

Santiago, once de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos segundo a décimo segundo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que Joana Garnica Villegas interpuso recurso de protección a favor de su hijo, el menor de iniciales J.V.G, en contra del Ministerio de Salud, del Servicio de Salud Magallanes, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud y, en contra del Hospital Luis Calvo Mackena, en razón de los siguientes hechos.

Sostiene la recurrente que el niño fue diagnosticado, tras una resonancia cardiaca practicada en el Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con "anomalía de Ebstein severa, con significativo desplazamiento apical de velos septal y posterior de la Tricúspide".

Posteriormente, facultativos del Servicio Cardiovascular del Hospital Luis Calvo Mackena, tras reunión con el médico tratante del Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, fueron de la opinión que el niño debería ser sometido a trasplante cardiaco. Sin embargo, los padres se negaron a dicha alternativa, tomando conocimiento que otra menor, quien tenía una afección similar, había sido derivada al programa "Ayudas Técnicas y Servicios de Apoyo para personas en



situación de discapacidad", gestionado por el Ministerio de Salud y el Servicio Nacional de Discapacidad.

Expone que, con dicho apoyo, el menor podría ser tratado en el Boston Children's Hospital de los Estados Unidos, el cual ofrece un tratamiento menos invasivo y riesgoso que el trasplante de corazón, consistente en una cirugía reconstructiva de la válvula tricúspide a través de un procedimiento que ya ha sido empleado por dichos especialistas con un alto porcentaje de éxito.

Arguye que el Servicio de Salud se ha negado a dicha posibilidad, considerando que en Chile existe una alternativa de tratamiento que consiste en el trasplante de corazón.

Como consecuencia de la negativa antes expuesta, manifiesta que se terminan por vulnerar las garantías constitucionales de su hijo consagradas en el artículo 19 números 1, 2 y 9 de la Carta Fundamental.

Pide, en definitiva, que los recurridos obren en coordinación a fin de restablecer los derechos conculcados a su hijo o, en subsidio, se reconozca si en Chile existe un tratamiento adecuado para la enfermedad del menor; que a partir de dicho reconocimiento se instruya al Servicio de Salud de Magallanes a que realice las gestiones necesarias ante el Gobierno Regional de Magallanes y/o cualquier otro servicio público, para presentar la postulación al programa



de ayuda antes mencionado; y que en dicho proceso los organismos obren de manera coordinada.

Segundo: Que, evacuando el informe que fue requerido, el Servicio de Salud de Magallanes expuso que, efectivamente el niño J.V.G padece de la condición antes expuesta. Sin embargo, niega haber rehusado la postulación de éste al "Programa de Apoyo a la Discapacidad Infantil XIII Región". Explica que la misma no se ha verificado pues solicitó al Subsecretario de Redes Asistenciales que, previamente, ratifique que no existe la posibilidad de resolución a nivel país, cuestión que configura un requisito previo para la postulación.

A su vez, sostiene que para la determinación del tratamiento a aplicar es necesario someter al menor a la realización de pruebas médicas, contando el Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile con los medios para llevarlas a cabo; sin embargo, los padres del niño han rehusado la realización de las mismas.

Por ende, estima que su obrar no ha sido arbitrario ni ilegal, lo que debería conducir al rechazo del recurso.

Tercero: Que, evacuando el informe requerido, el Hospital Luis Calvo Mackenna, también reconoce la afección del menor, pero hace presente que, a la fecha, el procedimiento consistente en la reconstrucción de la válvula tricúspide no se ha podido indicar médicamente pues los padres del menor han sido reticentes a la evaluación en



el Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agrega que dado el diagnóstico del niño, se estima que cualquier procedimiento que se intente significa un alto riesgo, pero que la indicación quirúrgica no ha sido determinada y tampoco el trasplante cardiaco ya que no se ha completado la evaluación.

Agrega que, en Chile, la reconstrucción de la válvula tricúspide mediante la técnica de Konno y el cierre de la comunicación interauricular sí esta implementada, no obstante, cualquier procedimiento que se intente es de alto riesgo por lo que se debe considerar el trasplante como alternativa -que no es excluyente de la reparación de la válvula indicada- pero que cada actuación debe ser sopesada para no tomar riesgos desmedidos de escaso beneficio y que incluso podrían condicionar una futura alternativa de trasplante cardiaco. Agrega que el Hospital de Boston puede tener mejores resultados por ser un centro de mayor experiencia.

En consecuencia, destaca que el trasplante cardiaco no es aún la conducta a seguir, pues se carece de la evaluación integral para arribar a dicha conclusión.

Finalmente, arguye que ha realizado todas las conductas que son exigibles de conformidad a las normas de atención a los pacientes pertenecientes al seguro de salud Fonasa.

Cuarto: Que evacuando el informe requerido el Ministerio de Salud, expone que no se ha configurado un



actuar ilegal ni arbitrario de su parte, toda vez que no existe una obligación por parte del Estado de Chile a dar respuesta a pretensiones de los usuarios que excedan sus límites territoriales y las coberturas contempladas por la propia legislación.

Por consiguiente, se obra con arreglo a derecho al realizar las evaluaciones pertinentes al niño en el país para definir su mejor tratamiento. Sostiene que, si los padres del menor deciden concurrir a un prestador extranjero, se encuentran en su legítimo derecho, pero aquello no genera un deber de financiamiento para el Estado.

Quinto: Que, evacuando a su vez, el informe requerido la Secretaría Regional Ministerial de Salud, expone que falta su legitimación pasiva en cuanto sus funciones específicas se refieren a la promoción de la salud, vigilancia, prevención y control de enfermedades que afectan a la población o grupos de personas, por lo que la acción se encuentra mal enderezada en su contra, pues no pudo ejecutar ninguna de las acciones que se tildan como arbitrarias, ilegales y vulneradoras de derechos fundamentales.

Sexto: La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, resolviendo el recurso interpuesto, decidió acogerlo disponiendo que se efectúe la emisión de antecedentes y certificados necesarios para la atención del recurrente en



el Boston Children's Hospital, por parte del Hospital Luis Calvo Mackena; se coordine, ipso facto, por el Servicio de Salud de Magallanes la postulación a fondos del Programa "Ayudas Técnicas y Servicios de Apoyo para las personas en situación de discapacidad"; y se coordine por parte de la autoridad o unidad que determine el Ministerio de Salud, los procedimientos a realizar para coadyuvar a la ejecución de las acciones decretadas.

Para resolver lo anterior, la sentencia apelada asentó como antecedentes de la causa los siguientes:

a. Que el niño por quien se recurre lleva esperando 12 años por una decisión médica que le permita tratar su patología.

b. Que el Estado es el encargado de coordinar la ejecución de las acciones de salud para proteger el bienestar de ésta para con sus habitantes.

c. Que existe el programa con fondos que permite financiar la intervención del menor en condiciones más seguras, la que sería desarrollada por el Boston Children's Hospital, establecimiento que ya ha realizado estas operaciones.

d. Que el Estado no ha dado cuenta de una alternativa al trasplante.

Luego, estima que el actuar errático del Estado en esta materia ha terminado por vulnerar la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República en



relación al niño recurrente, pues ha existido una negativa a otorgar una solución por parte del Estado en circunstancias que respecto de otro ciudadano en condiciones similares, ya se había prestado una solución eficiente.

Séptimo: Que, por la presente vía se ha impugnado por parte del Ministerio de Salud la sentencia antes referida, arguyendo una serie de errores en su pronunciamiento.

Así, en primer lugar, expresa que no ha existido imputación alguna en contra del Ministerio de Salud, a quien le corresponde formular, fijar y controlar las políticas de salud, correspondiendo las materias relativas a la promoción de la salud a la Subsecretaría de Salud Pública, organismos funcionalmente descentralizados. Expresa que la presente circunstancia no fue considerada en el fallo recurrido, incurriendo en este primer yerro que debió llevar a desestimar la acción en su contra.

En segundo lugar, sostiene que es un error establecer que no se ha dado respuesta al diagnóstico del paciente, pues la misma sí ha existido, cuestión distinta es que no se conforme a la opinión del prestador que prefieren los padres del menor por quien se recurre, quienes terminaron por sustraerse de los procedimientos recomendados en Chile.

En tercer lugar, expone que es errado considerar como determinante la falta de respuesta exacta al oficio que le fuere expedido por la Corte de Apelaciones en que se solicitaba informar sobre la realización de la operación



específica en Chile que fuere indicada por el Hospital de Boston, lo cual se funda, más bien, en la imposibilidad de obtener el dato requerido, cuestión procesal que no debe incidir en el aspecto fáctico, máxime cuando el Hospital Luis Calvo Mackenna informó que sí realiza dicha prestación.

En cuarto lugar, refiere que es errado considerar como más seguro y adecuado el procedimiento propuesto por el Children's Hospital de Boston en relación a aquellos recomendados por el Hospital Luis Calvo Mackenna y el Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

En quinto lugar, indica que el tratamiento solicitado no tiene cobertura legal por el sistema público de salud y, por consiguiente, el Ministerio se encuentra impedido de ir más allá de las políticas públicas en materia de salud que han definido el marco normativo aplicable, pues si obrare en contrario transgrediría lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

Por último, niega que se hayan transgredido los derechos que invoca como conculcados la recurrente. Así, en cuanto al derecho a la vida, se soslaya que el menor no se encuentra en condición de urgencia y que la operación sí se practica en Chile. Por su parte, en cuanto al derecho a la salud en relación a la vigencia de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, señala



que no se puede terminar por otorgar a éstos un carácter prestacional, siendo el legislador el encargado de definir su operatividad y, por tanto, quedando el Ministerio de Salud sujeto a dicha regulación. Finalmente, termina por negar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, pues las condiciones de la menor que fue beneficiada por el programa de asistencia citado por la recurrente eran diversas a la del menor de iniciales J.V.G.

Por tanto, pide se revoque la sentencia en alzada y, en su lugar, se decida rechazar el recurso de protección, con costas.

Octavo: Que de conformidad al mérito de autos se puede establecer que, efectivamente, el menor de iniciales J.V.G padece de una afección cardiaca denominada anomalía de Ebstein severa, con significativo desplazamiento apical de velos septal y posterior de la Tricúspide.

Adicionalmente, se puede establecer que al niño se le ha brindado atención médica en recintos hospitalarios del país, los cuales no han determinado conclusivamente el mejor tratamiento a realizar a fin de subsanar la patología que lo afecta, toda vez que el mismo no ha sido sometido a los exámenes médicos requeridos para ello.

A su vez, aparece que el Children's Hospital de Boston de los Estados Unidos dada la afección detectada, recomendó la ejecución de una cirugía reconstructiva de la válvula



tricúspide, informando que posee experiencia en este tipo de intervenciones con un alto grado de efectividad.

Finalmente, cabe considerar que el Hospital Luis Calvo Mackena ha informado que la cirugía reconstructiva de la válvula tricúspide también es realizada en el país con riesgo inherente a la naturaleza de la afección diagnosticada.

Noveno: Que lo medular del presente asunto consiste en determinar si se ha verificado por parte de las recurridas un actuar arbitrario o ilegal que conculque alguna de las garantías invocadas en el recurso de protección.

Atendidos los hechos antes expuestos, aparece que no hay forma de establecer que la situación del niño J.V.G sea equiparable a la de la menor beneficiaria de un fondo de ayuda asistencial, tanto en lo que refiere a su condición médica como en su condición jurídica en relación al cumplimiento de los requisitos legales para optar al programa "Ayudas Técnicas y Servicios de Apoyo para personas en situación de discapacidad".

Dado lo anterior, no es dable sostener que se ha producido una vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, pues no aparece como efectivo que personas en igualdad de condiciones hayan sido tratados de forma diversa.



Por ende, el análisis debe concentrarse en la potencial vulneración a las garantías de los artículos 19 números 1 y 9 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, dada la forma en que ha sido planteado el presente recurso, se puede constatar una relación de subordinación entre un precepto y otro, pues la conculcación de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República únicamente será causa de un acto u omisión arbitrarios o ilegales en la medida que, de manera arbitraria o ilegal, los recurridos hayan conculcado la garantía a la protección de la salud.

De este modo, la pregunta esencial que se plantea a esta Corte, dice relación con la extensión de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

Décimo: Que, analizando de lo general a lo particular, se aprecia que el tenor literal del artículo 19 N° 9 de la Carta Magna, consagra un derecho de carácter prestacional. En efecto, el Estado toma como deberes la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud del individuo.

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito por Chile, en el cual en su artículo 12, preceptúa que los Estados Partes toman sobre sí deberes



prestacionales en relación a los habitantes del territorio de la República.

Sin embargo, dichas normas de carácter general admiten una amplia gama de grados que pueden llevar desde la adopción de medidas de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud mínimas a un extremo de medidas máximas en que el Estado quede sujeto a brindar toda prestación médica o curativa que el individuo estime pertinente.

La extensión de este deber debe ser definida mediante la ponderación de las circunstancias concurrentes que no torne en ilusoria o meramente programática esta garantía y en lo concerniente al caso bajo análisis que el Estado se encuentre en condiciones de satisfacer el contenido prestacional del derecho.

Undécimo: Que, en el caso concreto, la solicitante presenta como exigible a los órganos del Estado de Chile que coordinen su actuación a fin de que el niño pueda optar al financiamiento de una operación recomendada por un hospital extranjero, destinada a ser ejecutada fuera del territorio de la República.

Lo anterior, pese a que en los establecimientos médicos del país se ofrece llevar a cabo una diagnosis de la enfermedad más acabada, siempre que se realicen voluntariamente los exámenes que se requieren para ello y, a su vez, se informa que incluso la misma operación que



podiera ser realizada en el extranjero, se podría llevar a cabo en territorio nacional pues ya ha sido implementada.

De lo expuesto aparece que el Estado de Chile ha ofrecido una prestación médica que satisface el contenido del derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política. En efecto, tal como se ha reconocido por la recurrente y también por los recurridos, han sido brindadas atenciones al menor de iniciales J.V.G, lo que refleja la existencia de una política estatal pública que ha considerado la patología que lo afecta.

Luego, exigir que dicho deber deba materializarse en la prestación específica que es solicitada por la recurrente de protección, es exceder el contenido general de esta prestación y, por tanto, no puede atribuirse a los recurridos un obrar arbitrario o ilegal que conculque la garantía en análisis.

No cabe duda que la recurrente de protección tiene el derecho a elegir el tratamiento que estima como óptimo para su hijo, pero aquello no trae aparejado un deber para el Estado en cuanto a dicha prestación específica, siendo colmado el contenido prestacional de la garantía en análisis con las prestaciones ofrecidas.

Por su parte, tampoco se han verificado ni denunciado infracciones a lo dispuesto en la Ley N° 19.966, del Régimen General de Garantías de Salud, ni a lo dispuesto en



la Ley N° 20.850 que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, que son parte de las disposiciones fundamentales que determinan la extensión concreta de las prestaciones de salud. Razón por la cual, no existe un obrar reñido con la ley ni tampoco una exclusión arbitraria de la recurrente de protección a las prestaciones de salud que son ofrecidas para tratar la patología del menor.

Bajo todo lo anteriormente argumentado, no se ha verificado vulneración alguna a la garantía consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política.

Duodécimo: Que, por lo expuesto en el considerando anterior, aparece que tampoco se ha podido verificar a raíz de una actuación u omisión ilegal o arbitraria imputable a las recurridas, una vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, sobre todo teniendo en consideración que se ha brindado la posibilidad de diagnóstico y tratamiento al niño por quien se recurre. Incluso, se ha manifestado que la misma intervención que indicó el Children's Hospital de Boston, podría ser realizada en Chile, siempre y cuando se estime como procedente luego de la debida auscultación médica.

Décimo tercero: Que, en consecuencia, tal como postula la apelante, han errado los sentenciadores de primera instancia al tener por establecida una vulneración a las garantías constitucionales que se invocaron como



infringidas, cuestión que llevará a acoger el presente arbitrio procesal en virtud de lo antes expuesto y, en definitiva, a rechazar el recurso de protección intentado.

Por tanto y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre tramitación del recurso de protección, **se revoca** la sentencia apelada de fecha seis de diciembre del año dos mil dieciocho pronunciada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y, en su lugar, se declara que se rechaza en todas sus partes el recurso de protección intentado bajo el folio 1, sin costas.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. María Eugenia Sandoval Gouet.

Rol N° 32.675-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 11 de marzo de 2019.





GWXBJMZPXX

En Santiago, a once de marzo de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

