

INFORME DE LA COMISION DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en la consulta formulada por la Sala acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

BOLETÍN N° 4.398-11.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, tiene el honor de absolver la consulta planteada en relación a la constitucionalidad del proyecto de ley señalado en el epígrafe.

Concurrieron especialmente invitados, el Ministro de Salud, señor Jaime Mañalich, y los asesores de esa Secretaría de Estado, señores Sebastián Pavlovic, Juan Cataldo y Eduardo Díaz.

Participaron, también, los profesores de Derecho Constitucional, señores Miguel Ángel Fernández y Tomás Jordán, a quienes la Comisión les solicitó que expusieran sus puntos de vista sobre el objeto de esta consulta.

Asimismo, se recibieron sendos informes escritos de las profesoras de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señoras Carmen Domínguez y Ángela Vivanco, los que se agregan como anexos de este informe.

ANTECEDENTES

Cabe señalar que la iniciativa en análisis ingresó al Senado, en segundo trámite constitucional, el 15 de enero de 2008, oportunidad en la cual fue enviada a la Comisión de Salud. Ésta lo informó, en primer lugar, en general, y posteriormente, en particular.

El primer informe de la Comisión de Salud fue aprobado por el Senado en sesión del 1 de abril de 2008, oportunidad en la cual el proyecto volvió a la mencionada Comisión, la que evacuó su segundo informe el 15 de octubre del mismo año.

Luego, la Sala, en sesión del día 28 de ese mismo mes, al tomar conocimiento del segundo informe y previo acuerdo de los Comités, resolvió que el proyecto se enviara a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con el objeto de que ésta informara acerca de su constitucionalidad. Dispuso, asimismo, que, posteriormente, si correspondiere, volviera a la Comisión de Salud.

-.-.-.-

Para realizar su cometido, la Comisión se abocó, en primer lugar, a la tarea de analizar el proyecto en detalle. Seguidamente, estimó oportuno escuchar la opinión de diversos profesores de derecho constitucional, según se consigna en un acápite posterior de este informe. Asimismo, realizó un estudio pormenorizado de las disposiciones de esta iniciativa que podrían vulnerar algún principio o precepto de nuestra Ley Fundamental.

Finalmente, se consignan las proposiciones que se someten a la consideración de la Sala.

-.-.-.-

I. Síntesis del proyecto de ley aprobado en segundo informe por la Comisión de Salud.

Este texto se compone de 43 artículos permanentes, agrupados en cinco Títulos, y una disposición transitoria.

El Título I, denominado “Disposiciones Generales”, contiene tres artículos.

El 1° precisa que el objeto de esta iniciativa es regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. El 2° dispone que las atenciones de salud deben ser otorgadas oportunamente y sin discriminación arbitraria alguna. El artículo 3° define lo que debe entenderse por prestador de salud, qué tipos de ellos existen y los deberes a los que quedan sometidos.

El Título II, referido a los “Derechos de las Personas en su Atención de Salud”, comprende los artículos 4° a 35.

Entre los principales derechos que consagran estos preceptos, cabe destacar el de recibir un trato digno y el de tener compañía y asistencia espiritual.

Destacan, asimismo, el derecho a recibir información sobre los tipos de acciones de salud a las que se someterá al paciente y, específicamente, el de ser informado en forma oportuna y comprensible acerca de su estado de salud (artículo 8°). Se precisa que esa información será proporcionada directamente a los mayores de catorce años y menores de dieciocho. Se agrega que los padres serán también informados, salvo que el menor solicite que no se proporcione esa información y ello no signifique un riesgo grave para su salud o su vida. Se indica que en caso de duda el profesional de la salud deberá consultar al comité de ética del establecimiento.

De igual manera, estas disposiciones regulan los derechos de los pacientes que están privados de razón o se ven enfrentados a una situación de emergencia.

El artículo 9° reconoce el derecho a no ser informado de la enfermedad que padece e indica las medidas que hay que adoptar en este caso. En este mismo sentido, se resguarda dicha información respecto de terceros, salvo que razones de salud pública así lo justifiquen.

También se consagra el derecho a recibir del médico tratante un informe legible que contenga datos que identifiquen al paciente, el período de tratamiento, el diagnóstico de la enfermedad que le afectó, los exámenes a los que fue sometido y los procedimientos efectuados, y a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si correspondiere.

Luego, en un párrafo especial, se consignan diversas normas referidas a la reserva de la información contenida en la ficha clínica.

En ellas se define la ficha médica, los deberes de reserva rigen respecto de su contenido y se señala quiénes y qué autoridades pueden acceder a su contenido.

Seguidamente, en un nuevo párrafo, se desarrolla el principio de la autonomía de las personas en su atención de salud, precisándose, en particular, el alcance del consentimiento informado.

Respecto de este último punto, se expresa que toda persona tiene derecho a aceptar o negarse a someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

A continuación, los artículos 17 y 18 reconocen los derechos de las personas que se encuentran en un estado de salud terminal. En este aspecto, la iniciativa regula la forma en que estos enfermos pueden

manifestar su voluntad, las obligaciones de los médicos tratantes y las limitaciones que rigen en esta materia.

El artículo 19 regula el derecho de los profesionales de la salud tratantes para acudir al comité de ética del establecimiento cuando tenga dudas acerca de la decisión adoptada por una persona o su representante que la exponga a graves daños a su salud o en riesgo de morir. En todo caso, si el paciente no está de acuerdo con la decisión del referido comité se prevé que él o su representante podrá solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva la revisión del caso.

El artículo 22 crea los Comités de Ética y las normas que les serán aplicables.

Los preceptos siguientes reconocen los derechos de las personas que participan en protocolos o procedimientos de investigación científica y los de los pacientes con discapacidad psíquica o intelectual.

En seguida el proyecto regula, en los artículos 25 a 32, los casos en que procede una hospitalización involuntaria y las medidas extraordinarias de aislamiento o contención física y farmacológica que se pueden adoptar respecto de determinados pacientes.

El artículo 32 impone al Ministerio de Salud el deber de crear una Comisión Nacional de Protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales y de comisiones regionales de protección cuyo propósito será velar por los derechos de estos pacientes. Asimismo, se define las funciones de ambos organismos.

En el párrafo octavo (artículos 33) se determinan la participación de los usuarios del sistema de salud en las instancias que con ese objeto se creen. Se impone al Ministerio de Salud el deber de reglamentar dichos mecanismos de participación.

El artículo 34 se refiere a los medicamentos e insumos y a los deberes de los prestadores de salud en esta materia.

El Capítulo III, bajo el epígrafe “De los deberes de las Personas en Salud”, agrupa los artículos 36 a 39.

Estos preceptos determinan los principales deberes de las personas en materia de salud, que son, básicamente, respetar los reglamentos internos de los prestadores de salud; informarse sobre el funcionamiento del establecimiento de salud donde se atenderán; cuidar las instalaciones y equipamiento del recinto hospitalario donde se

atiendan, e informar verazmente al equipo de salud que los atiende sobre los problemas de salud que afectan al paciente.

El Título IV, “Del Cumplimiento de la ley”, contiene los artículos 40 y 41.

Estas disposiciones reconocen el derecho a reclamar ante el prestador institucional que entregó la atención de salud, sin perjuicio de recurrir ante la Superintendencia de Salud. Además, establecen que un reglamento regulará el procedimiento de reclamo, los plazos que deberá cumplir el prestador para dar respuesta a los requerimientos que se le formulen y el registro de los mismos.

En el caso de los prestadores públicos, definen, asimismo, la forma en que se deberá hacer efectiva la responsabilidad administrativa en caso que se produzca una infracción a estas normas. En todo caso, precisan que la Superintendencia de Salud controlará el cumplimiento de las normas de esta ley y las sanciones que puede aplicar en caso que no se dé cumplimiento a las medidas que ha dispuesto.

Por otra parte, explicitan los derechos del prestador sancionado y las instancias y plazos dentro de los cuales puede recurrir de las sanciones que se le han aplicado.

El Capítulo V, “Disposiciones Varias”, consta de los artículos 42 y 43, que señalan que una persona jurídica constituida en los términos de esta iniciativa podrá disolverse, de conformidad con sus estatutos o en cumplimiento de una sentencia judicial.

Finalmente, su artículo transitorio dispone que esta ley entrará en vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial y que en ese lapso el Ministerio de Salud dictará sus reglamentos complementarios.

II. Exposición del señor Ministro de Salud

Al comenzar su presentación manifestó que, desde el punto de vista sanitario, en las últimas décadas el cuidado médico que se puede prestar a los pacientes ha vivido una verdadera revolución.

Hace cincuenta años, explicó, las posibilidades del quehacer médico de ofrecer vías de efectivo mejoramiento o sanación eran escasas o remotas. Actualmente, en cambio, la farmacología, las técnicas quirúrgicas y anestésicas y, en general, los instrumentos tecnológicos en medicina han alcanzado un gran desarrollo y han permitido ofrecer reales caminos de superación de las enfermedades. Con ello, el papel del médico frente al paciente ha adquirido un poder insospechado y una importancia decisiva.

Seguidamente, planteó que lo anterior se ha traducido en que el quehacer médico ha adquirido, frente al ciudadano, unos poderes de una magnitud insospechada. Esta nueva realidad obliga a precisar y acotar dichas facultades.

Por ello, diversos países han considerado prudente realizar una discusión muy profunda en ese ámbito, que se ha denominado “Reforma de la Salud”.

En nuestro país esa revisión ha dado lugar a la dictación de varios cuerpos legales, como las denominadas “Ley Auge” y la “Ley sobre Autoridad Sanitaria”.

Advirtió que, sin embargo, el primer proyecto de ley sobre esta materia fue enviado a trámite legislativo en junio de 2001 y se refería, precisamente, a derechos y deberes del paciente. Curiosamente, agregó, esta iniciativa -dentro del conjunto de proyectos relacionados- fue la que ha demorado más en su despacho.

Este proyecto, señaló, tiene que ver con la asimetría en la relación paciente-médico y con el carácter de agentes ¿? que tienen los prestadores de salud, cuestión que se profundiza cada vez más. Se trata, dijo, de un problema complejo, por la debilidad del ciudadano frente a un sistema de salud muy poderoso.

Informó que, en ese contexto, el año 2006 se envió un nuevo proyecto al Parlamento, sobre esta cuestión, el que fue objeto de discusión en general y en particular en la Comisión de Salud.

Afirmó que los principios inspiradores de esta iniciativa revisten la mayor importancia. Sobre ellos, a su juicio, debe abrirse un debate de carácter constitucional -que espera sea más bien breve- sin perjuicio de que algunos de sus preceptos deben ser reformulados, atendida la circunstancia de que han quedado obsoletos por el tiempo transcurrido y en atención a la velocidad con que actualmente ocurren los cambios en el mundo de la medicina.

Al efecto, señaló que a su juicio esta iniciativa debía incorporar nuevos preceptos y corregir algunos de los ya aprobados. Al respecto, sugirió intercalar entre los artículos 3º y 4º la siguiente norma:

“DE LA SEGURIDAD EN LA ATENCIÓN DE SALUD.

“Artículo xx.- Todo paciente tiene derecho a:

1.- Que los profesionales cumplan con las normas internacionalmente aceptadas con el fin de reducir el riesgo de:

1. Infecciones intrahospitalarias.
2. Errores de identificación.
3. Caídas durante la hospitalización.
4. Errores de medicación.
5. Errores de paciente, sitio, lado, tipo de cirugía o procedimiento.
6. Errores de comunicación que puedan determinar un daño al paciente.
7. Úlceras por presión.
8. Lesiones producidas durante el acto quirúrgico.

El Ministerio de Salud elaborará un reglamento para el adecuado manejo, registro e información de cada una de estas normas, el que deberá ser revisado y actualizado al menos cada tres años.

2.- Ser informado cuando ocurra un evento adverso.”.”.

En relación con este tema, consideró que cada vez es más claro que los sistemas de salud y las atenciones de salud pueden producir daño a las personas y que el derecho esencial que debe garantizarse frente a los sistemas de salud es que ese daño sea minimizado.

Resaltó que lo anterior no se encuentra previsto en el referido mensaje del año 2006.

Dijo que cuando un ciudadano enfrenta un sistema de salud, corre grave riesgo de adquirir una enfermedad, asociada o no a sus procesos de curación. No le parece correcto, desde el punto de vista de las garantías constitucionales de las personas, que un tema de esta magnitud no se vea reflejado en el texto del proyecto en análisis.

Estimó imprescindible que la ley sobre derechos de los pacientes garantice de manera universal la atención segura y no, como hoy se observa en la ley sobre Autoridad Sanitaria, que a los pacientes sólo se les reconoce ciertas garantías respecto de patologías AUGE, y no frente al universo de condiciones de salud que puede afectar a una persona.

Calificó lo anterior como una incongruencia bastante severa, de la cual este proyecto debe hacerse cargo.

A título de ilustración, insistió en que en el acápite de derechos debe contenerse un mínimo de ellos, debidamente consensuado, para lo cual propone el texto anteriormente transcrito. Esas garantías, añadió, se correlacionan con el cuidado adecuado de la salud.

A continuación, efectuó una revisión general del texto en discusión, en el cual fue destacando diversas redacciones respecto de las cuales sugirió diversas enmiendas, la mayoría de ellas de carácter formal.

Sin embargo, otras proposiciones plantean cuestiones sustantivas, algunas de ellas de naturaleza constitucional.

Entre estas últimas, mencionó -calificándolo como un punto constitucional complejo- la contenida en la letra c) del artículo 4º.

Esta norma, referida a la privacidad del paciente, a juicio del señor Ministro, presenta el riesgo de la invasión de los medios en el cuidado de la salud de las personas con fines publicitarios o propagandísticos y, en especial, la repercusión que ello puede tener para los menores de edad.

Enseguida, se refirió a las atenciones que entregan los prestadores de salud vinculados con instituciones universitarias que imparten carreras vinculadas con la salud. Sobre el particular advirtió que si bien la letra d) del mismo artículo 4º asegura el derecho del paciente de informarse que el establecimiento al que ingresó es de carácter docente, no se le asegura el derecho a negarse que estudiantes participen en su atención.

Asimismo, llamó a esta Comisión a efectuar una detenida reflexión sobre la constitucionalidad del artículo 9º, que consagra el derecho de los pacientes a no ser informados sobre su estado de salud.

Propuso, luego, agregar, como nueva letra d) del artículo 11, el derecho de todo paciente de identificar al profesional que actuó, respecto de él, como tratante principal.

Desde otro punto de vista, no divisa una razón determinante para mantener por quince años (y no por un plazo menor) en reserva las fichas clínicas, medida que presenta un alto costo y diversas dificultades.

Explicó que la ley vigente ya obliga a conservar, por diez años y con la debida reserva, las fichas médicas. Hizo presente que cumplir con este deber ya presenta dificultades operativas importantes.

En cambio, sí le parece importante precisar, en el mismo precepto, en beneficio del derecho de las personas, que también estará obligado a guardar reserva del contenido de las fichas clínicas el personal no vinculado a la atención directa del paciente. Manifestó que esta proposición es relevante, en especial por la administración electrónica de las fichas que se iniciará próximamente.

Asimismo, connotó que la prohibición de violar dicha reserva debe extenderse al total de los funcionarios de los establecimientos de la salud.

Por otra parte, en relación con el párrafo segundo de la letra d) del artículo 13, hizo presente que en el último tiempo se ha presentado una situación nueva y no regulada, referida a las empresas que ofrecen seguros complementarios de salud.

Ella consiste en que las referidas empresas solicitan diversas informaciones para evaluar o calificar la procedencia de ciertos cobros. Ello ya plantea una asimetría importante frente a las Isapres. Pero lo más importante, sostuvo, es que frente a estas solicitudes, es necesario consagrar el derecho del paciente de negarse anticipadamente a que se entreguen determinados antecedentes. Lo que ocurre, dijo, es que esa información general puede contener datos sensibles de esa persona y, por lo tanto, su difusión haría al paciente correr un riesgo importante. Por ello, reiteró, el paciente debería tener la posibilidad de prohibirle a su prestador de salud la entrega de información, aún cuando ello pudiera traducirse en que la prestación no fuera cubierta o pagada por el seguro.

Se refirió, asimismo, al inciso final del artículo 19, precepto que faculta a un profesional para no continuar como responsable de un tratamiento, a condición de que sea reemplazado por otro profesional técnicamente calificado. El señor ministro propuso precisar en esta norma que el reemplazante cuente con la calificación requerida de acuerdo al caso clínico específico.

Por último, destacó la importancia de revisar y perfeccionar las normas del proyecto referidas a la investigación científica y a los protocolos derivados de ella, que es un mercado poco desarrollado y escasamente regulado en nuestro medio. Sobre este punto, hizo notar que la industria farmacéutica ha encontrado crecientemente obstáculos en el primer mundo para desarrollar sus investigaciones, por lo que se ha volcado a países como el nuestro para llevar adelante su trabajo. Como aquí no existe una regulación detallada, los pacientes se encuentran en una situación de desprotección frente a estas investigaciones, cuestión que, a su juicio, debe recogerse en una normativa como la que ahora se analiza.

Concluyó su exposición manifestando que esta iniciativa, que promueve los derechos de los pacientes, que se encuentran en situación de debilidad frente al Estado y a los sistemas de salud, debe despacharse con la mayor celeridad posible. Pero, al mismo tiempo, señaló que era menester detenerse algunas semanas para considerar los planteamientos que ha expuesto precedentemente.

Ante una observación de los Honorables Senadores señores Sabag y Walker, don Patricio, en el sentido de que la competencia de esta Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento está acotada a verificar si el texto del proyecto se ajusta a nuestra Carta Fundamental y, por tanto, que las cuestiones técnicas o sustantivas debían ser conocidas por la Comisión de Salud, el Secretario de Estado reiteró la importancia de analizar en esta instancia el nuevo artículo propuesto y, en general, todo lo relativo a los derechos del paciente regulados en este proyecto. Resaltó, además, la necesidad de asegurar la debida coherencia de los preceptos que consagran esos derechos con las normas sobre derechos fundamentales contenidas en nuestro Código Político.

III. INFORMES SOLICITADOS

Para el debido cumplimiento de su cometido, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento estimó necesario conocer el parecer de especialistas que ilustraran el debate en lo concerniente a los aspectos constitucionales de la iniciativa.

Para estos efectos, solicitó las opiniones de los profesores de Derecho Constitucional señores Miguel Ángel Fernández y Tomás Jordán, las que constituyeron un valioso aporte para sus deliberaciones.

3.1. Exposición del Profesor señor Miguel Ángel Fernández

Estimó del caso referirse, en primer lugar, a la norma del proyecto, en su versión aprobada en general por el Senado, que autoriza a los menores, entre 14 y 18 años, para mantener bajo confidencialidad y, por ende, excluido del conocimiento de sus padres o tutores su estado de salud; en segundo lugar, al precepto que regula el acceso a la ficha clínica por parte de autoridades administrativas; y, por último, aludir al inciso final del artículo 4° del proyecto, que efectúa una reunión demasiado amplia al reglamento que regulará la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones a los pacientes.

En cuanto al derecho que la ley confiere a los menores entre 14 y 18 años para negar conocimiento a sus padres o representantes legales acerca de su estado de salud, conforme al artículo 8° del proyecto, señaló que este punto se vincula estrechamente con el derecho preferente y el deber que tienen los padres de educar a sus hijos, al cual el Estado debe otorgar especial protección, conforme a lo preceptuado en el inciso tercero del número 10° del artículo 19 de la Constitución Política.

Sostuvo que la norma del artículo 8° debía vincularse con lo preceptuado en los artículos 13 y 16 del proyecto. Con el primero, en cuanto se podría negar a los padres el conocimiento de la ficha clínica de sus hijos menores, y con el segundo, porque permite que el menor se oponga a que sus padres sean consultados para fines vinculados a su tratamiento.

Señaló que estimaba útil reflexionar a este respecto a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, contenido en el considerando 15 del fallo Rol N° 740, que expresa:

“(…) En cuanto derecho de los padres, es una *facultad de obrar* frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, *que se traduce en la elección del establecimiento* de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza *formal* y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes.

Y en cuanto deber constitucional se traduce en *obligaciones de hacer*, las que existen *tanto en la enseñanza formal* en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, *como en la enseñanza informal* en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe”.

Prosiguiendo con esa sentencia dictada, a propósito del Decreto Supremo N° 48, de 2007, que contemplaba normas sobre consejería de adolescentes en condiciones de confidencialidad, el Tribunal Constitucional estimó que ello no impedía a los padres “(…) *escoger el establecimiento educativo* de sus hijas *ni transmitir a éstas conocimientos y valores* sobre la vida sexual (...)”, puesto que no obstante “que la educación sexual es, por cierto, un aspecto de la educación en el que cobran relevancia especial los valores en que se fundamenta, y de ella *no puede excluirse a los padres de los menores que la reciban, lo que sería inconstitucional*”, las normas reglamentarias examinadas “no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres”.

Sostuvo que de los considerandos transcritos queda claro, en primer lugar, que el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendan dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, sustituyéndolo; que ese derecho se concreta en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal –lo cual aquí no es relevante- y también *en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes*; y, por su parte, que el deber de los padres de educar a sus hijos se traduce en *obligaciones de hacer*, tanto en el ámbito de la enseñanza formal, colaborando con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como *en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa* que les incumbe. En cuarto lugar, dijo, queda claro que lo relevante, para cautelar ese derecho y deber, es que los padres de los menores *no sean excluidos de la educación de sus hijos*, tanto en su vertiente formal, o sea, vinculada a la elección del establecimiento de enseñanza y a la acción educativa que éste lleve a cabo, como en la educación informal.

Precisó que en el caso del proyecto de ley que comento, ciertamente, no se trata de evaluar el respeto del derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos en el ámbito formal, o sea, en relación con la elección del establecimiento de enseñanza y en la actividad coordinada con éste en el proceso de enseñanza-aprendizaje, sino que tiene que ver con la educación informal, esto es, con el proceso formativo en valores que tiene por finalidad lograr el pleno desarrollo del menor.

Se preguntó si puede sostenerse, entonces, que mantener bajo reserva la situación de salud de un menor de edad, respecto de sus padres, tutores o representantes legales lesiona el derecho preferente de estos en orden a impartir valores que logren su pleno desarrollo, en cuanto los excluye de aquel proceso formativo integral.

Opinó que la respuesta tiene que ser afirmativa, desde que el desconocimiento de los padres acerca del estado de salud del menor entorpece o hace ilusoria o, incluso, inexistente la orientación y formación que ellos den a sus hijos, atendida su posición de ignorancia respecto de aquella situación.

En efecto, prosiguió exponiendo, la educación requiere, por quien la lleva a cabo, información y conocimiento del educando, de sus experiencias, de los dilemas y tribulaciones que enfrenta, así como también requiere saber acerca de sus alegrías y logros, satisfacciones y desafíos, con el objeto de acompañarlo y orientar esos procesos para enriquecer lo que ellos representan, facilitando medios con los cuales enfrentar esos y otros numerosos acontecimientos de la vida, en un proceso

que es recíproco y sin interrupción, pues el educador también aprende del educando, en este continuo y recíproco intercambio de formación en valores.

La educación, agregó, como pareció entenderlo el Tribunal Constitucional en la sentencia extractada, no es sólo la formación que se da al menor –y, en verdad, a cualquier persona, pues se trata de un proceso que dura toda la vida- con antelación a los hechos o sucesos donde aplicará los valores que se le han transmitido, sino que incluye también el proceso formativo durante la ocurrencia de los sucesos y en el momento de reflexión o consideración posterior a que hayan acaecido, de manera de extraer siempre las lecciones que surgen de ellos, valorándolas y reexaminándolas.

Siendo así, manifestó, este proceso continuo y recíproco, como ha dicho, se vería impedido cuando el padre o madre no tienen conocimiento de situaciones relevantes para el menor, como las que se vinculan con su estado de salud, aun cuando ella no sea grave o no se encuentre en riesgo, peligro o emergencia, pues incluso los asuntos menores y, ciertamente, lo positivo o negativo, es fuente propicia para el proceso formativo.

Lo contrario, dijo, es informar, instruir, adoctrinar, pero no comunicar, en un espacio común, ni reflexionar, en un proceso de acompañamiento recíproco, que se funda en un vínculo de confianza, respeto y amor que sustentan y llenan de contenido el derecho y deber de los padres a educar (no sólo a enseñar) a sus hijos.

Por eso, aseguró, el derecho y deber de los padres se ve impedido o, al menos, obstaculizado y puede llegar a resultar inútil cuando se los priva del conocimiento de cuestiones, relevantes o menores, acerca de su hijo, como sucede si se cubre con el velo de la confidencialidad su estado de salud.

En segundo lugar, examinó el artículo 13 del proyecto, que regula el acceso a la ficha clínica por parte de autoridades administrativas.

Este precepto señala que la ficha clínica permanecerá en poder del prestador, quien será responsable de la reserva de su contenido y deberá mantenerla por un período de, al menos, quince años.

Agrega esa norma que ningún tercero que no esté directamente relacionado con la atención de salud de la persona tendrá acceso a la información de la respectiva ficha, salvo que se trate del titular de la ficha clínica, de los Tribunales de Justicia, del Ministerio Público y de la

Defensoría Penal Pública, siempre que la información sea relevante y previa autorización del juez de garantía que corresponda.

Advirtió que, sin embargo, el proyecto agrega que la ficha también puede ser conocida por diversas autoridades administrativas, como el Ministerio de Salud, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, la Superintendencia de Salud, los Servicios de Salud, el Instituto de Salud Pública y el Fondo Nacional de Salud, “en los casos en que los datos sean necesarios para estudios estadísticos, de seguimiento, de salud pública, de fiscalización o para resolver acerca de la procedencia de determinados beneficios de salud o seguridad social”.

La misma norma señala que “para dichos efectos (esas entidades administrativas) podrán solicitar *informes sobre el contenido de la ficha*, así como *copia de toda o parte* de ella. En caso que las conclusiones o resultados sean divulgados, el tratamiento de la información emanada de las fichas deberá garantizar que ésta no pueda asociarse a persona determinada o determinable”.

Termina la norma disponiendo que los organismos públicos y privados que se encuentren facultados por la ley para fiscalizar o para resolver acerca de la procedencia de determinados beneficios de salud o seguridad social, sólo podrán solicitar un informe sobre *aspectos específicos* de la ficha clínica.

Al respecto, el profesor Fernández recordó que la Constitución, conforme con su artículo 19, número 4º, y el artículo 11 del Pacto de San José aseguran a todas las personas el derecho a la vida privada, tanto de ellas como de su familia, el primero, y el segundo que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (...)”.

Aludió, asimismo, a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida.

Se trata de amparar, entonces, por una parte, aquellos asuntos que se refieran a las características físicas y morales de las personas y a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, como la que se incluye en la ficha clínica, conforme se prescribe en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

En conclusión, dijo que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida privada, manteniéndola alejada del conocimiento de terceros, sin su consentimiento, lo cual incluye

antecedentes de su intimidad, entre los cuales se encuentra, obviamente, la ficha clínica.

Por lo anterior, indicó que, a su juicio, no aparecen razones de interés constitucional que admitan ese conocimiento por parte de autoridades administrativas, salvo para definir políticas públicas, pero, en ese caso, estas autoridades podrán acceder a la información que, con cualidad *general o estadística*, se desprende de esas fichas, evitando su conocimiento preciso, singularizado e individualizado.

Afirmó que no es constitucionalmente admisible que las fichas sean conocidas por autoridades administrativas, salvo que se le remita la información general y con carácter estadístico para adoptar decisiones vinculadas a sus competencias en la definición de políticas públicas en materia de salud.

En tercer lugar, analizó la letra c) del artículo 4° del proyecto, que efectúa -a su juicio- una remisión demasiado amplia al reglamento que regulará la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones a los pacientes.

En efecto, este precepto señalar las obligaciones de los prestadores de acciones de salud, les impone el deber de “arbitrar las medidas para proteger la privacidad de la persona durante la atención de salud y para evitar la toma de fotografías, grabaciones, filmaciones o entrevistas de uso periodístico o publicitario, salvo que exista autorización expresa de la persona y del profesional de la salud que corresponda”.

Agrega, en el párrafo final de la mencionada letra, que “el Ministerio de Salud deberá dictar un reglamento respecto de la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para fines de uso académico, de investigación científica, de seguridad *u otros*”.

Resaltó que este punto se sitúa, de lleno, en la potestad reglamentaria de ejecución, la cual debe ceñirse al mandato legislativo y, en ningún caso debe quebrantar, formal o materialmente, la Constitución.

Para que la potestad de ejecución, sin embargo, se encuadre dentro de la Constitución es menester que, primero, lo haga la ley, la cual debe reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”.

Siendo así, agregó, cabe preguntarse si la norma en comento, en virtud de la cual se autoriza al reglamento para normar acerca de la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para fines de uso académico, de investigación científica, de seguridad *u otros* contiene suficientes elementos que permitan verificar que se ha cumplido con las

exigencias de determinación y especificidad, en nexo, especialmente, con la alusión a *otros* fines que autoricen la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones.

En su opinión, es indudable que la ley no establece, con claridad, precisión y densidad suficientes, esos *otros* casos, con lo cual la autorización que se confiere al reglamento es amplísima, ya que permite, en definitiva, que se añaden nuevos fines -no precisados ni esbozados en la ley- que permitan ejecutar las acciones descritas, las cuales, conforme al mismo proyecto, son siempre excepcionales.

Por ello, sugirió eliminar la expresión “u otros”, contenida en el inciso segundo del artículo 4° del proyecto.

3.2. Planteamientos del Profesor señor Tomás Jordán

El señor Jordán manifestó el proyecto de ley contiene ciertas colisiones entre sus enunciados normativos y la Constitución Política, todos, posibles de ser subsanados en su tramitación legislativa, sin alterar mayormente la sustancia del proyecto.

Sostuvo que la ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud situó a la persona humana, usuaria de los subsistemas público y privado, como eje central de la relación de salud, disponiendo por primera vez derechos sociales exigibles con relación a cuatro garantías explícitas: acceso, oportunidad, calidad y protección financiera.

El proyecto sobre Derechos y Deberes del Paciente, agregó, viene a confirmar esta idea, consagrando para ello determinados derechos, pero también deberes, que ordenarán la relación entre éstas y los prestadores institucionales y personales.

Lo anterior se instituye como una garantía de doble alcance, toda vez que la vinculación entre paciente y prestador se sitúa en un punto de conocimiento de las reglas mínimas sobre respeto y protección mutua, ordenándose como un mecanismo de tutela de la relación, disminuyendo de este modo, las situaciones de arbitrariedad o las zonas grises.

Resaltó que el proyecto ejecuta especialmente el mandato estatal de garantizar “el libre e igualitario acceso a las acciones de salud” (inciso 2°) y el deber preferente del Estado de “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”. Asegura que la relación de salud sea libre e igualitaria, fortaleciendo la autodeterminación mínima de las personas en su relación con el prestador,

permitiendo que ésta se lleve a cabo con un criterio de igualdad entre las personas: sin distinciones o discriminaciones no justificadas.

Indicó que, desde un prisma constitucional, el texto precisa determinados derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, el principio de igualdad, el derecho a la libertad de información, la libertad personal, el derecho a la protección a la salud, entre otros.

Señaló que, desde un punto de vista propiamente constitucional, en el texto del proyecto pueden distinguirse, por una parte, disposiciones de contenido indeterminado, que confirieren un grado de subjetividad en su aplicación por parte de los prestadores de salud y de la autoridad administrativa; y, otras que potencialmente pueden vulnerar ciertos derechos fundamentales.

En cuanto a las primeras, connotó que estas normas, en sí mismas, no son inconstitucionales, sino que, por el grado de indeterminación de que adolecen, pueden acarrear una aplicación inconstitucional. En su opinión, son tres las normas del proyecto se encuentran en tal situación.

En primer lugar, mencionó los artículos 4°, letra c), y 8°, inciso final. El dispone que los prestadores deberán “Arbitrar medidas para proteger la privacidad de la persona en la atención de salud”, y el segundo señala que “los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información”.

Hizo presente que estos enunciados encargan al prestador la fijación del estándar mínimo y máximo de tales medidas. Esto podría llevar a situaciones de inconstitucionalidad en la aplicación de la ley si las medidas de tutela son tan reducidas que, en la práctica, afectan el derecho a la protección de la vida privada. El conflicto, aseguró, no podría resolverse mediante el procedimiento de reclamo ante el mismo prestador o la Superintendencia de Salud, ya que al no existir un parámetro prefijado, el órgano fiscalizador podría llegar a exigir únicamente la “existencia” de las medidas, sin considerar el contenido o la potencial vulneración de derechos por parte de ellas.

Al efecto, recomendó disponer en la ley ciertos estándares mínimos de aseguramiento del derecho a la vida privada, como, por ejemplo, los regulados en la ley sobre protección de datos personales.

En segundo lugar, se refirió al inciso quinto del artículo 18, referido a la declaración anticipada voluntaria de no someterse a procedimiento o tratamiento vinculado a acciones de salud. Resaltó el precepto de esta norma que dispone que en dicha declaración no se podrán

incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico.

Señaló que la potencial inconstitucionalidad estriba en que la norma aparentemente expresa una alternatividad de sujeción normativa, es decir, la declaración no puede ser contraria al ordenamiento jurídico vigente o a los mandatos del arte médico, pudiendo entenderse, en razón de su redacción, que una acción, aunque no se ajuste al ordenamiento jurídico vigente, si es procedente por ser acorde con el arte médico. Sin embargo, aclaró, siempre las acciones se deben ajustar al ordenamiento jurídico vigente o al arte médico siempre y cuando éste no sea contrario al ordenamiento jurídico.

Luego se refirió a las normas del artículo 28, relativo a la hospitalización involuntaria. En este punto, asegura que no se indica autoridad determinada que pueda ordenar esta medida, siendo que, en la práctica, son variadas las personas que pueden ordenar la internación involuntaria, entre ellas, la Autoridad Sanitaria Regional. Por esto, habría un potencial conflicto constitucional en el inciso tercero de este artículo, por cuanto éste dispone que “La Autoridad Sanitaria Regional velará por el respeto de los derechos de las personas ingresadas en instituciones de salud mental, y autorizará el ingreso o revisará la legalidad e idoneidad de todas las hospitalizaciones (...)”

Llamó la atención en el sentido de que la Autoridad Sanitaria Regional puede ordenar la internación no voluntaria, pero al mismo tiempo la ley lo faculta para controlar la legalidad de dicha medida. Lo anterior, agregó, podría vulnerar el justo y racional procedimiento administrativo, en razón que el control lo realiza la misma persona que resuelve, y especialmente afecta las funciones de la Contraloría General de la República, pues es éste órgano el que realiza el Control de legalidad de los actos de la administración, y no las autoridades administrativas.

Por último, manifestó que otra norma que presentaría un riesgo de potencial conflicto de constitucional es el inciso final del artículo 36, que expresa que “tanto las personas que solicitan o reciben atención en salud por parte de un prestador institucional, con sus familiares, representantes o quienes los visiten, asumen el deber de respetar el reglamento interno de dicho establecimiento”.

Informó que el eventual conflicto consistiría en que se repita en el ámbito de la salud la dificultad observada en materia educacional con los reglamentos internos de los colegios, que se han estimado obligatorios independientemente de si los reglamentos vulneran o no derechos fundamentales. El problema se produce por que los tribunales han entendido que la autonomía que tienen los establecimientos educacionales para dictar reglamentos internos conlleva un imperativo

absoluto de cumplimiento de ellos, de manera que los recursos de protección que se presentan en contra de algunas disposiciones de los reglamentos se han rechazado por cuanto los tribunales han entendido que el actuar del colegio conforme al reglamento no vulnera los referidos derechos. Hay una doble presunción: de legalidad y de constitucionalidad de los reglamentos.

A continuación, el profesor Jordán abordó tres aspectos en los cuales detecta afectación de derechos fundamentales.

En primer lugar, se refirió al artículo 9º del proyecto, que dispone que “Toda persona tiene derecho a manifestar por escrito su voluntad de no ser informada, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona o que por razones de orden sanitario, resulte necesario la adopción de conductas y hábitos especiales”.

Estimó que en esta disposición falta la hipótesis “que lo exija la protección de su propia vida”, toda vez que el derecho a la vida se ordena en la Constitución Política como un derecho de no vulneración que se ejerce en contra del Estado y los terceros, pero también como un “deber” de conservación de su propia vida. Bajo esta premisa, en su opinión corresponde que el derecho a no ser informado tenga como límite, no sólo razones de orden sanitario o el amparo de la vida de otra persona, sino para la protección de la propia vida.

En segundo término, observó dos posibles inconstitucionalidades que afectarían el derecho a la vida privada, por la forma en que el artículo 13 regula lo relativo a la ficha clínica.

La primera, y de carácter general, se refiere al acceso que tienen personas y organismos a la ficha clínica, enunciados en los literales de este artículo.

Respecto de este punto, recordó que el derecho a la vida privada en nuestra Carta Fundamental no tiene límites internos (propios del derecho) y no remite a la ley su desarrollo. De esta manera, para determinar los límites al derecho a la intimidad se recurre al Pacto de Derechos Civiles y Políticos que expresa en su art. 17 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. La norma permite limitar por ley la intimidad siempre que existan razones justificadas.

De lo anterior, derivó la necesidad de revisar las razones que establece el artículo 13, por las cuales se puede acceder al contenido de la ficha clínica. Aseguró que la letra d) indica una serie de fines indeterminados, pues, por ejemplo, no son claras las solicitudes para “fines estadísticos”, “de seguimiento”, “de fiscalización”. Opinó que, se debe revisar

especialmente el acceso al contenido de la ficha para fines “estadísticos”, pues hay que examinar qué información es necesaria entregar y cual no, y así evitar entregas que vulneren la vida privada.

La segunda observación se vincula al inciso final de este artículo, que deja en poder del prestador la facultad de entregar información de la ficha clínica para fines de investigación científica o epidemiológica.

Afirmó que el posible problema estriba en que recae en el prestador la facultad de otorgar el acceso a la ficha clínica para fines de investigación y el alcance de tal acceso, disponiéndose un imperativo de confidencialidad sólo a estos terceros que acceden al contenido de la ficha. De esta forma, continuó exponiendo, podría pasar que el prestador otorgue un acceso demasiado abierto para fines de investigación y sean muchos los terceros que conozcan al contenido de la ficha, desvirtuándose de este modo el fin de confidencialidad buscado por la ley.

El profesor Jordán concluyó su exposición destacando que los artículos 22 y 24 de esta iniciativa facultan al Ministerio de Salud para que regule ciertas materias a través de la potestad reglamentaria. Sin embargo, advierte la dificultad de que en esos artículos el proyecto autoriza al reglamento para fijar determinadas facultades a esa Secretaría de Estado, como “acreditar y controlar”, en el artículo 22, y para “aprobar protocolos”, en el artículo 24.

Recordó que, sin embargo, de acuerdo al artículo 65 de la Constitución Política, la determinación de funciones y atribuciones de los servicios públicos son materia de ley y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

3.3. Minutas de las profesoras de Derecho Constitucional, señoras Carmen Domínguez y Ángela Vivanco.

Poco antes de concluir su trabajo, la Comisión recibió sendos documentos que contienen las opiniones de las mencionadas especialistas en relación al proyecto de ley en informe. Ellos fueron tenidos a la vista durante el debate y agregados como anexos del presente informe.

- - - - -

IV. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en primer lugar, precisó el alcance del encargo que le formulara la Sala, a instancia de los Comités, con el objetivo de delimitar su competencia y definir la forma en que lo cumpliría. Al respecto, se recordó que la Corporación dispuso que estos antecedentes se remitieran a la Comisión de Constitución a fin de que estudiara su constitucionalidad y, si fuere necesario, volviera a la Comisión de Salud.

Se señaló que una de las hipótesis en que el proyecto podría volver a la Comisión de Salud es la necesidad de enmendar la inactiva para superar observaciones de constitucionalidad que podrían surgir del análisis de esta Comisión.

Otra razón que exigiría que el proyecto volviera a la Comisión de Salud es para considerar las proposiciones sobre cuestiones complementarias que ha planteado el Ministro de Salud en su exposición, que se ha reseñado precedentemente. Se estimó que, en efecto, parece razonable que una nueva Administración tenga la oportunidad de presentar sus puntos de vista sobre la materia a que se refiere el proyecto en la Comisión técnica encargada de su estudio sustantivo, particularmente si, como lo ha expresado el mencionado Secretario de Estado, a juicio de ellos, a esta iniciativa se le deberían agregar nuevos preceptos.

Sin perjuicio de lo anterior, **el Honorable Senador señor Espina** consideró necesario dejar constancia de que si bien en esta oportunidad la Comisión debía, básicamente, poner de relieve las cuestiones de constitucionalidad que presenta esta iniciativa, él tenía discrepancias respecto del fondo de varias de sus disposiciones. Por ello, aclaró que, no obstante estimar que algunas de sus normas se ajustan a la Carta Fundamental, podría, más adelante, rechazarlas por consideraciones de otra naturaleza.

Luego, la Comisión revisó pormenorizadamente el texto del proyecto sometido a consulta, así como los informes recibidos y las opiniones emitidas por los personeros invitados.

En seguida, se abocó al examen de aquellas disposiciones que, a la luz de los antecedentes tenidos a la vista, podrían dar lugar a cuestionamientos de constitucionalidad. En cada caso adoptó los acuerdos que se indican a continuación.

1. Derecho a la privacidad y a la honra de las personas, especialmente de los menores.

El análisis de este aspecto se originó en la consideración de la letra c) del artículo 4°. Esta norma es del siguiente tenor:

“c) Arbitrar las medidas para proteger la privacidad de la persona durante la atención de salud y para evitar la toma de fotografías, grabaciones, filmaciones o entrevistas de uso periodístico o publicitario, salvo que exista autorización expresa de la persona y del profesional de la salud que corresponda.”.

Sobre este precepto, **el Honorable Senador señor Larraín** indicó que no parece que él desproteja los señalados derechos, sin perjuicio de que pudiera esperarse de su redacción un mayor rigor para amparar de mejor forma estas garantías, especialmente tratándose de menores de edad.

El Honorable Senador señor Chadwick precisó que se trataría más bien de una mayor precisión jurídica y no propiamente constitucional, toda vez que, en sus actuales términos, la norma no vulnera la Carta Fundamental. Al efecto, propuso agregar, después de la palabra “persona”, la segunda vez que aparece en el párrafo primero de la letra c), la expresión “o su representante legal”, a fin de explicitar que se incluye a los menores de edad en el propósito de proteger la privacidad.

El abogado del Ministerio de Salud, señor Pavlovic, manifestó que la duda que tenía esa Secretaría de Estado respecto de esta norma se refiere, precisamente, a la mejor forma de proteger la privacidad de los menores de edad, incluso frente a sus propios representantes legales quienes, movidos por un estímulo económico, en ocasiones, podrían permitir que se afecte la privacidad de sus pupilos. De esta forma, la pregunta que surge es si, en esas circunstancias, el menor que no desea ser filmado o grabado puede imponer su voluntad por sobre la de sus representantes.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, expresó dudas acerca de la proposición formulada por el Honorable Senador señor Chadwick.

El Honorable Senador señor Larraín reiteró la importancia de asegurar en términos claros la privacidad de los menores. Puso la hipótesis de un menor hospitalizado, que no contará en forma permanente con la compañía junto a él de su tutor o representante. Así, agregó, la decisión podría quedar entregada al recinto hospitalario. Insistió en la necesidad de redactar este precepto en términos a un mismo tiempo

amplios y perentorios, de manera de evitar la exposición pública de los menores en situaciones de intimidad.

El Honorable Senador señor Chadwick compartió la proposición anterior y añadió que no era partidario de consagrar excepciones a las reglas generales de derecho y, en este sentido, cuestionó la idea de dar al menor la posibilidad de decidir, por ejemplo, sobre su participación en un programa de televisión.

En definitiva, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, la Comisión acordó proponer que se revise la redacción del precepto analizado y se le corrija con el propósito de asegurar de mejor forma la privacidad y honra de los menores.

2. Derecho del paciente a no ser informado.

Se consideró, a continuación, el inciso primero del artículo 9º del proyecto, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 9º.- Toda persona tiene derecho a manifestar por escrito su voluntad de no ser informada, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona o que, por razones de orden sanitario, resulte necesaria la adopción de conductas y hábitos especiales por parte de ella. Podrá designar, en ese mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva.”.

El Honorable Senador señor Larraín opinó que esta disposición plantea la pregunta sobre si corresponde efectivamente a toda persona el derecho de no ser informado de una dolencia o enfermedad que le afecta; es decir, agregó, si puede fundarse en la libertad personal o en la autonomía de la voluntad la posibilidad de negarse a recibir información sobre una enfermedad que padece.

El abogado del Ministerio de Salud, señor Pavlovic, informó que en el estado actual del debate bioético este tema es aceptado y no se cuestiona, si bien se reconocen ciertas excepciones, como la protección de terceros.

El Honorable Senador señor Larraín hizo presente que en caso de consagrarse el derecho a no ser informado surgiría el problema de definir a quién se traslada la responsabilidad de ciertas decisiones que surgen inevitablemente del tratamiento de las enfermedades. Por ejemplo, dijo, si el diabético decide no informarse, ¿quién decide, más adelante, si amputarle o no la pierna?

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, previno que la vida del enfermo es un bien valioso que debe protegerse con el mayor cuidado. Por lo tanto, acotó, en este punto está en discusión el propio derecho a la vida consagrado en el número 1° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

El Honorable Senador señor Larraín expresó que el paciente que se ha hecho exámenes de salud, que está siendo atendido por un médico o está hospitalizado, carece de ese derecho a no ser informado.

A este respecto se recordó que el profesor señor Jordán señaló en su exposición a esta Comisión que “el derecho a la vida se ordena en la Constitución política de 1980 como un derecho de no vulneración que se ejerce en contra del Estado y los terceros, pero también como un “deber” conservación de su propia vida. Bajo esta premisa, corresponde que el derecho a no ser informado tenga como límite, no sólo razones de orden sanitario o para el amparo de la vida de otra persona, sino para la protección de propia vida”.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, hizo suyo este criterio y acordó proponer que se agregue en el inciso primero del artículo 9° la protección de la propia vida como una excepción adicional al derecho de no ser informado.

3. Reserva de la ficha clínica.

Otro asunto que, desde el punto de vista constitucional, despertó el interés de la Comisión fue el referido a la posibilidad de que el asegurado se oponga a que la compañía de seguros tome conocimiento de la ficha clínica del paciente u otros antecedentes relativos a su situación de salud.

El Honorable Senador señor Larraín resaltó que la Ley sobre Datos Sensibles regula esta situación, explicando que los informes médicos o, en general, los referidos a la salud de una persona forman parte de su privacidad, salvo que la ley permita expresamente a terceros tomar conocimiento de ellos.

Sin embargo, agregó, la ley podría exigir la entrega de los señalados antecedentes para fines estadísticos, caso en el cual la información debe ser comunicada en forma que no permita la individualización de las personas a las cuales se refiere. Reiteró que todo antecedente necesario para mejorar el diseño y la ejecución de políticas

públicas debe ser entregado a la autoridad, pero no parece admisible -como ocurre en el caso de la norma en comento- que se vulnere el derecho a la vida privada si, al hacer pública la información, se permite la individualización de personas. Lo que procede, insistió, es la entrega de datos anónimos para fines estadísticos.

En consecuencia, concluyó, la norma en análisis podría generar conflictos, dada la amplitud de su redacción.

Sobre este particular, se recordó lo expresado por el profesor Miguel Angel Fernández en el sentido de que “aun cuando se adopten resguardos para mantener la confidencialidad del contenido de la ficha, no es constitucionalmente admisible que sea conocido por autoridades Administrativas, salvo que se le remita la información general y con carácter estadístico, para adoptar decisiones vinculadas a sus competencias en la definición de políticas públicas en materia de salud”.

También se hizo presente que el profesor Jordán ya había observado este punto, señalando que la letra d) del artículo 13 “indica una serie de fines indeterminados” no quedando claro “las solicitudes para fines estadísticos, de seguimiento y de fiscalización”. Señaló el profesor Jordán que el precepto no explica de qué tipo de fiscalización se trata ni a quiénes se refiere y que, en todo caso, convendría precisar qué información es necesario entregar para evitar entregas que vulnere la vida privada.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, puso de relieve que, en ocasiones, es necesario identificar a las personas enfermas para, por ejemplo, hacer seguimiento de ciertas situaciones de salud que pueden acarrear efectos a terceros, como es el caso de enfermedades contagiosas.

El Honorable Senador señor Chadwick coincidió con lo expuesto por el Honorable Senador señor Walker, don Patricio, y en consecuencia sugirió precisar que la información que se entregue sólo tendrá por finalidad el “seguimiento de salud pública o de fiscalización...”.

El abogado señor Pavlovic afirmó que si bien el artículo 13 contiene un listado extenso de instituciones que pueden requerir información, la inclusión de cada una de ellas se puede justificar por las funciones que la ley impone cumplir a cada una de ellas. Admitió, sin embargo, que siempre es posible mejorar la redacción de la norma para asegurar mayores niveles de protección de la privacidad de las personas, proponiendo fórmulas como encriptar los datos, y distinguir, por esta vía, la información que se puede entregar a cada entidad, u otras.

En definitiva, los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, concordaron en que la letra d) del artículo 13 del texto aprobado por la Comisión de Salud en segundo informe, vulnera la garantía del número 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental y, en consecuencia, debe ser reformulada para hacerla concordante con el texto de la Ley sobre Datos Sensibles, acotando la entrega de información solamente para fines estadísticos.

4. Investigaciones científicas.

Seguidamente, la Comisión revisó los artículos 23 y 24 del texto aprobado por la Comisión de Salud.

Estas normas se refieren a la participación de personas en protocolos de investigación científica.

El Honorable Senador señor Larraín sostuvo que el elemento que vincula estos preceptos con los derechos a la vida y a la integridad física y síquica de las personas es el riesgo involucrado en el experimento o la investigación científica de que se trate, lo que, desde la perspectiva constitucional, no se encuentra debidamente resguardado en estas disposiciones. En su opinión, debe velarse porque los experimentos no pongan en riesgo los mencionados derechos.

Además, hizo notar que la oración final del inciso primero del artículo 23 alude a “esta” decisión, pareciendo referirse a la expresión de voluntad afirmativa, que acepta en someterse a un protocolo de investigación. Sin embargo, señaló que cualquiera sea la decisión del paciente, en ningún caso ella podrá significar menoscabo en su atención de salud ni menos sanción alguna.

Por lo anterior, propuso sustituir la expresión “esta decisión” por otra más amplia que garantice que cualquiera que sea su opción -afirmativa o negativa- que adopte una persona que participa en alguna investigación científica ello no la perjudique.

El Honorable Senador señor Chadwick destacó que el artículo 23 se refiere a “cualquier tipo de protocolo”, en circunstancias que la norma debería aludir explícitamente a los protocolos límite, experimentales o vinculados con procedimientos o drogas en etapa de estudio.

El abogado señor Pavlovic trajo a colación algunas normas de la Ley N° 20.120, sobre investigación científica en seres humanos.

Aseveró que no existe ninguna investigación científica, sobre todo las relativas a medicamentos nuevos, que esté exenta de riesgos. Por ello, agregó, se han creado los Comités Éticos Científicos que operan como tutela de ese doble carácter a través de una evaluación que busca verificar que el protocolo respete las normas y principios internacionalmente aceptados para la protección de personas sujetas a experimentación

En definitiva, los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, concordaron en que las normas de esta iniciativa referidas a investigación científica deben complementarse, exigiéndose que las personas que sean objeto de experimentos científicos sean debidamente informadas acerca de los riesgos que el nuevo procedimiento o medicamento involucra para su vida y su integridad física y síquica, de la vida del que está por nacer –en el caso de las mujeres embarazadas- y del riesgo de contagiar a terceros.

5. Derecho de los padres a educar a sus hijos

El Honorable Senador señor Chadwick señaló que las normas contenidas en los artículos 8°, inciso primero, 13 y 16, en cuanto facultan al menor de edad para solicitar que sus representantes legales no sean informados respecto de su salud, antes que presentar un problema jurídico, constituyen un obstáculo en el cumplimiento de la función que específicamente les corresponde a los padres, especialmente en el caso de las familias más pobres. En efecto, agregó, no imagina que un padre que está pagando un honorario médico permita que el profesional no le informe acerca de la salud de su hijo menor porque éste le ha instruido en ese sentido. Ello le parece simplemente inaceptable, tanto en su rol de padre como de sostenedor. En ese caso, agregó, simplemente visitará otro médico, opción que no podrán tomar los padres que no disponen de los recursos necesarios para ello.

Opinó que este tipo de normas van en contra del sentido común, crean una situación inaceptable y, por tanto, las desaprueba.

El Honorable Senador señor Larraín, desde una perspectiva jurídica, hizo notar que a los padres, constitucionalmente, les corresponde la responsabilidad de formar a sus hijos. En este sentido, añadió, evidentemente que la negación de información relevante sobre aspectos importantes de la vida de los menores, les impide asumir debidamente ese deber.

Aún peor, dijo, la redacción del artículo 8º, no sólo impide a los padres ejercer su función de tales, sino que, en definitiva, hace radicar la responsabilidad en el médico tratante, quien en caso de duda deberá consultar al Consejo Ético Científico.

En síntesis, planteó que por las consideraciones de sentido común anotadas por el Honorable Senador Chadwick y por las razones de texto constitucional indicadas, no parece aceptable esta norma que entraba a los padres ejercer el deber que la Carta Fundamental les impone respecto de sus hijos.

El Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Salud, señor Sebastián Pavlovic, hizo notar que el mismo profesor Miguel Ángel Fernández advirtió que la norma en discusión, aprobada por la Comisión de Salud, está conforme con el criterio del Tribunal Constitucional, expresado al analizar una situación análoga en el marco del examen de las normas nacionales de regulación de fertilidad. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional dijo que no se oponía al derecho y deber de los padres la posibilidad de garantizar la atención de salud a adolescentes en situación de confidencialidad.

Esto último implica reconocer el derecho que tienen los adolescentes a tener una relación médico-paciente que es, al mismo tiempo, una garantía-deber de los profesionales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional recoge las normas internacionales respecto a los derechos de los menores.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señaló que siendo claro el tenor literal y el espíritu de la Carta Fundamental, que confía a los padres un papel fundamental en la formación de los hijos y atendiendo -más allá de las garantías personales- las razones de sentido común expresadas, consideró que la norma en debate es, a lo menos, de dudosa constitucionalidad.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, estimó que en esta situación debe primar el derecho de los padres a ser siempre informados cabalmente.

6. Fijación de estándares en la protección de la privacidad de las personas en la atención de salud y de la confidencialidad en la entrega de información.

Sobre este aspecto, se tuvo presente que la letra c) del artículo 4º obliga a los prestadores de servicios de salud a “arbitrar medidas para proteger la privacidad de la persona durante la atención en

salud” y que el inciso final del artículo 8° exige a los mismos prestadores “adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad” durante la entrega a las personas de la información sobre la salud de las mismas”.

Se recordó, asimismo, que si bien el profesor Jordán no consideró abiertamente inconstitucionales estas expresiones, opinó que la amplitud de ellas podría llevar, en la aplicación de las mismas, a vulneraciones del derecho a la protección de la vida privada, según se expuso más atrás.

Los Honorables Senadores señores Chadwick y Larraín, observaron que estas normas presenten, más bien, un problema de redacción o de énfasis, antes que de constitucionalidad.

Sugirieron, por ello, redactar estos preceptos en términos más perentorios, de manera de establecer en forma fehaciente o asegurar con eficacia la privacidad de las personas. Se recomendó utilizar en la redacción de los preceptos frases más precisas y que, además, posibiliten hacer efectivas las subsecuentes responsabilidades, en caso de que efectivamente su incumplimiento dé lugar a la vulneración de la garantía del número 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

La Comisión aprobó esta proposición de perfeccionar la redacción de las referidas normas por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Larraín y Walker, don Patricio.

7. Equivalencia entre ordenamiento jurídico y arte médico.

Como ya se ha señalado, el artículo 18 faculta a las personas a manifestar anticipadamente su voluntad de no someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

El inciso quinto de esta disposición precisa que en esa declaración “no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico”.

En relación con esta norma, el profesor Jordán afirmó que ella pone en pié de igualdad lo legal o el ordenamiento jurídico con las artes médicas, de manera que una determinada acción, aunque no se ajuste al ordenamiento jurídico vigente, sería igualmente procedente por ser acorde con el arte médico, en circunstancias que siempre las acciones deben ajustarse a derecho.

Manifestó que, a raíz de la utilización en la norma de la disyunción “o”, podría presentarse el caso de contradicciones entre el orden legal y los usos médicos.

Sin embargo, **la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, fue del parecer que la redacción de la oración inicial del referido inciso quinto presenta un cierto grado de ambigüedad, mas no de inconstitucionalidad.**

Concurrieron a este acuerdo los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Larraín y Walker, Patricio.

8. Dominio legal y potestad reglamentaria.

La Comisión también concordó con el reparo planteado por el profesor José Miguel Fernández, consistente en que la expresión “u otros” utilizada en el párrafo segundo de la letra c) del artículo 4° no se ajusta al ordenamiento constitucional.

Se estimó que dicha expresión es indeterminada y excesivamente amplia, de manera que no cumple con los requisitos de determinación y especificidad que toda norma legal debe cumplir al formular encomiendas al reglamento.

Tuvo en cuenta, también, que reiteradamente el Tribunal Constitucional ha señalado que los encargos a la potestad reglamentaria deben ser limitados, precisos y circunscritos.

Teniendo presente, además, las disposiciones de los artículos 65, sobre dominio legal, y 32, número 6°, sobre potestad reglamentaria, de la Carta Fundamental, la Comisión acordó proponer la supresión de la referida expresión “u otros”.

Este acuerdo se adoptó por la misma unanimidad anterior.

9. La fijación de funciones de los empleos públicos es materia de ley.

A continuación, la Comisión analizó el reparo que el profesor Tomás Jordán formulara a los artículos 22 y 24 del proyecto.

El mencionado abogado llamó la atención que ambas disposiciones encargan al reglamento establecer facultades para la

autoridad sanitaria en ciertos ámbitos, en circunstancias que las atribuciones de los órganos públicos deben regularse por ley.

Sobre este punto, la Comisión tuvo presente que, en efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política, las atribuciones de los empleos públicos deben fijarse mediante ley.

En consecuencia, por la misma unanimidad, acordó informar a la Sala que los referidos preceptos del proyecto en discusión deben corregirse, omitiéndose el mencionado encargo al reglamento. Las funciones, facultades y atribuciones a que se refieren los artículos 22 y 24 deberán consignarse en este mismo proyecto de ley o en otro, según se estime conveniente.

10. Fiscalización de la hospitalización involuntaria.

En seguida, la Comisión consideró las normas del artículo 28 del proyecto de ley aprobado en segundo informe por la Comisión de Salud.

Este precepto regula lo relativo a las hospitalizaciones involuntarias en términos tales que podría ocurrir que la autoridad sanitaria regional disponga una internación de esa naturaleza. Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo encarga precisamente a esa autoridad revisar la legalidad de dicha internación.

En estas circunstancias, se estimó que la norma debería construirse de manera distinta a fin de asegurar un justo y racional procedimiento administrativo, evitando que una autoridad dicte una resolución y, al mismo tiempo, sea la llamada a fiscalizarla.

La Comisión acordó, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick y Walker, don Patricio, sugerir que esta norma sea redactada por la Comisión especializada de forma tal que se subsane el reparo ya señalado.

11. Observancia de los reglamentos internos de los establecimientos de salud

Como se consignó precedentemente, el profesor Tomás Jordán cuestionó el inciso segundo del artículo 36 del proyecto en análisis, que manda a los pacientes, sus familiares, representantes y visitas a asumir el deber de respetar el reglamento interno de los establecimientos de salud. Su reparo lo fundó en que la norma atribuiría a dichos reglamentos

una presunción de legalidad y constitucionalidad, en circunstancias que ellos bien podrían vulnerar garantías constitucionales.

El Honorable Senador señor Chadwick hizo presente que la función propia, específica de un reglamento es fijar procedimientos, precisar regulaciones, establecer limitaciones. En todo ello, agregó, se da por supuesto la subordinación de la norma reglamentaria a las de orden legal y constitucional, de acuerdo al principio fundamental que estructura nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, concluyó, resulta innecesario advertir que las normas reglamentarias deben ajustarse a las de mayor jerarquía.

La Honorable Senadora señora Alvear concordó con la afirmación anterior y añadió que, para hacer frente a una norma reglamentaria que ha trasgredido otra de carácter legal o constitucional existen diversas vías en nuestro sistema.

A la luz de estas consideraciones, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick y Walker, don Patricio, desechó esta observación.

12. Muerte digna y eutanasia.

Luego, la Comisión se detuvo a analizar las disposiciones contenidas en el artículo 17, sobre el estado de salud terminal.

En lo pertinente al trabajo de esta Comisión, cabe señalar que este precepto, en su inciso primero, faculta, a la persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, para otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, agregando que, en ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Su inciso segundo impide el ejercicio de este derecho de elección cuando se ponga en riesgo la salud pública.

Su inciso tercero señala que, para el correcto ejercicio del referido derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Por su parte, el inciso cuarto de este artículo asegura a las personas que se encuentren en este estado el derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, añade, este tipo de enfermo tiene derecho a los cuidados paliativos que le permitan hacer

más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

En relación con estas disposiciones, **la profesora señora Carmen Domínguez** formuló algunos comentarios. En primer lugar, afirmó que resulta impropio regular esta materia, y que, pese a tratarse de una cuestión extremadamente seria, la redacción de la norma presenta ambigüedades; no prohíbe expresamente la eutanasia en todas sus formas; no define lo que se entenderá por “salud terminal” y, además, da, erradamente, a la “artificialidad” una connotación negativa, en circunstancias que el concepto “artificial” es neutro y tendrá una connotación positiva o negativa dependiendo de la funcionalidad que se le dé en beneficio del ser humano.

Por su parte, **la profesora señora Ángela Vivanco** se refirió también a este aspecto, pero vinculando lo preceptuado por el artículo 17 con las normas contenidas en el artículo 14.

En efecto, aseguró que este último consagra “el 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 17, lo que a su juicio, implica un resguardo total de la autonomía de la voluntad del paciente, sin hacer distingo de si es desproporcionado o no. Resalta que el único límite de este derecho es lo señalado en el artículo 17, esto es, que el paciente terminal, al denegar su voluntad para someterse a un tratamiento, en ningún caso lo podrá hacer con el objetivo de acelerar artificialmente el proceso de muerte.

De estas redacciones, prosigue exponiendo la profesora Vivanco, se colige que la única situación limitada respecto del amplio derecho del artículo 14 es la referida al enfermo terminal, luego, se encuentra excluido del artículo 17 y no es excepción del 14 la situación del enfermo crónico ni de aquel en grave riesgo vital que no es terminal.

También se colige, en su opinión, que el enfermo terminal tiene un derecho más restringido que los demás enfermos, por cuanto ellos pueden rechazar libremente cualquier tratamiento, pero él no, pues el rechazo refiere sólo a aquél que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. Luego, no puede rechazar aquél que le produzca graves dolores, el que tenga pocas expectativas de éxito o el que le resulte indigno, si no está destinado a alargar artificialmente su vida.

Concluye su informe poniendo de relieve que, por el contrario, como el rechazo de tratamiento en ningún caso podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, perfectamente se puede rechazar cualquier medio que al ser retirado produzca la

aceleración natural del proceso de muerte, como la hidratación, alimentación o sonda nasogástrica.

En resumen, opinó que la asociación de estas normas es inadecuada y no cumple con los propósitos previstos por el legislador ni con las condiciones constitucionales de protección del derecho a la vida.

En relación con lo anterior, **la Presidenta de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear**, expresó que a todo enfermo terminal, debe suministrársele oxígeno, alimentación, suero, y demás paliativos para el dolor. Lo contrario, acotó, sería una crueldad. Como ejemplo de lo anterior, refirió el caso de una persona aquejada de un cáncer que se ramificado por su organismo. A ella debería asistírsele para evitar dolores; pero otro tipo de tratamiento, como someterla a una intervención quirúrgica para sacarle uno de los tumores, lo consideraría absurdo pues haría sufrir a la víctima innecesariamente.

Insistió en que facilitar la respiración y la alimentación son medidas básicas para la mantención de la persona, dando lugar, en definitiva, a su muerte natural, sin infligir dolor. A su juicio, ello daría lugar a una muerte digna y no significaría eutanasia.

Concordó en que, en la forma en que están redactados los referidos preceptos, no se admite ningún tipo de restricción y, por ello, compartió, en parte, las apreciaciones hechas por los constitucionalistas.

En síntesis, planteó que la Comisión de Salud redacte estas normas con mayor precisión, de manera que se distinga en forma clara la situación de muerte digna de aquellas que derechamente constituyen eutanasia. Al efecto, sugirió tener presente la legislación comparada que regula esta materia.

Los Honorables Senadores señores Chadwick y Walker, don Patricio, coincidieron en la necesidad de precisar los términos de estas disposiciones. Se refirieron a las conceptualizaciones que en bioética se han definido para separar lo que es el buen morir o la muerte digna y la prolongación artificial de la vida y expresaron la conveniencia de consagrar y regular la opción de la muerte digna, distinguiéndola claramente de la prolongación artificial de la vida.

Sostuvieron, asimismo, que se podría perfeccionar estas normas definiendo con claridad lo que habrá de entenderse por “enfermo terminal”, de manera de disipar dudas de interpretación y disponer claramente que no se permite ninguna forma de eutanasia.

Manifestaron, también, la conveniencia de que sea el propio legislador quien efectúe las necesarias precisiones, diferenciaciones y establezca las limitaciones que proceden en el marco de nuestro orden constitucional, de manera de evitar que las decisiones en este ámbito queden entregadas a otras instancias.

El abogado señor Pavlovic hizo presente que, en efecto, en caso de eventuales conflictos que pudieran surgir entre los criterios del equipo médico, de familiares o del mismo paciente, si es que está consciente, se contempla la posibilidad de pedir la opinión del Comité de Ética. Pero, precisó, la opinión de este Comité no es de carácter resolutivo sino que solamente es un elemento que ayuda a tomar una mejor decisión. En último término, explicó, siempre está la posibilidad de que la familia o el propio paciente puedan recurrir ante los tribunales, para que revisen el caso.

En definitiva, **la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, y Walker, don Patricio, resolvieron proponer que la Comisión de Salud efectúe las aclaraciones y precisiones referidas en las normas de los artículos 14 y 17 en el sentido de lo reseñado precedentemente.**

13.- Representación de las personas que sufren alteración de conciencia o incapacidad psíquica o intelectual.

La Comisión también analizó los artículos 16 y 25 del proyecto, referidos a las autorizaciones que deben dar, para efectuar tratamientos médicos, las personas que están con sus capacidades psíquicas disminuidas de forma tal que están impedidos de conocer, en plenitud, los procedimientos a que van a ser sometidos.

Se observó que estos preceptos, por una parte, establecen nuevas normas para las situaciones de mera alteración de conciencia producto de traumas físicos o psíquicos que impiden a un individuo tomar decisiones en relación a su salud y, además, para los casos de incapacidad psíquica o intelectual.

En el caso de éstas últimas, consignan una serie de reglas destinadas a regular su situación, estableciendo un nuevo sistema de representación de su voluntad en el campo de la salud y de trato que recibirán en esta materia. Crea además una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental a la que se le otorgan amplísimas facultades de control respecto de las decisiones médicas tomadas respecto de esas personas.

En relación con estas normas se tuvieron presente también las observaciones contenidas en el informe de la profesora Carmen Domínguez. En dicho documento se señala que estas normas crean nuevas situaciones de incapacidad, no contempladas hasta ahora en la ley chilena; contienen, entre sí, contradicciones, al establecer distintos regímenes de representación para los efectos de la salud, y entregan sólo al criterio de un médico la determinación de si alguien es incapaz.

Además, la mencionada profesora critica que, de acuerdo a estas normas, personas que son consideradas discapacitadas "psíquicas o intelectuales" o que están privadas de su capacidad intelectual en forma transitoria o permanente, puedan designar su "apoderado" o "representante legal" para la toma de decisiones de salud, contradiciendo, precisamente por ello, lo que, de por sí, implica la condición de "incapacidad" de un individuo, explicando que, por ejemplo, una joven de 15 años embarazada y con retraso mental, pero que puede expresarse, podría designar como apoderado para que tome decisiones de salud por ella a su pololo, dejando sin efecto la representación que corresponde a los padres por ley, si el médico que la atiende considera que ella se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad.

Resalta, por último, que se alteran las normas generales de representación de los incapaces en Chile, al establecer la posibilidad de dejar entregada la facultad de decisión sobre la salud de estas personas a personas que no han sido designadas legal o judicialmente como sus representantes.

Luego de ponderar estas disposiciones y los comentarios recién transcritos, **la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina, y Walker, don Patricio, concordó en que, en efecto, en ellas se observa una contradicción entre los preceptos en análisis y, en segundo lugar, las nuevas posibilidades de representación que consagran alteran el sistema general de representación en nuestro país sin que aparezcan razones que justifiquen esa modificación.**

14. Declaración de voluntad de no someterse a un procedimiento o tratamiento de salud.

El siguiente aspecto del proyecto considerado por la Comisión se refiere a la posibilidad de que una persona, de manera anticipada, pueda manifestar su voluntad de no someterse a un procedimiento o un tratamiento vinculado con la atención de salud, en los términos previstos en el artículo 18 de la iniciativa.

Sobre este particular, también se tuvieron presente las observaciones de la profesora señora Domínguez.

En su informe, ella señala que el modo en que viene establecida esta facultad en el proyecto presenta problemas serios. Por una parte, se admite que esas declaraciones sean formuladas en el momento de internación al hospital, lo que supone que se está ante una persona enferma o que necesita tratamiento urgente y que, por lo mismo, difícilmente puede encontrarse en pleno uso de su libertad para decidir en una materia tan relevante.

Agrega que, en ese mismo caso, según el precepto indicado, basta que esas directivas sean otorgadas ante el Director del Hospital o quien sea su delegado y el médico tratante, sin que se exija ninguna solemnidad o forma que asegure que no pueda haber luego una indebida interpretación de la voluntad del enfermo o declarante.

Resalta, asimismo, que se establece una amplia facultad para revocar esas declaraciones en cualquier tiempo, pero sin que se consagre alguna formalidad a través de la cual debe hacerse.

Concluye expresando que, de este modo, por la ausencia de una redacción clara y expresa que prohíba la eutanasia, es perfectamente posible pensar que ello se preste para abrir las puertas a algunos modos de eutanasia, lo que contraviene claramente la amplia tutela del derecho a la vida que tanto la Constitución Política como el resto del Derecho consagra en nuestro medio.

Respecto de las disposiciones de este artículo 18, **el Honorable Senador señor Espina** puso de relieve que ellas representan una modificación sustancial del modelo recientemente regulado en materia de donación de órganos, lo que consideró altamente inconveniente.

Señaló que probablemente esta situación se explique porque las enmiendas a la ley sobre donación de órganos se promulgaron mientras esta iniciativa se discutía en las etapas preliminares de su tramitación legislativa. En cualquier caso, reiteró que, a su juicio, este proyecto debía ajustarse, en esta parte, a los criterios hoy vigentes sobre donaciones.

Por otro lado, cuestionó que los preceptos de esta norma tengan efectiva aplicación cuando una persona concurra a un hospital público, y declare que no quiere someterse a un cierto tratamiento. Conjeturó que, en la práctica, estas declaraciones darán lugar a múltiples dificultades desde el punto de vista de las responsabilidades médicas; de las incertidumbres que surgirán para el personal de salud acerca de qué puede

hacer al paciente; de la necesidad de acreditar la veracidad de la declaración; sobre el contenido concreto de ella; etc.

En síntesis, llamó a buscar un punto de equilibrio entre los derechos de los pacientes –que deben reconocerse y protegerse debidamente- y la eficiente y oportuna intervención de los medios de salud para atender a los enfermos.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, expresó dudas respecto de casos en que personas, por razones religiosas, se niegan a someterse a procedimientos que son utilizados ordinariamente en el campo de la salud, como, por ejemplo, una persona que es Testigo de Jehová y se niega a que le efectúe una transfusión de sangre.

Hizo presente que si bien, en su inciso quinto, este mismo precepto indica que la declaración no puede ser contraria al ordenamiento jurídico o al arte médico, las normas sobre declaraciones producen sus propios efectos, lo que inevitablemente generará dificultades de interpretación.

El Honorable Senador señor Chadwick concordó con la inquietud precedente y sostuvo que del proyecto surgen diversas interrogantes a raíz de que en él se utiliza un lenguaje poco claro y redacciones confusas, que dificultan conocer los propósitos del legislador.

En el caso concreto del artículo 18, manifestó dudas de que sea constitucionalmente procedente que toda persona se pueda negar a que sea sometido a cualquier procedimiento o tratamiento. En su opinión, ello resulta inaceptable porque normas superiores imponen deberes, como el de proteger la vida.

Entonces, se preguntó, porqué no redactar el proyecto de manera de decir más directamente que se debe proteger el derecho a la vida. Si así se procediera, agregó, quedaría claro que el paciente puede negarse a cualquier tratamiento o procedimiento siempre y cuando no ponga en riesgo su vida. Por lo demás, afirmó, un médico no podría aceptar lo contrario. Si así se procediera, continuó exponiendo, debería regularse quién comunicaría este punto al paciente, cómo se le informaría, quién controlaría este aspecto y quién asumiría la responsabilidad en caso de incumplirse este requisito.

Al finalizar el debate habido en torno al artículo 18, la Comisión acordó comunicar que considera vaga e imprecisa su redacción y, en consecuencia, solicitar que se precise su sentido y alcance, mediante una redacción más clara que permita determinar sus efectos. Esta resolución se adoptó por la unanimidad de sus miembros

presente, los Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Walker, don Patricio.

15. Comités de Ética.

Luego, la Comisión ponderó la observación de la profesora señora Carmen Domínguez en el sentido de que los artículos 22 y siguientes otorgarían facultades muy amplias al Ministerio de Salud respecto del funcionamiento de los Comités de Ética.

Según ella, el proyecto concede al Ministerio de Salud la facultad amplísima de establecer mediante reglamento las normas necesarias para la creación, funcionamiento y control de los comités de ética, sin mayor precisión y, además, la facultad de crear comités de ética dependientes de él en aquellas entidades que no tengan uno o no estén en condiciones de crearlo.

A su juicio, la facultad de control de los comités de ética sin mayor precisión, importaría una restricción grave a las entidades hospitalarias que se rijan por principios éticos distintos a los que la autoridad quiera imponer. Así, puede importar la imposición de criterios que afecten la libertad de conciencia religiosa del personal sanitario y aún de los pacientes. Tratándose de entidades hospitalarias en general importa una grave afectación de la libertad de empresa y, respecto de aquellas que pertenecen a la Iglesia Católica una infracción del reconocimiento que existe en Chile de la naturaleza jurídica de la Iglesia como persona jurídica de Derecho Público y a todas las entidades que forman parte de ella.

Aseguró, además, que en cuanto a la participación de individuos en protocolos de investigación científica este proyecto de ley innova respecto de lo dispuesto en la Ley 20.120, sobre genoma humano.

La Honorable Senadora señora Alvear advirtió que si esta materia quedase sujeta al reglamento de cada una de las instituciones y no a normas generales dictadas por el Ministerio de Salud, puede crearse una situación bastante compleja porque inevitablemente existirían regulaciones diferentes, dado que en esta materia existen criterios de fondo bastante distintos.

El representante del Ejecutivo, abogado señor Pavlovic, afirmó que la crítica surge de una desconfianza que, a su vez, se explica por la falta de desarrollo de la norma.

Indicó que este artículo apunta, fundamentalmente, a establecer estándares de calidad en el funcionamiento de los Comités, es decir, que estén conformados por personas que se hayan especializado en el

debate de bioética. Informó que existen diplomados y otros programas de postítulo orientados a formar personas para integrar estos Comités.

Destacó que por la relevancia de los problemas que se ha sido sometido a la discusión de estos órganos, parece razonable que haya un estándar mínimo en los integrantes de todos ellos, tanto de los que atenderán al sector público como al privado. Ese es el propósito de la norma, acotó.

Sin perjuicio de lo anterior, añadió que se puede precisar la redacción de estas normas para despejar inquietudes sobre la intervención del Estado en el ámbito de la ética médica.

Luego de un breve intercambio de opiniones, la Comisión, por la misma unanimidad anterior, resolvió hacer presente la conveniencia de explicitar de mejor forma el objetivo de la norma y considerar el riesgo que implica permitir a cada institución de salud imponer sus particulares criterios en estas áreas.

16. “Orientación sexual” como causal de discriminación arbitraria.

Finalmente, la Comisión se hizo cargo de las opiniones de las profesoras señoras Ángela Vivanco y Carmen Domínguez respecto del artículo 2º del proyecto.

Este precepto es del siguiente tenor:

“Artículo 2º. Toda persona tiene derecho a que cualquiera que sea el prestador que le otorga atención de salud, ésta le sea dada oportunamente sin discriminación arbitraria alguna por razones de sexo, orientación sexual, ética, raza, religión, condición física o mental, nivel socioeconómico, lugar de residencia, ideología, afiliación política o sindical, cultura, nacionalidad, edad, información genética o sistemas de salud u otra.”.

Las mencionadas especialistas resaltan que este artículo incorpora como factor de discriminación la denominada "orientación sexual" que, como es sabido, persigue reconocer que la condición de hombre, mujer, homosexual, lesbiana y otras son, por un lado, elegibles por la persona y, por otra, son de idéntico valor.

En particular la profesora Vivanco observó que, a fin de no transformar el precepto en una fuente de extensión artificial del concepto de discriminación arbitraria en materia de salud, conviene precisar en él, en primer lugar, que se trata de la atención en salud que se brinda de acuerdo a las bases de la Carta Fundamental en materia de protección de la salud (Artículo 19, número 9) y a las leyes vigentes, ya que ello no se precisa

tampoco en el Art. 1º, y, en segundo término, que, con todo, “no se ha de entender por discriminación arbitraria la exigencia, por parte del prestador, de las condiciones previstas en las leyes de acuerdo a la naturaleza de la prestación, relativas a edad, representación, relación paterno-filial o conyugal”.

Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Senador Walker, don Patricio, hicieron notar que en ninguna circunstancia ni por ninguna razón puede admitirse una discriminación arbitraria.

El Honorable Senador señor Espina recordó que el texto de la Carta Fundamental es claro en cuanto a consagrar el principio de igualdad ante la ley en forma amplia. Por ello, agregó, en su opinión estas enumeraciones de causales de no discriminación que se contienen en diversos proyectos de ley, en definitiva, producen el efecto de limitar el precepto constitucional y, en definitiva, distorsionar el texto de la Constitución Política.

El Honorable Senador señor Chadwick señaló que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, podrían proponerse la fórmula consistente en decir simplemente “no habrá discriminación arbitraria alguna” o, también, enlistarse un conjunto de hipótesis diversas de no discriminación arbitraria. En este último caso, acotó, si se excluye alguna situación específica de discriminación arbitraria, ella siempre estará amparada por la norma constitucional respectiva, que es amplia y no excluye ninguna situación en particular.

Por las consideraciones anteriores, la Comisión desechó el cuestionamiento formulado por las mencionadas profesoras. Este acuerdo lo adoptó por la misma unanimidad anterior.

- - - - -

En la forma precedentemente explicada, la Comisión consideró que se subsanan las dudas que pudieren haber surgido en torno a la constitucionalidad de la iniciativa recién analizada.

- - - - -

En mérito de las consideraciones precedentemente expuestas, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Walker, don Patricio, tiene el honor de absolver la petición formulada por la Sala, a instancia de los Comités de la Corporación, e informar que, en virtud de los razonamientos expuestos en cada una de las situaciones abordadas, el proyecto en estudio debería ser enmendado en los términos en que se expone en el cuerpo de este informe, para armonizar

sus disposiciones al texto de la Constitución Política y así subsanar las razonables dudas de constitucionalidad surgidas durante el análisis de esta iniciativa.

Sin perjuicio de lo anterior, se estimó oportuno sugerir que la Comisión técnica encargada del estudio de esta iniciativa efectúe una revisión de las disposiciones que contiene este proyecto de ley, con el objeto de perfeccionar la redacción de algunas de ellas.

Para los efectos indicados se acordó proponer al Senado que esta iniciativa sea nuevamente considerada por la Comisión de Salud, previa apertura de un nuevo plazo para presentar indicaciones, de manera de permitir a la referida Comisión técnica realizar los perfeccionamientos que precisa la iniciativa en estudio.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 12 y 19 de mayo y 16 de junio de 2010, con asistencia de los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Honorables Senadores señora María Soledad Alvear Valenzuela (Presidenta) (Hosain Sabag Castillo), y señores Andrés Chadwick Piñera, Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández y Patricio Walker Prieto.

Sala de la Comisión, a 21 de junio de 2010.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario

ANEXO

1.- Opinión de la profesora señora Carmen Domínguez

2.- informe de la profesora señora Ángela Vivanco

OPINIÓN DE LA PROFESORA SEÑORA CARMEN DOMÍNGUEZ

MINUTA SOBRE PROYECTO DE LEY sobre los "Derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud" (en adelante también referido como el "Proyecto"), del Boletín 4398 -11.

De la revisión del Proyecto de Ley - destinado a aplicarse tanto a las entidades hospitalarias privadas como públicas- es posible extraer, sumariamente, las siguientes cuestiones graves que estarían consagrándose en nuestro Derecho de ser aprobado:

1. Autonomía de los menores de edad en materia de salud: vulneración del deber preferente de los padres de educar a sus hijos y del principio de subsidiariedad del Estado en materia de familia

Los artículos 8° sobre el derecho a la información, Art. 16 sobre personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia y artículo 17 sobre el estado de salud terminal del Proyecto establecen que el mayor de 14 años tendrá derecho a negarle la información de salud a sus padres (p.ej. niña de 16 años puede solicitarle al médico que sus padres no sean informados del diagnóstico sin que ellos puedan impedirlo aunque de todos modos estarían obligados a costear el pago del mismo).

Esto implica una grave vulneración del derecho y deber de cuidado de los padres respecto de sus hijos consagrado en el Art.19 N°10 de la Constitución y aplicado extensamente en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en nuestro Código Civil. Se encuentra además consagrado en numerosos documentos internacionales tales como, entre otros, Art. 26 Inc.3 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art.12.4 Convención Americana de Derechos Humanos y Art.3.2 en la Convención de Derechos del Niño, todos documentos ratificados por nuestro país.

Por otra parte, deben advertirse las profundas consecuencias que la vulneración de los principios recién referidos implica.

a) Así, en primer lugar, se invade la relación filial y, con ello, se viola el principio de subsidiariedad del Estado en materia de familia.

Si el Estado se autoerige en el "gran Padre" el debilitamiento de la familia pasa a ser absoluto. El Estado, por propio mandato constitucional, está llamado a proteger y fortalecer, a intervenir

de modo positivo en la familia, pero no para suprimir u omitir los vínculos que en ella existen y que la definen.

b) Por otra parte, se asienta una gran incoherencia en el tratamiento que el ordenamiento jurídico da al menor y al vínculo filial.

En efecto, resulta absolutamente incoherente que el ordenamiento civil, que contiene las normas generales en la materia, asigne a los padres el cuidado de la persona de sus hijos, establezca que ese cuidado es uno integral, le haga responsable de los daños que los hijos puedan causar a otros -incluso de modo objetivo cuando ellos provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir como sucede en el Código civil chileno- y, por otro lado, una norma de tipo sanitario establezca que ellos pueden no ser consultados en la toma de decisiones de aspectos tan relevantes de la vida personal de un hijo como su salud.

2. Normas ambiguas en materia del término de la vida, esto es de la eutanasia.

El artículo 17 del Proyecto de Ley establece que la persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente la vida.

Al respecto, debe observársela impropiedad de entrar a regular esta materia y el que, pese a tratarse de una extremadamente seria, su redacción esté llena de ambigüedades : a) no prohíbe expresamente la eutanasia en todas sus formas; b) no definir lo que se entenderá por salud terminal; c) dar erradamente a la "artificialidad" una connotación negativa en circunstancias que el concepto artificial es ontológicamente un concepto neutro que será positivo o negativo dependiendo de la funcionalidad que se le dé en beneficio del ser humano; d) plantea ciertas dudas de interpretación hacia el futuro que pueden dar lugar a una eventual eutanasia pasiva o por omisión (p. Ej. si lo que se solicita es suspender la hidratación que conduce a una aceleración "natural" del proceso de muerte).

3. Derechos de las personas con incapacidad psíquica o intelectual.

El proyecto establece nuevas normas, por una parte, para las situaciones de mera alteración de conciencia producto de traumas físicos o psíquicos que impiden a un individuo tomar decisiones en relación a su salud (Art.16) y, por otra, para la incapacidad psíquica o intelectual (Arts.25 y ss.).

En el caso de éstas últimas, se establecen una serie de reglas destinadas a regular su situación, estableciendo todo un nuevo sistema de representación de su voluntad a efectos de salud y de trato en esta materia. Crea además una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental a la que se le otorgan amplísimas facultades de control respecto de las decisiones médicas tomadas respecto de ellas.

De todas esas normas puede observarse que:

a) el proyecto crea nuevas condiciones de incapacidad no contempladas en la ley chilena

b) el proyecto contiene contradicciones entre lo dispuesto en el Art.16 y los Arts.25 y ss al establecer distinto régimen de representación a efectos de salud;

c) la determinación de si alguien es incapaz a estos efectos queda entregada sólo al criterio de un médico;

d) se permite que personas que son considerados discapacitados "psíquicos o intelectuales" o que están privados de su capacidad intelectual en forma transitoria o permanente, puedan designar su "apoderado" o "representante legal" (Art.25) para la toma de decisiones de salud contradiciendo lo que de por sí implica la condición de "incapacidad" de un individuo, (p.ej. joven de 15 años embarazada con retraso mental que puede expresarse podría designar como apoderado para que tome decisiones de salud por ella a su pololo por sobre la representación que corresponde a sus padres por ley, si el médico que la atiende considera que ella se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad).

e) vulnera las formas generales de representación de los incapaces en Chile, al establecer la posibilidad de dejar entregada la facultad de decisión sobre la salud de estas personas a personas que no han sido designadas legal o judicialmente como sus representantes (p.ej. podría designarse a un amigo por sobre los padres).

4. Directivas Anticipadas de Tratamiento o Testamento Biológico.

El Art 18 del Proyecto incorpora las denominadas Directivas Anticipadas de Tratamiento o Testamento Biológico. El modo en que viene establecida esa facultad en el proyecto presenta problemas serios:

a) se admite que sean dadas en el momento de internación al hospital lo que supone que se está ante una persona

enferma, que necesita tratamiento urgente y que, por lo mismo, difícilmente puede encontrarse en pleno uso de su libertad para decidir en una materia tan relevante;

b) en ese mismo caso, esas directivas basta con que sean dadas ante el Director del Hospital o quien sea su delegado y el médico tratante, sin que se exija ninguna solemnidad o forma que asegure que no pueda haber luego una indebida interpretación de su voluntad;

c) se establece la amplia facultad de revocar esas directrices en cualquier tiempo, pero sin que se consagre la forma exacta a través de la cuál debe hacerse.

De este modo, por la ausencia de una redacción clara y expresa que prohíba la eutanasia, es perfectamente posible pensar que ello se preste para abrir las puertas a algunos modos de eutanasia, lo que contraviene claramente la amplia tutela del derecho a la vida que tanto la Constitución como todo el resto del Derecho consagra.

5. Amplia concesión de facultades de control del Ministerio de Salud de todos los Comités de ética ya existentes en las distintas entidades hospitalarias y creación de Comités de Ética dependientes del Ministerio

El proyecto concede al Ministerio de Salud a) la facultad amplísima de establecer mediante reglamento las normas necesarias para la creación, funcionamiento y control de los comités de ética, sin mayor precisión y b) la facultad de crear comités de ética dependientes de él en aquellas entidades que no tengan uno o no estén en condiciones de crearlo (Art.22).

La facultad de control de los comités de ética sin mayor precisión, importa una restricción grave a las entidades hospitalarias que se rijan por principios éticos distintos a los que la autoridad quiera imponer. Así, puede importar la imposición de criterios que afecten la libertad de conciencia religiosa del personal sanitario y aún de los pacientes. Tratándose de entidades hospitalarias en general importa una grave afectación de la libertad de empresa y, respecto de aquellas que pertenecen a la Iglesia Católica una infracción del reconocimiento que existe *en Chile* de la naturaleza jurídica de la Iglesia como persona jurídica de Derecho Público y a todas las entidades que forman parte de ella.

La creación de Comités de Ética para la participación de individuos en protocolos de investigación científica es ilegal por infringir lo dispuesto en la Ley 20.120 denominada de genoma).

6. Se consagra como factor de discriminación arbitraria la orientación sexual

El proyecto incorpora como factor de discriminación la denominada "orientación sexual" que, como es sabido, persigue reconocer que la condición de hombre, mujer, homosexual, lesbiana y otras son, por un lado, elegibles por la persona y, por otra, son de idéntico valor.

7. Conclusiones

Sin perjuicio del sinnúmero de errores adicionales que presenta este Proyecto, consideramos que:

El Proyecto contiene normas que requieren de una urgente revisión o, en su caso, derechamente su rechazo por infringir reglas y principios básicos de nuestro Derecho: a) de rango constitucional como los que dicen relación con el rol atribuido y reconocido a los padres en la formación de sus hijos, del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, la libertad de empresa, la libertad de conciencia religiosa; b) de rango legal como las normas de capacidad contenidas en el Código Civil, de investigación en seres humanos (Ley.20120), entre otras.

CARMEN DOMÍNGUEZ
DIRECTORA CENTRO UC DE LA
FAMILIA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
CHILE

Informe de la profesora señora Ángela Vivanco
--

ANT: OFICIO N° CL/43/2010 de 2.6.2010

MAT: Constitucionalidad del proyecto de ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Boletín N° 4.398-11).

Santiago de Chile, 9 de junio de 2010.-

Señor

Rodrigo Pineda Garfias

Secretario

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

H. Senado de la República

PRESENTE

De mi consideración:

En atención a su amable oficio del ANT., mediante el cual se solicita opinión de la suscrita acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Boletín N° 4.398-11), envío a usted estos breves comentarios dada la premura de la solicitud, agradeciendo el interés de los señores miembros de la Comisión por mi aporte y a disposición de ustedes para un informe más extenso o exponer directamente sobre la materia.

I SOBRE DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN SALUD

Señala el Artículo 2° del Proyecto: “Toda persona tiene derecho a que, cualquiera que sea el prestador que le otorgue atención de salud, ésta le sea dada oportunamente y sin discriminación arbitraria alguna por razones de sexo, orientación sexual, etnia, raza, religión, condición física o mental, nivel socioeconómico, lugar de residencia, ideología, afiliación política o sindical, cultura, nacionalidad, edad, información genética, sistema de salud u otras”.

A fin de no transformar el precepto en una fuente de extensión artificial del concepto de *discriminación arbitraria* en materia de salud, conviene precisar en él dos aspectos:

a) Se trata de la atención en salud que se brinda de acuerdo a las bases de la Carta Fundamental en materia de protección de la salud (Art. 19 N° 9) y a las leyes vigentes, ya que ello no se precisa tampoco en el Art. 1°.

b) Con todo, no se ha de entender por discriminación *arbitraria* la exigencia, por parte del prestador, de las condiciones previstas en las leyes de acuerdo a la naturaleza de la prestación, relativas a edad, representación, relación paterno-filial o conyugal.

II CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RECHAZO DE TRATAMIENTOS MÉDICOS

Expresa el 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 17”.

La norma implica:

a) Resguardo de la total autonomía de la voluntad del paciente para otorgar o denegar su voluntad respecto a cualquier *procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud*. No se hace distingo acerca de si es desproporcionado o no.

b) El *único límite* de este derecho es lo señalado en el artículo 17.

c) En efecto, el Artículo 17 señala: “La persona que fuere informada que su estado de salud es **terminal**, tiene derecho a **otorgar o denegar su voluntad** para someterse a **cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida**. En ningún caso, **el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte**”. De esta redacción asociada con el artículo 14 se coligen varias cosas:

c.1 La única situación limitada respecto del amplio derecho del Art. 14 es la situación del enfermo terminal, luego, **se encuentra excluido del artículo 17 y no es excepción del 14 la situación del enfermo crónico ni de aquel en grave riesgo vital que no es terminal**.

c.2 El enfermo terminal tiene un derecho más restringido que los demás enfermos, pues ellos pueden rechazar libremente cualquier tratamiento, pero él no, pues el rechazo refiere sólo a aquél que tenga como efecto **prolongar artificialmente su vida**. Luego, no puede rechazar aquél que le produzca graves dolores, tenga pocas expectativas de éxito o le resulte indigno, si no está destinado a alargar artificialmente su vida.

c.3 Por el contrario, en ningún caso, **el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte**, lo cual significa que perfectamente se puede rechazar cualquier medio que al ser retirado produzca la aceleración natural del proceso de muerte, como la hidratación, alimentación o sonda nasogástrica.

A nuestro juicio, la asociación de estas normas es inadecuada y no cumple con los propósitos previstos por el legislador y con las condiciones constitucionales de protección del derecho a la vida.

El amplio reconocimiento del derecho del Art. 14 debe ser asociado con una norma limitativa general en el artículo 17 y no sólo relativa a enfermos terminales en que se plasmen algunas ideas fundamentales coherentes con el Derecho comparado y la doctrina bioética:

1.- El rechazo de tratamientos médicos previsto en el Artículo 14 comprende especialmente aquéllos desproporcionados, fútiles o con pocas posibilidades de éxito de acuerdo a la información que debe proporcionar el prestador, sin perjuicio que subsistirá siempre el derecho del enfermo de aceptar otros tratamientos o medidas alternativas posibles de brindar de acuerdo a su caso.

2.- El rechazo de un tratamiento no debe ser confundido con una solicitud eutanásica o con el auxilio al suicida, ambas figuras constitucionalmente y legalmente inadmisibles, por lo cual representan un marco de orden público.

3.- Por el contrario, resulta constitucionalmente aceptable la aplicación de una medida de paliación de dolor respecto de enfermos terminales, crónicos o en grave estado de padecimiento, aunque como efecto no buscado derive en el acortamiento de la vida del paciente, en la medida que no exista otro método alternativo.

4.- En referencia al mandato mencionado en el Art. 18 (directriz anticipada) al que se coloca como límite “no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico”, debe agregarse “o que trasgredan las limitaciones establecidas en el Artículo 17 de esta ley”.

III COMITÉS DE ÉTICA Y JUDICIALIZACIÓN DE LAS DECISIONES

La redacción del Artículo 19 inciso 1º expresa lo siguiente: “En caso que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales *la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados*, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 22 le corresponda”. Tal redacción no se compadece con la redacción de ninguna de las normas anteriores en la parte puesta en cursiva. Debiera mencionarse la trasgresión a los límites establecidos en los artículos 17 y 18.

Por su parte, la acción prevista en el inciso final del Art. 19 consiste en lo siguiente: “Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se

conformaren con la opinión del comité, *solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias*. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y tendrá preferencia para su vista **y fallo**. La redacción no se entiende y surgen preguntas de aplicación práctica:

a) Si la opinión del Comité, como lo dice la norma, “tendrá sólo el carácter de recomendación”: ¿por qué se judicializa el caso? Al parecer no queda claro quién sí es responsable de la decisión médica, pues esa decisión es la que se podría impugnar judicialmente, no una recomendación.

b) La impugnación es curiosa, pues se pide a la Corte la “*revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias*”. Si se aplican las normas de tramitación del Art. 20 de la Constitución: ¿debe el actor acreditar amenaza, perturbación o privación de derechos? ¿tiene 30 días para impugnar? ¿debe acreditar ilegalidades o arbitrariedades? ¿puede impugnar la decisión el cónyuge o tercero que no está de caceado con la voluntad del paciente y que, en consecuencia, no lo hace a su nombre?

Estimamos que la facultad que se pretende dar a la Corte se asemeja más a un procedimiento de reclamación, respecto del cual hay que ser preciso en sus causales, modo de interponer, legitimados activamente para hacerlo y objetivo.

Por ahora, es cuanto puedo informar.

Saluda muy cordialmente a usted,

Ángela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional
y de Persona y Bioética
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile