



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento de Derecho Público.

Derecho Constitucional.

**“Derecho de protección a la Salud, desde el amparo del Derecho a la Vida e
Integridad física y psíquica.”**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autora: María Fernanda Ríos.

Profesor guía: Sr. Paulino Varas Alfonso.

Santiago de Chile, 2018.

*“Privar a las personas de sus derechos humanos
es poner en tela de juicio su propia humanidad.”*

(Nelson Mandela)

Contenido

1. Resumen:	5
2. Introducción	6
3. CAPITULO I: Naturaleza y alcance de las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N° 1 “Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica” y artículo 19 N° 9: “Derecho de protección a la salud”	8
3.1. Derecho a la Vida e integridad física y psíquica:	8
3.2. Derecho de protección de la salud. -	15
3.3 Exigibilidad de los derechos sociales, económicos y políticos.	25
4. CAPITULO II: Jurisprudencia nacional sobre derecho a la Vida e Integridad física y psíquica y Derecho de Protección de la Salud.	36
4.1. Tratamiento jurisprudencial del derecho de Protección de la Salud.	36
4.1.1. Causa: “Villalobos Toledo Susana, con Isapre AETNA SALUD S.A.,	39
4.1.2. Causa “Herrera Maturana, María José con Isapre ING SALUD. S.A.”	43
4.1.3. Caso Pérez, Daniel Hans con Isapre Colmena Golden Cross S.A.	47
4.1.4. Caso Reyes Perot, Marcela con Isapre Banmédica S.A.....	50
4.1.5. Caso “González Schultz, Ximena con Isapre Cruz Blanca S.A. y otro.”	54
4.1.5. Caso: “Iturrieta con Isapre Cruz Blanca S.A.”	58
4.2. Tratamiento Jurisprudencial del derecho a la Vida e Integridad física y psíquica de las personas.	61
4.2.1. Caso: “Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge”	61
4.2.2. Eyssautier Sahar, María I.....	63
4.2.3. Caso: Retamales Sotomayor, Jorge y Otro con Inmobiliaria Santa Sofia S.A. 69	
4.2.4. Caso: González con Programa AVI y otros:.....	71
4.2.5. Caso: Hernández Cartagena, Ignacio con Hospital Clínico San Borja Arriarán.....	74
4.2.6. Caso: Álvarez Alarcón, Alexandro con Central Unitaria de Jubilados, Pensionados y montepiados de Chile.....	77
4.2.7. Caso: Bórquez Bastias con Isapre Consalud.....	79
4.2.5. Caso: Diaz Hernández contra Fondo Nacional de Salud, Servicio de Salud de Concepción y Ministerio de Salud”	83
5- CAPITULO III: La deuda de Chile en materia de garantía de protección a la salud. -	88

5- Conclusión:	98
6. Bibliografía:	100
6.1: Fuentes bibliográficas:	100
6.2. Fuentes Jurisprudenciales:	101

1. Resumen:

Este ensayo, pretende demostrar como los tribunales de Justicia, han construido una tesis jurisprudencial más o menos armónica, que no es extraña para la doctrina, que hace eco de la necesidad sobre todo de carácter social, de dar protección a algo más que las garantía constitucional, consagrada en el artículo 19 número 1 derecho a la Vida e integridad física, sino haciendo patente su estrecha vinculación con la protección de la salud, pues los actuales conceptos normativos son insuficientes para proteger este último bien jurídico. La premisa es construir un nuevo concepto del derecho a la vida e integridad física y psíquica, que comprenda la salud digna, como arista determinante, pero incluso más extenso que ello, establecer parámetros que permitan la dignidad del ser humano, como sujeto de derechos, y que reclama el pleno y cabal ejercicio de las garantías en comento.

2. Introducción:

Este trabajo aborda un tema de gran amplitud jurídica. El derecho a la Vida ha permitido el desarrollo de basta doctrina y jurisprudencia. Definitivamente su amplitud radica en su naturaleza. En esta oportunidad, analizaré un fenómeno jurídico de gran trascendencia social y práctica, a partir de la construcción dogmática de los derechos de protección a la salud y a la vida e integridad física y psíquica, nuestra Jurisprudencia conociendo de cosos concretos por la vía de recursos de protección, ha tutelado en situaciones específicas la protección de la salud. Partiré analizando qué es lo que en nuestro derecho entendemos, cuando invocamos las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N°1 y N°9. Los conceptos no son pacíficos hoy en día, en realidad, nunca lo fueron. Veremos como en el seno de la Comisión de estudio de la Nueva Constitución, connotados juristas debatieron sobre el real sentido que debía dársele a ambas garantías. La construcción jurisprudencial imperante el día de hoy, responde a la necesidad de acomodar las garantías de la forma en que fueron consagradas en la Constitución de 1980, a los actuales tiempos, donde el avance de la ciencia médica, pone al jaque garantías constitucionales de marcada rigidez como lo son el derecho a la vida, siempre comprendido como la omisión de privar de la vida a un tercero, y la protección a la Salud, desde la perspectiva de poder optar, por el sistema de salud público o privador, y el deber del Estado de establecer un aparataje estatal que permita dicha dualidad.

Encontrar una tesis coherente que permita la efectiva protección del derecho a la salud, no ha sido en nuestro ordenamiento tarea fácil. Lejos de ello, la jurisprudencia al respecto se ha mostrado oscilante, como se dejará en evidencia a lo largo de estas páginas. Por lo tanto, este no es propiamente tal un trabajo sobre el derecho a la vida e integridad física, en la dimensión que lo hemos comprendido tradicionalmente, así como tampoco lo es respecto del Derecho a la Protección a la salud, como garantía vinculada a la posibilidad de acceder libremente a un sistema de salud público o privado, es decir igualdad en el ingreso a las prestaciones de salud. Este trabajo, viene en demostrar como nuestra judicatura, conteste en la

necesidad de una protección de la salud de calidad, en la que nuestro sistema estatal tiene una deuda histórica, ha desarrollado a lo largo de los fallos una construcción judicial, así, vinculando las garantías constitucionales de los artículos 19 N° 1 y 19 N°9, se ha hecho cargo de una problemática social de gran trascendencia como lo es la salud, principalmente de carácter pública en Chile. El escenario no ha sido fácil, pues los recursos son limitados y cierto sector de la doctrina y jurisprudencia, han estimado que la forma en que la judicatura ha hecho uso de esta facultad, atenta evidentemente contra la igualdad ante la ley. A través de la acción cautelar consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República el espectro de problemáticas respecto de los que se solicita la intervención de los altos tribunales de justicia, ha aumentado significativamente en tiempos de avances médicos y cambios de paradigmas, pues asuntos como disponibilidad hospitalaria, contenido y alcance de prestaciones, en fin derechos que tradicionalmente podrían entenderse no exigibles, por considerarse derechos sociales, hoy se presentan a conocimiento de nuestros tribunales ordinarios de justicia, en el fiel convencimiento, que son estos órganos los llamados a su efectiva tutela. El asunto dista mucho de ser un tema zanjado, al respecto hay mucho que decir. Poder analizar el derecho desde el trabajo jurisprudencial es una fuente de innegable valor, y sobre todo en temas tan sensibles y relevantes para la población como lo es la protección efectiva de la salud y la vida como bienes jurídicos esenciales, forjadores de la dignidad humana, que nuestro derecho, como sistema, tanto se esmera en construir. Esto es sólo una manifestación de ello.

3. CAPITULO I: Naturaleza y alcance de las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N° 1 “Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica” y artículo 19 N° 9: “Derecho de protección a la salud”.

En este capítulo se analizará latamente las garantías constitucionales vinculadas en el desarrollo de este trabajo, con el objeto de determinar a qué es, efectivamente, lo que la doctrina y jurisprudencia aluden cuando invocan el derecho a la vida e integridad física, por una parte, y el derecho a la protección de la salud, por otra. Ello, porque el sentido que se le ha dado a ambas garantías ha variado de manera evidente en nuestros tribunales de Justicia, y el tema en doctrina no ha sido del todo pacífico.

Analizaremos por separado, el contenido de ambas garantías en comento, para luego dedicarnos exhaustivamente al desarrollo jurisprudencial de las mismas, evidente indicador de la aplicación práctica de ellas. Los casos que se analizarán son en extremos sensibles, pues las garantías involucradas revisten la misma calidad.

3.1. Derecho a la Vida e integridad física y psíquica:

El derecho a la Vida fue recién incorporado a nuestro ordenamiento constitucional, en la Constitución de 1980. Ello llama poderosamente la atención, pues debiera considerarse el Derecho a la Vida como la cuna de todos los otros derechos, en otras palabras, sin la Vida la existencia de derechos no tendría sentido alguno.

Las actas oficiales de las Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, es fundamental al momento de analizar el alcance de la garantía abordada en este apartado. En la 88° sesión de la Comisión, llevaba a efecto el día jueves 19 de noviembre de 1974, según dan cuenta las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, principia el debate en torno a la inclusión de derechos humanos tales como el derecho a la vida y a la integridad física, que en la Constitución de 1925 no aparecía. En esa oportunidad, concurre al debate el Profesor José Luis Cea Egaña,

quien expone respecto de los siguientes temas: en primer lugar sobre una eventual clasificación de los derechos humanos, que permita una prelación que facilite su estudio; en segundo lugar se pronuncia respecto de cuáles son los derechos básicos que fueron omitidos o no considerados en la Constitución anterior, y que corresponde sean incluidos en el nuevo texto constitucional; finalmente, su exposición aborda la forma en virtud de la cual, podría lograrse la óptima protección de los derechos esenciales que se pretenden incluir.- Precisamente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, fue uno de los derechos que debía ser incluidos en el nuevo texto, constitucional. En cuanto al mecanismo idóneo para velar por la protección de estas garantías básicas, el profesor Cea expone a la comisión: *“Cree que el Poder Judicial es y debe ser el gran defensor y guardián de los derechos humanos, ya sea a través de los tribunales ordinarios, de tribunales especiales, de tribunales administrativos o de tribunales de garantías como existen, por ejemplo, en el Consejo de Europa, en la llamada Comisión para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales; y en la Corte Constitucional de la República Federal Alemana.*

Pero para que estos tribunales que son y deben ser los grandes defensores, en un Estado de Derecho, de las garantías constitucionales, puedan funcionar, se requieren algunos elementos que, en dos palabras, son los siguientes. El constituyente y el legislador deben dotar en primer lugar a estos tribunales de recursos humanos, económicos y de las normativas suficientes para que cumplan eficazmente su acción; y, entre éstos el imperio de los tribunales, la facultad de actuar de oficio en materia criminal y la de actuar del mismo modo en materias civiles cuando el interés nacional, la seguridad pública, el orden público, o el bien común lo demanden, materia, que, a su juicio, es realmente trascendental. Pero, también implica exigir de los jueces una conciencia de cuál es su función en cuanto a guardianes y protectores de los derechos humanos. Cree que los jueces tienen la altísima misión, en un estado de derecho, de desarrollar, actualizar y ajustar las normas jurídicas a la situación cambiante de una sociedad que crece y se desarrolla. Considera que cierto proceso de ajuste y de desarrollo de la sociedad son llevados a cabo a través de las sentencias judiciales y de la jurisprudencia de los tribunales,

*con lo cual se va produciendo lo que algunos profesores como Friedrich Illman “el cambio sin reforma”, el cambio incremental, ajuste progresivo, acumulativo y paulatino que evita trastornos, crisis y dislocaciones del sistema social. Cree que para que este cambio incremental se desarrolle y se lleve a efecto sin tropiezos, es importante que los propios jueces entiendan su función de grandes y primeros guardianes de los derechos del hombre.”*¹ No obstante, será abordado con posterioridad, esta intervención del profesor Cea, me parece en extremo decidora de la importante labor de los tribunales de justicia como guardianes y principales defensores de los derechos contenidos a nivel dogmático por la Constitución. Pensar en qué derechos debieran ser incorporados en la nueva Constitución, carecería de sentido, sino se planteara cual es el mecanismo idóneo para su efectiva tutela. Esta constituye la tónica de este ensayo, definir como la jurisprudencia ha tutelado las garantías abordadas en su íntima vinculación, es decir, que nuestros tribunales asumen su rol de garantes o de protectores de estas garantías consideradas fundamentales, y en este caso particular construyen una tesis jurisprudencia más o menos coherente para dar efectiva tutela a las garantías en estudio. Ahora bien, volviendo al tema que nos convoca en este apartado, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el profesor Cea, señala que respecto a la forma en como debe ser abordado en nuestra Constitución el derecho a la vida, reconociendo desde ya lo polémico que resulta por diversas consideraciones su formulación, (consideraciones de carácter religioso, morales, sociales, etcétera). Se detiene en la importancia de que el derecho a la Vida sea incluido en nuestra Constitución de manera explícita. Es decir, el derecho a la Vida debe ser necesariamente contemplado por el constituyente, pero carente de consideraciones morales y religiosas en tanto pretende regir a todos los habitantes del país. La comisión constituyente discute arduamente sobre el aborto. Ello nos indica que la protección a la Vida, de conformidad lo plantea nuestra Constitución, es la garantía de no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vida.

¹Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°88, 19 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, tomo III. Pagina 146

En la sesión 89 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el jueves 21 de noviembre de 1974, continúa el debate de la inclusión del derecho a la vida, este no fue un tema pacífico. Incluso, en algún momento el señor Jaime Guzmán Errazuriz, plantea si es necesario o no incluir el derecho a la vida de forma expresa en el listado de Garantías que la Constitución protege, pues en efecto el articulado carecería de sentido si lo privamos del elemento vida. Incorporarlo al texto constitucional sería básicamente un factor de disputa, quizás como técnica legislativa sería óptimo establecerlo a propósito de los mecanismos concretos de protección del derecho a la vida. La respuesta que, a su turno, le brinda el señor Alejandro Silva Bascuñán, es fundamental a la hora de definir cuál es el alcance del derecho a la vida contemplado en nuestra Constitución. En efecto, señala: *“es importante consagrar el derecho a la vida en su texto; además este derecho o garantía debe ser necesariamente destacado en la actualidad, ya que, desde hace algún tiempo, la vida humana ha sido tan menospreciada, que se han cometido diversos y deleznable delitos que atentan contra ella.*

Considera que debe contemplarse el derecho a la vida junto con el derecho a la integridad física, porque, en definitiva, lo que hay que asegurar es una vida realmente humana y si no va acompañada del derecho a la integridad física, no se asegura una vida que valga la pena vivirla. De manera que es necesario poner de relieve el derecho a la integridad física, tal como ha sido dado por la naturaleza, ya que sólo así, la persona humana puede tener todas las responsabilidades y los atributos inherentes a su calidad de tal.

Por lo anterior, se inclina en el plano lógico y por la trascendencia de este derecho, a colocarlo en la Constitución, porque a la vez es inspirador de muchas normas de protección que encuentran su centro en este respeto fundamental a la vida humana y porque es un valor que ha sido muy menospreciado en los últimos tiempos. Ha habido una gran contradicción al exaltar otros valores y desestimar o simplemente considerar como instrumental o secundario el sacrificio que se hace de la vida humana en una cantidad de situaciones de la convivencia colectiva².” Es entonces,

² Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°89, 21 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo III, página 170.-

como entender el derecho a la vida, como origen de los otros derechos, permite comprender la trascendencia de considerarla en el texto constitucional. Ya vimos que su inclusión fue producto de un arduo trabajo de técnica legislativa, porque siempre estuvo y está vinculado a la protección a la vida, como tal, es decir, a no ser privado de ella, es por ese motivo que la eutanasia y el aborto fueron temas claves y decisivos en el debate. Es así, como en su intervención a favor de incluir el “el derecho a vivir”, en el articulado de derechos básicos, el señor Silva Bascuñán, señala: *“El derecho a la vida implica considerar la posibilidad de entregarle categóricamente a la ley, la protección de los derechos de los que están por nacer, e implica, también, la protección de la vida del que nace con una tara o con alguna deformidad. El derecho a la vida elimina la posibilidad de la eugenesia y de la eutanasia, vale decir, de la muerte piadosa del enfermo. El derecho a la vida cautela a todos los que viven en una sociedad; esto es, no protege sólo a los que detentan el poder, sino que a los que conviven en una comunidad, cuando se ven amenazados o afectados en su derecho a la supervivencia.”*³ Es de esta forma, como la Comisión entiende el derecho a la vida, como el derecho a subsistir como persona. Concepto que como advertiremos es muy distante, a la forma en cómo se tutela el derecho de protección a la salud a través del derecho a la vida. Esta pareciera ser más, una repercusión de entender al individuo de manera integral, esto es coherente con su conciencia, inteligencia y su espiritualidad.

Nuestra actual Constitución Política de la República, consagra en su artículo 19 N° 1: *“La Constitución asegura a todas las personas:*

1°: El derecho a la Vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que esta por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quorum calificado. -

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.”

³ Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°89, 21 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo III, página 171.-

Hoy en día, el entender que comprende el derecho a la vida, es mucho más complejo, pues los avances científicos en torno a la conservación, y porque no privación de la vida, enredan el panorama. Tenemos, el surgimiento, por ende, de una nueva disciplina, la bioética, entendida esta como el estudio de los aspectos éticos de la vida, así como las relaciones del hombre con su entorno. Controversiales temas continúan estando en la palestra, aborto, por ejemplo, nos llevan a replantear cual es el trasfondo del derecho a la vida. Es por ello, que entenderlo íntimamente ligado con el derecho a proteger la salud, no resulta descabellado, entendiendo vida como el derecho a vivir bien, a vivir dignamente. El derecho a vivir entonces, pareciera en nuestra Constitución estar determinado por su antónimo, es decir no matar, *son preceptos primarios, y que por tanto no admiten ni siquiera mutación excepcional, los que se refieren a los fines mismos de la naturaleza humana, entre los que esté el vivir, y no como los secundarios, a simples medios, naturalmente necesarios para el conseguimiento de aquellos fines.*⁴ Asimismo, el tema de considerar el derecho a la vida como base para la aplicación de otros derechos, tiene la inevitable consecuencia de ampliar el campo de aplicación del derecho a la Vida, lo veremos en los múltiples fallo que analizaremos a continuación, pero a modo ejemplar, bien podemos encontrar el concepto moderno de derecho a la vida, en el fallo de la Corte Interamericana de Justicia, en la causa “Villagrán Morales y Otros”, sentencia del 19 de noviembre 1999: *“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado todos los demás derechos humanos carecen de sentido.”* Entenderlo implícitamente vinculado en la esencia de otros derechos, motiva a entender que, a través de tutelar el derecho a la vida, se puede prestar protección jurídica a un fin de derecho, a la larga todo estará vinculado. Ahora bien, es evidente relación con el derecho a la protección de la salud.

Tener derecho a la vida, no es en consecuencia, hoy en día algo sencillo de delimitar. La autora Judhith Thomson, establece un marco muy

⁴ Suma Teológica, 1-2, q. 94, a 2; Comentario al Libro IV de las Sentencias de Pedro Lombardo, dist. XXXIII, q. 1, a. 1°, c.; Suma Teológica, 2-2, q. 57, art. 3.

interesante, de tres hipótesis que permiten delimitar que significa tener derecho a la vida. Esta autora, en primer lugar, supone la obligación en una faceta positiva y negativa, es decir, por una parte, el derecho a no ser privado a la vida y a recibir lo indispensable para vivir dignamente. También podría consagrarse de un modo estricto, esto es que no se prive de la vida de ninguna forma, admitiendo una serie de excepciones, tales como la legítima defensa. Haciéndose cargo de esta argumentación, la autora Alejandra Zúñiga Fajuri, en un artículo publicado para el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, se hace cargo de esta arista del derecho a la vida, la autora escribe: *“Puesto que, como hemos sostenido. La doctrina y la jurisprudencia no consideran la segunda interpretación dada por Thomson, nos queda por analizar la tercera. ¿Supone el derecho a la vida sólo el derecho a que nadie nos prive arbitrariamente de la misma? Esa es sin lugar a dudas, la posición mayoritaria de la doctrina nacional que, en general, rechaza las otras dos interpretaciones que consideran que la vida puede ser un derecho absoluto y, a su vez, que ella puede implicar para terceros -entiéndase, el Estado – una obligación positiva con el objeto de garantizar la mantención de la misma.”*⁵ Vimos, como la obligación positiva de no privar a un tercero, prima en la interpretación doctrinaria, pero la jurisprudencia pareciera esta haciendo eco de esta variación necesaria, en la construcción actual, en efecto prosigue señalando la autora: *“a partir de la noción de derechos humanos se argumenta que el derecho a la vida debiera ser entendido como un derecho prioritario, en el sentido de que es un derecho que no admite, al momento de legitimar su supresión, la invocación de consideraciones de carácter económico o político. (...) En fin es posible estimar que el derecho a la vida incluye e incorpora, necesariamente, algún ámbito o esfera de protección de salud, que significa, a lo menos, asegurar aquellas prestaciones mínimas de las cuales depende directamente la vida de las personas, y que esa esfera de protección es absoluta en el sentido que no admite pretextos de orden patrimonial.”*⁶ Este último aspecto es fundamental, en cuanto, según veremos la

⁵Zuñiga Fajuri, Alejandra: “El derecho a la Vida y el derecho a la protección de la Salud en la Constitución: una relación necesaria”, Estudios Constitucionales, Año 9, N°1, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. pp.39.

⁶ Zuñiga Fajuri, op. Cit., página 41.

misma jurisprudencia ha desestimado el factor patrimonial a la hora de ponderarlo con la protección a el derecho a la vida, contemplado en una dinámica amplia, es decir, considerando la obligación del Estado, en cuando proporcionar una serie de prestaciones que aseguren la calidad del derecho a la vida, ejercer este derecho de manera plena, siendo el derecho a la protección de la salud, sólo una manifestación de este.

3.2. Derecho de protección de la salud. -

La Constitución consagra el derecho de protección a la salud en el artículo 19 N°9. Y lo regula en estos términos: *“Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:*

9° El derecho de protección a la salud.

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

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

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

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

El primer antecedente de esta garantía consagrada a nivel constitucional lo encontramos en la Constitución de 1925, que en su artículo 10 numeral 16, señalaba que *“Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud”.* Podrá advertirse que la consagración era muy escueta, plasmando quizás el primitivo pensamiento en esa época, en lo que respecta a salud pública, entendido como un elemento esencial de la dignidad humana. Veremos en el párrafo sucesivo que la reforma en la consagración del derecho de protección a la salud no fue un tema en efecto pacífico. -

Como lo hicimos en su momento con el derecho a la vida, analizaré a continuación lo pertinente de las Actas de la Comisión Ortuzar, pues considero fundamental este elemento para determinar el alcance de las garantías Constitucionales en comento. El debate respecto de la garantía constitucional objeto de este apartado, se llevó a cabo en la 190ª sesión, según da cuenta la Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Importantes invitados asistieron a esa sesión, es así como concurrió el Ministro de Salud y sus asesores, y los decanos de las carreras de Medicina de la Universidad de Chile y católica.

El señor Fernando Matthei Aubel, estima que, en materia de salud, según los intereses políticos predominantes en ese momento, el Estado debe velar por la salud de todos los chilenos. Definitivamente, tal planteamiento es un poco ambicioso, pero tal como se dejará en evidencia, al respecto señala: *“Considera que el Estado tiene la clara obligación de llevar y promover la salud, de realizar una labor educativa sobre el particular y de proporcionar a todos los ciudadanos la posibilidad de recibir una adecuada atención sanitaria. Reconoce que la salud no se limita sólo a la atención clínica en los establecimientos hospitalarios, sino que debe realizar una acción efectiva que abarque muchos otros aspectos”*⁷. La intervención del entonces Ministro de Salud, pareciera dar luces del problema doctrinal y jurisprudencia, que dejaremos en evidencia en este ensayo. No pareciera ser otro, que el derecho a la protección de la salud, importa necesariamente proteger la salud de forma literal, y no como libre acceso a la salud, que como veremos será la connotación final que adopta nuestra Constitución al respecto.

Las exposiciones de los invitados a la sesión de la Comisión Constituyente, hacían énfasis en que la importancia de tutelar el derecho a la salud, no sólo comprendía la obligación de curar enfermedades, es decir, la medicina curativa, por el contrario, la garantía debiera extenderse a una medicina preventiva en el marco de las políticas públicas. Luego, al referirse a la dualidad de fuentes de prestadores de salud, los expositores reconocen que la posibilidad de recurrir a un sistema

⁷ Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°190, 21 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo VI, página 234.

público, donde el Estado vuelca sus recursos y esfuerzos, y un sistema privado, financiado por particulares ha resultado a la postre exitoso. Ahora bien, el punto clave en la palestra lo coloca el Señor Evans, respecto de que es lo que se debe tutelar a través del derecho de protección a la salud, dicho de otra forma, que es lo que se protege bajo el derecho a la salud. Entonces el punto, fundamental es si el derecho a la protección de la salud, consagra, el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud, o será como lo indica su nombre, la salud propiamente tal, el bien tutelado. Por eso el tema resulta tan delicado. En efecto estamos ante dos garantías que delimitar su alcance no resulta sencillo, ello debido a que se consideran bienes esenciales de la humanidad, es decir concebir cualquier concepción de ser humano, sin vida carecería de sentido, ahora bien, constituiría un verdadero absurdo jurídico pretender que el Constituyente garantice la vida, como tal, pues escapa a su esfera de sus posibilidades, pero si, entendiendo que lo que regula es que derecho a no ser privado arbitrariamente a ilegalmente de la vida, es dable cuestionarse si poder acceder a una vida digna, y por ende entre otros tópicos, un sistema de salud de calidad, es parte de las garantías estudiadas. Y eso, precisamente lo que se planteó la Comisión Constituyente, pero a propósito del derecho de protección a la salud. El señor Ovalle, se cuestiona precisamente ese punto, señalan las actas al respecto: *“Cree que el derecho a la salud, propiamente hablando, no es un derecho individual, sino que, en el orden de las ideas del Derecho Constitucional de este siglo, es más bien un derecho social, con lo cual quiere significar que su consagración, más que el derecho a impetrar atención, lo cual puede promover dudas, debe comenzar por consagrar el deber de la comunidad y, dentro de ella, el Estado, de velar por la salud de los ciudadanos y, conforme lo dice la Declaración de Derechos, debe preservar la salud de quienes forman parte de esa comunidad. Porque consagrar el derecho de los ciudadanos a la salud, implica consecuencias que pueden ser, en la aplicación práctica del precepto, extraordinariamente graves, ya que, consagrado el derecho en forma individual, un ciudadano podría eventualmente demandar al Estado por no haber*

*recibido la atención a la cual, constitucional y legalmente, él se cree merecedor*⁸. Este temor, totalmente fundado del señor Evans, es como veremos la pretensión actual de los ciudadanos, que accionan a través de los recursos de protección que veremos más adelante, pero no vinculado al derecho de protección a la Salud, tal como era planteado con recelo por los miembros de la Comisión Constituyente, sino a través del Derecho a la Vida, analizar la jurisprudencia que hace eco de deber de preservar la salud de los ciudadanos, considerada de manera individual. Hay que distinguir en consecuencia dos ámbitos, que a juicio del Constituyente están claramente delimitados. En primer lugar, la obligación del Estado, de garantizar condiciones mínimas para objeto de fijar políticas para acceder a centros, y programas cuyo objetivo sea el restablecimiento de la salud, o bien, el Estado va a actuar como un ente supletorio, en cuanto a su rol de garantizar, que ante el evento de que cualquier ciudadano no pueda propiciarse la atención y tratamientos médicos requeridos, el Estado en su rol supletorio, velará por costear dichos tratamientos. Esta segunda postura es muy riesgosa, pues pugna con otros derechos también de rango constitucional tales como, el derecho a la igualdad ante la ley, y genera un claro conflicto en lo que la administración de los recursos públicos se refiere. -

Finalmente se adopta la definición actual, con la que iniciamos este apartado. Cabe considerar al respecto, que este precepto merece ciertas críticas desde el punto de vista netamente garantístico. Es así, como la mayor parte del Artículo se limita a establecer, la necesaria intervención del Estado en materias de salud, imponiendo la obligación del Estado, de desarrollar políticas que permitan la promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo. El único derecho concebido de manera individual a los ciudadanos es la posibilidad de optar por el sistema de salud público o bien, el privado. Es interesante como esta regulación ha abierto el debate jurisprudencial en materia de salud, principalmente en lo que las ISAPRES se refiere, pues nuestra constitución no consagra un derecho a la salud, así entendido a secas. Tal como se puede advertir de las transcripciones efectuada en este ensayo, a propósito de lo que la Comisión de Estudio de la nueva

⁸ Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°190, 21 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo VI, página 234.

Constitución puso en la palestra al analizar la modificación de este derecho, el constituyente lo consagró de tal forma que constituye un derecho civil y no un derecho social, como debió haberse establecido por la naturaleza del bien tutelado. Podemos señalar que: *“La igualdad, en su vertiente material o sustancial, es el principio cardinal que fundamenta a los derechos sociales, por sobre la libertad fáctica y otros conceptos teóricos como la necesidad y la urgencia, ambos vigorizados por el principio de la dignidad humana. El principio de igualdad material parte de la base que dentro de nuestras sociedades modernas existen grupos de personas que se encuentran más afectados que el resto, teniendo importantes necesidades en salud, educación, vivienda, etc., que alteran fuertemente su desarrollo individual. El constitucionalismo social ha decidido elevar y proteger con rango constitucional aquellas diferencias normativas dentro del ordenamiento jurídico a través de los derechos sociales, permitiendo a las personas que por motivos fácticos pertenecen a los grupos más necesitados contar con las oportunidades necesarias para desenvolverse plenamente en la comunidad.”*⁹ En consecuencia, como derecho social, su exigibilidad pertenecería a la comunidad toda, pues necesariamente debiera montarse un aparataje estatal que garantice el pleno ejercicio, en este caso del derecho de protección de la Salud, por eso no podemos afirmar categóricamente que nos encontramos en presencia de un derecho social. En efecto, como derecho civil, impone al Estado, un claro límite de su esfera de libertades, pues los poderes del Estado deben garantizar su ejercicio, pero al mismo tiempo, no deben interferir en las libertades individuales de los sujetos. La profesora Luz Bulnes, al referirse precisamente a la naturaleza del derecho de protección de la Salud, consagrado en la Constitución de 1980, ha señalado: *“de su contexto resulta evidente que se le da un papel relevante en esta materia, pero también es evidente que la acción que se le asigna es un programa y que se trata de normas que no son exigibles directamente, sino se implementan por*

⁹ SALAZAR PIZARRO, Sebastián. Fundamentación y estructura de los derechos sociales. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2013, vol.26, n.1 [citado 2018-12-09], pp.69-93. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100004>.

*la vía legislativa o reglamentaria.*¹⁰ La garantía, entonces de protección a la salud, tiene un marcado sesgo programático, que en definitiva, genera que la tutela de esta garantía resulte ilusoria. En términos prácticos, el poder judicial, en el importante.

A nivel internacional, el derecho de protección a la Salud, está contemplado en múltiples instrumentos. La declaración Universal de Derechos Humanos, lo consagra en el inciso primero del artículo 25, en los siguientes términos: “ *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*”¹¹ Si bien no lo consagra de manera autónoma e independiente, lo hace a propósito de una serie de elementos que vistos en conjunto revisten al ser humano de cierta dignidad, podemos decir, en consecuencia que estos elementos, es decir la salud y el bienestar, en relación a la alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales, y un sistema adecuado de pensiones para socorrer a los sectores más vulnerables, constituye un nivel de vida digno. El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1967, si lo contempla de manera autónoma, y a su vez, es más acucioso en el sentido de establecer medidas para garantizar la efectiva protección de este derecho. Lo regula en los siguientes términos: “*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

¹⁰ Bulnes, Luz “Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución de 1980”, en revista de Actualidad jurídica N°4, Universidad del Desarrollo, 2001.-

¹¹ En: <https://dudh.es/25/> (visitado el 07 de diciembre de 2018 a las 11:30 horas)

b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*

c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*

d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”¹²*

Es importante destacar, que el Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y políticos, no garantiza la plena satisfacción del derecho a la salud (nótese que no utilizo la nomenclatura derecho de protección de la salud, pues a mi juicio lo que el pacto impone como deber a los Estados es la obligación de velar directamente por el bien “salud”, en efecto, establece el deber de proporcionar el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales y de otra índole) sino que el deber más alto posible de salud física y mental. Ese nivel de salud, estará evidentemente condicionado a los recursos de los Estados. Así, lo reconoce la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales: *“El Comité es consciente de que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto. Es más, en muchos casos, sobre todo por lo que respecta a las personas que viven en la pobreza, ese objetivo es cada vez más remoto. El Comité es consciente de que los formidables obstáculos estructurales y de otra índole resultantes de factores internacionales y otros factores fuera del control de los Estados impiden la plena realización del artículo 12 en muchos Estados Partes.”¹³* En efecto, para muchos habitantes del orbe aspirar a niveles de salud dignos es una mera expectativa. Incluso en Chile, como veremos en varios casos jurisprudenciales, se manifiesta tal circunstancia. Entonces, atendiendo a estos tópicos, que es lo que consagra el Pacto cuando se refiere al derecho a la Salud. Es importante detenernos brevemente en su análisis porque el Pacto de derechos

¹² En: <https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4> (visitado el 07 de diciembre de 2018 a las 11:44 horas)

¹³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 14, Punto 5.

Civiles, Políticos y Económicos, fue ratificado por Chile el 16 de septiembre de 1969, constituyendo, por ende, ley para nuestra República. El pacto, y entiendo ninguna legislación, puede garantizar el derecho a estar sano. Pero sí, puede contemplar una serie de directrices que brinden a las personas, un estándar óptimo de salud, sin prescindir para esta de las características de los individuos y, además, y como gran tópico del presupuesto estatal para políticas públicas en este sentido. El sentido que le da el Comité de derechos Económicos, sociales y políticos, es incluso más amplio del que podríamos llegar a pensar. No limita el derecho a la Salud, a una serie de prestaciones tendientes a preservar y recuperar la salud, sino que lo extrapola también a políticas sanitarias (planes de vacunación, de agua potable, normativa respecto de alimentación saludable, entre otros). En esta línea la ley 20.060 de etiquetado de alimentos, es en nuestro país una clara manifestación de esta concepción, pues pretende indicar el exceso de componentes en los alimentos que resultan nocivos para la salud, así por ejemplo advierte el exceso de azúcar, sodio, grasas saturadas y calorías. Esta es una clara manifestación de políticas públicas en materia de salud, no vinculadas exclusivamente con una reparación de la salud, sino que resulta más armónica con este concepto amplio que revela el Comité.

En síntesis, lo que el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, prescribe en su artículo 12, según lo plantea el Comité en la observación 14 podría señalarse de la siguiente forma: el sistema de salud (entendido de forma amplia) debe garantizar la disponibilidad de servicios, bienes, establecimientos y centros de Salud. Otro factor determinante es la accesibilidad, lo que se traduce en que el sistema no debe permitir discriminaciones de ningún tipo. Es más, esto podríamos vincularlo con el Artículo 2 apartado 2, del mismo pacto. Pero la accesibilidad de la forma en como lo interpreta el comité, es mucho más que eso. En efecto, tiene a lo menos 4 relevantes manifestaciones: en primer lugar, la no discriminación a la que hicimos referencia; en segundo lugar: la accesibilidad física, entiendo por tal, que la cobertura de salud abarque todos los sectores de los países que adhieren al Pacto, con especial énfasis en los sectores rurales y población más vulnerable. También se pretende que estructuralmente los edificios destinado a la atención médica sean

adecuados para tal fin, y permitan el acceso de personas con capacidades diferentes. Dentro de la accesibilidad, también encontramos la asequibilidad, y esto se traduce en el tópic, salud al alcance de todos económicamente hablando, finalmente accesibilidad, se traduce en posibilidad de acceder a la información en materia de salud, tanto en lo que respecta al plano colectivo, como a lo individual de cada paciente, lo que, en nuestro país, en la ley N°20.584 de Derecho y Deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud, que entró en vigencia, recién a partir del 1 de octubre de 2012. El derecho a la salud, también comprende la aceptabilidad, que no es sino, otra manifestación de la no discriminación, así, los establecimientos médicos, deberán ser respetuosos de las minorías, y no brindar tratos diferenciados por esta razón.

Pero en concreto y específico, la obligación o deber legal que impone el Pacto de Derechos Económicos, sociales y políticos, radica fundamentalmente en: *“En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.¹⁴”* La necesidad de otorgar al derecho de protección a la salud, el trascendente carácter de derecho social, se evidenciaba incluso al momento del debate sobre el contenido de la Constitución de 1980, generado al interior de la Constitución de estudios de la nueva constitución *“(el derecho a la protección de la salud está) circunscrito en la posibilidad de ser*

¹⁴ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 14, Punto 9.

*satisfecho en plenitud por la capacidad económica del Estado, siempre limitada; pone en juego la obligación del Estado de actuar en forma dinámica y prioritaria entre sus preocupaciones dentro de este campo, y al mismo tiempo exige una armonización entre ese deber del Estado, que es prioritario entre sus deberes, y el derecho a los ciudadanos de participar como particulares en la actividad determinada, derecho que es preferente, incluso desde el punto de vista de la libertad, a la acción del Estado, acción que en este sentido, adquiere un carácter subsidiario”.*¹⁵

Según lo hemos venido exponiendo, entonces la protección del derecho a la salud, como la obligación del Estado de mantener una red sanitaria pública, destinada a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de salud, pero siempre en función de esta dualidad que el sistema debe garantizar, para cumplir a cabalidad con este imperativo constitucional, que en efecto consiste precisamente en esta posibilidad de optar, pero que poco define a la hora de establecer un sistema de calidad, y que a la larga fomenta, que esta opción tenga bien poco de libertad y en realidad esté condicionada por la posibilidad de contar con una situación patrimonial que permita respaldar económicamente la opción de ingresar a uno u otro sistema, en términos coloquiales, la posibilidad de pagar. El profesor Humberto Nogueira Alcalá, bien precisa esa tenue diferencia, y lo expresa de la siguiente forma: *“El hecho que la persona elija un sistema público o privado de atención de salud, no convierte la opción por un sistema privado en una perspectiva en la cual la autonomía de la voluntad sea el factor determinante como frente a cualquier otra mercadería o bien que se transa en el mercado en el ámbito patrimonial, ya que dicho contrato de salud como derecho fundamental de las personas, por lo que el Estado debe asegurar en dicho contrato de salud que tiene el carácter público debido a su objeto que es la protección de la salud como derecho fundamental de las personas, por lo que el Estado debe asegurar en dichos contratos la dignidad de la persona y personas, por lo que el Estado debe asegurar en dichos contratos la dignidad de la persona y personas, por lo que el Estado debe asegurar en dichos*

¹⁵ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión no 187, p. 7.

contratos la dignidad de la persona y su integridad y que se brinden las prestaciones de salud asegurando el principio de buena fe que debe guiar el cumplimiento de las prestaciones, el principio de la oportunidad de la prestación, según el cual la demora irrazonable en la atención médica o la dilación injustificada en la práctica de una operación constituye una violación del derecho, el principio de la integridad con que debe suministrarse la atención y el tratamiento de salud al ordenar terapias necesarias para la recuperación de la plena salud, la calidad, de las prestaciones, el respeto por la ética médica y el derecho a recibir información del servicio de salud al que debe acceder, los beneficios con los cuales cuenta y lo que debe hacer para recibir la prestación que requiere.”¹⁶

3.3 Exigibilidad de los derechos sociales, económicos y políticos.

En virtud de lo expuesto, la exigibilidad de los derechos en comento, es decir, la exigibilidad de la vida como derecho subjetivo y de la salud, por otra parte, no ha sido tampoco un tema exento de debate.

Desde la consagración de la Carta de San Francisco, el 26 de junio de 1945, en un mundo de por sí extrapolado, producto de la situación internacional imperante. En efecto, existen dos bloques, por una parte, los países occidentales, que postulaban la defensa de los derechos civiles y políticos, y por la otra los países soviéticos, que adherían a la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Evidentemente, este debate se extrapoló, en las posturas respecto de la obligatoriedad con que estos derechos se debían consagrar, existiendo en consecuencia, diferencias respecto de los bloques señalados. Es así, como Estados Unidos y la Unión soviética eran partidarios de la idea de una declaración de carácter genérica, cuya obligatoriedad sólo fuera aparente, pues estaría dotado solamente de fuerza moral para los Estados, el otro bloque apoyaba liderado por el Reino Unido y Australia, propiciaban un catálogo exhaustivo de derechos, cuya exigibilidad fuera plenamente vinculante para los Estados. Finalmente, este texto,

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, “El Derecho Fundamental a la protección de la Salud en Chile”, Microjuris., cita: MJD297, Santiago de Chile, 2008.

se aprobó el 10 de diciembre de 1948. Consagró la dignidad humana como corolario, y en definitiva estableció la premisa que, a través de la consagración y ejercicio de todos los derechos humanos, las personas pueden lograr experimentar un nivel digno de vida. En consecuencia, las personas deben contar con las condiciones económicas y sociales que posibiliten el disfrute de los derechos que se consagran en la Carta, y entre ellos efectivamente el derecho a la vida, aunque no es el único, pues se consagran una serie de derechos, también de naturaleza de derechos económicos, sociales y culturales, tales como la seguridad social, la educación, y libertades propias de la vida en comunidad y de la posibilidad de asociación. Respecto de la exigibilidad de este nuevo catálogo de derechos, cabe precisar que no se establecen deberes correlativos de los Estados. De todas formas, establece la progresividad en las medidas para promover y proteger los derechos consagrados, como obligación de los Estados, pero no sólo limitado a estos como agente de garantía de estos avances necesarios, sino que establece igualmente la obligación a aquellos agentes que considera no estatales. Ahora bien, respecto del mecanismo de protección, podemos mencionar el artículo 8 de la Declaración de Derechos Humanos, establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Ley”. Como se puede advertir, la consagración de la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia, no se limitó a determinados derechos excluyendo otros, por lo que la justiciabilidad de los derechos que consagra la Constitución y las leyes debiera ser la regla general, y ante jurisdicción competente nacional y no con un recurso general Internacional. Se experimentó un notorio avance en materia de Derechos Humanos, pues este instrumento consagró varios. El capítulo IX, contiene dos decidores artículo, en lo que se refiere a la cooperación económica y social. Es así como el artículo 55 establece: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”,

Luego el artículo 56, señala que todos los Estados se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, para alcanzar los fines mencionados anteriormente. Esto pareciera demostrar un gran avance en materia de derechos humanos, no obstante, conviene precisar que la Carta de las Naciones Unidas no contiene un catálogo de derechos humanos claramente precisados, y, en consecuencia, tampoco un mecanismo efectivo de protección. Fue así como en 1946, se crea la Comisión de Derechos Humanos, la que, como primera misión, debe detallar los derechos mencionados en la carta de ONU.

Sin embargo, la necesidad imperiosa de convertir estos derechos consagrados en la Declaración de manera prácticamente declarativa en derechos exigibles y que por lo tanto se tradujeran en obligaciones para los Estados de adoptar medidas concretas no se hizo esperar. La Asamblea de las Naciones Unidas solicitaba un único instrumento, lo cual fue imposible por el bifurcado panorama internacional al que ya hicimos referencia. Ello generó en definitiva la existencia de dos pactos, en primer lugar, el Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos y por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. Este último instrumento fija la progresividad del pleno ejercicio de los derechos. Haciéndose cargo de la problemática no menor de los recursos de por sí limitados de los Estados. La diferencia es sutil, pero en efecto ambos pactos imponen el deber a los estados de adoptar medidas concretas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contraídas internacionalmente, aun cuando un instrumento consagre la inmediatez de las medidas, al menos en apariencia, y la otra la obligación de que

esas medidas sean adoptadas de forma progresiva, en razón de los recursos de los Estados pero que a la larga sean igualmente adoptados. Esta no fue la única diferencia entre los pactos internacionales, es así como mientras el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos cuenta como mecanismo de garantía con la creación del Comité de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y políticos cuenta con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, este último establecido como órgano fiscalizador, no fue capaz de abarcar toda la función por lo que se creó el Comité de Derechos Económicos, sociales y civiles, en el año 1985. Ahora bien, la falencia es evidente porque aún cuando fueron consagrados como órganos fiscalizadores, no cuentan con competencia para pronunciarse respecto de alegaciones de individuos cuyos derechos consagrados en el pacto hayan sido conculcados, pues no hay que olvidar la progresividad en que fueron consagrados estos derechos.

No obstante, el escenario internacional apunta a la exigibilidad de estos derechos y la progresividad está dejando de ser pretexto. Esta evolución respecto de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y políticos no es relevante toda vez que precisamente, los derechos analizados en este ensayo pertenecen a tal categoría. El comité encargado de velar por el cumplimiento de estos derechos realiza su labora básicamente a través de varios mecanismos por el ejemplo un sistema de informes que debe ser presentados por los Estados a los órganos respectivos, comunicaciones individuales, visitas a los países y finalmente comunicaciones interestatales.

La posibilidad de hacer exigibles o justiciables estos derechos, hoy en día, a la luz de la jurisprudencia imperante no debiera ser factor de disputa. Pero no siempre fue así. Los derechos económicos, sociales y culturales, categoría en la que precisamente debemos incorporar los derechos en estudio, es decir, el derecho de protección de la Salud y el Derecho a la Vida, han sido latamente codificados por cuerpos normativos de carácter internacional, y su obligatoriedad pareciera innegable por parte de los Estados. Sin perjuicio de ello, las hipótesis de violaciones a esta categoría de derechos son innegable. Los tiempos han cambiado, y las posibles situaciones conculcadoras de derechos se han proliferado, es por ello que

se requiere un papel más activo de los Estados, y de la sociedad civil. La necesidad de una evolución constante en cuanto a los mecanismos de protección internacional es incuestionable. Debemos en consecuencia tomar este derecho internacional tan distante y convertirlo normativa plausible para reforzar el concepto de derechos humanos. Ya mencionamos que la exigibilidad de estos derechos se plasma en la posibilidad de recurrir ante los tribunales competentes nacionales, aunque suele no invocarse como tal. No obstante, eso, la jurisprudencia internacional ha proliferado en los últimos años, acorde a la evolución que ha demostrado el derecho internacional en este sentido. Veremos a continuación a modo de ejemplo, una causa reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 23 de agosto de 2018, que nos permite identificar varios de los aspectos expuestos. En este interesante caso, 49 pacientes que padecían VIH, demandaron a la República de Guatemala, pues no fue sino hasta los años 2006-2007 comenzaron algunos atisbos de atención médica estatal para el padecimiento que los aquejaba. Con anterioridad a esos años la atención médica fue inexistente. Cabe hacer mención que a partir de los años mencionados la atención continuó siendo ineficiente e inadecuada, por lo cual esa deficiencia motivó concluir que el Estado está conculcando el derecho a la vida e integridad física y psíquica de los afectados. La Comisión, finalmente concluye que Guatemala es responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 4.1, 5.1 y 25.1 de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, en perjuicio de los denunciantes. En consecuencia, recomendó al Estado lo siguiente:

1. “Reparar integralmente a las víctimas sobrevivientes y a los familiares y seres queridos de todas las víctimas por las violaciones de derechos humanos declaradas en el informe, incluyendo tanto el aspecto material como moral.
2. Adoptar inmediatamente las medidas necesarias para asegurar que todas las víctimas sobrevivientes del presente caso cuenten con atención médica integral, según los estándares internacionales, que incluya entre otras necesidades: i) la realización de diagnósticos completos y de exámenes de seguimiento periódicos; ii) la provisión permanente e ininterrumpida de los medicamentos antirretrovirales requeridos y de otros que puedan necesitar derivados de su situación concreta de

salud; iii) la atención en salud mental para las víctimas que así lo deseen, y iv) la atención diferenciada requerida por las víctimas mujeres en este caso, con especial consideración a su capacidad reproductiva. El Estado deberá asegurar que las víctimas que no tengan que sufrir obstáculos de accesibilidad o de otras índoles para la obtención de la atención integral en los términos de dicha recomendación.

3. Disponer mecanismos de no repetición que incluyan, entre otras, i) la provisión de tratamiento y atención de salud gratuita, integral e ininterrumpida a las personas VIH/SIDA que no cuenten con recursos para ello; ii) la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica de los hospitales públicos a fin de asegurar que ejerzan sus labores de manera compatible con los estándares reconocidos internacionalmente y descritos en el informe.¹⁷

Este fallo nos ofrece interesantes aspectos de análisis. En primer lugar, en cuanto al derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos involucrados, conviene precisar que antes de los años 2006 y 2007, no se prestó atención médica alguna a las víctimas, ni los exámenes requeridos, como es de esperarse en consecuencia, tampoco proporcionó a las víctimas los medicamentos antirretrovirales, lo cual tuvo repercusión negativamente en la salud de los afectados. Ahora bien, con posterioridad a los años 2006 y 2007, si bien se Guatemala comienza con una tímida adopción de medidas en relación a políticas públicas de HIV/SIDA, estas no fueron capaces de proporcionar un estándar mínimo de prestaciones. Ante esto el Estado de Guatemala, señaló que ellos adoptaron todas las medidas que a su alcance disponían, incluso aquellas relacionadas con la prevención de la transmisión de enfermedades de transmisión sexual, por lo que sería en extremo severo atribuirle responsabilidad por este hecho, aún cuando adoptaron aquellas medidas que por razones presupuestarias les estaba permitido. Comparte el Estado el argumento de la progresividad del que nos haremos cargo en breve, entendiendo que al encontrarse vinculado un derecho tan importante como el derecho a la salud, existe

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos; “Cucus Pivaral con Guatemala”, 23 de agosto de 2018, integrada por los jueces: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Elizabeth Odio Benito, Jueza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y Patricio Pazmiño Freire, Juez

;

a su respecto una clara obligación de cumplimiento progresivo, por lo tanto, la salud debiera entenderse de manera integral, tanto en su esfera preventiva como curativa. Sin embargo, puso en jaque la exigibilidad de los derechos sociales y económicos va a ser la realidad económica un factor preponderante a la hora de establecer si el Estado involucrado dio o no cumplimiento a los compromisos adoptados en relación a los derechos involucrados.

En efecto, el artículo 26 de la Convención Americana de derechos Humanos establece: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

Ahora veremos las garantías conculcadas, su exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en relación a la progresividad que establece el artículo 26 de la Convención, antes ya mencionado. La Corte consideró que la obligación adquirida por los Estados, es básicamente es hacer *efectivos derechos que derivan de estos imperativos, y en cuanto a lo que al plazo y la modalidad en que los Estados harán efectivos estos cumplimientos, esta progresividad se traduce en que: “esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas*

a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos¹⁸. El fallo en comento, establece que las normativas en materia de derechos humanos deben ser necesariamente, interpretadas de manera integral, sin establecer entre ellos principios jerárquicos y en consecuencia todos son igualmente exigibles. En este sentido lo refiere el propio preámbulo del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”, que reconociendo la estrecha relación entre derechos económicos, sociales y culturales por un lado y derechos civiles y políticos constituyendo ambos, innegablemente una base de derechos que constituyen los cimientos de la dignidad de la persona humana, requiere, en consecuencia, de la misma tutela y promoción permanente con el fin de garantizar un ejercicio pleno, sin que exista entre ellos jerarquía que permita la violación de unos derechos para la realización de otros. Es así, como en relación a la progresividad que establece el artículo 26 de la Convención, en estrecha vinculación con la los derechos objetos de este trabajo, vale decir, el derecho a la vida e integridad física y psíquica y derecho de protección a la salud, concluye *“La Corte advierte que una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de la normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales*

¹⁸ Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 102.

*de los seres humanos. Corresponderá en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCAs, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección*¹⁹. En consecuencia, la exigibilidad progresiva resultaría incuestionable, en razón a la naturaleza de los Derechos Fundamentales que se pretenden tutelar, podríamos asignar al artículo 26 de la Convención una interpretación extensiva, a todos aquellos derechos que por su naturaleza se entienden pertenecerle.

La Corte también se pronuncia en este fallo analizado, sobre el derecho a la salud, como un derecho autónomo y justiciable. La obligación asumida por los Estados, puede establecerse en dos facetas. Primero una faceta de exigibilidad inmediata, en virtud de la cual los estados deben necesariamente adoptar medidas que garanticen el acceso sin discriminación alguna a las prestaciones de salud, establecidas estas tanto de materia preventiva como curativa. Luego existen este segundo grupo cuya exigibilidad resulta efectivamente progresiva, en este sentido, la obligación es adoptar medidas eficaces y concretas para avanzar hasta la plena realización de los derechos, siempre en estrecha vinculación con los recursos disponibles, a través de las políticas adoptadas por los Estados. En cuanto al contenido mismo del derecho a la Salud, la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, no podemos dejar de mencionar en este apartado el emblemático caso Poblete Vilches, en el que se condena al Estado de Chile, por conculcar las garantías en comento, y en el que nos detendremos más adelante, por lo pronto señalaremos que este fallo, en relación a la salud, señala que: *“es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que*

19

*la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población*²⁰ Entendemos en consecuencia que se ha delimitado el contenido de la salud, ya no sólo, como lo consagra nuestra constitución, es decir como una posibilidad de optar entre un sistema público y privado, y en consecuencia que establece de la obligación al Estado de sustentar un sistema público de salud, sino que también, la real exigibilidad respecto de calidad, estableciendo estándares que generen la real satisfacción de estas garantías. En el caso comentado, quedó fehacientemente demostrado que los pacientes con HIV, no contaron con un estándar de atención ni siquiera de calidad, derechamente no contaron con una atención oportuna. Los Estados deben poner especial énfasis al momento de adoptar políticas en que los grupos más vulnerables estén involucrados, en este caso personas portadoras del virus, de escasos recursos, que acceder de manera particular al tratamiento adecuado, resulta derechamente una utopía. Pues son estos grupos quienes requieren precisamente del Estado una prestación de salud de calidad y oportuna para satisfacer sus necesidades. En este caso en concreto, un elemento preponderante a la hora de establecer la responsabilidad del Estado, es si adoptó las medidas concretas incluso con la progresividad que consagra el Artículo 26 de la Convención. Específicamente en materia de salud, establecen criterios específicos por ejemplo la no regresividad, entendida como la prohibición de adoptar medidas que priven de derechos o políticas ya desarrolladas, sino en pos de mejoras y avances. La Corte establece la Progresividad, *“en el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y*

²⁰ Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido"²¹.

El fallo analizado, es relevante, en cuanto también hace algunas interesantes consideraciones respecto del derecho a la vida e integridad física, también objeto del presente trabajo. El derecho a la vida debe entenderse necesariamente como el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos. La fiel observancia de este derecho, impone la obligación, en su faceta negativa que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, y en su faceta positiva, dotar a la vida de la dignidad que le genera el pleno y libre ejercicio de los derechos entendidos como un todo integral. Entendido en su faceta negativa, se vulnera en derecho a la vida de los pacientes en el contexto médico, cuando no se otorga a un paciente el acceso a la salud, cuando su estado requiere atención de urgencia o tratamientos médicos esenciales, o cuando se acredita una negligencia médica grave. La Corte estableció, que en este caso concreto las muertes de los pacientes con el virus del SIDA, se produjeron por la falta de políticas públicas que les permitieran acceso a los tratamientos necesarios para el tratamiento, en consecuencia, la vulneración del derecho a la vida, en su faceta negativa es evidente.

Detenernos en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y políticos, no fue en vano. Los derechos analizados en este ensayo revisten precisamente esta característica. Comprenderlos como derechos justiciables y capaces de ser tutelados por los tribunales de justicia generan la posibilidad de poder exigir su cumplimiento ante los tribunales de justicia a nivel nacional. En el plano internacional, pareciera imperar este nuevo paradigma, es decir que los derechos económicos, sociales y políticos, no constituyen meros aspectos dogmático, de alcance casi moral, y en realidad son imperativos obligatorios no sólo para los estados, sino que también para los demás agentes de carácter no gubernamental,

²¹ Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 102, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", 21 de septiembre de 2007, U.N. Doc. E/C.12/2007/1, párr. 8 y 9.

no existiendo diferencia alguna con otras categorías de derechos como los civiles. Esta pareciera ser la concepción adoptada actualmente por nuestros altos Tribunales de Justicia.

Luis Arbour, señaló: “contribuir a reducir la distancia que separa la alta retórica, que se utiliza en los salones de la organización para hablar de los derechos humanos, de las crudas realidades que pueden encontrarse sobre el terreno²².” Esta frase me pareció muy potente, pues estamos en tiempos de exigibilidad, de avances drásticos, de comprender la vida humana dotada de una dignidad incuestionable, como derecho fundamental y básico, y en consecuencia no separable de otros importantes derechos, como el de salud, educación, asociabilidad, seguridad social, derechos laborales. En estos tiempos meras declaraciones con obligatoriedad moral, no permiten el desarrollo del objetivo práctico, que las garantías legales de derechos consagrados pretenden como fin en si mismo.

4. CAPITULO II: Jurisprudencia nacional sobre derecho a la Vida e Integridad física y psíquica y Derecho de Protección de la Salud.

4.1. Tratamiento jurisprudencial del derecho de Protección de la Salud.

Nuestra Constitución, tal como señalamos ha consagrado el derecho de protección de la salud, como aquella posibilidad de optar entre el sistema público y privado, y acto seguido ha impuesto al Estado una serie de deberes, en cuanto garantizar, en definitiva, esta posibilidad de elegir, amparando esta dualidad de sistema, sobre todo lo que respecta a la existencia de los elementos de salud pública.

No obstante, lo anterior, no debemos olvidar, que una línea importante para entender la dinámica de la Garantía Constitucional consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política, es la que dice relación con evitar el alza en el precio

²² Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/59/2005/Add.3 Fecha: 26 de mayo de 2005. Este Plan fue solicitado por el ex Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan en su informe titulado “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” (A/59/2005).

de los planes de salud, contratados con las Instituciones prestadoras de Salud, en el marco de la acción constitucional consagrada en el Art. 20 de la Constitución Política de la República, al respecto, la jurisprudencia se ha básicamente estandarizado. Sin embargo, a partir de la reforma constitucional del año 2005, la figura del Tribunal Constitucional, específicamente conociendo del Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad que el análisis adquiere una visión más interesante. Con el sólo con el objeto de contextualizar jurídicamente esta arista del derecho de protección de la salud, debemos señalar que las instituciones prestadoras de salud descansan en seguros autofinanciados, que se regulan a partir de la evaluación del riesgo de los beneficiarios y de la Cobertura contratada. Es el artículo 38 ter de la ley 18933 el que establece la forma en cómo se calcula el monto de deberá pagar el afiliado. Por lo mismo este artículo ha sido objeto de acciones de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Es este tipo de jurisprudencia, la que nos aporta nuevos antecedentes para dimensionar la garantía en estudio, estableciendo la obligaciones para las Instituciones de Salud Previsional, no deben afectar los derechos ni menoscabar su libre ejercicio, asimismo, establece la obligaciones para los contratantes en materia de salud (generalmente las ISAPRES) de considerar los derechos fundamentales, aún incluso sobre la misma regulación legal, finalmente que el derecho a la elección del sistema de salud al cual adscribirse, importa la garantía de poder mantenerse en dicho sistema, sin trabas injustificadas y arbitrarias que perturben el ejercicio de las garantías constitucionales y derechos en general.

En materia de recursos de Protección la Jurisprudencia ha sido más o menos uniforme en cuando a los siguientes tópicos, en primer lugar, la variación en los precios de los contratos de Salud debe tener necesariamente como antecedentes aquellos que justifiquen la variación de las condiciones tenidas en vista al momento de contratar. Los motivos deber ser de tal entidad que se entiendan variadas las circunstancias, pero estas evidentemente no pueden provenir de la misma Isapre, de lo contrario, ineludiblemente entenderemos que nos encontramos ante un hecho que reviste las características de arbitrario e ilegal, y, en consecuencia, susceptible de ser tutelado por la vía del recurso de protección. Ahora bien, esta rigidez con la

que se pretende amparar el contrato de salud, podría traer importantes consecuencias, como la vulneración del principio de Igualdad ante la ley. Y esto pugna con el sistema de solidaridad que debiera amparar al sistema y que bien advierte la profesora Ángela Vivanco Martínez: *“el principio de la solidaridad con los grupos vulnerables, como es el caso de las personas ancianas o de las situaciones de quienes presenten discapacidad, importa para ellas, la elevación favorable de sus posibilidades de acceso al sistema prestacional y a los servicios que les son necesarios precisamente en asociación a esa vulnerabilidad, pero los modelos correspondientes, no se asientan ni se apoyan en imponer esta obligación a los particulares, sino en suplementar los recursos disponibles por parte del propio estado, ya sea con prestaciones directas, subsidios o incentivos, los que por cierto no pueden transformarse en herramientas de desmedro para el resto de las personas.”*²³

Podemos advertir desde ya, una sutileza, que a mi juicio responde al hecho de poder sustentar en este sistema dual de protección a la salud, prestaciones acordes a la necesidad de obtener ya sea del sistema de salud público o privado aquellas prestaciones necesarias para asegurar el cabal ejercicio del derecho a la vida, e integridad física y el derecho a la salud, es así como, aquellas personas que han optado por un sistema privado, es decir, aquellos que han celebrado contratos de salud con Instituciones prestadoras de salud, básicamente recurren amparándose del artículo 19 N°9, en relación a la protección de la titularidad del contrato, en otros términos, el haber celebrado el contrato, les permite ciertos deberes de las ISAPRES que en definitiva igualmente protegen el derecho a la vida e integridad física, en la forma como lo veremos en los fallos dictados a propósito de la garantía constitucional del artículo 19 N°1. Ello, a pesar que aquellos sectores más vulnerables, que no cuentan quizás con un contrato de salud en el campo privado, recurren amparándose del artículo 19 N°1, aún cuando podrían perfectamente demandar al Estado esta posibilidad concreta de elegir entre prestaciones de

²³ Vivanco Martínez, Ángela, “Justicia Constitucional, libre elección en Materia de Salud y Normativa sobre ISAPRES: Un comentario a la reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en, Revista Chilena de derecho, Volumen 37 N°1, página 158.

calidad, en cuanto a que el factor económico no sea lo determinante a la hora de elegir. Pareciera, que ambas garantías se están desarrollando jurisprudencialmente en una línea, pero la forma en como se plantean, es decir la exigibilidad de las prestaciones de las ISAPRES o del Estado u órganos estatales, va a depender de un factor netamente patrimonial.

Nos centraremos a continuación, en fallos que no dicen relación con la dinámica de evitar el alza en los precios de los planes de salud, contratados con las ISAPRES. Los fallos que revisaremos en este acápite, revisten importancia desde otro punto de vista. En ellos se amalgaman una serie de elementos, que precisaremos en cada fallo, que en materia de protección del fiel cumplimiento de los contratos suscritos con las ISAPRES, incorporan interesantes elementos, que a mi juicio, no hacen sino tutelar igualmente el derecho de protección de la salud, de una manera diversa al sentido que le da el Constituyente, en realidad a la larga, que los fallos que analizaremos protegen, es la salud como bien jurídico independiente, y escapa un poco a esta concepción de optar entre la dualidad de sistema, sino que contrario a ella, una vez ya optando, y en los casos invocados, fundamentalmente por el sistema privado, este debe garantizar una serie de prestaciones, contempladas en el contrato celebrado, invocando incluso por algún fallo que los contratos deben ejecutarse de buena fe, de conformidad lo dispone el art. 1556 del Código Civil, que también constituye una manifestación de esta necesidad de evolucionar en el concepto de Protección a la salud, que nuestro derecho consagra.

4.1.1. Causa: “Villalobos Toledo Susana, con Isapre AETNA SALUD S.A.,

Conoce de esta causa, la Corte de Apelaciones de Concepción. Si bien, la causa es de larga data, pues se dictó con fecha 27 de julio de 1998, es importante pues da cuenta que el tema de la protección de la salud, como bien integral y no como bien de consumo, es un tema bastamente discutido. Recurre doña Susana Villalobos Toledo, en contra de Isapre Aetna S.A. La Corte conociendo de este recurso, acoge el recurso de protección interpuesto y en consecuencia ordena

reembolsar y/o bonificar los gastos médicos en los que incurrió, con los topes que establece el respectivo contrato de salud, celebrado por las partes.

Los presupuestos son los que a continuación se establecen. El 30 de abril de 1997, la recurrente celebró el contrato de Salud Previsional Plan Pingual con la recurrida. En su búsqueda por quedar embarazada, consulta con un especialista, con el objeto de que le practicara un chequeo general a su aparato reproductivo, por esta razón, se debe internar por un día en el Hospital del Trabajador, por lo que tuvo que pagar el monto de \$550.923. Al solicitar el reembolso, la Isapre se negó a efectuarlo toda vez que consideró que al haberle sido diagnosticado a la paciente el síndrome de ovarios poliquísticos, a los 16 años, esto no fue declarado, y en consecuencia este constituiría un elemento que haría presumir una preexistencia médica. Además de su decisión negativa, la recurrida, decide poner término unilateral al contrato que la ligaba con la recurrente. A continuación, transcribo los considerandos relevantes:

“5° (...) Se expresa que son Enfermedades preexistentes No Declaradas, "aquellas enfermedades o patologías conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso, y que no hayan sido declaradas, por exclusiva responsabilidad del cotizante y/o sus beneficiarios, en la Declaración de Salud, documento que forma parte integrante de este contrato: (artículo 5º puntos 5.1.3 y 5.2).

Se señala, además, como obligación del cotizante, entre otras, la de "declarar en forma completa y veraz, bajo su exclusiva responsabilidad, en el documento Declaración de Salud, todas las características y antecedentes que permitan conocer con precisión el riesgo de salud del grupo familiar inscrito tanto en la suscripción de este contrato, como al momento de la incorporación de otros beneficiarios. El cotizante declara reconocer en este acto el carácter de esencial de esta obligación para la continuidad del contrato. (Artículo 8.9.) Es del caso acotar, que una cosa es el Diagnóstico y otra, muy diferente, la Enfermedad. En efecto, según el Diccionario Médico Teide, Enfermedad es un "trastorno de causa

específica y con síntomas y signos reconocibles; es cualquier anomalía corporal o fallo del funcionamiento normal, excepto cuando se produce a consecuencia de una agresión física" y, Diagnóstico, es el "proceso para determinar la naturaleza de un trastorno teniendo en cuenta los signos y síntomas del paciente, los antecedentes o historia clínica del mismo y -cuando sea necesario-el resultado de pruebas de laboratorio y de rayos X". La Recurrente estaba obligada a declarar sólo las Enfermedades preexistentes no, los diagnósticos.

7) Que de la ficha clínica que en copia se agrega a fs. sólo consta que la Recurrente dio como antecedente mórbido de su dismenorrea severa por la que consultaba y solicitaba un chequeo, el "Síndrome de Ovario Poliquístico" que se le habría detectado 14 años atrás, pero no existen antecedentes indubitados que dicha patología haya sido sufrida efectivamente por ésta, como tampoco que haya dejado secuelas permanentes que se extendieran por un lapso tan prolongado hasta la celebración del Contrato de Salud con la Recurrída junto al cual la Recurrente declaró bajo juramento no tener enfermedad preexistente a dicho convenio, salvo, astigmatismo.

No se encuentra demostrado entonces que ese Síndrome de Ovario Poliquístico presuntamente detectado a los 16 años fuese el origen necesario y único de la amenorrea por la que ahora consulta y requiere exámenes médicos la Sra. Villalobos Toledo. De ello se infiere que no ha existido infracción contractual de parte de la beneficiaria que a la edad del diagnóstico referido habría tenido sólo 16 años.

Es necesario observar que Aetna Salud S.A. no ha exigido a la cotizante que se someta a un examen médico, como habría sido razonable a fin de otorgar o no el servicio. Es indudable que la afiliada se limitó a responder en su Declaración si en esos momentos se encontraba enferma, pues no podía entenderse que, en ningún tiempo anterior, ni en ninguna etapa de su vida no hubiese tenido alguna dolencia. La declaración, pues, hecha por la cotizante en el sentido de que no sufría una afección preexistente hay que entenderla en el sentido de que en ese momento no se hallaba enferma. Y la Isapre, en caso de duda, debió requerir un examen médico.

Pero no lo hizo y suscribió el contrato percibiendo durante varios meses las cotizaciones que le entregó la afiliada.

Aetna Salud S.A. presta un servicio de salud a la comunidad mediante la contratación correspondiente. Ese vínculo jurídico, si bien está sujeto a la contratación, reviste un carácter especialísimo. El Estado le ha entregado una función que es pública y en la cual tiene interés toda la sociedad. No puede ser el lucro lo que guíe únicamente a estas empresas que se han comprometido a dar un servicio; deben velar por que se cumplan los fines que han llevado a permitir una sociedad privada que otorgue los beneficios propios de un sistema de salud previsional.

8) Que, en las condiciones anotadas, resulta claro que la entidad recurrida no ha podido negarse a otorgar a la recurrente la cobertura pactada en el contrato de salud. Con esta actuación arbitraria la Isapre ha conculcado el derecho de propiedad consagrado en el número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, desde el momento que se ha privado a la Recurrente de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que ha debido incorporarse a su patrimonio, cual es la cobertura de las prestaciones médicas recibidas que ha estado obligada a otorgarle la Isapre Aetna Salud S.A.

9) Que, conforme con el artículo 38 de la Ley N.º 18.933, los contratos de salud no pueden dejarse sin efecto durante su vigencia -que es de plazo indefinido- sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que por regla general no queda entregado a la voluntad unilateral de una de las partes, como se desprende del artículo 1489 del Código Civil. Siendo un contrato, desde que se ha legalmente celebrado son una ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causales legales.

10) Que la decisión unilateral de una Isapre de desahuciar a un afiliado importa una resolución que legalmente es de su competencia, en el marco de las relaciones contractuales, y por lo mismo ello ha de entenderse sin perjuicio del derecho del afectado a impugnar la causa invocada, por la vía del procedimiento contradictorio apto para tal fin, siendo improcedente el recurso de protección para ello.

Decidir si actuó o no legítimamente y conforme a las cláusulas contractuales, requiere un lato conocimiento que permita o dé posibilidad de interpretarlas debidamente y, de probar las afirmaciones de las partes²⁴.

Si bien este fallo, no es en efecto, un fallo reciente, sino que todo lo contrario, tiene más de 20 años, nos permite comprender que aún cuando existían, existen y probablemente existirán discusiones en cuanto a la naturaleza de la garantía constitucional consagrada en el Art. 19 N° 9 de la Constitución Política, ello no obsta a poder afirmar, en que al menos, existe un punto de acuerdo, en cuanto a que las Instituciones prestadoras de Salud, no están guiadas única y exclusivamente por el interés privado, por el contrario, si bien les está permitido fin de lucro, ello no significa que pueden dejar de lado la principal obligación, cual es la entera satisfacción de las prestaciones de salud de sus afiliados. Veremos que las ISAPRES, recurren a una serie de alegaciones a efectos de no dispensar ciertas protecciones a sus beneficiarios. La Corte haciéndose cargo de esta problemática, atribuye al contrato de prestación de salud ciertas características, que al menos en materia contractual, escapan a ciertos principios formativos.

4.1.2. Causa “Herrera Maturana, María José con Isapre ING SALUD. S.A.”

Con fecha 28 de julio de 2003, la Corte Suprema, conociendo de la apelación, en el recurso de Protección número de ingreso Corte 2544-2003, caratulado Herrera Maturana María José con Isapre ING Salud S.A., acoge el recurso de protección interpuesto por la recurrente. Los presupuestos fácticos de la acción son los siguientes. El 27 de marzo de 2003, la Isapre ING Salud S.A., comunica a la señora Herrera Maturana, el termino unilateral del contrato de Salud, el que pactaba el plan AETNA SALUD S.A., por una cotización mensual de 3,44 Uf, y que fue celebrado en enero del 2000. En el mes de noviembre 2002, producto de un problema de

²⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, caratula: “Villalobos Toledo, Susana con Isapre AETNA S.A.” Ni de Ingreso Corte: 34-1998, fecha 27 de julio de 1998. Pronunciada por las señoras Ministras Sara Herrera M. y Irma Meurer M. y el abogado integrante señor Julio Saéz.

sobrepeso que padecía concurre al Departamento del Programa de Manejo de la Obesidad Mórbida del Hospital Dipreca, ocasión en la que le detectaron dicha enfermedad y le recomendaron someterse a una cirugía de restricción gástrica. Al solicitar a su Isapre, la cobertura para practicarse dicha intervención, esta solicita un informe a los médicos tratantes. Se produce un error en cuanto a las fechas en que se detectó el padecimiento (en efecto se señala que tenía antecedentes de obesidad desde de 1984 y que el primer diagnóstico que se le practicó fue en 1999). Corregido dicho error involuntario cometido por el facultativo de Salud. Este error finalmente es subsanado mediante un nuevo informe que la recurrida solicita al médico tratante de la recurrente. En este, se indica que se diagnostica en el 2002 un cuadro de sobrepeso y obesidad leve, y que el diagnóstico de este padecimiento requiere ser cuidadoso pues sólo a partir del 2000, la Organización Mundial de la Salud, reconoce la obesidad como patología. Cabe de todas formas hacer presente que la actora al momento de suscripción del contrato de con la Isapre, pesaba 74 kilos y medía 1,74 metros, de lo que quedó constancia en la información requerida al momento de la contratación. No obstante, ello, con fecha 21 de enero de 2002, la recurrida le comunica el termino unilateral del contrato que los ligaba, por estimar que la señora Herrera Maturana, no había declarado una enfermedad que revestía el carácter de preexistente. El recurso se funda en la vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, y, sobre todo, el derecho a elegir el sistema de salud al que opte adherirse.

En lo que respecta a las preexistencias, el artículo 40 de la ley 18933, faculta la terminación del contrato en caso de no haberse declarado por el asegurado omite o falsee cualquier tipo de información en la declaración de antecedentes médicos y que, además, esta conducta genere perjuicios a la Institución de Salud Previsional. El tenor literal del artículo 40 de la ley 18.833 número 1, es el siguiente: *“La Institución sólo podrá poner término al contrato de salud cuando el cotizante incurra en alguno de los siguientes incumplimientos contractuales: N° 1: Falsear o no entregar de manera fidedigna toda la información en la Declaración de Salud, en los términos del artículo 33 bis, salvo que el afiliado o beneficiario demuestren justa causa de error.*

La simple omisión de una enfermedad preexistente no dará derecho a terminar el contrato, salvo que la Institución de Salud Previsional demuestre que la omisión le causa perjuicios y que, de haber conocido dicha enfermedad, no habría contratado.

La facultad de la Institución de Salud Previsional de poner término al contrato de salud, se entiende sin perjuicio de su derecho a aplicar la exclusión de cobertura de las prestaciones originadas por las enfermedades preexistentes no declaradas.”

La Corte Suprema, en su parte considerativa fundamenta su fallo, acogiendo el recurso de Apelación, haciéndose cargo, precisamente de este concepto de preexistencias. Transcribiremos a continuación los considerandos relevantes, que fundamentan la decisión que finalmente adopta la Corte:

“Octavo: Que sin embargo lo que la ley dispone que debe entenderse por enfermedades o patologías preexistentes son aquellos que hayan sido conocidas por la afiliada y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato y en el caso de autos, no hay constancia de que ello haya ocurrido, toda vez que su médico asegura haber atendido a la Sra. Herrera en 2002 por primera vez y el contrato ella lo firmó con Aetna Salud S.A. hoy ING Salud S.A., el 20 de enero de 2000.

Noveno: Que así, las cosas, cabe concluir que la Isapre ING, Salud S.A., al poner término al contrato de Salud de la recurrente, incurrió en un acto arbitrario, pues procedió sin contar con antecedentes suficientes que dieran cuenta de un incumplimiento de parte de la afiliada a las obligaciones que imponía el contrato, puesto que su informe se limita a hacer valer los dos certificados que otorga el doctor Juan Cher Soto.

Décimo: Que el acto ordinario de la Isapre, vulnera la garantía del N°9 inciso final del artículo 19 de la Constitución Política de la República, puesto que el término del contrato coloca a la recurrente en una situación que significa que no tenga

*posibilidad de acceder al sistema privado de Salud como consecuencia de dicho acto*²⁵.

Este fallo merece algunas observaciones. En primer lugar, resulta interesante en cuanto invoca el elemento de preexistencia, como causa ineludible de término unilateral del contrato celebrado con las Instituciones prestadoras de Salud. Debemos destacar, asimismo, que esta omisión o bien derechamente el falsear la declaración, no constituye per se una preexistencia, sino cuando este genera perjuicio para la Isapre.

En segundo lugar, y en completa relación que nos convoca, a pesar que la recurrente funda su recurso, en que arbitraria e ilegalmente se vulnera su derecho a la vida e integridad física y además, se vulnera el derecho de protección de la salud, la Corte derechamente omite pronunciarse respecto de la garantía contenida en el art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, y sólo funda su decisión en la garantía contenida en el numeral 9, ello a pesar de que hay evidentemente un tema de salud involucrado, y asimismo, la vida de la recurrente y su integridad física y psíquica se encuentran en juego. No obstante, ello, el motivo fundamental que lleva a los excelentísimos ministros de la Corte Suprema a acoger el recurso interpuesto por la señora Herrera Maturana, y en consecuencia acoger su pretensión, fue que la conducta de la recurrida, afecta directamente la posibilidad de la demandada de optar por el sistema de salud privado. La razón es evidente, pues si bien a la época de la contratación la recurrente no tenía problemas de obesidad, hoy sí los tiene, lo que incidirá directamente en los planes y su valor, a los que pueda optar con cualquier prestador privado. Vemos entonces, que la garantía va incluso un poco más allá del simple derecho a optar entre un sistema de salud u otro, si no, además, que nada entorpezca la posibilidad de contratar, ni imponga cargas más gravosas, cuando se opta por el sistema privado.

²⁵ Corte Suprema, caratula: "Herrera Maturana María José con Isapre ING SALUD S.A." N° de Ingreso Corte: 2544-2003, fecha 28 de julio de 2003. Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Humberto Espejo, Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún y el abogado Integrante Sr. Manuel Daniel.

4.1.3. Caso Pérez, Daniel Hans con Isapre Colmena Golden Cross S.A.

Con fecha 15 de enero de 2004, la Corte Suprema, conociendo de la apelación interpuesta en la causa “Pérez Flamens, Daniel Hans con Isapre Colmena Golden Cross S.A.”, Número de Ingreso Corte: 586-2004, lo acoge declarando en consecuencia arbitraria e ilegal la conducta de la recurrida Isapre Colmena Golden Cross S.A. Los presupuestos fácticos se describen a continuación.

Interpone el recurso, en representación de don Daniel Hans Pérez, su cónyuge, la señora Natalia Fernández Poblete. En el mes de abril del año 2000 el señor Daniel Pérez Flemens, se afilió a la Isapre recurrida, entregando oportunamente toda la información referente a Salud que le fue solicitada. Con posterioridad, en el año 2003, se le practican una serie de exámenes que arrojan como resultado que la hormona tiro estimulante, el colesterol y los triglicéridos estaban en un nivel más alto de lo habitual, junto con otras patologías que fueron alterando su calidad de vida. Razón por la cual resulta imperioso someterse a una intervención quirúrgica, la que generó ciertas complicaciones y como consecuencia de ellos, el señor Daniel Pérez Flemens, se encontraba a la fecha de interposición del recurso, en la Unidad de cuidados intensivos de la Clínica, conectado a un respirador artificial, en estado de semi inconsciencia y sin certeza respecto de su evolución.

En atención a los costos eventuales que esta situación le generaría, la recurrente consulta a la Isapre, en dicha ocasión, le señalan tajantemente que el plan de salud de su esposo tenía un tope de 3.000 unidades de fomento, no obstante, lo anterior, ya al mes de julio de ese año, la cuenta rondaba los 70 millones de pesos. Es por esa razón que solicitan, en ese mismo acto, se active a cobertura adicional para enfermedades catastróficas. La recurrida contesta el 25 de agosto de 2003, negando la cobertura adicional, por estimar que la actual hospitalización derivaría de patologías preexistentes no declaradas por su marido al incorporarse a la Isapre.

Al fundar su recurso, estima que la decisión adoptada por la recurrida vulnera gravemente las garantías consagradas en los artículos 19 números 1°, 3° inciso 4° y 24° de la Constitución Política de la República. Sin embargo, al momento de fallar,

la Corte Suprema, fundamenta su recurso en el Numeral 9 del artículo 19 de la Constitución Política, y hace referencia, asimismo, a la ley 18.933, en lo referente a preexistencia médica. Transcribo a continuación los párrafos relevantes:

“6°: Que, la materia en cuestión, referida a la incidencia, de las enfermedades preexistentes en el otorgamiento y/o cobertura que la institución de salud debe dar a sus afiliados, está contemplada en los artículos 33 y 33 bis de la ley 18933, que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dicta norma para el otorgamiento de prestaciones por Isapre, publicada en el diario oficial el 9 de marzo de 1990, distinguiéndose la situación de las enfermedades preexistentes declaradas, las que conforme a la primera disposición, artículo 33 letra f), autorizan la restricción de cobertura, y en cuanto a las enfermedades preexistentes no declaradas, que pueden ser objeto lisa y llanamente de exclusión de cobertura, definidas en la segunda disposición legal citadas, el artículo 33 bis inciso 5°, en los términos siguientes: para los efectos de esta ley se entenderán que son preexistentes aquellas enfermedades o patologías que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la inscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso, de manera que, para que estemos frente a la situación de enfermedades o patologías preexistentes diagnosticadas por un médico con anterioridad a la inscripción del contrato, o a la incorporación del beneficiario, circunstancias estas que no se encuentran comprobadas en el recurso, debiendo concluirse que las patologías que se reconocen ahora al afiliado no pueden considerarse como preexistentes, como lo sostiene la recurrida y por consiguiente, no autorizan a la Isapre para negar las coberturas requeridas.

9°: Que, de esta forma la entidad recurrida, al negar las coberturas corrientes y las coberturas adicionales de enfermedades catastróficas, ha actuado en forma arbitraria, por cuanto sin razón o motivo fundado, no consideró los antecedentes del hecho y las obligaciones que al vincularse con el afiliado, por medio de un contrato de salud sin infracciones contractuales, e ilegalmente, porque no obstante que de los antecedentes en conformidad a la ley no se configuraba una enfermedad preexistente no declarada, actuó en la forma reseñada.

10°: Esta conducta de la recurrida, justificadamente calificada de arbitraria e ilegal, conculca la garantía constitucional del afiliado señor Pérez Flemens contemplada en el numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en cuanto al vincularse el afiliado con la recurrida, eligiendo para la protección de la Salud, una determinada entidad prestadora de esos servicios, ha sido burlado en su derecho a recibir las prestaciones de salud convenidas, y al denegarse éstas, de la forma que se ha hecho, ha afectado y convertido en ilusorio el derecho de opción consagrado en el texto constitucional. En relación con la garantía constitucional contemplada en el numeral 3°, inciso 4°, de la Carta Fundamental, ella no ha sido infringida por la recurrida, por cuanto, no ha actuado como comisión especial ni como tribunal de especie alguna, ya que sólo ha tomado una decisión, bien o mal en resguardo de sus derechos. En cuanto se refiere a la siguiente garantía constitucional que se afirma ha sido infringida, relativa al derecho de propiedad, sí resulta conculcada con las exclusiones y negativa a cumplir el Plan de Salud convenido en contrato colectivo de los empleados de Laboratorio Bagó con la recurrida, afectándose sus derechos y su patrimonio, si se mantuvieron las decisiones reclamadas.²⁶

Finalmente, y como consecuencia, del razonamiento transcrito, la Corte Suprema acoge el recurso de apelación, y, por ende, la pretensión de la recurrente, ordenando que la Isapre recurrida debe otorgar al afiliado los beneficios y bonificaciones contempladas en el plan de Salud, y la Cobertura adicional para enfermedades catastróficas, condenándola incluso en costas.

Evidentemente, aun cuando la recurrente no la invoca como garantía conculcada al momento de presentar el recurso, la vulneración a numeral 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República es evidente, generando que la posibilidad de opción entre sistema público y privado. Un elemento interesante que considera este fallo, es introducir el derecho de propiedad como

²⁶ Corte Suprema, caratula: “Pérez Flemens, Daniel Hans con Isapre Colmena Golden Cross” N° de Ingreso Corte: 6068- 2003, fecha 15 de enero de 2004. Pronunciada por la Tercera Sala, Integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac y Sr. Adalis Oyarzún; y los abogados integrantes Sr. Manuel Daniel y José Fernandez.

elemento clave en el análisis de las garantías conculcadas. Entendiendo, que existe una suerte de propiedad sobre la titularidad del plan y las coberturas que este otorga, pretender no otorgar las prestaciones convenidas, vulnera el derecho de propiedad sobre el contrato de salud, en cuanto de este emana un derecho incorporal que debe ser respetado por la recurrida.

4.1.4. Caso Reyes Perot, Marcela con Isapre Banmédica S.A.

La señora Marcela Reyes Perot, es afiliada a la Isapre Banmédica. Producto de una obesidad mórbida que la aquejaba, antecedentes que fueron informados oportunamente a su Isapre, al momento de la contratación. Una vez que la recurrente supera su patología, resulta inevitable que se produzcan graves consecuencias físicas, especialmente vinculadas con el ámbito de las estéticas. Es razón que por ello consulta con el doctor cirujano plástico Marco Bravo Sepúlveda, quien al examinar a la recurrente que presentaba antecedentes familiares de cáncer de mama y antecedentes personales de colecistectomía, le prescribe practicarse una serie de cirugías plásticas reparadoras, específicamente una mastopexia con prótesis y una lipectomía abdominal. Las que finalmente se practica el 18 de febrero de 2010. El 31 de mayo de 2010, la Isapre Banmédica emite los bonos de atención por las prestaciones médicas e hizo entrega a la Clínica Dávila, lugar donde se practicó la cirugía de la liquidación del programa de atención médica. La recurrida informó sin cobertura las prestaciones médicas a que dio lugar la cirugía mastopexia con implante de prótesis, al considerarlo como una cirugía plástica con fines de embellecimiento. Cabe hacer presente, que no se negó la cobertura de la otra cirugía a la que se sometió la paciente, vale decir la lipioctomía abdominal, pues se estimó, que esta si era consecuencia de una patología (obesidad mórbida), producto de la cual se había sometido a una intervención el 26 de septiembre de 2008, por lo que se le consideró una cirugía de carácter reconstructivo.

La parte considerativa, del fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago, es a mi juicio, de gran trascendencia, pues al acoger el recurso de protección interpuesto, deja en evidencia la importante labor de los tribunales de

justicia, como fieles protectores de las garantías constitucionales, en especial lo que respecta a temas tan sensibles como los derechos en comento. Transcribiré al respecto los considerandos que resultan relevantes:

“5°) Que, nuevamente, esta Corte se encuentra en el imperativo de decidir sobre un tema que no es netamente de carácter temporal y jurídico como ocurre con la normalidad de los asuntos ordinarios de ella conoce y a que se refieren entre los artículos 1°, 2° y 5° del Código Orgánico de Tribunales. En efecto se trata de una materia especializada en la cual intervienen ingredientes sustanciales de la ciencia médica, en donde resulta imperativo que esta Corte, para resolver adecuadamente la controversia, deba recurrir al pensamiento, estudio y práctica de quienes ejercen dicha disciplina científica. Por lo demás ello está previsto natural y sabiamente tanto en nuestro Código de Procedimiento civil como en el Código Civil. El primero en sus artículos 411 y 425, señalan respectivamente que se podrá oír el informe de peritos sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte y que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica. El Código de Bello, por su parte, establece en su artículo 21 que las palabras técnicas de toda ciencia arte se tomaran en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Y también como norma interpretativa, este último Código establece en su artículo 22 que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que halla entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, y que en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros y contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Pues bien, en este caso particular la norma superior que rige la materia aquí en discusión está contenida en los números 1, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El número 1°, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona. El número 9°, asegura el derecho a la protección de la salud, indicando que es deber del Estado garantizar la ejecución de las acciones de la Salud que se presten a través de instituciones

públicas o privadas en la forma y condiciones que establece la ley. Por último, el número 24° garantiza a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales.

6°) Que la controversia que debe resolverse consiste en determinar si la Mastopexia con implante de prótesis tenía por objeto reparar o corregir una severa secuela corporal secundaria a la Obesidad Mórbida que la afectaba -como afirma la recurrente-, o si tal intervención quirúrgica se habría practicado con fines de embellecimiento -como lo afirma la Isapre recurrida-. Sobre el particular, el resto de los hechos constituyen sucesos pacíficos entre las partes, por lo que no serán objeto de mayor análisis, por innecesario, si se tiene en cuenta además lo expuesto por la recurrente en el considerando 2° y lo dicho por la Isapre recurrida en el fundamento 3°, ambos de la presente sentencia. Lo importante es que, en este caso, resulta relevante la opinión médica del doctor Marco Antonio Bravo Sepúlveda -especialista en cirugía plástica de adulto-, quien, luego de examinar a la paciente y constatar antecedentes de cáncer de mama familiar y antecedentes personales de colecistonomía, prescribió a la paciente que ha interpuesto el recurso el tratamiento de las secuelas corporales quedadas tras su operación consistente en el Bypass gástrico que se le practicó en septiembre de 2008, de resultas de lo cual experimentó cambios físicos intensos como consecuencia de una baja masiva de peso de 50 kg., lo que dejó además como secuelas corporales: ptosis y atrofia mamaria severa, abdomen con lipodistrofia severa tipo péndulo, ptosis branquial severa y ptosis de muslo superior moderada. Dicho médico prescribió a la paciente, como cirugías plásticas reparadoras, la mastopexia con prótesis y la lipectomía abdominal. Se trataban de cirugías plásticas reparadoras.

7°) Que, al sostener la Isapre Banmédica S.A. que los tratamientos médicos ulteriores no eran merecedoras de las coberturas médicas pedidas por la paciente, eran improcedente y debían ser excluidas de cobertura por calificarla una cirugía plástica con fines de embellecimiento”, procedió dicha Isapre en forma ilegal y arbitraria desconociendo el mérito del certificado de su médico tratante, quien le había prescrito precisamente la mastopexia con implante de prótesis, con la

finalidad específica de corregir una de las secuelas corporales secundarias a su obesidad mórbida, y dado que al carácter indudable reparador de dicha cirugía no podía ser excluida de la cobertura de plan de salud de la afiliada, procederes emanados de un especialista de la ciencia médica que esta Corte, al hacer su análisis en la forma que determina la ley, no hace sino que concluir que la cobertura sólo parcial del programa médico respectivo de la paciente constituyó un acto arbitrario e ilegal, desde que no puede calificarse de embellecimiento aquel tratamiento destinado a corregir consecuencias, secuelas y afecciones físicas derivadas y subsiguientes a la operación principal que dio origen a la primera intervención de la paciente, de manera entonces que la atención médica no cubierta por la Isapre tenía sin duda una finalidad curativa y reparadora, único modo de conceder a la enferma afectada la integridad de su derecho a ser restablecida en plenitud de la Obesidad mórbida que la afectaba y de todas las consecuencias perniciosas y secuelas directamente originadas de su tratamiento inicial.”²⁷

El factor de análisis de este fallo, que constituye en definitiva el elemento decisorio es bastante innovador, en cuanto los elementos decisorios de litis, que hemos apreciado hasta este momento en los fallos comentados. Pues el concepto de preexistencia ha sido fundamental para resolver hasta ahora las controversias. El elemento que se incorpora es la declaración del médico tratante, plasmada en este caso en un certificado médico, que prescribe la necesidad de intervenciones, sin resultar para tal efecto relevante que la operación tenga el carácter de reconstructiva o una cirugía plástica de embellecimiento, es así como el médico tratante, especialista en la ciencia que profesa, de conformidad lo establece el Código Civil, estima pertinente y necesaria la cirugía que prescribe y eso, a juicio del sentenciador, debe bastar para mermar la facultad concedida por la legislación al recurrido, en cuanto no bonificar ciertas cirugías, por exceder de lo pactado en el contrato de salud, como lo establece el artículo 190 del DFL N°5 del 2005.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, caratula: “Reyes Perot, Marcela con Isapre Banmédica S.A.” N° de Ingreso Corte: 3266-2010, fecha 9 de diciembre de 2010.

4.1.5. Caso “González Schultz, Ximena con Isapre Cruz Blanca S.A. y otro.”

El recurso de Protección fue interpuesto en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A. y en contra de Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, por doña Ximena González Schultz, por estimar que con los hechos que se mencionarán a continuación, se vulneran gravemente las garantías constitucionales de la República contenidas en los numerales 1,2,9,18 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Los presupuestos fácticos, son los que a continuación se indican:

La recurrente se encuentra afiliada a la Isapre Cruz Blanca S.A. desde el año 2007. En el mes de diciembre de 2015, resulta embarazada, y por motivos familiares debe trasladarse a la ciudad de Antofagasta. Para no renunciar a su trabajo como profesora de educación diferencial, en la sociedad educacional Quillota Terranova Limitada, solicita un permiso laboral sin goce de sueldo a partir del 1 de marzo hasta el 30 de junio del año 2016, el que fue concedido sin mayor objeción por su empleador. Su licencia médica de prenatal, comenzaba a regir a partir del 1 de julio de 2016. Cabe hacer presente que la recurrente realizó los pagos a las instituciones previsionales (la recurrida y la AFP Provida S.A.) de manera personal y oportunamente, para poder optar al subsidio de pre y post natal. Su licencia médica la presenta oportunamente el 6 de julio de 2016, y el 16 de julio del mismo año, al ingresar al portal electrónico de la recurrida, se percata que su licencia había sido aceptada, pero sólo en cuanto al reposo, pues no cumplía con los requisitos para hacerse acreedora del subsidio, pues no se encontraban pagadas sus últimas dos cotizaciones en la AFP, las que en efecto si se encontraban pagadas, y fue oportunamente demostrado por la actora ante la institución pertinente. Finalmente, aún negándosele el beneficio, se le indica que la razón por la cual se le niega el pago del subsidio, es porque habría sido ella personalmente quien pago las cotizaciones y no su empleador.

Frente a la negativa, de pagarle el subsidio, acude a la Superintendencia de Salud con el objeto de plantear un reclamo formal contra la Isapre, quienes

derivaron la solicitud a la Comisión de Medicina preventiva e invalidez. Esta institución con fecha 8 de agosto de 2016, informa que no corresponde el derecho a subvención maternal de pre y post natal, por el mismo hecho indicado con anterioridad, es decir, porque el pago de las cotizaciones previsionales no fue hecho por su empleador.

Además, la recurrente indica que una vez nacido su hijo, procedió a efectuar las gestiones destinadas a incorporarlo como carga de su plan de salud. La recurrida Isapre Cruz Blanca S.A., le exige previamente, acompañar un certificado médico en el cual se acredita que no padece de preexistencias de salud.

A su turno, los recurrentes, fundan su negativa, en las disposiciones legales contenidas en el decreto con fuerza de ley N°44 del Ministerio del Trabajo y seguridad Social, del año 1978, que fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral, de los trabajadores dependientes del sector privado, es así como dicha normativa establece que para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.

La Corte rechaza los argumentos de las recurridas, y en consecuencia acoge el recurso de protección. A continuación, transcribo los considerandos pertinentes:

“OCTAVO: Que tal como es posible colegir de la simple lectura del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley N°44 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de 1978, dicha disposición legal no estableció otras condiciones o requisitos que los tres ya señalados, por lo que no resulta a derecho que las entidades administrativas incorporen unos nuevos requisitos no expresamente previstos por el legislador. De ahí que debe entenderse necesariamente que la mujer con vínculo laboral vigente que cumple con los requisitos antes indicados en el considerando precedente, tiene derecho al subsidio de que se trata, debiendo darse lugar a su licencia en lo que se refiere al derecho a gozar de subsidio de pre y post natal establecido en el artículo 198 del Código del Trabajo.

NOVENO: Que en tales condiciones, no pudieron las instituciones recurridas negar el pago del subsidio de descanso maternal aduciendo que no se cumplía con el artículo 4° del DFL N°44, antes citado, resolución que no tan solo no se encuentra debidamente fundada, sino que además está en abierta contraposición con lo dispuesto expresamente en el precepto legal en examen, no apareciendo razonable incorporar exigencias distintas a las previstas por el legislador con la sola finalidad de privar a la madre trabajadora de un derecho expresamente consagrado en Nuestro Código del Trabajo, y la ley N°20.545, hoy integrada a aquel en lo pertinente; consideración que torna ilegal el actuar de las recurridas ya que se vulnera la garantía prevista en el numeral 24 del artículo 9 de la Constitución Política de la República, puesto que con la negativa a pagar el subsidio maternal se priva a quién beneficia de modo directo de un ingreso monetario.

DECIMO: Que, por su parte, también debe considerarse el mensaje presidencial con que se dio inicio a la tramitación de la ley N° 20.545 expresa: “El reconocimiento del valor de la maternidad, la familia y la infancia, hace que sea necesarias para proteger el embarazo y cuidado de los niños, particularmente de los más vulnerables. Nuestras mujeres quieren ser madres, pero muchas veces se les dificulta poder hacerlo por el costo que ello implica y por las barreras existentes hoy, que impiden a la mayor parte de ellas poder trabajar y cuidar de buena manera a sus hijos.

Es fundamental para el desarrollo de Chile que tengamos niños sanos, felices y capaces de enfrentar los desafíos que se les vienen por delante. Ello solo será posible si enfocamos nuestros esfuerzos en darles en cuidado de calidad, particularmente en la primera infancia ya que, como sabemos, nadie cuida mejor a sus hijos que sus propios padres.

Nuestra Constitución señala que el Estado protege y reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Son justamente esas familias a las que debemos entregarles las máximas herramientas para el pleno desarrollo tanto físico como humano de los niños, permitiéndoles así a todos su integrante alcanzar el cumplimiento de sus aspiraciones y metas. Una situación que nos preocupa como

país es la disminución de nuestra tasa de natalidad: hoy las mujeres están teniendo 1,9 hijos, bastante por debajo de los 2.1, que son necesarios para renovar la población actual.

Chile se hace viejo y las familias están optando por tener menos niños. Por esto debemos entregarles a las madres y padres de nuestro país el mayor apoyo.”

DECIMO SEGUNDO: Que además el actuar ilegal de las recurridas afecta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política, en términos que conculca el derecho de igualdad ante la ley, al privar a la recurrente del subsidio maternal pre y postnatal en relación con otras mujeres que, si tienen ese derecho en iguales circunstancias, normas protectoras que- como se ha sostenido-, privilegian la relación directa de madre-Hijo.

DECIMO TERCERO: Que en cuanto a aquel acápite del recurso dirigido exclusivamente en contra de Isapre Cruz Blanca por su negativa a inscribir al hijo de la recurrente, Gonzalo Simian González, como carga de salud, no sin antes exhibir certificado médico que acredite la inexistencia de preexistencias médicas; cabe hacer presente que la recurrida en caso alguno negó en su informe la efectividad del hecho imputado, y menos aún justificó conforme a Derecho su decisión en tal sentido; hecho que por sí solo aparece suficiente como para entender el actuar ilegal y arbitrario, en tanto al carecer de fundamento aparece su decisión del todo caprichosa y antojadiza, y con ello, contraria a las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 N°1, referido a la protección del derecho a la vida y a la integridad física de la persona; y especialmente del derecho de igualdad ante la ley del número 2 del mismo precepto constitucional, y del derecho de protección a la salud sólo en cuanto se asegura a la persona elegir el sistema de salud al que desea incorporarse, del número 9 inciso final de la misma disposición.”²⁸

²⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, caratula: “González Schultz, Ximena con Isapre Cruz Blanca S.A. y otro” N° de Ingreso Corte: 3392-2016, fecha 6 de octubre de 2016. Pronunciada por la segunda integrada por los Ministros: Sr. Dinko Franulic Cetinic, Sra. Myriam Urbina Peráb y abogado Integranre Sr, Mario Varas Castillo.

La razón principal en este caso para acoger el recurso de protección, se basa en la igualdad ante la ley, por imponer las recurridas condiciones más gravosas, que a otras mujeres en idéntica situación. Sin embargo, al fundamentar el recurso en cuanto a los requisitos para optar al subsidio por pre y post natalidad, hace énfasis el sentenciador en la ley 20.435, que pareciera más vinculada con la garantía constitucional consagrada en el artículo 19° N°1 de la Constitución Política, sobre todo considerando el inciso segundo del mencionado numeral, en cuanto la Ley protege la vida del que está por nacer. No obstante, el fallo omite fundar la decisión al menos en lo que concierne a la negativa del pago del subsidio de pre y post natal.

4.1.5. **Caso: “Iturrieta con Isapre Cruz Blanca S.A.”**

Conoce la Corte Suprema de la apelación contra el fallo que rechaza el recurso de protección interpuesto por doña María Pilar Iturrieta en contra de Isapre Consalud, de Isapre Banmédica S.A. y de Isapre Cruz Blanca S.A., por haber, todas ellas, rechazado sin fundamento alguno las solicitudes para ser admitida la afiliación de ella y su hija de tres años de edad, la que padece una fisura labiopalatina unilateral.

Las recurridas, al evacuar sus informes respectivos, sostienen la inexistencia de actos arbitrarios e ilegales toda vez que los antecedentes de la declaración de Salud, fueron estudiados por las respectivas contralorías médicas y que estas estimaron el rechazo de la solicitud de afiliación por los riesgos individuales que ofrecía la recurrente. Igualmente invocan, que la contratación implica el consentimiento mutuo, y que no es dable que se obliga la contratación a las recurridas, pues estamos ante un contrato dirigido y bilateral y la autonomía de la voluntad faculta a ambas partes evaluar la pertinencia de contratar. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema acoge el recurso de apelación y en consecuencia revoca el fallo que había rechazado el recurso de protección, ordenando que la última de las ISAPRES a la que la actora solicitó su incorporación -Consalud S.A.- deberá incorporar tanto a la recurrente como a su hija, pues como es la última de

las peticiones de incorporación, debe entenderse como la vigente. Las consideraciones para acoger el recurso, son en extremo decidoras de la concepción que nuestro derecho tiene de la garantía de protección de la salud.

“Cuarto: Que lo señalado precedentemente y considerando que la actora intentó obtener su incorporación en tres instituciones diversas, habiendo todas denegado su petición por el mismo motivo, permite establecer para los efectos de la presente acción cautelar que la actora se ha visto, en los hechos, impedida de elegir y adscribirse al sistema de salud privado que ofrecen las ISAPRES en nuestro país.

Quinto: que sobre el particular útil resulta señalar que el Constituyente de 1980 al momento de plantearse la configuración de las garantías constitucionales vinculadas a la seguridad social, tuvo en especial consideración que el rol del Estado, en lo atinente al ejercicio del derecho, “debe ser el acceso a dichas prestaciones básicas, las que pueden otorgarse a través de instituciones públicas o privadas (Acta comisión ses. 403 ficha 2), criterio que encuentra su origen en el oficio remitido por el Ministerio de Salud, de fecha 23 de marzo de 1976, a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en el que reseñaba que “las personas podrán elegir libremente al sistema estatal o a la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda.”

Sexto: Que en este contexto y bajo esas premisas es que la Carta Fundamental diseña la garantía del numeral 9° del artículo 19 dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la Salud. Es deber preferente del Estado, garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones

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

Séptimo: Que el 24 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial el D.F.L. N°1 de 2005, del Ministerio de Salud que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N°2763, de 1979 y las leyes N°18933 y N°18.469, que en lo que interesa al caso de autos, señala en su artículo 131 que: “el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, y aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

Octavo: Que de lo que se viene señalando es posible concluir que nuestro sistema jurídico consagra el derecho de las personas a elegir libremente el sistema de salud, sea estatal o privado, al que la persona quiera adherirse; prerrogativa de la que no puede privar a su titular sobre la base de la evaluación del riesgo financiero que le representaría la afiliación.

Noveno: Que en el caso de autos, como se ha visto, la especial situación fáctica de que da cuenta el recurso en el sentido que no sólo una sino tres instituciones de Salud Previsional denegaron, una tras otra, a la recurrente y a su hija afiliarse a ellas, todas por el mismo motivo, permite establecer a los efectos de ese recurso que con su actuar las recurridas le privaron de poder ejercer legítimamente su derecho constitucional y legal de elegir libremente el sistema de salud al que desea adscribirse, lo que desde luego torna las negativas en ilegales, por infracción al artículo 131 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 ya citado, y simultáneamente atentatorias contra la garantía del 19 N°9 de la Constitución Política de la República. ²⁹

²⁹ Corte Suprema, caratula: “Iturrieta con Isapre Cruz Blanca S.A.” N° de Ingreso Corte: 5293-2018, fecha 8 de octubre de 2018. Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval y Sr. Jorge Dahm y los abogados integrantes r. Antonio Barra y señora María Cristina Gajardo.-

Es importante considerar que el argumento de las ISAPRES recurridas, en cuanto al hecho que el Contrato de Salud, importa necesariamente una convergencia de voluntades y por ello, la voluntad de las Instituciones prestadoras de Salud, en cuanto a la negativa de afiliar a la recurrente y a su hija, es válida, pero a juicio de la Corte pugna con la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política, en cuanto asegura a las personas la posibilidad de optar entre el sistema público o privado, y en consecuencia habiendo optado por el sistema privado, ser admitido por este, aún cuando los planes a los que pueda acceder tengan un valor más elevado, o algunas restricciones en la prestación.

4.2. Tratamiento Jurisprudencial del derecho a la Vida e Integridad física y psíquica de las personas.

Analizamos al momento de definir la extensión de derecho a la vida e integridad física, como el deber de no privar de la vida a otra persona, veremos en los siguientes fallos, que la jurisprudencia ha hecho uso, de una construcción más extensa, que se condice con dotar a este bien jurídico con elementos que preserven la dignidad de la naturaleza humana. Veremos como a partir del derecho a la vida se ha construido los cimientos, para proteger la salud, como bien intrínseco a la vida.

4.2.1. Caso: “Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge”

Don Luis Valenzuela Araya, director ejecutivo interino de la Fundación de Salud El Teniente interpone recurso de protección en favor de Jorge Omar Reyes Ibarra, un paciente de 20 años, que se encontraba hospitalizado, en un estado de extrema gravedad, asistido con ventilación mecánica, y que se ha negado a que se le

practiquen transfusiones de sangre producto de motivos de carácter religioso. Sus padres, quienes profesan la misma religión, se encontraban en posturas diferentes. La madre del recurrido, expresa su intención de respetar la voluntad de su hijo, manifestándose partidaria de que no se efectúen transfusiones a su hijo, en plena concordancia con el documento que su propio hijo firmara con fecha 26 de julio de 1995, llamado “Directriz/Exoneración Médica por Anticipado”, en que el propio amparado indica su renuencia a que se le hagan transfusiones de sangre, aunque resulte imprescindible para salvarle la vida, en vez de ello, acepta atención médica sustitutiva sin sangre. A su turno, el padre del recurrido, señala que en el estado de gravedad en el que se encuentra su hijo, ha firmado una declaración autorizada ante notario, en la cual autoriza para que se le efectúen las transfusiones de sangre que resulten indispensables para salvarle la vida.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, conociendo de este recurso de protección, con fecha 22 de agosto de 1995, acoge el recurso, ordenando que se aplique al señor Jorge Omar Reyes, la terapia que resulte necesaria, con el objeto de mantenerlo con vida, aún si esta debe practicarse contra su voluntad. A continuación, transcribo los considerandos relevantes para arribar a la decisión ya expuesta.

“Sexto: Que de los antecedentes médicos que obran en el recurso se desprende que resulta indispensable para la salud del enfermo Jorge Omar Reyes Ibarra, practicarle las transfusiones de sangre en caso de que se constate el padecimiento de una hemorragia aguda y ante la necesidad de retirarlo de la ventilación mecánica, de tal modo que de no hacerlo existiría la posibilidad de desenlace fatal;

Séptimo: Que constituye una obligación de los médicos tratantes de la persona en cuyo favor se ha recurrido, el procurar por todos los medios y técnicas que integran la lex artes médica el mantener la vida de sus pacientes utilizando la transfusión de sangre cuando ello fuere necesario, aun contra la voluntad del paciente y de sus familiares que por motivos religiosos se niegan a aceptar el tratamiento, en razón de que debe primar la preservación de la salud y la vida de

las personas sobre cualquiera otra consideración, aunque sea de índole religiosa que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo;

Octavo: Que el ordenamiento jurídico nacional, consagra en el artículo 19 N°1 de la Constitución política de la República, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, garantía protegida especialmente por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Carta fundamental, de modo que ninguna persona pueda sufrir por causa de actos u omisiones arbitrarios e ilegales privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del referido derecho, siendo deber imperativo especialmente de las autoridades públicas velar por la salud y la vida de las personas que conforman la sociedad;

Noveno: Que atendidas las circunstancias establecidas en este recurso y la necesidad imperiosa de no poner en peligro la vida del enfermo en cuyo favor se ha recurrido, el recurso de protección deducido en estos autos debe ser acogido.³⁰

Estas causas ponen en la palestra hace ya varios años, la necesidad de construir una teoría más o menos uniforme y consistente para proteger el derecho a la salud, no encontrando nuestra jurisprudencia mejor herramienta que hacerlo a través del derecho a la vida e integridad física consagrado a nivel constitucional. La tesis se empieza a construir a partir de los artículos 1° inciso 4° y 5°, inciso 2° y 19 N°9. Comienza a generarse una inevitable vinculación del derecho a la vida, por una parte, y a la salud por la otra, que permiten que, ante casos como este, prime la conservación de la salud y eventualmente de la vida. El derecho a la vida debiera ser eventual, lo que debe garantizarse, en definitiva, es adoptar todos los medios y mecanismos disponibles para garantizar la salud de los pacientes. –

4.2.2. Eyssautier Sahar, María I.

Conoce de este recurso de protección la Corte de Apelaciones de Valdivia, quien conociendo del asunto por recurso de apelación, respecto de una medida de protección solicitada en sede de familia, con fecha 14 de mayo de 2009, revoca la

³⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, caratula: “Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge” N° de Ingreso Corte: 1030-1995, fecha 22 de agosto de 1995.-

sentencia apelada, y en su lugar ordena al Juzgado de Familia de Valdivia que adopte las medidas necesarias, para verificar que la madre del menor respecto del cual se solicitan se adopten las medidas pertinentes, reciba del hospital Base de Valdivia el tratamiento propuesto para su hijo y que en cualquier caso podrá acceder a terapias paliativas del dolor. Este fallo escapa un poco a lo que hemos venido analizando hasta el momento. Sin embargo, ofrece interesantes aristas, con conviene abordar. Los presupuestos son los siguientes:

El 7 de abril de 2009, la Juez de Familia de Valdivia, doña María Isabel Eyssautier, resuelve una medida de protección, interpuesta mediante oficio por la médica hemato-oncóloga infantil Pilar Martínez, a favor de un menor de 11 años, con cáncer testicular y una leucemia linfoblástica Aguda. Si bien el oficio carecía de un petitorio claro, se infería que el objeto de este era solicitar al tribunal que adoptara las medidas necesarias para ubicar a la madre del menor, para que esta pudiera ejercer la opción de someter a su hijo al tratamiento que le ofrecía cierta posibilidad de sobrevida. El tribunal constata, que la oposición de la madre al tratamiento se justificaba en el las posibilidades de sobrevida que le ofrecía el tratamiento eran cercanas al 40% y que no justificaban los padecimientos que dicho tratamiento iban a generar en el menor. La sentencia de primera instancia, argumenta que debe primar aquella posibilidad que científicamente genere al menos una posibilidad concreta de sobrevida del menor, por lo cual debe primar el derecho a la vida e integridad física del menor. No obstante, ello, determina que excede el marco de actuación del Tribunal de Justicia, realizar por sentencia en procedimiento de protección, una evaluación respecto de las posibilidades terapéuticas alternativas o alópatas del menor. El margen se encuentra en la tarea de decidir el soporte tanto constitucional como legal, que permita delimitar los parámetros en los cuales el Estado puede intervenir respecto de un tratamiento médico determinado.

Los considerandos relevantes que pronuncia la Corte al respecto son los siguientes:

“Noveno: Que el derecho a la vida consagrado en el número primero del artículo 19 de la Constitución Política es efectivamente, como lo ha puesto de relieve la numerosa doctrina y jurisprudencia, el principal de todos los derechos

constitucionalmente garantizados a todas las personas, por constituir la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos, lo que constituye una afirmación lingüísticamente afinada de la evidencia palmaria de que respecto de una persona muerta el resto de los derechos constitucionalmente garantizados carece de todo sentido.

Décimo: Que esa consideración del derecho a la vida es, precisamente, la que ha motivado las variadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han forzado transfusiones sanguíneas a menores de edad, cuando por razones religiosas sus padres se oponían a ellas; o que han forzado la alimentación de huelguistas de hambre.

Undécimo: Que parecen encontrarse razonablemente justificadas esas decisiones estatales (jurisprudenciales) que han forzado tratamientos médicos, en todos los casos en que esas actuaciones profesionales no suponen un atentado grave a la calidad de vida del paciente, y al mismo tiempo, garantizan, al menos en un grado estadístico alto, la recuperación de la salud del mismo; y resultan, a juicio de esta Corte, especialmente justificadas cuando se refieren a menores de edad y a la oposición a tratamientos curativos fundada en razones religiosas de sus padres. Esas razones religiosas, objeto de una decisión de adhesión libre, informada y voluntaria, y que resultan constitucionalmente merecedoras de respeto y protección estatal, no pueden sin embargo determinar la muerte o el riesgo de ella para quien no ha consentido madura y responsablemente en esa adhesión religiosa, como ocurre con los niños. Asimismo, resultan particularmente justificadas las decisiones relativas a huelguistas de hambre cuando el Estado tiene sobre sus espaldas un especial deber de cuidado respecto de la salud y vida de ciertas personas, como ocurre con aquellas que se encuentran privadas de libertad por condenas judiciales.

Duodécimo: Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor G. N. lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y

simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que -el derecho a la vida (-) no se limita al derecho a conservar la vida biológica (-) sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona-. Así, el derecho a la vida -además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a "hacer la vida" (Figueroa Yáñez, Estudios de Derecho Civil 2007, p.32). En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero, además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 N.º 1º de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana. Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental: -El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.-

Decimotercero: Que en el caso concreto del menor G. N. la juez de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una nueva quimioterapia, a pesar de que la medida de protección solicitaba -ubicar- a la madre, con el propósito de -dar la opción a este menor de tratarse-; y lo hizo entendiendo que ello constituía su deber atentos los términos en que la Ley de Familia encarga

a los Tribunales la protección de la vida y la integridad del niño, interpretando esa exigencia como imperando esa protección -en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción-. A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, en base a las consideraciones que siguen.

Decimocuarto: Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño G. N. once años de edad, y habiendo vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fuera nada más que para una mejor ilustración, debió consultarse su parecer. Así lo dispone, desde luego, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley chilena en virtud del decreto 830 RR.EE. de fecha 27/9/1990) que establece que -1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. -Así lo establece, asimismo, el artículo 16 Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia: -Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del ni 1o, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del

asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad. -

Decimoquinto: Que, en segundo término, no puede una decisión judicial interferir en la relación médico-paciente, forzando un tratamiento de la gravedad que tiene el que se propone al menor de autos, cuando las probabilidades de sanación que ese tratamiento ofrece son tan mínimas que resulta imposible a la ciencia médica afirmarlas, llegando sólo a aventurar que puede esperarse un 40% de posibilidades de sobrevivida, en los términos que se han explicado antes, esto es, de expectativas de estar vivo al cabo de un lapso predeterminado de tiempo. Como se argumentó antes, la acción coactiva del Estado puede justificarse bien cuando la negativa al tratamiento médico de un menor reúna las siguientes características: Que se trate de una enfermedad o condición positivamente curable, o con porcentajes estadísticos altos de probabilidad de curación; y que se trate de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte su esencial dignidad como persona, o que afecte de un modo intolerable su calidad de vida. Si se dan esas circunstancias respecto de un menor de edad, y sus padres niegan el tratamiento, esa negativa no parecerá razonable, y entonces sí cabe el deber de intervención estatal para salvaguardar la vida del niño o niña. En todos los casos, en cambio, en que no se reúnan esas condiciones, el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores, a su percepción de lo que sea una vida que vale la pena vivirse, a su entendimiento de lo que sea lo mejor para su derecho a -hacer la vida-.

Decimosexto: Que, en este sentido, resulta bastante claro para esta Corte que la situación de R. G. N., en que ya existió un tratamiento previo que provocó graves desajustes físicos y psíquicos, y que fracasó, al recidivar la enfermedad, esta vez con mayor malignidad, al haberse desarrollado un tumor o cáncer testicular, se enmarca dentro de aquellos casos en que el Estado no puede, ni moral ni

jurídicamente, imponer un tratamiento médico que tiene esos costos y tan poca garantía de efectividad. En esas circunstancias, es el menor, y sobre todo sus padres, los que tienen el derecho de decidir la forma en que transcurrirán los días de vida que le queden, y aunque suene duro escribirlo, la forma en que morirá. ³¹

Delimitar en consecuencia, cual es el margen, para atribuir el grado de injerencia que al Estado le cabe en situaciones individuales, es un aspecto interesante en este fallo. En este aspecto se considera, que la decisión, que en definitiva implica la amputación de un paciente, no puede trasgredir la relación del médico-paciente y en este caso familia a cargo de estos pacientes. El derecho a la vida, debe primar ante ciertos casos, donde las decisiones al menos pueden garantizar la sobrevivencia de un menor, y genera expectativas en cuanto a su tratamiento y eventual cura. Pero la dignidad y evitar males innecesarios o mayores padecimientos también resulta un factor relevante a considerar. Por lo cual adoptar una decisión determinada requiere entender la vida, no sólo desde la perspectiva negativa que hemos considerado, sino que como un todo integral donde la estabilidad emocional y física, sean factores determinantes a la hora de decidir.

4.2.3. Caso: Retamales Sotomayor, Jorge y Otro con Inmobiliaria Santa Sofia S.A.

El caso que analizaremos a continuación, tiene la particularidad de no estar directamente vinculado al área de las prestaciones médicas. Por ello es particularmente interesante para nuestro estudio, ver como esta tesis jurisprudencial de protección de derecho a la salud, vinculado con otras áreas, adopta cuerpo en diferentes situaciones de la vida de los recurrentes. La Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 13 de enero de 2014 acoge el recurso de protección interpuesto por don Jorge Retamales Sotomayor y don Joaquín de la Fuente Amaya, con contra de la Constructora Santa Sofia S.A., para que esta, de inmediato cumplimiento de la normativa que se refiere a la cloración suficiente del agua

³¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, caratula: "Eyssautier Sahr, María I." N° de Ingreso Corte: 103-2009, fecha 14 de mayo de 2019. Pronunciada por la segunda sala, por el Ministro Sr. Darío I. Carretta Navea, la Fiscal Judicial Sra. Loreto Coddou Braga, Abogado Integrante Sr. Juan Andrés Varas Braun. Autoriza la Secretaria Sra. Ana María León Espejo.

potable que suministra a los habitantes del condominio Vista del Valle de la comuna de Machalí, absteniéndose de cualquier otro cobro de servicio de agua potable en tanto no demuestre haber cumplido lo ordenado, haciendo cesar la amenaza contra la salud de los recurrentes que con su actual omisión mantiene.

Los fundamentos fácticos son los siguientes: Los recurrentes, ambos vecinos del condominio Vista del Valle, que cuenta con un sistema de alcantarillados, manejo de riles y consumo de agua potable de propiedad de Inmobiliaria Santa Sofia S.A., y que en consecuencia es esta quien debe adoptar las medidas pertinentes para su correcto funcionamiento. Los recurrentes manifestaron comenzar a sufrir afecciones estomacales más o menos severas y otras enfermedades de similar índole. Producto de ello comenzaron a efectuar diversas averiguaciones, fundamentalmente ante el Servicio de Salud, razón por la cual concluyeron que el agua potable que a diario consumían no estaba apta para el consumo humano y que la planta carecía de autorización para su funcionamiento. La Corte, ordenando los oficios correspondientes, determina que si bien, lo que sostienen los recurrentes no es efectivo en cuanto a que el agua que consumen si es potable, obtiene como antecedente que la cloración de dichas aguas es insuficiente. A continuación, los considerandos relevantes:

“1. Que el fundamento central del recurso estriba en que el agua que los actores consumen como potable, proporcionada por la recurrida, no sería apta para el consumo humano.

2. Que sin embargo de que la Secretaría Regional Ministerial de Salud, en su oficio de fs. 197 y siguientes, señala que analizada el agua de que se trata se encuentra apta para el consumo y su análisis bacteriológico se conforma a la normativa, la misma autoridad nos dice que existe ausencia de cloración de dichas aguas, lo cual implica un riesgo latente por falta de desinfección, lo cual ha sido causa de que se inicie un sumario sanitario en contra de la inmobiliaria.

3. Que, en tales condiciones, si bien no existe una afectación actual de la salud de los actores, es evidente que sí concurre una amenaza a esa garantía constitucional debido a un acto ilegal de la proveedora, que ha dejado de desinfectar el agua según

se lo exige el artículo 10 del Decreto Supremo 735 de 1969, del Ministerio de Salud. En tales condiciones, es evidente los actores llevan la razón respecto de su recelo a consumir un agua que no asegura la ausencia de microorganismos perjudiciales, que en cualquier momento pueden llegar a existir sin que haya medio de preverlo. Esa falta de seguridad, constituida por la amenaza, hace ilícito que la demandada exija una contraprestación que supone el estricto cumplimiento de su deber de proporcionar agua no sólo actualmente limpia sino segura, en cuanto no exista la posibilidad cierta de que se contamine por falta de desinfección.”³²

Es tan trascendental la importancia de la protección del derecho a la vida, manifestado a través de la protección del derecho a la Salud que, incluso constatando que en la actualidad la salud de los recurrentes no está en peligro, si existe una amenaza en cuanto a la cloración de la misma, en consecuencia, eventualmente el derecho a la vida e integridad física, si podría verse afectado, por lo que resulta necesario desde ya adoptar las medidas respectivas.

4.2.4. Caso: González con Programa AVI y otros:

Este fallo, de fecha 15 de diciembre de 2014, pronunciada por la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, acoge con costas, el recurso de protección interpuesto por doña Zulema González, a favor de su hijo en contra del programa AVI, dependiente de la subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, que se otorgue por medio de la Home Asistence o la prestadora correspondiente, la atención Gian Barrera de lunes a lunes, según le fuera prescrito y otorgado desde el año 2008. Los fundamentos fácticos son los que a continuación se exponen. Debido a un problema neurológico, el hijo de la recurrente se encuentra adscrito a un sistema de asistencia ventilatoria invasiva del Ministerio de Salud, desde el año 2008. En virtud de este programa, se le brindaba la atención de un técnico paramédico los 7 días de la semana en turnos de 12 horas, lo que le permitía

³² Corte de Apelaciones de Rancagua, N° Ingreso Corte: 6010-2013, Caratula: Retamales Sotomayor, Jorge y otro con Inmobiliaria Santa Sofia S.A. , 13 de enero de 2014. Pronunciada por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Señores Ministros Titulares Raúl Mera Muñoz, Ricardo Pairicán García y Carlos Farías Pino.

asistir con normalidad al colegio. En el mes de julio de 2014, se le informa que cambiarían el programa, y que, en consecuencia, no tendría asistencia los días inhábiles y los feriados. Los recurridos a su turno exponen que no se ha retirado al paciente del programa, a pesar de las dificultades para continuar con él, en razón a la accesibilidad del lugar donde vive el niño. En consecuencia, el paciente efectivamente ha recibido las terapias correspondientes e idóneas, según se desprende del protocolo de ventilación mecánica invasiva en APS del año 2013. Los considerandos establecidos por la Corte para acoger el recurso los señalamos a continuación:

Octavo: Octavo: Que, Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño en 1990, y ésta se rige por cuatro principios fundamentales; la no discriminación, el interés superior del niño, su supervivencia, desarrollo y protección, además de su participación en las decisiones que los afecten.

En dicha Convención, se establece, en torno al derecho a una vida segura y sana, en su artículo 6: “Todos los niños disfrutan del derecho a la vida, y el gobierno debe hacer todo lo posible por garantizar la supervivencia y el desarrollo de los niños.”; el artículo 24: “Los niños contarán con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a los servicios sanitarios y médicos.”, y artículo 27: “Los niños tienen derecho a un nivel de vida decente.”

De lo anterior, se infiere que el Estado debe proporcionar a los niños las condiciones necesarias y las atenciones y prestaciones de salud que requieran para su desarrollo, supervivencia y protección”

Undécimo: Que el actuar arbitrario observado, deviene en la vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, desde el momento que se pone en riesgo la vida e integridad física y psíquica del menor al dejarlo sin paramédico los días inhábiles y feriados.

Por otra parte, se vulnera, el artículo 19 N°24, de la Carta fundamental, toda vez que los beneficios y derechos que emanan de ser afiliado tipo A de Fonasa y el derecho incorporal a acceder a las prestaciones médicas que la recurrida se obligó

a otorgar, se ven conculcados, privándole de un beneficio pecuniario que se ha incorporado a su patrimonio, esto es el equivalente a la atención de salud del Programa AVI del Ministerio de Salud en el domicilio.

Duodécimo: Que, a mayor abundamiento, se vulnera y transgrede la Convención Internacional de Los Derechos del Niño, referida precedentemente, al no otorgar las prestaciones de salud en la forma que se obligó desde que comenzó el programa AVI³³.-

Este fallo, en particular nos introduce un nuevo aspecto interesante, cuando se trata de justificar las medidas adoptadas en relación a niños, niñas y adolescentes, este es el interés superior del niño, como principio rector en la materia, pues al respecto, sería dable entender como herramienta a favor del sistema de protección del derecho a la vida o del derecho de protección a la salud, pues en este sentido, cualquier política que el estado fije en esta materia, debe procurar además la efectiva protección al interés superior del niño, niña y adolescente. Así, podríamos concebir la importancia de este principio rector: *“la formulación jurídica del principio del interés superior del niño supone la constatación de un principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones cotidianas que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado³⁴.”* En consecuencia, ante la inminente afectación de derechos de un niño, niña o adolescente involucrados, necesariamente los órganos debieran adoptar medidas conducentes a la plena satisfacción de sus derechos, sirviendo

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, Ni Ingreso Corte: 65176-2018, Caratula: González con Subsecretaria, Pronunciada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora María Soledad Melo Labra, e integrada por la ministra señora Ana Cienfuegos Barros y el Abogado Integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.

³⁴ RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. Rev. chil. derecho [online]. 2015, vol.42, n.3 [citado 2018-12-28], pp.903-934. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.

este principio como nuevo justificativo para entender que la aplicación de medidas inmediatas en materia de salud debiera primar.

4.2.5. Caso: Hernández Cartagena, Ignacio con Hospital Clínico San Borja Arriarán.

Conoce de este recurso de protección la Corte de Apelaciones de Santiago. El recurso fue interpuesto por doña Aida Cartagena Reyes y don Carlos Hernández Ortiz, en favor de su hijo Ignacio Hernández Cartagena en contra del Hospital Clínico San Borja Arriarán, ordenándole, con fecha 23 de enero de 2015, mantener hospitalizado al amparado, en la unidad de cuidados intensivos, en atención a la condición médica de extrema gravedad que le aqueja.

Los antecedentes de hecho que motivan este fallo, son los siguientes. El 6 de julio de 1995, fue llevado al Hospital Paula Jaraquemada, en donde se le diagnosticó una neumonía, razón por la cual quedó hospitalizado. Al día siguiente el niño ingresa a la unidad de cuidados intensivos pediátrica del recinto hospitalario, porque durante un procedimiento endoscópico para visualizar su vía aérea, el menos sufrió un paro cardio respiratorio, que lo dejó con muerte cerebral. Sin perjuicio de lo anterior, Ignacio Hernández, comienza a dar señales de actividad cerebral. Se modifica su diagnóstico, señalando que este correspondía a una “parálisis cerebral severa”. Los directivos del hospital, ofrecen un tratamiento continuo de manera permanente y gratuita. Más allá de eventuales responsabilidades por negligencia médica, que a la fecha de los hechos no era un tema de en boga, los recurrentes aceptan, siempre con la intención de mantener a su hijo con vida, y proporcionarle los cuidados de salud que requieran. La condición médica de Ignacio, siempre fue en extremo compleja, por lo que requería de múltiples especialistas, que el Hospital le proporcionaba sin costo alguno. No obstante, ello, a contar del año 2010, las prestaciones se redujeron abruptamente, sólo contando con los doctores de urgencia de turno, en el evento que alguna emergencia médica lo requiriera. El recurrido costó la implementación para la hospitalización domiciliaria en el año

2013. No obstante, ese mismo año sufre una descompensación ocasionada por una neumonía, que lo obliga a ser hospitalizado nuevamente en la unidad de cuidados intensivos. A contar de este último evento, el Hospital les comunica a los recurrentes que ya no podrá costear más el programa de atención hospitalaria domiciliaria, debiendo ser trasladado desde la Unidad de cuidados intermedios, en la que se encontraba a una de las salas comunes del sector de Medicina de adultos.

A continuación, los considerandos relevantes, en los que basa su decisión la Corte:

“SEPTIMO: Que sentado lo anterior, cabe ahora precisa si la negativa del hospital recurrido en orden a mantener al paciente en la UCI constituye un actuar ilegal y arbitrario, o éste se encuentra ajustado a derecho, para lo cual se deben tener presentes los siguientes principios: a) de acuerdo a lo establecido en el número 4° del artículo 1 de la Constitución Política de la República, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad promover el bien común; b) por su parte el artículo antes citado, asegura a todas las personas el derecho a la vida; c) de acuerdo al artículo 6° del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el derecho a la vida es inherente a la persona humana; d) conforme lo señala el artículo 4 numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, este derecho, estará protegido por la ley; y e) de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 55 del Código Civil son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

OCTAVO: Que, siendo la vida un derecho inherente a la persona humana, es decir, un derecho de la personalidad reconocido por la doctrina que existe por su propio valor moral, con independencia de que el legislador lo haya proclamado, tal derecho debe ser respetado por todos, y en particular, por quien ha declarado solemnemente garantizar o asegurar a todas las personas el derecho a la vida.

NOVENO: Que atendidos los antecedentes médicos analizado, resultando ser estos coincidentes en cuanto a la necesidad imperiosa del paciente en recibir determinados tratamientos, los que de no proporcionársele ponen en eminente

riesgo su vida, independiente de la condición vegetativa que padece, resulta contrario a derecho de considerar dicha condición en cuanto argumento para negar dichos tratamiento, resultando inaceptable que quien está al servicio de la persona humana y ha asumido, entre otras políticas del Estado, la protección de la vida , se niegue a proporcionar tales prestaciones médicas.

DÉCIMO: Que, en relación a la argumentación de la recurrida, en alusión a los recursos limitados del sector y la escases de camas críticas, ello tampoco resulta razonable, puesto que el derecho a la vida es de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de consideración patrimonial o económica, así como el establecer un orden de prioridad para el otorgamiento de tales beneficios o prestaciones, pues establece necesariamente una discriminación arbitraria, puestas en situación de igualdad de tales requerimientos.”³⁵

Un aspecto interesante de este fallo, es que dota a la vida de un valor absoluto, como derecho inherente a la personalidad humana, debe ser respetado por todos, y en especial por aquellos, que en virtud del rol social que asumen, están llamados a tutelarla. La trascendencia de la vida, como bien absoluto tutelado, escapa a las consideraciones de tipo económico, presupuestarias, e incluso a otras garantías constitucionales, como por ejemplo la igualdad ante la ley. Fundamenta el acoger este recurso, la necesidad del paciente de recibir determinados tratamientos, que, de no producirse, pondrían en grave riesgo la vida del amparado, por lo cual negarse a proporcionar las prestaciones requeridas, conculca el derecho a la vida a integridad física consagrado en nuestra Constitución.

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Caratula: Hernández Cartagena, Ignacio con Hospital Clínico San Borja Arriarán”, Número de Ingreso Corte: 80984-2014, 23 de enero de 2015, pronunciado por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora Romy Grace Rutherford Perentti, conformada por las Ministras señora Gloria Solís Romero y señora Viviana Toro Ojeda. (S)

4.2.6. Caso: Álvarez Alarcón, Alejandro con Central Unitaria de Jubilados, Pensionados y Montepiados de Chile.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de protección interpuesto por don Alejandro Álvarez Alarcón, en representación del Subsecretario del Interior Mamad Aleuy Peña y Lillo. en contra de la Central Unitaria de Jubilados, pensionados y Montepiados de Chile, quien con fecha 8 de julio de 2016, lo acoge el cese inmediato de la huelga de hambre que mantenían don René Ulloa Manríquez, José Sánchez Jiménez, José Ortega Espinoza, Carlos Valero Vargas y María Briones Ríos.

Un grupo de ex prisioneros políticos ha mantenido una huelga de hambre en las dependencias de la Central Unitaria de Jubilados, pensionado y Montepiados de Chile, con el objeto de forzar una serie de prestaciones de parte del Estado de Chile, a conceder diversas demandas de carácter indemnizatorio, aun cuando habiendo concluido la mesa de diálogo con fecha 17 de diciembre de 2015, adoptándose al respecto diversos acuerdos, con las personas que figuran en la nómina de personas reconocidas como víctimas de prisión política y tortura. Entiende que los hechos invocados son una evidente afectación del derecho a la vida e integridad física de los huelguistas.

Los considerandos relevantes, a efectos de justificar su decisión los transcribo a continuación.

Quinto: (...) En su malestar han dejado de comer, con el consecuente y progresivo deterioro de salud, que ha sido observado y controlado por la autoridad de Salud, la que ha constatado la referida manifestación de protesta y, sobre todo han controlado, dentro de los límites que han colocado los huelguistas con su decisión, el deterioro progresivo de su estado de salud.

Sexto: Que, el N°1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura “El derecho a la Vida y a la integridad física y psíquica de la persona”

Este esencial derecho de rango constitucional es de carácter absoluto y al margen de toda disposición patrimonial, siendo un deber del Estado procurar que se mantenga incólume, no sólo frente a actos u omisiones del propio Estado, sino que también del propio individuo de manera que cuando este realice, de cualquier forma, un auto atentado a tan básico derecho que tiene máxima protección legal, es factible a través de esta vía constitucional, otorgar protección cuando aquel derecho se vea amagado, incluso por propia voluntad del individuo, puesto que hay un deber ineludible no solo para el individuo de auto protección, sino del propio Estado de velar por su respeto y cuidado, cuando el propio asegurado, no cuida de este esencial derecho humano.

Es indesmentible que una huelga de hambre, como la que están llevando a cabo los recurridos, constituya un atentado grave, serio e intolerable de la vida humana, que es preciso proteger, ya que al acto que lo origina es manifiestamente ilegal, contrario a la ley, ya que al Estado le interesa que las personas vivan y se desarrollen de acuerdo a sus potencialidades y toda la legislación apunta a que la persona viva sin amenaza alguna a su desarrollo.

Por otro lado, queda de manifiesto que, el comportamiento de protesta, si bien es un mecanismo generalmente aceptado, cuando se pretendan reivindicaciones sociales, políticas y económicas, no puede quedar entregado al libre arbitrio de quien lo ejerce, sino que este debe estar dotado de racionalidad y, como fundamento de una protesta, no puede estar en juego la propia vida, ya que en ese evento el acto se transforma en irracional, antojadizo, susceptible de ser amparado por la presente cautelar, razón suficiente para acoger la deducida a fojas 3 por la autoridad política, atento que la legítima protesta, al utilizar métodos que atentan contra la propia vida de la persona humana, muta su conducta en arbitraria la que no aparece revestida de la necesaria racionalidad.”³⁶

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Caratula: “Álvarez Alarcón, Alexandro con Central Unitaria de Jubilados, Pensionados y Montepiados de Chile y otros”, Número de Ingreso Corte: 388653-2016, 8 de julio de 2016, pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro Señor Juan Manuel Muñoz Pardo, e integrada por el Ministro señor Miguel Vásquez Plaza y la Abogado Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.

4.2.7. Caso: Bórquez Bastias con Isapre Consalud.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de protección interpuesto por don José Bórquez a favor de su hija Mooryn Bórquez Araya, en contra de Isapre Consalud, con fecha 31 de octubre de 2018, lo acoge, ordenando a la recurrida otorgar sin costo alguno el medicamento IMANITIB 400 MG, a través de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas. Los antecedentes del recurso son los siguientes.

El 14 de febrero de 2017, la menor Mooryn Bórquez Araya, fue trasladada de urgencia desde la clínica Reñaca hasta la Clínica Bicentenario, en este lugar fue internada en la Unidad de Cuidados intensivos, con el diagnóstico de una leucemia linfoblástica aguda, tipo B. Los facultativos a cargo erraron en el tratamiento idóneo, lo que le generó una grave complicación, en la que incluso peligró su vida. Ante esto su padre solicita a la recurrida un cambio en el prestador de salud, con fecha 10 de abril de 2017, para trasladar a la niña al Hospital Clínico de la Universidad Católica, lo que fue rechazado por la recurrida. Mooryn se agravó a tan punto en la Clínica Bicentenario, que debió ser trasladada a la Clínica Indisa, para recibir la atención de un hepatólogo infantil. Solicita, en consecuencia, el cambio de prestador nuevamente, lo cual fue rechazado por la recurrida. No obstante, ello, y ante la gravedad en la que se encontraba la niña, deciden trasladarla de todas formas al Hospital Clínico de la Universidad Católica. Revisada por el calificado personal médico, se enmienda su diagnóstico a Leucemia Linfoblástica Aguda con cromosoma de Philadelphia, así como también la compatibilidad de médula ósea con su hermana (que cabe hacer mención que esta compatibilidad, que a la larga es la que permite salvarle la vida, había sido descartada en la Clínica Bicentenario). El trasplante se lleva a cabo el 25 de septiembre de 2017. El 19 de julio de 2018, la doctora María Angélica Wiestrick le prescribe Imatinib 400 mgg, en la dosis de una cápsula diaria por doce meses, que era indispensable para el tratamiento de la enfermedad que padecía Mooryn. Solicitada la cobertura GES-CAEC respecto del medicamento, la Isapre accede a ella, pero precisando que tiene deducible el que

debe copagar el recurrente y acumularlo hasta que se complete para que, en definitiva, las prestaciones sean de costo cero. Estima el recurrente vulneradas las garantías constitucionales consagradas en los artículos 19 N° 1, 9 y 24 de la Constitución Política de la República.

Los considerandos que se transcribirán a continuación, introducen un elemento que no habíamos revisado en los fallos incorporados en este ensayo, que son las garantías explícitas en Salud, que se convierten en un nuevo factor preponderante en la construcción de esta tesis para proteger la salud y, en consecuencia, la vida de las personas:

“QUINTO: Que en el ámbito de este recurso cabe también tener en consideración que la Isapre recurrida reconoce que la menor “tiene activada la Cobertura GES” y, asimismo, “tiene activada la cobertura complementaria CAEC para aquellas prestaciones asociadas a su diagnóstico que no se encuentran en las canastas GES”.

SEXTO: Que, al efecto, cabe tener presente lo dispuesto en la letra c), del apartado 4.2.2. sobre complementariedad GES-CAEC, para los efectos de la aplicación de la cobertura especial GES-CAEC, dentro de las normas complementarias de las Condiciones de la Cobertura Adicional para enfermedades catastróficas que indica y complementa en la circular N°59, de 29 de febrero de 2000, que dispone:

“La cobertura del plan complementario se aplicará para las prestaciones otorgadas a problemas de Salud acogidos a la cobertura GES-CAEC que se encuentran en los listados específicos de Prestaciones GES ni en los protocolos del Minsal, según corresponda”

SEPTIMO: Que, el régimen de cobertura aplicable es el resultado del derecho indiscutible del recurrente de incorporar a su hija menor a la atención GES-CAEC y la obligación de la recurrida Isapre Consalud S.A. de otorgar cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC), lo que ésta no rechaza, pues sólo discute el monto de la Cobertura del seguro.

En consecuencia, por tratarse la acción de protección un procedimiento cautelar de emergencia, sin que proceda en él un período de prueba contradictorio, en el que se trata de proteger el status quo, para no vulnerar derechos fundamentales, y en la especie, constar el hecho indiscutible que la médico especialista oncóloga pediatra tratante, doctora María Angélica Wiestrick, prescribió el medicamento IMANITIB 400 MG (Gleevec), debido a que es absolutamente necesario para la salud y la vida de la menor por padecer Leucemia Linfoblástica Aguda con Cromosomía de Filadelfia, y, al sufrir tal patología la niña debió ser intervenida en el Hospital Clínico de la Universidad Católica, practicándosele un trasplante de médula ósea, resulta que, de acuerdo al artículo 1.1, de la circular IF/ N°7, del año 2005 de la Superintendencia de Salud, sobre Condiciones de Cobertura adicional para Enfermedades catastróficas en Chile, en el Formulario que suscribe el afiliado para incorporarlas al contrato de salud, se señala que el beneficio tiene por finalidad aumentar la cobertura otorgada a él o a sus beneficiarios, y partiendo de la base que no se discute por las partes del recurso que el medicamento cumple con los requisitos para ser cubierto por la Isapre Consalud S.A. -régimen de cobertura GES-CAEC, dado que contempla: citostático antineoplásico (comprimidos) inatinib 400 mg a menores de 15 años de edad con cáncer, desde luego, por tal razón la Isapre está obligada a entregar la cobertura con costo y gasto cero para el recurrente, atendido los derechos naturales básicos que se encuentran vulnerados y deben ser resguardados si se considera que se debe reconocer que el cotizante, al enfrentar costos y gastos de gran magnitud económica, producidos por la catástrofe de salud que enfrenta, inequívocamente le producirán una ruina que le es imposible soportar, con grave riesgo para la vida de su hija -al no poder acceder oportunamente al medicamento prescrito.

OCTAVO: Que, en consecuencia, las razones anotadas demuestran que el actuar de la Isapre recurrida, ha infringido, en primer término, el N°1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, atendido el aumento del riesgo vital sufrido por la niña Mooryn Bórquez Araya, al negársele por la Isapre recurrida la cobertura total del aludido medicamento, el cual había sido prescrito por la profesional médico tratante, vulnerándose de esta forma las normas jurídicas antes

analizadas por la mera voluntad de aquélla; además, de los antecedentes se verifica el menoscabo a que se vio expuesta la menor debido a la omisión señalada, desde luego, conforme a la imputación, también se vulneró el derecho a la protección de la salud de la paciente, reconocido por el N°9, de este mismo artículo de la Carta; y, por último cabe observar que, mediante el disvalor examinado, fueron desconocidas las reglas sobre el incumplimiento oportuno y de buena fe del contrato de salud, infracción que se produjo al no haber sido otorgada la prestación convenida, y debe entenderse, en razón de lo anterior que hubo asimismo, vulneración del N°24 del mismo artículo, es decir, con la omisión denunciada se afectó el derecho de propiedad del recurrente sobre el contrato de salud, en la dimensión del no cumplimiento del oportuno derecho incorporal”³⁷.

Además de incorporar las garantías explícitas de Salud, las cuales se traducen en acceso, oportunidad, calidad y protección financiera, este fallo resulta interesante desde el punto de vista que incorpora elementos propios de materia contractual. Así, por ejemplo, el artículo 1546, señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Así, es trascendente lo expuesto por el sentenciador, al manifestar que, de producirse el cobro del deducible, el recurrente caería en una carga económica que le sería imposible de soportar y le generaría la ruina, además de que la vida de Mooryn corre serio peligro. Advertimos la ponderación de las garantías en juego, pues se asigna a la vida y a la salud, un valor evidentemente más elevado, y no extraña que sea de esa forma. Cabe destacar, que la Isapre no había rechazado la cobertura GES-CAEC, para ser precisos la había admitido, pero había establecido como límite el pago del Copago, por el monto que importaría un sacrificio pecuniario de magnitud para el recurrente, lo que dejaría en jaque la posibilidad de costear el tratamiento de requiere su hija. La Corte, haciendo caso omiso, de lo pactado por las partes, entendiendo que el

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, caratula: “Bórquez Bastián, José con Isapre Consalud” N° de Ingreso Corte: 67.648- 2018, fecha 31 de octubre de 2018, pronunciada por la undécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros Jorge Luis Zepeda, Fernando Ignacio Carreño y abogado Integrante Jaime Guerrero.

copago se encontraba autorizado y era procedente, ordena a la recurrida a proporcionar cobertura al medicamento con costo cero. Es de tal envergadura el recurso de protección como acción cautelar, que permite incluso, trascender la obligatoriedad de los contratos, contenida en el artículo 1545 del Código Civil.

4.2.5. Caso: Díaz Hernández contra Fondo Nacional de Salud, Servicio de Salud de Concepción y Ministerio de Salud”

Daniela Díaz Hernández, interpone recurso de protección a favor de hijo, en contra del Fondo Nacional de Salud, del Servicio de Salud de Concepción y del Ministerio de Salud. La Corte Suprema de Justicia, conociendo del recurso de apelación contra la resolución que negó lugar a la protección, lo acoge, ordenando con fecha 6 de noviembre de 2018, que los recurridos deben realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nuninersen, durante el tiempo que estimen los médicos tratantes que es requerido por el hijo de la recurrente.

Los presupuestos fácticos, del recurso mencionado son los siguientes:

El hijo del recurrente nacido el 8 de septiembre de 2017, fue diagnosticado con atrofia Muscular Espinal. El 25 de enero de 2018, el Instituto de Salud Pública aprobó el uso del medicamento, para el padecimiento mencionado, estableciendo que puede mejorar los resultados de la función motora en lactantes y niños con esta enfermedad, permitiendo detener su progresión natural y recuperar la función motora. Los doctores tratantes del menor, en diversos certificados allegados a la causa, dan cuenta que el niño sufre Atrofia Muscular Espinal y que, en efecto, el tratamiento de dicha enfermedad se vería favorecido por el uso del medicamento Spinraza. Incluso uno de los facultativos señala en informe, que el tratamiento: “es esencial para su vida, ya que de lo contrario existe riesgo de muerte por infecciones respiratorias o paro cardiorrespiratorio”. La recurrente, ante el elevado costo del tratamiento, solicita tanto a Fonasa y como al Servicio de Salud, el medicamento, los cuales se niegan a otorgarlo aduciendo la falta de Recursos. Invoca como fundamento de su recurso que se conculcaron las garantías constitucionales

contenidas en el artículo 19 N°1, pues pone en peligro la vida e integridad física, de su hijo.

Fonasa, al evacuar su informe, alega que los recursos son limitados, y que otorga cobertura a los beneficiarios del sistema público de salud, y que en definitiva son las leyes anuales las que establecen la forma de repartir los recursos, los que evidentemente son escasos ante la gran demanda existente. Incluye entre las argumentaciones, la ley N°20.850, conocida como Ley Ricarte Soto, consagra en su artículo 5 la forma en como se incorporan los diagnósticos y tratamientos de alto costo, señalando: Del decreto que determina los diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo con sistema de protección financiera. Los tratamientos de alto costo para condiciones específicas de salud con sistema de protección financiera, tales como enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes, serán determinados a través de un decreto supremo del Ministerio de Salud, suscrito también por el Ministro de Hacienda, de conformidad al procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento.

Sólo podrán incorporarse a este decreto los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cumplan con las siguientes condiciones copulativas:

a) Que el costo de los diagnósticos o tratamientos sea igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo 6°.

b) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una favorable evaluación científica de la evidencia, conforme al artículo 7°.

c) Que los diagnósticos y los tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8°.

d) Que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9°.

En consecuencia, la incorporación de patologías se efectúa de manera progresiva, y el medicamento que requiere en menor amparado, no se encuentra en aún en la cobertura.

Respecto del informe evacuado por el Ministerio de Salud, nos detendremos en un argumento, del que luego la Corte se hace cargo, y demuestra el gran rol que le asiste, como garante de los derechos objeto de este ensayo. Al solicitar el rechazo del recurso en su contra, por carecer de legitimidad pasiva, toda vez que sólo le corresponde, de conformidad lo establece el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, “formular, fijar y controlar las políticas de salud”.

El Servicio de Salud de Concepción, solicita, en su turno, el rechazo del recurso, alegando que no existe el acto vulneratorio, toda vez, que ha prestado asistencia al niño, con la plenitud de recursos económicos y humanos con que cuenta para ello. No es menos cierto que los recursos deben ser distribuidos equitativamente, para evitar de esta forma discriminaciones entre los ciudadanos.

A continuación, transcribiremos los considerandos, relevantes, a objeto de entender la dinámica con que falla la Corte:

“6° Que para la resolución del recurso intentando resulta necesario consignar que la Constitución Política de la República prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1, que “El Estado está al Servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con el pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”, en tanto el N°1 de su artículo 19 estatuye que: “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

8° Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N°43.250-2017, N° 8523-2018 y N°2494-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de la persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos, citados por los recurridos.

9° Que en el indicado contexto, la decisión de la parte recurrida consistente en la negativa a proporcionar al hijo de la recurrente aquel fármaco, único por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza además, la garantía consagrada en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del menor C.A.F.D., así como para su integridad física, considerando que la atrofia muscular espinal tipo I que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida del niño, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

10° Que establecido lo anterior es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.-

12° (...) Asimismo es necesario tener presente que, al tenor de lo prevenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental, esta corte está llamada a proteger, entre otros, el derecho a la vida. En efecto, de estimar una persona que un acto u omisión le causa privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, en particular el derecho aquel consagrado en su número 1, puede ocurrir ante esta judicatura para que, en el ejercicio de las facultades y atribuciones que le son propias, adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

En esta perspectiva, y como resulta evidente, esta magistratura puede disponer, en esta sede cautelar, que la autoridad pública lleve a la práctica ciertas actuaciones

específicas y determinadas, como puede ser, verbi gracia, la adquisición y suministro de un cierto fármaco.

13°Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal. (...)

En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie.”³⁸

Menester es señalar, que en este caso en particular existe un voto en contra, emanado del Ministro Sr. Antonio Prado Puga, quien vota por confirmar el fallo apelado, considerando que *“el Fondo Nacional de Salud dependiente del Ministerio de Salud, conforme al DFL N°1 del 2005, carece de presupuesto y tampoco cuenta con los recursos financieros extraordinarios para solventar, dar cobertura y suministrar tratamientos farmacológicos que se encuentren fuera del marco presupuestario y que no están definidos dentro de los programas de medicamentos que han sido incorporados de acuerdo a las indicaciones del citado Ministerio y en la Ley N°20.850”.*

En este fallo, me parece necesario destacar que la Corte Suprema adopta una férrea postura, como defensora de los derechos esenciales, en este caso del niño amparado. Es clara al delimitar que con su actuar no les está facultado establecer políticas generales, y que deben circunscribirse al caso concreto que se somete a

³⁸ Corte Suprema, caratula: “Díaz Hernández, Daniela, con Servicio Nacional de Salud, y otro” N° de Ingreso Corte: 17.043-2018, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Carlos Ramón Aránguiz Zúñiga, Arturo José Prado Puga, Angela Francisca Vivanco Martínez, Abogado Integrante Rosa María Leonor Etcheberry Court.

conocimiento de la Corte, eso no es novedad. Lo que sí resulta un aspecto novedoso, es hacer caso omiso a políticas presupuestarias, porque existe una ley que regula precisamente la incorporación de enfermedades de alto costo y un programa asociado, con un presupuesto previamente establecido. El rol de los altos tribunales de justicia, como cuidadores del fiel ejercicio de las garantías constitucionales, puede incluso, obligar a instituciones de carácter público, a que costeen un tratamiento cuyo valor es muy elevado, con el único fin de tutelar el derecho a la vida, e integridad física y psíquica.

5- CAPITULO III: La deuda de Chile en materia de garantía de protección a la salud. -

Como hemos venido analizando hasta ahora, nuestra Constitución Política de la República consagra el derecho de Protección a la Salud, como un derecho que impone al Estado un límite, pero vinculado exclusivamente, con la obligación de contar un aparataje público que a la larga permita esta dualidad de sistemas entre aparataje público y privado. Aparte del texto Constitucional, encontramos diversos cuerpos normativos, que dan forma al sistema de salud chileno.

El marco jurídico entonces del derecho de protección a la Salud en Chile, además, integrado por la ley N°18496 sobre el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la Salud y que crea un régimen de prestaciones de salud del año 1985, y la Ley N°18933, que crea la superintendencia de Salud previsional de 1981. Luego, y lo que constituye una clara manifestación que en nuestro país, y porque no a nivel internacional, ha evolucionado el concepto de derecho de protección a la salud, entendiéndolo como una manifestación del derecho a la vida, y por ende vinculado a la dignidad humana, encontramos la ley N° 19966, que reconoce Garantías explícitas en materia de salud, del año 2004, y finalmente de reciente promulgación la ley N°20.850, del año 2015, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, conocida como ley Ricarte Soto. Vimos en los fallos comentados, como estas últimas dos leyes, han servido

para fundamentar una teoría jurisprudencial, que permita a las personas reclamar por prestaciones médicas de calidad, que resulten armónicas con su derecho a la salud y su derecho a la vida. Esto nos da luces, de que en nuestro país efectivamente existe una deuda histórica respecto de la protección de estos bienes básicos, como lo son la salud y la vida. Ello implica la necesidad de reformar jurisprudencialmente, la forma en como ha sido consagrado el derecho a la salud, y dotarlo de cierta autonomía que permita su ejercicio de manera autónoma. Así lo han advertido varios juristas, el profesor José Ignacio Vásquez, planteó: *“resulta indispensable que la garantía constitucional se baste a sí misma y resulte concordante y armónica con el resto de la Constitución. No lo es en la medida que el artículo 6° impone a todas las personas, instituciones o grupos, públicos o privados, respetar las normas de la Constitución, y luego el artículo 20 de la misma, restrinja el ejercicio de un mecanismo cautelar de los derechos a un solo aspecto del derecho de la protección a la salud, haciéndolo además ilusorio.”*³⁹ Las reformas de salud, que entre otras a nivel normativo se plasmaron en las leyes mencionadas han pretendido la mejora de la atención de la población más vulnerable. Estas normas, pretenden la posibilidad de materializar los aspectos que describimos respecto de los estándares del derecho de protección de la salud. Es así, como buscan atención accesible, oportuna, asequible. Ello implicó por ejemplo en la ley de garantías explícitas de salud la incorporación de atención de ciertas enfermedades que se reconocen como catastróficas, y que de presentarse hacerle frente es en extremo gravoso para quien lo padece y su entorno. Esta incorporación de patologías no ha parecido ser suficiente, y un elemento clave al respecto es que prestaciones debieran ingresar a la canasta. Así lo acertadamente Oscar Román y Félix Muñoz, lo exponen: *“Excluir enfermedades es excluir enfermos, o personas en beneficio de otras, lo que implica olvidar la promoción positiva de la salud. Concentrar los recursos en algunos enfermos es efectuar una restricción por tipo de enfermedad y no por acciones médicas necesarias para todas, opción que es éticamente discutible y que genera inequidad. La medicina sirve a necesidades*

³⁹ José Ignacio Vásquez Márquez, “El déficit garantístico del Artículo 19 N°9 de la Constitución”, en Actas XXXIV, Jornadas de Derecho Público, Santiago de Chile, Diciembre de 2004, Editorial Lexis Nexis, página 403

*humanas comunes y hay valores que ameritan una aceptación y respeto universal, como la autodeterminación de los pacientes y la justicia en su amplio sentido ético-filosófico. Si se promete un sistema de salud completamente igualitario basado en la solidaridad social, con acceso irrestricto al sistema, no se puede aceptar una atención integral sólo en algunas afecciones, situación que representaría un retroceso*⁴⁰. Ahora bien, conviene recordar que este sistema de patologías, al igual que lo que ocurre con la Ley Ricarte Soto, son normativas pensadas como normas de carácter dinámico, en el sentido que se pretende la incorporación paulatina de nuevas patologías consideradas catastróficas y de alto costo. Esto nos debiera hacer sentido, si lo vinculamos con la necesidad de adoptar las medidas de manera paulatina en torno a los recursos, que impone el Artículo 26 de la Convención de Derechos Humanos, si lo entendemos de esa forma el Estado de Chile, está adoptando las medidas de manera paulatina en estricta proporción a lo que los recursos presupuestarios le permiten, en consecuencia, cabe formularse la pregunta si esta intromisión de la Corte en materias de salud pública, específicamente en lo que respecta a situaciones particulares en los que el derecho a la salud y a la vida, están en juego, podrían entenderse como una participación innecesaria y no atingente, o podría entenderse, quizás como la manifestación del derecho de recurrir a los tribunales nacionales ante la vulneración de los derechos humanos, que consagra el artículo 8 de la Convención. El tema permite múltiples lineamientos, pero lo relevante que es que el tema no es indiferente para nuestro país, pues ha sido objeto de debate, de adopción de medidas, por los diversos órganos involucrados, aún cuando estas medidas no sean suficientes y probablemente nunca lo sean, pues el campo de las ciencias médicas avanza a pasos agigantados. *“La salud debe focalizarse en la persona, en el ser humano, esté ya enfermo o en posibilidad real de serlo. Busca que el individuo se mantenga sano en su integridad cuerpo-mente-cultura y valores éticos. El ser humano debe poder perseguir sus metas vitales y funcionar en el contexto social, cultural y laboral*

⁴⁰ ROMAN A, Oscar y MUNOZ C, Félix. Una mirada crítica en torno al plan AUGE. Algunos aspectos generales y valóricos. Rev. méd. Chile [online]. 2008, vol.136, n.12 [citado 2018-12-27], pp.1599-1603. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872008001200014&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0034-9887. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872008001200014>

*habitual, haciendo uso de sus "oportunidades". Un sistema de salud éticamente estructurado, debe proporcionar tales oportunidades al ciudadano como un bien común y un derecho humano.*⁴¹ Este sigue siendo indiscutiblemente un tema de recursos asignados, pues de alguno u otra forma, existe unanimidad en que el derecho a la vida debe ser ejercido plenamente, y que la salud es una manifestación de ello, la forma en como se justifica no deja de ser interesante, la manera en como se da cuerpo judicial tampoco, dogmáticamente da pie a arduos debates, pero este sigue siendo un tema de recursos, pues el sistema estatal no cuenta con los fondos necesarios para garantizar estándares de salud, y por su parte el sistema de salud privado, ha entendido la salud como el objeto de un contrato, que requiere en consecuencia la aplicación del estatuto contractual. Los tribunales han intentado equiparar estas posturas antagónicas, y han generado la premisa que lo que priman son los derechos esenciales, pero hasta qué punto eso será sustentable es un aspecto aparte, pues no hay que olvidar que los recursos son limitados, ante la demanda evidentemente ilimitada.

En nuestro sistema de salud, como sistema integrado en el que confluyen tanto el ámbito privado como público, hay una serie de determinantes falencias, en cuanto a los propios parámetros ya analizados, cuando nos detuvimos en lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales de Las Naciones Unidas. El problema de accesibilidad a las prestaciones de salud es evidente, constituyendo la posibilidad de opción sólo una mera normativa ilusoria. Existen aún grandes abismos entre las prestaciones en un sistema u en otro, e incluso dentro del sistema privado, las situaciones de incumplimiento contractual, que conculcan derechamente los derechos de los beneficiados. El profesor Humberto Nogueira Alcalá⁴², basado en lo expuesto por el Comité ya mencionado, agrupa los incumplimientos de la siguiente forma: en primer lugar, las obligaciones del deber de respetar. En este sentido encontramos todas aquellas contravenciones al artículo 12 del Pacto, y que generen un evidente perjuicio a la dignidad e integridad de las personas, así por ejemplo las lesiones corporales, actuar con morbosidad, y no

⁴¹ ROMAN A, Oscar y MUNOZ C, Félix, op. Cit.

⁴² Nogueira Alcalá, Humberto, op. Cit, página 25.

prestar la debida y oportuna atención y tratamiento, en virtud de las cuales la mortandad sería perfectamente evitable. El segundo grupo, lo constituye la violación de la obligación de proteger, en este sentido encontramos aquellas que se producen con ocasión de que un Estado no adopte las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo previsto por el Pacto, y este grupo es muy amplio, pues exige un exhaustivo listado de materias en las que el Estado debe establecer en ciertos casos directrices y en otros, derechamente hacerse parte a través de políticas más activas, encontramos en esta línea por ejemplo, aquellas medidas tendientes a erradicar la violencia de género, de garantizar prestaciones médicas de calidad, de adoptar medidas en el ámbito medio ambiental para preservar el entorno, en desarrollar políticas que fomenten la vida saludable, en fin. Un tercer grupo, corresponde a la infracción del deber de cumplir. Este punto es más específico, y se genera cuando el Estado no adopta, en materia de salud, las políticas públicas para hacer efectivo su cumplimiento. Creo que nuestro país, ha ido dando cumplimiento de manera paulatina a estas obligaciones, no obstante, queda aún mucho camino por recorrer. Como veremos, esta situación no ha sido indiferente a nivel internacional y ha hecho acreedor al Estado de Chile, de importantes sanciones.

A nivel internacional, la judicatura también ha hecho eco de la estrecha vinculación entre derecho a la salud y a la vida e integridad física y psíquica, pero entendiéndolos con una identidad propia, ya lo veíamos a propósito del fallo que condena al Estado de Guatemala por el caso de las personas con HIV/SIDA, y no subsumidos como parte de una ecuación necesaria, para lograr dar protección jurídica a algo tan relevante en la agenda nacional, como el derecho a la protección de la Salud. Este cambio de paradigma necesario hubiera evitado al Estado de Chile, ser objeto de duras condenas en sede internacional.

Recientemente, para ser precisos el 8 de marzo de 2018, La Corte Interamericana de Derechos Humanos conociendo de una demanda de la familia de una anciana que falleció en el Hospital Sotero del Rio, por no recibir atención médica oportuna y de calidad, según quedó demostrado a lo largo del proceso, al no contar el Hospital con los recursos necesarios para brindársela, condenó al

Estado de Chile a reparar integralmente a los familiares del señor Vinicio Poblete Vilches. La comisión concluyó que el Estado de Chile era responsable por La violación de los derechos a la vida, integridad personal y salud establecidos en los Art. 4 y 5 de la Convención Americana. Ahora bien, precisamente en lo referente a la Salud, como lo consagra la Convención, la Corte se centró en el hecho de abordar los supuestos de responsabilidad estatal derivadas precisamente de deficiencias estructurales en hospitales públicos⁴³.

Los presupuestos fácticos son los siguientes. El 17 de enero de año 2001, el Señor Vinicio Antonio Poblete Vilches de entonces 76 años de edad ingresa al Hospital Sotero del Rio a causa de una insuficiencia respiratoria Grave, luego de ser intervenido (cabe hacer mención que con un consentimiento informado de dudosa procedencia por parte de su familia). Fue dado de alta el 2 de febrero de 2001, a pesar de informar los familiares del del señor Poblete Vilches que advertían que no lo veían en condiciones de salud apropiadas para llevárselo a su entorno familiar, sin la consecuente atención médica. Es más los familiares, debieron contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su hogar, en atención a su deplorable situación física y porque en el hospital no contaban con ambulancias para dicho efecto.- Ese mismo 2 de febrero de 2001, el señor Poblete Vilches continúa con una elevadísima fiebre, y según da cuenta el relato de sus familiares emanando pus de sus heridas, de las cuales sólo uno estaba saturada.- De este modo el 5 de febrero de 2001, el señor Poblete Vilches fue nuevamente ingresado al Hospital Sótero del Rio en el Servicio de Urgencias donde, fue diagnosticado con una simple Bronconeumonía, según lo contenido en la ficha clínica de ingreso, se requería que el paciente ingresara a la unidad de cuidados intensivos y apoyo de un ventilador mecánico, no obstante ello, por falta de capacidad don Vinicio Poblete fue trasladado a la UCI quirúrgica, cuando en realidad en la UCI médica se encontraban los aparatos que el necesitaba para su recuperación. Según el certificado de

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; “Caso Poblete Vilches y otros, versus Chile”, 8 de Marzo de 2008, integrada por los jueces: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Elizabeth Odio Benito, Jueza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y L. Patricio Pazmiño Freire, Juez;

defunción el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches fallece de un shock séptico y una bronconeumónica bilateral a las 5:40 horas del 7 de febrero de 2001.-

El énfasis se puso en la posibilidad de analizar situaciones de deficiencia en acceso al derecho a la salud y al sistema de salud pública, especialmente de los sectores más vulnerables, en miras a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Así específicamente en el caso del adulto mayor, la Corte se detuvo en el análisis de la importancia internacional que ha adquirido la adopción y consolidación de estándares internacionales respecto de personas mayores en materia de Salud, en efecto, el afectado en el caso conocido por la Corte era una persona ya de la tercera edad, no obstante ello, nos permite extrapolarlo a la situación de la salud en general, reconociendo un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es fundamental para el desarrollo de las personas en general, en todos los aspectos de su vida, destacando el derecho a la salud, sin importar si el paciente elige una prestación del sistema público o privado de salud, es precisamente el Estado quien tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación.-

Este caso, puso en evidencia a nivel internacional una situación que no nos es ajena en el servicio de salud pública, específicamente en la atención de urgencias y respecto de los sectores más vulnerables de nuestro país, en este caso concreto la población de tercera edad. La Corte formula en este fallo, importantes consideraciones en relación a la autonomía de los derechos a la vida e integridad física y de protección de la salud, y de la exigibilidad de los mismos. Plantearlos de esta forma, pareciera no ser azaroso, por ello nos detuvimos en la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y políticos.

Precisamente en lo que se refiere al derecho a la salud, *“la Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino*

también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.”⁴⁴

Precisamente en relación a la atención de urgencias, que es la que se encuentra en cuestionamiento en este fallo en particular, en relación a la calidad se establecen una serie de estándares, que van en estrecha relación con el efectivo ejercicio de los fundamentales derechos que se consagran tanto a nivel internacional como en nuestras garantías constitucionales, así:

- a) En primer lugar, en lo que respecta a la calidad, la infraestructura debe ser acorde a lo requerido para satisfacer aquellas necesidades consideradas básicas y urgentes. Ello en cuanto a las maquinarias, medicamentos, implementos necesarios, y, además, respecto de la calidad de la atención del elemento humano, el que de por sí debe ser calificado, y de trato respetuoso con los pacientes.
- b) Debe ser una atención revestida de accesibilidad, por ello no se debe admitir discriminaciones de ningún tipo en su acceso, no deben general barreras económicas, deber garantizar que los pacientes accedan a la información de manera clara y oportuna.
- c) Debe ser disponible a los pacientes, en consecuencia, los establecimientos deben tener la suficiente cobertura a nivel nacional, y deben contar con los implementos necesarios para poder desarrollar óptimas políticas de salud pública.
- d) Finalmente, respecto de la aceptabilidad, los establecimientos de salud y el personal debe respetar cabalmente los principios de la ética médica, los derechos de los pacientes, la diversidad cultural. Deben contar con políticas de perspectiva de género, respetuosos de la dignidad humana, la que entre otras cosas se traduce en la posibilidad concreta de garantizar el acceso cabal a la información, situación que

⁴⁴ Pobleto Vilches con Estado de Chile, considerando 118.

precisamente quedó acreditado no se dio cumplimiento en el caso del señor Poblete Vilches.

Este fallo en particular, nos permite abordar un aspecto en el que no hemos hecho apreciación alguna, y es la situación de las personas pertenecientes a la tercera edad en materia de salud. Es importante abordarlo, en cuanto, junto a consideraciones de perspectiva de género, por ejemplo, se han sumado a este complejo escenario en materia de derecho de protección de la salud. En efecto, junto a otros instrumentos internacionales, de manera reciente se consagró “La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”. Todos los documentos internacionales, tienen la virtud de consagrar una serie de derechos humanos básicos, cuya protección es indispensable para toda persona a lo largo de toda su vida, pero que en el caso de las personas mayores requiere que su tratamiento sea aún más minucioso. Entre ellos, destaca el derecho a la salud, ello se traduce en la necesidad de atención preferente y en la adopción de medidas diferenciadas según sea el caso. La observación general del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, se refiere al asunto. La diferencia de acceso a las prestaciones, los problemas médicos relevantes, motivan entre otros factores la situación de vulnerabilidad de este grupo etario. Quizás las diferencias con otros grupos sean muy sutiles, pero requieren cierta distinción, en un comienzo el acceso a la alimentación, agua, vivienda y atención de salud adecuados, no parecieran diferenciarse de lo establecido para la población en general. Pero existen ciertas particularidades que motivan la necesidad de una interpretación diferenciada, específicamente en el caso de la salud: *“Es evidente que no puede abordarse la incidencia, cada vez mayor, de las enfermedades cronicodegenerativas y los elevados costos de hospitalización, solamente mediante la medicina curativa. A este respecto, los Estados Partes deberían tener presente que mantener la salud hasta la vejez exige inversiones durante todo el ciclo vital de los ciudadanos, básicamente a través de la promoción de estilos de vida saludables (alimentación, ejercicio, eliminación del tabaco y del alcohol, etc.). La prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres*

de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales⁴⁵.”

La necesidad de visibilizar las problemáticas de salud, quizás no es el tema central de este ensayo, pero es inevitable cuando la fiel protección de una garantía constitucional es el tema central. Este fallo es relevante, porque da cuenta de la deuda histórica que existe en nuestro país, el desarrollo jurisprudencial analizado, el marco normativo indicado, deja en evidencia que estamos siendo conscientes de la necesidad de revestir al derecho de protección de la salud, de cierta idoneidad respecto de situaciones de urgencia y principalmente de aquellos sectores de la población que sean más vulnerables y que por lo mismo, requieran más inversión del Estado, en cuanto a garantizar políticas públicas oportunas y de calidad. Nuestra Corte Suprema, a partir de fallos que no son exentos de polémica, se ha hecho cargo de estas problemáticas, a través de casos concretos donde ordena la adopción de medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas, desviando la necesaria generación de políticas públicas en este sentido. Los ejemplos son bastos y dan pie a importantes discusiones necesarias en cuanto a políticas de salud pública, que permitan construir en Chile un sistema de calidad para los sectores más vulnerables, lo que incluso, no es otra cosa que la manifestación de las garantías constitucionales consagradas en los numerales 1 y 9 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República, incluso en la forma en como tradicionalmente se ha entendido. Pues respecto de la vida, una atención médica idónea se traduce en la garantía de la vida, pues un error médico priva arbitrariamente de la vida a un paciente, por otra parte, poder optar entre un sistema de salud público o privado, es en efecto el bien tutelado por el derecho de protección a la salud, pero ello implica una decisión libre, y que no debiera estar condicionada a la posibilidad de pagar una atención médica de calidad, sino que a la posibilidad de opción, exenta de factores externos a la mera voluntad del individuo.

⁴⁵ ONU. Comité DESC, Observación General No. 6, supra, párr. 35

La necesidad de reformular la protección a la Salud, como derecho autónomo, es evidente. Dotarlo de la autonomía hará exigible directamente a los ciudadanos una salud de calidad, dando fundamento a esta dualidad de sistemas, que ha demostrado fallar al momento de tutelar el derecho a la protección de la salud, debiendo intervenirlos tribunales de justicia en un activo rol de garantes.

5- Conclusión:

Nuestro sistema de garantías constitucionales, se plasmó en la Constitución de 1980, luego de un arduo debate, del que dimos cuenta oportunamente al tratar las garantías constitucionales involucradas. Sin embargo, para la concepción y los énfasis relevantes en su momento, plantearla de la forma que finalmente quedó incorporada al texto constitucional, tenía sentido. Hoy en día la noción de derechos fundamentales, y sobre todo la de la exigibilidad de tales derechos, ha variado. Es por eso que nuestro derecho ha evolucionado, vimos como fue necesario dictar una ley de Garantías Explícitas de Salud, que garantizara ciertas situaciones, brindando cobertura auge para ciertas patologías. Una manifestación más evidente aún, en la conocida ley N° 20.850, que significó un gran avance en materia de tratamiento de enfermedades de alto costo. La jurisprudencia ha hecho eco de este llamado, de las nuevas dinámicas sociales, y ha tutelado el derecho de lo que innegablemente es la protección de la Salud, a través del derecho a la Vida. Esta construcción, ha permitido amparar aquellos sectores vulnerables (en diversos aspectos) que obtienen del sistema, finalmente una solución que les permite sobrellevar sus patologías de mejor forma. La forma en que las garantías consagradas en los artículos 19 N° 1 Y N°9 de la Constitución Política están consagradas, adolecen de cierta rigidez que no las hace acordes a los nuevos tiempos. Una reforma de la Constitución debiera, sobre las bases de las Construcciones actuales, hacerse omnicomprensivo de las nuevas demandas sociales, que requiere del compromiso de los tres poderes del Estado para hacerles frente.

La jurisprudencia se ha basado, además en importantes conceptos, como la buena fe contractual, el dotar a la vida como valor absoluto, que prima incluso ante otras garantías. No obstante, quizás ya es hora, de reformular el texto constitucional en cuanto a las garantías en comento. Dotar específicamente a la protección a la salud de autonomía, y concebirla de manera amplia, de tal forma que los padecimientos médicos sean tratados de forma oportuna y digna. El choque con el factor recursos es incuestionable, por lo mismo, a través del imperativo de la Constitución resulta necesario, se plasmen nuevas bases del aparataje de salud. Creo firmemente, que Chile va en tal sentido. Más allá de la concepción tradicional de las garantías involucradas, pareciera ser que el fin es el mismo, el dotar a la vida como fin jurídico susceptible de ser tutelado idóneamente. Sin embargo, esta herramienta de recurrir de protección, podría resultar una peligrosa arma de doble filo, que torne ilusorias las políticas públicas, pues para obtener ciertas prestaciones del Estado, bastaría recurrir de protección, y siendo consecuente la Corte debiera ordenar la fiel protección de las garantías constitucionales involucradas. Pero el sistema no daría ante tanto requerimiento. Los instrumentos internacionales establecen la progresividad de las medidas concernientes a la protección de los derechos en general, pero en este caso en particular respecto de los derechos sociales, económicos y culturales. Esta intromisión se produce, porque los argumentos a favor de tutelar estos derechos no son menores, por el contrario, son de extrema relevancia jurídica, nos encontramos por ejemplo con el valor absoluto de la vida humana, la protección del interés superior del niño (cuando los derechos de niños, niñas y adolescentes se entienden conculcados), la innegable protección diferenciada de los adultos mayores como sujetos de derechos, la necesidad de interpretar los contratos de buena fe. En fin, las razones abundan, encontrar un punto de equilibrio, donde la salud y la vida no sean sólo bienes de consumo, costará, pero al menos ser conscientes de la problemática es un gran avance, pero jamás debe entenderse en rango inferior a otros derechos.

6. Bibliografía:

6.1: Fuentes bibliográficas:

- Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°88, 19 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo III.
- Actas Oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, Sesión N°89, 21 de noviembre de 1974, Santiago de Chile, Tomo III.
- Alexi, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.-
- Bulnes, Luz: “Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución de 1980”, en revista de Actualidad jurídica N°4, Universidad del Desarrollo, 2001.-
- Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución de 1980”, en revista de Actualidad jurídica N°4, Universidad del Desarrollo, 2001.
- Peña, Carlos: “Sobre el Concepto y fundamento de los derechos Humanos”, en Revista de derechos y Humanidades, Volumen I, Santiago, 1992.-
- Pfeffer, Emilio: “Manual de derecho Constitucional”, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1985.-
- Tortora, Hugo: “El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”, Revista de estudios Constitucionales, año 3 N° 2, 2005.-
- Urzúa Valenzuela, Germán: “Manual de derecho constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991.-
- Vásquez Márquez, José “El déficit garantístico del Artículo 19 N°9 de la Constitución”, en Actas XXXIV, Jornadas de Derecho Público, Santiago de Chile, diciembre de 2004, Editorial Lexis Nexis, página 403

- Vivanco Martínez, Ángela, “Justicia Constitucional, Libre Elección en Materia de Salud y Normativa sobre ISAPRES: Un comentario de la reciente Jurisprudencia Constitucional, Revista de Derecho, vol. 37 N°1, 2010, páginas 141-162.
- Zúñiga Fajuri, Alejandra “Los sistemas sanitarios y el AUGE”, en Revista Acta Bioethica de la OPS/OMS (Volumen 13, N°2). -
- Zúñiga Fajuri, Alejandra; “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan Auge: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos” En Revista Bioethica Volumen 17 N°2, 2011.-
- Zúñiga Fajuri, Alejandra: “El derecho a la Vida y el derecho a la protección de la Salud en la Constitución: una relación necesaria”, Estudios Constitucionales, Año 9, N°1, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. pp.37-64.

6.2. Fuentes Jurisprudenciales:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos; “Caso Poblete Vilches y otros, versus Chile”, 8 de marzo de 2008, integrada por los jueces: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Elizabeth Odio Benito, Jueza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y L. Patricio Pazmiño Freire, Juez
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; “Cuscus Pivaral con Guatemala”, 23 de agosto de 2018, integrada por los jueces: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;
- Elizabeth Odio Benito, Jueza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y Patricio Pazmiño Freire, Juez
- Corte Suprema, caratula: “Díaz Hernández, Daniela, con Servicio Nacional de Salud, y otro” N° de Ingreso Corte: 17.043-2018, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Carlos Ramón Aránguiz Zúñiga, Arturo José Prado Puga, Angela Francisca Vivanco Martínez, Abogado Integrante Rosa María Leonor Etcheberry Court.
- Corte de Apelaciones de Santiago, caratula: “Bórquez Bastián, José con Isapre Consalud” N° de Ingreso Corte: 67.648- 2018, fecha 31 de octubre de 2018,

pronunciada por la undécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros Jorge Luis Zepeda, Fernando Ignacio Carreño y abogado Integrante Jaime Guerrero.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Caratula: “Álvarez Alarcón, Alexandro con Central Unitaria de Jubilados, Pensionados y Montepiados de Chile y otros”, Número de Ingreso Corte: 388653-2016, 8 de julio de 2016, pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro Señor Juan Manuel Muñoz Pardo, e integrada por el Ministro señor Miguel Vásquez Plaza y la Abogado Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Caratula: Hernández Cartagena, Ignacio con Hospital Clínico San Borja Arriarán”, Número de Ingreso Corte: 80984-2014, 23 de enero de 2015, pronunciado por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora Romy Grace Rutherford Perentti, conformada por las Ministras señora Gloria Solís Romero y señora Viviana Toro Ojeda. (S)
- Corte de Apelaciones de Rancagua, caratula: “Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge” N° de Ingreso Corte: 1030-1995, fecha 22 de agosto de 1995.-
- Corte Suprema, caratula: “Iturrieta con Isapre Cruz Blanca S.A.” N° de Ingreso Corte: 5293-2018, fecha 8 de octubre de 2018. Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval y Sr. Jorge Dahm y los abogados integrantes r. Antonio Barra y señora María Cristina Gajardo.-
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, caratula: “González Schultz, Ximena con Isapre Cruz Blanca S.A. y otro” N° de Ingreso Corte: 3392-2016, fecha 6 de octubre de 2016. Pronunciada por la segunda integrada por los Ministros: Sr. Dinko Franulic Cetinic, Sra. Myriam Urbina Perán y abogado Integrante Sr, Mario Varas Castillo.
- Corte de Apelaciones de Santiago, caratula: “Reyes Perot, Marcela con Isapre Banmédica S.A.” N° de Ingreso Corte: 3266-2010, fecha 9 de diciembre de 2010.
- Corte Suprema, caratula: “Herrera Maturana María José con Isapre ING SALUD S.A.” N° de Ingreso Corte: 2544-2003, fecha 28 de julio de 2003. Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Humberto Espejo,

Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún y el abogado Integrante Sr. Manuel Daniel.

- Corte Suprema, caratula: “Pérez Flemens, Daniel Hans con Isapre Colmena Golden Cross” N° de Ingreso Corte: 6068- 2003, fecha 15 de enero de 2004. Pronunciada por la Tercera Sala, Integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac y Sr. Adalis Oyarzún; y los abogados integrantes Sr. Manuel Daniel y José Fernández.
- Corte de Apelaciones de Santiago, N°Ingreso Corte: 65176-2018, Caratula: Gonzalez con Subsecretaria, Pronunciada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, e integrada por la Ministra señora Ana Cienfuegos Barros y el Abogado Integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, N° Ingreso Corte: 6010-2013, Caratula: Retamales Sotomayor, Jorge y otro con Inmobiliaria Santa Sofia S.A. , 13 de enero de 2014. Pronunciada por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Señores Ministros Titulares Raúl Mera Muñoz, Ricardo Pairicán García y Carlos Farías Pino.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, caratula: “Eyssautier Sahr, María I.” N° de Ingreso Corte: 103-2009, fecha 14 de mayo de 2019. Pronunciada por la segunda sala, por el Ministro Sr. Darío I. Carretta Navea, la Fiscal Judicial Sra. Loreto Coddou Braga, Abogado Integrante Sr. Juan Andrés Varas Braun. Autoriza la Secretaria Sra. Ana María León Espejo.