a la recepción de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, mediante un formulario único aprobado por el Ministerio de Salud.

El formulario en que se manifiesta la objeción de conciencia debe otorgarse en dos documentos originales, quedando uno en poder del declarante y otro en el establecimiento de salud, el cual además remitirá una copia a la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva y a la Intendencia de Prestadores de la Superintendencia de Salud, resguardando la protección de los datos íntimos.

Atendido a que esta información sobre el personal constará por escrito, cada establecimiento elaborará un listado que contendrá el nombre, profesión, indicación de la persona que ha manifestado la objeción de conciencia, y en qué causal o causales, pudiendo los jefes de servicios y unidades vinculados a la ginecoobstetricia tener acceso a dicho listado y favorecer la presencia de personal no objetor en la distribución de los turnos.

Toda persona que tenga acceso a la información del referido listado deberá guardar estricta reserva de la información a la que ha accedido.

Como se ha señalado, en el formulario de manifestación de objeción de conciencia se debe indicar claramente respecto de la o las causales que se objetan, procediendo dicha objeción únicamente sobre la o las causales manifestadas previamente, aunque pudiendo manifestarse la extensión de las causales no previstas anteriormente, siguiendo el mismo proceso de manifestación por escrito mediante el formulario ya referido. Igualmente, dicha objeción puede quedar sin efecto si quien la invocó decide dejarla sin efecto, manifestando su retractación al director del establecimiento de salud respectivo.

Resulta fundamental tener en consideración que, acorde a lo dispuesto en el artículo tercero y noveno del Decreto N°67, la objeción de conciencia no procede “respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo”, en tanto, acorde al artículo duodécimo de esta normativa, primará el derecho de las personas a que se les proporcione información en relación al derecho a la salud.

Finalmente, es menester considerar que la calidad de objetor de conciencia es individual y acompaña al objetor en los diversos espacios en que se desempeñe, así, de acuerdo al artículo décimo primero del reglamento: “quien haya manifestado su objeción de conciencia, mantendrá dicha calidad en todos los centros asistenciales donde cumpla funciones, sin distinguir si son públicos o privados”.

3. Objeción de conciencia institucional

A este respecto, el reglamento establece que la institución que manifieste objeción de conciencia deberá ser de aquellas que se encuentren habilitadas para realizar interrupciones del embarazo.

Al igual que en la objeción de conciencia personal o individual, esta tampoco procederá en lo institucional respecto de “actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo”.

Uno de los puntos más determinantes del reglamento es que en su artículo 14 señala que “Los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia”, promoviendo con ello facilitar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo respecto de las personas que se encuentran en alguna de las hipótesis reguladas en la Ley N° 21.030.

La institución que busque hacer efectiva la objeción de conciencia deberá manifestar aquello por escrito a cada Secretaría Regional Ministerial de Salud donde tenga establecimientos o sedes, lo cual se hará mediante un formulario único que publicará el Ministerio de Salud en su página web.

La Secretaría Regional Ministerial de Salud que recepcione el formulario

tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse sobre la manifestación de objeción de conciencia, pudiendo solicitar que se complementen o aclaren algunos antecedentes. Una vez recepcione los antecedentes solicitados, la Secretaría tendrá un plazo de 10 días para pronunciar la resolución que reconoce la objeción de conciencia institucional, la cual comunicará al Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud. El mero cumplimiento de las formalidades y requisitos legales y reglamentarios será suficiente para acoger y reconocer la objeción de conciencia invocada por el establecimiento de salud, la cual comenzará a regir una vez tramitada la totalidad del acto administrativo.

En relación con el derecho de información, y a partir del procedimiento de manifestación de objeción de conciencia, el reglamento dispone que el Ministerio de Salud publicará en su sitio web un listado actualizado de los establecimientos de salud objetores de conciencia.

Siguiendo un propósito declarado del reglamento, en cuanto a promover la no discriminación, el artículo 19 de la normativa establece que “En ningún caso la institución de salud objetora o sus directivos podrán exigir, presionar o establecer cualquier tipo de consecuencias o incentivos a su personal de salud para que manifieste objeción de conciencia”, debiendo respetar la decisión de quienes no manifiesten objeción. Como contrapartida, si la institución manifestó la objeción de conciencia, deberá respetarse también dicha voluntad de no ofrecer prestaciones de interrupción voluntaria del embarazo en sus instalaciones.

El reglamento distingue claramente entre objeción de conciencia individual e institucional, señalando que, aun cuando todos los médicos cirujanos y personal de un establecimiento de salud autorizado para objetar de conciencia lo hiciera, no se entiende que la institución invoca o debe invocar dicha objeción. Seguido de esto, también el reglamento permite que la manifestación de las instituciones – al igual que en las individuales – puedan extenderse a causales no previstas en la declaración inicial, o retractarse y dejarlas sin efecto.

Finalmente, y en atención a que es central asegurar la atención médica de él o la paciente que se encuentre en algunas de las causales reguladas para solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, aun cuando la institución en que se atienda sea objetor de conciencia, los establecimientos deben adoptar las medidas necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia no

afecte el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica requerida. Es debido a lo anterior que, acorde a lo dispuesto en el reglamento, el Ministerio de Salud deberá dictar un Protocolo de reasignación y derivación que contenga plazos oportunos para asegurar la atención.

CONCLUSIONES

La Ley N° 21.030 es sin dudas un precedente e hito en la historia de nuestra legislación, representando una novedad. La idea de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales determinadas y bajo elementos específicos, no sólo puede ser considerado un avance en la autonomía de las mujeres y su derecho a decidir, sino que también representa un interés real en proteger su vida y su salud en armonía con su libertad de conciencia.

Como se pudo observar, su tramitación legislativa estuvo dotada de debates de carácter jurídico, político y por sobre todo social, que finalmente culminaron en la priorización de elementos tales como la objeción de conciencia de las personas naturales (médicos y médicas y otros profesionales de salud) y de las instituciones de salud donde estos y estas prestan funciones, así como también, en la necesidad de que un ente tan importante como lo es el Tribunal Constitucional, interviniera a fin de ratificar y confirmar una seguidilla de derechos fundamentales.

La Ley N° 21.030 y su reglamentación posterior, materializada en el Decreto Supremo N° 67, vienen a disponer diversos mecanismos y herramientas que tienen como fin último garantizar a las mujeres un acceso oportuno, informado y acompañado en todo el proceso de interrupción voluntaria del embarazo, para finalmente, trazar de manera clara los límites que se contraponen a la objeción de conciencia, la cual, desde cierta perspectiva, busca evitar que se vulneren distintos derechos en la salud de las mujeres.

Por último, es imperioso destacar que esta ley logra armonizar derechos con igual jerarquía, a través de procedimientos y garantías en miras de respetar la autonomía de las mujeres como las diferencias que se pueden generar por medio de convicciones y opiniones éticas-morales personales y/o colectivas dentro de un contexto regulatorio que antepone derechos como el acceso real y efectiva a una atención de salud como la no discriminación en esta.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARRIAGADA, Ana María et. Al. (2020) Objeción de conciencia y acciones de salud. Revista Médica de Chile.
2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N°21.030.
3. Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1931.
4. Decreto N° 67, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 2018.
5. Ley N° 21.030, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 2017.
6. Ley N° 18.826, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1989.
7. MONTERO, Adela (2014) La objeción de conciencia de los profesionales y su relación con la atención en salud sexual y reproductiva de adolescentes en Santiago de Chile. Acta Bioethica, vol. 20, N°2.

IMPLICANCIAS MÉDICO-LEGALES EN LOS TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD EN CHILE

Abogada Daniela Alday Tapia¹

Dr. Aníbal Scarella Chamy²

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy³

¹ Autora: Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Viña del Mar, año 2016. Título de abogada otorgado por la Excelentísima Corte Suprema, año 2017. Diplomado Tributación Nacional. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2021. Abogada de la Unidad de Mediación de FALMED.

² Colaborador: Es médico ginecólogo, especialista en la salud de la mujer y padre de tres hijos. Es subespecialista en Medicina Reproductiva e Infertilidad y experto en cirugía ginecológica avanzada, con formación en Bélgica (UCL), en Brasil (USP) y en España (Hospital La Fe). Ha sido líder en Medicina Reproductiva y Cirugía Ginecológica por más de 15 años. Fue fundador del Centro de Reproducción Humana de la Universidad de Valparaíso, proyecto que ha permitido a miles de pacientes lograr concebir y que ha contribuido al desarrollo de políticas públicas en acceso a tratamientos de medicina reproductiva. En la misma institución, lideró la primera Unidad de Fertilización in vitro pública de regiones y actualmente es Director de la Clínica de Reproducción Humana de la Universidad de Valparaíso, donde impulsa un programa pionero de oncofertilidad a nivel latinoamericano. En el ámbito académico, es autor o coautor de más de 20 publicaciones revisadas por pares, ha organizado numerosos cursos de especialidad y ha dictado más de 100 conferencias en congresos nacionales e internacionales. Ha liderado proyectos en cirugía mínimamente invasiva, siendo cofundador del Capítulo de Cirugía Mínimamente Invasiva de SOCHOG y su primer presidente. Como corolario de esta línea de trabajo, participó como coeditor de las Orientaciones Técnicas de MINSAL para la Endometriosis. En el ámbito universitario, cuenta con más de 15 años de trayectoria como profesor de la Universidad de Valparaíso, donde ha sido jefe de cátedra y formador de decenas de médicos en el área de la Ginecología. Actualmente se desempeña como Presidente de la Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva (SOCMER) y Secretario General de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG), desde donde impulsa la excelencia en la salud de la mujer, promoviendo la investigación, la educación y el desarrollo de marcos éticos y regulatorios modernos en reproducción asistida. Ambas organizaciones son referentes en el avance científico, la colaboración interdisciplinaria y la difusión de conocimiento para mejorar la salud reproductiva y el bienestar de la sociedad.

³ Colaborador: Médico cirujano titulado por la Universidad de Valparaíso. Especialista en ginecología y obstetricia de la Universidad de Valparaíso 2006. Especialista en mastología certificado por CONACEM desde 2021. Durante su carrera profesional se ha dedicado, además

COMENTARIO MÉDICO

1. INTRODUCCIÓN

El capítulo “Implicancias médico-legales en los tratamientos de infertilidad en Chile” aborda, desde la perspectiva jurídica, un conjunto de temas que en la práctica clínica diaria se viven con especial intensidad: la infertilidad como problema de salud pública, el acceso limitado a las técnicas de reproducción asistida, la ausencia de una ley integral que regule estas prestaciones y las consecuencias que esto tiene para pacientes, equipos de salud e instituciones.

Tiene como objetivo indagar cuáles son las principales implicancias médico-legales derivadas de las técnicas de reproducción asistida en Chile, reflexionando e identificando los desafíos ético-jurídicos que se presentan no sólo en las parejas, sino que también, de manera individual (ya sea en mujeres u hombres) o colectivos (equipos interdisciplinarios de salud, instituciones, ONG, fundaciones, etc.).

Desde la medicina reproductiva entendemos hoy la infertilidad como una enfermedad del aparato reproductor y, al mismo tiempo, como un factor de vulnerabilidad social y emocional. No solo está en juego la posibilidad biológica de concebir, sino también el proyecto de vida de las personas y parejas, su salud mental, su integración social y, en no pocos casos, la estabilidad de la relación de pareja. A ello se suma que los tratamientos de fertilidad conllevan costos elevados y una disponibilidad muy desigual entre el sistema público

de la atención clínica, a la docencia y a la gestión clínica, para lo cual ha realizado los siguientes estudios de postítulo:

Diplomado en Habilidades esenciales en Educación Médica. Diplomado en Educación Médica. Diplomado en gestión de instituciones públicas y privadas en Salud. Máster en Dirección y Gestión Sanitaria OBS business School y Universidad de Barcelona.

Su trayectoria profesional y gremial incluye los siguientes cargos: Jefe de la Unidad de Patología Mamaria Hospital Carlos Van Buren, 2015–2019. Jefe de Pabellones Hospital Carlos Van Buren, 2017–2020. Subdirector Médico (s) Hospital Carlos Van Buren 2017–2019. Docente del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Valparaíso, 2005–2026.

Director (i) Departamento de Obstetricia y Ginecología - Escuela de Medicina Universidad de Valparaíso 2019 a 2026. Consejero Regional del Colegio Médico Valparaíso Período 2014 -2017. Secretario del Colegio Médico Valparaíso - Período 2017 – 2020. Presidente Colegio Médico Valparaíso - Período 2021 – 2024. Tesorero Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, entre 2021 y 2023.

Vicepresidente Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, 2024 a 2026.

Actualmente es Presidente del Colegio Médico Regional Valparaíso y Vicepresidente del directorio de FALMED.

y el privado, lo que genera una brecha importante entre quienes necesitan la atención y quienes efectivamente logran acceder a ella.

El concepto de *Infertilidad* según la Organización Mundial de la Salud (2024) se define como un trastorno del aparato reproductor en el que se presenta la incapacidad para lograr un embarazo tras doce meses o más, de relaciones sexuales regulares sin protección. Mas su impacto no se limita únicamente en la ausencia de concepción, sino más bien puede considerarse un problema de salud pública producto al limitado acceso a Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y a la ausencia de leyes integrales que regulen las prestaciones en el sistema de salud. A consecuencia de ello, se pesquisan costos elevados y desigualdad en el acceso en el sistema tanto público como privado, generando una brecha entre quienes requieren esta atención y quienes efectivamente logran acceder a ella. Lo anterior no sólo compromete la posibilidad de concretar un proyecto/deseo de vida individual o en pareja, sino que también conlleva consecuencias significativas a nivel físico y emocional pudiendo impactar en la salud mental y en la estabilidad del o de los pacientes.

“A nivel global se reconoce que la infertilidad afecta a una proporción significativa de parejas, estimándose que entre un 10% y un 15% de estas enfrentan dificultades para concebir. Los estudios indican que las causas se distribuyen de manera relativamente equilibrada: cerca de la mitad de los casos se atribuyen a factores femeninos, un porcentaje algo menor a factores masculinos y una fracción relevante involucra a ambos miembros de la pareja”⁴. En Chile, el panorama no difiere significativamente de lo observado a nivel mundial, pues “la infertilidad afecta alrededor del 15% de las parejas enfrentando problemas para concebir. Estos números resaltan la importancia de abordar la infertilidad como un problema de salud pública que requiere atención y recursos”⁵.

4 Ministerio de Salud de Chile. (2015). Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad. Programa Nacional Salud de la Mujer. <https://platform.who.int/docs/default-source/mca-documents/policy->

5 Bustos Águila, R. (2024, 4 de junio). Infertilidad afecta a casi el 15% de las parejas chilenas. Primera Fuente. <https://primerafuente.cl/nacional/2024/06/04/infertilidad-afecta-a-casi-el-15-de-las-parejas-chilenas/> 4

Montes Guevara, G. E. (2020). Bioética y técnicas de reproducción asistida. Aula Virtual, 3(6), 45–60.

https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2665-03982020000100006

En este contexto, la falta de un marco legal específico obliga a ambos mundos, médico y jurídico, a “forzar” la interpretación de normas generales para resolver problemas muy concretos: filiación en hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, acceso a tratamientos en parejas del mismo sexo o mujeres sin pareja, donación de gametos, destino de embriones criopreservados, protección de datos sensibles, entre otros. El artículo 182 del Código Civil, pensado originalmente para situaciones mucho más acotadas, se ha transformado en la única regla explícita, resultando claramente insuficiente frente a la complejidad actual de la medicina reproductiva.

Como médico clínico, acostumbrado a acompañar a parejas y personas con infertilidad a lo largo de procesos extensos, leo este capítulo jurídico como una oportunidad para tender puentes entre dos lenguajes que no siempre dialogan bien: el de la práctica médica cotidiana, con sus incertidumbres biológicas y sus exigencias técnicas, y el de las normas y fallos judiciales, con su lógica de responsabilidad, reparación y protección de derechos. La reflexión jurídico-médica resulta indispensable para avanzar hacia un modelo de atención que combine innovación tecnológica, evidencia científica, protección de la autonomía de los pacientes y garantías claras para todos los intervinientes.

Dr. Aníbal Scarella Chamy

2. DESARROLLO

2.1. Marco normativo vigente

La definición de infertilidad más utilizada en la actualidad corresponde a la elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS): “Un trastorno del aparato reproductor (masculino o femenino) consistente en la incapacidad para lograr el embarazo tras 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección. Puede causar mucha angustia, estigmatización y dificultades económicas y afectar al bienestar mental y psicosocial de las personas”⁶. Dicha conceptualización difiere a la propuesta de la *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART)*, la que describe a la infertilidad como una: “Enfermedad caracterizada por la imposibilidad de establecer

6 Organización Panamericana de la Salud. (2023, 4 de abril). La OMS alerta de que una de cada seis personas padece infertilidad. <https://www.paho.org/es/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-cada-seis-personas-padeceinfertilidad>

*un embarazo clínico luego de 12 meses de relaciones sexuales no protegidas o, debido a un impedimento o deterioro en la capacidad de una persona para reproducirse, ya sea como individuo o con su pareja. Las intervenciones en fertilidad pueden iniciarse antes de un año basado en la historia médica, sexual y reproductiva, la edad, hallazgos físicos y pruebas diagnósticas. La infertilidad es una enfermedad, donde un impedimento funcional puede generar una discapacidad*⁷. Cabe destacar que la utilización del concepto “*enfermedad*” para referirse a la infertilidad tiende a restringir su comprensión a una dimensión exclusivamente biomédica, centrada en una alteración orgánica identificable. Esta aproximación puede invisibilizar otras áreas relevantes de la persona o de la pareja que no ha logrado concebir y que no necesariamente responden a causas biológicas estrictas. En cambio, el concepto de “*trastorno*” permite una mirada más amplia e integradora, al no limitarse únicamente a la perspectiva biomédica, sino incorporar también factores psicoemocionales, sociales, económicos y culturales que pueden influir de manera significativa en la posibilidad de concebir. De este modo, se favorece una comprensión más compleja y multidimensional del fenómeno reproductivo tanto en hombres como mujeres.

Desde una perspectiva jurídico-normativa, y pese a la creciente relevancia de la infertilidad como problema de salud pública y su impacto en el ejercicio de derechos fundamentales, la regulación de la infertilidad y de las técnicas de reproducción asistida (TRA) en Chile presenta una omisión legislativa significativa. Esta carencia normativa resulta especialmente crítica considerando su incidencia directa en el ejercicio de derechos como la protección de la salud, la vida privada y la autonomía reproductiva. De este modo, se advierte la inexistencia de un marco regulatorio específico dentro del ordenamiento jurídico chileno que se haga cargo y regule los tratamientos de infertilidad. Si bien es posible invocar principios de rango constitucional y normas de carácter internacional que reconocen el derecho a formar una familia y el acceso a la salud, la ausencia de una norma expresa limita las garantías efectivas en materia de derechos reproductivos, tanto para hombres como para mujeres. Esta situación ha generado no sólo incertidumbre jurídica para los profesionales de la salud, sino también para los pacientes que recurren a técnicas de reproducción asistida (TRA).

7 Acceso a tratamientos de fertilidad Chile, España y Estados Unidos, Asesoría Técnica Parlamentaria 2025.

Aunque existen programas ofrecidos por instituciones públicas, su alcance resulta limitado y los costos de mantención recaen principalmente en las parejas que recurren a ellos. Por su parte, el sistema privado ofrece una cobertura parcial, lo que genera desigualdad en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida (TRA). En esta línea, el Ministerio de Salud ha dictado normas técnicas sobre regulación de la fertilidad, como la Norma General Técnica sobre regulación de la fertilidad en Chile, en concordancia con la Ley N°20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, que establece criterios clínicos y éticos para la prestación de servicios de tratamientos de reproducción asistida (TRA) en el sistema público. Sin embargo, dichas normas no son de rango legal y tampoco abordan aspectos centrales como la titularidad de los gametos, el consentimiento informado, la donación de material genético o el destino de los embriones criopreservados.

Una política de técnicas de reproducción asistida (TRA) limitada únicamente a quienes pueden pagar resulta difícil de compatibilizar con los principios de igualdad y con el derecho a la salud. Chile ha avanzado en esta materia principalmente por vía administrativa: FONASA mantiene un programa de fertilización asistida de baja y alta complejidad, al cual se accede a través de la red pública (MAI) y también mediante la Modalidad de Libre Elección, a través de bonos PAD en prestadores privados en convenio. Esta arquitectura constituye un avance relevante; sin embargo, su cobertura y capacidad efectiva dependen de la disponibilidad de cupos y del presupuesto asignado y no sustituyen la necesidad de una ley que establezca principios de acceso no discriminatorio, transparencia y un estándar mínimo de prestaciones.

Desde una perspectiva garantista, una ley no debería prometer el “éxito” reproductivo —biológicamente imposible—, pero sí asegurar un acceso razonable al diagnóstico, a tratamientos basados en la evidencia y a un número mínimo de intentos, definidos conforme a criterios clínicos claros y controlables.

La ausencia de una regulación integral no sólo incide en la estructuración del sistema sanitario, sino que además repercute directamente en la calidad y equidad de los tratamientos disponibles; dichos procedimientos no sólo requieren de supervisión y acompañamiento médico, sino también de la intervención de un equipo multidisciplinario, lo que deja a muchas personas o parejas sin acceso a terapias interdisciplinarias adecuadas o enfrentando

elevados costos económicos y psicoemocionales. Esta situación puede afectar la oportunidad de diagnóstico, comprometer la responsabilidad médica y vulnerar derechos fundamentales tales como la igualdad ante la ley (artículo 19 N°1 CPR), el derecho a la vida privada y familiar (artículo 19 N° 4 CPR) y el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N°9 CPR). Estas normas en concordancia, junto con el artículo 75 del Código Civil, impone un deber de protección, pero no define el estatuto jurídico del embrión ni establece un régimen operativo para embriones *in vitro*. A la vez, el artículo 74 del Código Civil fija que la existencia legal de la persona comienza al nacer. En términos prácticos, ello dificulta tratar al embrión no implantado como sujeto pleno de derechos, aunque el ordenamiento reconoce una protección al *nasciturus*.

En lo sanitario, la Ley N°20.584 reconoce el derecho del paciente a otorgar o denegar su voluntad para someterse a procedimientos vinculados a su atención, con información suficiente y comprensible. En tratamientos de reproducción asistida (TRA), esto exige un consentimiento informado reforzado: no basta un formulario; se requiere un proceso por etapas, porque cambian los riesgos, las decisiones y las alternativas (por ejemplo: criopreservar, transferir, reducir riesgo de múltiples, o definir el destino de embriones excedentes). Complementariamente, la Ley N° 20.120, sobre investigación científica en el ser humano, protege la vida desde la concepción y prohíbe la clonación humana. Aunque no regula los tratamientos de reproducción asistida (TRA) clínica, influye en los límites: desalienta la creación de embriones con fines de investigación y obliga a separar con claridad lo reproductivo de lo experimental.

Asimismo, tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho a la salud reproductiva como parte del derecho a la vida privada y familiar.

El legislador ha asumido que, ante la ausencia de una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida (TRA), los conflictos médico-legales derivados de su aplicación deben resolverse mediante la hermenéutica. Esta situación ha generado controversias relevantes en materias como la determinación de la filiación de hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida (TRA), el acceso a tratamientos por parte de parejas del mismo sexo y la eventual responsabilidad civil por potenciales conflictos en la conservación de embriones criopreservados. La única disposición

legal vigente que aborda expresamente esta materia es el artículo 182 del Código Civil, el cual establece: *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*. En este sentido es concebido para atribuir la filiación al cónyuge que consiente en la técnica, aun en ausencia de vínculo genético. Sin embargo, el ecosistema actual supera ampliamente dicho marco normativo e incluye parejas no casadas, mujeres sin pareja, parejas del mismo sexo, donación de gametos, utilización de embriones criopreservados años después y, eventualmente, supuestos de reproducción *post mortem*. En ausencia de una ley, la certeza filiativa tiende a depender del tipo de unión, de la documentación del centro asistencial y, en ocasiones, de la vía judicial, lo que resulta contrario al interés superior del niño.

Lo anterior evidencia una laguna normativa sustantiva y una interpretación restrictiva por parte del legislador, que ha derivado en un escenario de desprotección jurídica para las y los pacientes.

La tendencia comparada ha sido desplazar el eje desde la genética hacia la voluntad procreacional, expresada mediante el consentimiento informado. En Argentina, la Ley N°26.862 garantiza el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida a toda persona mayor de edad que otorgue su consentimiento informado, y el derecho de familia ha consolidado la idea de que dicho consentimiento constituye el elemento central para los efectos filiativos. Para Chile, la lección es clara: si se permite y financia el acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA), la ley debe asegurar una filiación estable desde el nacimiento, evitando vacíos normativos que terminen resolviéndose caso a caso.

En consecuencia, resulta imperativo avanzar hacia una regulación clara, sistemática y garantista que permita resguardar adecuadamente los derechos reproductivos involucrados y otorgue certeza jurídica a los procedimientos médicos asociados.

2.2. Cobertura de tratamientos de fertilidad

En ausencia de una ley que regule de manera integral las técnicas de reproducción asistida, la cobertura de los tratamientos de fertilidad en Chile ha sido abordada principalmente a través de políticas públicas y

normas de carácter administrativo. Si bien no existe una ley que regule de manera integral los tratamientos de reproducción asistida (TRA), se han implementado programas y mecanismos de cobertura que, en la práctica, han contribuido a establecer ciertos lineamientos para el abordaje de la infertilidad en nuestro país.

“Chile se establece como uno de los pocos países que ha desarrollado guías nacionales para el tratamiento de la infertilidad, definiendo protocolos diferenciados según el nivel de atención en la red asistencial (primario, secundario y terciario), y contemplando evaluaciones y terapias de baja y alta complejidad”⁸.

Desde el año 1998, el Dr. Luigi Devoto, durante su período como director del Instituto de Investigaciones Materno Infantil (IDIMI), impulsó previamente la creación de la Unidad de Medicina Reproductiva y desarrolló un programa formal de subespecialidad en esta área que desarrolla actividades asistenciales, docencia e investigación impartido por el Hospital Clínico de la Universidad de Chile. “El programa destaca en su currículo de estudios, cursos básicos de biología de la reproducción y endocrinología ginecológica, cirugía reproductiva endoscópica, endocrinología de la reproducción, andrología, genética clínica y reproducción asistida”⁹.

A partir del año 2014, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) inició la implementación progresiva del Programa de Fertilización Asistida, comenzando por las prestaciones de Baja Complejidad y extendiéndose posteriormente a las de Alta complejidad. Este programa permite el acceso a tratamientos de reproducción asistida (TRA) a nivel nacional, operando tanto en la red pública como en la modalidad de libre elección, mediante el uso del Bono PAD en instituciones privadas en convenio.

Baja complejidad: corresponde al primer intento para lograr el embarazo mediante intervención médica. El procedimiento más común es la inseminación artificial, que consiste en la introducción de espermatozoides en la cavidad uterina durante el período de ovulación, con el objetivo de que la fecundación ocurra en el medio natural del cuerpo femenino.

⁸ Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad. Programa Nacional Salud de la Mujer, Departamento de Ciclo Vital, Ministerio de Salud 2015.

⁹ <https://www.idimi.cl/el-programa-de-subespecialidad-medicina-reproductiva-e-in-fertilidad-ha-formado-a-cerca-de-50-especialistas-en-sus-mas-de-25-anos-de-existencia/>

Alta complejidad: incluye técnicas que requieren la manipulación de ambos gametos (óvulos y espermatozoides) fuera del cuerpo de la mujer para permitir la formación de embriones. Las principales son:

- A) **Fertilización *In vitro* (FIV):** consiste en la unión del óvulo y el espermatozoide en un medio artificial, mediante incubación conjunta, permitiendo que la fecundación ocurra de forma natural pero extracorpórea.
- B) **Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI):** técnica que implica la microinyección de un único espermatozoide directamente en el interior del óvulo, facilitando la fecundación en casos de infertilidad severa masculina¹⁰.

Si bien los antecedentes de la medicina reproductiva en el sistema público chileno se remontan a la década de 1980 —con el primer nacimiento por FIV en el país en 1985— y la posterior consolidación de la Unidad de Medicina Reproductiva del IDIMI en 1991 como centro de referencia nacional, el financiamiento estructurado para la alta complejidad mediante el mecanismo de Bono PAD es de data reciente. Tras el fortalecimiento de la cobertura en la red pública iniciado en 2019, estos procedimientos se realizan en centros acreditados por la Superintendencia de Salud, garantizando estándares técnicos para prestaciones de alta complejidad en un marco de costos conocidos para los beneficiarios.

Una de las normas que resulta más relevante, en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, es la obtención del consentimiento informado. Antes de iniciar cualquier tratamiento, los pacientes deben ser informados de manera clara, completa y comprensible respecto del procedimiento, los riesgos asociados, las alternativas disponibles y las probabilidades de éxito. Este deber de información no sólo habilita a los pacientes para ejercer su autonomía en condiciones de conocimiento suficiente, sino que también constituye un elemento esencial en la configuración de una relación médico-paciente basada en la confianza, el respeto y la responsabilidad compartida¹¹.

10 Chile atiende Programa de fertilización asistida de baja y alta complejidad de Fonasa.

11 Beca, J. P., Lecaros, A., González, P., Sanhueza, P., & Mandakovic, B. (2014). Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones humanos.

Desde el punto de vista jurídico se han aplicado sanciones, lo que puede vulnerar derechos fundamentales, por lo que resulta sumamente importante establecer una ley que regule y garantice el acceso a los tratamientos de fertilidad garantizando derechos de reproducción traduciéndose no sólo en una norma, sino un proyecto de vida para las personas.

2.3. Limitaciones legales actuales

Si bien la Ley N°20.418 establece normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, su alcance se limita principalmente a la promoción y acceso a métodos anticonceptivos. El artículo 1° de dicha ley dispone que: *“Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial”*. Sin embargo, esta normativa se enmarca dentro de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva preventiva, sin abordar de manera sustantiva el tratamiento de la infertilidad ni establecer garantías específicas respecto al acceso a técnicas de reproducción asistida. Si bien se asegura la confidencialidad y privacidad en la toma de decisiones reproductivas, la ley no contempla ni regula como política pública el acceso equitativo y garantizado a los tratamientos de fertilidad, lo que evidencia una omisión legislativa en el reconocimiento y protección efectiva de los derechos reproductivos.

Es un hecho que los avances tecnológicos en medicina reproductiva han permitido que personas con problemas de fertilidad —tanto hombres como mujeres— accedan a tratamientos especializados que ofrezcan garantías clínicas, sin embargo, en Chile no existe una norma legal que establezca un límite etario para someterse a tratamientos de reproducción asistida (TRA). Adicionalmente, y pese a los avances sostenidos, no existe un protocolo de examinación igualitaria en la pesquisa de los trastornos reproductivos, es decir, el abordaje clínico y diagnóstico ha recaído de manera desproporcionada sobre la mujer, asumiéndola como principal —y a veces única— responsable del problema reproductivo. Este sesgo histórico pudiese implicar la omisión o postergación de la evaluación del factor masculino, reproduciendo desigualdades de género en la atención de la infertilidad y dificultando un abordaje integral, oportuno y equitativo de dicha condición. La ausencia de una norma expresa y de criterios objetivos genera dificultades jurídicas para los profesionales de la salud encargados de implementar técnicas de reproducción asistida.

Como todo procedimiento regulado por la normativa sanitaria y médico-legal, se exige que el paciente reciba una explicación detallada sobre el tratamiento, incluyendo su naturaleza, posibles complicaciones, hallazgos clínicos y alternativas disponibles, tanto en técnicas de baja como de alta complejidad. Este proceso debe culminar con la suscripción del consentimiento informado, instrumento que garantiza la autonomía del paciente y la responsabilidad del prestador. La omisión o deficiencia en este deber puede derivar en conflictos legales entre el médico y el paciente, o entre el establecimiento de salud y el usuario, especialmente en contextos de alta complejidad médica y emocional.

Otro de los límites jurídicos identificados en la presente discusión se relaciona con los requisitos técnicos exigibles a los centros que ofrecen dichos tratamientos. Si bien el Ministerio de Salud ha emitido directrices sobre acreditación y procedimientos clínicos, nuevamente se pesquiza la ausencia de una normativa que regule de manera sistemática la supervisión, fiscalización y sanción de los establecimientos que prestan servicios de reproducción asistida. Estas carencias normativas evidencian la necesidad de que el legislador aborde los desafíos éticos, médicos y jurídicos que plantea la infertilidad, mediante una ley que otorgue certeza jurídica, garantice estándares de calidad y resguarde los derechos reproductivos de los pacientes (y parejas).

2.4. Donación de espermios y óvulos

Los tratamientos de reproducción asistida (TRA), ya sean de baja o alta complejidad, no se limitan exclusivamente a casos de infertilidad “tradicional”, sino que también pueden presentarse en otros contextos tales como enfermedades genéticas, edad avanzada u otras condiciones médicas que afectan la capacidad reproductiva e incluso en familias monoparentales (persona soltera con deseo de ejercer maternidad/paternidad) o parejas homosexuales. En este sentido, la donación de gametos —espermios y óvulos— adquiere especial relevancia como alternativa terapéutica. En el ámbito nacional nuevamente se observa una falta en la regulación médico-legal que reglamente de manera expresa la donación de gametos, que establezca estándares sobre anonimato, consentimiento, filiación, trazabilidad o límites éticos y jurídicos tanto para los donantes como para los receptores, e incluso para los hijos nacidos mediante estas técnicas.

La Ley N°20.418, en su artículo 4°, dispone que: *“Los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, adoptarán las medidas apropiadas para*

garantizar el ejercicio de los derechos establecidos en esta ley. Para ello deberán elaborar planes que señalen las acciones respectivas”. Dicha disposición se limita a establecer mandatos generales de implementación, sin abordar de forma concreta los desafíos que plantea la donación de gametos en el contexto de las técnicas de reproducción asistida. Ante esto se ha optado por mantener la confidencialidad del donante en los tratamientos de reproducción asistida (TRA). Chile no cuenta con un registro nacional de donantes, lo que impide establecer controles sobre el número de donaciones realizadas por una misma persona, pudiéndose derivar en casos de consanguinidad inadvertida, generando conflictos médico-legales y afectando la seguridad genética de los nacidos mediante estas técnicas. Tres materias requieren regulación: (i) la trazabilidad —quién dona, a quién, con qué tamizaje y bajo qué límites—; (ii) el derecho de la persona nacida a acceder a información relevante para su salud; y (iii) la tensión entre el anonimato del donante y el derecho a la identidad.

Europa ofrece modelos diversos: España ha sostenido un sistema de donación gratuita y confidencial, mientras que el Reino Unido reconoce al hijo el derecho a conocer la identidad del donante al alcanzar determinada edad. No existe una única solución, pero sí un mínimo común: un registro robusto y un acceso regulado a la información médica.

Una salida prudente para Chile sería avanzar hacia un régimen de “anonimato relativo”: confidencialidad frente a terceros, acceso de la persona nacida a información clínicamente relevante —y, eventualmente, a la identidad en supuestos estrictos—, junto con límites al uso por donante y mecanismos de auditoría sanitaria. Esta fórmula protege a todas las partes involucradas: donantes, receptores y futuros hijos.

En cuanto al consentimiento informado, si bien es exigido en todos los procedimientos médicos conforme a la Ley N°20.584, se ha evidenciado que no existen protocolos específicos que regulen el consentimiento en el contexto de la donación de gametos, especialmente en lo relativo al uso, destino y trazabilidad del material genético, afectando tanto a donantes como a receptores, y plantea interrogantes éticos y jurídicos sobre la autonomía y la responsabilidad médica. Otro problema relevante se relaciona con la filiación de los hijos nacidos mediante donación de espermios u óvulos donde se mantiene el anonimato del donante y, en algunos casos, se renuncia a la paternidad o maternidad legal. Esta modalidad ha sido cuestionada por organizaciones internacionales

de derechos humanos y por la jurisprudencia comparada, que reconocen el derecho del hijo a conocer su origen biológico como parte esencial de su identidad personal. Por lo tanto, la omisión de normas y/o leyes que definan los límites del anonimato, los mecanismos de acceso a la información genética y los derechos del nacido devienen en un conflicto entre el derecho *a la privacidad del donante y el derecho a la identidad del hijo*, lo que social y legalmente requieren de una regulación conforme a los estándares internacionales de protección de la infancia y de los derechos reproductivos.

2.5. Propiedad y conservación de embriones y gametos

En relación con la propiedad y conservación de embriones y gametos, en Chile, al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, no se ha promulgado una ley especial que regule de manera integral la reproducción humana asistida. Tras la emisión del Boletín 16708-11, se busca modificar el Código Sanitario, con la finalidad de incorporar entre los servicios profesionales la acción para prevenir la infertilidad.

Históricamente, se han tramitado dos proyectos de ley sobre esta materia, actualmente archivados, los cuales proponían tipificar como delito la criopreservación y destrucción de embriones, así como su utilización para fines distintos de la reproducción humana. Esta aproximación legislativa genera tensiones desde el punto de vista médico-legal, al no considerar las prácticas clínicas actuales ni los estándares internacionales en bioética y salud reproductiva. Ante la falta de una norma expresa, en la práctica, los centros públicos y privados que ofrecen tratamientos de fertilidad incorporan cláusulas sobre el destino de los embriones y gametos en el consentimiento informado. No obstante, la propiedad y conservación de dicho material biológico plantea interrogantes relevantes sobre el plazo máximo de conservación permitido; la posibilidad de donación a terceros; los costos asociados al almacenamiento prolongado; y el uso con fines de investigación científica. Estos aspectos generan incertidumbre jurídica para los pacientes, los profesionales de la salud y las instituciones prestadoras, afectando el ejercicio de derechos fundamentales como la autonomía reproductiva, la protección de la salud y el derecho a la información. En consecuencia, se requiere una legislación que defina el estatuto jurídico de los gametos y embriones; que establezca criterios claros sobre su conservación y destino, y; que garantice el respeto de los principios bioéticos involucrados.

Los conflictos de pareja en el contexto de las técnicas de reproducción asistida suelen centrarse en la posibilidad de que uno de los miembros imponga al otro la transferencia de embriones. La solución más compatible con la autonomía y la dignidad personal es la adopción del principio de “no procreación forzada”: en ausencia de un acuerdo vigente para proceder a la transferencia, debe prevalecer la negativa. Este enfoque contribuye a reducir la litigiosidad y reconoce que la parentalidad constituye una decisión continuada, y no un efecto automático derivado de la sola creación de embriones.

La reproducción *post mortem* añade complejidades adicionales, vinculadas al consentimiento previo expreso, los plazos, los efectos filiativos y sucesorios, y la protección del futuro niño. La tendencia comparada es restrictiva, pero no prohibitiva: se admite únicamente cuando existe consentimiento expreso del fallecido, dentro de plazos definidos y con reglas filiativas claras. Chile debiera legislar en esta línea, evitando tanto una liberalización sin límites como una prohibición absoluta que desconozca decisiones autónomas previamente manifestadas.

3. CONCLUSIONES MÉDICAS

Desde la experiencia en reproducción asistida, hay varios elementos del análisis jurídico especialmente relevantes para la comunidad médica:

En primer lugar, la necesidad de una ley integral de reproducción médicamente asistida es plenamente compartida. En ausencia de una regulación clara, trabajamos con normas técnicas del Ministerio de Salud, programas específicos de FONASA y protocolos internos, lo que genera heterogeneidad en acceso, consentimiento informado, trazabilidad y reglas de donación y criopreservación. Una ley bien diseñada debiera entenderse como una herramienta para dar certeza, proteger a los pacientes y reducir la judicialización evitable.

Por lo que, el análisis médico-legal de las técnicas de reproducción asistida en Chile evidencia una serie de desafíos estructurales que impactan tanto en la práctica clínica como en la protección efectiva de los derechos de los pacientes y de los miembros de equipos médicos. Desde la experiencia en medicina reproductiva, resulta claro que la ausencia de una ley integral en esta materia constituye una de las principales debilidades del sistema actual.

Esta situación ha derivado en decisiones judiciales basadas en principios generales ante la inexistencia de normas expresas, lo que puede implicar la vulneración de derechos reproductivos.

En segundo lugar, la judicialización en medicina reproductiva suelen relacionarse más con fallas en la comunicación y en el manejo de expectativas que con la mera existencia de complicaciones. La infertilidad implica procedimientos sin garantía de éxito y con cargas emocionales, económicas y físicas significativas; en este contexto, el consentimiento informado deja de ser un documento aislado y se convierte en un proceso continuo de información y acompañamiento, base de una relación terapéutica honesta y de confianza.

Por lo que, en la práctica una regulación legal clara y coherente permitiría otorgar mayor certeza jurídica, fortalecer la protección de los pacientes y reducir la judicialización evitable. Aunque han existido intentos legislativos para abordar esta materia, los proyectos presentados permanecen archivados en el Congreso Nacional. Asimismo, la experiencia demuestra que los conflictos judiciales en medicina reproductiva no se originan en su mayoría, por la ocurrencia de complicaciones propias de procedimientos complejos, sino por deficiencias en la comunicación y en el manejo de expectativas. La infertilidad conlleva una carga emocional, física y económica significativa, y se desarrolla en un contexto de incertidumbre biológica inherente. En este escenario, el consentimiento informado debe entenderse como un proceso continuo de información, acompañamiento y diálogo, más que como un acto meramente formal, constituyendo un pilar central de la relación terapéutica y de la prevención de conflictos.

En tercer lugar, todo lo relativo a donación de gametos y criopreservación de embriones ilustra la distancia entre la realidad técnica y el vacío normativo. La ausencia de un registro nacional de donantes, de límites al número de familias receptoras y de reglas claras sobre anonimato y derecho a la identidad del nacido obliga a los equipos a asumir una responsabilidad ética mayor, diseñando protocolos estrictos de selección, trazabilidad y límites de uso, aun sin exigencia legal expresa. Una regulación moderna debiera fijar estándares mínimos para proteger a donantes, receptores y futuros hijos.

En cuarto lugar, el capítulo muestra con claridad que el acceso a las técnicas de reproducción asistida es hoy un problema de equidad en salud. La concentración de centros, la limitada cobertura y la falta de una política

robusta hacen que el país realice muchos menos ciclos de tratamiento de los que la epidemiología justificaría; la reproducción asistida debe ser entendida como parte de la política demográfica, de la salud mental y de los derechos reproductivos, más que como un lujo.

Finalmente, es clave reconocer el efecto emocional que los procesos judiciales generan en los equipos clínicos. Cuando los casos se analizan sin considerar la incertidumbre propia de la biología reproductiva, o se valoran los resultados solo en términos de éxito o fracaso, se instala el temor, se fomenta la medicina defensiva y se frena la innovación, con impacto indirecto en la calidad de la atención. De allí la necesidad de espacios sistemáticos de diálogo entre abogados y médicos que permitan construir criterios de responsabilidad más realistas y compartidos en medicina reproductiva.

En síntesis, los desafíos médico-legales de la infertilidad en Chile se sitúan en la intersección entre ciencia, derechos fundamentales, justicia social y proyectos de vida. Como especialista en medicina reproductiva y representante de sociedades científicas, valoro que este capítulo abra el debate y ofrezca herramientas conceptuales para avanzar hacia una regulación que combine seguridad jurídica, justicia distributiva y respeto por la dignidad de quienes buscan ejercer su derecho a formar una familia mediante técnicas de reproducción asistida.

Por lo tanto, se torna imperativo avanzar hacia la creación de una ley con enfoque multidisciplinario, que no se limite al aspecto médico-legal, sino que incorpore políticas sociales, criterios bioéticos y mecanismos de acompañamiento integral a las personas y parejas que recurren a estas técnicas, solo así será posible garantizar el ejercicio pleno de los derechos reproductivos y asegurar condiciones de equidad, transparencia y protección en el acceso a los tratamientos de fertilidad.

Dr. Aníbal Scarella Chamy

BIBLIOGRAFÍA

- Ministerio de Salud de Chile. (2015). Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad. Programa Nacional Salud de la Mujer. <https://platform.who.int/docs/default-source/mca-documents/policy>
- Bustos Águila, R. (2024, 4 de junio). Infertilidad afecta a casi el 15% de las parejas chilenas. Primera Fuente. <https://primerafuente.cl/nacional/2024/06/04/infertilidad-afecta-a-casi-el-15-de-las-parejas-chilenas/4>
- Montes Guevara, G. E. (2020). Bioética y técnicas de reproducción asistida. Aula Virtual, 3(6), 45–60. https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2665-03982020000100006
- Acceso a tratamientos de fertilidad Chile, España y Estados Unidos, Asesoría Técnica Parlamentaria 2025.
- Organización Panamericana de la Salud. (2023, 4 de abril). La OMS alerta de que una de cada seis personas padece infertilidad. <https://www.paho.org/es/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-cada-seis-personas-padeceinfertilidad>
- Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad. Programa Nacional Salud de la Mujer, Departamento de Ciclo Vital, Ministerio de Salud 2015.
- <https://www.idimi.cl/el-programa-de-subespecialidad-medicina-reproductiva-e-infertilidad-ha-formado-a-cerca-de-50-especialistas-en-sus-mas-de-25-anos-de-existencia/>
- Chile atiende Programa de fertilización asistida de baja y alta complejidad de Fonasa.
- Beca, J. P., Lecaros, A., González, P., Sanhueza, P., & Mandakovic, B. (2014). Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones humanos.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2024). Asesoría técnica parlamentaria: Preservación de la fertilidad, reproducción asistida y criopreservación de gametos y preembriones. Legislación comparada en España e Inglaterra. Informe interno no publicado.
- [1] Organización Mundial de la Salud (OMS). “Esterilidad / *Infertility*”

(ficha informativa; definición y efectos). Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>

- [2] Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N° 1 (texto oficial). Cámara de Diputadas y Diputados. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf
- [3] Código Civil de Chile, artículos 74 y 75. Disponible en: https://leyes-cl.com/Código_civil/74.htm y https://leyes-cl.com/Código_civil/75.htm
- [4] Ley 20.584, regula derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>
- [5] Ley 20.120, sobre investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. LeyChile/BCN. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253478>
- [6] ChileAtiende - Fonasa. “Programa de fertilización asistida de baja y alta complejidad”. Disponible en: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/23778-programa-de-fertilización-asistida-de-baja-y-alta-complejidad-de-fonasa>
- [7] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Serie C N° 257). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- [8] República Argentina. Ley N° 26.862 (Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida). Infoleg. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- [9] República Argentina. Decreto 956/2013 (Reglamentación Ley 26.862). Infoleg. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>
- [10] España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

- [11] European Court of Human Rights. Dickson v. The United Kingdom (Grand Chamber), Judgment 4 December 2007. HUDOC. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106991>

GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: ¿UNA ESPECIALIDAD DE ALTO RIESGO? ANÁLISIS NORMATIVO Y DE JURISPRUDENCIA

Abogado Manuel Díaz Brousse¹

Abogada Paulina González Guzmán²

Dr. Roberto Altamirano Assad³

Análisis de jurisprudencia penal. Causa RIT 13.938-2007 del 7° Juzgado de Garantía de Santiago.

I. Los hechos y su calificación jurídica según la acusación (requerimiento) del Ministerio Público (considerando 2° del fallo. Art. 391 del Código Procesal Penal).

“EL DÍA 05 DE ENERO DEL 2007, A LAS 19:00 HORAS APROXIMADAMENTE, EN LA CLÍNICA “S”, UBICADA EN CALLE “C”, COMUNA DE SANTIAGO, EL IMPUTADO QUIEN ES MÉDICO, ESPECIALISTA EN GINECOBSTERICIA, TOMÓ COMO PACIENTE SUYO PARA ATENDER SU PARTO, ASUMIENDO COMO SU

1 Autor: Abogado Universidad Central. Encargado de los procesos por negligencia médica de la Fiscalía Regional Metropolitana en Falmed. Master in Business Law de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2003-2004. Diplomado en Reforma Procesal Penal, Universidad Central. 2004. Diplomado en Derecho Penal Económico, Universidad Alberto Hurtado. 2007.

2 Autora: Abogada, Universidad Adolfo Ibáñez, mención en Derecho Penal. Diplomado en Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Penal Sustantivo, Parte General, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Litigación Penal Avanzada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Alegatos en Tribunales Superiores de Justicia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Debido Proceso, Universidad de Chile. Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Área de práctica: Unidad Penal Negligencia Médica y Unidad de Defensa de Género Falmed.

3 Colaborador: Dr. Roberto Altamirano es ginecólogo oncólogo y profesor asociado en la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como vicepresidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG) y participa activamente en la formación de residentes y en labores de liderazgo clínico. El Dr. Altamirano posee un magíster en Administración de la Salud, AI and Healthcare de la Universidad Johns Hopkins, y ha completado formación en Liderazgo Compasivo y atención centrada en la persona.

MÉDICO TRATANTE, A LA VÍCTIMA “V”, DE 43 AÑOS DE EDAD, QUIEN POSEÍA UNA MALA HISTORIA OBSTÉTRICA, Y QUIEN LE HABÍA MANIFESTADO AL IMPUTADO QUE QUERÍA ESTERILIZARSE. POSTERIORMENTE A LAS 19:30 HORAS COMENZÓ LA CESÁREA DE LA VÍCTIMA REFERIDA, PROCEDIMIENTO EL IMPUTADO ACTUANDO COMO PRIMER CIRUJANO, LUEGO, A LAS 19:35 HORAS NACIÓ EL BEBÉ DE LA REFERIDA VÍCTIMA LA MENOR “A”, E INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL NACIMIENTO DE LA MENOR YA INDICADA, LA VÍCTIMA COMENZÓ A SUFRIR UN CUADRO DE INERCIA UTERINA LO QUE MOTIVO QUE SE LE SOMETIERA A MASAJES UTERINOS A REPETICIÓN Y APLICACIÓN DE DROGAS EN ESQUEMA APLICABLE A INERCIAS UTERINAS TALES COMO METHERGIN INTRAMUSCULAR, MISOTROL SUBLINGUAL, MASAJE UTERINO DIRECTO, TRAS LO CUAL EL IMPUTADO PROCEDIÓ A EFECTUARLE ESTERILIZACIÓN TUBARIA, CONTINUANDO CON MISOTROL RECTAL, TRATAMIENTO AL CUAL EL CUADRO DE INERCIA UTERINA FUE REFRACTARIO, Y QUE EL MÉDICO ANESTESISTA “L” LE REPRESENTARA AL IMPUTADO QUE LA PACIENTE SUFRÍA DE INERCIA UTERINA SEÑALÁNDOLE QUE LE EFECTUARA UNA HISTERECTOMÍA, INTERVENCIÓN ÉSTA, INDICADA PARA ESTE CASO, PROCEDIENDO POSTERIORMENTE EL IMPUTADO, ALREDEDOR DE LAS 20:10 HORAS, A CERRAR A LA PACIENTE REFERIDA, DAR POR TERMINADA DICHA CIRUGÍA, Y RETIRARSE DE LA SALA DE PABELLÓN SIN HABERLE REALIZADO UNA HISTERECTOMÍA.

LUEGO, CERCA DE LAS 21:00 HORAS, Y ENCONTRÁNDOSE EL IMPUTADO EN EL SECTOR DE ESTACIONAMIENTOS, FUE AVISADO QUE LA VÍCTIMA PRESENTABA CONVULSIONES, DEBIDO A LO CUAL ÉSTE SE DIRIGIÓ A LA SALA DONDE SE ENCONTRABA LA PACIENTE, QUIEN ESTABA YA INCONSCIENTE, CON UNA HEMORRAGIA SEVERA Y CON CONVULSIONES, LUEGO EL IMPUTADO LE INDICÓ A PARTE DE SU EQUIPO MÉDICO REALIZAR UNA HISTERECTOMÍA OBSTÉTRICA RECIBIENDO UNA SUGERENCIA NEGATIVA DADO QUE EL ESTADO TAN CRÍTICO EN QUE SE ENCONTRABA YA “V” REQUERÍA DE UN ESTABLECIMIENTO HOSPITALARIO DE MAYOR COMPLEJIDAD, NO INSISTIENDO MÁS SOBRE DICHA INTERVENCIÓN EL IMPUTADO. POSTERIORMENTE Y APROXIMADAMENTE A LAS 21:50 HORAS, EL IMPUTADO LLAMÓ A UN MÉDICO DEL HOSPITAL CLÍNICO “A” PARA QUE “V” FUERA TRASLADADA Y ATENDIDA EN DICHO RECINTO AL CUAL POSTERIORMENTE INGRESÓ INCONSCIENTE, INTUBADA, CON VENTILACIÓN ASISTIDA, EN UN PROFUNDO SHOCK HIPOVOLEMICO TERMINAL, Y DONDE INGRESADA DIRECTAMENTE A PABELLÓN EL EQUIPO MÉDICO DE TURNO LE REALIZÓ UNA HISTERECTOMÍA

DE URGENCIA, EN EL CUAL PARTICIPÓ EL IMPUTADO, AL MISMO TIEMPO QUE SE LE TRATO DE REANIMAR CON MEDIDAS AVANZADAS DE RESUCITACIÓN QUE INCLUYERON CARDIOVERSIÓN ELÉCTRICA, LAS CUALES RESULTARON INFRUCTUOSAS, FALLECIENDO LA VÍCTIMA EN DICHO HOSPITAL [sic]”.

A juicio del Ministerio Público, los hechos reseñados son constitutivos de un CUASIDELITO DE HOMICIDIO, de los artículos 491 inciso 1°, 490 N°1 y 391 N°2, todos del Código Penal.

II. LA TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA (EXTRACTADO DE LOS CONSIDERANDOS 3° Y 4°. ART. 326 CPP)

Basado en su alegato de apertura, se centró principalmente en 3 elementos:

- El estado hemodinámico de la paciente en el intraoperatorio siempre fue normal, por lo que no estaba sufriendo una inercia uterina, lo que descarta la necesidad de una histerectomía.
- En el posoperatorio inmediato, cuando la paciente presenta la convulsión, la histerectomía no pudo realizarse por causas ajenas a la voluntad del acusado.
- Al no haberse realizado autopsia, no se puede formar convicción, más allá de toda duda razonable, de que la paciente haya fallecido desangrada debido a una inercia uterina, ya que este no era el único cuadro clínico probable.

A su turno, la declaración del acusado precisa los siguientes argumentos:

- Existió mala retracción uterina que se manejó con masaje directo al útero, drogas y drogas, o sea médicamente (sin cirugía), con lo cual el útero se retrajo. Una vez terminada la cirugía se le puso un cinturón especial a la paciente para evitar que el útero se relajara.
- La paciente sangraba en la cavidad abdominal, lo que el acusado atribuyó a un desgarro en la pared del útero por el mismo masaje practicado, por lo que esterilizó directamente el útero poniendo vicryl, con lo cual se solucionó el sangrado.
- Terminado el procedimiento la paciente estaba lúcida, consciente y con signos vitales normales.

III. LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL DIO POR PROBADOS EN SU SENTENCIA (CONSIDERANDO 7º. ART. 297 CPP)

“Que con fecha 05 de enero del 2007, a las 19:00 horas aproximadamente, en la Clínica “S” de la comuna de Santiago, el imputado en su calidad de médico, especialista en ginecología y obstetricia, asumió como su tratante, para efectos de atender el parto y posterior esterilización, a doña “V”. Luego a las 19:30 horas, en dicho carácter inició el procedimiento correspondiente a la cesárea de la paciente referida actuando como primer cirujano, produciéndose aproximadamente a las 19:30 hrs. el nacimiento de la hija de la citada paciente, demostrándose primeramente ante la vista del facultativo un cuadro de hipotonía y atonía uterina que importó para este la necesidad de efectuar distintos procedimientos tendientes a corregir la retracción y contracción uterina de la paciente que atendía, consistentes estos, en la aplicación de masajes uterinos de modo mecánico, y suministro de drogas tales como Methergin intramuscular, y misotrol sublingual y rectal, tras lo cual y luego de verificar que la paciente se encontraba con estados normales de vitalidad, procedió a efectuar la esterilización tubaria, efectuando posteriormente, alrededor de las 20:10 horas, el cierre de la paciente referida, dando por terminada dicha cirugía, retirándose de la sala de pabellón. Posteriormente, cerca de las 21:00 horas, y encontrándose el imputado en el sector de estacionamientos, fue avisado por personal de la clínica que la víctima presentaba convulsiones y alteraciones en su estado, dirigiéndose a la sala donde se encontraba la paciente, quien yacía inconsciente, con una hemorragia y con convulsiones, procediendo el imputado a indicarle a parte de su equipo médico realizar una histerectomía obstétrica en atención a la prognosis que ahora evidenciaba, presuntamente atribuible a un cuadro de inercia uterina, ante lo cual recepcionó de parte del anestesista “L”, una sugerencia negativa, en atención al estado crítico que a su parecer ostentaba la paciente y a las condiciones mínimas hospitalarias que tenía el establecimiento de salud para atender la urgencia, trasladándose a la paciente a instancias del propio cirujano al Hospital “A” aproximadamente a las 22:00 horas, recinto al cual ingresó esta última inconsciente, intubada, con ventilación asistida, y con un presuntivo shock hipovolémico terminal, donde el equipo médico de turno le realizó una histerectomía de urgencia, a la par con medidas de resucitación, todas las cuales resultaron infructuosas, desde el momento que falleció la víctima en dicho hospital, ese mismo día, en horas de la noche”.

IV. COMENTARIOS: LAS DIFERENCIAS ENTRE EL MÉRITO DE LA ACUSACIÓN Y LOS HECHOS PROBADOS

A. La acusación imputa que la paciente sufrió una inercia uterina inmediatamente después de producido el nacimiento

Por el contrario, la sentencia da por probado un cuadro de hipotonía y atonía uterina que dificultaban la retracción uterina, pero de menor gravedad que la inercia, que fue tratado tal como indica la acusación, esto es, médicamente, sin histerectomía (extracción del útero), encontrándose la paciente con estados normales de vitalidad cuando se realiza la esterilización tubaria y el cierre de la paciente “V”.

Sobre este punto es indispensable hacer mención a que el principio de congruencia en sede penal requiere que entre acusación – o requerimiento – y sentencia exista una correspondencia esencial, esto implica que el fallo solo podrá referirse a los hechos contenidos en ella de forma exclusiva, estando vedado cualquier modificación, ampliación o precisión sustancial, imponiendo un límite al persecutor y la actividad jurisdiccional.

Este principio posee reconocimiento legal en nuestro ordenamiento en los artículos 259 inciso final y 341 inciso primero, ambos del Código Procesal Penal, es una manifestación del Derecho a Defensa, en concreto de aquello que se denomina *inviolabilidad de la defensa*, en función del cual el acusado tiene derecho a conocer el contenido de la imputación de forma clara y precisa asegurando que no será sorprendido a partir de la inclusión de elementos inesperados en relación a los que ha fijado el acusador al formular cargos.

Racionalmente debe entenderse que impone una exigencia orientada a la existencia de una concordancia o correspondencia esencial de índole material y personal, esto es, en cuanto a hechos y personas, siendo labor del Tribunal cautelar la identidad del objeto del proceso, de forma tal que la sentencia no puede exceder el contenido de la acusación, no obstante, puede atribuirse una calificación jurídica distinta a la planteada por el persecutor o apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad, siempre que se advierta oportunamente a los intervinientes.

B. La acusación no hace referencia a las condiciones mínimas hospitalarias que tenía la clínica “S” para realizar la histerectomía una vez producida la convulsión

Por su parte, la sentencia se refiere a estas condiciones como uno de los fundamentos de la negativa del anestesista para realizar la histerectomía y del traslado de la paciente a un centro de mayor complejidad.

Cuando la acusación adolece de falta de claridad por faltar una descripción específica y suficiente de los hechos que la sustentan y el Tribunal al resolver llena de contenido los vacíos fácticos, se infringe el debido proceso, en tanto el alcance del fallo se encuentra limitado al contenido de la imputación del persecutor, de forma tal que si esta se ha realizado deficientemente en términos tales que la descripción fáctica sea insuficiente puede traducirse en la anulación del fallo.

Esto se encuentra en línea con lo sostenido en el punto anterior, del ya citado artículo 259 se desprende la obligación del Ministerio Público de consignar en su acusación la descripción fáctica de la conducta y todos los antecedentes de los hechos que se imputan, con especial énfasis en aquellos que revistan relevancia jurídico penal como también las circunstancias relativas a la autoría y participación.

C. Cabe destacar que ni la acusación ni la sentencia indican una causa precisa y necesaria de la muerte de la paciente

La acusación – o el requerimiento - no puede ser imprecisa, genérica ni ambigua, no basta por lo tanto que se efectúe una descripción abstracta o amplia del núcleo fáctico, que no tenga la capacidad de delimitar los hechos específicos que se pretende subsumir al tipo penal, se exige al persecutor una descripción precisa y circunstanciada, consecuencia del carácter de *ultima ratio* del derecho penal al representar la manifestación más intensa del *ius puniendi*.

En síntesis, el principio procesal de congruencia garantiza al acusado que aquello que se le imputa se ha fijado de manera invariable en la formalización o acusación correspondiente, evitando con ello ser sorprendido con elementos de los que no ha podido defenderse impidiéndole ejercer cabalmente sus posibilidades defensivas o que la sentencia se extienda a aspectos no conocidos. Sin embargo, debe tenerse presente que no supone identidad gramatical, por lo que no cualquier error fáctico o variación en elementos secundarios se traduce en una transgresión al principio en comento, se ha estimado que la misma deberá ser sustancial y trascendente.

V. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL (EXTRACTADO DE LOS CONSIDERANDOS 8° A 17°)

Los hechos probados deben contrastarse con el mérito de la acusación, teniendo presente que al Ministerio Público le correspondía dejar claramente establecido que el acusado faltó a la *lex artis* de su ciencia o arte en forma negligente, y concretamente que omitió culpablemente, dada la sintomatología presentada por la paciente, efectuar un procedimiento quirúrgico oportuno como lo era la histerectomía.

Establecido lo anterior, es necesario apreciar si las actuaciones del facultativo se ajustaron o no a la praxis médica correcta, concordando aquello con la ficha clínica de la paciente, que refleja de modo fidedigno la actuación precisa efectuada temporalmente por el equipo médico, y que da cuenta de sus estados de vitalidad.

Cuestionable resulta, entonces, pensar que este estado de lucidez mental y de compensación vital se hubiese dado si el médico tratante hubiera tenido que histerectomizarle.

Frente al escenario de urgencia que posteriormente se presenció, el médico se encontró con la necesidad de efectuar una práctica de mayor complejidad como la histerectomía y la negativa del único anestesista de la clínica le fue dada aduciendo las carencias que la clínica tenía para ello, lo que motivó el traslado de la paciente a instancias del propio cirujano hacia otro recinto hospitalario.

En suma, su aserto no compromete la *mala praxis* médica utilizada por el facultativo en las dos instancias que fueron referidas por los representantes del Ministerio Público como fundantes de su omisión.

El tribunal adhiere a la postura sustentada por la defensa y que fue refrendada por uno de sus peritos, en cuanto a que todas y cada una de las maniobras que efectivamente fueron realizadas a la paciente durante la cesárea, estaban orientadas a revertir la complicación de acuerdo a la *lex artis*, entre las que se incluyeron masajes uterinos, aplicación de fajas y administración de fármacos, al estimarse que estas eran manifestaciones primitivas que no ameritaban directamente la histerectomía que propuso el anestesista.

Surge de este modo un atisbo de dudas que fueron dadas a conocer por los peritos de la defensa en torno, primero, al real estado de gravedad que podía tener la paciente, si, en este sentido tenía las recomendaciones que se

han referido, y segundo en relación a la oportunidad de la histerectomía que plantea el Ministerio Público luego que fue intervenida quirúrgicamente para la cesárea, y que acérrimamente le habría sido representada al imputado por el Dr. “L” como anestesista.

Bajo este escenario. para constituirse en infractor de la ley penal no basta el simple proceder negligente del facultativo para que sea procedente su sanción, sino que, este debe ser de tal entidad que permita imputar objetivamente la comisión del cuasidelito, y conforme a ello las pruebas aportadas y valoradas con libertad sin contradecir las máximas de experiencia o los principios de la lógica, permiten asentar como hecho cierto que el acusado frente al cuadro clínico de la paciente bajo su responsabilidad, tomó las precauciones quirúrgicas ajustándose a la *lex artis*, y bajo ese sustrato no se ha logrado acreditar que haya mediado con su actuación, una negligencia culpable en su proceder al punto tal de considerar su conducta réproba, dentro del marco de asignación unitaria de responsabilidad pretendida por el ente persecutor.

En efecto. el nivel de diligencia que se estima probablemente fue desplegado por el acusado aleja la posibilidad de una conducta negligente y culposa que atribuye el Ministerio Público en forma exclusiva, no resultando posible trasladar dicha diligencia al campo de lo imposible, pretendiendo cubrir con ello los eventos que depara el acaso.

Es en este sentido, que el sentenciador ponderando la lata prueba expuesta, efectúa su consideración que como se anunció en el veredicto resulta absolutoria para el imputado, el médico tratante, quien tiene consigo aparejado el deber cualificado de evitar un determinado resultado, en este caso, impedir la muerte, y que nace por su asunción voluntaria, ostentando consigo un deber genérico que surge al asumir el proceso de maternidad de la víctima “V”.

Como es de conocimiento jurídico básico, para los efectos de que pueda imputarse objetivamente la comisión de un cuasidelito a una persona determinada es necesario que se cumplan con tres requisitos indispensables:

- a) que se haya realizado una acción o incurrido en una omisión;
- b) que se haya producido un resultado típico y
- c) que medie la relación de causa a efecto entre ambos momentos de la realidad externa, de tal forma que la ausencia de la acción u omisión, excluyan la hipótesis delictual.

Esto último puede establecerse con mediana facilidad cuando el resultado sobreviene inmediatamente después de ejecutada la acción, pero en caso contrario, o cuando entre la acción y el resultado acontece algún otro hecho que interrumpe o modifica el curso causal originario, es menester recurrir a los principios de la causalidad natural y de la imputación objetiva.

En torno a la causalidad natural, es decir, puestos a precisar si el resultado está en una relación de causalidad con la conducta, el mecanismo de la equivalencia de todas las condiciones permite colegir si el resultado ha sido causado por la acción, cuando suprimida esta, desaparece aquél. De tratarse de una omisión, se agrega esta, y si el resultado desaparece, la omisión es su causa.

Establecida la causalidad en la forma dicha, debe precisarse si el resultado es la consecuencia de la creación de un riesgo no autorizado por el sistema jurídico, o del aumento del peligro inherente a un riesgo autorizado.

En ambos casos, si el resultado se produce en el ámbito de protección de la norma, podrá ser atribuido al sujeto que desplegó la conducta.

Como se trata de una hipótesis culposa, deberá establecerse la falta de cuidado en la realización de la acción creadora de riesgo o en el cumplimiento de la obligación de garante.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo dicho, se ha concluido que para que pueda haber responsabilidad en casos como el que se estudia, es necesario tener comprobados los siguientes requisitos copulativos: que el autor sea un médico y que su actuar se haya producido en el ejercicio de la profesión; que la acción del facultativo ocasionara un mal en la persona del paciente, para el caso que nos convoca la muerte de la misma, que el médico haya actuado con negligencia culpable; y la comprobación de una relación de causalidad entre acto culposo y daño resultante.

El tribunal contó con la apreciación pericial de “E”, quien en su lata exposición, al igual que la del resto de los peritos que comparecieron al juicio, señaló como causa probable de la muerte de “V”, la hemorragia post parto, derivada de una inercia uterina que provocó en ella un shock hipovolémico y una descompensación general. Los peritos concordaron en que las maniobras efectuadas por el imputado, se ajustaron a la *lex artis*, desde el momento en que este siempre se direccionó hacia la víctima empleando cada uno de los procedimientos que la ciencia médica estima como recomendables para dar solución al escenario voluble que planteaba la paciente.

Según lo ya afirmado en torno a que la ciencia médica no es exacta y posee un relativismo que depende de múltiples factores para el anuncio de una prognosis, o el establecimiento de un resultado, la mayor parte de los peritos de la causa, fueron enfáticos en señalar que si bien es posible establecer la causa de muerte de una persona con la prescindencia de la autopsia y solo con la clínica del paciente, la realización de la misma permite llegar a una convicción médico resolutive que se condiciona mayormente con los estándares de certeza que busca la ciencia médica, y a falta de esta, para el caso en cuestión, la misma hubiese resultado clarificadora en torno a desentrañar los términos probabilísticos que fueron vertidos por los peritos referidos en torno al porqué murió “V”.

Ninguna persona puede ser condenada sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley, y en el caso concreto, si el Tribunal tiene una duda razonable, es decir, incertidumbre plausible y seria acerca de si el imputado actuó de la manera que le atribuye el Ministerio Público, se concluye que no logró probarse su participación o responsabilidad en calidad de autor del cuasidelito de homicidio, según se ha expuesto precedentemente.

En efecto, “la duda” como ya se reprodujo, es aquella que va más allá de una mera consideración probabilística de que los hechos pudieren ser de otro modo, la que no puede reposar en una pura subjetividad, sino que tendrá que derivarse de la racional y objetiva evaluación de los elementos de convicción que aporten los intervinientes durante la audiencia del juicio oral, la que además debe evaluarse en una visión de conjunto, debidamente armonizada unas con otras, para evitar una ponderación aislada y fragmentaria que conspire contra las reglas de la sana crítica racional. No cualquier duda es suficiente para alterar las conclusiones de una razonada evaluación de la prueba de cargo. Debe tratarse de una duda de cierta entidad, vinculada con un hecho que anide en el ánimo del juzgador, en el sentido que las cosas pudieron efectivamente suceder de otro modo.

En conclusión, la exigencia de que la sentencia de condena y por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que fallar acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, no ha acontecido en la especie a juicio del tribunal, toda vez que de los testimonios

prestados en el juicio oral y de la prueba de cargo en general, se observa la ausencia de uno de los elementos fundamentales en los delitos culposos consistente en la conexión o vinculación entre la infracción del médico al deber de garante trasgrediendo la *lex artis*, y el resultado muerte, lo que genera una serie de dudas razonables en relación a imputar objetivamente dicho resultado a la actividad ejecutada por el acusado, duda de tal magnitud e importancia que sólo puede conducir a su absolución.

No se acreditó que la muerte de “V” haya sido causada por el accionar negligente del cirujano que le atendía, faltando entonces el elemento básico para sostener la responsabilidad culposa del acusado en los hechos, cual es, como se señaló que entre la actuación del agente y el daño causado (muerte de su paciente), se dé una relación de causa a efecto.

De esta forma, no logrando el acusador con sus probanzas un estándar de prueba suficiente para derribar el principio de inocencia que asiste al imputado, se absuelve al acusado de la imputación formulada en su contra en la que se le atribuía la calidad de autor de un cuasidelito de homicidio en la persona de “V”, sancionado en el artículo 491 en relación con el artículo 490 N°1, ambos del Código Penal.

VI. COMENTARIOS RESPECTO A LO RAZONADO POR EL TRIBUNAL

A. La ficha clínica es el medio de prueba de base

“Es necesario apreciar si las actuaciones del facultativo se ajustaron o no a la praxis médica correcta, concordando aquello con la ficha clínica de la paciente, que refleja de modo fidedigno la actuación precisa efectuada temporalmente por el equipo médico, y que da cuenta de sus estados de vitalidad.

Cuestionable resulta entonces pensar, que este estado de lucidez mental y de compensación vital se hubiese dado, si el médico tratante hubiera tenido que hicteromizarle.”

Según la fase del acto médico en que interviene un facultativo se le asocian deberes específicos de cuidado que determinan si su comportamiento se adecua o no a la *lex artis*, para el establecimiento de cada uno de ellos la ficha clínica juega un rol fundamental.

Conforme a lo anterior, puede señalarse que en la anamnesis deberá necesariamente analizarse la historia clínica del paciente antes de dar curso

a la atención médica que se requiera, de forma tal que recaer en el médico un deber de información, cuestión que incide en el deber de evitación derivado del conocimiento en función del cual es posible acotar qué es aquello que debió preverse. Entonces, no podrá hablarse de un deber de prever respecto de lo que no se conoce, siempre que dicho desconocimiento no le sea imputable al actuar del médico.

Siguiendo con el análisis, corresponde referirse a la etapa de diagnóstico, en la que se asocia al médico la obligación de reunir todos los elementos relevantes en relación a la patología del paciente, los cuales han de quedar plasmados en la ficha clínica. Además, de la información que se contiene en la ficha se desprende un deber de advertir y ponderar el peligro, cuestión que nuevamente puede reconducirse al deber de previsión vinculado a los conocimientos que se le asocian a la profesión médica, por lo que no puede desatender el médico la información contenida en la ficha ni excusarse en su desconocimiento para justificar su actuar, en este sentido la falta de conocimiento de la ficha clínica impone un deber de abstención, de lo contrario se incurre en un riesgo prohibido.

Desde el punto de vista de los elementos de prueba en un juicio de esta índole, la ficha clínica permite establecer el deber de cuidado, en tanto, su contenido ilustra al Tribunal sobre la adecuación al deber de cuidado de la conducta médica y la previsión, elementos que sientan las bases de la imprudencia.

Adquieren especial relevancia elementos como el consentimiento informado, los protocolos operatorios, datos de atención de urgencia y epicrisis entre otros, los cuales se aprecian en conjunto con las evoluciones clínicas y de enfermería respectivas, permitiendo reconstruir la secuencia fáctica de las atenciones de un paciente a la luz de las responsabilidades que en dicho contexto corresponden al personal sanitario.

B. La importancia de la prueba pericial

“El tribunal contó con la apreciación pericial de “E”, quien en su lata exposición, al igual que la del resto de los peritos que comparecieron al juicio, señaló como causa probable de la muerte de V, la hemorragia post parto, derivada de una inercia uterina que provocó en ella un shock hipovolémico y una descompensación general. Los peritos concordaron en que las maniobras efectuadas por el acusado, se ajustaron a la lex artis,

desde el momento en que este siempre se direccionó hacia la víctima empleando cada uno de los procedimientos que la ciencia médica estima como recomendables para dar solución al escenario voluble que planteaba la paciente.”

La sentencia considera la apreciación pericial de médicos expertos que declararon en estrados, sin haber participado en los hechos, pero habiéndolos conocido por su estudio de los distintos elementos contenido en la carpeta investigativa como las fichas clínicas y declaraciones de testigos, es necesaria para interpretar correctamente los signos descritos en la evolución de la paciente, como un medio para ilustrar al tribunal respecto de aspectos como la causa de muerte orientándose a formar convicción respecto de los procedimientos que la ciencia médica estima como recomendables en cada escenario planteado en la acusación. En ese sentido, las declaraciones de peritos y de médicos en calidad de testigos expertos son indispensables para sostener una teoría del caso en este tipo de juicios.

La prueba pericial resulta indispensable si se estima que lo habitual es que las normas en materia de delitos culposos no establezcan de manera específica cuál será el deber de cuidado cuya infracción es una exigencia básica de toda imprudencia y corresponde a un parámetro con el que deberá contrastarse la conducta desplegada por el sujeto, estos tipos penales generalmente se configuran de manera amplia, siendo el juez quien debe determinarlo y dotarlo de contenido.

En atención a lo anterior, la prueba pericial es un insumo esencial en un ámbito como la responsabilidad médica, inserta en las figuras culposas, donde las pautas que rigen el actuar del facultativo y su adecuación al cuidado debido se encuentran delimitadas por la *lex artis*, cuya determinación no viene dada por la ley, sino que se establece a partir de normas técnicas científicas que rigen en cada ámbito y se encuentran en constante cambio.

A lo anterior se agrega que la *lex artis* en el marco de la responsabilidad profesional deberá ser valorada por el tribunal, quien está llamado a establecer si en un caso concreto se ha empleado el cuidado debido, si existía un deber de previsibilidad o si se ha creado un riesgo no permitido, por ejemplo, cuestiones que darán paso a establecer si se lesionó o no el bien jurídico y que ello se concrete en el resultado. Lo anterior supone contar con pruebas en el desarrollo de un juicio asociadas a conocimientos especiales y que varían según factores como el procedimiento quirúrgico de que se trate, la fase del acto médico cuestionada o la especialidad del médico.

Estimamos que el ejercicio de subsunción antes descrito requiere apoyarse en materia médica de un sustento técnico y científico, que por su especialidad puede resultar ajeno a los conocimientos del juez. De allí que para alcanzar el estándar de convicción requerido en nuestro ordenamiento para arribar a un veredicto, al situarnos en ámbitos relacionales altamente complejos, contar con pronunciamientos de especialistas que orienten a si se satisfacen o no los elementos requeridos por el tipo penal es fundamental, ya que en lo pertinente, permitirán dilucidar si se han observado o no las reglas de la *lex artis*.

La prueba pericial adquiere especial relevancia en el contexto de un juicio oral donde si bien el Tribunal cuenta con libertad para apreciar la prueba no puede contradecir en su razonamiento los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En este escenario es de suma importancia acreditar las cualidades y calificaciones profesionales que den cuenta de la idoneidad del perito, exigencia contenida en el artículo 314 del Código Procesal Penal.

En la especie, la fiscalía no contó con ninguna declaración de especialista – sólo la de los familiares de la víctima – que ratificara la existencia de una negligencia médica concreta ni que vinculara alguna conducta precisa del acusado con el resultado de muerte de la paciente.

El tribunal estimó, basado en los registros de la ficha clínica explicados por los peritos, que el estado hemodinámico de la paciente era estable después de aplicar las medidas médicas de retracción uterina, por lo que, en ese momento, no correspondía practicar una histerectomía y que luego, cuando la paciente se agrava, las condiciones de la clínica no permitían practicar la intervención quirúrgica, en opinión del anestesista.

A modo de conclusión, estimamos que los informes de especialistas y las declaraciones de testigos presenciales médicos son esenciales para sostener cualquier pretensión judicial en este tipo de casos, particularmente para lograr un veredicto condenatorio.

C. La mera negligencia no bastaría para configurar el tipo penal culposo del facultativo

“Para constituirse en infractor de la ley penal no basta el simple proceder negligente del facultativo para el sancionamiento, sino que, este debe ser de tal entidad que permita imputar objetivamente la comisión del cuasidelito.”

El Tribunal exige algo más que la mera negligencia para configurar el tipo penal. La sentencia echa de menos una entidad mayor en el proceder negligente para que la conducta sea objetivamente imputable. La culpa, esto es, la negligencia o imprudencia, no se traduce en un delito de forma automática, se requiere su asociación con la lesión al bien jurídico, elemento que se entiende como el resultado en términos jurídicos. Para los profesionales de la salud esto permite afirmar que aún constatándose un resultado dañoso puede exculparse al haberse ajustado en su actuar a la debida diligencia o cuidado. Esto resulta evidente al constatar que en la sociedad existen áreas donde es posible y necesario ejecutar acciones riesgosas, para lo que el Estado determina que deberán someterse a ciertas reglas, de forma tal que no podrá afirmarse la concurrencia de responsabilidad si estas son respetadas por el actor.

Esta entidad mayor es objetiva, por lo que entendemos que no se refiere exclusivamente a un estado de ánimo descuidado, sino a una conducta que vulnere la *lex artis* profesional, esto es, los conocimientos médicos afianzados, los procedimientos sanitarios habituales y las habilidades mínimas exigidas por la propia comunidad de galenos.

A lo dicho anteriormente se añade que debe evidenciarse además una conexión entre la conducta que se estima imprudente y el resultado jurídico, toda vez que ello constituye una exigencia del tipo culposo. En este sentido, no bastaría por sí sola la identificación de una infracción al deber de cuidado sumada a la previsibilidad, sino que resulta indispensable constatar un vínculo causal de estas circunstancias con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico denunciada, la que deberá ser además imputable a la conducta negligente.

D. Las carencias del recinto sanitario no son de responsabilidad del médico

“Frente al escenario de urgencia que posteriormente se presenció, que el médico se encontró con la necesidad de efectuar una práctica de mayor complejidad como la histerectomía y la negativa del único anestesista de la clínica, le fue dada, aduciendo las carencias que la clínica tenía para ello, lo que motivó el traslado de la paciente a instancias del propio cirujano hacia otro recinto hospitalario.”

Adquiere relevancia frente a esta consideración la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como aquella que debe apreciarse en el caso concreto, teniendo en consideración elementos como la complejidad del acto médico o circunstancias particulares de la intervención, de allí que no sea inhabitual

encontrar en la jurisprudencia valoraciones que giran en torno al lugar en que se efectúa la intervención o los medios disponibles.

La determinación de la infracción a un deber de cuidado del facultativo no se desprende de un concepto general y aplicable a todos los supuestos de igual manera, sino que se valora conforme a criterios y circunstancias propias de cada escenario, toda vez que es la *lex artis* lo que determinará si se ha obrado o no con la diligencia y cuidados mínimos exigidos en el desarrollo de una actividad que inherentemente provoca riesgos, donde deberá determinarse cuáles exceden el ámbito permitido, atendiendo para ello a la valoración de las normas técnicas generales que entrega la *lex artis* ponderándolas con las circunstancias específicas a que se ve enfrentando un profesional cuestionado.

Este razonamiento, si bien forma parte de la libertad legal de valoración de la prueba, es discutible, en el sentido que el contrario también formaría parte de la sana crítica. En efecto, el Tribunal podría haber razonado que era responsabilidad del médico elegir un recinto hospitalario que contara con todos los recursos en caso de presentarse una complicación conocida y previsible, como la inercia uterina.

Sin perjuicio de eso, estimamos que, para fundar una eventual condena, ese aserto debe estar contenido en la acusación, cosa que no ocurre en la especie.

El Tribunal pareciera considerar, aunque no lo indica expresamente, que la falta de recursos del recinto sanitario estaría excluida de la responsabilidad penal, de características personalísimas, pudiendo ser fundamento de otro tipo de responsabilidades, como la civil de la sociedad que presta servicios sanitarios o la administrativa por falta de servicio, las que no son de competencia de la justicia penal.

E. El tratamiento médico de la mala retracción uterina fue considerado como satisfactorio del deber de cuidado objetivo del facultativo

“Todas y cada una de las maniobras que sí se le realizaron a la paciente durante la cesárea en post de revertirlo de acuerdo a la lex artis, esto es con masajes uterinos, aplicación de fajas y aplicación de fármacos, al estimarse que estas eran manifestaciones primitivas que no ameritaban directamente la histerectomía que propuso el anestesista, como solución eventualmente del todo efectiva.

Surge de este modo un atisbo de dudas que fueron dadas a conocer por los peritos de la defensa en torno, primero, al real estado de gravedad que podía tener la paciente, si, en este sentido tenía las recomendaciones que se han referido, y segundo en torno a la oportunidad de la histerectomía que plantea el Ministerio Público luego que fue intervenida quirúrgicamente para la cesárea, y que acérrimamente le habría sido representada al imputado por el Dr. P como anestesista.

El acusado frente al cuadro clínico de la paciente que tenía bajo su responsabilidad, tomó las precauciones quirúrgicas (sic) ajustándose a la lex artis, y bajo ese sustrato no se ha logrado acreditar que haya mediado con su actuación, una negligencia culpable en su proceder al punto tal de considerar su conducta réproba, dentro del marco de asignación unitaria de responsabilidad pretendida por el ente persecutor.”

Este razonamiento parece ser el fundamento principal de la absolución y se basaría en la convicción que la mala retracción uterina derivó rápidamente en una inercia uterina con un sangrado abundante entre el cierre de la cesárea y la salida del acusado al estacionamiento de la clínica.

Creemos que esta razón es recurrible vía nulidad. En efecto, el rápido agravamiento de la paciente contradice el supuesto estado de estabilidad hemodinámica que el Tribunal tuvo por probado al término de la cesárea, posterior al tratamiento médico intra operatorio de la floja retracción del útero de “V”.

La sentencia pareciera aceptar la posibilidad de un error excusable por parte del acusado y del anestesista (testigo en el juicio) en el sentido que las anotaciones y guarismos referentes a la hemodinamia de la paciente no habrían correspondido a su estado real, el que habría sido más complicado.

Cabe destacar que, en su acápite de hechos probados, la sentencia no considera la retracción del útero, más sí la descripción del estado normal de vitalidad de la paciente.

El fallo tampoco se refiere al sangrado que el acusado reconoce haber detectado y solucionado con un punto de vicryl y que consideró propia de una lesión producida por el masaje uterino directo por él efectuado para lograr la retracción de útero de la paciente; sangrado que pudo deberse precisamente a la mala retracción uterina.

F. El Tribunal consideró que la falta de autopsia genera una duda razonable respecto de la causa de muerte

“Se ha concluido que para que pueda haber responsabilidad en casos como el que se estudia, es necesario tener comprobados los siguientes requisitos copulativos: que el autor sea un médico y que su actuar se haya producido en el ejercicio de la profesión; que la acción del médico haya ocasionado un mal en la persona del paciente, para el caso que nos convoca la muerte de la misma, que el médico haya actuado con negligencia culpable; y que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.”

El tribunal contó con la apreciación pericial de E, quien en su lata exposición, al igual que la del resto de los peritos que comparecieron al juicio, señaló como causa probable de la muerte de “V”, la hemorragia post parto, derivada de una inercia uterina que provocó en ella un shock hipovolémico y una descompensación general. Los peritos concordaron en que las maniobras efectuadas por el acusado, se ajustaron a la lex artis, desde el momento en que este siempre se direccionó hacia la víctima empleando cada uno de los procedimientos que la ciencia médica estima como recomendables para dar solución al escenario voluble que planteaba la paciente.

Según lo ya afirmado en torno a que la ciencia médica no es exacta y posee un relativismo que depende de múltiples factores para el anuncio de una prognosis, o el establecimiento de un resultado, la mayor parte de los peritos de la causa, fueron enfáticos en señalar que si bien es posible establecer la causa de muerte de una persona con la prescindencia de la autopsia y solo con la clínica del paciente, la realización de la misma permite allegar a una convicción médica resolutive que se condiciona mayormente con los estándares de certeza que busca la ciencia médica, y a falta de esta, para el caso en cuestión, la misma hubiese resultado clarificatoria en torno a desentrañar los términos probabilísticos que fueron vertidos por los peritos referidos en torno al porqué murió “V”.

Aquí el Tribunal parece contradecirse, ya que por un lado reconoce que los peritos señalaron como causa probable de muerte la hemorragia post parto derivada de la inercia uterina; sin perjuicio de lo cual concluye que esta no está probada más allá de toda duda razonable.

¿Pero cómo esta duda puede ser razonable si contradice lo declarado por los peritos y la propia sentencia reconoce que es posible establecer la causa de muerte de una persona con la prescindencia de la autopsia y solo con la clínica del paciente?

Existiría aquí una violación a las normas legales de apreciación de la prueba, en el sentido que el razonamiento judicial atentaría contra el principio lógico de la no contradicción.

G. La *lex artis* como medida del deber de cuidado objetivo del médico

“Los peritos concordaron en que las maniobras efectuadas por el acusado, se ajustaron a la lex artis, desde el momento en que este siempre se direccionó hacia la víctima empleando cada uno de los procedimientos que la ciencia médica estima como recomendables para dar solución al escenario voluble que planteaba la paciente.”

El Tribunal llegó a la convicción que las maniobras médicas para tratar la falta de retracción uterina en el intra operatorio – reconocidas por la propia acusación - fueron suficientes, ya que la ficha clínica registraba estabilidad hemodinámica (registro que no depende del ginecoobstetra, sino que del anestesista) en ese momento; por lo que no habría existido una inercia uterina propiamente tal, por lo que no habría sido necesaria la histerectomía para frenar el sangrado uterino.

Posteriormente, en el posoperatorio inmediato, el retraso en la histerectomía no fue considerado imputable al médico acusado.

El Tribunal suma como argumento para la absolución la falta de la claridad en la causa de muerte, pero este aparece como un argumento débil, incluso contradictorio, considerando lo ya expresado al respecto.

Así las cosas, el principal fundamento de la absolución sería la convicción del Tribunal que no se vulneró la práctica médica habitual basado en la información registrada en la ficha clínica, explicados sus registros técnicos por los peritos deponentes. En ese entendido, la contradicción referente a la causa de muerte sería un defecto no esencial de la sentencia, por lo que no causaría su nulidad.

A lo largo del juicio y conforme lo expresa el razonamiento del Tribunal, el persecutor no logró explicar todos los extremos de su imputación, resultando insuficientes al efecto los elementos de prueba ofrecidos, cuestión que debe apreciarse considerando el estándar de prueba en materia penal a partir de la regla de decisión contenida en el artículo 340 del Código Procesal Penal que establece mínimos de corroboración de hipótesis, las exigencias impuestas por el ordenamiento son especialmente altas dado que en un proceso penal se comprometen Derechos Fundamentales como por ejemplo la libertad.

VII. COMENTARIO: GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. UNA ESPECIALIDAD DE ALTO RIESGO JURÍDICO

Como puede apreciarse, la decisión de absolución se basa más en una falta de convicción respecto de la comisión de la conducta negligente objeto de la acusación, basada en los medios médicos (no quirúrgicos) desplegados por el acusado para solucionar la complicación presentada por la paciente – obviamente insuficientes para evitar su muerte – y en la falta de recursos de la clínica “S” (no imputables al médico); que en la prueba de que la conducta desplegada haya sido suficiente para completar íntegramente el deber de cuidado objetivo para el caso concreto (*lex artis ad hoc*).

En ese contexto, la ginecología y obstetricia es sin duda una especialidad de alto riesgo, ya que la valoración de las conductas desplegadas por los facultativos para intentar solucionar complicaciones y accidentes obstétricos, dependen de la cabal comprensión de circunstancias complejas que, aunque previstas en teoría por la ciencia médica, muchas veces pueden quedar fuera de las posibilidades de reacción del médico acusado, al no tener un dominio efectivo de su equipo de trabajo (debido a la forma en que se ejerce actualmente la medicina) ni del lugar en que lo ejerce.

BREVE ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL CASO

El caso de la Fiscalía

Considerando el tenor de la acusación (requerimiento) se puede concluir que el meollo de la imputación de la Fiscalía a la conducta del facultativo consiste en una omisión: No haber hysterectomizado a la paciente al presentar esta los primeros síntomas de falta de retracción uterina, esto es, durante la realización de la cesárea (con esterilización) y no después cuando se complica con sangrado, convulsiones y pérdida de conciencia.

La aproximación tradicional a la imputación comenzaría por evidenciar la posición de garante del médico, reconocida expresamente en el tipo penal del artículo 491 inciso 1° del Código Penal (que pena el mal causado por profesionales de la salud por negligencia en el desempeño de su profesión), fundamento legal de la atribución de responsabilidad.

Posteriormente, se vincularía el resultado lesivo de muerte a la conducta omisiva del médico ginecoobstetra, fundado en una infracción a su deber de

cuidado, consistente en la falta de tratamiento adecuado (quirúrgico en vez de médico) y oportuno (en el intra operatorio de la cesárea y no en el post operatorio inmediato) de la complicación que presentó la paciente (mala retracción uterina).

Esta falla en la conducta del médico, cuya finalidad era, sin duda alguna, solucionar la complicación que presentó la paciente con un tratamiento médico (no quirúrgico), permite vincular jurídico penalmente la muerte de la paciente a la omisión culpable del facultativo; ya que, desde un punto de vista específicamente biológico, en fallecimiento se produce por complicaciones vinculadas a la pérdida de sangre, causada a su vez por la inercia uterina.

La previsión de la posibilidad (y hasta la probabilidad) del resultado fatal por parte del acusado se deduce de su profesión (médico cirujano), especialidad (ginecoobstetra), años de experiencia y el hecho que la falta de retracción uterina es una complicación conocida.

Sin perjuicio de esto, esta previsión efectiva no es requisito para la imputación del resultado; ya que la falta de aquella no exime de responsabilidad al médico, sino que sólo modifica la naturaleza jurídica de su culpa, cambiándola a una sin representación (¿diferencia en la pena concreta?).

La imputación objetiva

La imputación objetiva descansa en diversos elementos, en primer lugar, se encuentra la creación de un riesgo no permitido, cuestión que en el ámbito de la medicina se definiría a partir de la adecuación o no del comportamiento del sujeto a la *lex artis*, asociada a circunstancias propias del caso concreto, configurándose, así como un parámetro para determinar la existencia de una imputación normativa.

En este nivel del análisis es necesaria la delimitación de una norma de cuidado cuya inobservancia supere el ámbito de lo permitido por el ordenamiento, tras este ejercicio será posible establecer la existencia de una conducta imprudente, sin embargo, se requiere además que exista un vínculo causal con el resultado jurídico, esto es, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico.

Así, para la imputación objetiva del resultado tendrá que corroborarse la concurrencia de lesiones o muerte, por las que puede responder un médico.

Verificado este punto deberá acreditarse que se encuentran vinculados causalmente a la conducta, para luego establecer si esos resultados representan la concreción del riesgo.

Por último, es menester atender al fin de protección de la norma, en virtud del cual podrá afirmarse la imputación objetiva cuando los resultados queden cubiertos por el ámbito de protección de la norma que el autor ha transgredido, con ello podrá afirmarse que el riesgo reprobado se materializa en el resultado del actuar de este sujeto y no de otro distinto.

Lo anterior se verifica en el ámbito médico, cuando el facultativo con su actuar genera un riesgo desaprobado al no respetar aquello que la *lex artis* imponía en el caso concreto, normas técnicas que de haber sido seguidas en el acto médico habrían evitado la concreción del resultado, debiendo establecerse como punto de partida un deber de cuidado objetivo, cuya infracción verifica el desvalor de la conducta que ha creado un riesgo no permitido, lo cual supone previamente la constatación del conocimiento del médico de la infracción, asociándose así al deber de previsión que sobre él recae y al conocimiento de la peligrosidad, restando por último la atribución normativa del resultado conectado causalmente con la conducta.

Desde el punto de vista de esta teoría, al no realizar la histerectomía intra operatoriamente, el acusado incrementó precisamente el riesgo de sangrado uterino que la histerectomía pretende eliminar (“cerrar la llave”, en términos médicos coloquiales) y que se concretó en la posterior muerte de la paciente por complicaciones de esta pérdida de sangre.

Por lo tanto, el riesgo que se concretó en la especie no es el derivado de un sangrado inherente a la técnica quirúrgica de la cesárea (o en general a la de cualquier intervención quirúrgica) u otro que el cirujano no pueda evitar (lo que derivaría en inimputabilidad del acusado por concreción de un riesgo permitido); sino la concreción de un riesgo creado en forma no permitida, ya que, constatando el facultativo la falta de retracción uterina y previendo, en virtud de su especialidad (o debiendo prever), la posibilidad de un sangrado, decide no practicar una histerectomía y sólo realizar un tratamiento médico para favorecer esta retracción.

Este resultado lesivo (la muerte de la paciente por complicaciones del sangrado uterino), a lo menos debió haber sido previsto por el acusado - lo más probable es que lo haya previsto y se haya confiado en que no ocurriría por el tratamiento médico o que podría evitarlo con una histerectomía

posterior -, en su condición de médico ginecoobstetra de larga trayectoria.

El acusado creó un riesgo no permitido (no histerectomizó oportunamente), cuyo resultado atribuido (la muerte de la paciente) debió haber previsto; por lo que debe responder de ese resultado lesivo, en el que precisamente ese riesgo no permitido (y no otro) se concretó.

La decisión del Tribunal

Considerando los hechos que el Tribunal tuvo por probados, así como los razonamientos fundantes de su decisión de absolución, puede concluirse que su decisión de absolución se basó en los siguientes argumentos:

Si bien no cabe duda de la posición de garante que detentaba el médico acusado, en su calidad de tratante de la paciente, el resultado lesivo no puede vincularse a su conducta omisiva, ya que no se ha probado, más allá de toda duda razonable, alguna infracción a su deber profesional de cuidado. Esto es consecuencia de que la negligencia debe por supuesto probarse, en un ámbito donde el factor de imputación radica en acreditar hechos susceptibles de ser calificados como negligencia, pudiendo el facultativo exculparse probando que el resultado no es atribuible a su actuar por haberse empleado la debida diligencia exigida en atención a su profesión y la *lex artis* que la regula.

En efecto, el tratamiento médico (masajes y medicamentos) fue adecuado a la hipotonía uterina presentada por la paciente, considerando su estabilidad hemodinámica en el intra operatorio, que excluía una inercia uterina propiamente tal. Histerectomizarla en ese momento hubiese constituido una precipitación temeraria; ya que la histerectomía no es, por supuesto, inocua (sin perjuicio del consentimiento de la paciente para la esterilización), y presenta sus propios riesgos y complicaciones.

Cuando la paciente se complica, en el posoperatorio inmediato, el acusado indica la histerectomía de urgencia, pero la intervención no puede realizarse en el mismo centro médico por motivos ajenos al deber de cuidado exigido por la ley al médico tratante, y la víctima debe ser trasladada a uno de mayor complejidad, donde la operación se realiza, pero la paciente lamentablemente fallece, sin perjuicio de todas las medidas de salvataje.

La imputación objetiva

El Tribunal concluye que el resultado lesivo imputado por la Fiscalía, esto es la muerte de la paciente, no fue la concreción de un riesgo no permitido creado por la conducta del cirujano acusado. En otras palabras, el Tribunal no logra convicción suficiente para dar por acreditada una relación de imputación objetiva en los términos antes planteados, cuestión que deriva de la constatación de que al haberse actuado conforme al cuidado exigido se produce de igual manera el resultado lesivo, de forma tal que no puede afirmarse que este sea la concreción exclusiva de la falta de cuidado.

En principio, la evolución refractaria de la paciente al tratamiento médico (aplicación por el cirujano de masajes uterinos de modo mecánico e indicación de suministro de drogas tales como methergin intramuscular y misotrol sublingual y rectal), con convulsiones, sangrado y pérdida de conciencia, es concreción de un riesgo permitido; ya que previo a efectuar la esterilización tubaria y a cerrar la cirugía, los médicos (cirujano y anestesista) habían constatado y registrado en la ficha clínica el estado normal de vitalidad de la paciente.

Luego, respecto de la imposibilidad de realizar la histerectomía de urgencia indicada por el acusado en el post operatorio inmediato, en atención al estado crítico que según el anestesista ostentaba la paciente y a las condiciones mínimas hospitalarias que tenía el establecimiento de salud para atender la urgencia (y aunque la sentencia no desarrolla esta circunstancia), no podría considerarse como concreción de un riesgo prohibido; ya que la Fiscalía no probó que la clínica incumpliera alguna resolución sanitaria para poder funcionar sin Unidad de Tratamientos Intensivos (UTI).

Por lo tanto, los riesgos que se concretaron en el fallecimiento de la paciente no son de aquellos prohibidos por el ordenamiento jurídico, sino por el contrario, aquellos jurídicamente permitidos (evolución grave de una complicación evaluada como leve, condiciones mínimas hospitalarias, etc.), lo que deriva en la imposibilidad de imputación al acusado y su consecuente absolucón al no poder atribuírsele responsabilidad.

COMENTARIO MÉDICO

Mirada preventiva desde la práctica clínica

Antes de programar una cirugía o asistir un parto, nuestra primera responsabilidad es elegir el lugar correcto. No basta la agenda disponible: hay que confirmar capacidad real para responder a emergencias maternas y neonatales sin demoras. Eso implica verificar infraestructura operativa (camillas funcionales, ascensores mantenidos, monitorización continua, disponibilidad de pabellón) y equipamiento crítico (carro de reanimación, uterotónicos, hemoderivados, balón/taponamiento, set de histerectomía obstétrica, kit de hemorragia, incubadora y reanimación neonatal). Si el entorno no da garantías para resolver un peor escenario razonable, la decisión segura es reprogramar o derivar, y documentarlo.

La segunda salvaguarda es el equipo. Pregúntat, y deja por escrito si cuentas con personas entrenadas y roles claros: ¿quién lidera, quién canaliza, quién medica, quién registra y quién llama al apoyo? En hospitales docente-asistenciales, la delegación debe ser con supervisión efectiva y umbrales de escalamiento predefinidos (p. ej., hemorragia >500 ml o 300ml asociado signos de choque, sufrimiento fetal persistente, fase expulsiva inminente sin camilla). La disciplina de equipo, *briefing* inicial, comunicación cerrada ("cerrar el bucle"), lista de verificación previene errores que comprometen funciones motoras, cognitivas o la autonomía futura de la paciente y del recién nacido.

Tercero, cultiva una destreza técnica proporcional al riesgo y actualizada. La pericia no es solo saber operar; es reconocer el punto de no retorno y cambiar de plan a tiempo. Ensaya (simulación *in situ*) algoritmos de hemorragia posparto, eclampsia, sepsis y emergencia neonatal hasta que el equipo responda en minutos, no en teoría. Y cuando el sistema falle (infraestructura o saturación), aplica protocolos de desborde: resolver *in situ* con asepsia si el traslado es inseguro, redistribuir personal, llamar apoyo y documentar contingencias y decisiones. Este registro contemporáneo protege a la persona y al equipo, y sostiene procesos de mediación o mejora.

Por último, mantén el enfoque centrado en la persona. Explica riesgos y planes alternativos con lenguaje claro; registra la decisión compartida y valida las prioridades de la paciente (dolor, movilidad, lactancia, regreso al hogar). La meta no es solo evitar la muerte o la discapacidad mayor, sino cuidar la independencia: prevenir lesiones neurológicas del RN, morbilidad obstétrica severa, secuelas

funcionales o psicosociales. La buena clínica, bien protocolizada y registrada, se traduce en menos eventos graves, menos conflictos y más confianza.

Ejemplos de mejora (checklist rápido)

Antes de la atención

- Verificar capacidad del recinto: camillas operativas, ascensores, monitorización, pabellón disponible, banco de sangre, anestesia y neonatología *in situ* o con acuerdo de traslado vigente.
- Confirmar equipamiento crítico: carro de reanimación materna y neonatal, uterotónicos, antifibrinolítico, balón de Bakri/taponamiento, suturas hemostáticas, kit de hemorragia, incubadora, oxígeno/succión.
- *Briefing* de equipo (5 minutos): roles, plan A/B/C, umbrales de escalamiento, teléfono de apoyo y derivación.

Durante la atención

- Aplicar listas de verificación (inducción/cesárea/parto) y comunicación cerrada.
- Ejecutar algoritmos: HPP (secuencia de uterotónicos, tranexámico, taponamiento, suturas, histerectomía si corresponde), sufrimiento fetal, eclampsia, sepsis.
- Si hay limitación del entorno (p. ej., traslado imposible): resolver *in situ* con asepsia, llamar refuerzo, registrar contingencias y decisiones.

Después de la atención

- Registro cronológico completo: tiempos, hallazgos, decisiones, fármacos/dosis, escalamiento, contingencias y fundamento técnico.
- *Debriefing* corto del equipo (10 min), indicadores básicos (tiempo a uterotónico, tiempo a balón, pérdida estimada).
- Ofrecer mediación temprana cuando corresponda: hechos verificables, plan de continuidad y compromisos de mejora.

Formación continua

- Simulación *in situ* trimestral de emergencias; rotación por centros de mayor complejidad si es necesario.

- Actualización de protocolos nacionales/institucionales y verificación de *lex artis* vigente.
- Entrenamiento en toma de decisiones compartidas y comunicación en crisis.

Por último: En eventos críticos, hacer una pausa consciente de 10 segundos permite reducir la reactividad, ganar perspectiva, asignar roles y retomar el control del caso.

Dr. Roberto Altamirano Assad

BIBLIOGRAFÍA

1. “EL PROCESO PENAL CHILENO Y LOS DERECHOS HUMANOS. Volumen I. Aspectos jurídicos. Cristián Riego. Cuaderno de análisis jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.” (En particular Págs. 52 y sgtes.)
2. “NEGLIGENCIA MÉDICA UN TEMA COMPLEJO. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. MIGUEL ÁNGEL PEDRO CALVO RIQUELMECARLOS ALBERTO GODOY CHAVEZ”. (En particular Págs. 57 y sgtes.)
3. “LA IMPRUDENCIA MÉDICA. ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN DE LO INJUSTO PENAL. TATIANA VARGAS PINTO, Doctora en Derecho por la Universidad de Los Andes (CHILE), profesora de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes (CHILE).”
4. “El principio de congruencia en materia penal constituye una garantía para la defensa de que el Tribunal no excederá en su condena los hechos descritos en la acusación.” Diario Constitucional. <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/04/03/el-principio-de-congruencia-en-materia-penal-constituye-una-garantia-para-la-defensa-de-que-el-tribunal-no-excedera-en-su-condena-los-hechos-descritos-en-la-acusacion/>

COMENTARIOS DE UNA SENTENCIA PENAL. REALIZACIÓN DE LA MANIOBRA DE KRISTELLER COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Abogado Marcelo Valenzuela Villarroel¹

Abogada Macarena Olivares Molina²

Dr. Jean Pierre Frez Bustos³

A) INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar diversos aspectos de una sentencia penal emitida en el marco de un proceso judicial, la cual resulta de gran relevancia para el ejercicio de la especialidad de ginecología y obstetricia que involucra a un médico en formación en dicha especialidad, en el contexto de una atención obstétrica. En efecto, la resolución que se comentará fue dictada en el juicio llevado a cabo ante el 7º Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, bajo el RIT 191-2011, proceso en que el Ministerio Público cuestionó la atención médica proporcionada por una matrona y un médico en formación, en la que, según la tesis de la Fiscalía, mediante la supuesta maniobra de Kristeller se habría provocado la ocurrencia de un riesgo de ruptura del útero resultando una hemorragia y la imposibilidad de extraer al feto, generando una urgencia médica que se intentó revertir mediante una atención quirúrgica de cesárea la que, finalmente, obtuvo un recién nacido con un daño neurológico severo.

¹ Autor: Abogado, Jefe Equipo Penal Fundación Asistencia Legal del Colegio Médico, Falmed. Diplomado Reforma Procesal Penal Universidad Alberto Hurtado. Postítulo Litigación Oral Universidad de Chile. Máster en Derecho Constitucional Penal, Universidad de Jaén, España.

² Autora: Abogada Universidad Arturo Prat 2018, Diplomado "Derecho Administrativo", Universidad Católica del Norte 2018, Diplomado "Derecho a la Protección de la Salud y Gestión Sanitaria", Pontificia Universidad Católica 2022, Magíster en Derecho LLM, con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica 2022.

³ Colaborador: Médico, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Hospital de Puerto Montt. Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia. Director SOCHOG.

Para los propósitos de este trabajo, revisaremos algunas consideraciones del fallo vinculadas a la actuación del profesional médico, excluyendo la matrona. En este contexto, es importante destacar que, aunque el acusado tenía la calidad de becado, los razonamientos del tribunal no tomaron en cuenta de manera especial esta condición. Asimismo, los jueces no hicieron ninguna consideración sobre el lugar donde ocurrieron los hechos, que, en este caso, fue un Hospital Público. Sin perjuicio, a pesar de la ausencia de tales elementos, los comentarios que compartimos de igual manera, pueden resultar útiles para todo profesional de la especialidad, sin distinción de la etapa de formación, años de experiencia o el recinto sanitario donde podría presentarse una situación análoga.

Por otro lado, en relación con el tema general del libro en el que se inserta este capítulo, consideramos que el fallo es valioso para comprender la forma en que razonan los sentenciadores que conocen de un caso médico-legal bajo el entendido de que, a través de una sentencia, se pueden generar criterios orientadores para la buena práctica médica. Esto es aún más relevante si se considera que, en el caso concreto, el fallo dictado no fue unánime, lo que pone de manifiesto las diferencias de discernimientos que pueden existir en el ámbito judicial. En efecto, como se podrá apreciar, al tratarse de una sentencia absolutoria con voto de mayoría, existen aspectos que resultan discutibles incluso para un tribunal colegiado. Este hecho pone de manifiesto que, ante un caso médico “judicializado”, no hay una única respuesta pues los conceptos médico-legales pueden ser considerados para fundamentar diversas posiciones jurídicas.

B) BREVE MARCO REFERENCIAL DEL DEBATE

Consideramos necesario, para una comprensión adecuada de las definiciones y conceptos presentados en el fallo analizado, ofrecer una breve ilustración de las tesis debatidas durante el juicio. En primer lugar, la acusación del Ministerio Público, como es habitual, presenta una estructura que abarca tanto aspectos generales como situaciones que podrían ser consideradas como contexto. Sin embargo, omitiendo las referencias generales, nos enfocaremos en resaltar la parte que se refiere a la aplicación de la maniobra de Kristeller.

Así, la acusación señaló lo siguiente: *“Alrededor de las 20:30 horas se le administró anestesia epidural, presentando en ese momento rompimiento de la bolsa uterina, razón por la cual la víctima es ingresada a la sala de parto donde*

la matrona señala que ve la cabeza del feto, pidiéndole a la paciente que puje. Pese a los dolores la paciente pujo y se produce el fenómeno médico denominado expulsivo detenido momentos en los que encontrándose con la paciente la matrona y el médico, este último practica, a lo menos dos veces, la maniobra denominada “Kristeller”, proscrita por el Ministerio de Salud, subiendo parte de su cuerpo sobre el abdomen de la paciente, presionándolo y exprimiendo su útero, maniobra que causo la ruptura de este último, el reingreso del feto al interior del cuerpo de la paciente y una fuerte hemorragia, momentos en que el dr. solicita tardíamente la utilización de fórceps, no concretando dicha acción pues en esos instantes ingresó a la sala otra doctora, jefa del servicio, quien al notar el compromiso del estado general de la paciente ordena cesárea de urgencia.

Al producirse la hemorragia en la paciente en virtud del procedimiento defectuoso realizado en el parto se interrumpió el suministro de oxígeno al feto recién nacido, lo que le provocó lesiones graves e irreversibles, debiendo permanecer por más de 25 días hospitalizada con el diagnóstico de asfixia prenatal, encefalopatía hipoxiisquémica sarrat II, síndrome convulsivo secundario, hiponotía axial, hipocalcemia tratada e infección urinaria, concluyendo el servicio médico legal, a su respecto que la menor tiene daño orgánico cerebral irreversible y difícil de cuantificar por encontrarse en etapa de crecimiento [sic].

Desde una perspectiva jurídico penal, la imprudencia se configura, en términos tradicionales, en la falta de cuidado debido del sujeto acusado y a la producción de un resultado no buscado, pero al menos, previsible⁴. Se dice, entonces, que la imputación de responsabilidad estará atribuida, primeramente, a la infracción de una norma de cuidado externa u objetiva. Desde otra perspectiva doctrinaria, utilizando los criterios de imputación objetiva⁵, el actuar imprudente se construye en la medida que el agente actúa sobrepasando el riesgo permitido por la norma. En el caso concreto, el Ministerio Público sostuvo que si el médico conocía que la maniobra estaba censurada por las guías ministeriales ya podía provocar el rompimiento del útero (a lo que se agrega que la historia obstétrica habría

4 Vargas, Tatiana “Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica”, Ediciones DER, 2017, citando A CURY (1981): “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”, RCP, T. XXXVII, p. 97, describe la definición general como “falta de cuidado que debe tener quien realiza una conducta, con el objeto de evitar la producción de resultados indeseables cuya causación por ella era posible prever”.

5 Roxin, Claus “La imputación objetiva en el Derecho Penal”, Editorial Idemsa; mayo, 1997.

desaconsejado su realización) entonces, su actuar se podía encuadrar en la figura imprudente contemplada en nuestra legislación penal. El acusado habría, justamente, sobrepasado el riesgo permitido en el actuar médico.

Por otro lado, la defensa argumentó, en esencia, que la actuación del profesional que asistió el parto no constituyó una maniobra de Kristeller y que tal evento nunca tuvo lugar. Además, se señaló que la hipótesis que sustentaba la acusación, en la que se afirmaba que la maniobra estaba prohibida por la autoridad sanitaria, no era correcta. Como argumento adicional, se destacó que la rotura uterina observada era un accidente obstétrico que no podía asociarse de manera inequívoca con la realización de la maniobra. En este contexto, durante el juicio, prestaron declaración varios profesionales médicos, así como un considerable número de peritos especializados, lo cual fue debidamente considerado en el fallo que, finalmente, absolvió al médico imputado con voto de mayoría.

C) LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN CON LA MANIOBRA DE KRISTELLER

A partir del marco referencial expuesto en los párrafos anteriores, nos enfocaremos en la resolución del tribunal y los fundamentos que la sustentan por lo que, no abordaremos las situaciones médicas respecto a las cuales el tribunal determinó que no existía controversia, tales como la vía de resolución del parto y el daño cerebral sufrido por el recién nacido en relación con el evento obstétrico ocurrido. Nuestra atención se centrará en aquellos aspectos que el tribunal consideró debatidos, cuya resolución judicial era crucial para establecer la existencia o no de responsabilidad por parte de los profesionales acusados.

En este contexto, una de las primeras preguntas que el sentenciador buscó aclarar fue si, en el caso concreto, se había llevado a cabo una maniobra de Kristeller. Al respecto, en el voto de mayoría, el sentenciador en su considerando SEXTO, letra f) estableció. *“Ahora bien, uno de los aspectos principales, sobre los que hubo controversia fue si se habían realizado maniobras de compresión sobre el útero durante el parto, y si éstas correspondían a las denominadas Kristeller. Además de establecer las que condiciones que se realizaron. Para el tribunal, quedó establecido que el médico concurrió al pabellón de parto por haber recibido llamado, por encontrarse la paciente con expulsivo detenido, revisa a la paciente constata que la cabeza se encuentra en cuarto plano y realiza en una o dos oportunidades*

la compresión del útero de la parturienta.” Agregando en su párrafo final “el médico efectuó una maniobra que, claramente, en el lugar, forma y oportunidad en que se produjo o corresponde sino a un Kristeller”.

Establecido lo anterior, el tribunal se pronunció sobre la pertinencia de la maniobra, estableciendo en el mismo considerando en la letra g) que estableció *“se descartó su exclusión formal, toda vez que la Guía del Ministerio de Salud que indica la proscripción del Kristeller que fue incorporada con su lectura resumida, es de una fecha posterior a la los hechos. Pero, además, pese a lo categórico del término empleado, el análisis del texto de la mencionada guía demuestra una contradicción evidente, que no puede ser considerada una clara orientación de la actuación médica”*. En este sentido, el tribunal señala. *“Los médicos ginecólogos, y expertos, varios de ellos con largos años de ejercicio de la medicina con diversos matices, coincidieron que era una maniobra médica propia de la especialidad que se practica con el fin de ayudar a la expulsión del feto [sic]”,* desestimando, por tanto, la consideración de un comportamiento negligente debido al incumplimiento de una referencia a la guía ministerial.

En consonancia con lo anterior, el voto disidente, en su segundo considerando, señala que la maniobra que el médico describió como un suave masaje del fondo uterino no pudo ser interpretada de otra manera que como la aplicación de la maniobra de Kristeller. Sin embargo, no la consideró como una “conducta negligente” en sí misma, ya que el cuestionamiento lo centró en que si dicha maniobra *“debió o no ser aplicada al caso concreto”*. En este sentido, el voto expresa en su cuarto considerando lo siguiente: *“En consecuencia, la maniobra de Kristeller es indudable, por el conocimiento científico arraigado que genera riesgos de rompimiento uterino y que aquellos son incorporados en la etapa de formación de un médico, por lo tanto han de ser conocidos por aquél, y asimismo es un hecho que se desprende los dos primeros peritos, que dicha maniobra a todas luces ha de ser evitada en la medida que existan otras posibilidades de proceder, como por ejemplo el fórceps, que era la indicación razonable y lógica, pese a que también genera algún grado de riesgo”,* consideración que aplica una condena desde que, al conocer los antecedentes obstétricos de la paciente, este no debió haberla utilizado debido al riesgo asociado a ello, en efecto, el voto señala: *“que a fin de avanzar en el razonamiento, es necesario detenerse en las condiciones obstétricas de la paciente, las que eran conocidas al momento de ser internada y que razonablemente han de informar una adecuada elección de procedimiento por parte del médico tratante”* Agregando más adelante, que *“En este caso, se puede sostener fehacientemente que la infracción a la lex artis es claramente un negligencia [sic] culpable, porque*

a más de elegir un procedimiento que no era necesario y que en cambio incrementó el riesgo de paciente y feto, lo hizo ignorando condiciones obstétricas particulares de la paciente y conocidas necesariamente por él...”

En otro orden de cosas, cabe destacar que el voto de mayoría centró parte de su análisis en un aspecto que él mismo definió como “*el aspecto central sostenido en la acusación, referido a que la realización del Kristeller fue la causa de la ruptura del útero*”. En relación con este punto, en su considerando Noveno, señaló: “*...permitieron establecer que la ruptura del útero fue diagnosticada en una temporalidad muy cercana a la realización de la maniobra de Kristeller; sin embargo, la prueba de cargo no demostró de manera indudable que esta haya sido su causa, dada las especiales características y ubicación que presentaba la lesión*”.

Sin embargo, el voto de minoría no compartió tal criterio, estableciendo que “*en consecuencia, el referido accidente no puede ser considerado como tal, pues la rotura no fue espontánea, sino que era razonablemente evitable si el médico hubiere considerado todos los antecedentes de que disponía, existiendo además razonablemente causalidad entre la maniobra y la rotura que siguió directamente a la aplicación de ella, descrita como riesgosa, sin que a ese momento hubiere indicación alguna médica que la determinare necesaria, sin más bien todo lo contrario [sic], por cuanto lo que procedía era un fórceps*”.

En suma, como se puede observar, el fallo resalta tres aspectos fundamentales: (i) se confirma que la maniobra de Kristeller fue efectivamente realizada, un punto en el que los tres miembros del tribunal coinciden; (ii) el establecimiento de que hubo una exclusión formal de la prohibición de llevar a cabo dicha maniobra, pero en base a un lineamiento ministerial emitido de manera posterior a los hechos; y (iii) que el cuestionamiento era sobre la necesidad de determinar si la rotura uterina fue o no una consecuencia directa de la realización de la maniobra en cuestión.

D) COMENTARIOS

La maniobra de Kristeller⁶ es una de las opciones de tratamiento para partos naturales que se encuentra descrita en diferentes textos médicos a

⁶ Técnica descubierta en el año 1867 y definida como «nuevo procedimiento para el parto, consistente en la utilización de la presión ex-terna de las manos en caso de contracciones débiles. La presión debería durar entre 5 y 8 segundos, sincronizada con la contracción uterina y con una pausa de 0,5 a 3 minutos»

condición de que la expulsión del feto tenga dificultades que impidan el nacimiento seguro, lo que en términos médicos se denomina “expulsivo detenido”. *En efecto, existe literatura médica que destaca que su objetivo es fortalecer las contracciones uterinas durante el parto mediante masajes en el útero presionándolo repetidamente en dirección hacia el canal del parto*⁷.

En Chile, a la época de los hechos, no existía evidencia de la estandarización de su realización en la práctica médica, situación que en el juicio se visibilizó con la referencia en una guía de procedimientos⁸ que sólo señalaba su proscripción sin desarrollar detalles acerca de las características y los riesgos asociados a ella tal como dieron cuenta, además, los peritos que declararon en el juicio. Sin embargo, el año 2015 se implementó una indicación que estableció la “no recomendación” del uso de la maniobra para el manejo de la segunda etapa del trabajo de parto en la que, según el lineamiento, se aplicaría para el caso de que el parto no se produjera en 10 minutos llegada la parturienta a la sala, esto debiera ser resuelto por la aplicación de *forceps*.

De ahí entonces, las declaraciones de los expertos, dentro del juicio, previo a dicha indicación, llevaron al tribunal a inferir que dicha maniobra médica correspondería a uno de los medios que disponen los profesionales de la salud teniendo un empleo útil en determinadas circunstancias, no obstante, importar algunos riesgos- como cualquier tratamiento- pero en ningún caso, estando prohibida su realización al menos, clara y terminantemente. En línea con esto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la clasificaba como letra “c”, lo que implica que su uso debe realizarse tras una evaluación del riesgo asociado.

7 “La idea de este procedimiento para el autor era fortalecer las contracciones uterinas durante el parto, masajeando el útero y presionándolo en el fondo repetidamente en dirección hacia el canal del parto”, descripción disponible en <https://www.franciscafernandezguillen.com/wp-content/uploads/2022/01/REVISION-DE-LAS-EVIDENCIAS-CIENTIFICAS-MANIOBRA-DE-KRISTELLER.pdf>.

“La maniobra Kristeller consiste en hacer presión sobre el fondo uterino en el período expulsivo, la segunda etapa del trabajo de parto. Aparece en la literatura científica por primera vez en 1867 gracias a Samuel Kristeller, quien describió al detalle su utilización en pro de fortalecer las contracciones uterinas débiles del período expulsivo.” Segunda descripción disponible en Becerra-Chauca, Naysha, & Failoc-Rojas, Virgilio E. (2019). Maniobra Kristeller, consecuencias físicas y éticas según sus protagonistas. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 45(2), . Epub 01 de diciembre de 2019. Recuperado en 09 de julio de 2025, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2019000200004&lng=es&tlng=es.

8 Manual de Atención Personalizada en el Proceso Reproductivo, Año 2018.

Sin embargo, fue en relación con las “circunstancias determinadas” y el “riesgo asociado” donde el voto de minoría adquirió otra relevancia. En efecto, cuando el voto citado señala *“se puede sostener fehacientemente que la infracción a la lex artis es claramente una negligencia culpable, porque a más de elegir una procedimiento [sic] que no era necesario y que en cambio incrementó el riesgo de la paciente y feto, lo hizo ignorando condiciones obstétricas de la paciente y conocidas necesariamente por él...”*, desconoció que en el caso particular lo que operó fue una elección terapéutica dentro de las posibles- no prohibida- y que por tanto, dentro de los riesgos comunes y aceptados por el paciente, no pudiendo entenderse, dicha elección, como suficiente para incrementar el riesgo.

En efecto, forzoso es indicar que la elección de un tratamiento médico en comparación con otro no es determinante por sí solo para constituir un caso de negligencia de manera automática. Afirmar lo contrario implicaría que cualquier tratamiento médico que llevan intrínsecamente adosado un riesgo sería reprochado en la medida de que el resultado de dichos tratamientos resultara en un daño a la integridad física y a la vida del paciente. Por ello, es fundamental considerar que la adopción de tratamientos, dentro de los márgenes de cuidado razonables, siempre es discrecional⁹ conforme a las circunstancias del caso, pues para ello, se han aplicado los conocimientos vigentes en un momento determinado y ponderando los resultados probables los que gozan de una previsibilidad *ex ante*.

Acto seguido, cabe reiterar que el estándar aplicable al actuar profesional en las atenciones de salud corresponde a un nivel de diligencia que ocuparía un profesional medio. En este sentido, se entiende que la discrecionalidad anotada implica dicha exigencia de cuidado porque *“(...) tiene un ámbito de juicio prudencial, de modo que la negligencia no se sigue del solo hecho de que no se haya seguido un tratamiento alternativo, aunque se pruebe que éste habría conducido a sanar al enfermo. El mero error de juicio, en circunstancias que el cuadro clínico no*

9 En este aspecto es interesante, revisa la SCA de Santiago, de 11 de octubre de 2013, Rol 389-2013 que señala *“Séptimo: Que acerca de la lex artis, el error y negligencias médicas, no resulta inoficioso comentar que el Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico, en su página web, ha publicado un trabajo que contiene reflexiones en torno al tema, que son compartidas por los sentenciadores. Algunas de ellas son las siguientes: Señala que el médico o profesional de la salud debe propender al ejercicio de la profesión usando todos los recursos que sus conocimientos, habilidades y destrezas le permiten, manteniendo como principio fundamental en su actuar la búsqueda del bien del paciente por sobre otro cualquier interés. Reconoce que la medicina no es una ciencia exacta, es más bien un arte de probabilidades (...)”*.

*mostraba a un médico experimentado y diligente un camino terapéutico inequívoco, no da a lugar a responsabilidad*¹⁰.

En el caso analizado, se observa que el voto de mayoría concluyó que la maniobra de Kristeller no estaba contraindicada para la paciente, dado que, además de ser un tratamiento válido, existían antecedentes biológicos previos que no la desaconsejaban, pues destacó que no había una indicación reglamentaria que prohibiera su uso por ser una maniobra, según los expertos, como propia de la especialidad. En consecuencia, llegando a la convicción de que el profesional actuó dentro de los límites permitidos sin perjuicio de los riesgos asociados que se encuentran en cualquier procedimiento médico.

Por otro lado, es fundamental resaltar que el riesgo de rotura de útero ocurrido pudo tener un origen diferente al de la maniobra realizada, considerando sus características y ubicación. En efecto, la prueba de cargo no logró establecer que la complicación era producto del tratamiento médico aplicado, atendida la acreditación de que este pudo deberse a diversos factores distintos a la acción médica cuestionada. Por lo tanto, es desmedidamente exigente que la aparición de tal desafortunado evento fuera atribuido únicamente a la maniobra, dado que, como mencionamos anteriormente, el conocimiento de los riesgos es un aspecto transversal en todos y cada uno de los tratamientos médicos disponibles, por lo que evitarlo resultaría una carga imposible de cumplir¹¹.

En suma, es importante destacar que la previsibilidad y el deber de previsión en el caso en cuestión no alcanzaron la configuración adecuada, ya que cualquier tratamiento médico que se elija para un paciente conlleva riesgos inherentes que son parte de la naturaleza de la medicina, existiendo, siempre, la posibilidad de que estos riesgos se materialicen en la práctica clínica. Por su parte, la elección del tratamiento específico no estaba condicionada a los antecedentes clínicos previos y disponibles para el profesional médico en el momento de la decisión y por último, tampoco se podía sostener la tesis del

10 Barros Bourie, Enrique pág. 724, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago año 2020

11 Para este punto, es pertinente revisar la sentencia del TOP de Santiago de 2009, en causa Ruc 0600234668-9, que señala “*En este sentido... el primer deber que se deriva del mandato de cuidado consiste en identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar el daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante*”

ministerio público en orden a que “existía” una directriz concreta que indicara de manera explícita que la maniobra en cuestión no podía ser utilizada, por lo que el facultativo no se encontraba en la posición para prever el resultado de su acto médico pues, no podía conocer lo desconocido.

En consecuencia, no pudo haber infringido el deber de conducta que se espera de una persona en situaciones similares y, por ende, no se puede considerar que haya constituido imprudencia alguna si la información disponible, que fue sobre la cual tomó su decisión, se encontraba dentro del marco del riesgo permitido, de acuerdo con las directrices y normativas vigentes en ese momento específico. Además, es importante señalar que, existía una controversia considerable respecto al origen del daño en cuestión, lo que añade un nivel adicional de convicción acerca de la falta de responsabilidad. Esta controversia influyó en la interpretación de los hechos y también en la percepción de la conducta del profesional, dando origen al fallo absolutorio del mismo.

E) CONCLUSIONES

1. En el caso comentado, nos parece que el tribunal resuelve adecuadamente, al no considerar la guía ministerial como elemento fundante de responsabilidad, ya que a la fecha de los hechos la guía que proscribe la realización de una maniobra de Kristeller no estaba vigente. Esto que parece del todo lógico y que responde a un principio rector del derecho penal fue respetado por los sentenciadores. En un sentido general, aporta porque obliga a insistir en la necesidad de “actualizar el conocimiento”.
2. Por otra parte, la ausencia de una normativa vigente en el momento de los hechos no impide que se pueda configurar un acto imprudente. Este último se configura con varios otros elementos y la existencia de una regulación administrativa o la ausencia de una guía particular no puede ser entendida como imposibilidad judicial para configurar una imprudencia.
3. Las distintas perspectivas que pueden surgir no solo reflejan la diversidad de opiniones dentro de la jurisprudencia, sino que también subrayan la importancia de un análisis detallado y cuidadoso de los hechos y circunstancias específicas que rodean cada situación particular.
4. La previsibilidad del evento adverso es un aspecto fundamental que debe ser cuidadosamente analizado y considerado por los facultativos

médicos en el ejercicio de su profesión. No es suficiente que un evento o complicación se encuentre documentado en la literatura médica para que esto sirva como un argumento válido con el fin de excluir la responsabilidad del facultativo en un caso particular. Es crucial que los profesionales de la salud evalúen cada situación de manera individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que rodean al paciente y al tratamiento administrado.

El voto disidente del fallo analizado, aunque no necesariamente compartido, reafirma la idea anteriormente expuesta. Esto implica que, dadas las circunstancias y la información disponible, el evento no era inesperado y, por lo tanto, podría haber sido anticipado y gestionado de otra manera por los médicos involucrados.

5. En la actualidad, es fundamental tener en cuenta las normativas ministeriales y otras disposiciones legales que regulan el proceso del parto, así como los criterios internacionales que se han establecido en este ámbito estén permanentemente actualizándose y difundidas en el actuar profesional. Un ejemplo de esto es justamente lo que ha ocurrido con la maniobra de Kristeller, hoy desaconsejada desde una perspectiva médico-legal.
6. Adicionalmente, se debe tener presente la creciente sensibilización sobre la violencia obstétrica, un término que fue acuñado en el año 2007 en Venezuela¹². La violencia obstétrica no se limita únicamente a la interacción directa entre el personal médico y la parturienta, sino que también abarca las decisiones sobre las posibilidades de tratamiento que la mujer puede recibir. Esto incluye los actos médicos que pueden ser parte de la atención de salud que se le brinda. En efecto, se ha identificado esta maniobra como uno de los tratamientos que podrían encajar dentro de la hipótesis de violencia obstétrica, por lo que se refuerza el concepto de evitarla desde una perspectiva médico-legal no obstante lo resuelto por el tribunal el año 2012.

¹² Venezuela fue el primer país en el mundo que empleó el término violencia obstétrica dentro de su legislación, definiéndose como *"la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizado, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres"*. Bellón, S. (2015). La violencia obstétrica desde los aportes de la crítica feminista y la biopolítica. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5106936.pdf>.

COMENTARIOS MÉDICOS FINALES

La ginecoobstetricia moderna se enfrenta a una creciente judicialización de las acciones clínicas, y en especial de aquellas vinculadas al parto. Esta tendencia se ha visto reforzada por la promulgación de nuevas normativas que amplían la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, especialmente en el contexto de la violencia ginecoobstétrica.

El caso analizado por el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (RIT 191-2011) representa un precedente paradigmático al evaluar la imputación penal de un médico residente acusado de realizar la Maniobra de Kristeller con un resultado perinatal adverso. El fallo, de carácter absolutorio por mayoría, pone en tensión los conceptos de *lex artis*, culpa médica e imputación objetiva, ofreciendo un espacio para reflexionar sobre el rol de la Medicina Basada en Evidencia (MBE) en la defensa técnica y ética de los profesionales ginecoobstetras.

La maniobra de Kristeller fue descrita por Samuel Kristeller, ginecólogo alemán de origen polaco en 1867, como una técnica de presión externa sobre el fondo uterino durante la segunda etapa del parto, destinada a facilitar la expulsión fetal en casos de “expulsivo detenido”. Sin embargo, la evidencia científica actual ha cuestionado su eficacia y seguridad. En un metaanálisis de la base de datos Cochrane del “*Pregnancy and Childbirth Group (2020)*” se concluye que la Maniobra de Kristeller no disminuye significativamente la duración de la segunda fase del trabajo de parto ni mejora los resultados neonatales, y si aumenta el riesgo de lesiones maternas, como desgarros perineales de tercer grado y ruptura uterina, así como alteraciones en el flujo sanguíneo uteroplacentario.

En la misma línea, la OMS (2018) clasifica esta maniobra como “no recomendada” (categoría C), reservándose su uso solo para contextos excepcionales. En Chile, el MINSAL incorporó esta recomendación en la Guía Perinatal 2015, indicando que “la maniobra de Kristeller no se recomienda”, sin prohibirla explícitamente.

Desde la Medicina Basada en Evidencia (MBE), la *lex artis ad hoc* no implica solo una única vía terapéutica correcta, sino que es un ejercicio de razonamiento de las opciones disponibles según el conocimiento científico vigente y el contexto clínico emergente. La elección entre fórceps, ventosa o maniobras manuales depende de la valoración clínica en tiempo real. El

Tribunal reconoció que, al momento de los hechos (2011), no existía prohibición expresa ni lineamiento ministerial que proscribiera la Maniobra de Kristeller.

Por tanto, su aplicación podía considerarse un acto médico dentro del riesgo y regulaciones permitidas, siempre que se ejecutara con técnica prudente. La MBE avala este razonamiento: estudios europeos (Becerra-Chauca & Failoc-Rojas, 2019) destacan que, cuando la maniobra se realiza con control, el riesgo de ruptura uterina es inferior al 1 %, aunque los beneficios funcionales sean escasos.

El debate penal se centró en determinar si la maniobra fue la causa directa de la ruptura uterina y del daño neurológico neonatal. La pericia médica reveló que la lesión uterina tenía características que no permitían establecer una relación causal inequívoca con la presión manual. Estudios como el de Cahill et al. (2019) reportan que la mayoría de las roturas uterinas en partos eutócicos se asocian a factores predisponentes, como cicatrices uterinas previas o macrosomía fetal.

Más allá del aspecto técnico mencionado, también debe hacerse una reflexión ética que exige considerar el Principio de Autonomía de la paciente. La ausencia de consentimiento explícito para maniobras como la de Kristeller, podría configurar una vulneración de los derechos reproductivos de nuestras pacientes. Sin embargo, en el caso analizado, la maniobra se realizó en un contexto de una urgencia obstétrica, donde la prioridad era evitar hipoxia fetal. En tales circunstancias, la ética médica permite la acción proporcional justificada por el Principio de Beneficencia, siempre que se documente adecuadamente en la ficha clínica.

Este caso revela la importancia de la documentación y del uso de evidencia científica actualizada como respaldo del actuar médico. En procesos judiciales, las guías clínicas del MINSAL, los consensos internacionales y los protocolos institucionales constituyen pruebas objetivas que demuestran conformidad con la *lex artis*. La OMS (2018) y la FIGO (2022) recomiendan eliminar la maniobra de Kristeller del entrenamiento rutinario lo cual, en la práctica clínica internacional, se interpreta como una recomendación muy fuerte de no usarla; pero no establecen que su aplicación aislada y justificada constituya una falta ética o penal.

A la luz de la evidencia actual, el uso de la Maniobra de Kristeller sin base científica y sin consentimiento informado es incompatible con la práctica de la Obstetricia moderna, pero su aplicación en contextos clínicos específicos,

previo a su proscripción, no puede ser interpretada como conducta negligente. La prudencia clínica, la actualización científica y la correcta documentación son pilares esenciales para la seguridad de la paciente y la protección legal del profesional.

Dr. Jean Pierre Frez Bustos

Especialista en ginecología y obstetricia, Hospital de Puerto Montt

Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia

Director SOCHOG

REFERENCIAS

- OMS. Intrapartum Care for a Positive Childbirth Experience. Geneva: WHO, 2018.
- Ministerio de Salud de Chile. Norma Técnica para el Monitoreo de la Cesárea. 2021.
- Becerra-Chauca N., Failoc-Rojas V. Maniobra Kristeller, consecuencias físicas y éticas según sus protagonistas. Rev Cubana Obstet Ginecol, 2019.
- Cochrane Pregnancy and Childbirth Group. Kristeller Maneuver for Vaginal Birth. 2020.
- Cahill A. et al. Uterine rupture during unscarred labor: risk factors and outcomes. Am J Obstet Gynecol, 2019.
- FIGO. Human Rights and Ethical Considerations in Obstetric Care. 2022.

BIBLIOGRAFÍA

1. “El delito culposo” ; Juan Bustos Ramirez, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 1995
2. “ La imputación objetiva en el derecho Penal”, Claux Roxin; Traductor Dr. Manuel Abanto Vasquez, Editorial Idemsa, Peru, Año 1997
3. Vargas, Tatiana “Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica”, Ediciones DER, 2017.
4. <https://www.franciscafernandezguillen.com/wp-content/uploads/2022/01/REVISION-DE-LAS-EVIDENCIAS-CIENTIFICAS-MANIOBRA-DE-KRISTELLER.pdf>.
5. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO138-600X2019000200004&lng=es&tlng=es.
6. MANUAL DE ATENCIÓN PERSONALIZADA EN EL PROCESO REPRODUCTIVO, año 2018.
7. *SCA de Santiago, de 11 de octubre de 2013, Rol 389-2013*
8. Barros Bourie, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago año 2020.
9. Sentencia del TOP de Santiago de 2009, en causa Ruc 0600234668-9.
10. La violencia obstétrica desde los aportes de la crítica feminista y la biopolítica. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5106936.pdf>.

CHERRY PICKING PROBATORIO, O LA FALACIA ARGUMENTATIVA DE INSUFICIENCIA: NOTAS A PROPÓSITO DE UN JUICIO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL OBSTÉTRICA

Abogado Pablo Martínez Zúñiga¹

Dr. Jean Pierre Frez Bustos²

1. SUMARIO

El trabajo analiza y propone un enfoque crítico del desarrollo y justificación argumentativo-judicial de un caso de ginecología con condena civil. Se trata de una demanda por daños acogida con insuficiencia de valoración probatoria, cuya posterior casación prosperó (por este motivo de nulidad). Sin embargo, la Corte de Apelaciones competente, pese a acoger la casación por infracción al Art. 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, e invalidar el fallo de instancia, procede luego a dictar sentencia de reemplazo manteniendo la condena, prefiriendo pruebas indiciarias o indirectas en contravención a pruebas directas presentadas en juicio, fenómeno conocido como *Cherry Picking*³ o falacia de prueba incompleta.

2. INTRODUCCIÓN

El *Cherry Picking*⁴ o falacia argumentativa de la prueba incompleta, en el ámbito procesal, puede ser definido como aquel fenómeno jurisdiccional

¹ Autor: Abogado de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso, Doctor en Derecho por la U. Austral de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Derecho Procesal de la U. Católica del Norte, sede Coquimbo en pre y postgrado.

² Colaborador: Médico, Especialista en Ginecología y obstetricia, Hospital de Puerto Montt. Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia. Director SOCHOG.

³ Niblett, A. (2010). Do judges cherry pick precedents to justify extralegal decisions: A statistical examination. *Md. L. Rev.*, 70, 234.

⁴ En la traducción técnica: selección para confirmar o por conveniencia, elección de los mejores frutos del huerto.

o decisional referido a la selección deliberada de ciertas probanzas que apoyan una hipótesis predeterminada del juzgador, ignorando o suprimiendo también volitivamente aquellas que las contradicen o refutan.

En el sistema procesal civil chileno, dotado en lo general, por las reglas de tarifa o tasa legal de los artículos 341 y siguientes del Código de 1902, pareciera complejo que esto pudiera acaecer dado que, como se han concebido, la aplicación de estas reglas bajo un ejercicio de subsunción normativa supone consecuencias delimitadas y claras ante la valoración de un determinado medio de prueba. Sin embargo, la complejidad de los procesos judiciales, especialmente de aquellos en que la prueba instrumental sobre el hecho necesitado de prueba es muy difícil⁵ (como es el caso de la infracción a *lex artis*), ha hecho recrudecer el problema de la argumentación judicial, particularmente basada en presunciones, indicios y razonamientos que al expresarse en el fallo, parecen apuntar más a conclusiones soportadas por probanzas específicas de mejor parecer del juzgador, que a un análisis integral de la prueba rendida en autos, como lo exige el deber de motivación en su faz de garantía constitucional⁶.

En lo sucesivo, se presentará un caso ginecoobstétrico, con condena para el médico demandado, del que derivaron sendos recursos de apelación y casación, tanto en la forma como en el fondo. Dadas las conclusiones, los arbitrios se fundaron en una denuncia respecto del discurso judicial selectivo (o *Cherry picking*) respecto de las probanzas que tuvieron por asentados los hechos para condenar. Es muy particular lo que ocurre en la sede de apelaciones, donde conociendo de una casación formal, la Corte competente, anula la sentencia de instancia, y en acto separado, vuelve a condenar al facultativo, intentando superar los errores argumentativos del tribunal de instancia, pero vuelve a incurrir (al parecer del condenado) en la práctica de selección confirmatoria de medios de prueba para motivar las conclusiones resolutivas del fallo.

5 Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(1), 209-257. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100006>

6 Carbonell Bellolio, F., & Letelier Wartenberg, R. (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En P. Contreras & C. Salgado (Eds.), *Curso de derechos fundamentales* (p. 369). Tirant Lo Blanch.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

3.1 El litigio y la sentencia de primera instancia

En diciembre de 2018 se inicia un proceso judicial por responsabilidad civil en un Juzgado de Letras con competencia civil, de ciudad asiento de corte. El acto procesal inaugural es la presentación de una demanda por daños en sede contractual⁷. Los sujetos procesales concretos son: la paciente directamente como demandante y el médico ginecoobstetra como demandado. No hay demanda en contra de instituciones públicas ni privadas.

La demandante formula pretensión contra el médico ginecoobstetra por haber incurrido en una negligencia médica basada en la infracción a deberes contractuales durante un procedimiento de legrado uterino realizado a fines de 2015, a propósito de un aborto retenido de aproximadamente 7 semanas, que resultó en lesiones uterinas e intestinales, requiriendo múltiples cirugías posteriores, largas hospitalizaciones, secuelas físicas (cicatriz, dolor, limitación de movimientos) y daño psicológico grave. Incluye en su descripción, la frustración de planes familiares futuros y estrés postraumático. La demandante también alega daños emergentes directos derivados de gastos médicos considerables para ella y su hijo.

En cuanto peticiones concretas, solicita una indemnización cercana a los cinco millones de pesos por daño emergente (gastos médicos propios y terapia psicológica de su hijo) y \$80.000.000 por daño moral.

En su contestación el demandado solicita el completo rechazo de la demanda con costas. Dado que estas afirmaciones son relevantes de cara a los análisis del fallo de instancia, de casación y de reemplazo, me detendré inicialmente en esta parte.

El argumento central de la defensa es que las lesiones sufridas por la demandante no fueron causadas por una supuesta negligencia o falta de diligencia del doctor, sino que fueron riesgos inherentes y connaturales al procedimiento de legrado uterino al que fue sometida. Estos riesgos,

7 Debido a la Ley N° 19.628, Sobre la Protección de la Vida Privada, la ley N° 20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes y al Auto Acordado N° 44-2022 o “Protocolo de anonimización” de la Excm. Corte Suprema, los datos de las partes de este juicio serán omitidos y reemplazados simplemente por sus denominaciones genéricas: demandante, demandado, paciente, médico, etc. Lo mismo se hará con los documentos y nombres de testigos.

como la perforación uterina, están documentados en la literatura médica (aunque son infrecuentes, según la prueba del demandado) y la paciente fue debidamente informada de ellos.

El demandado presenta su versión o teoría del caso propia, destacando que la paciente tenía antecedentes quirúrgicos (conización y cesárea previa) que aumentaban riesgos. Explica que el doctor inicialmente recomendó un manejo expectante del aborto retenido precisamente por estos riesgos. Sin embargo, sostiene que la decisión de realizar el legrado no fue unilateral del médico, sino que fue tomada porque la paciente y su cónyuge, ante el dolor y sangrado, instaron a la resolución quirúrgica por impaciencia y por la persistencia de los síntomas. Los riesgos fueron informados nuevamente antes del procedimiento.

El apoderado del médico describe el legrado como un procedimiento que se realiza *a ciegas*. Afirma que el facultativo actuó conforme a la *lex artis* médica y con su técnica habitual, e incluso con mayor cuidado debido a los antecedentes de la paciente. Señala que, si bien ocurrió una perforación del útero y el intestino, esta se produjo lejos de la zona directamente intervenida. Enfatiza en que el procedimiento logró su propósito de dejar sin restos ovulares, lo que sería difícil si hubiera existido algún tipo negligencia grave.

Respecto a la evolución posterior, la defensa menciona el dolor experimentado por la paciente y un control médico en enero de 2016, donde se objetivó con antecedentes radiológicos inexistencia de lesión. Relata que, al día siguiente, ante el empeoramiento de la paciente, el médico demandado indicó su traslado a una clínica privada acreditada, contactó a un cirujano especialista (posteriormente testigo experto en el juicio) y participó activamente como segundo cirujano en las cirugías reparadoras (incluyendo la laparotomía exploradora del 5 de enero de 2016 y los posteriores aseos quirúrgicos el 7 y 20 de enero de 2016). Durante todo el período, el demandado estuvo involucrado en el seguimiento y cuidado de la paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos.

El *reus* niega que los daños reclamados sean procedentes, ni en su existencia ni en su cuantificación, por las razones esbozadas antes, especialmente en cuanto no estaríamos frente a consecuencias adversas derivadas de una conducta jurídicamente reprochable.

En respuesta a la réplica de la demandante, reitera que sí controvertió los hechos y que el análisis de responsabilidad debe centrarse en la

conducta del médico, no en especular sobre la causa a partir de un resultado inesperado. Además, aclara que no sostuvo que la demandante no pudiera demandar daño moral, sino que su pretensión no puede prosperar bajo el artículo 41 de la Ley N°19.966, que excluye la indemnización por daños derivados de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según el estado actual del conocimiento médico.

En esencia, la contestación argumenta que las graves complicaciones fueron una lamentable pero informada posibilidad dentro de los riesgos quirúrgicos, y que el doctor actuó con la debida diligencia tanto en el procedimiento inicial como en el manejo de la complicación, negando así su responsabilidad civil.

3.2 La fijación de los hechos necesitados de prueba

Por resolución de fecha 29 de mayo del 2019, modificada por otra de fecha 11 de diciembre del mismo año, se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes puntos:

1. “Efectividad de haberse practicado la intervención quirúrgica de legrado a la demandante R.A.D, circunstancias, fecha y resultado de la misma”.
2. “Efectividad de haberse producido un cuadro infeccioso generalizado producto del legrado practicado a la demandante, hechos, fecha y circunstancias del mismo”.
3. “Efectividad de haber actuado, con negligencia el médico en la realización de la intervención quirúrgica de legrado respecto de la paciente doña R.A.D. Hechos y circunstancias que lo acreditarían”.
4. “Relación de causalidad entre los hechos señalados en el numeral uno y dos y los perjuicios señalados”.
5. “Naturaleza y monto de los perjuicios alegados”.
6. “Efectividad de haber existido con anterioridad a la intervención de legrado a que fue objeto la paciente, adherencias en su cuerpo. Hechos, circunstancias que lo acreditarían y eventuales consecuencias en relación con la intervención quirúrgica de legrado ejecutada por el demandado”.

7. “Efectividad de haber actuado con negligencia o imprudencia el médico demandado, en la fase post operatoria a la intervención quirúrgica de legrado practicada a la paciente. Hechos y circunstancias que lo acreditarían”.
8. “Efectividad de haber existido controles médicos realizados por el demandado a la demandante con posterioridad a las intervenciones quirúrgicas realizada a su persona. Fechas, circunstancias, observaciones y prescripciones a la paciente”.

Este *momento* procesal es fundamental. De conformidad al *principio de congruencia*⁸, las afirmaciones vertidas en la demanda y contestación, es decir la fase de discusión del fallo, deben ser recogidas por esta sentencia interlocutoria. Delimitar el objeto del juicio y posteriormente servir de orientación en cuanto delimitación competencial, para que el tribunal pueda cumplir su deber de motivación y fundamentación sobre esos hechos afirmados, fijados y necesitados de prueba.

Como es posible apreciar los puntos de prueba constituyen el levantamiento formal de aquello que doctrinalmente se conoce como *quien afirma prueba*⁹.

La incorporación de los hechos sobre los que se estableció carga de levantar prueba de los numerales 1 al 5 y 7 son hechos introducidos por el demandante. Luego, su no levantamiento supone la aplicación de la *suma* regla de juicio¹⁰ del ordenamiento civil, esto es la regla del Art. 1698 del Código de Procedimiento Civil. En concreto, bajo la instalación de un régimen de subsunción legal, una regla de juicio supone la absolución ante la insuficiencia probatoria. Aunque esto no excluye la posibilidad de que el demandado pueda descargar prueba directa sobre el hecho contrario a la negligencia, es decir sobre la *diligencia*. En ese entendido, quien introduce afirmaciones sobre hechos es el demandado y por ende sobre él recae el peso del levantamiento de la carga. De ahí que

8 Ríos Muñoz, L. P. (2020). *Proceso y principios* (p. 136). Bosch.

9 Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich, G., & Palomo Vélez, D. (2014). *Proceso civil: Juicio ordinario de mayor cuantía* (2ª ed., p. 220). Thomson Reuters.

10 Devis Echandía, H. (1974). *Teoría general de la prueba judicial* (3ª ed., p. 143). Víctor de Zabalá Editor.

se hayan establecido puntos de prueba sobre alegaciones específicas de la defensa, como lo son los numerales 6 y 8.

En este estado de cosas, la actividad probatoria de ambas partes se puede resumir de la siguiente manera:

La parte demandante acompañó cincuenta y dos documentos, entre ellos se incluyen el certificado de mediación frustrada, informes psicológicos y médicos, tanto de la demandante como de su hijo menor, fichas clínicas, protocolos quirúrgicos, epicrisis, recetas médicas, resultados de exámenes, imágenes diagnósticas y fotografías de secuelas físicas, además se incorporan boletas y bonos de atención médica. También rindió prueba testimonial, donde tres testigos sin tachas declararon al tenor del punto cuatro del auto de prueba, y un testigo declaró exclusivamente respecto al punto dos. Asimismo, posteriormente, en audiencia de fecha 16 de enero declaró un testigo sin tacha al tenor del punto 6 de la interlocutoria de prueba.

La parte demandada acompañó 2 documentos en parte de prueba, el primero la ficha clínica de la paciente correspondiente a las intervenciones de legrado uterino de diciembre de 2015, y el segundo, la ficha clínica de la paciente correspondiente a las intervenciones del 05 y 07 de enero, que corresponden al tratamiento de su complicación posterior al procedimiento de legrado uterino, todo dentro de las atenciones brindadas. También rindió prueba testimonial, en audiencia celebrada en el mes de enero de 2020, donde dos testigos sin tacha declararon sobre el punto cuatro y ocho de la interlocutoria de prueba. En audiencia de fecha 14 de enero declararon sin tacha dos testigos al tenor del punto cuatro de la interlocutoria de prueba.

3.3 La sentencia de instancia, el asentamiento de los hechos y especialmente la apreciación de los medios de prueba

El tribunal al analizar el primer presupuesto de responsabilidad contractual señala que “lo cierto es que la ficha de ingreso médico de la paciente unida a su ficha de evolución médica y al protocolo de operación, más el carnet de alta y epicrisis clínica de la misma paciente – todos instrumentos privados suscritos por el facultativo, en diciembre del 2015, permiten presumir fundadamente -al tenor de lo dispuesto en el artículo

426 del Código de Procedimiento Civil- que el citado médico se obligó contractualmente para con la paciente a practicar en la mentada fecha un vaciamiento o legrado uterino...”¹¹.

Luego, concluye que “por aplicación de la misma disposición citada, los documentos antedichos acreditan fehacientemente que la paciente ingresó a la Clínica Elqui el XX de diciembre de 2015 y alrededor de las 8:30 horas se dio inicio al legrado uterino; procedimiento quirúrgico practicado por el cirujano demandado...”¹², acreditándose con ello el punto de prueba número uno.

En cuanto a la responsabilidad civil contractual, el fallo de instancia expresa: señala que “por aplicación de la regla dispuesta en el artículo 1698 del Código Civil, es carga del demandado probar que dio cumplimiento a su obligación, cual es, la de haber practicado el legrado uterino de acuerdo con la *lex artis* médica y, específicamente, según los protocolos de seguridad de la paciente”¹³. “El demandado reconoce que con ocasión del procedimiento de legrado se causaron las lesiones que alega la demandante” y que “esta declaración, para todos los efectos legales constituye una confesión voluntaria que hace plena prueba en su contra, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1713 del Código Civil”¹⁴.

En base a los documentos acompañados por la demandante sostiene que “proporcionan antecedentes graves, precisos y concordantes para presumir fundadamente -de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil-, que la demandante ingresó a la Clínica Elqui el 5 de enero de 2016, donde se le practicó una *Tomografía Computarizada* abdominal, que arrojó los resultados de perforación...”¹⁵ y que “los documentos mentados en el considerando anterior, también permiten presumir que a raíz de las lesiones uterinas e intestinales post

11 Considerando 13°. (Es dable recordar que se han omitido incluso en las citas textuales del fallo, referencia directa a nombres o fechas específicas con motivo de resguardar y cumplir con las exigencias de la Ley de Tratamiento de Datos Sensibles, ya invocada en el principio del trabajo).

12 Considerando 14°.

13 Considerando 21°.

14 Considerando 22°.

15 Considerando 22°, párrafo 2°.

legrado, doña R.A. estuvo internada en la Clínica Elqui desde el día X al XX de enero del 2016...”¹⁶ acreditándose así el punto de prueba número dos.

Sobre la prueba acompañada por el demandado señala el tribunal que “no consta en la ficha medica que el médico haya informado a la paciente, específicamente, que el procedimiento quirúrgico de vaciamiento o legrado uterino tuviera como riesgo asociado *connatural*; la perforación del útero o de otros órganos cercanos”¹⁷. (...) “cabe hacer presente que aun cuando los testigos del demandado declararon que este obró conforme a los protocolos médicos del caso, dichos testimonios no pueden hacer plena prueba al respecto, pues ninguno de ellos es presencial...”¹⁸

En razón del razonamiento anterior, el tribunal sostiene que no cabe más que concluir que el demandado no acreditó con la prueba rendida el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, específicamente, que haya realizado el legrado uterino conforme a la *lex artis* médica, añadiendo finalmente que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.556 del Código Civil, debemos estimar que el demandado ha cumplido *imperfectamente* su obligación.

En cuanto a la culpa o descuido se afirma que “al no haberse acreditado el cumplimiento contractual se presume su culpa o negligencia; hecho jurídico que, por lo demás, tampoco ha sido desvirtuado por este con la prueba rendida en autos”¹⁹, acreditándose, por tanto, el punto de prueba número tres.

Respecto de los perjuicios, fundado en la prueba documental de la demandante determina el juez *a quo* que “parece fundado razonar que, de no ser por las lesiones experimentadas con el vaciamiento uterino, la actora no habría incurrido en los gastos referidos...”²⁰ y que son consecuencia directa del incumplimiento contractual del demandado por lo que procede estimar la pretensión indemnizatoria. Con ello se da por acreditado el punto de prueba número cuatro.

16 Considerando 23°.

17 Considerando 25°, párrafo 2.

18 Considerando 25°, párrafo final.

19 Considerando 28°.

20 Considerando 32°.

En la parte final de la sentencia se analiza y determina la cantidad a indemnizar por daño emergente y el daño moral alegado, concluyendo que la prueba testimonial rendida por la demandante acredita “plenamente que a raíz de la mala práctica del legrado uterino y de las secuelas físicas que esto causó a doña Rocío Astudillo, esta padeció mucho sufrimiento y aflicción emocional...”, afirmando convicción sobre el punto de prueba número cinco.

Finalmente, el tribunal termina por resolver y declarar la estimación de la demanda de indemnización de perjuicios contra el médico ginecoobstetra, expresando una frase que vemos con más frecuencia de la que quisiéramos: “la restante prueba documental y testimonial no valorada, no modifica lo resuelto, por lo que parece innecesario proceder a su análisis”²¹.

3.4 Comentarios en relación con la selección y omisión de pruebas por el fallo de primera instancia

La sentencia de autos omitió la valoración de instrumentos muy importantes como el protocolo operatorio del legrado, que indicaba que el procedimiento se llevó a cabo sin incidentes, informes anatomopatológicos que demostraban la presencia de restos ovulares (no intestinales) y constituían prueba directa sobre el hecho de la diligencia, y documentos que sugerían que la lesión fue resultado de adherencias previas y no de una maniobra negligente. Sin expresar justificación alguna, salvo el párrafo genérico referido más arriba, se concretó un descarte sobre la prueba instrumental que vulnera el deber de motivación exigido por nuestro Art. 19 N° 3 de la carta fundamental. Veremos que esto trae aparejado consecuencias importantes en la tramitación ante la Corte de Apelaciones.

La prueba testimonial también fue selectivamente descartada. No fue siquiera considerada la declaración de un médico especialista en anátomo patología, quien en calidad de *testigo experto*²² descartó la negligencia del demandado basándose en el análisis de la biopsia. De igual manera, la declaración del cirujano ayudante, presentado por la propia demandante, fue omitido en la valoración, cuando procedía plenamente la aplicación

²¹ Considerando 43º.

²² Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich, G., & Palomo Vélez, D., Ob. Cit., p. 349.

de la regla del Art. 384 N° del CPC. En virtud del principio de *adquisición procesal*²³, esta regla hace recaer las consecuencias negativas de una declaración favorable a la contraparte, en el riesgo o interés de la parte que lo presenta.

Este testigo, de profesión y especialidad, cirujano digestivo, testificó que la perforación uterina es un riesgo descrito en la literatura médica, que el demandado actuó conforme a la *lex artis* posoperatoria, y que la demandante nunca sufrió tres paros cardíacos como se afirmaba en la demanda de autos.

La única testigo presencial del legrado, una enfermera con más de 20 años de experiencia, quien también declaró en autos, indicó expresamente que el procedimiento se desarrolló sin complicaciones y bajo los estándares de seguridad habituales. Fue sin embargo desestimada sin fundamento esta declaración por una presunta falta de conocimientos técnicos.

La sentencia incurre también en decisiones contradictorias. Por un lado, al valorar el cumplimiento de las obligaciones, se presume que la demandante pagó con una “valorización de servicios” indeterminada, mientras que, para el demandado, se le imputa incumplimiento culposo por no desvirtuar una presunción legal que no se aplicó de igual forma a la actora. Otra contradicción se observa en el deber de información: el fallo primero da por “fehacientemente” acreditado que se informó del riesgo de perforación uterina en el consentimiento, para luego concluir que “no consta” dicha información, lo que afecta la asunción de riesgos por parte de la paciente.

Es importante detenernos en el yerro más complejo del fallo desde el punto de vista de la infracción a los deberes de motivación de los jueces de instancia. En efecto, recordemos que, en los considerandos finales, el descarte de prueba válidamente incorporada al proceso y, por ende, necesitada de valoración probatoria, fue simplemente desechada bajo la justificación genérica de no ser capaz de desvirtuar lo ya razonado. Esta fórmula no puede en ningún caso alcanzar el umbral de suficiencia que exigen las garantías constitucionales ya referidas sobre las razones de asentamiento de hechos de una sentencia.

23 Cortez, G., & Palomo, D. (2018). *Proceso civil: Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Thomson Reuters, p. 39.

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha referido en diversas ocasiones a la importancia de una valoración integral de la prueba. Ha enfatizado la necesidad de evitar interpretaciones selectivas que puedan desestimar elementos probatorios que no se alinean con hipótesis preestablecidas, buscando así asegurar una apreciación completa de todos los antecedentes presentados en un juicio, por ejemplo, ha expresado el máximo tribunal:

“Que los jueces, para dar estricto cumplimiento, en el caso en análisis, a lo dispuesto por el constituyente y el legislador, necesariamente han debido ponderar toda la prueba rendida en autos, puesto que su valoración integral exigida en los números 6° y 7° del Auto Acordado de 30 de septiembre de 1920 así lo impone, tanto aquélla en que se sustenta la decisión, como la descartada o aquélla que no logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos, lo cual no se logra incluso con la simple enunciación de tales elementos, sino que con una ponderación racional y pormenorizada de los mismos. Esta mayor exigencia, si se quiere, proviene de la calificación de justo y racional del procedimiento que debe mediar para asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado. Tan importante como antigua es esta obligación impuesta a los magistrados, por lo que su inobservancia corresponde sancionarla, privando de valor al fallo.

Cabe, en este mismo sentido recordar, que “considerar” implica la idea de reflexionar detenidamente sobre algo determinado, es decir, concreto. En consecuencia, es nula por no cumplir con el precepto del N.º 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que hace una estimación general de la prueba deduce una conclusión que también es general referente a la materia debatida y que, sin analizar detalladamente las probanzas, se limita a expresar si ellas acreditan o no un hecho dado, o las declara ilegales o impertinentes o por último considera inoficioso pronunciarse acerca de ellas”²⁴.

En el mismo sentido, la Corte ha dicho (...) “Que para que una sentencia cumpla con las exigencias formales y de fundamentación fáctica y jurídica que imponen los artículos 169, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con las máximas contenidas en el Auto Acordado de esta Corte Suprema de fecha 30 de septiembre de 1920, resulta indispensable que los jueces de la instancia ponderen toda la prueba rendida, tanto aquella en que se sustenta la decisión, como respecto de la descartada o la que no

24 Corte Suprema, Rol N.º 20.151-2023, considerando 8º.

logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos”²⁵.

3.5 Las sentencias de Corte de Apelaciones

El demandado, ahora condenado, se alza contra la sentencia mediante apelación y recurso de casación en la forma sustentada básicamente y como era de esperarse, en dos causales principales del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil: la omisión de requisitos esenciales de la sentencia (N° 5), concretamente la falta de fundamentación de las consideraciones de hecho o de derecho (Art. 170 N° 4), y haber incurrido el fallo en *ultra petita* (N° 4). En lo que al presente análisis respecta, nos enfocaremos en el destino de la primera parte de este arbitrio casacional.

El principal argumento del recurrente es la falta de análisis de la totalidad de la prueba rendida. El juez *a quo*, de hecho, solo ponderó 5 de los más de 53 documentos incorporados en la carpeta electrónica, y omitió analizar (o solo lo hizo de forma genérica) la restante prueba testimonial como ya hemos expresado en la parte final del fallo, sin justificación razonable.

3.51 Invalidación del fallo de instancia

La Corte procedió a analizar la concurrencia de lo dispuesto en el artículo 768 numerales 5° y 4° del Código de Procedimiento Civil. Estableció que el artículo 170 N° 4 exige que las sentencias contengan consideraciones de hecho o de derecho que las fundamenten, lo cual se complementa con el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 1920, que ordena establecer con claridad los hechos probados y los razonamientos que los justificaron, apreciando la prueba conforme a las reglas legales. Estableció que la labor del sentenciador implica dejar constancia del proceso intelectual de valoración de toda la prueba rendida, explicitando la valoración de aquella que se desestimó y las razones para ello.

Al revisar la sentencia impugnada, la Corte advirtió que solo se hizo referencia a algunos documentos, y que en la parte considerativa

25 Corte Suprema, Rol N° 10.844-2022, considerando 4°.

se señalaba genéricamente que la restante prueba documental y testimonial no valorada no modifica lo anteriormente resuelto, por lo que aparecía innecesario proceder a su análisis. Se determinó que esta declaración genérica no cumplía con la carga legal de analizar y ponderar la prueba documental y testimonial. Hasta acá, era esperable, considerando que hemos advertido previamente, se trata de una cuestión asentada entre nosotros jurisprudencialmente.

Al adolecer del vicio de casación en la forma previsto en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, se acogió el recurso de casación en la forma interpuesto por el demandado y como resultado, la sentencia de instancia fue invalidada, debiendo dictarse en acto separado una sentencia de reemplazo. Adicionalmente, los recursos de apelación planteados por ambas partes se tuvieron por no interpuestos, de conformidad con el artículo 798 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, al haberse acogido la casación en la forma.

3.52 La sentencia de reemplazo

La Corte de Apelaciones en el segundo pronunciamiento sobre el mérito, reproduce el fallo en alzada, pero elimina expresamente el fundamento genérico tantas veces citado. La eliminación de este considerando busca subsanar el vicio de falta de motivación y análisis integral de la prueba denunciado por el demandado. Además, complementa y precisa otros considerandos del fallo original para intentar superar el estándar o umbral de justificación o motivación.

Parte efectuando un repaso por los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que debían ser probados en el juicio y procede a una valoración detallada de la prueba en los distintos puntos controvertidos, con un énfasis significativo en intentar subsanar las denuncias del recurrente por vicios en la apreciación probatoria.

En relación con el primer punto de prueba (intervención de legrado), la sentencia se remite a los documentos que acreditan la anamnesis de la paciente, los antecedentes de cirugías anteriores al legrado, el protocolo de operación y la epicrisis. La Corte concluye que estos documentos demuestran la práctica del legrado en la fecha indicada por el propio demandado, sus circunstancias y el resultado.

Añade en su razonamiento un certificado presentado por el demandado que registra haberse producido una complicación quirúrgica grave que requiere cirugías complejas y UCI por varios días. Luego, cita un documento concordante con la necesidad de atención urgente y la cobertura de la Isapre, que llevaría, en concepto de la Corte, a la conclusión de que la complicación existió y que las intervenciones posteriores fueron consecuencia directa del legrado practicado por el demandado, sin el cual la paciente no las habría requerido con tal urgencia.

Respecto al cuadro infeccioso generalizado (segundo punto de prueba), la Corte valora el documento relativo al ingreso a Clínica Elqui con cheque en garantía (para exámenes y atenciones) junto al informe anatomopatológico del laboratorio. Este informe es crucial, pues detalla la recepción de segmentos de íleon distal, epiplón, apéndice cecal y ambas trompas de Falopio, concluyendo un diagnóstico de “salpingitis aguda purulenta con extensión del proceso inflamatorio al área peritoneal”, así como “periapendicitis aguda fibrinopurulenta” y un proceso inflamatorio inespecífico del epiplón. La sentencia considera que estos documentos constituyen una presunción grave, precisa y concordante (en términos del Art. 426 del Código de Procedimiento Civil) del cuadro infeccioso, resaltando su peligrosidad al diagnosticarse una sepsis. Los documentos que refieren el ingreso médico intermedio y a sala común, refuerzan esta conclusión como consecuencia de las intervenciones post-legrado.

El tribunal de alzada decide prescindir de una serie de documentos aportados por la defensa, que forman parte de la historia clínica por entender que carecen de conclusiones, pese a que se refieren a hallazgos en exámenes objetivos que desvirtúan la tesis judicial de instancia relativa a la negligencia.

En cuanto a la negligencia propiamente tal (cuarto punto de prueba), el tribunal añade a lo razonado en la sentencia original que el documento relativo a la fecha de exámenes de laboratorio preoperatorios ordenados por el demandado no permite calificar su diligencia, ya que solo da cuenta de las fechas y quien las ordenó, sin contener conclusiones sobre su precaución. Sin embargo, la sentencia es categórica en cuanto a que el conocimiento que el demandado tenía

de la historia clínica de la paciente. Al contrastar estos documentos con el ingreso médico, su posterior evolución y la ficha clínica del centro privado donde se practicó la intervención, ambos suscritos por el *reus*, se acredita que este conocía los antecedentes clínicos previos de la paciente. La sentencia enfatiza que estos documentos, emanados del propio demandado, prueban su conocimiento de la historia clínica y al menos dos cirugías previas.

Este conocimiento, en coherencia con los documentos relativos a las intervenciones poslegrado (que explicarían la presencia de adherencias), lleva a la Corte a concluir que la existencia de adherencias no podía representar una sorpresa para el demandado, pues sabía o debía saber de tal posibilidad. Dada la historia de dos cirugías previas, era exigible que el facultativo utilizara la información contenida en su historia clínica, preguntando a la paciente acerca de sus antecedentes de cirugías u otras afecciones que podrían causar adherencias.

En base a los artículos 1698, 1702 y 1712 del Código Civil (es decir por medio de razonamientos presuncionales o indicios) los jueces de alzada determinan que la historia clínica de la demandante exigía una mayor atención por parte del médico, sobre todo por posibles adherencias, para que el cuidado en las maniobras del legrado fuera mayor y las precauciones aumentaran.

Un punto de particular relevancia en la valoración probatoria es la desestimación de la prueba testimonial favorable al demandado.

La sentencia analiza el informe histopatológico poslegrado, que fue suscrito por el patólogo que además lo reconoció y declaró en juicio. Afirmando que el demandado, de conformidad a este documento objetivo “en ningún caso actuó con negligencia”. Lo anterior, basándose en la biopsia analizada. La Corte, sin embargo, y pese a tratarse de una prueba válida y legalmente presentada, desestima esta declaración, argumentando que no es un testigo presencial y que su testimonio solo sustenta un documento que él mismo suscribió. Por lo tanto, concluye que su declaración no cumple con los requisitos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil (es decir no puede producir la fuerza y convicción suficientes para hacer plena prueba) y no es suficiente para desvirtuar el actuar deficiente del demandado en torno a su responsabilidad. Sin embargo, infringe el Art. 428 del Código de

Procedimiento Civil relativo a los medios de prueba en comparación frente a resultados contradictorios derivados de la descarga probatoria de las partes. En efecto, si no se trata de un testigo presencial, la única posibilidad es que sea valorado como un testigo de oídas, de conformidad al imperativo del Art. 383 del Código referido. Luego, dando razón de sus dichos, es o pudo ser perfectamente base en la cadena lógica de construcción de presunción judicial, además de reconocer la autoría de un instrumento privado reconocido en el proceso como propio y por ende, constituyendo este un segundo indicio o base de presunción, que permitía sin necesidad de recurrir al Art. 428 citado, construir o dar por probado el hecho de la diligencia o al menos refutar el hecho también presuntamente probado (porque tampoco posee razones de prueba directa) de la negligencia. Al menos debió explicarse por qué una de las pruebas (en este caso la presunción en favor de la negligencia) parece “más conforme con la verdad” como exige la regla legal en comento.

De manera similar, la declaración del cirujano experto que declaró en autos, otro testigo presentado por la defensa es desestimada argumentando que no habría sido presentado al punto de prueba relativo a la fase posoperatoria, pese a la contundencia de sus dichos en relación a la apreciación de la conducta del médico. Esta afirmación es también ampliamente cuestionable porque no existe norma ritual en nuestro ordenamiento que prive o restrinja al juez del caso para apreciar el resultado de la prueba solo incardinada en uno u otro punto de prueba. De hecho, el *principio de adquisición procesal*, al que ya nos hemos referido, hace que el proceso absorba los resultados de la prueba, sin importar de quién proviene, y obviamente independientemente de la pregunta que se les haya formulado formalmente en la declaración. Prueba de ello es lo previsto en el Art. 384 N° 6 del Código del ramo, a propósito de los dichos perjudiciales de un testigo para la parte que lo presenta.

Finalmente, la sentencia de reemplazo establece que la paciente fue sometida al legrado, resultando en una lesión de 0.5 cm en su fondo uterino que provocó un cuadro infeccioso y llevó a intervenciones de urgencia, con la extirpación del apéndice cecal, un segmento de intestino delgado, un segmento de epiplón y ambas trompas de Falopio. Se reitera que el demandado conocía la historia clínica de la actora y que debió actuar con mayor precaución, no haciéndolo. Se insiste que

era carga probatoria del demandado demostrar la diligencia debida, la que no logró acreditar, pese a que se descargó prueba instrumental y testimonial directa sobre dicho hecho.

Se aplicó finalmente la presunción de culpa contractual, como basamento final respecto de la prueba relativa a la condena a indemnizar perjuicios a la demandante. (prácticamente todo el razonamiento del fallo se construye en base a razonamientos presuncionales en favor de la demandante, sin explicar por qué ante indicios que, conectados, arrojan la conclusión contraria, no era posible efectuar el mismo ejercicio).

El tribunal colegiado vuelve a condenar al médico a una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual por exactamente el mismo monto determinado por el tribunal de instancia.

3.53 Comentarios adicionales en relación con la selección argumentativa del fallo de reemplazo

Además de las cuestiones que ya hemos previamente planteado. La Corte omitió valoración del testimonio de la única testigo, la arsenalera de la intervención donde se produjo el incidente. A pesar de su experiencia en este tipo de procedimientos y de haber declarado que no percibió ninguna anomalía ni procedimiento negligente, el tribunal de instancia y la Corte luego, desestimaron su testimonio sin razones de fondo, simplemente limitándose a señalar que la profesional colaboradora de la operación no tenía fundamento objetivo ni conocimientos técnicos para sustentar sus dichos.

Es posible observar también contradicciones sistemáticas entre el fallo de casación y la sentencia de reemplazo. La Corte de Apelaciones acogió una casación formal previa por falta de análisis de la prueba, pero luego dictó una sentencia de reemplazo que condenaba en términos idénticos a la sentencia invalidada. Esto es incongruente con un fallo que busca subsanar vicios procesales que afectan garantías fundamentales.

A pesar de que la interlocutoria de prueba establecía que la demandante debía probar la negligencia del médico (puntos 4 y 8 de prueba), la sentencia de reemplazo concluyó que la carga de probar la diligencia recaía sobre el demandado. Esto representa una

infracción manifiesta al artículo 1698 del Código Civil y a la propia distribución probatoria.

En relación con la negligencia en el post operatorio, el fallo de reemplazo afirmó que “no se presentaron testigos a este punto de prueba” (punto 8), pero el demandado fue igualmente condenado por negligencia en esta fase, sin que se ponderara alguna otra probanza para establecerla. De hecho, como se ha explicado, se hizo todo en base a razonamientos presuncionales.

Contradicción sobre el deber de información. La sentencia de reemplazo sostuvo una *falta de información* sobre los riesgos del procedimiento, mientras que, simultáneamente, al reenviar al fallo anulado, mantuvo (y por tanto hizo suyo) el considerando que daba por “fehacientemente cumplido” el deber de información del consentimiento informado, incluyendo los riesgos de perforación uterina.

El tribunal invirtió indebidamente el *onus probandi*, exigiendo al demandado probar su diligencia, cuando la carga de probar la negligencia recaía sobre la demandante según la interlocutoria de prueba y el *principio de normalidad*²⁶ contenido en el Art. 1698 del Código Civil. La demandante, por su lado, no aportó ninguna prueba de negligencia, mientras que el demandado sí presentó pruebas de su diligencia.

La sentencia aplicó una presunción de culpa o negligencia al obrar del médico, discutible en obligaciones de medios o actividad. En efecto, la interlocutoria de prueba estableció la negligencia como un hecho a probar por la demandante (puntos 4 y 8), y no la diligencia del demandado como un hecho a desvirtuar la presunción. Incluso si se aplicara la presunción, se rindió prueba suficiente en contrario para desvirtuarla, pero omitida o ilegalmente valorada.

La sentencia basó conclusiones sobre la culpa en documentos privados emanados de terceros, aplicando de manera inidónea los artículos 1698, 1701 y 1712 del Código Civil, que no fueron reconocidos en juicio y carecían por ende de todo mérito probatorio, interpretando erróneamente su valor.

26 Vera Sánchez, J. S. (2022). *Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales*. Academia Judicial, p. 179.

El tribunal hizo un salto injustificado de la ocurrencia de una complicación a la conclusión de negligencia, sin una conexión causal probada.

En relación con la prueba de los perjuicios morales y el *quantum* indemnizatorio, la sentencia valoró la prueba testimonial de la demandante (testigos de oídas, algunos con tachas incidentadas) para establecer el daño moral y su cuantificación de manera arbitraria y selectiva, a diferencia de cómo trató la prueba de la defensa. Se echó en falta un informe pericial que levantara la carga de la prueba del daño moral por parte de la actora, nada de eso ocurrió.

El corolario de esta serie de yerros importantes es un establecimiento erróneo de los hechos probados, atribuyendo la carga de la prueba de la negligencia a la parte que no debía, desechando pruebas relevantes que demostrarían la diligencia del médico, y valorando incorrectamente instrumentos y testimonios para fundamentar una condena sin el sustento probatorio adecuado.

3.6 El rechazo de los recursos de casación ante la Corte Suprema

El demandado interpuso en tiempo y forma sendos recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones.

El objeto principal del concurso recursivo era obtener la nulidad de la sentencia por transgresiones expresas (en concepto de la parte demandada) de reglas vinculadas todas con el deber de motivación judicial en relación con el asentamiento de los hechos necesitados de prueba, la falta de análisis de determinados medios de prueba, una aplicación errónea de las reglas sobre carga de prueba e infracción a las reglas que tarifican la valoración de medios de prueba.

La Corte Suprema, lamentablemente, confirmó el fallo de alzada, declarando la inadmisibilidad de los recursos, considerando básicamente que lo que se alegaba era una desviación de la Corte de Apelaciones en relación con la tesis del demandante, y no a una falta de fundamentación, sin hacerse cargo de las omisiones sobre la prueba rendida.

Igualmente consideró que el recurrente no logró demostrar que la Corte de Apelaciones haya infringido las leyes reguladoras de la prueba, pese a que el

recurso contenía el detalle expreso de las infracciones como se ha demostrado *supra*. Aunque se mencionó el artículo 1702 del Código Civil (sobre el valor de instrumentos privados) y el 1712 del Código Civil (sobre presunciones), no se logró demostrar que el tribunal de alzada los aplicó incorrectamente.

El máximo tribunal recoge la tesis de que la sana crítica permite al juez construir y dar por probados hechos por vía de presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes, y en este caso, el tribunal de alzada no las consideró suficientes para generar convicción (respecto de la prueba indirecta del demandado)

En definitiva, los recursos son rechazados porque el recurrente no logra demostrar una vulneración de las normas jurídicas que regulan el valor de la prueba, su mérito, peso y práctica, sino que su disconformidad radica en la valoración de los hechos y pruebas realizada por los jueces de fondo, lo que no es revisable mediante las vías de impugnación deducidas.

3.7 Conclusiones

El trabajo ha evidenciado como la falacia de prueba incompleta, o *Cherry Picking*, puede incidir negativamente en la construcción argumentativa de un fallo judicial, afectando garantías constitucionales (deber de motivación) como también el asentamiento correcto de los hechos.

En el análisis propuesto, a propósito de un caso de responsabilidad civil obstétrica, revela que la omisión injustificada o inidónea de instrumentos directos y testimonios expertos, configuran una infracción a las normas sobre valoración racional e integral de la prueba. La reiteración argumentativa de carácter selectivo tanto del tribunal de instancia como de la Corte competente, incluso luego de acoger un recurso de casación formal por la causal del Art. 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, pone de manifiesto que los vicios y omisiones no fueron corregidos de manera sustancial, sino más bien maquillado formalmente en la posterior sentencia de reemplazo.

El razonamiento judicial sustentado sobre presunciones e indicios sin la debida confrontación con pruebas directas, ni una explicación robusta de la preferencia entre ellas, quiebra el estándar de ponderación razonada exigido por la valoración libre conforme reglas de sana crítica, y deja en evidencia una desviación interpretativa en la aplicación del principio de adquisición procesal y de las normas sobre carga de prueba del Art. 1698 del Código Civil.

Lamentablemente, la confirmación del fallo de alzada por parte de nuestro máximo tribunal deja importantes interrogantes sobre la eficacia del control casacional en casos donde se advierten no solo defectos sino derechamente omisiones o transgresiones directas al deber de motivación y a la apreciación integral de la prueba rendida, así como a las reglas que rigen dicho proceso intelectual.

Finalmente, el fenómeno del *Cherry picking* probatorio no solo representa un defecto en la construcción racional de la decisión judicial sino también amenaza la concepción y aplicación de un proceso justo o debido y la tutela judicial efectiva. La falta de ponderación integral o viciosa de los medios de prueba mina la credibilidad del sistema en general, efecto poco deseable en un Estado de Derecho que confía en el apego incondicional de sus instituciones al ordenamiento jurídico y constitucional vigente, conforme mandan los artículos 6 y 7 de nuestra carta fundamental.

COMENTARIOS MÉDICOS FINALES

La revisión del caso jurídico expuesto revela con especial claridad un fenómeno cada vez más frecuente en los litigios por presunta negligencia obstétrica: la distancia existente entre la práctica clínica real, sustentada en evidencia y protocolos, y la interpretación judicial del acto médico, muchas veces apoyada en presunciones o en una lectura incompleta del registro clínico y de la fisiopatología ginecoobstétrica.

El legrado uterino es un procedimiento realizado “a ciegas”, con riesgos descritos en la literatura, siendo la perforación uterina una complicación posible incluso con técnica adecuada. Su incidencia estimada es 0,3–2,6% y aumenta cuando hay antecedentes de cirugías previas, adherencias y anatomía alterada.¹⁻²⁻³⁻⁴

Los hallazgos histopatológicos constituyen evidencia objetiva de alta confiabilidad, validando la secuencia fisiopatológica. En este caso, el informe descartó negligencia, pero los hallazgos histopatológicos certificados fueron desestimados judicialmente pese a su valor clínico directo.

La evolución clínica posterior descrita es coherente con una complicación grave del procedimiento. El manejo efectuado por el médico tratante:

evaluación, estudios, traslado y cirugías coordinadas; corresponde al estándar clínico determinado por la *lex artis ad hoc* 5-6-7-8-9-10-11-12. Sin embargo, la sentencia concluyó negligencia sin prueba directa.

El riesgo de perforación uterina está presente en todas las guías internacionales¹⁻²⁻³ del procedimiento. La sentencia muestra contradicciones al evaluar la existencia de información previa sobre los riesgos.

Fallos como este, que no considera la evidencia médica, generan una medicina defensiva, temor a litigios e impacto en el acceso a procedimientos esenciales.

La desestimación de evidencia directa, la inversión del peso de la prueba y la aplicación selectiva de presunciones afectan la correcta comprensión clínica del caso.

Las leyes buscan proteger la dignidad de nuestras pacientes, pero no definen con precisión técnica en dónde termina la complicación inevitable y en dónde empieza la vulneración de derechos. Si los tribunales no valoran adecuadamente las evidencias, escogiendo solo los testimonios que confirman el dolor de la víctima e ignorando la evidencia técnica de la *lex artis*, cualquier complicación ginecológica u obstétrica, podría ser instrumentalizada como prueba de violencia ginecoobstétrica

La valoración adecuada de la evidencia médica es indispensable para garantizar justicia y proteger la buena práctica médica. La práctica clínica de la ginecología y obstetricia implica riesgo inherente, convertir retrospectivamente una complicación conocida en negligencia sin fundamento técnico distorsiona la *lex artis* y perjudica al Sistema de Salud.

Dr. Jean Pierre Frez Bustos

Especialista en ginecología y obstetricia, Hospital de Puerto Montt

Docente, Universidad San Sebastián, Sede de la Patagonia

Director SOCHOG

REFERENCIAS

- American College of Obstetricians and Gynecologists. (2020). Dilation and curettage (D&C). ACOG FAQs for Patients.
- American College of Obstetricians and Gynecologists. (2021). Informed consent and shared decision making (Committee Opinion No. 819).
- Bryant, A. G., Grimes, D. A., & Garrett, J. M. (2023). Dilation and Curettage. StatPearls Publishing.
- Reed, S., & Yip, L. (2023). Uterine perforation: A review. Journal of Minimally Invasive Gynecology.
- Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. (2022). Consent advice: Surgical management of miscarriage.
- Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. (2022). Best practice in abortion care.
- Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. (2024). Green-top Guideline No. 64: Bacterial sepsis in pregnancy.
- SOMANZ. (2020). Guidelines for management of maternal sepsis.
- NHS. (2021). Maternal sepsis: Early recognition and management.
- Paköz, Z. B., et al. (2021). Bowel involvement in uterine perforation following intrauterine procedures. Case Reports in Obstetrics and Gynecology.
- Jain, N., et al. (2020). Reduction of uterine perforation with intraoperative ultrasound guidance during D&C. Ultrasound in Obstetrics & Gynecology.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich, G., & Palomo Vélez, D. (2014). *Proceso civil: Juicio ordinario de mayor cuantía* (2ª ed., p. 220). Thomson Reuters.
2. Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich, G., & Palomo Vélez, D., Ob. Cit., p. 349.
3. Carbonell Bellolio, F., & Letelier Wartenberg, R. (2020). *Debido proceso y garantías jurisdiccionales*. En P. Contreras & C. Salgado (Eds.), *Curso de derechos fundamentales* (p. 369). Tirant Lo Blanch.

4. Cortez, G., & Palomo, D. (2018). *Proceso civil: Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Thomson Reuters, p. 39.
5. Devis Echandía, H. (1974). *Teoría general de la prueba judicial* (3ª ed., p. 143). Víctor de Zabala Editor.
6. Hunter Ampuero, I. (2015). *Las dificultades probatorias en el proceso civil. tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*. Revista de Derecho (Coquimbo), 22(1), 209-257. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100006>
7. Niblett, A. (2010). *Do judges cherry pick precedents to justify extralegal decisions: A statistical examination*. Md. L. Rev., 70, 234.
8. Ríos Muñoz, L. P. (2020). *Proceso y principios* (p. 136). Bosch.
9. Vera Sánchez, J. S. (2022). *Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales*. Academia Judicial, p. 179.

IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO ANTE UNA SUSTITUCIÓN DE PROCEDIMIENTO INTRAOPERATORIO

Abogado Juan Enrique Moraga Mena¹

Abogada Marites Abarquez Soza²

Dr. Roberto Altamirano Assad³

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se realiza un análisis de un caso que, en primera instancia se condenó al médico ginecólogo por incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con la actora, al haber sustituido el procedimiento quirúrgico durante el intraoperatorio y no dar cumplimiento al deber de informar a la paciente. El fallo de segunda instancia hace un análisis al peritaje acompañado en la etapa de prueba de primera instancia, estableciendo que el médico demandado actuó conforme a la *lex artis médica*, y que los supuestos perjuicios alegados por la demandante no dicen relación con el procedimiento quirúrgico realizado ni con la información entregada a la paciente. Por lo razonado, al no existir un nexo causal entre el daño alegado y la conducta del demandante, no cabe sino revocar la sentencia, rechazando la demanda.

1 Autor: Abogado Universidad Santo Tomás. Profesor de la cátedra Introducción al Derecho Universidad Santo Tomás, sede Antofagasta. Diplomado en Contratación Aplicada, Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Magíster en Gestión de Salud y Derecho de la Universidad Santo Tomás.

2 Autora: Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Viña del Mar. Candidata a Magíster en Migraciones, Derechos Humanos y Gestión Social, 2025-2026, Universidad Viña del Mar.

3 Colaborador: Dr. Roberto Altamirano es ginecólogo oncólogo y profesor asociado en la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como vicepresidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (SOCHOG) y participa activamente en la formación de residentes y en labores de liderazgo clínico. El Dr. Altamirano posee un magíster en Administración de la Salud, AI and Healthcare de la Universidad Johns Hopkins, y ha completado formación en Liderazgo Compasivo y atención centrada en la persona.

PRIMERA INSTANCIA

Los hechos

Paciente mujer de 40 años, presenta demanda de indemnización de perjuicios en sede contractual, en contra de 2 médicos ginecólogos, y demanda de indemnización de perjuicios en sede extracontractual, en contra de la clínica donde fue operada.

Funda su acción principal, señalando que desde el año 2012 comenzó a tener problemas ginecológicos; en dicho contexto, a partir del 4 de febrero de 2013, acudió a la consulta de Médico “G E.”. Explica que, al comunicarle al Dr. los problemas y dolores que experimentaba, este le ordenó efectuarse varios exámenes y concluyó que debía someterse a *una intervención quirúrgica de rápida recuperación*, para extirpar los quistes de sus ovarios.

Agrega que, tiempo después, comenzó a sentir malestar, por lo que trató de comunicarse con el médico, cuestión que no logró; y, debido a los fuertes dolores y malestares que sufría, tuvo que concurrir en dos oportunidades a urgencias en otro recinto hospitalario.

En dicha oportunidad, luego de practicarle un examen, el demandado le explicó que tenía un tumor, por lo que había que operarla nuevamente y realizar una histerectomía total, para lo que se le otorgó una orden médica por el mismo facultativo para realizar histerectomía total por endometriosis bilateral.

El día 28 de agosto de 2014, el médico “G.E.” interviene a la demandante y, finalizada la intervención, este se dirige donde la familia de la actora y les informa *que la paciente no sufriría más dolor, pues le extirparon todo*.

Al cabo de unos meses, volvió a visitar al médico, pues aún sangraba y persistía el dolor, ante lo cual el demandado le dijo *que no se preocupara, que todo estaba bien y que el sangramiento y los dolores eran normales*, pues debía seguir desechando residuos de la operación.

Agrega que, los dolores y malestares persistieron, pero su familia no daba crédito a esto, *porque se le había practicado una histerectomía total*; por ello, tuvo profundos conflictos con su cónyuge, para lidiar con los daños emocionales.

Luego de aconsejarse con una amiga, expone, asistió, a la consulta de otro médico, quien le realizó una ecotomografía y le informó que se visualizaban partes no removidas de su útero, ovarios y trompas. Con dicha información, se

dirigió, en compañía de su madre, a pedir explicaciones al Dr. del porqué no se le había efectuado la histerectomía total, cosa que ya le había sido informada.

La defensa del los médicos demandados

Luego de exponer cronológicamente el contenido de la ficha clínica de la demandante, se plantea que la actora presentó una denuncia por estafa en contra del médico ante el Ministerio Público, fundada en el hecho de que se le efectuó un procedimiento diferente al programado. Dicha investigación contenía información relevante para entender el perfil de la paciente.

Se explica que la sustitución de histerectomía total por parcial sin anexos, efectivamente ocurrió, pero que esto fue por razones de índole médica de acuerdo a la *lex artis*. Se niega expresamente el descuido de la salud de la paciente y que no se le hayan explicado las atenciones y procedimientos efectuados, destacando que la paciente siempre fue informada sobre los procesos quirúrgicos y sus eventos, tal que la supuesta desinformación *radica en un problema cognoscitivo y no en una falta de información del cual el médico no puede hacerse cargo.*

La prueba

La prueba ofrecida en este juicio por los médicos demandados consistió en declaración de testigos, prueba documental Ficha Clínica con el componente que en el Protocolo Operatorio aparecía Histerectomía Total en ingreso y subtotal en cirugía, en el Patológico solo Histerectomía y en la Epicrisis Histerectomía Subtotal, el carné de Alta no señalaba subtotal e informe del SML a raíz del proceso ante el Ministerio Público por estafa que descartó falta a la *lex artis*, pero no descartó problemas de “Comunicación médico-paciente” y prueba confesional.

Condena en primera instancia

Considerando que descarta la negligencia

VIGÉSIMO CUARTO: *Que, en cuanto a las dos primeras infracciones imputadas, a saber, la no detección del tumor antes de la primera cirugía y la negligencia en la ejecución de la segunda operación, lo cierto es, que, según se desprende de la prueba rendida, en particular la deposición de los testigos, además de la ficha clínica de*

la paciente, en conjunto con lo consignado en el peritaje efectuado por el Servicio Médico Legal en el procedimiento penal motivado por los mismos hechos, éstas, no se configuran [sic] en los términos expuestos por la actora. En efecto, la presencia del tumor, al momento de efectuarse los primeros exámenes e intervención quirúrgica, no se encuentra corroborada en este juicio, sino que, tal como sostuvo la demandada, esta información apareció al momento de practicarse los exámenes que determinarían la necesidad de realizar una segunda cirugía. Esto, es concordante con el contenido de la ficha clínica de la paciente, en la cual se establece que la primera intervención se fundamenta en la existencia de quistes y, pese a haberse practicado los exámenes respectivos, no se constató la existencia de un tumor; cuestión que no fue desvirtuada por la prueba rendida por la actora, razón suficiente para desechar esta imputación.

Condena por falta al derecho a informar Ley N° 20.584

VIGÉSIMO QUINTO: *Que, sin perjuicio de lo expuesto, la demandante además atribuye infracciones a los deberes de información que recaían sobre el médico tratante, don G.E, porque no otorgó de forma oportuna y veraz la información sobre la segunda intervención quirúrgica practicada y las consecuencias postoperatorias de ésta. Al respecto, resulta clarificador lo establecido por el artículo 10 de la Ley N° 20.584, el cual dispone que: “toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda presentar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”. La recién citada disposición necesariamente ha de relacionarse con lo dispuesto por el artículo 11 de la misma ley, que establece el derecho de toda persona a recibir, por parte de su médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener 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.*

VIGÉSIMO SEXTO: *Que, atendido lo dispuesto por el artículo 1698 del Código Civil, en relación a lo previsto por el artículo 1547 del mismo cuerpo legal, correspondía a la demandada acreditar el cumplimiento diligente de su obligación, correlativa al derecho que asiste a la demandante de ser informada en forma oportuna y comprensible respecto al proceso postoperatorio que debía enfrentar, para lo cual, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 20.584, debía acompañarse, a lo menos, el respectivo informe*

legible que diera cuenta de haberse proporcionado dicha información, cuestión que no fue acreditada en estos términos por la parte demandada.

Por lo razonado, considerando además que la infracción contractual constatada no es la fuente del dolor físico ni de los conflictos matrimoniales de la actora, sólo reúnen los requisitos para ser indemnizados, a título de daño moral, los perjuicios emanados del desconocimiento de la demandante respecto de su enfermedad, perspectivas de recuperación y proceso postoperatorio, los cuales, por recaer en un aspecto sensible para las personas, como es la propia salud, y cuya ignorancia implica un pesar intenso, se regula el monto de la indemnización prudencialmente en la suma de \$8.000.0000.

SEGUNDA INSTANCIA

Argumentos para revocar

QUINTO: Que, tratándose de la prueba tasada, a propósito del valor probatorio de la confesión judicial, el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil ordena apreciar su fuerza probatoria, a la luz del artículo 1.713 del Código Civil, en cuanto produce plena fe en contra del confesante aunque no haya un principio de prueba por escrito, frente a lo cual lo declarado por la demandante en la absolución de posiciones (folio 126), refiere en todo momento que la información que recibió o entendió, sobre la segunda operación era que se trataba de una histerectomía total, entendiéndose que lo realizado no fue total y ha sido la consecuencia de los padecimientos posteriores y subsecuentemente el daño ocasionado.

SEXTO: Que desde ya interesa ponderar el único documento que se refiere con conocimientos específicos en la materia, a la situación de la demandante como paciente del doctor hoy involucrado en el juicio. Se trata de la pericia médico legal emitida para el proceso criminal acompañada a la causa y que debe ser tenida en cuenta como un documento emanado de tercero, de la cual las partes no impugnan el valor probatorio, que no es más que base de una presunción judicial, pero este indicio es serio y convincente por su contenido, ya que se trata de una información entregada por expertos denominados peritos forenses, obstetra y ginecólogo, en cuyas conclusiones, desde el punto vista de la especialidad de ginecología, establece que los diagnósticos y las opciones operatorias aparecen justificadamente correctas, precisándose que “a la luz del análisis no existen infracciones a la praxis médica, aunque si restan recursos médicos y quirúrgicos más especializado que se pueden ofrecer a la paciente para el alivio de una enfermedad en sí rebelde y de tendencia crónica”. Por último, se establece como tercera conclusión una advertencia de mala comunicación médico—paciente, que conduce a la mala comprensión

por parte de ésta, de su enfermedad, las conductas adoptadas y de los recursos aún disponibles. Para analizar o ponderar lo señalado, debe tenerse presente que en los propios documentos acompañados sobre su declaración prestada ante la Policía de Investigaciones, la demandante reconoce, que en el año 2013 decidió viajar hacia Antofagasta a la consulta. La evaluó señalándole que padecía de ovario poliquístico, para luego indicarle que le realizaría una laparoscopia con el fin de extirpar los quistes y que también, si en la cirugía notaba que éstos están adheridos al ovario, tendría que extirparlo y que se encontraría en uno sólo de los ovarios, sin recordar si era izquierdo o derecho, para luego indicar en suma que se sintió estafada cuando la histerectomía no fue total. De lo que se deduce que la demandante primeramente no responde a aquellas personas que toman conocimiento con precisión de las indicaciones de los médicos, desde que ni siquiera recuerda el lado que corresponde al ovario eventualmente con problema y que iba a ser extraído como también que el hecho, no discutido, de la mutación desde una histerectomía total a una subtotal, le ha causado el perjuicio, el dolor y la enfermedad. Es decir que se habrían evitado todos los problemas si la decisión hubiese sido en la forma que le comunicaron desde un principio, situación que no está comprobado en la causa, porque no existe informe alguno ni prueba determinada de que esa decisión provoca daño en la forma que se le imputa al demandante, como tampoco que la histerectomía subtotal es generadora de la enfermedad que padeció posteriormente. En este sentido, el análisis pericial señala enfáticamente en el punto dos, que la histerectomía total con extirpación de ambos anexos, trompas y ovarios es una instancia quirúrgica radical en el tratamiento de la endometriosis y que “durante la intervención habría habido dificultades técnicas para realizar la operación programada por la existencia de adherencias a la vejiga y el intestino, y se optó por realizar una histerectomía subtotal o cistectomía bilateral, es decir extirpación del cuerpo uterino y de los quistes endometriósicos (con conservación del cuello uterino y los ovarios) lo cual se enmarca en una terapia quirúrgica semiconservadora”. Luego se refiere a la dificultad técnica que aumenten el riesgo operatorio si se extirpa el cuello uterino y no existe una afección específica de éste (como por ejemplo neoplasia [sic]), es aceptable y prudente realizar sólo la extirpación del cuerpo uterino, siendo la única desventaja la posibilidad de cáncer de cuello uterino, pero presenta otras ventajas al no abrir la vagina, se minimiza la posibilidad de infecciones pélvicas, conserva íntegro el aparato ligamentoso que fijan el útero y la vejiga, con menores posibilidades de prolapso genital y conserva la longitud de la vagina y “en todo caso el cuello no tiene participación activa en el mecanismo del dolor de la endometriosis, sólo los ovarios”. También se expone, que en este caso había miomas y una adenomiosis y trastornos menstruales que resultaban definitivamente tratados con la extirpación del cuello uterino, para luego establecer sobre la fertilidad, que la histerectomía hace imposible el embarazo, lo que

objetivamente eran posibilidades muy bajas según el punto vista reproductivo. Por último, se indica para la endometriosis, textualmente que “desde el punto de vista de esta enfermedad, además de infertilidad, produce dismenorrea (dolor menstrual), extensas y tenaces adherencias, dispareunia (coito doloroso) y dolor pélvico crónico, y su tratamiento quirúrgico y farmacológico, es difícil. En el caso actual, se hizo una terapia quirúrgica semiconservadora (tratar el dolor, pero se descarta la fertilidad) así es que al persistir el dolor restaría insistir en la cirugía intentando extirpar los ovarios; o hacer una neurectomía presacra, procedimientos quirúrgicos complejos cuya realización requiere alta especialización y cuidadosa evaluación de riesgos versus beneficios. O bien tratar el dolor crónico con hormonas y fármacos como: inhibidores estrogénicos (Danazol); análogos de las hormonas liberadoras de gonadotrofinas (Gn Rh); antiinflamatorios no esteroideos etc. Todos estos tratamientos son largos, no están exentos de efectos secundarios y son utilizables según la respuesta clínica”. En suma, puede concluirse sin duda alguna, que la actora tenía de larga data un edometriosis [sic] bilateral según el demandado, cuyo tratamiento fue el adecuado y la terapia quirúrgica semiconservadora, que trajo beneficio disminuyendo riesgos, cuyo resultado, exigió nuevos tratamientos para evitar dolores y recuperar la salud, pero sin que ninguna de las actitudes y actuaciones médico-quirúrgicas hayan desconocido la Lex Artis o los procedimientos que la ciencia y técnica establece, por lo que desde ya, la información del médico no puede vincularse causalmente con los daños que se dicen haber sufrido y en lo esencial, la imputación de defectos en la información, no han sido la fuente de los dolores y padecimientos de la demandante, sino su enfermedad de larga data, cuyos tratamientos reconocen terapia semiconservadora que evitó, indefectiblemente, riesgos mayores, por lo que desde ya, no cabe acceder a la demanda por este concepto, pues no hay daño moral que pueda tener como fuente un tratamiento médico adecuado y la aparente desinformación en estos términos, solo es causal putativa conforme a las conclusiones del libelo, pero no con la concatenación de los hechos analizados a la luz de las normas médicas-obstétricas ponderadas propuestas por entendidos, sin que por lo demás exista siquiera una prueba que establezca lo contrario. Por último, tampoco en el hecho ha existido mala fe o desinformación trascendente, desde que se dejó establecido en la sentencia, que tanto en el carnet de alta, como en el protocolo operatorio, se dejó la constancia de la decisión de los médicos, congruente con la Lex Artis, de optar por una histerectomía subtotal y no la completa, justamente en beneficio de la salud de la paciente para evitar riesgos mayores en atención a una terapia semi conservadora, por lo tanto ha sido la demandante quien se ha alejado de las normas básicas del entendimiento humano, al no comprender como tampoco leer, el carnet de alta en la referencia, a lo que dice relación con terapia quirúrgica que fue objeto y que por lo demás se ratifica con su propia confesión cuando, no pudo retener ni advertir el lado

del ovario afectado, como asimismo reconocer de no entender algunas palabras, en consecuencia, habiéndose cumplido con las normas de la Lex Artis, padecido un tratamiento que si bien no fue eficaz estaba dentro de los procedimientos semiconservadores para evitar mayores riesgos, ningún perjuicio se ha ocasionado que haya de vincularse con la decisión y la información entregada a la paciente; lo primero porque responde a las normas generales de procedimiento y lo segundo, porque no puede vincularse causalmente con el daño que se dice producido y que representa la situación física y anatómica de la demandante como consecuencia de sufrir graves molestias a propósito de quistes uterinos.

SE RECHAZA EN DEFINITIVA LA DEMANDA Y LA ABOGADA NO PRESENTE CASACIÓN.

LA SALA LLAMÓ A CONCILIACIÓN SE OFRECIERON \$3.000.000 QUE LA DEMANDANTE NO ACEPTÓ.

CONCLUSIÓN

Los más interesante de este caso, más allá del debate de si existió o no falta a la *lex artis* de la ginecología, es detenernos en reflexionar que, para el Juez de primera instancia, el deber de información es crucial y no se agota en señalar qué procedimiento quirúrgico se llevará a cabo, sino que, además, exige que el paciente comprenda en su totalidad su enfermedad, los posibles tratamientos, los riesgos y beneficios de optar por un determinado tratamiento y que en los documentos entregados se emplee una letra legible. Este criterio que eleva el estándar del consentimiento informado, acoge la visión del profesor Barros, quien señala al respecto que “*Las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento ilustrado y libre del interesado*”⁴, así las cosas, para dar cumplimiento al deber de información, se requiere necesariamente que el paciente comprenda todos los alcances de su condición de salud, situación que en la práctica resulta difícil de corroborar ya que, como ocurrió en este caso, su médico tratante entregó la información a la paciente, esta aceptó el tratamiento propuesto y procedió a firmar el consentimiento informado, luego una vez dada de alta la paciente, se le hace entrega de la epicrisis que contiene el protocolo operatorio que señala que la

4 BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006, p. 682.

operación que en definitiva se le realizó no fue programada, sino que se realizó una histerectomía subtotal. En este orden de ideas, ¿tendría el médico tratante que haber consignado en la epicrisis, además, que la paciente manifiesta haber entendido toda la información entregada?. Más aún cuando la infracción de este deber, de acuerdo a lo razonado por el juez de primera instancia, constituye una transgresión de las obligaciones contractuales contraídas entre las partes, médico y paciente.

En cuanto al fallo de segunda instancia, para revocar la sentencia analiza la prueba ofrecida en el tribunal *a quo*, en especial la prueba confesional y la declaración de la propia demandante a propósito de la causa penal por estafa, en la cual refiere no haber entendido lo que le había indicado el médico, manifestando no recordar qué lado había sido operado, escapándose del entendimiento humano, y que la decisión de convertir el procedimiento se ajustó a la *lex artis* y que dicha información había sido entregada a la paciente por medio del carné de Alta y protocolo operatorio. En cuanto a los daños alegados por la actora, estos no son producto del accionar del médico “G.E.”, ni tienen su origen en una falta de entrega de información, sino que son propios de su enfermedad. Nuestro sistema de responsabilidad civil contractual exige la concurrencia copulativa de un contrato, el incumplimiento de este, la existencia de daño y un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño. En este caso, se da cuenta de que no existió un incumplimiento contractual toda vez que la conversión del procedimiento quirúrgico tuvo su origen en la preservación de la salud de la paciente y éste fue debidamente informado a la paciente y, por último, el daño alegado no tuvo su origen en la acción u omisión del médico “G.E.”. Así, al faltar estos elementos generadores de responsabilidad civil contractual, la demanda debe ser rechazada.

RECOMENDACIONES PARA UNA BUENA PRAXIS GINECOLÓGICA

Para evitar los riesgos de la ocurrencia de una situación similar, les recomendamos a nuestros médicos lo siguiente:

- ▶ Siempre cotejar que existe coherencia entre los antecedentes de ingreso, el protocolo operatorio, la ficha particular, la epicrisis y el carné de Alta con el informe anatomopatológico.
- ▶ Recomendar e instruir sobre la obligación de informar en forma clara, sobre todo ante sustituciones de procedimientos quirúrgicos u otros

eventos adversos y centinela de conformidad a lo señalado en los artículos 10 y 11 de la Ley N°20.584.

- Detectar paciente con déficit cognitivo y asegurar que reciba la información en la forma más clara posible, incluso requerir que asista en compañía de un pariente cercano u otro profesional de la salud, siempre consignando en la ficha.

COMENTARIOS MÉDICOS

Una atención verdaderamente centrada en la persona comienza antes de la indicación quirúrgica o del acto médico. No basta con informar; es necesario conversar y escuchar activamente. Esto implica explicar con calma y en lenguaje claro por qué se realiza la cirugía, qué buscamos lograr y qué escenarios posibles pueden presentarse, los favorables y también los difíciles, sin minimizar riesgos ni prometer resultados inalcanzables. Este diálogo debe darse con tiempo suficiente, permitiendo preguntas, escuchando activamente y verificando la comprensión (*teach-back*). Siempre que la persona lo desee, conviene incluir a un familiar significativo o cuidador en esta conversación, pues serán soporte clave en la decisión y en el postoperatorio.

El consentimiento informado no es un formulario: es el cierre de un proceso de comunicación. Debe dejar constancia de los riesgos, alternativas (incluida la de no intervenir) y de un plan de contingencia para hallazgos imprevistos dentro de márgenes razonables. De igual forma, la ficha clínica debe registrar los antecedentes que podrían agravar la cirugía (comorbilidades, alergias, cirugías previas, anticoagulación, estado nutricional), y anexar o referenciar las imágenes que fundamentan la indicación (ecografía, TAC, RM). Si el profesional no cuenta con el entrenamiento/certificación para la técnica indicada, o la institución no dispone de la infraestructura/soporte necesarios (p. ej., laparoscopia avanzada), corresponde derivar a un equipo o centro con la competencia y recursos adecuados, y dejarlo documentado. Esta trazabilidad no solo protege jurídicamente; organiza el cuidado y disminuye errores.

En el quirófano, la seguridad se construye con protocolos, roles claros y registros precisos. Un protocolo operatorio detallado debe consignar los hallazgos iniciales (incluida la descripción sistemática de la cavidad abdominopélvica), el procedimiento realizado, cualquier variación del plan y su justificación, fármacos y dosis, pérdidas estimadas y medidas adoptadas. Recordemos que ya existen centros que incorporan registro en video de segmentos críticos;

probablemente será estándar en el futuro. Si el entorno impone límites (p. ej., traslado inseguro), corresponde resolver *in situ* con condiciones de asepsia, escalar oportunamente y documentar la contingencia.

Tras la cirugía, la epicrisis no puede ser un trámite de dos líneas. Debe incluir diagnósticos de ingreso y egreso, un resumen clínico real, el procedimiento exacto, los hallazgos, las variaciones del plan, los medicamentos administrados y, sobre todo, indicaciones postoperatorias detalladas: cuidados de herida, analgesia con nombre y dosis, señales de alarma con criterios claros de consulta en Urgencias, y fechas concretas para controles. Igual de importante es volver a conversar con la persona y, si ella lo desea, con el mismo familiar significativo que participó antes de la cirugía. Cerrar el ciclo de información con quien estuvo presente al inicio fortalece la confianza y mejora la adherencia.

Una práctica robusta exige también cuidar el factor humano. Frente al estrés agudo, una pausa táctica de 10 segundos, respirar, verificar seguridad, fijar el objetivo inmediato, asignar roles y ejecutar, reduce la reactividad, ordena al equipo y protege a la persona atendida. Y cuando existan discrepancias o eventos adversos, la mediación sanitaria ofrece un espacio confidencial, menos adversarial, para reconocer el impacto, acordar mejoras y aprender como organización. Todo ello descansa en lo esencial: normas nacionales, protocolos institucionales, *lex artis* y registros completos como herramientas éticas para humanizar el cuidado.

DECÁLOGO PARA UNA ATENCIÓN CENTRADA EN LA PERSONA (13 PUNTOS)

1. Conversar con tiempo y, si la persona lo desea, con un familiar significativo: explicar propósito, beneficios, límites y escenarios alternativos; escuchar activamente y verificar comprensión (*teach-back*).
2. Consentimiento informado real: riesgos, alternativas (incluida la no intervención) y plan de contingencia intraoperatorio dentro de márgenes razonables.
3. Trazabilidad diagnóstica: anexar/registrar imágenes (eco/TAC/RM) y su interpretación breve que fundamenta la indicación quirúrgica.
4. Antecedentes relevantes en ficha: comorbilidades, alergias, fármacos, cirugías previas y factores que agravan la intervención.

5. Competencia profesional e idoneidad institucional: si no posees el entrenamiento o privilegios para la técnica, deriva; si la institución no está preparada (p. ej., laparoscopia/soporte intensivo), deriva a un centro competente y documenta la decisión.
6. Roles y protocolos: *briefing* del equipo, listas de verificación, comunicación cerrada; responsabilidades definidas y umbrales de escalamiento.
7. Seguridad perioperatoria esencial: profilaxis antibiótica en ventana adecuada, trombopprofilaxis según riesgo, disponibilidad de sangre y hemoderivados si corresponde, uterotónicos/tranexámico y carro de reanimación neonatal verificados.
8. Protocolo operatorio completo: hallazgos (incluida cavidad abdominopélvica), técnica, variaciones del plan y justificación, fármacos/dosis y pérdidas estimadas.
9. Documentar contingencias: límites del entorno (p. ej., traslado inseguro), resolución *in situ* y llamadas a apoyo; dejar acta breve en ficha.
10. Epicrisis con contenido: diagnósticos de ingreso/egreso, resumen clínico real, procedimiento y hallazgos, fármacos administrados, indicaciones postoperatorias detalladas, señales de alarma y fechas de control.
11. Indicaciones claras y por escrito: nombre, dosis y horario de medicamentos; cuidados de herida; movilidad y dieta; teléfono de contacto 24/7 y vías de consulta.
12. Cierre comunicacional: tras la cirugía, volver a conversar con la persona (y familiar si corresponde) para resolver dudas y reforzar alarmas y controles.
13. Cultura de mejora: auditoría periódica de registros, actualización de protocolos y capacitación continua en comunicación clínica y seguridad del paciente.

Dr. Roberto Altamirano Assad

BIBLIOGRAFÍA

1. Causa Rol: 3499-2016 del Primer Juzgado Civil de Antofagasta, Sentencia de fecha 19 Noviembre 2020, caratulada “Alvarez con Evans”.
2. Causa Rol: 106-2021 de la ICA de Antofagasta, Sentencia de fecha 15 de mayo del año 2021.

ERROR JUSTIFICADO VS. ERROR NEGLIGENTE EN CASO GINECOOBSTETRA

Abogada Daniela Miranda Briceño¹

Abogado Marcelo Bossi Trincado²

Dr. Carlos Barrera Hermosilla³

COMENTARIO MÉDICO

El ultrasonido como herramienta de tamizaje prenatal

El ultrasonido obstétrico constituye la piedra angular del diagnóstico prenatal moderno. Desde su incorporación sistemática al control del embarazo ha revolucionado nuestra capacidad de evaluar la anatomía fetal y detectar anomalías estructurales antes del nacimiento. Sin embargo, es fundamental que tanto la comunidad médica como la población general comprendan que esta tecnología, pese a sus extraordinarios avances, tiene limitaciones inherentes que no dependen exclusivamente de la pericia del operador.

En Chile, el programa de control prenatal establece la realización de ecografías en momentos específicos del embarazo: una ecografía de primer trimestre (11-14 semanas) para tamizaje de aneuploidías, una ecografía morfológica de segundo trimestre (22-24 semanas) para evaluación anatómica

¹ Autora: Abogada Universidad Finis Terrae, Diplomado en Responsabilidad Legal en Salud, Universidad Finis Terrae, 2014.

² Autor: Abogado P. Universidad Católica de Valparaíso, Magister en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil, Universidad de Los Andes.

³ Colaborador: Profesor Adjunto Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, Especialista en Medicina Materno Fetal, Magíster en Educación Médica, Doctorado en Ciencias de la Salud. Jefe Departamento Técnico de Evaluación de CONACEM, Artículo 44 Urgencia Maternidad Hospital Barros Luco, Médico Auditor Clínico Servicio de O&G Hospital Barros Luco. Director Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. Actualmente se desempeña como médico clínico en la Red de Salud UC- Christus.

detallada, y ecografías de tercer trimestre para valoración del crecimiento fetal. Esta estructura responde a ventanas diagnósticas óptimas donde la visualización de determinadas estructuras alcanza su mayor sensibilidad. Sin embargo no existe un plan de tamizaje de alta cobertura en nuestro país, la ecografía 11-14 semanas y 20-24 requieren de operadores formados y experimentados, con equipos de ultrasonido de altos estándares, que además estén asociados a programas computacionales de cálculo de riesgo, que muy pocos centros asistenciales poseen, tanto a nivel de Atención Primaria como de centros especializados públicos y privados.

Detección ecográfica de defectos del tubo neural

La espina bífida, una malformación del tubo neural que afecta aproximadamente a 1,8 por cada 1.000 embarazos, representa un paradigma del diagnóstico ecográfico prenatal. La literatura internacional reporta tasas de detección cercanas al 90% para la espina bífida abierta cuando el examen es realizado por operadores experimentados con equipos de alta resolución en el momento óptimo del embarazo. Sin embargo, estas cifras provienen de centros especializados y poblaciones seleccionadas, lo que no necesariamente refleja la realidad de la práctica clínica cotidiana.

El diagnóstico ecográfico de espina bífida se fundamenta en signos directos e indirectos. Los signos directos incluyen la visualización del defecto espinal propiamente tal, mientras que los signos indirectos o craneales — como el signo del limón (escotadura frontal bilateral que confiere al cráneo forma de limón) y el signo de la banana (cerebelo elongado y curvado hacia anterior)— constituyen marcadores de la malformación de Arnold-Chiari tipo II que acompaña a la mayoría de los casos de espina bífida abierta. Estudios clásicos han demostrado que el signo del limón está presente en aproximadamente el 98% de los fetos con espina bífida antes de las 24 semanas, pero su prevalencia disminuye dramáticamente después de esta edad gestacional (solo 13% después de las 24 semanas). Las anomalías cerebelosas, por su parte, se mantienen presentes en el 95% de los casos independientemente de la edad gestacional.

Factores que limitan la capacidad diagnóstica

La ecografía obstétrica es una técnica operador-dependiente y paciente-dependiente. Múltiples factores pueden comprometer significativamente la calidad de las imágenes y, consecuentemente, la capacidad de detectar anomalías fetales:

- **Obesidad materna:** este factor merece especial atención dado su creciente prevalencia. Estudios han demostrado que la tasa de detección de anomalías fetales disminuye progresivamente con el aumento del índice de masa corporal (IMC). En mujeres con IMC normal, la detección alcanza aproximadamente el 66%, mientras que en pacientes con obesidad clase III ($\text{IMC} \geq 40$) puede descender hasta un 25%. El tejido adiposo abdominal atenúa el haz de ultrasonido, reduce la resolución de la imagen y dificulta la visualización de estructuras profundas. En el caso analizado, la paciente presentaba un IMC de 32.2 (obesidad clase I), lo cual constituye un factor reconocido de limitación diagnóstica.
- **Posición fetal:** la orientación del feto dentro del útero puede impedir la visualización adecuada de determinadas estructuras. Una columna vertebral orientada hacia posterior o un feto en posición deflexionada dificultan enormemente la evaluación espinal completa.
- **Cantidad de líquido amniótico:** el líquido amniótico actúa como ventana acústica natural. Tanto el oligohidramnios como el polihidramnios pueden comprometer la calidad de las imágenes.
- **Edad gestacional:** existe una ventana óptima para la evaluación de cada estructura fetal. La ecografía morfológica de 22-24 semanas representa el momento ideal para la evaluación anatómica detallada, ya que el feto tiene un tamaño adecuado y existe suficiente líquido amniótico para una buena transmisión del sonido.
- **Características del equipo:** la resolución y calidad de los equipos de ultrasonido varía considerablemente. Los equipos de gama alta ofrecen mejor definición de imagen, pero no están disponibles en todos los centros asistenciales.
- **Tipo de defecto:** la espina bífida cerrada u oculta carece de los signos craneales característicos, lo que dificulta enormemente su detección prenatal. Los defectos de localización sacra baja, como el del caso en análisis (L5-S2), pueden ser particularmente difíciles de visualizar debido a la osificación incompleta del sacro y la sombra acústica generada por la pelvis materna.

El significado de “anatomía impresiona normal”

Es importante reflexionar sobre la terminología utilizada en los informes ecográficos. La expresión “anatomía impresiona normal” o “anatomía fetal impresiona normal” no constituye una certificación de normalidad absoluta. Esta redacción, ampliamente utilizada en la práctica obstétrica, refleja que las estructuras visualizadas durante el examen no mostraron alteraciones evidentes bajo las condiciones específicas en que se realizó el estudio. Implícitamente reconoce que la evaluación está sujeta a las limitaciones técnicas y biológicas inherentes al método.

Dr. Carlos Barrera Hermosilla

Especialista en Medicina Materno Fetal

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se revisará un caso de responsabilidad civil médica, en materia ginecoobstetra, en el cual se analizó por los tribunales la diferencia entre error y negligencia. Primeramente, se expondrán los hechos que se verificaron en el juicio y luego las partes más relevantes de cada uno de los fallos dictados. Por último, expondremos nuestros comentarios.

HECHOS

Paciente de 32 años, nuligesta, con resistencia a la insulina, IMC 32.2, consultó con su ginecólogo indicando su deseo de embarazarse. El tratante indicó comenzar a ingerir ácido fólico, ecografía ginecológica, continuar Hipoglucyn y también solicitó una interconsulta a endocrinología de adultos.

Transcurridos aproximadamente 2 meses, y por sospecha de embarazo, el médico tratante indicó ecografía transvaginal. Además, planteó como diagnóstico un síndrome de resistencia insulínica, intolerancia a la glucosa e indicó interconsulta a nutricionista.

La paciente consultó nuevamente con el médico para control de 8+6 semanas por FUR. En aquella ocasión se constató un embarazo normal y el tratante le ordenó los exámenes habituales. En la ecografía indicada se describió un embarazo normal de 8+1 semanas por biometría discordante con la FUR y se estableció como FUR operacional la fecha que correspondía.

La paciente continuó con los controles de embarazo de rutina. A las 12 semanas fue evaluada por su tratante, quien recetó vitaminas y suplementos prenatales, solicitando una ecografía con Doppler materno y vasos placentarios.

La paciente se realizó la ecografía a las 13+1 semana y fue realizada por su médico tratante. En ella se describió feto único activo, biometría concordante con EG, anatomía evaluable impresiona normal, riesgo ajustado para Trisomía 21, 1: 3490. Doppler uterino dentro de límites normales.

A las 16+6 semanas la paciente se realizó otra ecografía con otro médico, en la cual se describió feto único, creciendo adecuadamente para su edad gestacional. Anatomía impresionó normal.

Con 20+6 semanas de embarazo, la paciente fue controlada por su médico tratante. En esa consulta se estableció normalidad ecográfica, 73.5 kg, Icf normales PA 120/80. Se consignó control de embarazo normal, intolerancia a la glucosa, síndrome de Resistencia insulínica. Se indicó curva glucosa de 2 hasta 3 muestras, hemograma y VHS, VDRL, urocultivo, holter de presión arterial y ecografía Doppler materno y vasos placentarios de 22-24 semanas.

Con 21+6 semanas de embarazo, y a solicitud de la paciente, se realiza ecografía con el objetivo de conocer el sexo del feto, debido a que la paciente realizaría un viaje fuera de Chile. En la descripción anatómica fetal se describe: calota y estructuras intracraneales normales, columna cerrada en toda su extensión. Cara, corazón, bolsa gástrica, riñones, vejiga, extremidades normales. Talla fetal: 28 cm. Sexo femenino. Diagnóstico de Eco Morfología Fetal: Feto único activo de 21+6 semanas por FUR. Creciendo adecuadamente para su EG. Anatomía fetal impresiona normal.

A la vuelta de su viaje, la paciente se controló con su médico tratante con embarazo de 25+3 semanas. La paciente no se practicó la ecografía doppler color materno fetal + *screening* anatómico fetal indicada para las 22-24 semanas, y se le reitera su necesidad de realización.

Finalmente, a las 26+1 la paciente se practica la ecografía con Doppler con otro especialista, quien describió espina bífida sacra L5- S2 con calota y estructuras intracraneales normales.

La paciente cambió de tratante y no le correspondió seguir tratándola.

Según el relato de la paciente, una vez hecho el diagnóstico de espina bífida sacra L-5 S2, la paciente cambió de médico tratante y buscó una alternativa

de tratamiento intrauterino de la malformación, lo que a esa fecha no era el tratamiento recomendado en las guías ministeriales. Sin embargo, en esa época, en la Clínica Las Condes se estaba iniciando un tratamiento quirúrgico intrauterino que no pudo ser aplicado a la paciente por su edad gestacional.

Posteriormente, y siguiendo con su relato, la paciente viajó a Brasil lugar en el cual se hizo una intervención intrauterina de corrección de la malformación, con un buen resultado. A su vuelta, la paciente presentó un parto prematuro, en el cual la recién nacida sufrió la reapertura de su lesión debiendo ser reintervenida.

Del relato se puede destacar que la paciente cursó un embarazo con complicaciones por parte de la madre, que fue debidamente controlado, con controles ecográficos seriados, salvo la ecografía indicada por el tratante para las 22-24 semanas de embarazo, que la paciente no se realizó oportunamente.

Por estos hechos se dedujo demanda por indemnización de perjuicios en contra del médico tratante y contra la Clínica.

Las imputaciones de la demandante en contra de su tratante fueron el error en el diagnóstico de la malformación que presentó la recién nacida y en el diagnóstico de normalidad que se señaló en cada informe ecográfico, con la falta de información respecto de los exámenes que se le practicaron a la paciente.

Una vez hechas las alegaciones de rigor y rendida la prueba, se dictó sentencia definitiva de primera instancia rechazando la demanda. Apelada por la contraparte, la Ilmta. Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia de primer grado. Recurrida de casación, fue rechazada por la Excma. Corte Suprema.

FALLOS Y COMENTARIOS

Sentencia definitiva de 1° instancia

En la sentencia, desde el CONSIDERANDO VIGÉSIMO SEGUNDO y siguientes, se señala que la parte demandante reprocha el actuar del médico involucrado, un error en el diagnóstico, al haber malinterpretado los exámenes de ultrasonido y no advertir las señales evidentes de la espina bífida, informando “erróneamente” que la columna estaba cerrada en toda su extensión, quitándole la posibilidad de efectuar diagnósticos específicos al feto,

negando la posibilidad de confirmar o destacar la malformación en la columna vertebral. Específicamente se refieren en la ecografía 22-24 semanas, debido a que, en el momento del diagnóstico, ya se encontraba fuera de plazo para realizar una operación intrauterina, quedando fuera de protocolo vigente en Chile. A continuación, el fallo razona que lo que se le imputa al médico es un error en el diagnóstico, y que de acuerdo a la Real Academia se define como “equivocación” (tomando como sinónimo a error) “tener o tomar una cosa por otra, juzgando u obrando desacertadamente”.

Luego el fallo indica que es necesario distinguir entre el error médico y la negligencia. La sentencia explica que, “Mientras el error es la equivocación cuyo resultado no es el deseado pese a haberse hecho todo lo que se estimaba conveniente conforme a la conducta médica, la negligencia es la conducta del prestador de salud que se aleja de las normas éticas y de la buena práctica -la *lex artis*- recomendada.

La negligencia se produce por desidia o por desconocimiento grave e injustificable del procedimiento admitido como correcto por la comunidad médica y científica.

El error médico, por regla general, no es un elemento suficiente para configurar la responsabilidad civil sanitaria.”

A continuación, la sentencia señala que en el caso en concreto no existió un error en el diagnóstico presentado en el feto (que se realizó), por lo cual, lo que hay que esclarecer es si fue oportuno o tardío, y si por la naturaleza de la malformación tenía un plazo acotado que afecta a su tratamiento. También es necesario determinar si la tardanza se puede imputar al médico o la paciente, aclarando que este punto es importante, debido a que tiene relación directa con la segunda acusación en la demanda respecto a la obligación de información en cuanto a los resultados de los exámenes realizados.

Luego el fallo acota que de acuerdo a la prueba rendida en el proceso, *“...el médico no cometió error de diagnóstico alguno y que ordenó oportunamente el examen preciso con fecha correcta, período crucial dentro del cual era perentorio que se realizara el examen prenatal de segundo trimestre y ecografía Doppler color materno fetal + screenig anatómico fetal, clave para determinar específicamente el problema que quejaba a la menor, esto es, dentro del período 22-24 semanas de gestación, toda vez, que con anterioridad no se visualizó abiertamente el problema de la espina bífida abierta en el feto, ya que la paciente presentaba problemas de obesidad y otros, de los cuales no se tiene la certeza que se requiere para imputar culpa al médico tratante y*

que pudieron haber sido la causa, tal como se ha demostrado en la prueba rendida, por la cual no se visualizó en los exámenes la grave anomalía que aquejaba al feto [sic].”

Es decir, se reconoce que no se planteó el diagnóstico de la malformación que presentaba el feto, pero este error tiene la calidad de excusable y justificado, ya que causas ajenas al tratante fueron lo que imposibilitó llegar al diagnóstico, lo que provoca que “...no se tiene la certeza que se requiere para imputar culpa al médico tratante...” Por lo tanto, la sola presencia de un error, en este caso diagnóstico no es suficiente para imputar culpa, y si es justificado, además la excluye.

Finalmente, el tribunal indica que la *lex artis* aplicada es la correcta desde lo teórico y la práctica, en los conocimientos exigibles de acuerdo al estado de la ciencia y la cuidadosa aplicación práctica de ellos al caso particular, habiendo tomado todas las medidas y exámenes recomendables prudencialmente y que un caso similar habría desplegado otro facultativo de la misma especialidad, presupuestos fácticos que fueron, a juicio de la jueza, cumplidos por el médico tratante y por tanto se rechaza la demanda.

En esta última parte, la sentenciadora plantea un elemento fundamental del error excusable para que sea ajeno a la negligencia: que aquel que haya incurrido en él, haya actuado en forma diligente y dando cumplimiento al deber de cuidado respecto de los demás, de manera que su actuar no pueda ser calificado de culpable.

Sentencia Definitiva de la Ilustre Corte de Apelaciones Santiago

La parte demandante dedujo recurso de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia de primer grado. Asimismo, acompañó un documento indicando que se trata de un peritaje emitido por un médico con especialidad en ginecología y obstetricia, y se solicita que se declare como medida para mejor resolver debido a que el informe pericial se realizó durante el proceso de 1° instancia, pero se presentó fuera de plazo.

Por parte de la defensa del demandado se alega que el documento privado que se denomina “peritaje” no fue reconocido en juicio por quien lo suscribe, contenido, integridad y conclusiones, por lo tanto no tiene valor probatorio.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago declara respecto a la prueba en cuestión fue presentada como “documento”, medio de prueba que

se puede presentar en segunda instancia hasta antes de la vista de la causa de acuerdo a las normas de procedimiento.

En cuanto al recurso de casación en la forma, este se rechaza debido a que la sentencia de primer grado contiene la enunciación en extenso de las peticiones de los demandantes y sus pretensiones, también cuenta con los elementos de hecho y derecho que le sirven de fundamento, se analizaron latamente las alegaciones de los actores referidos al reproche que se efectúa al médico tratante, explicando el por qué la jueza determinó que no se daban los requisitos de la responsabilidad contractual, al no haber existido incumplimiento culpable ni relación de causalidad que haga procedente como consecuencia indemnizar los daños que se alegan.

Respecto a la apelación, el fallo comenta que el informe médico que fue acompañado indica que el embarazo de la paciente fue controlado correctamente, se realizaron los exámenes de laboratorio habituales y las ecografías que se recomiendan. A la lectura se contempla que la ecografía de 20-24 de semanas se solicitó con Doppler y éste no se realizó, que el signo de limón y las imágenes de la columna no son de todo claras para confirmar con certeza el defecto espinal; que en las ecografías 26+1 semanas demuestra la disrafia espinal abierta y mielomeningocele.

Así la Corte concluye que el documento acompañado no resulta suficiente desvirtuar o alterar lo razonado por el tribunal de primera instancia, en cuanto no se acreditó la existencia de los presupuestos en que se funda la demanda principal y la contenida en el primer otrosí del mismo libelo, lo que conllevó a su rechazo, confirmando la sentencia recurrida.

Respecto del fallo de segundo grado de la Corte de Apelaciones de Santiago, es posible destacar que se analizó correctamente la prueba rendida por la recurrente en segunda instancia, concluyendo que estas probanzas carecen de los elementos que permiten modificar lo resuelto en primera instancia, confirmando lo ya resuelto.

Esto implica que las actuaciones probatorias de la demandante no fueron capaces de demostrar la existencia de un actuar culpable, que excluyera la existencia de un error excusable y justificado.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema:

La parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo alegando infracción a las normas sobre responsabilidad contractual. El recurso señala que la obligación de informar se encuentra en el contrato y fue incumplida por los demandados, ya que no solo se realizó tardío el diagnóstico médico, sino que se informó constantemente una condición que no era efectiva, que el embrión o feto se encontraba con la columna cerrada en toda su extensión y una anatomía normal del feto. Le reprocha al médico que de acuerdo a su posición, debería prever la necesidad de la realización del examen en dicho periodo, a pesar que la paciente se realizó una ecografía teniendo 21+6 semanas de embarazo, es decir, iniciando la semana número 22, el examen se realizó sin Doppler.

Indica la recurrente que los hechos asentados por el tribunal de primera instancia no pueden ser catalogados como el cumplimiento de las obligaciones pactadas, toda vez que cada uno de estos deberes de resultados no fueron cumplidos y concluye que los demandados no obraron con diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponía el contrato que los ligaba con la paciente, y lo acredita con el mérito de la pericia médica que no fue ponderada por la Corte de Apelaciones como informe pericial sino que lo fue como prueba documental. Según su postura sostiene que todos los errores de derechos denunciados, influyeron en lo dispositivo del fallo, pues una correcta aplicación de las normas denunciadas hubiera llevado a considerar que los demandados han incurrido en incumplimiento grave desde que han realizado errado diagnóstico médico, lo que provoca daños para los demandantes.

La Corte Suprema precisa sobre los hechos asentados en la sentencia, que ambos demandados celebraron un contrato con la paciente; que no existió un error de diagnóstico, toda vez que aquel brindado por el médico tratante fue el de presencia de espina bífida; que el médico tratante indicó oportunamente el examen en el tiempo preciso, ya que con anterioridad no se visualizó abiertamente el problema de la espina bífida abierta en el feto, ya que la paciente presentaba problemas de obesidad y otros, de los cuales no se tiene certeza que se requiere para imputar culpa al médico tratante y que pudieron haber sido la causa; que la paciente viajó en el momento crucial en que se le había ordenado practicar el examen.

Aquí la Corte Suprema ratifica lo que viene señalado por el fallo de primera instancia: que el error es excusable cuando es justificado y que su concurrencia impide poder imputar un actuar culpable al médico tratante.

El fallo comentado agrega que el recurso de casación es un medio de impugnación de índole extraordinario, que no constituye instancia jurisdiccional pues no tiene por finalidad revisar las cuestiones de hecho del pleito y al encontrarse establecido como hecho que no existió error en el diagnóstico informado por el facultativo médico a la paciente y que este adoptó todas las medidas y exámenes recomendables prudencialmente, y que, en un caso similar habría desplegado otro galeno de la misma especialidad igualmente, no infringiendo con su actuar la *lex artis*.

La Corte Suprema indica que los jueces del fondo en ningún momento negaron o desconocieron el carácter de instrumentos privados a los documentos de tal carácter alegados al proceso, como tampoco el valor probatorio que ellos pudieran tener y además el informe pericial resulta insuficiente para acreditar las infracciones a la *lex artis* porque no es concluyente respecto a errores diagnósticos que se imputan al médico, como tampoco contiene una explicación y fundamentación de donde emanan las conclusiones a las cuales arribó.

Por lo tanto, constatada la inexistencia de la infracción de las leyes reguladoras de la prueba y recordar que solamente los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar hechos de la causa, resulta suficiente en análisis para rechazar el recurso, en el tenor del libelo de casación que deja ver que las alegaciones sobre las cuales la demanda funda su nulidad se refieren a la errada calificación que hacen los jueces respecto a la situación fáctica establecida.

Más allá de los defectos formales en la interposición del recurso de casación en el fondo que impidieron acoger el recurso impetrado por la recurrente, el fallo de la Corte Suprema ratifica lo planteado por la sentencia de primer grado respecto de la relación existente entre el error y la culpabilidad.

COMENTARIOS FINALES

El error es la concepción equivocada de la realidad. Consiste en creer que las cosas son de una forma cuando son de otra.

El error es parte de la vida y de cualquier tipo de actividad humana. Estadísticamente, todas las actividades del hombre presentan una tasa de errores, y la medicina no escapa de ello.

Así, existen errores en la etapa diagnóstica, como los errores de diagnósticos, errores al interpretar exámenes o al ordenarlos; al momento del tratamiento,

indicando un tratamiento erróneo; o en relación con las eventuales complicaciones, al equivocar su pesquisa o tratamiento.

Para que el error sea excusable, debe ser justificado, es decir debe tratarse de un caso en que un médico promedio, frente a la misma circunstancia, razonablemente hubiera incurrido en el mismo error. Un ejemplo típico de esto son los diagnósticos diferenciales, caso en el cual, ante similares signos y síntomas, el médico equivoca el diagnóstico justificadamente.

Por su parte, la negligencia implica un actuar dañoso que se hubiera evitado obrando con el debido cuidado. Una actuación culpable requiere que su autor incumpla su deber de cuidado, incurriendo en conductas que una persona diligente y razonable no hubiere efectuado. En ese sentido, y siguiendo nuestro modelo de determinación de culpa, se deberá comparar lo obrado frente al modelo abstracto de conducta que determina lo que resulta exigible en el caso concreto.

Además, la culpa exige una falta de previsibilidad en quien incurre en ella, al tratarse de un acto que una persona diligente debía prever como lesivo para otro.

En el caso que se comenta, el error diagnóstico que denuncia la demandante tiene el carácter de excusable y se justifica por las limitaciones diagnósticas que presentaron las ecografías que se le practicaron a la paciente, tanto por su condición de obesidad, como por las propias limitaciones de ser un examen dependiente del feto, su ubicación y movimientos y de su operador. Además, el actuar del tratante fue en todo momento acorde a la buena práctica médica, lo que significa que cumplió con el deber de cuidado propio de su especialidad y que le resultaba exigible.

Por lo tanto, el mero error no constituye *per se* una actuación negligente por cuanto la culpabilidad requiere de un abandono de los deberes de cuidado respecto de los demás, a través de un actuar negligente; mientras que en el error justificado incurriría cualquiera que, aun actuando de modo diligente y de conformidad a los deberes de cuidado que le son exigibles, hubiese sido puesto en la misma circunstancia.

Sin embargo, para algunos cuando el error es demasiado grosero constituye una presunción de culpabilidad. (Barros) Por nuestra parte creemos que, si el error es demasiado grande, es manifestación de que se incurrió en él por haber actuado con poca diligencia, por lo cual más que constituir una presunción de culpabilidad, implica que el acto equivocado es negligente y por ende culpable.

Desde una perspectiva dogmática, la concurrencia del error excusable excluye la posibilidad de un actuar culpable, toda vez que, para ser excusable y justificado, su autor debe haber incurrido en él, no obstante haber obrado diligentemente y respetando los deberes de cuidado que le son impuestos. Si el error no es excusable, será fruto de un actuar descuidado y negligente, y generará la respectiva responsabilidad, si, además, concurren los demás requisitos de la responsabilidad civil.

Por otra parte, el error excusable constituye un riesgo presente en todo acto médico y por ende un riesgo de la actividad médica. De esta forma constituye un riesgo de la vida y será de cargo del paciente. Sin embargo, para que esto ocurra, se requiere que el riesgo en cuestión haya sido informado al paciente, y este lo haya aceptado, a través del respectivo consentimiento informado. Ahora, si el riesgo de error no fue informado, y se incurre en él, será de cargo del médico tratante que incumplió con su deber de información. Sin embargo, la sanción a esta omisión no puede ser para el tratante el verse en la obligación de asumir la responsabilidad por todos los daños sufridos por el paciente, toda vez que, en ese supuesto no concurre la debida y necesaria causalidad a ese respecto.

COMENTARIO MÉDICO FINAL

Reflexiones desde la práctica obstétrica

El caso analizado ilustra claramente la distinción entre el error médico y la negligencia profesional, un concepto fundamental que frecuentemente se malinterpreta tanto en el ámbito judicial como en la percepción pública. Desde la perspectiva del especialista en obstetricia, este caso permite extraer valiosas enseñanzas para la comunidad médica.

Primero, debemos reconocer que la ecografía obstétrica, pese a ser una herramienta extraordinariamente valiosa, no es infalible. La sensibilidad del ultrasonido para la detección de malformaciones fetales nunca alcanza el 100%, incluso en las condiciones más favorables. Esta realidad debe ser comunicada claramente a las pacientes como parte del proceso de consentimiento informado previo a la realización de cualquier estudio ecográfico.

Segundo, la obesidad materna constituye un factor de riesgo modificable que las pacientes deben conocer. No solo incrementa el riesgo de malformaciones fetales (particularmente defectos del tubo neural), sino que además dificulta su

detección ecográfica. Las guías clínicas recomiendan informar a las pacientes con IMC elevado sobre las limitaciones diagnósticas que enfrentarán durante su embarazo.

Tercero, la localización del defecto influyó en la dificultad diagnóstica. La espina bífida sacra (L5-S2) representa un desafío particular para el diagnóstico ecográfico. A diferencia de los defectos más altos, los defectos sacros bajos pueden presentarse con signos craneales menos prominentes y la visualización directa del defecto espinal puede verse obstaculizada por la anatomía pélvica.

La judicialización de la medicina y sus consecuencias

La judicialización de casos como el presente genera un impacto profundo en la comunidad médica. El temor a la demanda puede conducir a lo que se conoce como medicina defensiva, donde las decisiones clínicas se orientan más a proteger al profesional de potenciales litigios que a optimizar la atención del paciente. Esto puede traducirse en:

- Solicitud excesiva de exámenes complementarios, muchos de ellos innecesarios.
- Derivaciones a especialistas por cuadros que podrían manejarse en el nivel primario.
- Informes ecográficos excesivamente cautelosos que generan ansiedad innecesaria en las pacientes.
- Evitación de pacientes consideradas de “alto riesgo legal” (obesas, gestantes tardías, con antecedentes de litigios).
- Deterioro de la relación médico-paciente por desconfianza mutua.

Lecciones para la práctica clínica

De este caso se desprenden recomendaciones prácticas para los especialistas:

- Documentación rigurosa: registrar en la ficha clínica no solo los hallazgos, sino también las limitaciones técnicas encontradas durante el examen (obesidad, posición fetal desfavorable, escaso líquido amniótico, etc.).
- Consentimiento informado específico: explicar a la paciente, idealmente

por escrito, las limitaciones del ultrasonido y los factores que pueden comprometer la detección de anomalías.

- Adherencia a protocolos: seguir las guías clínicas respecto a los momentos óptimos para realizar cada tipo de ecografía e insistir en su cumplimiento por parte de la paciente.
- Comunicación clara: informar verbalmente a la paciente cuando las condiciones técnicas no permitan una evaluación óptima, y consignar esta comunicación en la ficha.
- Derivación oportuna: cuando las condiciones locales no permitan una evaluación adecuada, derivar a centros de mayor complejidad con equipos de mejor resolución y operadores subespecializados.

CONCLUSIÓN

El fallo judicial en este caso reconoce una realidad médica fundamental: el error diagnóstico en ecografía obstétrica puede ser excusable cuando el profesional ha actuado conforme a la *lex artis*, cumpliendo con los estándares de cuidado exigibles a un especialista diligente. La presencia de factores limitantes como la obesidad materna, sumada al incumplimiento por parte de la paciente del momento indicado para realizar el examen de 22-24 semanas, configuran circunstancias que hacen comprensible y justificable la no detección de la malformación.

Este caso refuerza la importancia de que los tribunales de justicia cuenten con asesoría médica especializada para comprender las complejidades técnicas del diagnóstico prenatal. La medicina no es una ciencia exacta, y el ultrasonido obstétrico, pese a sus enormes contribuciones a la salud materno-fetal, no puede garantizar la detección de todas las anomalías en todos los casos. Reconocer estas limitaciones no es admitir una deficiencia, sino aceptar una realidad científica que debe informar tanto la práctica clínica como las expectativas de pacientes y operadores judiciales.

Dr. Carlos Barrera Hermosilla

Especialista en Medicina Materno Fetal

BIBLIOGRAFÍA

1. Di Mascio D, et al. Acta Obstet Gynecol Scand. 2021. PMID: 32979219. Diagnostic accuracy of prenatal ultrasound in identifying the level of the lesion in fetuses with open spina bifida: A systematic review and meta-analysis
2. Micu R, et al. Med Ultrason. 2018. PMID: 29730690 Review. Ultrasound and magnetic resonance imaging in the prenatal diagnosis of open spina bifida
3. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Enrique Barros Bourie, Tomo I, Segunda edición actualizada Páginas 98 y siguientes
4. Sentencia de primera instancia, 8° Juzgado civil de Santiago, Rol c-15135-2017, 23 de agosto de 2019.
5. Sentencia de segunda instancia, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 14.281-2019, 06 de febrero de 2023.
6. Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Rol 26.456-2023, 30 de julio 2024.

GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: RECOMENDACIONES MÉDICO-LEGALES

Abogado Juan Carlos Bello Pizarro¹

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy²

Como se ha venido sosteniendo, el ejercicio médico tiene cada vez más ribetes y alcances jurídicos (ver cifras de judicialización de Falmed), y esta

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 6.000 juicios en la materia. Participó como compilador y co-autor del primer libro “Derecho Médico” de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (2021), del libro “Derecho Médico II” y del libro “Derecho Médico III” (2023), y “Derecho Médico IV” de la misma fundación (2025).

2 Médico Cirujano titulado por la Universidad de Valparaíso. Especialista en ginecología y obstetricia de la Universidad de Valparaíso 2006. Especialista en mastología certificado por CONACEM desde 2021. Durante su carrera profesional se ha dedicado, además de la atención clínica, a la docencia y a la gestión clínica, para lo cual ha realizado los siguientes estudios de postítulo: Diplomado en Habilidades esenciales en Educación Médica. Diplomado en Educación Médica. Diplomado en gestión de instituciones públicas y privadas en Salud. Máster en Dirección y Gestión Sanitaria OBS business School y Universidad de Barcelona.

Su trayectoria profesional y gremial incluye los siguientes cargos: Jefe de la Unidad de Patología Mamaria Hospital Carlos Van Buren, 2015-2019. Jefe de Pabellones Hospital Carlos Van Buren, 2017-2020. Subdirector médico (s) Hospital Carlos Van Buren 2017-2019. Docente del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Valparaíso, 2005-2026.

Director (i) Departamento de Obstetricia y Ginecología - Escuela de Medicina Universidad de Valparaíso 2019 a 2026. Consejero Regional del Colegio Médico Valparaíso Período 2014 -2017. Secretario del Colegio Médico Valparaíso - Período 2017 – 2020. Presidente Colegio Médico Valparaíso - Período 2021 – 2024. Tesorero Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, entre 2021 y 2023.

Vicepresidente Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, 2024 a 2026.

Actualmente es presidente del Colegio Médico Regional Valparaíso y vicepresidente del directorio de FALMED.

afirmación es particularmente cierta en la especialidad de Ginecología y Obstetricia.

Según los datos de la fundación, esta especialidad ha ocupado el primer lugar en las especialidades demandadas, siendo solo superada en algunas ocasiones por la cirugía general. La explicación de este fenómeno es compleja y requiere un abordaje multidisciplinario.

El elevado número de especialistas en esta área y el importante número de procedimientos y cirugías realizadas puede ser una de las razones para que el número de demandas sea mayor al resto de las especialidades.

Otra razón relevante es el hecho de que el parto es, en la mayoría de los casos, un evento considerado fisiológico, por lo que no tiene las consideraciones generales que los y las pacientes les dan las enfermedades y por ende los resultados adversos, en cualquier sentido, son menos esperados.

También es relevante decir que atendido el hecho que las atenciones en gran parte involucran al binomio madre-feto, existen porcentualmente más posibilidades de que algo se desarrolle de manera errónea.

Otro elemento relevante que dice relación con lo anterior es que cualquier daño (sea iatrogénico, sea negligente, sea idiosincrático o sea parte del riesgo inherente al procedimiento) provocará ya sea la lesión o muerte de una madre que deja a su hijo o hija, cuando no sea el recién nacido quien resulte lesionado o muerto, con el rechazo y dolor que ambas situaciones naturalmente provocan. Estas eventualidades generan dolor en la paciente y su familia, pero además se acompañan de diversos grados de conmoción pública, lo que determina que sean cubiertas de manera intensiva por los medios de comunicación, amplificando su difusión e impacto.

El sitio que ocupa esta especialidad nos debe motivar a buscar de manera permanente la mejora en la calidad y seguridad de la atención con el fin precisamente de prevenir, en cuanto se pueda, principalmente los eventos adversos y sus lamentables consecuencias para pacientes, parientes y personal de salud.

Se trata además, en lo que sea posible y desde una perspectiva médico-legal, de prevenir situaciones que desemboquen en un conflicto jurídico que dañe la relación médico-paciente y, finalmente, se trata de que en caso de existir el legítimo reclamo, este pueda ser abordado con la mejor herramienta que nos entrega la medicina y el derecho: con la labor bien realizada.

I. OBSERVACIÓN DE RIESGO:

Hemos podido constatar que en la atención sanitaria existen situaciones, momentos del acto pre, intra o post procedimiento que han demostrado ser especialmente nombrados al momento de instar por demandas y reclamos por dichas atenciones. Estas situaciones dejan ver que la atención sanitaria debe ser especialmente prudente en tales circunstancias, de manera tal que las nombramos como introducción a las recomendaciones a fin de estar atentos a su desarrollo. Si bien es una enumeración que se aplica a cualquier especialidad médica, dada la relevancia que tienen y sus consecuencias médico-legales, es que estimamos necesaria que sean conocidas y por ello tomadas en cuenta de manera especial; son, por así decirlo, situaciones de labilidad médico-legal que es preciso conocer y cuidar.

- a) **Evaluación preoperatoria:** los procedimientos médicos se sustentan en un diagnóstico y en un tratamiento, pero entre uno y otro resulta relevante contar con una adecuada evaluación que nos sea entregada previamente, y en donde podamos confirmar el diagnóstico, así como contar con las evaluaciones complementarias de especialistas que permitan dar mayor seguridad a la cirugía. Nos referimos a la evaluación anestésica, geriátrica, cardiológica o del especialista que sea pertinente. En varios casos de conflictos médico-legales, una vez ocurrido el evento adverso que conlleva a la demanda, encontramos ausencia de una evaluación preoperatoria, la ocurrencia de la misma en tiempos demasiado lejanos al acto quirúrgico, sin contar con la concurrencia o evaluación de especialistas en relación a patologías crónicas. Ello significa un cuestionamiento médico-legal adicional y puede influir decisivamente en la declaración de culpabilidad o inocencia del caso puesto a decisión.
- b) **Determinación del tipo de cirugía:** es esta instancia un momento de cuidado, pues definir la vía por la cual se abordará el procedimiento puede ser una arista de cuestionamiento posterior ante un evento adverso, ya sea porque se optó por una cirugía abierta, laparoscópica o robótica, debiendo haber evaluado otra alternativa. Un ejemplo en esta materia son las vías de abordaje de la histerectomía que, desde el punto de vista de la medicina basada en evidencia, debieran preferir los abordajes laparoscópicos o vaginales por sobre el abordaje abdominal. Si para el caso del paciente en particular no quedan debidamente registradas las razones que justifican determinado abordaje, frente a un mal resultado, esta puede ser un punto discutido por los peritos.

- c) **Conformación preoperatoria del equipo médico adecuado:** el médico tratante tiene la responsabilidad de conformar un equipo médico competente considerando la complejidad, el tipo de procedimiento, las posibles complicaciones o incluso la duración del mismo. Esto para reducir el riesgo de complicaciones o permitir su oportuna identificación y resolución. En un conflicto médico-legal uno de los puntos de cuestionamiento puede ser la ausencia de especialistas o subespecialistas cuando era previsible que se requiriera. Ejemplos en esta materia podemos encontrar en el abordaje de equipos multidisciplinarios compuestos por ginecólogos, con concurrencia de urólogos, coloproctólogos o cirujanos vasculares entre otras especialidades en cirugía oncoginecológica o en casos de endometriosis severa.
- d) **Determinación del recinto clínico adecuado e idóneo:** en muchos casos que hemos patrocinado el cuestionamiento ha radicado en la ausencia de las condiciones necesarias en el lugar donde se realiza el acto médico. Esta situación nos permite afirmar que el equipo tratante debe definir en relación a los antecedentes de la paciente, el procedimiento o tipo de cirugía que se deberá realizar y, frente a las potenciales complicaciones, el lugar donde se practicará la cirugía, el cual debe contar con los recursos necesarios para resolver de manera adecuada el caso. Esta recomendación incluye también la selección del recinto donde se atenderá el nacimiento, sea este por cesárea o parto, lo cual obliga además a contar con recursos adecuados no sólo para la atención puerperal sino también neonatal. Esto cobra vital importancia en casos de atención de partos prematuros o en cirugías ginecológicas complejas que pueden requerir manejo de cuidados intensivos. El recinto elegido debe estar al servicio de las eventuales complicaciones de la paciente o contar con redes predefinidas y expeditas para el traslado oportuno en caso de presentarse aquellas.
- e) **Revisión de equipos e insumos:** en el ejercicio actual de la medicina, el apoyo de equipos e insumos para diagnóstico o tratamiento es cada vez más recurrente. Así las cosas, la revisión acuciosa de los instrumentos y su buena utilización de acuerdo a las instrucciones del fabricante es responsabilidad del médico tratante. De la misma forma se debe considerar el uso de insumos adecuados cuando sean necesarios. Un ejemplo en esta materia es el uso de dispositivos de corte y coagulación o grapadoras para resección y anastomosis intestinal. El médico que los utilice debe conocer sus atributos, utilizarlos dentro de las aplicaciones e indicaciones

establecidas por el fabricante y siguiendo las instrucciones correctas de uso. Debe además conocer sus potenciales riesgos y ser capaz de detectarlos oportunamente y resolver las complicaciones.

- f) **Cumplimiento de rituales quirúrgicos:** una forma común de cuestionamiento médico es el olvido de material en el organismo del paciente. Gasas, compresas, material cortopunzantes e incluso instrumental han sido hallados en pacientes tras cirugías difíciles o que han presentado complicaciones como sangrado abundante, lesiones vasculares o viscerales etc. Para evitar estos eventos se han creado e implementado diversos rituales que aminoran la ocurrencia. Una de las estrategias es la realización de la pausa quirúrgica que cuenta con una etapa previa a la incisión y otra al iniciar el cierre de los planos evaluando entre otras cosas el recuento de insumos y materiales. Esta tarea está protocolizada y tanto su cumplimiento como el debido registro forma parte de los elementos que se evalúan en la acreditación de los recintos de salud. Es muy relevante que el primer cirujano solicite formalmente su cumplimiento y una vez hecho, consigne su ejecución en el protocolo operatorio. La ausencia de un registro adecuado ha sido utilizado como elemento probatorio de una transgresión de la *lex artis*.
- g) **Asistencia permanente del equipo quirúrgico o adecuado traspaso de funciones:** dada la duración extensa que pueden tener algunos procedimientos, resulta relevante poder contar durante toda la extensión de la misma con el personal idóneo dentro de pabellón, sin ausencias, y a la vez programar de manera acuciosa, los cambios de personal mientras se está dentro del procedimiento. Esto cobra vital importancia en cirugías de urgencia, cuando se producen cambios de turno del personal mientras la cirugía sigue desarrollándose.
- h) **Correctas indicaciones posoperatorias:** establecer indicaciones posoperatorias y velar por la adecuada recuperación del paciente es una responsabilidad muy relevante del equipo médico y de la institución de salud donde se realizó el procedimiento. La atención posparto, poscesárea o posprocedimiento es de tal relevancia que en nuestra experiencia constituye el momento en que se generan la mayor cantidad de cuestionamientos legales, superando incluso a los reclamos por actos intraoperatorios. Por ello instamos a que esta fase del acto médico sea especialmente resguardada, lo cual requiere una indicación clara y legible de las indicaciones posoperatorias y el cumplimiento de los controles establecidos. En las primeras horas

posquirúrgicas estas indicaciones suelen ser realizadas por el anestesiólogo y verificadas por el personal de la unidad de recuperación o de sala. Es relevante contar con protocolos de evaluación y manejo oportuno en caso de la identificación de posibles complicaciones, lo cual en muchos centros compromete la concurrencia de equipos de turno.

- i) **Control de las complicaciones:** en el mismo sentido que lo anterior, debemos estar atentos a las complicaciones que se produzcan de manera posterior al acto médico. Hasta ahora la justicia no ha cuestionado la existencia de complicaciones posoperatorias, ni aún cuando estas han significado el fallecimiento de un paciente. Lo que sí se ha debatido, y en algunos casos condenado, es la ausencia de un consentimiento informado que ilustre y explique la posibilidad de ocurrencia de esta complicación y la falta de detección oportuna de dicha complicación y el tratamiento de la misma.
- j) **Terapias farmacológicas acorde y actualizadas:** el médico tratante debe realizar indicaciones que, además de ser pertinentes y adecuadas para las pacientes, se prescriban de forma adecuada en sus dosis, vías de administración y posología.

II. RECOMENDACIONES

Para efectos explicativos hemos dividido nuestras recomendaciones en tres estados, según el momento del acto médico en el cual nos encontremos. Trataremos entonces recomendaciones (A) antes del evento adverso (que a su vez subdividiremos en (i) recomendaciones generales y (ii) recomendaciones específicas), (B) recomendaciones después del reclamo y (C) recomendaciones una vez producido el juicio. Esta división es principalmente de carácter didáctico, pues puede que las recomendaciones dadas en una etapa del acto (i.e previa) puedan ser aplicables en otra instancia.

A. RECOMENDACIONES ANTES DEL EVENTO ADVERSO:

Una de las fortalezas de Falmed es haber tomado conceptos de la medicina y haberlos insertado en el derecho. Es desde ahí, en donde hemos hecho de la prevención una labor fundamental, casi tan relevante como la defensa, pues entendemos que tal como en medicina lo mejor es prevenir, en materia de

responsabilidad médica, lo mejor es precaver las situaciones que pudieran provocar eventos adversos. Con este enfoque podemos comprender que antes de un evento adverso existen un conjunto de medidas que pueden aplicarse reduciendo el riesgo médico-legal a niveles mínimos. Para efectos de su análisis las hemos dividido en recomendaciones generales de la medicina y recomendaciones específicas de la ginecología y obstetricia.

i. Recomendaciones generales

1. Ética:

Si aceptamos la premisa que si bien no toda falta ética es una negligencia médica, pero que toda negligencia médica es una falta ética, podemos concordar entonces que resulta esencial un ejercicio profesional asentado en los mandatos éticos de la profesión. Los principios inspiradores de la ética, el irrestricto apego al Código de Ética de la orden, el respeto absoluto de las normas deontológicas es esencial para la buena práctica médica y permite realizar un ejercicio profesional acorde a la *lex artis* y a la dignidad humana. Este será el marco que mejor nos cuidará en caso de existir algún resultado adverso. A *contrario sensu*, desviarse del curso normativo de la ética puede llevarnos a la falta de excelencia en la medicina y, por consiguiente, al reclamo ya sea en sede judicial, administrativa o ética.

2. Educación

Los cuestionamientos en materia médico-legal tienen variados fundamentos y diversas raíces, pero en todos, casi sin excepción, se cuestiona y se pondera la llamada *lex artis*, esto es la práctica médica generalmente aceptada para una paciente en un determinado tiempo y lugar. Es decir, el correcto ejercicio médico está en la esencia del cuestionamiento y de la resolución del conflicto que ha sido sometido a definición. Y qué duda cabe que, para hacer buena medicina, se requieren los conocimientos y las competencias de dicha ciencia y arte, estar capacitado, haber cursado las debidas especialidades, estar actualizados en los procedimientos que realizamos, en la posología, indicaciones y reacciones adversas de los medicamentos que indicamos. En resumen, ser un médico competente que actúa de acuerdo a las guías y protocolos clínicos validados para cada patología. Dado el cambio permanente de la medicina y el rápido

avance de la ciencia, es un requisito esencial del ejercicio de una buena medicina, mantener una educación médica continua y un aprendizaje a lo largo de la vida. Si la medicina cambia y se desarrolla radicalmente con el paso del tiempo, debemos usar ese tiempo para tratar de alcanzar ese desarrollo, para ser capaces no solo de ser humanos en la relación, éticos en lo valórico y, por supuesto, rigurosos en lo técnico. Para ello, educarnos y mantenerlos al día en nuestra profesión no es solo un requisito de mejora, es una condición de ejercicio.

3. Especialidad

En concordancia con lo anterior, recomendamos que siempre tengamos la debida certificación de la especialidad que desarrollamos. Debemos estar capacitados y habilitados para realizar el acto médico que hemos de enfrentar. Esto resulta esencial para enfrentar cuestionamientos por eventos adversos. No resulta deseable entonces que, si no contamos con los conocimientos específicos para determinado tipo de atenciones o no tenemos la certificación que nos habilita, otorguemos dichas atenciones. El cuestionamiento generalmente sustentado en tribunales en estos casos es lapidario. Los casos de actuaciones fuera de la experticia tienen mal pronóstico jurídico y eso ha sustentado numerosos fallos adversos a los equipos médicos en nuestro país.

4. Comunicación

En tiempos de bonanza comunicacional, en donde la inmediatez, la existencia de múltiples medios y el acceso universal a las vías de comunicación son inusitados y de alto desarrollo, podemos afirmar que la comunicación en la atención en salud es vital para una mejor relación médico-paciente-familia, y es vital para prevenir la judicialización de la medicina. En efecto, nuestra fundación sostiene que mantener una comunicación fluida con todos los participantes de la atención médica es una de las competencias que el equipo de salud debe desarrollar en buenos términos y esta comunicación debe ser con términos comprensibles, claros, de manera empática y efectiva. Muchos de los cuestionamientos que afectan a los equipos médicos no se centran principalmente en un resultado inadecuado o inesperado, sino en la falta de comunicación efectiva de dicho resultado. Creemos que comunicar bien es parte del acto médico y sostenemos que esta comunicación debe ser entendida en las siguientes direcciones:

- **Comunicación con el paciente:** este proceso, cuya manifestación más evidente es el consentimiento informado, es requisito *sine qua non* para ejercer la medicina. Las pacientes deben estar en conocimiento de lo que se les va a realizar y deben acceder a los procedimientos propuestos. Pero además esta comunicación con los pacientes tiene una dimensión permanente y posterior al acto, que va más allá del consentimiento informado. Se trata de la obligación legal de dar a conocer cualquier error (Ley N° 20.584 artículo 4°). Es más, creemos necesario que el o la tratante vayan siempre acompañando el viaje de la paciente por su proceso médico e ir informando en todo momento su desarrollo, no solo al inicio, mediante el documento de consentimiento informado y al final, con la epicrisis, sino hacerlo en cada instancia del acto médico. Esta comunicación, por supuesto, debe ser no solo para informar sino también para responder, aclarar y explicar las dudas inquietudes o cuestionamientos que las pacientes nos hagan. No son escasas las veces en que, en un proceso de mediación, hemos comprobado que el motivo del reclamo es la falta de información y consecuente duda sobre una complicación que ocurrió y que pudo haberse explicado previamente. Es más, hay situaciones en que una buena comunicación incluso puede aminorar el dolor y encono por un mal resultado. Las pacientes pueden entender y eventualmente perdonar un resultado adverso, pero difícilmente perdonarán que no le informen de ello.

- **Comunicación con la familia, cuidadores o cuidadoras:** en principio, y teniendo presente las obvias diferencias, a este tipo de comunicación se aplica lo antes descrito para pacientes, Resguardando los debidos procesos legales sobre privacidad. Siempre será deseable informar a los familiares de lo que sea relevante y prudente.

- **Comunicación con el equipo de salud:** en este ámbito, y sin perjuicio de la función esencial que cumple la ficha clínica como mecanismo de comunicación entre los actores del acto sanitario, resulta deseable que el equipo médico y personal de apoyo tengan y sostengan contacto permanente entre ellos para la mejor atención de cada paciente. Esta comunicación debe ser pertinente, esto es conducente al fin de la atención médica, esencialmente a través de la ficha clínica. En esta materia podemos recomendar registrar de forma adecuada, clara y legible las actas de entrega de turno entre equipos médicos, con el afán de resguardar la continuidad de la atención y reducir los errores médicos.

Atención vigilante a las complicaciones

Para propender una evolución posoperatoria exitosa, es imperativo que el cirujano mantenga una vigilancia activa y sistemática, fundamentada en la monitorización constante de signos vitales, parámetros analíticos y la evolución clínica directa, idealmente al pie de cama del paciente. La detección precoz de cualquier desviación de la normalidad no solo permite una intervención oportuna, sino que es un factor que puede ayudar a frenar el escalamiento de la gravedad de las complicaciones y así poder, en lo posible, evitar desenlaces fatales o secuelas permanentes. Desde una perspectiva médico-legal, actuar con celeridad ante las señales de alarma y documentar detalladamente las medidas correctivas adoptadas constituye la mejor defensa profesional, ya que reduce significativamente el riesgo de *mala praxis* al demostrar un estándar de cuidado diligente y un manejo proactivo de la adversidad quirúrgica. Esto cobra especial valor cuando vemos que en muchas reclamaciones que FALMED ha debido resolver, el médico tratante, pese a haber evaluado al paciente, falla en detectar dichas complicaciones no por carecer de los conocimientos o competencias, sino más bien por un actuar un tanto sesgado, donde pareciera no querer reconocer la complicación que a otros ojos resulta evidente. Uno de los factores que puede explicar esta conducta no deseada, es la ausencia de una estrategia sistemática de gestión del error en las instituciones de salud, que genera una conducta de penalización del error, en vez de utilizarlo como motor de mejora continua de los procesos. otra explicación puede residir en alguna parte de la cultura médica, donde el error no es aceptable y por lo mismo reconocer el error deviene en un acto de humildad, que muchas veces resulta penalizado entre pares, con comentarios degradantes sobre las capacidades de quien ha tenido una complicación, poniendo en tela de juicio su criterio y competencias para el ejercicio de la profesión.

ii. Recomendaciones específicas

1. El parto es un acto médico

Hemos tenido experiencias de demandas judiciales en donde el reclamo se inicia indicando que se le había ofrecido procedimientos sin riesgo a los pacientes. Frases como “esto es de rutina”, “no te preocupes, nada malo va a pasar”, etc., si bien tienen el objetivo de bajar la ansiedad,

pueden transformarse en *boomerangs* achacando responsabilidad por los eventuales malos resultados. El parto, en cualquiera de sus variables, involucra siempre a un binomio madre-feto, y por ello, acumula una potencialidad especial de ocurrencia de eventos adversos. En consecuencia, nuestra recomendación es siempre tener conciencia de que se trata de un acto médico y proceder de acuerdo a las guías o protocolos de atención, velando por actuar de forma oportuna y competente. Es recomendable explicar a la paciente y su acompañante las etapas del proceso y los eventuales procedimientos que pudieran ser necesarios de realizar, así como dar a conocer las eventuales complicaciones que pudieran ocurrir, su prevalencia, lo que se hará en caso que efectivamente acaezcan y por supuesto, plasmar este proceso de explicación y decisión, en un consentimiento informado específico para trabajo de parto, el que debe contener, la información necesaria y cabal para que la paciente pueda tomar una buena decisión. Finalmente, recomendamos generar y mantener una buena relación médico-paciente, de manera tal que en el proceso de atención pueda interactuar el tratante, el equipo de apoyo, la paciente, sus parientes, en sus respectivos ámbitos de manera segura y confiada. La buena relación médico-paciente es, por decirlo de alguna manera, la madre de todas las recomendaciones; sin ella, todo lo demás se transforma en vacuo e inconducente.

Un último aspecto relevante que concierne la judicialización del parto son los nuevos aspectos legales vinculados al concepto de violencia obstétrica (VO). La prevención de la VO es fundamental para mitigar eventos médico-legales adversos, ya que muchas demandas en obstetricia derivan de la **percepción de trato indigno**, la negligencia o la falta de información. Al garantizar derechos básicos, como el **consentimiento informado** y el respeto a la autonomía de la paciente, el personal de salud no solo protege la integridad física y emocional de la mujer, sino que también asegura un respaldo legal sólido que reduce el riesgo de acusaciones por *mala praxis* o vulneración de derechos. Implementar prácticas de **parto respetado** y evitar intervenciones innecesarias o no consentidas fortalece la relación médico-paciente, transformando un entorno potencialmente conflictivo en uno de seguridad jurídica y ética profesional.

2. Adecuada elección del recinto clínico

Tanto en el ámbito privado como en el público, la pertinencia del apoyo institucional (léase lugar donde se realiza el acto médico) es vital para enfrentar no solo el procedimiento programado o requerido, sino que sus eventuales complicaciones. Es vital, entonces, conocer el recinto hospitalario, sus carencias, el tipo de hospital, la complejidad de la clínica, saber la conformación de los equipos y de las unidades (por ejemplo de UTI pediátrica, de bancos de sangre, de convenios, etc.) y la articulación de la red de derivación en caso de complicaciones.

La recomendación entonces es conocer la infraestructura del recinto donde se realizará el acto médico, pero además informar de esta infraestructura a la paciente, para que lo conozca y, eventualmente, acepte el lugar donde se llevará a cabo su atención. El soporte técnico material y humano es parte de la decisión sanitaria.

Cabe hacer presente que en caso de que la realidad del soporte no se condiga con la oferta o la descripción teórica del establecimiento, es primordial que esta realidad sea transparentada a la paciente. También es dable indicar tales falencias a las autoridades administrativas del nosocomio en cuestión. En el ámbito público, por supuesto, existe el derecho a “representación” que permite a los funcionarios públicos hacer presente las falencias, para que estas sean abordadas por la autoridad. En el ámbito privado siempre es pertinente informar de situaciones que constituyan una falencia o inconsistencia con la oferta promovida por la clínica.

La recomendación más relevante en este ítem es procurar que siempre se ponderen todas las variables y condiciones a favor y en contra al momento de elegir el lugar donde realizar el acto médico. La decisión debe ser tomada con estricto criterio médico, de manera tal que cuente con las condiciones objetivas para enfrentar las complejidades del acto que se trata y cualquiera de las complicaciones que pudieran acaecer. Para efectos de la atención obstétrica, es necesario contar con equipos médicos que cuenten con el recursos humanos y las facilidades para realizar procedimientos de urgencia, como cesárea o fórceps. Y dada la naturaleza de la atención del nacimiento, también debe contar con una unidad pediátrica adecuada para realizar una atención y eventual

reanimación neonatal y manejo o derivación en casos de prematuridad. Si se prevé un parto complicado, con un recién nacido prematuro, debe necesariamente contar con un cupo neonatal y si este no se encontrara disponible, y la condición de la paciente lo permite, debiera ser derivada a otro centro que cuente con los recursos necesarios. Criterios económicos o de cobertura de isapres pueden estar muy bien intencionados, pero si el acto médico se complica y la decisión del recinto se adoptó resguardando el plan de isapre o el bolsillo de la paciente esto no resultará convincente en estrados.

3. **Consentimiento informado idóneo.** *El consentimiento informado no es sólo un documento firmado por el paciente, sino que es un proceso de educación del tratante al paciente sobre la cirugía o procedimiento, con sus indicaciones, potenciales riesgos o eventos adversos y posibles complicaciones.*

Sostenemos que el consentimiento Informado es un proceso de interacción entre el médico y su paciente, que se inicia con la relación entre ambos y termina mucho después de terminado el acto. Este proceso de relación, en donde el médico explica y el paciente entiende y decide, es la base de cualquier actuación médica ajustada a *lex artis* (salvo excepciones como la urgencia). Se plasma en un documento *ad hoc* que debe quedar debidamente firmado por ambas partes individualizando la fecha y lugar de su realización.

La Ley de Derechos y Deberes, N° 20.584, establece en su Artículo 14.- “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.”

Ahora bien, El tema está regulado de manera profusa en el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, que es el Decreto Ley N° 31 en su artículo 2 y específicamente el inciso final, donde se establece que:

“Artículo 2º.- La información señalada en el artículo anterior, debe entregarse por regla general en forma verbal y se proporcionará en términos claros para la capacidad de comprensión del paciente considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas.

No obstante, podrá acompañarse de documentos escritos en que conste lo explicado, agregando, o no, mayores antecedentes, destinados a dejar constancia de la recepción de la información.

Sin perjuicio de lo anterior, la información señalada debe constar por escrito en caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado y dejarse constancia de la misma y del hecho de su entrega en la ficha clínica.

Para efectos de este reglamento, se entiende por procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo todo aquel que, involucrando solución de continuidad de piel o mucosas o acceso instrumental a cavidades naturales que requieren ser realizados con técnicas estériles, producen en el paciente dolor que haga necesaria sedación o anestesia.”

Nuestra recomendación es entonces que el proceso de consentimiento informado debe existir siempre, la información debe ser dada a la paciente de manera clara. La paciente debe confirmar que entiende lo informado y finalmente registrar su aceptación o desistimiento en el documento. Un buen consentimiento informado debe ser suficiente, oportuno, claro y preciso.

Suficiente: esto es que lo informado en el documento permita tomar una decisión.

Un protocolo clásico debiera exponer al menos una descripción del procedimiento a realizar, las consecuencias seguras de ese procedimiento, la existencia de procedimientos alternativos, los riesgos más comunes y los más graves, y, finalmente, la posibilidad de revocación del propio consentimiento.

Oportuno: que sea otorgado antes del acto médico (excluimos las excepciones tales como la urgencia-emergencia que tienen un tratamiento distinto).

El antes es un requisito esencial y de cuidado. No está permitido que el protocolo de consentimiento informado sea firmado por la paciente ni durante el procedimiento médico, ni mucho menos después del mismo, pues en ambos casos no cumple con la función esencial del mismo.

Sobre la temporalidad de la firma, conviene a la vez hacer presente que al decir “antes” del procedimiento, este adverbio de tiempo no puede entenderse en términos absolutos ni amplios, debe ser interpretado, a decir de un jurista, de manera restrictiva. Claramente no debiera ser suficiente una firma estampada meses antes del acto, por cuanto el tiempo transcurrido hace que la firma sea extemporánea.

Claro: se ha discutido en la doctrina qué lenguaje se debe usar para que un protocolo de consentimiento informado cumpla con el estándar de claridad. Hay quienes plantean que, dado que se trata de temas médicos, su lenguaje debe ser técnico y, por supuesto, hay opiniones que establecen lo contrario y que debe ser utilizado en un lenguaje que no contenga ninguna referencia técnica compleja. Estimamos que la solución está en una respuesta ecléctica, en el sentido común. El lenguaje y la redacción del protocolo debe estar lo suficientemente claro para que sea entendido por una paciente promedio (sin perjuicio de las explicaciones verbales que se deben dar) y que de incluir terminología médica, esta debe ser explicada en el mismo protocolo.

Preciso: esta circunstancia es vital, por cuanto permite distinguir la esencia de la forma en materia de consentimiento. Hemos visto algunos protocolos de consentimiento informado que, siendo oportunos y claros, su formulación es tan general que pudieran aplicarse a una cesárea electiva, a una operación de cataratas o a una instalación de stents. Estos protocolos “generales” suelen ser utilizados para dar cumplimiento a requisitos normativos de tipo administrativos como acreditaciones o para el mero cumplimiento de metas, pero resultan poco útiles para el equipo médico cuando son llevados a juicios, pues resultan cuestionados. Proponemos que deben existir protocolos para cada tipo de procedimiento médico, de manera tal que quede meridianamente clara la idea que la paciente firmó lo que correspondía, accedió y decidió sólo sobre el acto médico que se le practicaría y sobre ese y no otro.

Si bien la referida Ley N° 20.584 en la parte final del párrafo cuarto del artículo 14 establece una presunción de pertinencia de la información al decir 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.”*, entendemos que dicha norma precisamente obliga a explicar el procedimiento en el propio protocolo escrito, y no viceversa.

En resumen, el consentimiento informado es un acto de comunicación y decisión que forma una parte importante dentro del acto médico. Se conforma como un proceso ininterrumpido, cuya escrituración es un imperativo legal. Pero si pudiéramos resumir, no dudaríamos en sentenciar que lo que se conoce como consentimiento informado es lo que los y las médicas más antiguas llamaban “buena relación médico-paciente”.

4. Prever la eventual concurrencia de especialistas interconsultores:

El acto médico y esta especialidad, requieren indefectiblemente la comparecencia de médicos que profesen especialidades distintas a la ginecología y obstetricia, y su presencia, en el momento oportuno debe estar prevista e idealmente garantizada por el tratante. La asistencia de especialistas en anestesiología, cirujanos vasculares o coloproctólogos, por nombrar algunos, no puede ser soslayada y no contar con ellos, ante un resultado adverso, puede no solo ser nefasto para la paciente, sino una razón de condena en un eventual juicio.

Es necesario entonces conocer los especialistas con que se cuenta para el acto en concreto, discernir si la oferta de la institución se condice con la realidad y, en todo momento, transparentar esta información con los pacientes, para finalmente, y como corresponde, adoptar la decisión de dónde y cómo intervenir con apego irrestricto al criterio médico que sea pertinente.

5. Evitar los procedimientos en cadena

Aunque pudiese resultar atractivo desde la perspectiva de la eficiencia en la producción sanitaria y permite una mejor organización del tiempo, creemos que la planificación de procedimientos en cadena (i.e. los jueves de cesáreas, el martes de histerectomía) constituyen un riesgo que, de materializarse en el resultado, jugarán en contra de una defensa jurídica efectiva.

En este sentido, el hecho de estar en procedimientos seguidos con distintas pacientes, requiere una alta capacidad de organización del equipo médico y un tiempo de preparación previo a cada cirugía donde se puedan repasar los antecedentes clínicos relevantes y las indicaciones precisas de la cirugía. Se plantea un mayor riesgo de errores en estos procedimientos en cadena debido a múltiples razones, una de ellas las potenciales confusiones

de indicaciones y condiciones clínicas de las pacientes. Otra causa de error puede ser el agotamiento del equipo tratante o la presión por cumplir horarios para no retrasar las siguientes pacientes. Un punto no menor, es que frente a una complicación en la recuperación posprocedimiento se requerirá del tratante que si se encuentra tratando a otra paciente no podrá responder oportunamente a ambas situaciones.

Así las cosas, proponemos, en lo posible, evitar las intervenciones en cadena y, en caso de que esta sea la forma de organización en la institución donde se realizan los tratamientos, se generen mecanismos de prevención de riesgos, generando pausas entre procedimientos o cirugías, doble chequeos de las pacientes y sus indicaciones, monitorización y manejo de pacientes en recuperación con equipos de turno, etc. Cuando esto ocurre, es importante transparentar esta circunstancia a las pacientes, para que conociendo esta peculiaridad, accedan o no a la atención programada.

6. Uso efectivo y respeto consciente de los protocolos

La medicina por su naturaleza combina elementos de ciencia y arte. Al tratar a otros seres humanos el equipo médico debe intentar resolver situaciones complejas tratando de reducir las incertidumbres, pero resulta imposible prever todas y cada una de las situaciones a las que se verán enfrentados una paciente y su médico. Dicho esto, utilizar guías de práctica clínica y protocolos asociados a la atención sanitaria es una herramienta probada, eficaz y relativamente simple para disminuir los eventos adversos y, de ocurrir, para resguardar la responsabilidad de los profesionales ante tales hechos. Nuestra recomendación al respecto está dada por cuatro requisitos que estimamos imprescindibles para el resguardo de nuestras pacientes y el uso de protocolos que permitan una medicina más segura:

- **Participación en la confección de los protocolos:** es del caso que, siendo estos las guías que conducen al equipo sanitario en medio de la vorágine de una atención médica y cuya aplicación depende del profesional, no es concebible que los mismos profesionales que realizarán el acto protocolizado no hayan participado de la confección de dicho protocolo. Solo es posible que el protocolo cumpla su objetivo, si es que este se realiza teniendo en especial consideración lo que indica la práctica médica aceptada, en ese tiempo y en ese lugar, de manera tal que refleje la mejor manera de hacer medicina en dicha

circunstancia. No se trata que todos los médicos participen en la creación de los protocolos, sino que estos sean confeccionados por especialistas, avalados por la práctica y aterrizados a la realidad local.

- **Conocimiento de los protocolos:** es una condición *sine qua non* que los protocolos que rigen los procedimientos sean conocidos por quienes los aplican. Desconocer su existencia y más aún su contenido nos privará de una mejor y más estudiada respuesta profesional, y se transformará en el peor enemigo judicial en caso de cuestionamiento. El protocolo que se haya establecido, desde el más simple, al más complejo, debe estar internalizado por todos quienes participan en el procedimiento, de ahí la relevancia del punto anterior, esto es la confección de los mismos, para que haga sentido y pueda ser aplicado conscientemente.
- **Controlar el cumplimiento de los mismos:** muchos de los procesos protocolizados no dicen solo relación con el actuar médico, sino también con el actuar del resto del equipo sanitario, pero es el médico, y en general el tratante o el primer cirujano (en caso de una cirugía), quien tiene sobre sus hombros la tarea de indicar que se cumpla y controlar su cumplimiento. El caso paradigmático es el protocolo de pausa segura al inicio y al finalizar una cirugía y dentro del mismo el conteo y recuento de material operatorio, pues si bien no es el profesional de la medicina el llamado a contar y recontar las compresas, si es quien debe velar por que dicho procedimiento se realice. La responsabilidad *in vigilandi* del jefe es patente y, por ende, es recomendable insistir en que los procesos establecidos se cumplan, aún cuando no sea el médico el ejecutor.
- **Consignar el cumplimiento en la ficha clínica:** el mero cumplimiento del protocolo es vital, pero dado que las actuaciones médicas deben ser consignadas y anotadas, para efectos de mejor coordinación entre equipos sanitarios en función de la salud de la paciente, recomendamos no olvidar anotar en los documentos clínicos (registro clínico, protocolo operatorio, epicrisis, etc.) el hecho de que se ha cumplido con el procedimiento protocolizado y consignar también cualquier anomalía que hubiere acaecido. Es de vital importancia insistir en la frase “Lo que no se registra, no se hizo” para reforzar la necesidad de dejar constancia de dichas fases del cumplimiento de los protocolos.

7. Especial cuidado en la entrega y traslado de pacientes

Al analizar los momentos de mayor riesgo de complicaciones, uno que resulta muchas veces minimizado es la entrega de pacientes durante cambios de turno de personal y los traslados de un centro a otro. Estas etapas denotan especial fragilidad, por potenciales errores que pueden generar postergación o retraso en diagnósticos; fallas en la lectura o interpretación de resultados de exámenes o cambios de la condición clínica del paciente que no son detectados oportunamente.

- **Entrega de turno y/o de paciente:** en esta circunstancia recomendamos que la entrega de turno sea hecha de forma presencial, de manera acuciosa, completa y por paciente. No resulta conducente y es bastante peligroso las entregas “*express*” y menos las que se puedan hacer por aplicaciones como *WhatsApp*. Es conveniente que el equipo que entrega el caso pueda ilustrar al equipo receptor de la mayor cantidad de elementos clínicos y circunstancias relevantes para el caso del paciente, complementando lo registrado en la ficha clínica. Esta entrega del caso debiera ir acompañada de un examen físico. La idea de fondo es que el acto vaya más allá que una simple posta o entrega de testamento en una carrera. Hemos conocido casos en los que la entrega se ha realizado incluso intraprocedimiento y, por supuesto, no recomendamos esta práctica. Entendemos que pueden existir situaciones excepcionales, tales como intervenciones de larguísima duración, en los que pueden existir cambios en los equipos: pues bien, de darse esa necesidad, recomendamos que el cambio haya sido debidamente programado e informado a los pacientes.
- **Traslado del paciente:** uno de los momentos más vulnerables, desde la experiencia de Falmed, es aquel en que un paciente debe ser trasladado, por cuanto cualquier complicación asociada a la patología propia, puede ser vista como generada o agravada por el traslado. El traslado importa un cambio de lugar, un movimiento material y el uso de algún tipo de vehículo de transporte, que debiera reunir todas las características necesarias para que sea seguro. Durante este “viaje” el paciente puede ver agravada su condición y puede requerir un manejo avanzado, por lo cual el tipo de móvil debe ser bien seleccionado de acuerdo a la gravedad del paciente. Otro aspecto inherente a la “cultura sanitaria” de los traslados, es la a menudo frecuente costumbre del centro receptor de cuestionar tanto el traslado como lo realizado en el centro de origen, lo cual suele dinamitar

la confianza del paciente y sus familiares en relación al centro de origen, aumentando el riesgo de reclamaciones médico-legales. Es conveniente entonces tomar en consideración las derivaciones, no solo desde una perspectiva sanitaria, sino también legal.

Proponemos un decálogo para una correcta derivación:

1. **Prioridad:** recuerde que la prioridad es el bienestar del paciente. Las variables financieras, previsionales o de otra naturaleza deben estar supeditadas al interés superior de este.
2. **Claridad:** explique con claridad las razones que motivan el traslado de su paciente. Despeje dudas y establezca una carta Gantt del traslado.
3. **Empatía:** mantenga la empatía con el paciente, acompañantes, colegas y resto del equipo sanitario.
4. **Normas de traslado:** solicite a su servicio un procedimiento de derivación normado y conocido por todos los participantes, así como los medios para una adecuada atención durante el traslado.
5. **Consentimiento informado:** solicite un consentimiento informado de traslados y complételo previo al mismo.
6. **Información:** sea cauto en el manejo de la información, evite comentarios indebidos frente a los pacientes, acompañantes y otros miembros del equipo de salud.
7. **Trabajo en equipo:** comuníquese con el colega que recibe el paciente y presente el caso entregando la mayor cantidad de antecedentes que permitan una adecuada toma de decisiones.
8. **Responsabilidad:** recuerde que su responsabilidad con el paciente se prolonga hasta su recepción en el centro de destino. Procure derivarlo con todas las indicaciones necesarias para estabilizar su caso y reducir el riesgo de eventos adversos durante el traslado.
9. **Oportunidad:** asegúrese de trasladar el paciente a tiempo. Esto requiere criterio y experiencia para poder tener una correcta evaluación de las condiciones del paciente y poder reducir los riesgos asociados al traslado de un paciente inestable, ya sea por hacerlo de forma prematura (antes de estabilizarlo) o tardía

(habiendo perdido la ventana de oportunidad). Evalúe siempre la posibilidad de diferir traslado y estabilizar versus los riesgos de no trasladar.

10. **Condiciones de traslado:** considere las mejores condiciones disponibles y el medio de transporte adecuado para realizar el traslado. De acuerdo a las normativas actuales, la selección del móvil suele ser realizada por un regulador de emergencias (SAMU por ejemplo) y requiere la correcta presentación de los antecedentes clínicos relevantes para determinar la gravedad del paciente y por consiguiente la correcta selección del tipo de móvil (medicalizado o no medicalizado, con equipamientos básicos o avanzados)

8. Uso correcto y adecuado de la ficha clínica:

Más allá de las consideraciones que, desde el derecho, y de la definición legal de ficha clínica, establecida en el artículo 12 de la Ley N° 20.584 que indica a la letra: *“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”*, creemos que consignar todo lo relevante, constituye un deber deontológico, sanitario y eventualmente procesal que se debe cumplir.

La ficha clínica es la prueba por antonomasia en los casos de responsabilidad médica y se erige en un verdadero escudo protector de la atención médica, siempre y cuando se hayan consignado en ella todos los elementos y circunstancias que requieren ser consignadas, según los propios criterios médicos. Pero con la misma fuerza que protege, puede acusar y condenar, si los antecedentes clínicos no están debidamente consignados o si esta escrituración muestra falencias en la atención. La ficha clínica, para efectos procesales, es el testigo privilegiado que no olvida ni cambia su versión con el tiempo y he ahí su relevancia procesal.

La recomendación en relación a los antecedentes clínicos es, entonces, tratar la ficha clínica como lo que esencialmente es (un documento de

comunicación entre el equipo de salud para el bien de la paciente), y no pensar en ella como lo que accidentalmente es: un medio de prueba en un juicio.

A modo de anécdota podemos decir que cada vez que revisamos los antecedentes clínicos de un caso, es fácil apreciar claramente donde se encuentran las anotaciones de los internos, la de los becados, la de los especialistas y la de los médicos con más años de experiencia, pues en muchos casos la claridad y suficiencia de las anotaciones son inversamente proporcional a los años de ejercicio profesional, lo que nos indica que en efecto, las anotaciones suficientes y pertinentes están en la esencia de lo que los y las médicas aprenden y practican como parte del actuar médico, y que dicha suficiencia y pertinencia pudiera irse perdiendo con el paso de los años, ya sea por premura, costumbre o mero cansancio.

En el orden práctico, conviene concordar que siempre es necesario anotar en la ficha lo que se hace y descarta, hacerlo sin comentarios a otras anotaciones previas tratando de dejar claridad de los antecedentes que determinaron las conductas establecidas. El primer deber práctico es escribir.

El segundo deber y consejo asociado a los antecedentes clínicos es revisarlos acuciosamente, leerlos con detención. Varios resultados adversos y el consecuente juicio procesal pudo haberse evitado si el médico hubiera revisado acabadamente la ficha, la hoja de enfermería o la anotación hecha por el turno de noche, que enunciaba un dato, un parámetro alterado, que alertaba sobre una complicación que apareció y que luego no fue considerada por no habernos percatado de ello.

Entonces, y aunque parezca obvio, la recomendación en este ámbito es simple: tratar a los antecedentes clínicos como lo que son, escribir lo pertinente y leer los documentos a cabalidad.

9. Importancia de control posalta:

De acuerdo a las estadísticas de la fundación, la mayor cantidad de juicios se produce en la fase posterior al acto médico, esto es la aparición de complicaciones que no fueron detectadas a tiempo y/o que no fueron tratadas de manera adecuada. Cabe tener presente que el tratante mantiene su condición aún después de haberse producido el acto médico y, en consecuencia, sigue siendo potencialmente responsable de la evolución del paciente.

Puede que para los pacientes el alta médica y el alta hospitalaria sean la misma cosa, pero sabemos que esto no es así, y que es necesario conocer, transparentar y finalmente controlar los tiempos de recuperación, las eventuales complicaciones y tener especial cuidado de los controles, más aún en tiempos de WhatsApp y de “X”. Recomendamos mantener siempre el control de la paciente, esto es saber cómo evoluciona, conocer sus dolores, citarla oportunamente para sus evaluaciones. Además, por supuesto, consignar estos controles e interconsultas en la ficha clínica, aun cuando la atención haya sido breve o incluso telemática.

En la etapa posalta, es importante que el médico o cirujano tratante considere la pertinencia de indicar otros tratamientos o terapias que faciliten la recuperación del paciente, minimicen sus malestares o faciliten su reinserción laboral, deportiva, familiar etc, y debe mantenerse siempre atento a potenciales complicaciones y ser atento a detectarlas oportunamente y resolverlas a tiempo. Muchas reclamaciones de las cuales FALMED ha sido parte guardan relación con dolor crónico posoperatorio (por ejemplo, en cirugía de endometriosis profunda o oncológica) en la cual el médico tratante desestimó dichos síntomas, tratando a la paciente de “regalona”; “especial” o incluso “alaraca” y que luego fueron reconocidos por otros médicos y tratados logrando la recuperación parcial o total de la paciente.

B. RECOMENDACIONES DESPUÉS DEL RECLAMO

Si, como puede suceder, a pesar de haber cumplido todas las recomendaciones antes descritas, haber actuado apegado estrictamente a la buena práctica médica, haber generado y mantenido una excelente relación médico-paciente, se produce un reclamo, ya sea en el ámbito administrativo, de mediación, de auditoría, de juicio civil, de investigación penal o de cualquier tipo, es importante que las actuaciones que se realicen cuenten con la asesoría especializada de los abogados de nuestra fundación a fin de que sean ponderadas y permitan entregar la información requerida respetando tanto la legalidad como resguardando los derechos que estén en juego en dicho reclamo.

1. Ante cualquier requerimiento por un reclamo, usted debe contactarse a la brevedad con el abogado o abogada de su confianza. Es vital que, habida cuenta de existir un eventual litigio, esa circunstancia sea conocida por

quien debiera estar a su lado en la defensa procesal de ese reclamo. Esta recomendación, que en términos jurídicos tiene sentido *per se*, se entiende aún más si homologamos la judicialización de la medicina a una dolencia o enfermedad, pues como médicos, está claro que mientras antes se consulte por un problema de salud existe un mejor pronóstico y no es recomendable automedicarse sino concurrir al profesional, en materia de eventuales juicios es prácticamente lo mismo. Mientras antes consultemos al asesor jurídico, mejor pronóstico procesal tendrá ese reclamo para el reclamado. En el caso de los afiliados a FALMED, este contacto puede hacerse vía telefónica o por mail y contamos con un servicio de abogados de turno.

2. Cuando tenga un caso cuyo resultado le haga pensar que existe un riesgo de que ocurra algún tipo de reclamo, prepare una minuta detallada del caso, registrando los aspectos más relevantes de la historia y los antecedentes clínicos. Esta información será de mucha utilidad para abordar un reclamo futuro y esta información quedará resguardada en la debida confidencialidad de la relación abogado-cliente. Dado los plazos de prescripción (que pueden alcanzar hasta 5 años de ocurridos los hechos cuestionados), puede darse el caso que el reclamo, la demanda o la querella llegue a vuestro conocimiento bastante tiempo después de ocurrida la atención cuestionada, e innumerables atenciones parecidas se hayan desarrollado entre el hecho y la demanda. Por ello, con ayuda de los antecedentes con que se cuente, se recomienda preparar una minuta lo más acuciosa posible de las atenciones cuestionadas, ilustrando las decisiones tomadas y los fundamentos de esas decisiones.
3. No prometa ni entregue sumas compensatorias al paciente o sus familiares, pues a pesar de la urgencia que podamos sentir para cerrar el capítulo del reclamo, la idea de pagar inmediatamente una suma de dinero, y sin haber tomado los resguardos legales para que esa entrega de dinero constituya un acuerdo formal, es generalmente un error que se convierte en el primer peldaño de una escalinata de peticiones monetarias futuras. Arribar a un acuerdo monetario requiere evaluación del monto y, sobre todo, resguardos legales (escrituración, renuncia de acciones, confidencialidad, cláusula penal, etc.) que deben ser incluidos en la conciliación que se acuerde y, de esa manera, asegurarse que el asunto ha quedado, al menos judicialmente, resuelto.
4. Cuando se le requiera en alguna investigación, preocúpese que los documentos, declaraciones, informes u opiniones que usted realice sean

- confeccionadas respetando siempre la ocurrencia real de los hechos y concordados con conocimiento de vuestros defensores de confianza.
5. Por regla general, las declaraciones a la prensa, a pesar de la tentación de explicar al público lo ocurrido, no suelen disminuir el conflicto creado, sino más bien tienden a exacerbalo, por lo que proponemos abstenerse de declarar hasta consultar con su equipo legal de confianza y eventualmente podrá requerir una opinión experta en cuanto a comunicaciones. En Falmed contamos con un equipo de comunicaciones, que forma parte de los servicios que ponemos a disposición de los afiliados. Un punto relevante en posibles declaraciones a medios de prensa o publicaciones en redes sociales es no entregar datos sensibles de atenciones médicas cuya información pudiera tener el carácter de privada de nuestras pacientes.
 6. Una última e importante recomendación es que sigan las indicaciones de vuestro abogado de confianza, de la misma manera con que los médicos indican que sus pacientes sigan las indicaciones de los profesionales de la salud en temas sanitarios.

C. RECOMENDACIONES DURANTE EL JUICIO

Ahora bien, si ya hemos sobrepasado las etapas anteriores y nos encontramos enfrentados al cuestionamiento final, en sede judicial, ya sea ante un proceso civil, cuyo vericuetos y formalidades son de alta complejidad o ante juicios penales, cuya exposición pública y eventuales consecuencias son de lata magnitud, podemos compartir algunas consideraciones que permitirán enfrentar esa vicisitud de la mejor manera posible.

Recordar que el lenguaje jurídico, las reglas y los tiempos del derecho son distintos a lo que como médicos estamos acostumbrados. Se dice que la medicina tiene una tradición griega y el derecho chileno una marcada tradición latina, por lo que el sustento conceptual de ambas ciencias es distinto. Las reglas y los modos de desarrollar la dinámica del juicio son muy diferentes de la dinámica de una atención sanitaria y una de sus mayores diferencias radica en que los tiempos judiciales son absolutamente diversos a los tiempos médicos. La oportunidad con que debe atenderse una urgencia, es de segundos, en cambio los plazos procesales más apremiantes son de días, cuando no de semanas. Una investigación penal puede fácilmente durar varios años y un juicio civil puede prolongarse incluso más. La recomendación

entonces es ejercitar la paciencia y comprender que durante semanas o incluso meses, una causa puede existir sin tener ningún cambio o novedad.

En términos generales, los medios de prueba son todos aquellos que franquea la ley, no obstante en materia de responsabilidad profesional médica, serán la ficha clínica y los peritos médico-legales los medios de prueba por excelencia en estos litigios, en donde la conducta médica cuestionada será ponderada de acuerdo a cómo fue desarrollándose la atención sanitaria, de acuerdo a los antecedentes clínicos registrados en la ficha y lo que ilustren los expertos en medicina (peritos). Con todos estos antecedentes un tercero, v.g. el tribunal definirá la inocencia o la culpa del profesional médico cuestionado.

No debemos olvidar que si bien la conducta que se investiga es una conducta médica, la decisión sobre la responsabilidad es un acto jurídico y tendrá elementos sanitarios, pero también elementos normativos que finalmente sustentarán una decisión. Serán abogados quienes presenten los argumentos inculpatorios o exculpatorios, serán abogados quienes acusen y quienes defiendan, serán finalmente abogados vestidos en togas, como jueces de primera instancia o como ministros de corte, quienes fallen y revisen el fallo de culpabilidad o inocencia, por lo que el apoyo legal es vital.

Pero convengamos también que, con todo, el abogado querellante, demandante o acusador, el abogado defensor y los propios jueces, lo que evaluarán es si la conducta imputada genera o responsabilidad legal. Y más allá de las disquisiciones normativas, la conducta evaluada en un juicio por presunta *mala praxis* médica es siempre un obrar o un omitir médico. Los tribunales entonces tendrán que ponderar si en la acusación o en la demanda hay sustento para sostener que existió una deficiente atención sanitaria que generó daños. Los tribunales deberán finalmente evaluar siempre, si el o la médica cuestionada actuó o no conforme a *lex artis*, y será la ley del arte (como aquella práctica médica generalmente aceptada por la medicina en un tiempo y lugar determinado para un paciente en concreto) y su aplicación al caso concreto lo que definirá hacia dónde se inclina la ciega balanza de la justicia: si hacia la condena por negligencia o hacia la absolución por haberse actuado correctamente.

Esa es entonces nuestra recomendación final y categórica, la mejor defensa ante un caso de negligencia médica es haber actuado correctamente, y conforme a la *lex artis*. Para ello, es fundamental que médicos y médicas desarrollen su

labor como lo han hecho hasta ahora, que a pesar de las falencias y brechas que muchas veces deben enfrentar por carencias de recursos, sean capaces de actuar de forma competente y oportuna. Y que cuenten con un sistema de protección médico-legal integral como el de FALMED, que es mucho más que el mejor seguro de protección civil.



FALMED

www.falmed.cl

Derecho Médico V se integra a la colección como un volumen especializado en ginecología y obstetricia, abordando los principales problemas medico-jurídicos que se presentan en el ejercicio clínico de esta especialidad. La obra analiza la responsabilidad civil, penal y administrativa del ginecoobstetra, la mediación en salud, la evolución de la jurisprudencia, el consentimiento informado, la violencia obstétrica y los efectos de la judicialización creciente de la práctica médica en este ámbito.

Siguiendo la línea desarrollada en los tomos anteriores, este libro ofrece un examen sistemático de la normativa vigente y de los criterios judiciales aplicados a casos concretos, con atención a la complejidad técnica y humana del acto médico.

El volumen ha sido elaborado de manera conjunta por abogados de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile y médicos de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, integrando miradas jurídicas y clínicas en un mismo análisis.



FALMED

ISBN: 978-956-6477-18-1



www.falmed.cl