

Santiago, seis de julio de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que con fecha 5 de enero de 2021, comparece Patricia Garling Vial, quien interpone recurso de protección en favor de la vida e integridad física y psíquica de su padre don Juan Carlos Garling Pfenningdorf, en contra del Fondo Nacional de Salud, Fonasa, cuyo Director es Don Marcelo Mosso Gómez, por el acto que estima ilegal y arbitrario consistente en la negativa de la recurrida de designar un segundo prestador que no sea el Hospital Del Salvador que consta de la carta emitida por Fonasa y dirigida a la actora fechada 4 de noviembre de 2019, lo que sostiene constituye una grave amenaza, perturbación y privación al legítimo ejercicio del derecho y garantía constitucional establecido en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Pide que se adopten todas las medidas que se estimen pertinentes para restablecer el imperio del derecho, y se ordene a la recurrida designar un segundo prestador que realice la operación de reimplantar la prótesis total en su cadera derecha a don Juan Carlos Garling Pfenningdorf, como asimismo que se debe recurrir a un prestador del sistema privado de salud, designando al efecto ya sea al Hospital de la Mutual de Seguridad, la Asociación Chilena de Seguridad, o al Hospital Clínico de la Universidad Católica, con costas.

Señala que su padre Juan Carlos Garling Pfenningdorf fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Del Salvador en Santiago el día 16 de mayo de 2019, a objeto de instalarte una prótesis en su cadera derecha, cuyo resultado fue que se le instaló una con un vástago tres centímetros menor al que correspondía.

Manifiesta que, luego de una radiografía que no detecta el error de tamaño del vástago, es dado de alta el día 18 de mayo de 2019, sin indicación de ningún tratamiento complementario de kinesiología.

El 29 de mayo de 2019, vuelve al hospital, vía urgencia, por luxación de la misma cadera, le realizan reducción, quedando hospitalizado; el 3 de junio le practican un aseo quirúrgico y se le instala un Vac para drenaje por infección de la herida; Se produce una segunda luxación el día 8 de junio, día que tenía programado un segundo aseo quirúrgico, que no se realiza por no tener pabellón disponible.

Indica que el día 10 de junio, por primera vez un médico del hospital le señala que seguramente será necesario intervenir nuevamente a su padre, ya que la prótesis instalada era inadecuada.

Agrega que el día 13 de junio se le reinstala un vástago para drenaje y se le da de alta el 21 de ese mes. Luego, a principios del mes de julio, ante la evolución negativa de la herida, se le practican exámenes en la Clínica Alemana,



detectándose una infección por *staphhylococcus aureus* en su organismo, lo que hizo imperioso extraerle la prótesis en forma urgente. El 17 de julio es nuevamente operado en la Mutual de Seguridad, en forma particular, para extraerle le prótesis y así evitar que se propagara la infección señalada, dado su resultado mortal.

Señala que, atendido lo anterior, con fecha 4 de septiembre de 2019, presentó en Fonasa una solicitud, cuyo fundamento son los hechos antes expuestos, solicitando la designación de un segundo prestador a objeto de implantarle a su padre una prótesis correctamente, lo que no sucedió en el Hospital Del Salvador, ya que al carecer de ella estaba postrado, imposibilitado absolutamente de trasladarse por sus propios medios de un lugar a otro, debiendo hacerlo en silla de ruedas, con el consiguiente deterioro y afectación también de su integridad psíquica.

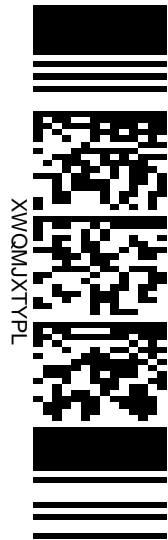
El día 2 de octubre de 2019, presentó ante la Superintendencia de Salud un reclamo por la no resolución de Fonasa del reclamo antes señalado, la que dispuso se resolviera. Ello ocurrió el 4 de noviembre de 2019. Fonasa rechazó la solicitud, en razón de entender, ilegal y arbitrariamente según indica, *“que no había incumplimiento de las garantías explícitas de salud (GES)”*.

Con fecha 10 de febrero de 2020, la Superintendencia de Salud se pronunció sobre el fondo del reclamo, sosteniendo como único fundamento algo que no tiene relación alguna con lo planteado, que implica una verdadera denegación de justicia: que la designación de un segundo prestador para un asegurado en Fonasa debe corresponder a la red pública de salud, atendido lo dispuesto en el artículo 8º del decreto supremo Nº 3 de 2016. Y que ello dependía que Fonasa *“no le otorgue al beneficiario, a través de su red de prestadores, las prestaciones garantizadas dentro de la garantía de oportunidad establecida en el citado decreto”*.

Señala que con fecha 18 de diciembre de 2020, le solicitó al Dr. Javier Del Río, quien fue el médico que practicó a su padre la operación de retiro de la prótesis instalada, quien describe el estado de salud que presentaba su padre como consecuencia de la implantación de una prótesis de tamaño inadecuado, que exigió su retiro total, y medicación de antibióticos para curar la infección, lo que fue seguido de un cuadro clínico de neumonía.

Agrega que este profesional expresa que actualmente su padre está en condiciones de practicarse el segundo tiempo quirúrgico y colocar una nueva prótesis total en su cadera, ya que la situación actual genera limitaciones severas en su calidad de vida y su estado de salud mental.

Sin embargo, persiste hasta la fecha la negativa de la recurrida de designar un segundo prestador, que no sea el Hospital Del Salvador, atendido lo ocurrido,



para lo cual cuenta con una variada gama de prestadores tanto en el sector público como privado.

Sostiene que se ha producido la afectación ilegal y arbitraria por parte de la recurrida de la garantía constitucional del N° 1 del artículo 19 de la Constitución de la República: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de su padre. Hace ver su edad avanzada, a lo que se le une que lo han transformado en un inválido, incapaz de valerse por sí mismo, según indica. Agrega que al no tener una cadera se encuentra obligado a estar postrado en cama o, en el mejor de los casos, a usar una silla de ruedas, que no puede dirigir por sí mismo, es decir, necesitaría de una asistencia permanente de una tercera persona para intentar trasladarse de un lugar a otro. Lo han infectado de una de las bacterias más dañinas que se alojan en algunos recintos hospitalarios. Han dañado severamente su auto estima. En suma, la negativa a designar Fonasa otro prestador para implantarle una nueva prótesis tipifica plenamente la infracción constitucional señalada.

Afirma que el presente recurso no es extemporáneo, por las siguientes razones: a) los efectos dañosos de la actuación ilegal y arbitraria de la recurrida se mantienen en el tiempo, más aún, se agravan; b) El país se encuentra bajo una pandemia que se inició, precisamente, a fines del mes de febrero del año 2020, estableciendo el artículo 4 de la Ley N° 21.226, que en los procedimientos que deban tramitarse ante las cortes de Apelaciones, las partes que hayan estado impedidas de cumplir con plazos, a consecuencias de restricciones impuestas por la autoridad, pueden reclamar el impedimento derivado del estado de catástrofe hasta 10 días después de su cese; obviamente, ello no impide ejercer anticipadamente este derecho, atendidas las circunstancias que se invocan. c) Finalmente, la Excm. Corte Suprema así lo ha declarado en fallo de reciente data.

Segundo: Que con fecha 31 de marzo de 2021, comparece la abogada Paola Isabel Calderón Jara, en representación del Fondo Nacional de Salud, Fonasa, evacuando el informe requerido y solicitando que se rechace en todas sus partes el recurso impetrado.

Sostiene que el presente recurso es extemporáneo por cuanto, cotejada la solicitud de la reclamante con los propios antecedentes de hecho que relata, se constata que el supuesto acto u omisión arbitrario o ilegal es el oficio de Fonasa de fecha 4 de noviembre de 2019, mientras que el presente recurso de protección fue presentado el 5 de enero del año 2021, esto es, el acto impugnado fue dictado con más de 428 días de anterioridad a la interposición del presente recurso, superando así con creces el plazo fatal de 30 días establecido en el Auto



Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.

Afirma entonces que no cabe sino desestimar íntegramente el recurso intentado, por ser este evidente y abiertamente extemporáneo.

Señala que el artículo 49 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud dispone al efecto *“Créase el Fondo Nacional de Salud, en adelante el Fondo, que será un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”*. Luego de ello, la letra b) del artículo 50 de la fuente normativa en comento, dispone como funciones del Fonasa, entre otras, la siguiente: *“b) Financiar, en todo o en parte, de acuerdo a las políticas y prioridades de salud para el país que defina el Ministerio de Salud, y a lo dispuesto en el Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II de esta Ley, a través de aportes, pagos directos, convenios u otros mecanismos que establezca mediante resolución, las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Régimen del Libro II de esta Ley en cualquiera de sus modalidades, por organismos, entidades y personas que pertenezcan o no al Sistema o depende de éste, sean públicos o privados. Asimismo, financiar en los mismos términos, la adquisición de los equipos, instrumental, implementos y otros elementos de infraestructura que requieran los establecimientos públicos que integran el Sistema. El financiamiento de las prestaciones podrá incluir el costo de reposición del capital”*.

Con base en lo anterior, manifiesta que la Ley N°19.966 establece las Garantías Explícitas en Salud (GES), que constituyen un conjunto de beneficios garantizados por Ley para las personas afiliadas al Fonasa e Instituciones de Salud Previsional. Las Garantías exigibles contemplan el acceso, oportunidad, protección financiera y calidad respecto a determinadas prestaciones de salud conforme a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, debiendo el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional asegurar obligatoriamente dichas garantías.

Luego de citar normativa que estima pertinente, señala que la legislación no solo contempla el financiamiento de determinadas patologías, sino que indica taxativamente cuáles son las prestaciones que se entienden incorporadas y las condiciones para su procedencia.

Agrega que, en lo que respecta a la cobertura bajo el Régimen General de Garantías de Salud (GES), estima necesario señalar que el Decreto Supremo N° 22, de 2019, de los Ministerios de Salud y Hacienda, que aprueba los Problemas de Salud, determina el Listado de Prestaciones Específico de las Garantías Explícitas en Salud, GES, y las garantías de acceso, oportunidad, calidad y



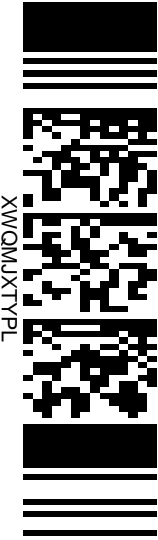
protección financiera, dispone en su artículo 5° que para que los beneficiarios tengan derecho a las Garantías establecidas en este decreto, será necesario que se cumplan, entre otros, los requisitos de que se trate de un problema de salud incluido en el Decreto y que las prestaciones se otorguen en la Red de Prestadores.

Añade que el artículo 8 del mencionado Decreto señala que, las prestaciones señaladas en el artículo 3 se otorgarán exclusivamente a través de la red de prestadores del Fonasa. La misma normativa establece en su artículo 9 que, para tener derecho a las Garantías, los beneficiarios de la Ley N°18.469 (del sistema público de salud) deberán atenderse en la Red de Prestadores que les corresponda. En los mismos términos se refiere el artículo 25 de la Ley N° 19.966.

De lo expuesto, sostiene que sólo se encuentran garantizadas las prestaciones incluidas en el Listado de Prestaciones Específico y para acceder a las Garantías Explícitas en Salud, los beneficiarios del sistema público de salud deben atenderse en la Red Pública de Prestadores.

El artículo 11 del D.S N°22, de 2019, señala expresamente que: *“En los casos en que el prestador designado por el FONASA o la ISAPRE no esté en condiciones de cumplir con la garantía de oportunidad por cualquier causa, o bien en caso de no cumplimiento de alguna de las otras garantías (...)”*, lo cual deja en claro que la designación de un segundo prestador debe ser siempre y cuando haya alguna garantía incumplida. En este caso, asegura que la patología no se encuentra incumplida, por lo que no es posible asignar un segundo prestador. Asimismo, el mismo artículo 11 en su parte final, establece que, no se entenderá que hay incumplimiento de la garantía de oportunidad en los casos de fuerza mayor, caso fortuito o que se deriven de causa imputable al beneficiario.

Hace ver que, en la especie, el Fondo Nacional de Salud mediante el Oficio Ordinario 4K N° 28108, de fecha 4 de noviembre de 2019, respondió la solicitud de la recurrente informándole que no había incumplimiento de la garantía, ya que, en el caso de su padre don Juan Garling Pfenningdorf la garantía de recambio de prótesis se encontraba exceptuada por indicación médica. También se le informó que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y el Hospital Salvador indicaron que la garantía de recambio de prótesis se encontraba exceptuada por indicación médica y le agendaron una evaluación médica con el Dr. Rodrigo Morales. La misma solicitud de designación de segundo prestador GES, fue también realizada por la recurrente ante la Superintendencia de Salud, quién mediante el oficio Ordinario N° 1233, de 10 de febrero de 2020, rechazó la solicitud de designar un segundo prestador por no ser procedente de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del decreto.



Hace presente que el procedimiento para la designación de segundo prestador, se encuentra regulado en el artículo 11 del mencionado decreto, que señala que si el Fonasa o la Isapre no designare un nuevo prestador o si éste no estuviera en condiciones de cumplir con las garantías del problema de salud respectivo, el beneficiario, por sí o por tercero, deberá concurrir a la Superintendencia de Salud, desde que tuvo conocimiento de dicha circunstancia y hasta el décimo quinto día posterior al plazo señalado en los N° 2 o 3, según corresponda.

Sostiene que la designación de segundo prestador solicitado por el recurrente no es procedente de acuerdo al procedimiento establecido en la normativa, ya que, no existe una garantía incumplida y la garantía de recambio de prótesis se encontraba exceptuada por indicación médica. En consecuencia, y teniendo presente que *“(…) el principio de legalidad, como piedra angular del derecho público, condiciona toda la acción de los órganos de la Administración del Estado”*, Fonasa debe actuar conforme a dicho principio, cristalizando de esa forma el principio de legalidad, cuya fuente directa se encuentra en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. En este sentido, en el caso que Fonasa hubiere accedido a lo solicitado por el recurrente, asegura que resulta ilegal y contrario a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Afirma que su representada carece de facultades legales para acceder a lo solicitado por el recurrente porque no procede de acuerdo a la normativa GES, ya que no existe ninguna garantía incumplida, lo cual también fue rechazado por la Superintendencia de Salud. Fonasa también carece de facultades legales para modificar la indicación médica prescrita por el Hospital Salvador. Del mismo modo, indica que Fonasa carece de facultades legales para otorgar a los pacientes un tratamiento diverso al indicado por el mencionado Hospital.

Sostiene que si una garantía se encuentra exceptuada por una indicación médica para una patología GES, como los criterios de modificación de dicho tratamiento obedecen a fundamentos médicos, de carácter técnico, que escapan de las funciones encomendadas por ley al Fondo Nacional de Salud, por lo que la petición incoada es totalmente improcedente.

Reitera que Fonasa carece de facultades legales para asignar segundo prestador en aquellos casos en que no se cumplen con los criterios definidos para acceder a ello. De conformidad con lo expuesto, debido a que no existe incumplimiento de una garantía GES, no es posible asignar un segundo prestador, ya que Fonasa no tiene atribuciones sobre el manejo clínico de los pacientes que corresponde a los Servicios de Salud. Que, por consiguiente, como efectivamente



señala Fonasa en su oficio, al no existir incumplimiento, no resulta exigible por esta vía la modificación del prestador GES para su tratamiento, razón por la cual la presente acción debe ser desestimada. De tal forma, no es antojadiza ni arbitraria la decisión de no designar un segundo prestador GES, sino que es fruto de un análisis de la normativa vigente sobre la materia.

Luego asegura que, en la especie, no hay derecho subjetivo alguno del recurrente que resulte afectado. Hace ver que la sede cautelar tiene por finalidad el velar – mediante un procedimiento de tramitación sumaria e informal – por el respeto de las garantías fundamentales tuteladas por la acción del artículo 20° de la Constitución, debiendo discutirse sobre la ilegalidad o arbitrariedad de actos u omisiones que vulneren derechos preexistentes e indubitados; lo que precisamente no ocurre en la especie.

Sostiene que no corresponde que por vía jurisdiccional se alteren las potestades públicas, las cuales responden a un diseño de las políticas públicas del Ministerio del Ramo, teniendo presente que estas se elaboran en razón de criterios técnicos, sanitarios, políticos y económicos.

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

Cuarto: Que, en primer término, corresponde abocarse a la alegación de extemporaneidad esgrimida por la recurrida.

Al respecto baste decir que la Excma. Corte Suprema, mediante resolución de fecha 26 de enero de 2021 dictada en causa Rol N° 4.430-2021, zanjó el asunto al declarar que el presente recurso no es extemporáneo.

Tal resolución reza, en lo pertinente, como sigue: *“Tercero: Que, en este escenario, es pertinente recordar que el estado de excepción constitucional que vive el país, así como los efectos prácticos de la contingencia sanitaria, fueron motivo para la dictación de la Ley N°21.226 que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. Cuarto: Que, en ese sentido, tanto el legislador*



como esta Corte Suprema – en este caso a través del Acta N° 53-2020 – han pretendido impregnar a los procedimientos judiciales de la necesaria flexibilidad para cumplir con su fin superior, consistente en otorgar a los justiciables acceso a una tutela judicial efectiva. Bajo dicho prisma deben también considerarse las circunstancias extraordinarias que, de manera previa, generó la contingencia social ocurrida en nuestro país desde el mes de octubre de 2019. Quinto: Que, en este contexto, encontrándonos dentro de los supuestos contemplados en la Ley N°21.226, en razón de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-9; la situación anterior de contingencia social vivida por el país desde fines del año 2019 y tomando en cuenta, además, la avanzada edad de la persona en favor de quien se recurre, a juicio de estos sentenciadores se hace necesario en este caso sustraer la interposición del recurso de protección de la aplicación estricta del plazo contenido en el numeral 1° del Acta N° 94-2015, debiendo entenderse, en consecuencia, que el arbitrio constitucional no es extemporáneo”.

En consecuencia, la alegación de extemporaneidad de la recurrida debe desecharse.

Quinto: Que, en cuanto al fondo del recurso, es menester señalar lo siguiente.

Que el presente recurso de protección se dedujo en contra del Fondo Nacional de Salud, Fonasa, por el acto que se estima ilegal y arbitrario consistente en la negativa de la recurrida de designar un segundo prestador que no sea el Hospital Del Salvador que consta de la carta emitida por Fonasa y dirigida a la actora de fecha 4 de noviembre de 2019, lo que la recurrente sostiene constituye una grave amenaza, perturbación y privación al legítimo ejercicio del derecho y garantía constitucional establecido en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide que se ordene a la recurrida designar un segundo prestador de manera de terminar con la vulneración constitucional que denuncia, atendidas las graves consecuencias que su representado ha sufrido y que describe latamente en su recurso según ya se ha señalado.

Sexto: Que, para resolver el asunto en examen, debe revisarse la normativa que regula la materia.

El DFL N° 1 del Ministerio de Salud ordena, en su artículo 1, que corresponde al Estado garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones; su artículo 2 añade que *“Para los efectos del presente Libro, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o*



privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1. Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.”

Que, lo anterior se complementa, en lo pertinente, con la Ley N° 19.966, que estableció el Régimen de Garantías en Salud, el cual conforme lo señala su artículo 1, es *“un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 18.469, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos de que disponga el país. Establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido en la ley N° 18.469”*.

El artículo 2 añade que este nuevo régimen incorporó las Garantías Explícitas en Salud (GES), las que dicen relación con el acceso, la calidad, la oportunidad y la protección financiera con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un número determinado de patologías o condiciones de salud cuya atención se asegura a toda la población, debiendo el Fondo Nacional de Salud, Fonasa, y las Isapres asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios: *“El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios”*, que se reitera en su artículo 24.

Se ratifica lo expuesto, por el artículo 4 letra a) que define a la garantía de acceso como la obligación de Fonasa y las Isapres, de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a los beneficiarios de las leyes números 18.469 y 18.933, respectivamente, en la forma y condiciones que determine el decreto a que se refiere el artículo 11.

Séptimo: Que, por consiguiente, la obligación de la recurrida de asegurar *“efectivamente”* el acceso, que contempla la referida ley, no puede sino, ser interpretada a la luz de las garantías fundamentales a la que informa, esto es, el derecho a la vida y a la protección de la salud, lo cual implica, entonces, garantizar al paciente el otorgamiento de las prestaciones, que se traduce no sólo en que la recurrida cumpla formalmente con la designación de un prestador que ejecute lo que se solicita, sino que, además, se le entregue al paciente un servicio adecuado y oportuno de forma tal que se entregue la prestación debida.

Octavo: Que, en otro orden de ideas, siempre sobre la base de los hechos señalados precedentemente, es relevante referirse a la edad del recurrente, que al



momento de ocurrir los hechos denunciados contaba con 89 años de edad, y que en fecha reciente ha cumplido los 90 según señaló en estrado el abogado recurrente, por lo que es forzoso referirse al tratamiento que tienen las Personas Mayores según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocidos como sujetos de protección especial, tácitamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 párrafo 1, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador en su artículo 9; y expresamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como "Protocolo de San Salvador" (1988), en su artículo 17 (aun no ratificado por Chile), y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ratificada por Chile).

Lo anterior, porque exigen del Estado en general, y de los tribunales de justicia en particular, una atención preferente.

Se debe mencionar de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que define en su artículo 2 a la Persona Mayor como aquella que tiene 60 años o más; su artículo 6 indica que *"Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días"*. El artículo 7 establece que *"Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente"*; el artículo 8 *"el derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad"*, por último, el artículo 35, reconoce entre otros, los siguientes principios generales: *"c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor"*, *"g) La seguridad física, económica y social"*, *"k) El buen trato y la atención preferencial"* y *"n) La protección judicial efectiva"*.

La antedicha Convención fue promulgada por Decreto 162 de 1 de septiembre de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial de 7 de octubre del mismo año, por lo cual queda fuera de toda duda que es ley de la República, y dado su contenido, tiene fuerza obligatoria en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

Noveno: Que, del análisis normativo realizado con antelación, se constata la existencia de derechos específicos de que son depositarias las Personas Mayores, y en concreto el recurrente, y particularmente relevantes para el caso son los derechos *"a desarrollar una vida autónoma e independiente"*.



No cabe duda entonces que reúne los caracteres de un Derecho Humano o un Derecho Fundamental (Nogueira, Teoría y Dogmática, página 145).

Y, en lo pertinente, interesa establecer que estos derechos son aquellos que conocemos como Derechos de la Personalidad, que Ducci definió como aquellos *“inherentes a la persona humana, aun no definidos, constituyen un atributo de la persona por ser tal, y en consecuencia son iguales para todos”*, señalando el autor que *“son los que comúnmente se llaman derechos extrapatrimoniales, pero ello no significa que no puedan llegar a tener una valorización económica, porque en caso contrario no podrían tener tutela jurídica”* (Derecho Civil, Parte General, página 203), similar sentido adoptado por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, agregando que se caracterizan por ser *“derechos inherentes a la persona... por ser originarios, es decir, nacen con la persona; absolutos, esto es, pueden ejercerse contra todos, “erga omnes”, e inseparables del individuo; este no puede desprenderse de ellos”*.

Dicho lo anterior, la compareciente señala en su libelo que su padre Juan Carlos Garling Pfenningdorf perdió su calidad de vida y movilidad, como consecuencia de la operación a la que se sometió y los hechos que le siguieron, todos los cuales refiere, afectándosele sus derechos a la vida autónoma e independiente, siendo exigible para ellos una protección judicial efectiva, conforme a los artículos 3 -letras c) y n)-, 6, 7 y 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Décimo: Que, conforme a lo ya dicho, esta Corte estima que la negativa de la recurrida a designar un segundo prestador, que no sea el Hospital Del Salvador en donde el actor ya fue intervenido, a efectos que realice la operación de reimplantar la prótesis total en su cadera derecha a don Juan Carlos Garling Pfenningdorf, efectivamente constituye un acto arbitrario, no obstante no ser ilegal, por cuanto se evidencia que el mencionado Hospital Del Salvador no otorga la debida seguridad y certeza al recurrente que requiere en cuanto al resultado final de esta nueva operación, atendidas las circunstancias que el propio recurrente expone en su libelo.

A mayor abundamiento, no cabe duda que la Autoridad debe tomar todas aquellas medidas que resulten necesarias a efectos de garantizar una atención de calidad al recurrente, y no quedarse en la mera formalidad como ya se dijo, especialmente considerando que la atención médica recibida en el Hospital del Salvador de Santiago no solo no cumplió con el debido standard profesional, sino que provocó graves perjuicios al señor Garling.

Lo anterior por cuanto los hechos referidos por la recurrente evidentemente afectaron el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica de su



padre por quien recurre, don Juan Carlos Garling Pfenningdorf, de avanzada edad, como ya se dijo.

Por estas consideraciones y, de conformidad con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre esta materia, **se acoge** el recurso de protección deducido por Patricia Garling Vial, en representación de su padre Juan Carlos Garling Pfenningdorf, en contra del Fondo Nacional de Salud, Fonasa, solo en cuanto se ordena a ésta última designar un segundo prestador, que no sea el Hospital Del Salvador, que realice la operación de reimplantar la prótesis total en su cadera derecha a don Juan Carlos Garling Pfenningdorf.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del abogado integrante Jorge Benítez Urrutia.

Rol N° 80-2021



Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Antonio Ulloa M., Ministro Suplente Jose H. Marinello F. y Abogado Integrante Jorge Benitez U. Santiago, seis de julio de dos mil veintiuno.

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

