

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile*

Rodolfo Figueroa G.**

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo explica cómo ha sido abordado el derecho a la salud en la jurisprudencia que corresponde a la acción de protección. El objetivo es permitir apreciar qué tipo de problemas se discuten ante las cortes, cómo se materializan en la salud privada y en la pública, qué razones invocan los recurridos para no acceder a las prestaciones solicitadas por los recurrentes, qué razonamientos desarrollan las cortes para proteger a los pacientes y, en definitiva, cómo se protege el derecho a la salud en este tipo de jurisdicción cautelar.

La muestra está constituida por 37 casos de recursos de protección que tienen que ver con la salud de las personas. Los casos fueron buscados en el portal web de *Legal Publishing*, utilizando la expresión “derecho a la salud”. La búsqueda se hizo sin límite de tiempo y aparecieron 2 533 resultados.¹ Se revisaron los pri-

* Publicado en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz. (eds.), *Revista de Ciencias Sociales*, “Sobre los Derechos Sociales”, número especial, 2015, Edeval-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Valparaíso, Chile.

** Doctor en Derecho. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

¹ Buscando por “derecho a la protección de salud” salen 46 resultados. Última fecha de búsqueda para todo: 20 de marzo de 2015.

RODOLFO FIGUEROA G.

meros 1 000 resultados y se seleccionaron todos los casos sobre derecho a la salud que aparecieron, excluyendo únicamente los casos contra ISAPRES por subir el costo del plan de salud² y todos los que no correspondieren a la jurisdicción de protección. Los 37 casos que aparecieron comprenden todos los años que van desde 2007 a 2014. Se estimó que ese lapso de ocho años constituye un espectro razonablemente amplio y por eso no se revisaron los restantes 1 533 resultados.

CUADRO 1. Los casos en estudio se separaron en cinco categorías.

<i>Procedimiento</i>	<i>Núm. de casos</i>	<i>Institución</i> (A = acogido/R = rechazado)		
		<i>ISAPRE</i>	<i>FONASA</i>	<i>Otro</i>
Negativa a financiar tratamientos, operaciones.	14	7 (6A, 1R)	4 (2A, 2R)	3 (2A, 1R)
Negativa a financiar o cubrir prótesis, implantes, o dispositivos.	4	4 (4A)	0	0
Negativa a financiar hospitalizaciones domiciliarias.	4	4 (4A)	0	0
Negativa a financiar, cubrir o reembolsar medicamentos.	12	8 (8A)	4 (3A, 1R)	0
Misceláneo: Rechazo a realizar procedimiento, cubrir honorarios médicos y rechazo a licencia médica.	3	2 (A)	1 (A)	0
<i>Totales</i>	37	25 (24A, 1R)	9 (6A, 3R)	3 (2A, 1R)

² En los primeros 1 000 resultados, estos casos son la inmensa mayoría. Además, no presentan un problema de salud de fondo que permita a las cortes abordar el derecho a la salud y fijar estándares de interpretación.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2. DESCRIPCIÓN DE CASOS

2.1. Negativa a financiar o cubrir tratamientos, operaciones, intervenciones

2.1.1. Casos contra ISAPRES

Se revisarán ocho casos en que las ISAPRES se niegan a financiar tratamientos o intervenciones solicitadas por sus afiliados.

1. Tres casos corresponden a una hospitalización de urgencia. Las ISAPRES no acceden a proporcionar cobertura adicional por enfermedad catastrófica (CAEC), debido a que el hospital donde fue atendido el paciente no forma parte de la red de prestadores. En uno de los casos, la Corte señala: *i.* Se rechaza el argumento de la ISAPRE de que el asunto es un tema de incumplimiento contractual, que escapa a esta jurisdicción, porque está en juego la lesión de un derecho fundamental (Soto, cdo. 3). *ii.* El paciente se atendió en un hospital que no es de la red —Clínica Alemana de Valdivia— debido a que fue una situación de urgencia (cdo. 5). En tales situaciones, el paciente debe ser atendido y la ISAPRE debe correr con los costos hasta que pueda ser derivado a un recinto de la red (cdo. 5). *iii.* Para proceder al traslado —a la Clínica Alemana de Temuco—, la ISAPRE requiere certificados médicos que lo autoricen. Sin embargo, la decisión de la ISAPRE se fundó en la opinión de médicos residentes que no individualiza la de la Clínica de Temuco, clínica que se ubica a más de 170 km de distancia, sin que exista constancia de que examinaron al paciente. Esa opinión no proviene del médico tratante, que además se opuso al traslado (cdo. 5). Se acoge el recurso porque se vulnera el derecho de propiedad (cdo. 7) y se ordena dar cobertura CAEC al tratamiento recibido en Valdivia.

En otro caso, el paciente de urgencia es una mujer con Lupus que da a luz a gemelas, que requieren tratamientos. La ISAPRE se niega a financiar los tratamientos de urgencia que requirieron sus hijas. La Corte acoge el recurso, sosteniendo: *i.* No es admisible distinguir la situación de urgencia de la madre de la de las hijas. Todas se encontraban en situación de urgencia (Paredes, cdo. 6). *ii.* La ISAPRE vulnera el artículo 19, numerales 9 y 24, al no consi-

RODOLFO FIGUEROA G.

derar situación de urgencia el nacimiento y posterior tratamiento de las hijas (cdo. 10). Se ordena a la ISAPRE a aplicar la ley de urgencia vital para cubrir las prestaciones.

En el tercer caso, la ISAPRE señala que el hospital donde se atiende el paciente no corresponde a la red y debe ser trasladado a otro, pero la Corte estima que no está claro que la ISAPRE se haya negado a financiar las intervenciones aplicando CAEC. Además, la Corte señala que no le corresponde decidir si el paciente debe o no ser trasladado. La Corte indica que cuando se realicen las diligencias, llegará el momento de determinar qué corresponde financiar por CAEC y qué no. Por tanto, rechaza el recurso, pero esto no afecta al paciente (Leverone, cdo. 10).

2. Existe un caso que corresponde a un tratamiento por cáncer. La ISAPRE se niega a dar cobertura de 100% al tratamiento, debido a que el cáncer estaría relacionado con una enfermedad preexistente. La Corte acoge, señalando: *i.* Está acreditado en autos por certificados médicos que las patologías declaradas preexistentes no incluyen el diagnóstico de un tumor cerebral, el cual no es consecuencia necesaria ni guarda relación con las declaradas por el paciente (Bahamonde, cdo. 4). *ii.* La enfermedad actual no está excluida del plan porque no es preexistente, de suerte que la ISAPRE debe financiarla (cdo. 5). *iii.* Se vulnera el derecho de propiedad y el numeral 9 del artículo 19 en cuanto a elegir un sistema de salud, porque con ese cáncer y tumor cerebral no será posible elegir un plan de salud o cambiarse de ISAPRE (cdo. 8). Se ordena a la ISAPRE emitir nuevos bonos que cubran lo que corresponda de la enfermedad según contrato, sin considerarla preexistente.

3. Hay dos casos de operaciones de reducción mamaria debido a una gigantomastía y una hipertrofia mamaria. En ambos casos, las ISAPRES se rehusaron a financiar la operación alegando que se trataba de una intervención meramente estética, de embellecimiento, que no está provista de cobertura por el plan de salud. En un caso, la Corte de Apelaciones rechaza la acción por estar de acuerdo con la ISAPRE respecto a que la cirugía correspondió a fines de embellecimiento, lo que no está cubierto por el contrato. Sin embargo, la Corte Suprema revoca la sentencia y acoge el recurso señalando: *i.* Existen certificados médicos que

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

señalan que la hipertrofia mamaria produce problemas lumbares y con el tiempo generaría una escoliosis. Por tanto, existen antecedentes médicos que justifican la intervención (Pérez Vásquez, cdo. 7). Estos antecedentes no fueron refutados por la ISAPRE (cdo. 10). *ii.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria. Se revoca la sentencia, se acoge el recurso y se ordena a la ISAPRE concurrir al financiamiento de la cirugía. No se señala el derecho infringido, pero en el considerando 3 la Corte Suprema alude al derecho a la salud.

En el segundo caso, la Corte de Apelaciones acogió la acción: *i.* Está acreditado el problema médico que justifica la intervención: la hipertrofia mamaria está produciendo dorsalgia y escoliosis (Furman, cdo. 5). *ii.* La oposición de la ISAPRE para financiar la operación y su postura de que se trata de cirugía meramente estética no se funda en ningún antecedente (cdo. 6). *iii.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria e ilegal y vulnera el derecho de propiedad (cdo. 7). Se ordena bonificar las prestaciones.

4. Hay dos casos de cirugía bariátrica por obesidad. La ISAPRE se opone a financiar las operaciones señalando que no están cubiertas por el plan de salud o corresponden a una enfermedad preexistente. En el primer caso, la Corte acoge la posición de la ISAPRE relativa a que, según el contrato, la operación se puede financiar si corresponde a una obesidad mórbida, que se acredita con un cierto índice de masa corporal (IMC), lo que no se ha producido en el caso de la recurrente. Por tanto, la paciente no tiene el derecho a ser reembolsada (Fenner, cdo. 4). La Corte agrega que discutir las cláusulas del contrato excede el objeto del recurso, que es especialísimo y urgente, destinado a proteger un derecho claro e indubitado (cdo. 4). Se rechaza el recurso.

En el segundo caso, la ISAPRE se negaba a financiar el *bypass* gástrico por estimar que la obesidad era una patología preexistente. La Corte acoge el recurso, sosteniendo: *i.* No está acreditado por antecedentes médicos que la obesidad haya sido diagnosticada de manera formal antes de suscribir el contrato de salud (Serrano, cdos. 3 y 9). *ii.* Las alegaciones de la ISAPRE sobre el IMC no están sustentadas en ningún documento oficial agregado a los autos (cdo. 8). *iii.* La conducta de la ISAPRE afecta las garantías del artículo 19, numeral 1, derecho a la vida e integri-

RODOLFO FIGUEROA G.

dad física y psíquica (cdo. 10). Se ordena a la ISAPRE cubrir las prestaciones efectuadas. Además, debe eliminar la calificación de “preexistencia no declarada” de la obesidad y dejar sin efecto las exclusiones referentes a ella.

CUADRO 2. Resumen de casos contra ISAPRES.³

Caso	Decisión	Derecho ^a	Corte	Detalle
Soto	A	24	Valdivia, 2012	No hay fallo de CS
Paredes	A	9 y 24	Santiago, 2012	No hay fallo de CS
Leverone	R ^b	n/a	Santiago, 2010	No hay fallo de CS
Bahamonde	A	9 y 24	Santiago, 2010	1 voto disidente. No hay fallo de CS
Pérez Vásquez	A	9	CS, 2013	R en apelaciones. No hay fallo de CS
Furman	A	24	Santiago, 2009	No hay fallo de CS.
Fenner	R	n/a	Santiago, 2011	No hay fallo de CS
Serrano	A	1	Santiago, 2010	No hay fallo de CS

^a Derecho: numeral del artículo 19 de la Constitución por el cual fue acogido el recurso.

^b No debería contar como un caso en contra del paciente, porque no lo perjudica.

2.1.2. Casos contra FONASA

Se examinarán seis casos, todos diferentes entre sí.

1. El señor Contreras recurre contra el Hospital Regional de Concepción, el Servicio de Salud de Concepción, la Secretaría Regional Ministerial de Salud y el Ministerio de Salud, en defensa de su cónyuge, la señora Ruiz. Ella sufrió una trombosis mesentérica masiva, que llevó a una resección de intestino delgado casi completo y colon derecho. Lleva dos años con el estómago abierto, alimentándose por sonda. El médico tratante señala que el

³ El caso *Fenner* no es contra una ISAPRE, sino contra una empresa de seguros de vida.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

hospital no tiene más recursos para tratarla, pero ha conversado con un médico de la Clínica Las Condes, el único que ha hecho trasplante de intestino, quien vio los informes médicos y sugirió se hiciera una evaluación de la paciente en su clínica para posible trasplante. El ministro de Salud informa que la paciente fue trasladada al Hospital Clínico de la Universidad Católica, donde constataron que no cumple los requisitos para ser trasplantada, pero se puede evaluar otra cirugía, de altísimo costo. El Ministerio está evaluando si es posible conseguir los recursos. El hospital de Concepción responde que su equipo médico recomienda otro tipo de operación, que puede realizarse en el mismo hospital, pero el esposo de la paciente se ha negado. Agrega que no constan documentos formales que señalen que el trasplante intestinal es indispensable para salvar su vida. La Corte acoge el recurso: *i*.

la paciente “[...] ha vivido durante más de dos años en un hospital [...] se le han practicado múltiples resecciones intestinales y aseos quirúrgicos, quedando actualmente con un síndrome de intestino corto complicado con una fístula intestinal; el hospital no está en condiciones de efectuar un transplante de intestino que solucione el grave problema de salud de la paciente; no se le ha enviado a un centro adecuado para un tratamiento curativo o al menos que le permita vivir en otras condiciones humanas, fuera de un hospital” (Ruiz, cdo. 8).

ii. La acción interpuesta se relaciona con el derecho a la vida e integridad física y psíquica, entendiendo por vida una vivencia con dignidad; no “[...] subsistencia en la miseria o menesterosidad, en el miedo o en el riesgo.” (cdo. 8). *iii*. Existen antecedentes médicos que apoyan la idea de que la paciente sea evaluada en otra institución para un posible trasplante. Sin embargo, eso no se ha hecho y la paciente persiste en el hospital sin más tratamiento que curación de heridas y alimentación (cdo. 16). *iv*. Esto ha producido una vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica,

[...] pues se le está negando la posibilidad de ser evaluada para un transplante de intestino o de otra intervención quirúrgica que mejore su situación de salud actual, deteniendo o paliando el progresivo deterioro de su salud o, al menos, tomar las medidas quirúrgicas que le permitan vivir de mejor forma fuera de un hospital (cdo. 17).

RODOLFO FIGUEROA G.

v. No puede aducirse falta de recursos por el terremoto (cdo. 18). vi. Tratándose del derecho a la vida, el Estado no puede soslayar su responsabilidad en atención al artículo 1 de la Constitución, el artículo 19.1, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cdo. 18). Se acoge el recurso y se ordena que la paciente sea trasladada

[...] a la Clínica Las Condes a fin de ser evaluada para la posibilidad de un transplante de intestino o de otra intervención que se estime pertinente para mejorar su situación de salud actual, y de realizarlas de ser médicamente posibles, todo ello con el debido consentimiento de la paciente o de quien la represente y siempre que sus condiciones de salud actuales permitan hacerlo, debiendo tomar todas las precauciones necesarias para que el traslado se efectúe en condiciones seguras para su salud. El financiamiento que ello implique será de cargo de los Servicios del Estado encargados del cumplimiento de la ya citada disposición constitucional que garantiza el derecho a la vida [...] (parte resolutive).

Esta sentencia es apelada y la Corte Suprema revoca la decisión, señalando: *i.* No es posible exigir coercitivamente al sistema público la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones para una determinada enfermedad. Esto tiene que ver con políticas públicas de salud, que son definidas por las autoridades del ramo (Ruiz, cdo. 8). *ii.* Se ha brindado a la actora todas las prestaciones que hasta la fecha se han estimado necesarias (cdo. 9). *iii.* No corresponde a la Corte determinar si los procedimientos adicionales que reclama la recurrente se deben proporcionar (cdo. 11).

2. Otro caso corresponde a un paciente con mieloma múltiple que recurre en contra de Codelco Chile División Andina. La recurrida ha aceptado cubrir varios procedimientos médicos, pero estos se han retrasado por exigencias administrativas y de exámenes médicos solicitados por la recurrida. La Corte estima que, atendiendo a la gravedad de la enfermedad, no son aceptables las explicaciones de la recurrida de retrasar los procedimientos (Lobos, cdo. 9). Estas dilaciones ponen en peligro la vida e integridad física y psíquica del paciente (cdo. 10). Se acoge el recurso y se ordena a Codelco adoptar todas las medidas tendentes a ase-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

gurar aportes económicos para el tratamiento médico, con celeridad, y evitar incurrir en acciones dilatorias innecesarias que lo entorpezcan.

3. Otro caso corresponde a una menor que fue atendida de urgencia en el Hospital Clínico de la Universidad Chile por una apendicitis. Durante la intervención, la menor sufrió un paro cardiorrespiratorio y falta de oxígeno, que le produjo severas secuelas: trastorno cognitivo conductual, trastorno del habla, tetraparesia mixta y trastorno del ánimo adaptativo. Se inició un sumario administrativo para determinar una eventual negligencia médica del anestesista, que se ha extendido por más de un año y medio. El hospital cubrió los remedios y tratamientos por cierto tiempo y luego los suspendió, cuando se dio de alta a la paciente, alegando que eran muy costosos y recordando que siempre se dijo que se entregarían por tiempo limitado. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso.⁴ Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia, acogiendo el recurso y señalando: *i.* Las razones del hospital indicadas en carta dirigida a la recurrente —económicas— no condicen con el informe médico (Ojeda, cdo. 5). *ii.* Los médicos no han ordenado cambiar procedimientos o remedios, sino evaluar hacerlo, pero el hospital los cambió de todos modos. *iii.* El hospital adquirió el compromiso de tratamiento y remedios gratuitos para la primera etapa. No se encuentra demostrado que haya terminado esa etapa. La recurrida creó una situación de hecho —la de brindar tratamiento a la menor— que ahora desconoce y tampoco invoca razones médicas para suspender el tratamiento (cdo. 8). *iv.* Es importante y gravitante que exista un sumario por un año y medio sin determinar aún las responsabilidades médicas (cdo. 7). El hospital no ha cumplido con su obligación de determinar la responsabilidad interna. Esto justifica mantener el tratamiento y los remedios gratuitos (cdo. 8). *v.* Se vulnera el derecho a la vida y la integridad física y psíquica. Se revoca la sentencia de apelaciones y se acoge el recurso. Se ordena entregar los beneficios que se necesitan, sin costo, hasta que se determinen las responsabilidades por las secuelas de la menor.

⁴ No se dispone de esa sentencia.

RODOLFO FIGUEROA G.

4. En este caso, el recurrente padece una afección respiratoria vinculada a silicosis que le produjo su trabajo en Codelco Chile División el Teniente. La empresa se niega a otorgar atención médica hospitalaria y remedios de manera gratuita al extrabajador, alegando que su dolencia corresponde a otra enfermedad respiratoria no vinculada a la silicosis. Por ello, la empresa no hizo efectivo el seguro de accidentes y enfermedades profesionales. La Corte de Apelaciones acoge el recurso: *i*. Es evidente que la silicosis y el derrame pleural son enfermedades relacionadas y, por tanto, es ilógico e imprudente no entregar la atención médica.⁵ *ii*. La vida, incluyendo la vida digna, es el presupuesto a todo derecho (Bustos, cdo. 8). Haber derivado al paciente al sistema público fue arbitrario porque el hospital que le correspondía tiene más y mejores recursos (cdo. 8). Se ordena a la recurrida otorgar las acciones médicas y hospitalarias que sean necesarias, conforme a la ley 16.744.

5. En este caso, una menor padece miopatía congénita central core y está siendo tratada en su casa con cargo al Servicio de Salud Metropolitano Sur. Este servicio, por el alto costo del tratamiento, sugiere incorporar a la paciente al procedimiento denominado Asistencia Ventilatoria Invasiva (AVI). Esto implica un traslado de la menor. Su padre tiene dudas sobre si recibirá los tratamientos que necesita y si habrá financiamiento. La Corte acoge el recurso y declara: *i*. Si bien el artículo 19, numeral 9 no está protegido, no es posible desentenderse de su existencia.⁶ *ii*.

⁵ “Que resulta evidente que ambas enfermedades se encuentran necesariamente vinculadas, cuyos síntomas son iguales o muy parecidos, por lo que, es absolutamente ilógica e imprudente la conducta desplegada por la recurrida, al no entregar la atención médica y hospitalaria que el paciente reclamaba, más aún cuando el órgano vital afectado es el mismo y se compromete seriamente la capacidad de respirar, por lo cual, se debe concluir que el actuar de la recurrida fue arbitrario” (Bustos, cdo. 7, véanse también cdos. 5 y 6).

⁶ “Que a su turno el artículo 19 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas, en su número 1º: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la personas; y en su número 9º: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Que si bien, esta última garantía, del número 9º en la parte transcrita, no se encuentra amparada por el recurso de protección

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

La postulación de la menor al programa AVI es arbitraria e ilegal, pues el programa no es proporcionado las 24 horas y no está todo financiado. La falta de asistencia implica un grave peligro a la vida de la menor. Se vulnera el derecho a la vida (Espinoza, cdo. 8). *iii*. El AVI no reúne las mismas características que el tratamiento que actualmente está recibiendo la menor (cdo. 9). Se ordena que el Servicio de Salud continúe prestando cobertura a la hospitalización domiciliaria de la menor y proporcionando todos los insumos que requiera.

6. En este caso, el señor Parra recurre en contra del Hospital Carlos Van Buren y del Ministerio de Salud, por haberse negado a realizar y financiar intervenciones quirúrgicas destinadas a cambiarse de sexo.⁷ El costo de estas intervenciones no se encuentra cubierto por FONASA, pues en Chile no existe una política pública sanitaria para realizar intervenciones quirúrgicas para personas transexuales. Estas operaciones se pueden realizar en el sector privado, pero son muy caras. Por ahora, el recurrente continúa bajo terapia hormonal. El recurrente acudió al hospital e inició los trámites para someterse a la operación. Un facultativo ordenó se abriera una ficha clínica a nombre del paciente y se practicaron los exámenes preoperatorios. Sin embargo, la operación no se concretó porque hubo un cambio de autoridad sanitaria en la región. La nueva autoridad es contraria a realizar este tipo de intervenciones quirúrgicas. Esta interrupción de los proce-

según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia” (Espinoza, cdo. 5).

⁷ El recurrente sufre de una condición médica denominada “disforia de género” o transexualismo, que consiste en que su psiquis corresponde a un sexo distinto del biológico que tiene por nacimiento. Desde hace 15 años ha estado sometido a tratamiento hormonal sustitutivo, con hormonas feminizantes y antiandrógenos. En virtud de ello, su apariencia externa es femenina, pero su sexo es masculino y su identidad legal también. Esta contradicción le impide llevar una vida normal; no puede acceder a fuentes laborales ni educacionales, lo que le causa enorme sufrimiento. No es factible cambiar su identidad legal, pues los jueces no lo aceptan sin que se produzca un cambio físico de sexo. El tratamiento médico que requiere tiene por finalidad armonizar su cuerpo con su real psiquis. Esto incluye “cirugía de prótesis de caderas, prótesis mamarias y reconstrucción genital o genitoplastia feminizante” (Parra, vistos).

RODOLFO FIGUEROA G.

dimientos agravó su situación, causándole cuadros de angustia, aflicción, gran menoscabo e incertidumbre sobre su vida futura.

El hospital responde pidiendo el rechazo del recurso porque el derecho a la salud no está cubierto por la acción de protección. Agrega que la prestación solicitada no dispone de cobertura en el Servicio Nacional de Salud. Con todo, indica que la dirección del servicio de salud de Valparaíso-San Antonio ha establecido que las intervenciones quirúrgicas de genitoplastía feminizante deben efectuarse en horarios diferidos distintos de los habituales, debido a que no están incluidas en el plan de atención del sistema público y, por ello, no son prioritarias; además, se deben ejecutar con autorización previa del Ministerio de Salud y del Servicio de Salud de Valparaíso, quienes aún no se han pronunciado. El Servicio de Salud de Valparaíso informa el recurso, indicando que las intervenciones de genitoplastía feminizante se han realizado en el hospital desde los años ochenta como casos particulares, “no registrándose en el contexto de prestaciones públicas”. Añade que no existe una autorización expresa en el servicio respecto de estas intervenciones, sino una “aceptación tácita”. En consecuencia, no se encuentran oficialmente ni permitidas ni prohibidas en el hospital.

La ministra de Salud informa el recurso, indicando que no existe programa nacional de intervención quirúrgica para pacientes transexuales; ni programa nacional o terapia hormonal con fines transexuales, ni programa o protocolo de atención psiquiátrica o psicológica especializada en transexualismo.

El jefe de Urología del hospital señala que se efectúan genitoplastías feminizantes para pacientes transexuales desde 1977, en el sector privado y en el sector público. Entre 2000 y 2004 se operaron 35 pacientes en la modalidad pública. No existe codificación de FONASA para esta operación. Hay una resolución favorable del Comité de Ética para realizarlas y autorizaciones verbales de los directores del hospital de los periodos correspondientes. Añade que nunca ha existido respaldo escrito de las autoridades superiores del Servicio de Salud. Explica que la directora del Servicio de Salud de Valparaíso-San Antonio suspendió esta cirugía como prestación del Servicio Público desde abril de 2005.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

El Colegio Médico informa el recurso, indicando que en el hospital Van Buren se realiza cirugía genitoplastia feminizante desde 1977 bajo el régimen institucional, habiendo más de 100 pacientes a la fecha; y durante los últimos años cada caso se gestiona de manera individual ante la dirección del hospital, por no tratarse de una enfermedad prioritaria.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso señalando: *i*. El derecho a la salud, salvo en cuanto a elegir el sistema de salud, no está cubierto por la acción de protección, de modo que no es posible aceptar que se vulnera ese derecho. Además, esto es necesario para no hacer colapsar el sistema (Parra, cdo. 3). *ii*. El sistema público de salud no cubre el tratamiento solicitado (cdo. 8). Sin embargo, la operación solicitada se viene realizando en el hospital desde hace más de 30 años. Este contexto es el que se tomará en cuenta para analizar la negativa del hospital (cdo. 8). *iii*. Han existido diversos criterios respecto de la procedencia de esta operación, tanto por parte del hospital como de la autoridad del Servicio de Salud, dependiendo de la apreciación de la persona que ejerza el cargo (cdo. 8). *iv*. El problema que sufre el recurrente es generado por la diversa apreciación de la situación por parte de las autoridades que han tenido que enfrentarse a esta petición. Esto no es aceptable (cdo. 9). *v*. Si en otras oportunidades la inexistencia de cobertura de la operación en el sistema público no ha sido obstáculo para realizarla, “[...] algunas de las circunstancias que se tomaron en cuenta para ello, deben necesariamente coincidir con las ideas y principios que presiden este recurso, en cuanto a la garantía ya mencionada” (cdo. 9) (se refiere al derecho a la vida e integridad física y psíquica, cdo. 4). *vi*. La negativa de las autoridades de salud contradice políticas adoptadas en otras oportunidades. Ello impide considerar esa negativa como ajustada a derecho (cdo. 10). *vii*. No es aceptable emplear como excusa para no realizar la operación la inexistencia del programa en el sistema público.⁸ *viii*. No es aceptable, tampoco, que el asunto siga pendiente y no esté resuelto por la auto-

⁸ “[...] tampoco puede escudarse un Servicio de la no existencia de un programa para negar una determinada prestación, pues esta última debe ser analizada en su mérito, esto es, su gravedad y trascendencia y también su relación con la garantía constitucional que se dice conculcada...” (cdo. 11).

RODOLFO FIGUEROA G.

ridad sanitaria, después de tanto tiempo (cdo. 11). *ix.* Se vulnera el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, al impedirse concluir el proceso de identidad sexual. También se verifica una discriminación arbitraria.⁹ *x.* Se resuelve en concordancia con un caso análogo ya visto por esta Corte (cdo. 13). Se acoge el recurso por la garantía del numeral 1 del artículo 19, y se ordena proporcionar la operación al paciente, bajo ciertas condiciones.¹⁰

La Corte Suprema revoca la decisión y rechaza el recurso con el siguiente razonamiento: *i.* El recurso de protección es una acción cautelar destinada a proteger derechos preexistentes (Corte Suprema, cdo. 1). *ii.* El DFL 1 del Ministerio de Salud regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un sistema de prestaciones de salud. Esas prestaciones deben ser determinadas mediante programa elaborado por el Ministerio de Salud (cdo. 4). *iii.* El problema planteado en este caso es un problema de salud pública cuyas políticas deben ser elaboradas y aplicadas por las autoridades pertinentes.¹¹ *iv.* La intervención solicitada no se encuentra prevista en el régimen de las

⁹ “[...] existe una vulneración al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del recurrente, pues se le está negando la posibilidad de una intervención que viene a completar un proceso de identidad sexual de carácter irreversible, no siendo suficientes las explicaciones dadas por los recurridos, pues no se advierte de qué forma podrían dar cumplimiento a sus fines legales y constitucionales sosteniendo dicha negativa, ante la constatación de que en otros casos iguales o similares han actuado de otra forma, lo cual además importa un trato discriminatorio e injusto [...]” (cdo. 12).

¹⁰ “[...] los recurridos deberán proporcionar al recurrente la operación que individualiza, en la medida que el recurrente cuente con las condiciones físicas y psíquicas necesarias para este tipo de intervenciones, de acuerdo a los parámetros, modalidades y especificaciones médicas que los recurridos deberán establecer y determinar, no dándose lugar al resto de las peticiones planteadas en el petitorio, por ser ello improcedente [...]” (parte resolutive del fallo).

¹¹ “[...] el planteado en estos autos corresponde precisamente a un problema de salud pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello” (cdo. 5).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

GES, instituido por la ley 19.966. Por tanto, no estando regulada ni prevista la prestación, no es exigible a los recurridos. En consecuencia, el rechazo por parte de las autoridades recurridas a la petición formulada por el actor no es arbitrario ni ilegal, sino que se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico sanitario (cdo. 6). v. Tampoco se ha acreditado la vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica (cdo. 8). Se revoca la sentencia y se rechaza el recurso.

CUADRO 3. Resumen de casos contra FONASA.¹²

Caso	Decisión	Derecho	Corte	Detalle
Ruiz	R	n/a	CS, 2010	CA Concepción había acogido
Lobos	A	1	Valparaíso, 2012	No hay fallo de CS
Ojeda	A	1	CS, 2012	CA había rechazado
Bustos	A	1 y dignidad	Rancagua, 2014	No hay fallo de CS
Espinoza	A	1, 9	San Miguel, 2014	No hay fallo de CS
Parra	R	n/a	CS, 2008	CA había acogido

2.2. Casos de negativa a financiar implantes, dispositivos o prótesis

En esta categoría se encuentran cuatro casos, todos en contra de ISAPRES.

1. Se recurre en contra de la ISAPRE CONSALUD por haberse negado a cubrir la “instalación y retiro del catéter Peritoneodiálisis”, por no tener código en arancel. La ISAPRE señala que la discusión versa sobre una materia de lato conocimiento; que el contrato no obliga a reembolsar gastos que no están codificados en el arancel aplicable y la CAEC también excluye las prestaciones no codificadas. La Superintendencia de Salud informa que

¹² Los casos *Lobos* y *Bustos* son contra CODELCO.

RODOLFO FIGUEROA G.

en el arancel de CONSALUD no aparece la instalación y retiro de un catéter peritoneodiálisis; que tampoco aparece en el listado obligatorio de FONASA, que incluye la peritoneodiálisis con insumos y la peritoneodiálisis continua; y que no se ha codificado la instalación y retiro del catéter relacionado con tal prestación. Finalmente, la Superintendencia no ha ordenado homologar la instalación o retiro del dispositivo respecto de ninguna otra prestación de salud que sí esté arancelada.

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso: *i.* La Corte es competente para analizar la ley aplicable y su interpretación, debido a que está involucrado un contrato que debe cumplir con la ley y, en caso de no ser así, se podría estar conculcando una garantía constitucional protegida (López, cdo. 1). *ii.* La prestación médica realizada no está contemplada en el arancel y, por ende, la ISAPRE no está obligada a otorgar cobertura para ella (cdo. 7). *iii.* Al haberse ajustado al contrato y a la ley, la ISAPRE no ha obrado de manera arbitraria (cdo. 7). La sentencia es apelada ante la Corte Suprema, que elimina los cdos. 6, 7 y 8, y acoge el recurso, razonando del siguiente modo: *i.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria: no es razonable que estando obligada a cubrir la enfermedad de la menor, no cubra una prestación que era indispensable para tratar esa enfermedad (Corte Suprema, cdo. 7). *ii.* La arbitrariedad también está dada por el hecho de que la prestación que sí está cubierta por el contrato, peritoneodiálisis con insumos, es evidentemente equivalente a la que se practicó, catéter peritoneodiálisis (cdo. 8). *iii.* El acto denunciado infringe la garantía del artículo 19, numeral 24, pues se ha impuesto al actor pagar una suma de dinero sin que exista fundamento para ello (cdo. 9). *iv.* La referida conducta implica una política que afecta el derecho a la vida e integridad física y psíquica.¹³ Se revoca el fallo apelado, se acoge el recurso de protección y se ordena a la ISAPRE otorgar la cobertura adicional solicitada. Hay voto disidente de la ministra Araneda. En su opinión, la cobertura solicitada no está exigida por la ley ni por el contrato, de modo que

¹³ “[...] no obstante que ya ha sido proporcionada la referida prestación médica, la referida negativa afecta también de manera arbitraria el derecho a la vida e integridad física y psíquica [...] porque es evidente que la política de la ISAPRE [...] de traspasar indebidamente este tipo de costos, inhibe a los beneficiarios para solicitar esta clase de prestaciones médicas” (cdo. 9).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

la ISAPRE no ha actuado contra derecho. Añade que si esto puede provocar una injusticia, bajo ningún aspecto es arbitrario ni ilegal (cdo. 8).

2. Hay dos casos relativos a la instalación de un implante coclear por sordera. Las ISAPRES se niegan a financiar la instalación y el dispositivo porque no tiene codificación de arancel FONASA y la Superintendencia de Salud no ha homologado el dispositivo. Ambos casos se acogieron. En uno de ellos, la Corte analiza algunos procedimientos parecidos¹⁴ y estima que son similares al que necesitaba el paciente, de modo que la Superintendencia debió homologarlos. Por ende, es arbitrario no haberlos homologado (Donoso, cdo. 9). En el otro caso, la Superintendencia homologó los procedimientos pero no el implante. La Corte Suprema confirma la resolución de la Corte de Apelaciones: *i*. La instalación del implante está justificada, pues no había otra alternativa (J.O.Q.N. Corte Suprema, cdo. 4). *ii*. La Superintendencia debió homologar, pues existe algo parecido, la craneoplastía con prótesis (cdo. 5). *iii*. No es razonable que se financie y homologue el procedimiento pero no el dispositivo que el procedimiento requiere y soluciona el problema de salud (cdo. 6). Al hacer esto, la Superintendencia actúa de manera arbitraria (cdo. 6). Esto atenta contra un principio básico en materia de salud: propender a la protección, recuperación de la salud y rehabilitación del enfermo. Se conculca la integridad física y la propiedad (cdo. 6). Se ordena a la Superintendencia que homologue y a la ISAPRE que cubra el dispositivo.

3. Existe un caso en que se recurre en contra de la ISAPRE Colmena por haberse negado a bonificar un marcapasos. La ISAPRE señala que a la recurrente se le instaló un dispositivo denominado desfibrilador automático, que no está cubierto por su plan de salud ni por GES, a diferencia de un marcapasos cardiaco que sí lo está. Añade que ambos dispositivos no son análogos, según un glosario cardiovascular del Instituto del Corazón de Texas y la opinión concordante de la Sociedad Chilena de Cardiología y Cardiocirugía. Además, no hay antecedentes suficientes para

¹⁴ Mastoidectomía, cocleostomía, estapedectomía o estapedoplastía (Donoso, cdo. 7).

RODOLFO FIGUEROA G.

estimar que la patología de la paciente deba ser tratada con el referido dispositivo. La Corte acoge el recurso: *i.* El derecho a la vida es el más esencial de los derechos (Celis, cdo. 4). *ii.* El Estado tiene el deber de adoptar “[...] acciones positivas para impedir que el libre arbitrio de un individuo violento el arbitrio de otro” (cdo. 4). *iii.* La negativa de la ISAPRE constituye una medida fáctica arbitraria y tanto más “[...] si se tiene en cuenta que con el objeto de salvar su vida y apremiada por su enfermedad, la paciente debió recurrir a su círculo más cercano para garantizar el tratamiento adecuado a su dolencia” (cdo. 5). *iv.* Esa conducta pone en peligro la vida de la recurrente, “[...] por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular [...]” (cdo. 5). *v.* Ambos tipos de marcapasos son homologables, según ha decretado la Superintendencia de Salud —avalada por el Comité de Arritmias de la Sociedad Chilena de Cardiología—, cuya decisión, que fue impugnada, fue confirmada por sentencia ejecutoriada (cdo. 5). Se ordena a la ISAPRE a otorgar cobertura a la solicitud de la paciente. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema. Hay un voto disidente del abogado Nelson Pozo. Su voto se inclinó por rechazar el recurso porque, en su opinión, en este caso se está solicitando la declaración de un derecho a partir de una cierta interpretación de normas legales, como también la determinación de circunstancias fácticas. Ambas cosas corresponderían a un juicio de *lato* conocimiento y no a una acción de carácter cautelar (cdo. 6).

CUADRO 4. Resumen de casos contra ISAPRES.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
López	A	1, 24	CS, 2008.	1 voto disidente en CS. CA rechazó.
Donoso	A	24	Santiago, 2010.	No hay fallo de CS.
J.O.Q.N.	A	1, 24	Santiago. 2011.	Confirmado por CS.
Celis	A	1	Santiago, 2007.	Confirmado CS. 1 voto disidente en apelaciones.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2.3. Negativas a financiar hospitalizaciones domiciliarias

Existen cuatro casos contra ISAPRES que se niegan a financiar hospitalizaciones domiciliarias mediante la CAEC. En todos los casos, los pacientes estaban recibiendo esa atención, cubierta por la ISAPRE —por mera liberalidad, se dice en algunos de ellos—, pero en algún momento la ISAPRE notifica al titular que se suspende el servicio. La mayoría de ellos corresponde a situaciones graves.¹⁵

En un caso (*Díaz*) se dice que la CAEC se suspende porque el paciente es irrecuperable; además porque la CAEC solo puede operar por un periodo que ya está excedido. En otros tres casos, las ISAPRES quieren sustituir la hospitalización domiciliaria —tratamiento muy costoso— por otro denominado “cuidados de enfermería”, añadiendo que es el indicado y que, lamentablemente, no está cubierto por el plan de salud. Los cuatro recursos son acogidos por las cortes. En uno de ellos, la Corte señala que el paciente requiere la hospitalización domiciliaria y no los cuidados de enfermería porque su situación es de riesgo vital (Piccione, cdo. 8, 9, 12). La Corte añade que la ISAPRE pretende hacer el cambio de procedimiento solo para no cubrir los cuidados de enfermería y eludir sus responsabilidades (cdo. 12). Se acoge el recurso por propiedad.

En los otros dos casos, la Corte cita informes médicos según los cuales el tratamiento indicado es la hospitalización domiciliaria y no los cuidados de enfermería (Cantuarias, cdo. 3; Nakagawa, cdo. 4). Una Corte precisa que la hospitalización domiciliaria es indispensable para la vida, integridad física y salud del paciente (Cantuarias, cdo. 5). En este caso, el hijo había firmado un documento de la ISAPRE autorizando el cambio de régimen cuando su padre fue retirado del hospital. La Corte indica que ese documento firmado por el hijo carece de toda relevancia porque fue firmado en situación límite, fuertemente afectado en lo emocional y eso no puede relevar a la ISAPRE de cumplir sus obliga-

¹⁵ Por ejemplo, accidente vascular embólico, Tec severo, estado vegetal, síndrome hipotónico con distrés respiratorio y apneas.

RODOLFO FIGUEROA G.

ciones (Cantuarias, cdo. 5). Acoge el recurso por los numerales 1 y 24. En otro caso, la Corte argumenta que si la ISAPRE desea sustituir un procedimiento por otro, debería justificarlo, cosa que no hace (Nakagawa, cdo. 7) y no puede la Corte desautorizar procedimientos prescritos por los médicos (cdo. 8). Se acoge el recurso por propiedad.

En un caso, la ISAPRE indica que el prestador no es de la red y por eso no aplica CAEC. La Corte rechaza ese argumento porque la misma ISAPRE había prescindido de esa formalidad al principio (Cantuarias, cdo. 5). En todos los casos, se ordena a las ISAPRES pagar el costo de la hospitalización domiciliaria, aplicando CAEC. Sin embargo, en un caso, la Corte Suprema al confirmar, indica que se debe financiar la prestación solo hasta el periodo indicado por los médicos (Nakagawa, Corte Suprema, cdo. 5). En otro caso, la Corte de Apelaciones precisa con exactitud todas las prestaciones que deben efectuarse.¹⁶ Cabe terminar indicando que los casos fueron confirmados por la Corte Suprema.

CUADRO 5. Resumen de casos contra ISAPRES.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Díaz	A	1	Temuco, 2007.	No hay fallo de la CS.
Piccione	A	24	Santiago, 2010.	CS confirma.
Nakagawa	A	24	Santiago. 2008.	CS confirma.
Cantuarias	A	1, 24	Santiago, 2008.	CS confirma.

2.4. Negativas a financiar o cubrir medicamentos

Existen varios casos de negativas a financiar o cubrir medicamentos, de parte de ISAPRES y del sistema público.

¹⁶ “[...] personal auxiliar las 24 horas, más dos visitas semanales, catre clínico, colchón antiescaras, bomba de alimentación, equipo de administración de oxígeno, monitor de saturometría, sillón de rueda, sesión de kinesioterapia y sesión de fonoaudiología, prestaciones de salud sin las cuales se encuentra en peligro su vida [...]” (Piccione, parte resolutive).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2.4.1. Casos contra ISAPRES

Se revisaron ocho casos: tres por Herceptin, uno por Sutent, uno por insulina tipo Lantus, uno por Copaxane, uno por Humira y uno por Lenalinomida. Todos los casos fueron ganados. En la mayoría de los casos se trata de enfermos que padecen una enfermedad grave, como cáncer o esclerosis múltiple, y la ISAPRE se niega a proporcionar CAEC para financiar o cubrir un medicamento que ha sido recetado por el médico tratante. En algunos de estos, el argumento de la ISAPRE es que el remedio no se encuentra dentro de las GES o dentro de la CEAC, o no está cubierto por el contrato. En un caso, el remedio no está expresamente excluido del contrato pero la ISAPRE modifica unilateralmente el contrato para excluir de la CEAC lo que está cubierto por GES —y el remedio en cuestión no lo está—, pero la afiliada no firma esa modificación.

En otro caso, el contrato no cubre el remedio pero la ISAPRE lo proporcionó al paciente por mera liberalidad por un tiempo de dos años, transcurrido el cual interrumpió su entrega al afiliado. En otro caso, se discute si el Sutent es droga citotóxica porque de eso dependerá que esté cubierta por el contrato. En un par de casos se señala que no se dará cobertura porque el remedio es para un tratamiento ambulatorio y eso no está cubierto por el contrato. Finalmente, en un caso se determina que el contrato sí cubre el remedio en cuestión. Se presentarán solo los argumentos más relevantes de las cortes:

i. Las ISAPRES prestan un servicio público, de modo que el contrato de salud reviste un carácter especialísimo, destinado a velar por el cumplimiento de los fines sociales que justifican la salud privada y el respeto a los derechos fundamentales, como los numerales 1 y 9 del artículo 19.¹⁷ ii. El Estado tiene el deber de

¹⁷ “[...] debe tenerse presente que las ISAPRES prestan un servicio de salud a la comunidad, por encargo del Estado que le ha entregado una función que es pública y en la cual tiene interés toda la sociedad, por manera que el vínculo jurídico contractual que une a la institución de salud con su afiliado, reviste un carácter especialísimo en que el lucro comercial no constituye por sí solo el único propósito de la empresa, sino que también debe velar por que se cumplan los fines que han llevado al Estado a permitir que una so-

RODOLFO FIGUEROA G.

velar por los derechos fundamentales. La Corte cita los artículos 6 y 5 de la Constitución para aludir a la supremacía constitucional y al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los cuales ocupan un lugar preeminente el derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud. Junto con ello, la Corte cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige asegurar “[...] a toda persona la plena efectividad de disfrute del más alto nivel posible de salud, entre ellas, la creación de condiciones relativas a la asistencia médica y a los servicios de esa índole, en caso de enfermedad”. Además, la Corte cita la ley 18.469, que regula el ejercicio del derecho a la protección de la salud, señalando que este comprende las acciones de recuperación de la salud y las destinadas a la rehabilitación del individuo (Monsalves, cdo. 7). *iii.* El contenido del contrato debe determinarse a la luz de la legislación antes citada, de los deberes del Estado en salud y de la función social de las ISAPRES, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales a la vida, integridad física y protección de la salud. Esto es efectivo independientemente de si “[...] la normativa reglamentaria contempla o no el medicamento en cuestión, porque lo que está en juego es la sobrevida de la paciente, y ese medicamento le permitirá sobrellevar su cáncer con dignidad y mejores condiciones de vida” (cdo. 9). *iv.* En un caso en que el remedio no estaba cubierto por el contrato y la ISAPRE lo proporcionaba por mera liberalidad, la Corte determina que suspender la entrega que se estaba realizando por dos años es arbitrario (Cortes, cdo. 4). La entrega del medicamento se encontraba en el patrimonio de la recurrente (cdo. 4). Suspender la entrega constituye una alteración de “[...] una situación jurídica de hecho [...]”, que es arbitraria, “[...] porque se ha inspirado en el mero capricho de quien adoptó tal decisión[...]” (cdo. 5). *v.* Solo un caso fue rechazado por la Corte de Apelaciones, pero la Corte Suprema revocó la sentencia y acogió el recurso. En este

ciudad privada otorgue beneficios propios del sistema de salud previsional, siempre sin olvidar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N° 1 y 9, vale decir, el derecho a la vida e integridad física y el derecho de protección a la salud, resaltando los perentorios términos y contenido de esta última disposición constitucional” (Monsalves, cdo. 7).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

caso no está del todo claro si corresponde financiar el remedio por contrato. La ISAPRE se inclina por la negativa, porque no está cubierto por GES. La Corte Suprema declara que el sistema GES debe entenderse en el sentido de que se debe financiar todo lo que sea necesario para lograr la curación de la enfermedad o, al menos, una mejoría en su calidad de vida y expectativas de sobrevivencia.¹⁸

En otro caso, la enfermedad —artritis— estaba cubierta por el plan, pero no el remedio —Humira— porque es ambulatorio. La Corte señala que la enfermedad se encuentra cubierta por GES y dicha enfermedad requiere ese medicamento. La ISAPRE no ha dado razones sanitarias para no cubrirlo y no se entiende —dice la Corte— por qué no se debería financiar (Saieh, cdo. 6). En otro caso, la ISAPRE afirma que el Sutent no está considerado en los planes del Ministerio de Salud. Por ello no queda incluido en la CAEC y, en consecuencia, tampoco en el plan de salud del afiliado. El recurrente señala que este es un remedio nuevo, recién aprobado por la FDA en Estados Unidos y por el Ministerio de Salud en Chile. Por eso ha sido prescrito por su médico tratante. Además, este remedio ha sido validado por la directora del Instituto de Salud Pública y la Superintendencia de Salud, con informes acompañados en autos. Junto con eso, la Superintendencia informa que el referido remedio estaría afecto a la CAEC, incorporándose al contrato de salud del afiliado. Finalmente, la autoridad sanitaria estima que el Sutent es una droga citotóxica, de modo que está cubierto por el plan del afiliado. La Corte señala que los contratos y planes de salud deben interpretarse con

¹⁸ “Que de acuerdo a las normas transcritas, constituyendo el Régimen General de Garantías en Salud un instrumento de regulación sanitaria que establece prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, que incluye, además, un conjunto de Garantías Explícitas en Salud relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones de que se trata, resulta evidente que la cobertura financiera propia de dicho sistema que se ha de otorgar a la recurrente para el tratamiento de su enfermedad debe cubrir en esos términos las prestaciones que sean necesarias para lograr, en la medida que los conocimientos de la ciencia lo permitan, la curación del cáncer que le afecta, o, si ello no es posible, al menos una mejoría en su calidad de vida y en sus expectativas de sobrevivencia (Appelgren, cdo. 7).

RODOLFO FIGUEROA G.

criterios y objetivos sanitarios, independientemente de cómo los contratos se refieran a los remedios.¹⁹ La negativa de la ISAPRE a proporcionar la cobertura vulnera el “[...] derecho a la vida, a la salud (que debe entenderse comprensiva del derecho a la recuperación de la salud y la rehabilitación del individuo), y el derecho de propiedad, en relación a los derechos que emanan del contrato de salud que liga al actor con la ISAPRE recurrida” (Bravo, cdo. 8). Si con anterioridad la Superintendencia de Salud no aceptó situaciones como esta, ahora hay un cambio, producto del avance de la ciencia médica.²⁰ Cabe finalizar, indicando que no se incluyeron en este relato los casos *Appelgren*, *Pérez Espinoza*, *Muñoz* y *Ortega*,²¹ que fueron todos acogidos, porque sus argumentos están incluidos en los casos anteriores y son análogos. Sin embargo, se incorporaron en el cuadro siguiente y en el listado de fallos al final del texto (Jurisprudencia).

CUADRO 6. Resumen de casos contra ISAPRES.

Caso	Decisión	Derecho	Corte	Detalle
Monsalves	A	1, 9	Concepción, 2007.	No hay fallo de la CS.
Cortés	A	1, 24	Santiago, 2008.	No hay fallo de la CS.

¹⁹ “[...] las normas que regulan los contratos y planes de salud deben interpretarse con criterios y objetivos sanitarios, por lo que independientemente de la forma en que los contratos de salud se refieran a este tipo de medicamentos, lo relevante es que sean fármacos utilizados en el tratamiento del cáncer, es decir, fármacos antitumorales propiamente tales.” Y que “En lo que respecta a los ciclos de quimioterapia, debe entenderse que se trata de una circunstancia inclusiva y no destinada a la exclusión de cobertura, en los casos en que el medicamento se suministra fuera de estos ciclos” (Bravo, cdo. 6).

²⁰ “[...] no cabe dudas a este tribunal que ello debe entenderse en el contexto del permanente avance que experimenta la ciencia médica, materializado como en el presente caso, en el descubrimiento y aplicación de nuevas drogas destinadas a la recuperación de la salud, esto es, el completo estado de bienestar físico, psíquico y social de las personas, como ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud” (Bravo, cdo. 9).

²¹ En *Appelgren* y *Ortega* se necesita Herceptin; en *Pérez* se requiere Copaxone y en *Muñoz* se necesita Lenalinomida.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Saieh	A	2, 9, 24	Santiago, 2008.	No hay fallo de la CS.
Bravo	A	1, 9, 24	Santiago, 2007.	No hay fallo de la CS.
Appelgren	A	1	CS, 2013.	CA había rechazado.
Pérez Espinoza	A	1, 24	Santiago, 2010.	No hay fallo de la CS.
Muñoz	A	24	Santiago, 2010.	No hay fallo de la CS.
Ortega	A	1, 9	Temuco, 2010.	No hay fallo de la CS.

2.5.2. Casos contra el sistema público

Se trata de cuatro casos de pacientes que sufren cáncer; dos requieren Herceptin y dos Sutent para tratar sus enfermedades. Tres casos se acogieron y solo uno fue rechazado por la Corte Suprema.

1. En un caso, se solicitó el remedio al Instituto Nacional del Cáncer, que lo derivó hacia FONASA. Se rechaza la petición porque el remedio no se encuentra incluido en auge ni GES, de modo que solo puede obtenerse mediante el fondo de auxilio extraordinario que depende del Ministerio de Salud. Esta entidad también rechazó la solicitud. La Corte acoge el recurso. *i.* La Constitución garantiza el derecho a la salud de las personas, “[...] obligación que deben garantizar y cumplir todos los entes estatales, entre los cuales se encuentra la entidad recurrida” (Zúñiga, cdo. 1). *ii.* Se encuentra indubitada la existencia de la enfermedad (cdo. 2). *iii.* El único medicamento que actualmente puede servir es el solicitado (cdo. 2). *iv.* El recurrido debió haber utilizado el mecanismo administrativo extraordinario que permitiría cubrir el costo del medicamento. Como no lo hizo, su conducta es arbitraria e ilegal (cdo. 3). *v.* FONASA debió:

RODOLFO FIGUEROA G.

[...] haber efectuado los procedimientos necesarios para obtener el financiamiento del medicamento. Si no lo hizo así en su oportunidad, no puede ahora negar la droga indispensable para salvar la vida de la actora, bajo pretextos de tramitación administrativa o burocrática. Ningún reglamento puede empujarse por sobre la Constitución, que obliga al Estado y a sus agentes a proteger la vida y la salud de la recurrente. Luego, ahora ya no es el tiempo de procedimientos y trámites, sino de la acción inmediata y eficaz, entregando directamente a la solicitante el medicamento necesario (cdo. 4).

2. En otro caso, la paciente sufre de cáncer de riñón y fue intervenida en el Hospital San Juan de Dios. Se le recetó el remedio Sutent, pero no puede pagarlo debido a su alto costo. Se solicitó ayuda a la Unidad de Cáncer del hospital, que rechazó la solicitud. Se dirigió la petición al Fondo de Auxilio Extraordinario que concede el Ministerio de Salud, que también la rechazó porque la cobertura de enfermedades catastróficas se realiza conforme a la ley, las GES, y con los recursos humanos y físicos de que dispongan, de modo que no siempre están asequibles los medios terapéuticos necesarios para enfrentar una enfermedad. Además, el Ministerio informa que la enfermedad de la paciente es incurable (Marcell, cdo. 4). Añade que los pacientes que se encuentren en dicha condición “...deben ser tratados solo con medidas paliativas que mejoren su calidad de vida” (cdo. 4). Además de ello, señala que el remedio solicitado no sirve para curar la enfermedad.²² Su uso corresponde a etapas precoces de la enfermedad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso: *i*. La recurrente necesita el remedio para su avanzado cáncer, y proporcionarlo “[...] está dentro de las posibilidades de financiamiento a través del Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud [...]” (cdo. 5). *ii*. Este remedio ha sido negado a la paciente “[...] por estimarse que dicha enfermedad se encuentra en un alto estado de avance, pues se privilegia su administración para estados precoces” (cdo. 5). Esto vulnera el derecho a la vida de la recurrente y no es aceptable privilegiar algunos pacientes por sobre otros.²³

²² “...inhibidores de tirosina kinasa como sunitinib (sutent) no logran erradicar la enfermedad y producen solo respuestas parciales y transitorias” (cdo. 4).

²³ “[...] desde que encontrándose a disposición de las autoridades de salud los

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

Es innecesario pronunciarse sobre los demás derechos invocados (cdo. 7). *iii.* La conducta del hospital es arbitraria porque la vida humana debe protegerse mediante los esfuerzos posibles, lo que no ocurre en la especie (cdo. 6). Se ordena al recurrido a otorgar la atención médica requerida, proveyéndose de manera gratuita el remedio Sutent.

Esta sentencia es apelada y la Corte Suprema la revoca, rechazando el recurso (eliminando los cdos. 4, 5 y 6): *i.* La patología de la recurrente no se encuentra incluida en las GES, no es considerada una enfermedad catastrófica, no está contemplada en el Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas ni en el programa de prestaciones valoradas de FONASA. Por ello, el hospital solicitó ayuda al Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud (Corte Suprema, cdo. 4). *ii.* El Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud consiste en una asistencia para financiar programas o actividades indispensables; es en beneficio extraordinario y parcial en cuanto a financiamiento (cdo. 5). Por ello, cada caso se somete a un exhaustivo análisis.²⁴ *iii.* En este caso se satisfacen todas las exigencias del protocolo (cdo. 7). El Ministerio rechazó la petición porque la paciente padece una enfermedad incurable, que requiere únicamente tratamientos paliativos que mejoren su calidad de vida, pero no el Sutent, que no tiene la capacidad de curar la enfermedad o prolongar la sobrevivida (cdo. 8). Además, informes de especialistas indican que el remedio tiene efectos adversos graves, que exceden su beneficio, “[...] haciéndose desaconsejable su administración” (cdo. 11). Por otra parte, se ha informado que la paciente está siendo tratada en la Fundación López Pérez, donde está recibiendo un tratamiento adecua-

medios que contribuyan al tratamiento médico que se le prescribió, se le niegan éstos por consideraciones que no aparecen debidamente fundamentadas ni concordantes con la tutela a la vida, de por sí, indivisible, desde que no resulta posible concebir que se pueda escoger —para el otorgamiento de los remedios— entre aquellos que tienen una mayor posibilidad de éxito con el tratamiento y los que tienen menores posibilidades [...]” (cdo. 6).

²⁴ “[...] tanto en el aspecto clínico como en el socioeconómico de la paciente y su grupo familiar y se evalúa, si amerita, consultar a Comisiones de Expertos; se examina la complejidad, del problema de salud, el impacto de recuperabilidad de la persona, determinándose si procede conceder el beneficio y, en caso afirmativo, regular su monto” (cdo. 6).

RODOLFO FIGUEROA G.

do (cdo. 13). Asimismo, se ha informado que agregar Sutent al tratamiento actual no ha sido estudiado y puede ser riesgoso. Por otra parte, “[...] no existe evidencia que permita comparar ambos esquemas de tratamiento; los dos tienen aprobación internacional para el cáncer renal metastásico de riesgo bajo o intermedio [...]” (cdo. 13). iv. El derecho a la protección de la salud se protege solo en su inciso final, la libertad de elegir el sistema de salud. Por ello, “[...] el derecho a obtener prestaciones de salud ([...] no es susceptible de resguardarse o asegurarse por medio de la acción de amparo...” (cdo. 17). v. “La ciencia médica no tiene actualmente una respuesta de índole curativa para este caso, limitando su aporte a auxilios meramente paliativos” (cdo. 19). El tratamiento que actualmente está recibiendo la actora es el apropiado y no se justifica una modificación destinada a proporcionar el Sutent.²⁵ vi. La amenaza sobre la vida de la paciente no proviene de la autoridad sanitaria recurrida, sino de la enfermedad incurable que padece; la no entrega del Sutent no altera en forma negativa su condición de salud (cdo. 21). Al contrario, el Sutent puede ser riesgoso (cdo. 22). vii. A la luz de la información médica disponible, ninguna medida reparatoria puede ser decretada por la Corte (cdo. 22). Se revoca, se rechaza el recurso, sin votos disidentes.

3. En este caso, la paciente sufre de cáncer de mama. FONASA reconoce que el cáncer es una enfermedad GES, pero trata la enfermedad con otro medicamento. El Herceptin no se encuentra en la guía clínica de FONASA. La Corte acoge el recurso, señalando: i. La Constitución garantiza el derecho a la vida y la salud, y aunque no está protegido por el artículo 20, “[...] constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta Primera,

²⁵ “a) que el tratamiento que actualmente recibe la paciente en la Fundación Arturo López Pérez para su cáncer renal metastásico: Bevacizumab más Interferon, ha demostrado beneficio clínico y se encuentra aceptado internacionalmente como un tratamiento adecuado a su patología; b) que tanto este tratamiento como el sugerido por el Comité Oncológico del Hospital San Juan de Dios con sunitinib —Sutent— se encuentran destinados al alivio de los síntomas y a la mantención de la funcionalidad, no tienen efectos curativos sino paliativos, ostentan una toxicidad similar y cuentan con igual aprobación para la patología de la actora; c) el reemplazo del tratamiento en curso por sunitinib —Sutent— no se justifica mientras no se demuestre el fracaso del primero;” (cdo. 20).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia” (Vásquez, cdo. 4). *ii.* El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra “[...] el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (cdo. 5). Este derecho es esencial y, conforme el artículo 5, es deber del Estado respetarlo y promoverlo (cdos. 5 y 3). *iii.* Dada la situación que vive la recurrente, resulta ilusorio que pueda disfrutar su derecho a la salud, su derecho a la vida e integridad física y psíquica, y su derecho al acceso a las acciones necesarias para recuperar su salud (cdo. 6). *iv.* El remedio ha sido prescrito por los médicos y el tratamiento debe iniciarse a la brevedad. No hacerlo “[...] constituye un atentado a su calidad y tiempo de sobrevida” (cdo. 7). *v.* El cáncer de mama es una patología incluida en GES, aunque esta no incluye Herceptin (cdo. 7). *vi.* FONASA presta un servicio público de salud a la comunidad. Por ello, debe evitar todo afán de lucro o autofinanciamiento, y la protección del derecho a la vida, la integridad física, la dignidad y el bienestar físico están por sobre consideraciones patrimoniales (cdo. 11). *vii.* El Herceptin es necesario para una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora. Por tanto, el Estado de Chile debe proporcionarlo para cumplir con su deber de proteger el derecho a la vida, integridad física y protección de la salud, aunque las normas reglamentarias no contemplen ese remedio (cdo. 12). *viii.* La negativa de la recurrida a proporcionar la droga carece de fundamento y, por ello, es arbitraria (cdo. 13), vulnerando los derechos del artículo 19, numerales 1 y 9 (cdo. 14). Se acoge el recurso y se ordena pagar el remedio. La Corte Suprema, curiosamente, confirma.²⁶

4. En este caso, la paciente también sufre cáncer mamario. El remedio no es GES, pero existe un plan piloto de FONASA para otorgarlo. Con todo, por la escasez de recursos, se fijó protoco-

²⁶ Este caso y el anterior fueron acogidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta y Tercera Sala, en noviembre de 2009. Ambos fueron apelados ante la Corte Suprema. La Tercera Sala de la Corte Suprema revoca la decisión en el caso Marcell, negando el remedio (16-12-09) por unanimidad. Lo que llama la atención es que la misma Tercera Sala, con tres ministros en común, confirma la decisión en el caso Vásquez, concediendo el remedio (28-1-10), apenas 42 días después, también por unanimidad. ¿Qué explica el cambio de criterio?

RODOLFO FIGUEROA G.

lo de cuatro criterios. Lamentablemente, la paciente no cumple uno de cuatro criterios: tiene metástasis, compromiso de columna, hígado y cerebelo. La Corte acoge la acción: *i*. El remedio ha sido incorporado a GES en 2010 (Marinovic, cdo. 3). La paciente ha usado el remedio, que ha producido notable mejoría. Sin él, empeorará rápidamente (cdos. 6 y 7). *ii*. El cáncer es una patología cubierta por GES (cdo. 6). *iii*. No es aceptable que se establezcan requisitos que excluyan a alguien que no tiene culpa de eso, del tratamiento, y eso vulnera las normas antes citadas (cdo. 10). *iv*. El derecho a la vida es absoluto (cdo. 10). *v*. Es arbitrario no dar remedio solo por no cumplir los criterios, sobre todo si ha producido notable mejoría (cdo. 11). Se ordena incluir a la paciente en el plan piloto y financiar el remedio.

La Corte Suprema confirma, con alguna consideraciones: *i*. El remedio es GES desde 2010 (cdo. 2). *ii*. La paciente obtuvo notable recuperación (cdo. 3). *iii*. Es arbitrario no dar el remedio; cuando se diseñó el plan piloto se pensó en cerca de 200 mujeres y finalmente son 64, de suerte que alcanza el stock de remedios (cdo. 2).

CUADRO 7. Resumen de casos contra FONASA.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Zúñiga	A	1, 9	Rancagua, 2009.	No hay fallo de la CS.
Marcell	R	n/a	CS, 2009.	CA había acogido.
Vásquez	A	1, 9	Santiago, 2009.	CS confirma.
Marinovic	A	1, 24	Santiago, 2012.	CS confirma.

2.5. Misceláneo

En esta sección veremos tres casos.

2.5.1. Rechazo a autorizar o realizar procedimiento o intervención quirúrgica

El señor Vivanco recurre contra el Hospital Doctor Hernán Henríquez de Temuco, por negarse a realizar una intervención qui-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

rúrgica, a pesar de haber sido prescrita por el médico tratante.²⁷ La Corte de Apelaciones rechaza el recurso, pero la Corte Suprema revoca la decisión: *i*. El derecho a la protección de la salud está tutelado por la Constitución. Si bien el artículo 20 protege solo el inciso final,

[...] lo cierto es que los primeros incisos [...] establecen criterios normativos rectores que el constituyente entrega al Estado, lo cual lleva a interpretar de modo extensivo la garantía constitucional.

En efecto, por tratarse de una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social, es el Estado el llamado a garantizar el Derecho a la Protección de la Salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ello la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud: “máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales”. También es obligación del Estado, no solo regular el Sistema de Salud, sino principalmente, ser proveedor del mismo y, a través de la generación de Políticas de Salud, administrar sus recursos (Vivanco, cdo. 2).

ii. La ley 18.469 asegura el acceso igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. FONASA debe cubrir a sus respectivos beneficiarios. El decreto 44 de 2007 aprueba el tratamiento médico de enfermedades distintas, pero con pronóstico común:

Si bien es cierto el tratamiento se refiere a personas de 55 años y más, no por ello puede quedar sin recibir atención médica una persona por tener una edad inferior a ella, lo que apunta a un daño a su integridad, no solo física sino psicológica y a su dignidad como ser humano, protegida en el artículo 1 de la Constitución Política. (cdos. 3-4)

iii. El recurrente tiene un derecho igualitario a acceder a tratamiento médico (cdo. 5). *iv*. Negar lo anterior vulnera el artículo 19, numeral 1; retardar la operación “...dificulta el restablecimiento de la salud del recurrente de protección, afectan-

²⁷ No hay más datos porque no se dispone de la sentencia de apelaciones, solo de la Corte Suprema.

RODOLFO FIGUEROA G.

do su integridad física y síquica” (cdo. 5). Se acoge el recurso “[...] debiendo el Hospital [...] priorizar dentro de las patologías de la misma naturaleza, el caso del recurrente, considerando, además, el tiempo transcurrido desde la fecha en que fue incluido en lista de espera”.

2.5.2. Negativa a cubrir honorarios médicos

El señor Marileo recurre en contra de ISAPRE Masvida por negarse a financiar honorarios médicos debidos por una intervención de urgencia de su hijo. La ISAPRE señala que los procedimientos tuvieron lugar en un recinto que no es red, de modo que no está acogido a CAEC. La Corte acoge el recurso, estimando: *i.* El afiliado siguió las instrucciones de la ISAPRE en cuanto a derivación, incluyendo establecimiento hospitalario y médicos que podían atenderlo (Marileo, cdo. 8), considerando la información que de él pudo disponer. *ii.* La propia ISAPRE reconoció la factibilidad de pagar a los médicos (cdo. 8). *iii.* La conducta es arbitraria e ilegal (cdo. 10) y lesiona el derecho de propiedad (cdo. 12). Se ordena a la ISAPRE otorgar cobertura CAEC a los honorarios de la intervención quirúrgica.

2.5.3. Rechazo de licencia médica

El señor Araya recurre contra la ISAPRE Masvida por haber rechazado la licencia médica de su cónyuge. La ISAPRE señala que la enfermedad es incurable, de modo que no procede licencia médica, que es temporal. La Corte acoge el recurso, disponiendo: *i.* En ninguna parte del decreto 3 de 1984 se establece alguna causal de rechazo de licencia (Vallejo, cdo. 6). *ii.* Lo señalado por la ISAPRE difiere de lo manifestado por el médico tratante (cdo. 6). *iii.* La licencia le permite a la paciente ausentarse del trabajo precisamente para recibir quimioterapia (cdo. 6). *iv.* No existe en la negativa de la ISAPRE ponderación de antecedentes que permita afirmar que la enfermedad es incurable (cdo. 7); una determinación de ese tipo no le corresponde a la ISAPRE (cdo. 8); es una materia altamente discutible (cdo. 9) y la hizo un médico contra-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

lor que no examinó a la paciente (cdo. 9). v. Conforme a la Superintendencia de Salud, si una persona puede reintegrarse a su trabajo —aunque padezca enfermedad irrecurable— la licencia médica debe ser autorizada (cdo. 11). vi. La conducta de la ISAPRE es arbitraria, ilegal, invade atribuciones de otros servicios y

[...] aparece reñida con el decoro y respeto que merecen las personas que se encuentran en trances como el que se conoce, al verse involucradas en situaciones que afectan su dignidad de enfermos y obligadas a litigar ante la negativa de un organismo de otorgar los derechos que la ley le provee. (cdo. 12)

vii. Se afecta el derecho de propiedad (cdo. 13). Se ordena autorizar la licencia.

CUADRO 8. Resumen.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Vivanco	A	1, 2	CS, 2010.	CA había rechazado.
Marileo	A	24	Concepción, 2011.	No hay fallo de la CS.
Vallejo	A	24	Valdivia, 2010.	No hay fallo de la CS.

3. CONCLUSIONES (APLICABLES AL TIPO DE UNIVERSO DE CASOS UTILIZADO)

1. Son pocos los casos de derecho a la salud: aparecieron solo 37 en los primeros 1 000 resultados (3.7%) buscando por “derecho a la salud” y abarcando un periodo de ocho años.²⁸ La inmensa mayoría de casos de esos primeros 1 000 resultados corresponde a casos de aumento del precio de los planes de salud, que no se revisaron en este trabajo.
2. Una posible conclusión de lo anterior es que las personas no se animan a litigar contra ISAPRES o FONASA por negar-

²⁸ Debe recordarse que ese lapso fue consecuencia de la revisión de los primeros 1 000 resultados, como se indicó al comienzo de este trabajo. La búsqueda de casos se hizo sin límite de tiempo.

RODOLFO FIGUEROA G.

- les beneficios de salud. Sin embargo, sería una conclusión especulativa. Hay que tener en consideración que la base de datos electrónica no es exhaustiva, lo que produce un sesgo en el universo de casos que arroja la búsqueda.
3. La mayoría de los casos se refieren a negativas a financiar tratamientos o medicamentos: 70.3% (26 casos). Por tanto, el problema de salud más recurrente está relacionado al financiamiento.
 4. Existe una altísima tasa de acogimiento de los recursos: 86.5% (32 casos). Contra ISAPRES, el acogimiento fue 96%; contra FONASA, 66.7% y en otros, 66.7%.
 5. Dos posibles conclusiones se podrían enarbolar a partir de lo anterior:
 - 5.1. Las Cortes de Apelaciones, y también la Corte Suprema con excepción de un caso, son empáticas con los problemas de salud de los pacientes.
 - 5.2. Las cortes no estiman que los problemas de financiamiento deban ser razones suficientes para negar a las personas el acceso a prestaciones de salud.
 6. Las cortes tienden a recurrir a interpretaciones creativas y flexibles de la ley y de los contratos de salud para poder acoger los recursos. Esto se aprecia, por ejemplo, en que:
 - 6.1. El derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud se citan como fundamento de la sentencia en 10 oportunidades, a pesar de no ser un derecho protegido por el artículo 20, salvo el inciso final del artículo 19, numeral 9, pero no había ningún caso en que el problema del recurrente correspondiere a ese inciso.
 - 6.2. Se cita la vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica en 20 oportunidades, a pesar de que probablemente en muchos de esos casos la vida no estaba amenazada y el problema era más bien pecuniario. El derecho de propiedad se cita en 18 ocasiones.
 - 6.3. Los dos puntos anteriores permiten concluir que en Chile las cortes brindan tanto tutela directa como indirecta al derecho a la salud. La tutela directa se produce cuando se cita directamente el numeral 9 del

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

artículo 19; la tutela indirecta se verifica cuando se citan otros numerales de derechos protegidos, como el numeral 1, el numeral 24 o el numeral 2.

7. Las conclusiones anteriores son iluminadoras en cuanto a poder predecir el resultado de un recurso de protección en estas materias.

JURISPRUDENCIA

CAC (Corte de Apelaciones de Concepción), *Marileo vs. ISAPRE Masvida*, 15-2-2011, rol 14-2010.

—, *Monsalves vs. ISAPRE Consalud*, 21-6-2007, rol 53-2007.

—, *Ruiz vs. Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benevente*, 31-5-2010, rol 31-2010, 21-9-2010, rol 4396-2010.

CAR (Corte de Apelaciones de Rancagua), *Bustos vs. Codelco Chile División El Teniente*, 7-4-2014, rol 391-2014.

—, *Zúñiga vs. Hospital Regional de Rancagua*, 31-3-2009, rol 135-2009.

CAS (Corte de Apelaciones de Santiago), *Bahamonde vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 29-10-2010, rol 363-2010.

—, *Bravo vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 28-11-2007, rol 3626-2007.

—, *Cantuarias vs. ISAPRE Vida Tres S.A.*, 15-5-2008, rol 1309-2008.

—, *Celis vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 24-9-2007, rol 2612-2007.

—, *Donoso vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 29-1-2010, rol 772-2009.

—, *Fenner vs. Seguros de Vida Cruz del Sur S.A.*, 28-4-2011, rol 36-2011.

—, *Furman vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-3-2010, rol 886-2009.

—, *Leverone vs. ISAPRE Banmédica*, 8-9-2010, rol 2733-2010.

—, *López con ISAPRE Consalud*, 12-5-2008, rol 452-2008; Corte Suprema, 22-9-2008. 2834-2008.

—, *Marcell vs. Hospital San Juan de Dios*, 10-11-2009, rol 8826-2009; Corte Suprema, 16-12-2009, rol 8513-2009.

—, *Marinovic con Fondo Nacional de Salud*, 4-4-2012, rol 21961-2011; Corte Suprema.1-8-2012, rol 3209-2012.

RODOLFO FIGUEROA G.

- , *Muñoz vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 15-3-2010, rol 581-2009.
- , *Nakagawa vs. ISAPRE Banmédica*, 25-2-2008, rol 6084-2007; Corte Suprema, 27-5-2008, rol 1462 2008.
- , *Paredes vs. ISAPRE Consalud*, 29-1-2010, rol 1082-2009.
- , *Piccione vs. ISAPRE I.N.G. Salud*, 28-9-2007, rol 3164-2007.
- , *Saieh vs. ISAPRE Vida Tres*, 11-1-2010, rol 690-2009.
- , *Serrano vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 22-1-2010, rol 857-2009.
- , *Vásquez con Fondo Nacional de Salud*, 24-11-2009, rol 7766-2009.
- CASM (Corte de Apelaciones de San Miguel), *Espinoza vs. Servicio de Salud Metropolitano*, 9-4-2014. rol 78-2014.
- CAT (Corte de Apelaciones de Temuco), *Díaz vs. ISAPRE Más Vida*, 3-8-2007, rol 2097-2006.
- , *Ortega vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-2-2010, rol 1873-2009.
- CAV (Corte de Apelaciones de Valdivia), *Cortés vs. ISAPRE Vida Tres*, 7-5-2008, rol 194-2008.
- , *Parra vs. Hospital Van Buren y Ministerio de Salud*, 26-12-2008, rol 105-2008; Corte Suprema, 20-4-2009, rol 1314-2009.
- CAVA (Corte de Apelaciones de Valparaíso), *Lobos vs. CODELCO Chile División Andina*, 11-10-2012, rol 1015-2012.
- , *Soto vs. ISAPRE Consalud*, 11-7-2012, rol 320-2012.
- , *Vallejos vs. ISAPRE Masvida*, 3-6-2010, rol 185-2010.
- CSJ (Corte Suprema de Justicia de Chile), *Appelgren vs. ISAPRE Fundación Banco Estado*, 13-5-2013, rol 1118-2013.
- , *J.O.Q.N. vs. ISAPRE Vida Tres y Superintendencia de Salud*, 16-12-2011, rol 8800-2011.
- , *Ojeda vs. Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, 26-11-2012, rol 7255-2012.
- , *Pérez Espinoza vs. ISAPRE Banmédica*, 18-10-2010, rol 1766-2010.
- , *Pérez Vásquez vs. ISAPRE Consalud*, 3-1-2013, rol 6588-2012.
- , *Vivanco vs. Hospital Dr. Hernán Henríquez de Temuco*, 25-2-2010, rol 1324.