C.A. de Santiago

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente,

Primero: Que comparece don René Avelino Gómez Valenzuela quien interpone acción de protección en contra del Hospital Clínico San Borja- Arriarán y de la Superintendencia de Salud, por el acto que estima arbitrario e ilegal consistente en la negativa a fijar fecha cierta o al menos próxima para su intervención quirúrgica manteniéndolo en lista de espera desde hace 4 años a la fecha, lo que vulneraría sus garantías constitucionales de integridad física y psíquica e igualdad ante la ley consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, por lo que solicita se ordene al Hospital que proceda a fijar fecha para el procedimiento quirúrgico pendiente en el plazo imperativo de un mes o se ordene a la Superintendencia de Salud determinar otro prestador para ello, con costas.

Señala que desde fines de 2019 fue diagnosticado con Gonartrosis bilateral, lo que le impide trabajar y sustentar a su familia, realizar actividades físicas y nada que implique movilizar su cuerpo, debido a los intensos dolores que padece.

Refiere que por prescripción del equipo médico tratante, dicho diagnostico sólo puede ser erradicado mediante una artroplastia total bilateral y un correcto tratamiento médico, la que fue solicitado al Hospital Clínico San Borja Arriarán encontrándose en lista de espera para su operación desde el año 2019, sin que a la fecha se le haya dado cita para su cirugía.

Indica que durante el tiempo de espera han acaecido diversos hechos que han prolongado aquella, como fue el estallido social, la contingencia sanitaria y el siniestro ocurrido en

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

las instalaciones del hospital, pero habiendo ya superado todos ellos, actualmente la demora se debe a la ineficacia, negligencia y desidia del sistema de salud, lo que ha provocado que la gravedad de sus dolencias aumenten a tal grado, que por resolución de fecha 26 de noviembre de 2021 la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez ha certificado su discapacidad leve, física y movilidad reducida.

Actualmente, después de 4 años de su diagnóstico, y estando sometido a un tratamiento medicamentoso, nuevamente solicitó fecha para su operación, tanto de forma presencial como virtual a través de los distintos canales Web del servicio público de salud como son el sistema OIRS del Ministerio de Salud, FONASA y ante la propia Superintendencia de Salud, ante la cual interpuso un recurso de queja y un reclamo administrativo, cuya respuesta de fecha 03 de agosto de 2023 por parte de la Intendenta de Prestadores de Salud doña Carmen Monsalve Benavides, no resolvió el conflicto de la lista de espera, y en su lugar señaló que “Si la respuesta le es insatisfactoria, debe ingresar un nuevo reclamo en esta Superintendencia”.

En cuanto al Hospital, refiere que la última evaluación realizada con fecha 4 de septiembre de 2023 por el doctor Álvaro Rojas Troncoso, médico ortopeda y traumatólogo del equipo de rodilla del Hospital Clínico San Borja Arriarán, le da nuevamente una fecha probable de cirugía, colocándolo una vez más en lista de espera.

Estima que los hechos descritos constituyen una omisión ilegal y arbitraria por parte del hospital y por parte de la Superintendencia, por cuanto ha realizado las gestiones ante ambos organismos sin obtener resultado alguno o aminorar la lista de espera. Dicha conducta infringe el artículo 2° de la Ley N°

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

20.584 que Regula los Derechos y Deberes de los Pacientes, pues no se está dando una atención de salud oportuna, cuya espera le producirá una pérdida de movilidad importante e invalidante, impidiendo que pueda recuperar su salud. Asimismo, considera que la situación es arbitrara al no ser razonable que después de 4 años el Hospital declare que no lo van a intervenir, vinculando su patología de artrosis a la situación de pandemia, lo que significa una renuncia por parte del servicio público a su obligación de desplegar las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y rehabilitación conforme lo mandata el artículo 1° del D.F.L N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, más si no se le indica un plazo o fecha en que la operación deba efectuarse.

Manifiesta que la situación le ha provocado un deterioro emocional, económico y físico invalidante, que ha dejado de ingerir alimentos y que depende de terceras personas, como su señora, para realizar actividades cotidianas, por lo que siente que han jugado con él y con su familia, ilusionándolo con una operación que lo haría retomar su vida e incluso a su trabajo, lo que vulnera su derecho a la integridad física y psíquica, por cuanto el Estado no está realizando las acciones concretas para lograr su goce efectivo y pleno de este derecho. Así también vulnera su derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria, toda vez que la respuesta dada por la Superintendencia indicando que ante la insatisfacción de la respuesta dada por el prestador de salud debe presentar un nuevo reclamo, es volver a someter a espera un caso ya tramitado.

Finalmente, y previas citas legales y jurisprudenciales, solicita se acoja el recurso, se reestablezca el imperio del derecho y en definitiva se ordene al Hospital Clínico San Borja Arriaran, o

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

a la Superintendencia de Salud -en orden a determinar otro prestador de salud-, que se proceda a fijar fecha cierta o próxima de su intervención quirúrgica en el plazo imperativo de un mes, con costas.

Segundo: Que comparece don Jorge Dip Calderón, Fiscal de la Superintendencia de Salud solicitando el rechazo de la acción intentada; en primer lugar, alega la improcedencia del recurso por no corresponder a una acción cautelar de garantías constitucionales, toda vez que lo solicitado escapa a la naturaleza y al procedimiento previsto para el recurso de protección.

Señala que con fecha 3 de agosto de 2023 el recurrente interpuesto ante la Superintendencia el reclamo N° 5011293-2023 contra el mismo prestador de salud pública por haber retardado en demasía la intervención quirúrgica que le correspondía por la patología que padece. En el marco de dicho procedimiento administrativo, la Superintendencia constató que con fecha 17 de agosto del mismo año, interpuso el mismo reclamo ante el propio establecimiento, cuyo plazo de respuesta por parte del prestador es de 15 días hábiles, el que se hallaba pendiente, por lo que siendo procedente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 20.584, se dio respuesta al recurrente mediante Oficio IP/N° 11261 de 5 de septiembre del corriente, comunicando que sólo ante una respuesta insatisfactoria por parte del prestador de salud o falta de respuesta dentro de plazo procedía efectuar un reclamo ante la Superintendencia de Salud.

Explica que dicho oficio tenia únicamente el carácter de informativo sobre su falta de competencia por estar pendiente el plazo de respuesta del prestador con fecha 5 de septiembre de 2023, no constituyendo una respuesta negativa por parte del servicio.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

En subsidio, alegó la extemporaneidad del recurso, por cuanto el acto recurrido es la falta de concreción de su cirugía la que se solicitó con fecha 28 de abril de 2021, habiendo transcurrido al día 3 de agosto de 2023 al menos 2 años y medio, lo que supera en exceso el plazo del recurso de protección. En este sentido, estima que el recurrente intenta crear un nuevo plazo, contabilizándolo desde que la Superintendencia emite el Oficio informativo de fecha 5 de septiembre de 2023, no siendo más que una maniobra para establecer un nuevo hito desde el cual acudir a esta Corte.

En subsidio, informa que la Superintendencia no rechazó el reclamo deducido por el interesado ni omitió respuesta, sino que se limitó a cumplir con la Ley N° 20.584 y el reglamento respectivo, debido a que por mandato legal expreso del artículo 37 de la normativa, la Superintendencia no puede intervenir existiendo un reclamo con plazo pendiente ante el propio prestador de salud, por lo que carece de legitimidad pasiva en lo reclamado en este caso.

Agrega que lo pretendido contra la Superintendencia de Salud obedece a una confusión sobre las facultades de la misma y a un desconocimiento de la normativa vigente, pues carece de facultades para designar un nuevo prestador de salud o intervenir en la gestión clínica de su caso.

Finalmente, esgrime que no existe la vulneración de garantías constitucionales reclamadas, ni una acción u omisión ilegal o arbitraria a su respecto, ni siquiera un derecho indubitado que permita acudir a esta instancia judicial, por cuanto su petición consiste precisamente en que se le designe un nuevo prestador de salud o se le fije fecha para una cirugía, lo que demuestra que está solicitando un pronunciamiento declarativo de derechos, lo

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

que excede de la naturaleza de la acción, por lo que solicita se rechace el recurso en todas sus artes, con costas.

Tercero: Que comparece doña Denisse Peña Rocco, en representación del Hospital Clínico San Borja Arriarán y solicita también el rechazo del recurso por improcedente, con costas, argumentando que el recurrente se encuentra en lista de espera para intervención quirúrgica de Artoplasia, cuya solicitud la realizó con fecha 28 de abril de 2021, por lo que contrario a lo señalado en el recurso, se mantiene en lista de espera desde hace 2 años y 7 meses a la fecha del informe.

Refiere que el Hospital ha sufrido 2 eventos que han retrasado las intervenciones quirúrgicas no sólo del recurrente sino a una serie de pacientes. Uno de ellos es la pandemia por COVID19 y el segundo es el incendio ocurrido en enero de 2021 en las instalaciones del hospital, lo que trajo como resultado una reorganización interna que se mantiene hasta la fecha, por lo que actualmente en la especialidad que requiere el paciente, se encuentran realizando las últimas intervenciones quirúrgicas de los pacientes en lista de espera del año 2019 y los del año 2020, a razón de 3 pacientes por semana, por lo que próximamente será el turno del recurrente, lo que se estima para el año 2024.

Agrega que como medida paliativa, el recurrente se encuentra en tratamiento farmacológico, siendo infiltrado, lo que mejora su calidad de vida en la espera por intervención, pero, además, como consecuencia de lo mismo, el paciente no puede ser intervenido antes de 3 a 6 meses desde que se practique la infiltración, por configurar un riesgo alto de infección, de acuerdo a lo informado por los especialistas de la unidad y basado en evidencia científica y literatura médica respectiva.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Aclara que el paciente está en una lista de Espera no GES, debe respetar y estarse al conducto regular de todo el hospital, no siendo posible realizar distinción o preferencia alguna frente a otros pacientes en igual o peores condiciones que él, por lo que su citación médica se efectuará cuando sus circunstancias clínicas lo permitan y cuando se encuentre la disponibilidad de pabellón, esperando que por el presente recurso no se configure una discriminación arbitraria para aquellos pacientes en lista de espera que no recurren ante esta Corte. Además, ni la enfermedad ni la condición actual del recurrente presenta una urgencia, ni se encuentra en riesgo vital y la falta de cirugía no agrava su condición clínica ni hace inminente la necesidad de esta, y por el contrario, el hecho de encontrarse con infiltración en la actualidad hace mucho más riesgoso someter a cirugía al paciente si no se le prepara de manera previa, preparación que consiste en suspender este tratamiento medicamentoso de infiltración de rodillas para preparar su ingreso a pabellón.

Indica que la planificación sanitaria es una de las funciones de la institución la cual debe velar por una distribución adecuada y armónica de los recursos públicos del sector asignados anualmente en la Ley de Presupuestos, lo que supone una distribución priorizada de los recursos físicos y humanos subordinados a criterios objetivos y técnicos sanitarios. La judicatura al realizar una interpretación de carácter individual sin atender dichos criterios, obliga al sistema de salud público a destinar recursos no dispuestos ni previstos para ese fin, distorsionando la planificación sanitaria que el legislador ha depositado exclusivamente en la administración, la cual -entre otras cuestiones- diseña la priorización de sus recursos en un ámbito de seguridad social colectivo.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Finalmente expresa que en la especie no se verifican los presupuestos para la concurrencia de la acción de protección, por cuanto no existe una conducta ilegal o arbitraria imputable a las recurridas, pues no es posible adelantar la lista de espera quirúrgica a un paciente por el hecho de que estos presenten un reclamo o una solicitud administrativa, esto, configuraría una discriminación arbitraria para aquellos pacientes que se encuentran en la lista de espera, en igual o peor condición clínica, y enfatiza en que la lista de espera no es un acto arbitrario, obedece a la mayor demanda por parte de los usuarios de la red que la capacidad que tiene el Hospital para ir atendiendo los casos que van arribando. No es un hecho antojadizo, arbitrario ni ilegal, las listas tienen sustento objetivo y direccionado por los Servicios de Salud y por el Ministerio de Salud que en algunos casos se realizan y obedecen a un simple orden, como en el presente caso, y en otras a planificaciones de urgencias, gravedad como así también sobre el cual se sustentan las decisiones de priorización y financiamiento, toda cuestión propia de la función y políticas públicas.

Cuarto: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

Quinto: Que en cuanto a la falta de legitimación pasiva alegada por la Superintendencia de Salud, consta de autos que la entidad fiscalizadora no ha emitido opinión sobre el asunto planteado, por cuento es el recurrente quien en forma previa reclamó ante el prestador institucional designado, razón por la cual se limitó a comunicar al recurrente lo regulado en el artículo 37 de la Ley N° 20.584, en cuanto a que esa entidad no puede intervenir sino hasta que se pronuncie -en este caso- el Hospital San Borja Arriarán. En efecto, el citado precepto dispone que *"toda persona podrá reclamar el cumplimiento de los derechos que esta ley le confiere ante el prestador institucional…"*. Luego agrega *"Si la persona estimare que la respuesta no es satisfactoria o que no se han solucionado las irregularidades, podrá recurrir ante la Superintendencia de Salud".*

Por consiguiente, según se lee en el Ord. IP/11261, de 5 de septiembre de 2023, emanado de la Intendencia de Prestadores de Salud, en relación al reclamo de 3 de agosto de 2023, esa comunicación únicamente informa que encontrándose pendiente el reclamo presentado por el interesado –recurrente de autos- ante el prestador -Hospital San Borja Arriarán- con fecha 17 de agosto de 2023, quien debía responde al reclamante en el plazo de 15 días hábiles, si al término de dicho plazo *"no ha recibido una respuesta o la respuesta le es insatisfactoria, Usted debe ingresar un nuevo reclamo en este Superintendencia, en el plazo de 5 días hábiles…".* En este contexto, ningún acto o resolución ha emitido la Superintendencia sobre la materia que afecte los derechos del recurrente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Sexto: Que en cuanto al fondo del conflicto, de los antecedentes acompañados a la causa consta que la “Solicitud de Intervención Quirúrgica” al Hospital Clínico San Borja Arriarán se ingresó con fecha 28 de abril de 2021, identificándose como “Cirugía menor”, por el diagnóstico de Gonartrosis (artrosis de rodilla), intervención propuesta: Endoprótesis Total de Rodilla, derivada del Servicio de Traumatología Adulto, suscrita por el médico don Camilo Antonio Miranda.

Tampoco se encuentra en discusión la patología que afecta al recurrente, de 68 años de edad, y la necesidad de la intervención quirúrgica prescrita por su médico tratante. Sin embargo, también se desprende de los antecedentes de la causa que el recurrente no se encuentra en riego vital y que el prestador Institucional -Hospital San Borja Arriarán- ha otorgado las atenciones médicas paliativas destinadas a mejorar su calidad de vida, tanto farmacológicas como procedimientos de infiltración – como se advierte de la Receta Paciente Ambulatoria de 4 de septiembre de 2023- en espera de la solución quirúrgica prescrita, para lo cual se encuentra incluido en la lista confeccionada por el Hospital desde el año 2021, la que tiene por objeto el manejo interno de los recursos y políticas de la institución de salud. En efecto, en certificado extendido con fecha 4 de septiembre de 2023, suscrito por el Médico don Álvaro Rojas Troncoso, de la especialidad ortopedia y traumatología, equipo de rodilla del Hospital Clínico San Borja Arriarán, se consigna que “*paciente en lista de espera quirúrgica para atropiastía total de rodilla bilateral. Primero izquierda, luego derecha. Fecha probable de cirugía en 6 meses aproximadamente desde a fecha de este control, primero rodilla izquierda, requiere de al menos 3 meses de rehabilitación.*

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Luego se realizará rodilla derecha, requiriendo 3 meses posteriores de rehabilitación".

Por otro lado, son hechos públicos y notorios la pandemia por COVID 19 que afectó el normal funcionamiento del Centro de Salud, por cuanto se suspendieron las cirugías programadas, centrándose los esfuerzos en la atención de esa contingencia, acatando las directrices estatales, y también lo es el incendio que en el año 2021 afectó al Hospital obligando a la institución a su reorganización.

Séptimo: Que el Hospital recurrido se encuentra realizando las cirugías de la especialidad de traumatología, respetando las listas de espera de los años 2019 y 2020, de acuerdo a sus capacidades y recursos disponibles, sin que exista, por ahora mayor certeza acerca de la fecha exacta en que el centro hospitalario estaría en situación de practicar la prescrita para el recurrente, como se consigna en el Certificado Médico de 4 de septiembre de 2023, por cuanto el profesional tratante y miembro del equipo de rodilla del Hospital estima como fecha probable un término 6 meses a partir de septiembre de 2024, lo que es coincidente con lo informado por el entidad de salud.

Conforme se viene razonando, no se observa un acto u omisión ilegal o arbitrario imputable a la recurrida, que afecte gravemente la salud del recurrente o que desconozca sus derechos garantizados por la Ley N°20.584. Por el contrario, el Hospital San Borja Arriarán ha entregado al recurrente la atención de salud que en esta etapa el paciente requiere y reconoce que ejecutará la cirugía respetando la lista de espera no GES para intervenciones programadas, cuando las condiciones clínicas del paciente lo permitan, de acuerdo a la disponibilidad de pabellón del hospital. Lo anterior es razonable pues se respecta la

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

estructura y políticas internas del Hospital, conforme a los criterios definidos previamente, pues no existe urgencia vital en la situación de salud del recurrente que determine alterar la orden de atención y la planificación sanitaria definida por el recurrido. Lo anterior, busca ejecutar y distribuir adecuadamente los recursos físicos y profesionales, siempre limitados, de acuerdo a parámetros médicos e institucionales, pues con dichas políticas se pretende en el ámbito público sanitario, precisamente, evitar arbitrariedades en la toma de decisiones médicas.

Octavo: Que en las condiciones descritas, es evidente que el asunto propuesto excede el ámbito de aplicación de la acción constitucional intentada, en primer lugar, porque no asiste al recurrente un derecho preexisten e indubitado que deba ser amparado esta vía y, en segundo término, porque no resulta acreditada la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario que amerite una respuesta cautelar por esta vía extraordinaria, por cuando en el año 2024 la cirugía debiera ser realizada, resultando además, improcedente a través de ésta acción revisar la planificación intenta del Hospital, cuando el recurrente -paciente del centro recurrido- no se encuentra en riesgo vital que lo justifique.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza**, **sin costas**, la acción de protección impetrada por don René Avelino Gómez Valenzuela.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó la Ministra señora González Troncoso.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Rol Protección N° 15.054-2023.

Jessica De Lourdes González Troncoso
Ministro
Corte de Apelaciones
Veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés
11:24 UTC-3

Alejandro Eduardo Rivera Muñoz
Ministro
Corte de Apelaciones
Veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés
10:03 UTC-3

Rafael Mauricio Plaza Reveco
Abogado
Corte de Apelaciones
Veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés
11:26 UTC-3

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., Alejandro Rivera M. y Abogado Integrante Rafael Mauricio Plaza R. Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil veintitres.

En Santiago, a veintiuno de diciembre de dos mil veintitres, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: HCXYXKXQFBX