



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Henríquez Viñas, Miriam

ACTIVISMO JUDICIAL EN LA OBTENCIÓN DE COBERTURA ADICIONAL PARA ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS?: ANALISIS JURISPRUDENCIAL 2006 - 2009

Estudios Constitucionales, vol. 8, núm. 1, 2010, pp. 401-423

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿ACTIVISMO JUDICIAL EN LA OBTENCIÓN
DE COBERTURA ADICIONAL PARA ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS?
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 2006-2009

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS¹
Profesora Derecho Constitucional
Universidad de Talca-Chile
mihenriquez@utalca.cl

I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente identificar en el discurso académico actual la afirmación de que la constitucionalización del Derecho abona el camino a la proliferación del activismo judicial, principalmente por la potencialidad expansiva, vía interpretación, de los derechos fundamentales. En este sentido, se suele sostener que la sobreinterpretación judicial del contenido y alcance de los derechos constitucionalizados desvirtúa las relaciones jurídicas fundadas en las normas legales o en la autonomía de la voluntad.

A nuestro juicio, y en términos generales, el activismo judicial puede manifestarse en un sentido fuerte y en un sentido moderado. El activismo judicial en sentido fuerte se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan a favor de aquél prescindiendo de lo dispuesto por las normas vigentes. Ello, a su vez, puede concretarse en dos casos: uno, en el que se atribuyan garantías al derecho fundamental no expresamente reconocidas por el Derecho vigente; y otro, en el cual al derecho se le asigne un contenido más amplio que aquél consagrado positivamente. El activismo judicial en sentido moderado se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan en su favor de forma indirecta, protegiéndolo mediante la expansión del contenido de otros derechos fundamentales relacionados o no.

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Chile. Email mihenriquez@utalca.cl

En ambos casos, tanto la intencionalidad del fallo y su manifestación expresa resultan esenciales para hablar de activismo judicial. De lo contrario, sólo estaremos ante meros avatares judiciales y no ante un movimiento ideológico.

Con el fin de constatar la efectividad de las afirmaciones previas respecto de un derecho fundamental en particular se ha escogido para este trabajo el derecho a la protección de la salud, previsto en la Constitución en el artículo 19 Nº 9, y que se caracteriza por una consagración escueta de su contenido y amparo. Así, respecto de su contenido la disposición constitucional expresa:

“La Constitución asegura a todas las personas. 9) El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”.

A su vez, respecto de su amparo, el artículo 20, que contempla el recurso de protección, sólo garantiza al titular la facultad para elegir entre el sistema estatal o privado de salud y en los siguientes términos:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (...)”².

De esta forma, el presente estudio se circunscribirá a: a) un análisis estrictamente jurisprudencial; b) fallos recaídos en recursos de protección interpuestos ante las Cortes de Apelaciones respectivas y respecto de los cuales se haya dictado, en segunda instancia, sentencia por la Corte Suprema; c) acciones interpuestas por la negativa de las Isapres a brindar una cobertura adicional a sus afiliados para enfermedades catastróficas; d) al período 2006-2009, esto último por haberse iniciado en el año 2005 la llamada “Reforma de Salud”, que comprendió esencialmente la dictación de la Ley de Autoridad Sanitaria y la Ley de Garantías Explícitas en Salud (AUGE).

² El resaltado es nuestro.

II. ACTIVISMO JUDICIAL FUERTE

De conformidad con lo señalado previamente, estaríamos frente a un caso de activismo judicial fuerte si las Cortes acogieran recursos de protección basados en la vulneración del derecho a la protección de la salud, del artículo 19 Nº 9 de la Constitución, a pesar de no encontrarse este derecho amparado por el recurso de protección, salvo respecto de la facultad para elegir entre el sistema estatal o privado de salud. Asimismo, sería un caso de activismo judicial fuerte el que las Cortes ampliaran el contenido del derecho a la protección de la salud, por vía interpretativa, contra texto expreso constitucional.

Del análisis de la jurisprudencia sobre solicitudes de cobertura adicional para enfermedades catastróficas, a las que las Isapres por distintos motivos se niegan o rechazan prestar, se puede observar que generalmente los recurrentes no invocan el derecho a la protección de la salud al momento de interponer la acción de protección, sino que accionan en virtud de la supuesta vulneración de derechos como a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 Nº 1) y principalmente el derecho de propiedad (artículo 19 Nº 24), ambos amparados por el recurso de protección.

Por otra parte, podemos afirmar con base en la jurisprudencia analizada que los tribunales superiores de justicia chilenos no han fallado en contra de lo dispuesto por el artículo 20 que excluye de su amparo el derecho a la protección de la salud cuando de coberturas adicionales para enfermedades catastróficas se trata. Por tanto, tampoco se ha dado la ocasión para que en sede de protección las Cortes hayan ampliado el contenido del derecho con miras a su amparo. Es decir, no se constata el activismo judicial en sentido fuerte en el ámbito de las referidas coberturas.

Da cuenta de lo afirmado el caso *Juan Parra con Hospital Carlos Van Buren y otro*, toda vez que la Corte de Apelaciones de Valparaíso se refirió a la improcedencia de la acción de protección en virtud del derecho a la protección de la salud³. El caso se trata de una persona, Juan Parra Munizaga, quien sufre una condición de salud denominada “transexualismo” y solicita se ordene al hospital recurrido que le proporcione gratuita e íntegramente una cirugía de reconstrucción genital llamada genitoplastía feminizante, con el doctor urólogo Guillermo Mac Millan y en los recintos de dicho establecimiento, alegando que la negativa ilegal y arbitraria del referido Hospital, que en otras ocasiones ha practicado tal operación, vulnera su derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y su derecho a la salud.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso es enfática en rechazar el recurso de protección incoado por la vulneración del derecho a la protección de la salud, que

³ Corte de Apelaciones de Valparaíso. *Juan Humberto Parra Munizaga con Hospital Carlos Van Buren; Ministerio de Salud* (2008)

como ya dijimos no se encuentra amparado por dicho arbitrio, y reflexiona que una decisión *pro protección* del derecho a la salud podría dar lugar a la interposición de un sinnúmero de acciones de este tipo, lo que no es compatible con su naturaleza y carácter. En este sentido el considerando tercero de la sentencia expresó:

“Que en relación con la primera de las garantías invocadas, esto es, el derecho a la salud la norma del artículo 20 de la Constitución Política de la República, menciona como garantías protegidas el artículo 9º, inciso final. Que esta última disposición se refiere a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que deseé acogerse, sea éste estatal o privado. En consecuencia, de lo anterior se desprende que la dispensa constitucional sólo se extiende a un aspecto muy limitado relacionado con el derecho a la salud en general, cual es la elección del usuario al sistema que deseé incorporarse, por lo que el resto de las cuestiones, tratado extensamente en los cuatro primeros incisos del referido número, no hace aplicable la posible acción constitucional vía recurso de protección. Que en cuanto al tenor del recurso que se conoce, resulta evidente que el mismo apunta a cuestiones tratadas en los primeros cuatro incisos del número 9º del artículo 19 de la Constitución, por lo que por esa sola razón, esta acción constitucional será rechazada en cuanto a la garantía ya referida, por no encontrarse incorporada en las garantías reclamables del artículo 20 de dicho texto. Que la conclusión anterior, además, se condice con la extensión de la naturaleza de la garantía mencionada, pues resulta evidente que cualquiera; circunstancia que podría involucrar a un sujeto relacionado con ella, podría dar motivo a una cantidad indiscriminada de recursos y totalmente contraria a un conocimiento racional y equilibrado de las acciones de este carácter”.

III. ACTIVISMO JUDICIAL MODERADO

Estaríamos frente a un caso de activismo judicial moderado si el fallo de las Cortes no contradice la Constitución, si no que se sobreinterpretan otros derechos, tales como el derecho a la vida y el derecho de propiedad, para brindar protección al derecho a la salud.

Respecto de la situación particular en análisis, esto es, la negativa de las Isapres a otorgar cobertura adicional para enfermedades catastróficas (C.A.E.C.) pueden distinguirse los casos de rechazo cuando se trata de: a) una hospitalización que requiera atención inmediata e impostergable en un prestador ajeno a la red C.A.E.C.; b) de hospitalizaciones domiciliarias; c) procedimientos y medicamentos no incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud⁴.

⁴ La cobertura adicional para enfermedades catastróficas (C.A.E.C.) es un beneficio adicional al plan complementario de salud que ciertas Isapres ofrecen a sus afiliados y beneficiarios y que consiste en el cien por ciento de cobertura para los gastos de una enfermedad catastrófica, cuando dichos gastos superen el deducible. A su vez, corresponde aclarar que una enfermedad catastrófica es todo diagnóstico, enfermedad o patología cuyos copagos (montos a pagar por el afiliado) sean superiores al deducible que le corresponde pagar al afiliado o beneficiario.

*1. Casos de hospitalización que requiera
atención inmediata e impostergable en un prestador ajeno a
la red de coberturas adicionales para enfermedades catastróficas*

La materia objeto de análisis se encuentra regulada en la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, que en su artículo 22 dispone:

“(...) Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de atenciones de emergencia debidamente certificadas por un médico cirujano, las instituciones deberán pagar directamente a los Servicios de Salud el valor por las prestaciones que hayan otorgado a sus afiliados. Si no existiere convenio, el valor será aquel que corresponda al arancel para personas no beneficiarias de la Ley N° 18.469 a que se refiere el artículo 24 de la ley N° 18.681 y se aplicará sobre todas las prestaciones efectivamente otorgadas. Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también respecto de atenciones de emergencia, debidamente certificadas por un médico cirujano, otorgadas por establecimientos asistenciales del sector privado. El valor a pagar por las instituciones será el que corresponda al pactado; en caso de no existir convenio, se utilizarán los precios establecidos por el establecimiento asistencial que otorgó las atenciones. En las situaciones indicadas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, las instituciones podrán repetir en contra del afiliado el monto que excede de lo que les corresponda pagar conforme al plan de salud convenido. Asimismo, en las situaciones indicadas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención”.

A su vez, la Superintendencia de Salud, mediante Circular I.F. N° 7 de 1 de julio de 2005, ha señalado que si a causa de una situación de urgencia con riesgo vital, el beneficiario requiere atención inmediata e impostergable y se hospitaliza fuera de la red, debe dar aviso de inmediato a la Isapre y solicitar el beneficio, a fin que dicha institución proceda a designarle un prestador de la red al cual deberá trasladarse, una vez que se autorice médicaamente dicho traslado. Mientras el beneficiario se encuentra internado fuera de la red, no tiene derecho a la C.A.E.C. y sólo le corresponde cobertura de acuerdo a su plan complementario. Así, sólo desde la fecha en que el paciente ingresa al prestador de la red C.A.E.C. al que fue derivado, se inicia la cobertura catastrófica y el cómputo del deducible. En este caso, los copagos derivados de la atención de urgencia en un prestador fuera de la red se computan para el cálculo del deducible del beneficio adicional.

Así, una vez situados en la regulación de la materia y desde una perspectiva concreta, corresponde analizar en primer lugar el caso *Mauricio Vargas con Banmédica S.A.*⁵ conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2006,

⁵ Corte Suprema. *Mauricio Emilio Vargas Aguilera con Institución de Salud Previsional Banmédica Sociedad Anónima; Isapre Banmédica Sociedad Anónima* (2006).

en el que los recurrentes consideraron vulnerados los derechos consagrados en el artículo 19 Nº 1, 2, 9 y 24 de la Constitución, esto es, los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley, a la protección de la salud y de propiedad. El recurrente, Mauricio Vargas, fundó su recurso en el hecho que la Isapre recurrida negó a su padre y afiliado a dicha Institución, don Moisés Vargas, la cobertura pactada para pagar las hospitalizaciones de urgencia en la Unidad de Cuidados Intensivos (U.C.I.) de la Clínica Indisa, prestadora ajena a la red autorizada.

Explica el recurrente que con fecha 11 de julio de 2005 su padre ingresó a la U.C.I. de la Clínica Indisa, por orden expresa de su médico tratante. Durante esa hospitalización, con fecha 21 de julio se solicitó la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, la cual fue concedida por la Isapre recurrida para la Clínica Dávila. Comunicada dicha resolución a los familiares del afiliado, éstos no efectuaron el traslado correspondiente, siendo el paciente dado de alta con fecha 08 de agosto del mismo año. Con fecha 20 de agosto, fue necesaria una segunda hospitalización, la que nuevamente se realizó en la Clínica Indisa. Con fecha 26 de agosto de 2005 se reiteró la solicitud de la C.A.E.C., la cual fue autorizada por la Isapre en los mismos términos que la primera, sin embargo el paciente falleció con fecha 08 de septiembre del mismo año, sin ser trasladado a la Clínica Dávila.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso en cuestión considerando que los familiares del afiliado habrían rechazado la cobertura al no firmar la derivación al prestador de la red autorizado y puntualizó:

“Quinto: Que, del examen de estos antecedentes resulta que el actuar de la Isapre Banmédica S.A., se ha ajustado en todo momento al contrato de salud celebrado entre dicha Institución y el afiliado Sr. Moisés Vargas Cerda, en especial al documento condiciones de cobertura adicional para enfermedades catastróficas (C.A.E.C.), que forma parte integrante del primero. Por tanto, no ha cometido acto arbitrario ni ilegal alguno, se ha sujetado a las disposiciones contractuales que regulan la materia, y no ha conculado la garantía constitucional del numeral 24º, puesto que ha otorgado la cobertura a todas aquellas prestaciones requeridas por el paciente tanto con cargo al Plan de Salud como a la C.A.E.C., la cual se entendió rechazada por los familiares de éste, al no firmar la derivación del afiliado al prestador de la red autorizado para este caso. Tampoco se ha violado el derecho a la igualdad ante la ley, por cuanto aquellas personas que se encuentren en la misma situación y con los mismos requerimientos que el afiliado en cuestión, se les dará el mismo tratamiento. Lo mismo sucede con los Nºs. 1 y 9, toda vez que se ha cumplido con cada una de las exigencias a las que se encuentra obligada en virtud del contrato de salud suscrito”.

Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso y dispuso que la Isapre Banmédica S.A. otorgue la cobertura adicional para enfermedades catastróficas

a don Moisés Vargas, a sus hijos Mauricio Emilio y Luis David Vargas Aguilera, con costas⁶. Esto con base en el siguiente razonamiento:

“4º) Que entrando al fondo del recurso, cabe precisar que la circular I.F. Nº 7 de la Superintendencia de Salud, que rola a fojas 42 de estos autos, referente a la cobertura adicional de enfermedades catastróficas en el evento que se trate de una hospitalización que requiera atención inmediata, e imposergable en un prestador ajeno a la red C.A.E.C., el otorgamiento de este beneficio adicional está supeditado al cumplimiento en forma copulativa de las siguientes condiciones: 1) El beneficiario o su representante deberá solicitar el ingreso a la red C.A.E.C. a la Isapre; 2) El médico tratante deberá autorizar el traslado; 3) La Isapre deberá derivar al paciente a un prestador de la red C.A.E.C., para lo cual dispondrá de un plazo de dos días hábiles contados desde la formulación de la solicitud respectiva; y 4) El paciente debe ingresar al establecimiento que pertenezca a la red de C.A.E.C. que corresponda, bajo las condiciones indicadas en la derivación”.

Agregó:

“5º) Que, en la especie, el paciente ingresó a la U.C.I. de la Clínica Indisa, en la segunda oportunidad a que se refiere el recurso, el 20 de agosto de 2005, por una urgencia de accidente vascular; se solicitó la cobertura adicional para enfermedades catastróficas el día 26 del mismo mes y año, de manera que el plazo de que disponía la Isapre recurrida para derivar al paciente a un prestador de la red de dos días hábiles, expiró el 29 de ese mes. La comunicación que debía efectuar la Isapre, dando a conocer que la solicitud de cobertura de C.A.E.C. había sido autorizada para la Clínica Dávila, sólo se efectuó mediante telegrama, el 31 de agosto del 2005, esto es, avisó a los solicitantes al cuarto día hábil, es decir, fuera de plazo. Por tal razón, operó en su contra lo dispuesto en el apartado 4.3.2. de la circular I.F. Nº 7 de 5 de julio del 2005, relativo a las atenciones de urgencia que establece que: “En el evento que la Isapre incumpla el plazo para efectuar la derivación, los copagos originados en la atención de urgencia con riesgo vital o secuela funcional grave se computarán para el cálculo del deducible, desde el ingreso del paciente en el prestador ajeno a la red”.

Finalmente, en relación con la actuación de la Isapre la Corte Suprema señaló:

“6º) Que, en el caso de que se trata, ha concurrido respecto de don Moisés Vargas Cerda los requisitos de procedencia para la cobertura adicional de que se trata, de manera que al no otorgarla, la entidad recurrida no se ha ajustado a la ley, por lo que su preceder resulta ser ilegal y arbitrario, lo que motiva el acogimiento de la acción de protección”.

En este caso, la Corte Suprema acogió el recurso por el incumplimiento de la Isapre Banmédica de su obligación de derivar al paciente a un prestador de la

⁶ Corte Suprema. *Mauricio Emilio Vargas Aguilera con Institución de Salud Previsional Banmédica Sociedad Anónima; Isapre Banmédica Sociedad Anónima* (2006)

red C.A.E.C. en el plazo de dos días hábiles desde la formulación de la solicitud respectiva, lo que implica, a juicio del tribunal, que los copagos originados en la atención de urgencia con riesgo vital o secuela funcional grave se computarán para el cálculo del deducible, desde el ingreso del paciente en el prestador ajeno a la red.

En una lógica similar, en el mismo año y respecto de la misma Isapre Banmédica, se resolvió por la Corte de Apelaciones de Concepción el caso *Rosina Cucoch Petraello Vuscovich y otro con Isapre Banmédica S.A.*⁷ En esta acción se invocó la vulneración de los derechos previstos en el artículo 19 Nº 3 y 24 de la Constitución, es decir, igualdad ante la justicia y derecho de propiedad, con fundamento en que la Isapre Banmédica S.A. se negó a cubrir los gastos en que incurrió doña Rosina Cucoch Petraello Vuscovich con motivo de la enfermedad catastrófica que la afectó y que la obligó a internarse de urgencia en una institución que no figuraba en la red prestadora de la Isapre. En efecto, fue internada en la Clínica Sanatorio Alemán, en circunstancias que su prestador era el Hospital Regional. Una vez dada de alta, doña Rosina Cucoch, se retiró a su domicilio, a pesar de que, a juicio de la Isapre, debía hospitalizarse en el Hospital Regional para terminar su tratamiento.

En su fallo, la Corte de Apelaciones de Concepción hizo referencia a los requisitos que deben cumplirse para brindar la cobertura adicional para enfermedades catastróficas en casos de atenciones de urgencia tratándose de hospitalización que requiera atención inmediata e impostergable en un prestador ajeno a la red C.A.E.C. y señaló que en el asunto en cuestión se cumplieron todas las condiciones, salvo la última, esto es, que la paciente ingrese al establecimiento de la red C.A.E.C. Sin embargo y sobre esta condición, la Corte estimó que de los certificados médicos aparece que suspendido el aislamiento de la paciente y retirada de la unidad de cuidados intensivos se le dio el alta, decidiendo el médico tratante conjuntamente con la familia que fuera trasladada a su domicilio, resultando fuera de toda lógica que debiera obligatoriamente ingresar al Hospital Regional para el solo efecto de cumplir un trámite administrativo y así poder obtener el beneficio adicional otorgado a las enfermedades catastróficas.

En conclusión, la Corte de Apelaciones resolvió acoger el recurso de protección por la vulneración del derecho de propiedad de la recurrente, y señaló:

“10) Que en estas condiciones, la decisión de Banmédica S.A. de no otorgar la cobertura adicional para enfermedades catastróficas a la señora Cucoch Petraello por el solo hecho de que ésta fue trasladada a su casa al ser dada de alta constituye un acto arbitrario, porque sin razón valedera, consistente y cierta, se adopta tal actitud e ilegal, porque la ley no ha excluido, ni restringido el régimen pretendido cuando la atención es de

⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. *Rosina Cucoch Petraello Vuscovich y Federico Luis Leefhelm Ruf con Isapre Banmédica S.A.* (2006)

urgencia y la paciente no está en condiciones de ser trasladada a otro establecimiento asistencial, tanto más, que ésta se encontraba en la unidad de tratamientos intensivos hasta el día del traslado a su casa y que la Isapre autorizó para efectuar el traslado una vez estabilizada”.

Decisión que fue confirmado por la Corte Suprema⁸.

Luego, en el año 2008, nuevamente respecto de la Isapre Banmédica, la Corte de Apelaciones de Santiago falló en el caso *Maximiliano von Dessauer Grisar con Isapre Banmédica S.A.* Tal recurso fue interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago con base en la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 19 Nº 1 y 24, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y el derecho de propiedad⁹. El recurrente, don Maximiliano von Dessauer, fue internado de urgencia en la Clínica Indisa, la que no pertenecía a la red catastrófica de la Isapre Banmédica, y recurrió por la negativa de la Isapre a cubrir el pago total de las prestaciones recibidas durante toda su permanencia en la referida clínica. Para resolver, la Corte hizo mención a las condiciones contenidas en el artículo 22 de la Ley Nº 18.933 y en la circular tantas veces referida, IF Nº 7, señalando que en el caso particular se cumplieron por el recurrente todas las condiciones establecidas, sin embargo, y no obstante haberse puesto en conocimiento de la Isapre que la paciente se encontraba en condiciones de ser trasladado a una entidad de la red, ello no se hizo por no haber disponibilidad en ningún establecimiento perteneciente a la red.

Con estos antecedentes, la Corte de Apelaciones falló acogiendo el recurso de protección por estimar vulnerado el derecho de propiedad de la recurrente y señaló:

“8º. Que en consecuencia, conforme a lo expuesto en el motivo que antecede, al haberse encontrado el actor en la situación excepcional antes referida, éste cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 22 de la ley 18.933 y la circular antes indicada, por lo que le asiste el derecho a exigir que Isapre Consalud pague el total de las prestaciones recibidas durante su permanencia en Clínica Indisa, entre el 28 de octubre y el 20 de noviembre de 2007 y no sólo por el período que indica la recurrida”.

Tal decisión fue confirmada por la Corte Suprema¹⁰.

Como puede observarse, al igual que en los casos anteriores, la Corte de Apelaciones resolvió el recurso considerando el cumplimiento de los requisitos

⁸ Corte Suprema. *Rosina Cucoch Petraello Vuscovich y Federico Luis Leefhelm Ruf con Isapre Banmédica S.A.* (2006).

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. *Maximiliano von Dessauer Grisar con Isapre Banmédica S.A.* (2008)

¹⁰ Corte Suprema. *Maximiliano von Dessauer Grisar con Isapre Banmédica S.A.* (2008)

tanto por parte del afiliado como por la Isapre, decidiendo acoger el recurso ante el incumplimiento de la Isapre del requisito de derivar efectivamente al paciente a un prestador de la red C.A.E.C.

Por último corresponde analizar el caso *Ricardo Pinto con Isapre Consalud S.A.* de 2008¹¹. La Corte de Apelaciones de Santiago conoció del recurso de protección interpuesto por don Ricardo Pinto, quien estimó conculado el derecho de propiedad, del artículo 19 Nº 24 de la Constitución, por la Isapre Consalud, ante su negativa a dar cobertura adicional para enfermedades catastróficas a la atención de urgencia recibida en el Hospital Clínico de la Universidad Católica. El recurrente alegó que lo ilegal o arbitrario es que de acuerdo a la Circular IF/ Nº 7 y artículo 22 de la Ley Nº 18.933 la Isapre tenía que pagar directamente a los Servicios de Salud, en este caso el Hospital Clínico de la Universidad Católica, el valor de las prestaciones por tratarse atenciones de emergencia debidamente certificadas hasta que el paciente se encuentre estabilizado para ser derivado a otro establecimiento asistencial. Por su parte, la Isapre fundó su negativa en que las atenciones de urgencia sólo tendrían la cobertura regular del contrato de salud, pero no la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, puesto que dicho centro médico no forma parte de la red cerrada dispuesta por ella para estos efectos.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección por la vulneración del derecho de propiedad del recurrente, señalando que en el caso de análisis se han cumplido todas las condiciones contenidas en la Circular IF/Nº 7 de 1 de julio de 2005 y en el artículo 22 de la Ley Nº 18.933, correspondiendo el pago del total de las prestaciones recibidas durante la permanencia del recurrente en el Hospital Clínico de la Universidad Católica. En este sentido explicitó:

“8º) Que habiendo el recurrente cumplido con todas las condiciones previstas en el punto 4.1 de las condiciones de cobertura, como queda expresado en el considerando 5º unido a las circunstancias que se estiman concurrentes en el fundamento 4º, que importan el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 22 de la ley 18.933, le asiste el derecho a exigir que Isapre Consalud pague el total de las prestaciones recibidas durante su permanencia en el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, entre el 22 y el 27 de febrero de 2008. 9º) Que, en consecuencia, al negar Isapre Consalud la cobertura catastrófica por dicho período, mediante carta fechada 27 de febrero de 2008 –fs. 1– no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo 22, incurriendo de este modo en un acto ilegal y además arbitrario, que amenaza con menoscabar el patrimonio de don Ricardo Pinto Gálvez, al cual se incorporó el derecho a exigir este pago, lo que significa una vulneración de la garantía contemplada en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución de la República”.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago. *Ricardo Antonio Pinto Gálvez con Isapre Consalud S.A.* (2008)

Sin embargo, la Corte Suprema rechazó el recurso de protección, revocó la sentencia apelada y aclaró que: a) La cobertura adicional para enfermedades catastróficas sólo opera cuando las prestaciones se otorgan con los prestadores de la red cerrada de atención y previa solicitud de ingreso que debe formular el beneficiario a su institución de salud; b) El artículo 22 de la Ley N° 18.933 no establece una excepción para los casos de aquellos pacientes que, con riesgo vital o secuela funcional grave, han ingresado a un establecimiento no correspondiente a la red; c) El artículo 22 de la Ley N° 18.933 sólo regla una relación de responsabilidad en el pago entre la institución aseguradora y el prestador médico para situaciones de emergencia en que necesariamente la atención médica no puede ser condicionada, pero ello no significa que se deba otorgar la cobertura para enfermedades catastróficas desde el momento mismo del ingreso de urgencia a cualquier prestador hospitalario; d) Cumplidas las condiciones mencionadas en la circular I.F N° 7 de la Superintendencia de Salud, los copagos derivados de la atención de urgencia en el prestador ajeno a la red, se computarán para el cálculo del deducible de este beneficio adicional.

Por lo anterior, la Corte Suprema estimó que la recurrida se ha sujetado estrictamente a la normativa reglamentaria y contractual que regula las condiciones de procedencia de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, de manera que no se le puede reprochar haber obrado en forma ilegal ni arbitraria.

Como puede observarse, las Cortes, tanto de Apelaciones como Suprema, se han centrado para resolver este grupo de casos en el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa legal y reglamentaria vigente, señalando que son condiciones copulativas para obtener la cobertura adicional para enfermedades catastróficas las siguientes: a) el beneficiario o su representante deberá solicitar el ingreso a la red C.A.E.C. a la Isapre; b) El médico tratante deberá autorizar el traslado; c) La Isapre deberá derivar al paciente a un prestador de la red C.A.E.C., para lo cual dispondrá de un plazo de dos días hábiles contados desde la formulación de la solicitud respectiva; y 4) El paciente debe ingresar al establecimiento que pertenezca a la red de C.A.E.C. que corresponda, bajo las condiciones indicadas en la derivación. En los casos de incumplimiento de las condiciones señaladas por parte de las Isapres se acogieron los recursos deducidos, disponiendo los tribunales que se otorguen las coberturas solicitadas, fundándose principalmente en la vulneración del derecho de propiedad de los accionantes.

2. Casos de hospitalización domiciliaria

Antes de analizar los casos de hospitalización domiciliaria, corresponde señalar que el afiliado puede solicitar a la Isapre que designe a un prestador C.A.E.C. para

una hospitalización domiciliaria, cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones: a) Que el paciente esté hospitalizado en un prestador de la Red y sometido a un tratamiento que requiera la presencia del médico tratante; b) Que la patología justifique la hospitalización domiciliaria; c) Que el médico tratante indique la hospitalización domiciliaria y señale el período que ésta debe durar; d) Que no se trate de enfermedades crónicas o administración de medicamentos. En todo caso, la Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la hospitalización domiciliaria.

A su vez, corresponde decir que la Superintendencia de Salud ha impartido instrucciones a las Isapres sobre la hospitalización domiciliaria, mediante el oficio circular IF/14 de 14 de abril de 2005, señalando que ella es una alternativa a la hospitalización tradicional, que permite mejorar la calidad de vida y de atención de los pacientes y que contribuye a la contención de costos, mediante la utilización racional de los recursos hospitalarios, por lo que su instalación como modelo asistencial beneficia tanto a los beneficiarios (sic) como a las propias instituciones fiscalizadas. Asimismo, la Superintendencia indica que no es un beneficio extraordinario ni extracontractual, sino que una prestación equivalente a una hospitalización tradicional sujeta a la cobertura del plan de salud pactado, debiendo así entenderse y aplicarse por las instituciones. Dice además que para discernir en un caso si la prestación en comento es una hospitalización domiciliaria, las Isapres deberán considerar que la asistencia y atenciones que se brinden al paciente de que se trate correspondan a las que habría recibido de haberse encontrado en un centro asistencial para su manejo clínico y terapéutico, en atención a que su estado de salud así lo hace exigible y que dichas condiciones estén prescritas y debidamente controladas por un médico tratante. Termina dicha instrucción refiriendo los factores que deben considerarse para calificar este tipo de atención como hospitalización domiciliaria, a saber: a) El estado de salud del paciente; b) La existencia de una prescripción o indicación médica; c) El control médico periódico, debidamente acreditado con los documentos clínicos que correspondan y asistencia y atención equivalentes a la que habría recibido el paciente de haberse encontrado en un centro asistencial.

El primer caso a examinar, *Jaime Díaz y otros con Isapre Más Vida S.A.*, nos permite identificar a quién corresponde designar al prestador de los servicios de hospitalización domiciliaria¹². Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Temuco, si bien rechazó el recurso incoado, define que es una facultad de la Isapre tal designación. Lo anterior con base en el siguiente razonamiento:

¹² Corte de Apelaciones de Temuco. *Jaime Díaz Meléndez; María Vives Contardo; don Felipe Díaz Vives con Isapre Más Vida S.A.* (2006)

“Tercero: Que conforme resulta de los artículos 1 y 10 de las condiciones de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, régimen bajo el cual está siendo atendido el menor de autos; la cobertura en cuestión procede en términos generales y también en el caso puntual de una hospitalización domiciliaria, previa solicitud a la Isapre, siendo ésta quien deriva al paciente a un prestador que designa al efecto. Es decir, conforme a la normativa precitada, es a la entidad previsional a quien compete determinar el facultativo o institución médica que ha de prestar los servicios. Cuarto: Que el hecho de que la Isapre haya aceptado primitivamente como prestador de los servicios médicos a la empresa Medical Hilfe Ltda., no genera derechos permanentes para los recurrentes; ello en virtud de lo expuesto en la consideración que precede, y además, por cuanto dicha aquiescencia se vio forzada por la propia actitud del afiliado, el que comunicó a la Isapre el traslado del menor hacia su domicilio bajo las atenciones de la citada entidad médica, el mismo día en que ello se verificó, esto es, el día seis de enero del presente año, no dejándole margen de decisión a la recurrida, la que debía aceptar lo informado, pero dejando claramente estipulado como resulta de las cartas enviadas al recurrente rolantes a fojas 33 y 2, la excepcionalidad de la medida y la futura evaluación para tomar una decisión definitiva al respecto, anticipándose incluso en la misiva de fecha treinta de enero de este año, que a partir del día seis de febrero el menor debía seguir atendiéndose con la empresa Teveuci Ltda. Quinto: Que así las cosas, y teniendo presente que en el caso de autos la recurrida no ha negado el otorgamiento de las prestaciones médicas que requiere el menor, sino que simplemente pretende determinar la institución médica que ha de prestarlas, prerrogativa que el mismo contrato de salud le reconoce”.

Por otro lado, en el caso *Carlos Fuentes con Isapre Consalud*, conocido por la Corte de Apelaciones de Concepción, el recurrente interpuso una acción de protección ante la negativa de la Isapre a otorgar la cobertura de hospitalización domiciliaria a su hijo quien padecía diversas enfermedades y epilepsia¹³. El recurrente celebró un contrato de salud con la Isapre Consalud S.A. siendo también beneficiario de dicho contrato su hijo Carlos Andrés. En este contrato se señaló expresamente que se cubren las prestaciones hospitalarias, algunas ambulatorias, medicamentos hospitalarios, prestaciones dentales y urgencias por convenio y/o seguro escolar. A su vez, el artículo 9º del referido contrato excluyó de toda cobertura la atención particular de enfermería. La Isapre fundó su negativa en que la prestación necesaria a aplicar al menor, según su médico tratante, es atención particular de enfermería y no hospitalización domiciliaria.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso incoado fundado en que el informe del médico tratante y los demás los exámenes médicos no refieren la necesidad de una hospitalización domiciliaria para el menor Carlos Andrés. Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso y revocó la sentencia apelada con base

¹³ Corte de Apelaciones de Concepción. *Carlos Javier Rivas con Isapre Consalud* (2007).

en la vulneración del derecho a la vida y de propiedad del recurrente, señalando que de acuerdo a la circular IF N° 14 citada precedentemente, se cumplen y se han cumplido a cabalidad, todos los requisitos de un régimen de hospitalización domiciliaria¹⁴. Expresó en el considerando séptimo:

“Que, conforme a lo razonado, no cabe sino calificar la conducta de la Isapre Consalud, primero como arbitraria, por cuanto, teniendo conocimiento de los informes médicos de los profesionales que participaron en la evaluación multidisciplinaria del mes de noviembre de 2006, efectuada al menor, a su propio requerimiento, ha prescindido de ellos y ha decidido en forma unilateral no bonificar las prestaciones del paciente después del mes de diciembre de ese año, pese a reconocer en el documento de fojas 34 que ha estado en contacto con el médico tratante del niño. En segundo término debe calificarse su actuar, como ilegal, porque de la forma como ha actuado, ha dejado de cumplir un contrato de salud que la obliga con su contratante, perjudicando con ello a uno de sus beneficiarios, y conculcando de tal manera las garantías constitucionales de los números 1 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto ha puesto en riesgo la vida y la integridad física de un paciente, a quien debe otorgarle beneficios que le ha negado y afectando también el patrimonio del cotizante, padre del menor, sobre quien se hace recaer los gastos de salud de éste, en circunstancias que a ellos debía concurrir la institución de salud previsional a que se halla afiliado”.

El caso *Natalia Castro con Isapre I.N.G. Salud S.A. y otro*¹⁵, la recurrente, doña Natalia Castro, interpuso la acción de protección a raíz de la negativa de la Isapre ING a brindar hospitalización domiciliaria a su hijo. El hijo de la recurrente, Michele Piccione, como consecuencia de un accidente automovilístico sufrió lesiones de carácter grave, correspondiendo su estado a uno vegetativo, por lo que debía ser apoyado con traqueotomía, oxigenoterapia y nutrición entera. En su oportunidad, la recurrida, I.N.G. Salud S.A., consideró que siendo la condición médica del paciente estable, pero constatando los médicos la escasa posibilidad de recuperación del afiliado, y atendido el alto costo económico para la familia mantenerlo hospitalizado, acordó junto con su familia trasladarlo a su domicilio, donde continuaría siendo tratado bajo la modalidad de hospitalización domiciliaria, prestación que sería cubierta por el plan de salud y la cobertura adicional para enfermedades catastróficas y que estaría sujeta a evaluación periódica. Por más de un año Michele recibió atención en estas condiciones, sin embargo ING Salud revisó la situación del cotizante, su evolución y atendido el certificado médico emitido por su médico tratante, resolvió no autorizar para un nuevo período el beneficio de la hospitalización domiciliaria. Agregó la recurrida que al encontrarse

¹⁴ Corte Suprema. *Carlos Javier Fuentes Rivas con Isapre Consalud* (2007).

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. *Natalia Castro Aguayo con Isapre I.N.G. Salud S.A y otro* (2007).

el menor estable, no corresponde otorgar una hospitalización domiciliaria, sino una atención de enfermería, la que está excluida del contrato de salud.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y señaló en el considerando N° 12:

“Que del estudio de los antecedentes, aparece de manifiesto que la recurrente Isapre I.N.G. Salud S.A., con el objeto de deslindar responsabilidades respecto del señor Piccione y no financiar las atenciones y prestaciones médicas que requiere, ha encuadrado la prestación médica del señor Piccione, como una “atención particular de enfermería, pues ella está precisamente dentro de las exclusiones que señala el artículo 7º suscrito entre las partes (...) Todo lo anterior, lleva necesariamente a la conclusión que atendido el estado de salud del señor Piccione éste requiere de una hospitalización domiciliaria, en los términos que se le otorgaron desde un principio, para mantener el equilibrio de sus funciones vitales, sin poner en riesgo su vida”.

Luego y sin perjuicio de que la Corte de Apelaciones hizo referencia al riesgo que la decisión de la Isapre implica para vida de Michele, fundó su fallo en la vulneración del ejercicio del derecho de propiedad del recurrente, señalando en su considerando 13:

“Que, por la misma razón, y al no hacerlo, Isapre I.N.G. Salud S.A. ha vulnerado efectivamente en perjuicio de doña Natalia Castro Aguayo y su hijo Michele Piccione Castro, la garantía constitucional del N° 24 del artículo 19, de la Constitución Política de la República, esto es el derecho de acceder a las prestaciones de salud establecidas en la ley y el derecho de serle pagados por la Isapre I.N.G. Salud S.A. los costos de las atenciones y prestaciones de salud que requiere”.

Finalmente, corresponde analizar el caso *Gustavo Cantuarias con Isapre Vida Tres S.A.*, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la negativa de la Isapre a renovar el beneficio de hospitalización domiciliaria a favor del recurrente¹⁶. Estimó el accionante que el rechazo de la cobertura por la Isapre vulnera el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 1 y 24 de la Constitución, es decir el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y el derecho de propiedad. La Isapre fundó su negativa en que las atenciones que recibiría don Gustavo Canturias en su domicilio constituirían una atención particular de enfermería, la que se encuentra excluida del contrato de salud.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso incoado con base en la conculcación de los derechos a la vida y de propiedad, y sostuvo:

“Quinto: Que con el informe médico ya referido, no contradicho por la recurrente, resulta incuestionable que los cuidados que actualmente recibe el paciente, exceden con creces,

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. *Gustavo Orlando Cantuarias Zepeda con Isapre Vida Tres S.A.* (2008)

lo que se estiman cuidados de enfermería, correspondiendo plenamente a lo que debe considerarse una hospitalización domiciliaria al tenor del oficio circular IF/14 del 14 de abril de 2005, que ésta invoca. Tales cuidados son indispensables para su actual estado de salud y, eventualmente, su recuperación, en términos tales que verse privado de ellos, importaría poner en riesgo su integridad física y su vida. Por otra parte, es improcedente sostener, como lo hace la recurrente, que la cobertura reclamada no podría ser otorgada mediante la cobertura adicional para Enfermedades Catastróficas (C.A.E.C.), so pretexto que lo impediría el no cumplimiento de uno de los requisitos formales para ello, porque el paciente no habría sido ingresado a uno de los prestadores de la red, puesto que fue la propia Isapre quien prescindió de tal formalidad al momento de consentir la hospitalización domiciliaria estando, incluso, dispuesta a considerar su prórroga”.

Como puede inferirse del análisis de los casos expuestos, la tarea que desarrollan las Cortes es dilucidar si, dada las condiciones de salud de los recurrentes, éstos requieren una hospitalización domiciliaria o sólo necesitan cuidados de enfermería. Valoran en consecuencia, a través de informes médicos, la necesidad de continuar con estos servicios para mantener el estado de salud de los recurrentes y de esta forma no poner en riesgo la vida y la integridad física de aquéllos. Asimismo, las Cortes consideran cómo la falta de cobertura puede afectar el patrimonio de los recurrentes. Esta es la razón por la que invocan los derechos consagrados en el artículo 19 N° 1, derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el N° 24, derecho de propiedad. Así lo evidencia la parte resolutiva del fallo *Gustavo Cantuarias con Isapre Vida Tres S.A* , que dice:

“En definitiva, si al negar la cobertura solicitada se pone en riesgo la integridad física y la vida del paciente y se desconocen derechos contractuales que le asisten en su calidad de cotizante regular por largos años, resulta indudable que se afectan sus derechos constitucionales consagrados en los numerales 1 y 24 de la Constitución Política, incurriendo en una arbitrariedad de ilegalidad por parte de la recurrente, que hace necesario dar acogida al presente recurso para re establecer el imperio del derecho”.

Para finalizar, cabe destacar el fallo recaído en el caso *Amelia Nakagawa y otro con Isapre Banmédica S.A.* por el valioso esfuerzo de argumentación realizado por la Segunda Sala de Verano de esta Corte de Apelaciones de Santiago. La recurrente, doña Amelia Nakagawa interpuso la acción de protección ante la negativa de la Isapre Banmédica a cubrir el costo de la hospitalización domiciliaria de su hijo Ninoslav, quien sufrió un tec severo e hidrocefalia¹⁷. La recurrente considera que se vulnera el ejercicio de los derechos a la vida e integridad física y psíquica y de propiedad, previstos en el artículo 19 N° 1 y 24 respectivamente. La Isapre discrepó

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. *Amelia Harue Nakagawa Zapata; Ninoslav Ichiro Lokvicic Nakagawa; con Isapre Banmédica S.A.* (2008)

del reclamo, pues en su concepto el beneficiario no soporta una hospitalización domiciliaria sino una atención particular de enfermería, habiéndose expresamente excluido a estas últimas en las condiciones generales del contrato de salud que vincula la Isapre con la recurrente.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección ordenando a la demandada que confiera la cobertura, y consideró con base en los informes médicos, que la atención domiciliaria del menor es indispensable para la recuperación de su salud y en consecuencia corresponde otorgar los servicios de salud por los que velan tanto el derecho internacional como el constitucional, cuyas disposiciones se citan extensamente en el fallo. Continuó el tribunal reflexionando que el ejercicio del derecho a la protección de la salud no es ni puede ser absoluto, lo que implica que no obstante la amplitud del amparo que la ley depara a la salud, ese no es ilimitado y, tratándose del régimen privado, se atiene al contrato que vincula a las partes. En consecuencia, al ser la protección a la salud el bien jurídico que el ordenamiento resguarda, hasta donde le resulta posible, cualquier limitación ha de atenerse a los parámetros de la excepcionalidad, que exige del intérprete especial rigor para configurar lo exceptuado, lo cual hace que el estudio de la ilegalidad pase a concentrarse en el de la prueba de que el paciente no ha estado sujeto a hospitalización domiciliaria sino a cuidado de enfermería particular, prueba que corresponde a la Isapre recurrida. Luego de un exhaustivo análisis sobre la configuración de la arbitrariedad y la ilegalidad, la Corte se planteó que esto no es suficiente para señalar como vulneradas las garantías invocadas y explicó que si bien es correcto que ante diagnósticos como el de hidrocefalia sucedánea a un traumatismo encéfalo craneano grave se vislumbre un riesgo vital, no es posible sostener que la negativa en cuestión pudo hacer peligrar la vida y en consecuencia vulnerar el derecho del artículo 19 N° 1. A esta conclusión llegó el tribunal por dos vías. La primera, no se cuenta con evidencia médica que demuestre que de no suministrarse el tratamiento dispuesto habría de seguirse el deceso del menor. La segunda, porque de la falta de cobertura no habría necesariamente de derivarse la ausencia de tratamiento, desde que no queda descartado que haya podido ser solventado por fuente sustitutiva. Sin embargo, los sentenciadores estimaron vulnerado el derecho de propiedad, toda vez que el contrato de salud produjo el efecto de incorporar al patrimonio de la recurrente el derecho a que la Isapre sufragara, en los porcentajes contemplados, los de las enfermedades propias y de los beneficiarios por ella designados. En consecuencia, resulta evidente para la Corte que la negativa a cumplir el contrato de salud, cubriendo el costo de la hospitalización domiciliaria a lo que Ninoslav tenía derecho, quebrantó su derecho de dominio sobre éste. Así concluyó la Corte en el considerando N° 16:

“Que así las cosas, se cumplen todas y cada una de las condiciones necesarias para la procedencia del amparo, a saber: a) Existencia de un acto (denegatoria de cobertura plasmada en la carta AM 411/2007); b) Que ése sea ilegal; o arbitrario; c) Que de tal ilegalidad o arbitrariedad se siga directo e inmediato atentado a alguna garantía constitucional (art. 19 Nº 24); y d) Que la Corte esté en situación material y jurídica de restablecer el imperio del derecho”.

3. Procedimientos y medicamentos no incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud

Respecto a las coberturas denegadas para medicamentos no incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud corresponde analizar el caso *Maritza Segura y otro con Isapre Consalud S. A.* interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Concepción en el año 2006, por la negativa de la Isapre a dar cobertura al medicamento enbrel y las consultas al especialista para Helen Nicole, hija de la recurrente, quien padecía de artritis idiopática juvenil sistémica¹⁸. Los recurrentes invocaron la conculcación del derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 19 Nº 9 de la Constitución.

La Isapre aludida fundó su negativa en que se trata de atenciones de salud y medicamentos de administración ambulatorios, no bonificables, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de las condiciones de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas, salvo las excepciones allí indicadas, entre las que no se encuentra la cobertura solicitada por la recurrente. Asimismo, se rehusó a cubrir las consultas al especialista porque éste no figuraba en la nómina de prestadores de la red cerrada.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección considerando que no procede tal acción por la vulneración de un derecho no amparado en el artículo 20, como es el derecho a la protección de la salud, reforzando entonces nuestra posición que en este ámbito no nos encontramos ante un activismo judicial fuerte. En este sentido, expresó la sentencia:

“6º. Que, por último, es necesario considerar como lo dice nuestra Constitución Política que “cada persona tiene el derecho a elegir el sistema de salud al que deseé acogerse, sea éste estatal o privado. En el sistema de salud estatal, efectivamente es el Estado quien tiene la obligación y responsabilidad de entregar las coberturas de salud a que tienen derecho todas las personas asegurándoles las prestaciones necesarias básicas, las que entrega a través de la red pública de salud. Si se elige el sistema de salud privado para obtener coberturas más completas, se puede suscribir contratos con las Instituciones de Salud Previsional o

¹⁸ Corte de Apelaciones de Concepción. *Maritza Lilian Segura Figueroa; Helen Nicole Lagos Segura con Isapre Consalud Sociedad Anónima* (2006).

Isapres, pactando los términos en que operará dicho contrato, como es el caso de la recurrente. Esta, al celebrar el contrato de salud con la recurrente, no pactó expresamente la cobertura reclamada por el presente recurso, como consta de los antecedentes acompañados al proceso, ni ésta se encuentra contemplada dentro de la cobertura obligada en el Arancel Fonasa ni en la ley de Isapres”.

Concluyendo en el considerando séptimo:

“7º. Que lo expuesto precedentemente, permite concluir que no ha existido por parte de la Isapre Consalud S.A. una actuación arbitraria ni ilegal, puesto que su negativa a otorgar la cobertura pedida por la actora se ajustó tanto a las leyes antes señaladas, como a lo libremente pactado entre las partes, por lo que el recurso de protección deducido no puede prosperar”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada¹⁹.

Por otra parte, en lo que dice relación con procedimientos no incluidos en los contratos de salud, destaca el caso *Cristián López con Isapre Consalud S.A.* incoado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en que se solicita que se ordene la cobertura inmediata C.A.E.C. de los costos de pabellón y de honorarios médicos por la instalación de un catéter peritoneodiálisis a la hija del recurrente, Francisca López²⁰.

La Isapre recurrente se negó a otorgar la cobertura reclamada fundada en que dichos procedimientos no se encuentran incluidos en el arancel aplicable al contrato de salud materia de análisis.

Consultada la Superintendencia de Salud informó que la referida prestación no figura en el arancel de la Isapre recurrente ni en el listado obligatorio de Fonasa, el que sólo registra la denominada “Peritoneodiálisis con Insumos” y la llamada “Peritoneodiálisis Continua”.

En vista de lo anterior la Corte de Apelaciones rechazó el recurso y razonó:

“7º) Que de esta forma no puede caber duda, con los elementos con que se ha contado, que se ha tratado de prestaciones no contempladas en el arancel del plan de salud. Por ende, de acuerdo al artículo 7º de las condiciones generales del contrato de salud y a lo establecido en la ley respectiva, si la Isapre no ha estado obligada a otorgar la cobertura pretendida, no ha podido incurrir en ilegalidad al negarse a ella. De otro lado, tampoco puede estimarse que haya existido arbitrariedad, ya que habiéndose sujetado la recurrente razonablemente a esta normativa, no cabe deducir que la entidad de salud previsional haya actuado motivada por la sin razón o el mero capricho”.

Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso y revocó la sentencia apelada, estimando vulnerado el derecho a la vida y de propiedad del recurrente. Valoró

¹⁹ Corte Suprema. *Maritza Lilian Segura Figueroa; Helen Nicole Lagos Segura con Isapre Consalud Sociedad Anónima* (2006).

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. *Cristián Marcelo López Abumada con Isapre Consalud S.A.* (2008).

que no resulta razonable sostener que si la Isapre recurrida se halla obligada a soportar los gastos asociados a la enfermedad que aquejó a la menor pueda eximirse de pagar los costos propios de la instalación y retiro del catéter si, como resulta evidente, su uso aparece como imprescindible para tratar esa enfermedad y recuperar la salud de Francisca López. En este sentido recalcó en el considerando octavo del fallo:

“Que sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha razonado, la conclusión que se ha adelantado más arriba se ve reafirmada por la circunstancia que se anotará a continuación. La prestación cuya cobertura se ha negado se refiere a un “catéter peritoneodiálisis, en tanto que en el arancel aplicable al contrato de salud de autos se encuentra incluida la denominada “peritoneodiálisis con insumos, expresiones que evidentemente dan cuenta de una misma atención médica, pues el indicado catéter no puede ser considerado sino como un insumo de la peritoneodiálisis. Siendo así, la negativa de la Isapre recurrida aparece fundada en una mera cuestión de texto, de modo que la negativa al pago carece de fundamento razonable”.

Finalmente la Corte Suprema resolvió, que el acto denunciado por esta vía conculca la garantía consagrada en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, desde que se ha impuesto al actor el pago de una suma de dinero sin que exista fundamento para ello. En efecto, habiendo obtenido el recurrente que se activara en su favor la llamada cobertura adicional para enfermedades catastróficas respecto del problema de salud que aquejó a su hija, la recurrida se halla obligada a satisfacer todos los costos asociados a dicho evento y que sean necesarios para recuperar la salud de aquélla, incluyendo entre ellos la instalación y retiro del catéter peritoneodiálisis. De esta manera, la decisión de la Isapre de no pagar tales procedimientos, a juicio de los sentenciadores, significa liberarse de satisfacer una obligación, afectando esta decisión el patrimonio del recurrente.

IV. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto pueden ser extraídas las siguientes conclusiones:

Se descarta, al menos en el plano definido, la presencia de un activismo judicial en sentido fuerte. Ello puesto que, en lo relativo a la materia analizada no concurren sentencias que fallen contra texto expreso de la Constitución, sea incorporando dimensiones inéditas del derecho a la protección de la salud o bien reconociéndole garantías jurisdiccionales que no posee.

Enfrentados a la tarea de constatar, en el ámbito señalado, la eventual presencia de un activismo judicial en sentido moderado, los siguientes elementos sugieren que las Cortes de alzada en Chile no actúan de forma deliberada sobreinterpretando

el contenido de otros derechos con el fin de robustecer la protección constitucionalmente brindada al derecho a la protección de la salud. Esto por cuanto:

1. Primero, las Cortes han tendido a tratar el problema de la cobertura adicional de salud para enfermedades catastróficas desde una perspectiva meramente contractual, analizando las estipulaciones del contrato de salud que liga a las partes, así como la normativa vigente en la materia, verificando la concurrencia de los supuestos de hecho que las activan. Han declarado, en este sentido, que las Isapres deben pagar las prestaciones adeudadas en aquellos casos en que sean, en atención a los hechos, contractualmente procedentes. En este punto, resulta llamativo que las Cortes, en sede de protección, accedan al conocimiento de disputas en donde se controvierte acerca de la existencia de obligaciones sujetas a condición, competencia natural de los tribunales ordinarios o de fondo. En consecuencia, en casos como éstos lejos de concluirse la existencia de un activismo judicial *pro* derecho a la salud, debiera sospecharse de uno contractual, o *pro* derecho de propiedad.

2. Segundo, en ninguno de los casos analizados, la importancia o características del bien tutelado mediante el derecho a la protección de la salud ha tenido presencia decisiva en la *ratio decidendi* de las sentencias, elemento imprescindible del activismo judicial.

3. Y tercero, lejos de ocupar un lugar preferente en las sentencias, el derecho a la protección de la salud o su afectación, han sido considerados como un elemento más, y ni siquiera crucial, al momento de constatar una eventual violación del deber contractual de dar cobertura adicional para enfermedades catastróficas. En efecto, tal obligación se ha estimado insatisficha solamente cuando la aplicación de un tratamiento necesario para preservar la vida del paciente haya importado un detimento patrimonial para el recurrente, de tal forma que si a juicio del tribunal esto último no acontece, se debiera rechazar la acción deducida.

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Mauricio Emilio Vargas Aguilera con Institución de Salud Previsional Banmédica Sociedad Anónima; Isapre Banmédica Sociedad Anónima (2006): Corte de Apelaciones de Santiago 10 de abril de 2006 (acción de protección).

Maritza Lilian Segura Figueroa; Helen Nicole Lagos Segura con Isapre Consalud Sociedad Anónima; (2006): Corte de Apelaciones de Concepción 13 de junio de 2006 (acción de protección)

Maritza Lilian Segura Figueroa; Helen Nicole Lagos Segura con Isapre Consalud Sociedad Anónima; (2006): Corte Suprema 19 de julio de 2006 (apelación acción de protección).

Mauricio Emilio Vargas Aguilera con Institución de Salud Previsional Banmédica Sociedad Anónima; Isapre Banmédica Sociedad Anónima (2006): Corte Suprema 19 de julio de 2006 (apelación acción de protección).

Jaime Díaz Meléndez; María Vives Contardo; don Felipe Díaz Vives con Isapre Más Vida S.A. (2006): Corte de Apelaciones de Temuco 18 de agosto de 2006 (acción de protección).

Rosina Cucoch Petraello Vuscovich y Federico Luis Leefhelm Ruf con Isapre Banmédica S.A. (2006): Corte de Apelaciones de Concepción 21 de agosto de 2006 (acción de protección).

Rosina Cucoch Petraello Vuscovich y Federico Luis Leefhelm Ruf con Isapre Banmédica S.A. (2006): Corte Suprema 27 de septiembre de 2006 (apelación acción de protección).

Jaime Díaz Meléndez; María Vives Contardo; don Felipe Díaz Vives con Isapre Más Vida S.A. (2006): Corte Suprema 28 de septiembre de 2006 (apelación acción de protección).

Angélica Hurtado Gutiérrez; Mauro Hurtado Gutiérrez; Corina Gutiérrez Riveras; Omar Hurtado Alfaro; con Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A; Director Regional del Área Metropolitana y VI Región del Fondo Nacional de Salud (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 18 de enero de 2007 (acción de protección).

Carlos Javier Fuentes Rivas con Isapre Consalud (2007): Corte de Apelaciones de Concepción 2 de abril de 2007 (acción de protección).

Carlos Javier Fuentes Rivas con Isapre Consalud (2007): Corte Suprema 18 de julio de 2007 (apelación acción de protección).

Natalia Castro Aguayo con Isapre I.N.G. Salud S.A y otro (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 28 de septiembre de 2007 (acción de protección).

Natalia Castro Aguayo con Isapre I.N.G. Salud S.A y otro (2007): Corte Suprema 13 de noviembre de 2007 (apelación acción de protección).

Luis Alberto Mate de Luna con Isapre Colmena Golden Cross S.A. (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 28 de noviembre de 2007 (acción de protección).

Amelia Harue Nakagawa Zapata; Ninoslav Ichiro Lokvicic Nakagawa; con Isapre Banmédica S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago 25 de febrero de 2008 (acción de protección).

Maximiliano von Dessauer Grisar con Isapre Banmédica S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago 14 de marzo de 2008 (acción de protección).

Maximiliano von Dessauer Grisar con Isapre Banmédica S.A. (2008): Corte Suprema 5 de mayo de 2008 (apelación acción de protección).

Cristián Marcelo López Ahumada con Isapre Consalud S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago 12 mayo de 2008 (acción de protección).

Gustavo Orlando Cantuarias Zepeda con Isapre Vida Tres S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago 15 de mayo de 2008 (acción de protección).

Ricardo Antonio Pinto Gálvez con Isapre Consalud S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago 26 de mayo de 2008 (acción de protección).

Amelia Harue Nakagawa Zapata; Ninoslav Ichiro Lokvicic Nakagawa; con Isapre Banmédica S.A. (2008): Corte Suprema 27 de mayo de 2008 (apelación acción de protección).

Ricardo Antonio Pinto Gálvez con Isapre Consalud S.A. (2008): Corte Suprema 29 de septiembre de 2008.

Juan Humberto Parra Munizaga con Hospital Carlos Van Buren; Ministerio de Salud (2008): Corte de Apelaciones de Valparaíso 26 de diciembre de 2008 (recurso de protección).

Gustavo Orlando Cantuarias Zepeda con Isapre Vida Tres S.A. (2008): Corte Suprema 11 de agosto de 2008 (apelación acción de protección)

Cristián Marcelo López Ahumada con Isapre Consalud S.A. (2008): Corte Suprema 22 de septiembre de 2008 (apelación acción de protección).