

Chillán, quince de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

1º.- Que comparece don Roberto Andrés Montes Ulloa, kinesiólogo, quien deduce acción constitucional de protección en contra del Fondo Nacional De Salud, en adelante, indistintamente “FONASA”, representado por su Director don Marcelo Mosso Gómez, fundado en que, sin previa diligencia de fiscalización presencial, con fecha 25 de marzo de 2021, recibió correo electrónico cuyo emisor correspondía a la recurrida, el cual contenía el Oficio Ordinario 5S N° 4689/2021 suscrito doña Rebeca Contreras García, Jefa del Departamento de Contraloría, que le notifica el inicio de un proceso de fiscalización a prestaciones presentadas a cobro durante los años 2019, 2020 y 2021, por lo que, solicita que remita copia de las fichas clínicas con sus respectivas órdenes de prescripción médica de 175 pacientes que individualiza en nómina que consta en el referido acto administrativo sin expresar en dicha notificación con qué finalidad o en virtud de qué norma legal se le exigía remitir copia de la Ficha Clínica de los pacientes que, en el ejercicio de mi profesión como Kinesiólogo atendió durante los años 2019, 2020 y 2021. Además, un paciente le informó que fue contactado telefónicamente por un funcionario del Fondo Nacional de Salud quien le exigió le proporcionara información respecto a las atenciones de salud que recibió por su parte, indicándole que, en caso de no proporcionar la información que le estaba siendo exigida perdería su condición de afiliado tanto él como sus cargas legales, lo que considera una evidente desviación de las facultades fiscalizadoras que señalan tener por Ley y, le permite concluir que se trata de una persecución en su contra por motivos que ignora, incluso tomó conocimiento que otros colegas Kinesiólogos con quienes ejerce su profesión en el mismo centro de salud están siendo sometidos al mismo procedimiento de fiscalización en que los funcionarios de la recurrida han contactado a sus pacientes para increparlos en duros términos con la finalidad de que estos afirmen no haber sido atendidos, lo que más bien parece una persecución dirigida que una fiscalización aleatoria.

Considera que la exigencia contenida en el oficio ordinario 5S N° 4689/2021 constituye un acto ilegal, desde que, el Fondo Nacional de Salud carece de facultad legal para solicitar copia de las fichas clínicas de sus pacientes, además, porque la exigencia impuesta lo deja a en la posición



obligada de incumplir su obligación de reserva de los datos contenidos en la Ficha Clínica de sus pacientes quienes en caso alguno han prestado su consentimiento para que sus patologías de salud que trata en el ejercicio de su profesión sean conocidas por terceros, lo que vulnera en forma clara lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 20.584 que establece en primer término una prohibición de acceso de terceros a la Ficha Clínica del paciente y luego determina un listado expreso y taxativo de quienes pueden acceder a dicha información, resultando que el Fondo Nacional de Salud no se encuentra en dicho listado. Añade que, de acuerdo a lo prescrito en la Ley N° 19.628, la información sobre los estados de salud físicos o psíquicos de las personas son datos sensibles, y esto es reconocido en otras leyes como la N° 18.469, 19.966, y 20.584 las que, sobre el punto, señalan que ha de estarse a la Ley 19.628. De todas estas leyes, la Ley 20.584 es la que se refiere a los derechos y deberes de los pacientes, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2012, en cuya discusión se decidió eliminar del proyecto de ley toda facultad concedida a Fonasa para obtener informes, copias parciales, o copia íntegra, de las fichas clínicas para hacer fiscalizaciones, de lo cual se colige que, como se viene diciendo, el Fondo Nacional de Salud carece de toda facultad legal para ello. Añade que, se observa en la resolución 16.545/2019, de la Dirección Zonal Centro Sur de Fonasa, que “tampoco corresponde obtener el consentimiento del paciente para el uso de la ficha clínica en los procesos de fiscalización, toda vez que ello desvirtuaría el rol fiscalizador de cada institución, impidiendo que esta sea efectiva y eficaz.” Así para poder cumplir su cometido, “las entidades acreditadoras están facultadas para acceder a la ficha clínica del paciente, dado que el artículo 10 de la ley N° 19.628 permite el tratamiento de los datos sensibles cuando “la ley lo autorice”, situación que en este caso tiene como fundamento el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, el cual al crear un sistema de acreditación de los prestadores institucionales de salud, para el cumplimiento de la garantía explícita de calidad de las prestaciones establecidas por la señalada ley N° 19.966, ha configurado un sistema basado en distintos cuerpos legales, destinados a cumplir el mandato legal encomendado.” De igual forma los ordinarios 7754 y 2700 sostienen que el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 constituye la norma habilitante para que la autoridad pueda acceder a las fichas clínicas, en este caso, con fines de fiscalización rutinaria, argumento al que sumó que tratándose dicho decreto de una norma de orden público y

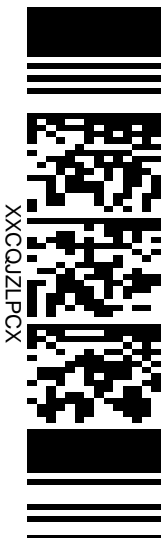


de derecho público, puesto que regula beneficios del Sistema de Seguridad Social obligatorios para entes públicos y privados que los otorgan, haciendo una reseña a la historia fidedigna de la ley y su tramitación en el órgano legislativo, concluye que hoy el Ministerio de Salud, Secretarías Ministeriales de Salud, Servicios de Salud, Superintendencia de Salud, y el Fondo Nacional de Salud no pueden acceder a la información de la ficha clínica para fines de fiscalización, o de estadística.

Sostiene que, todo lo hecho por Fonasa se enmarcó en una fiscalización, es decir sólo buscaba verificar si determinadas atenciones cobradas por el prestador, por él, correspondió a una persona que efectivamente atendió, por lo que ningún sentido tenía entrar a conocer las demás prestaciones de salud que la misma persona tuviere con este prestador. Como Fonasa trató de verificar si una determinada prestación se había realizado a una persona también determinada, y no era necesario conocer todas las atenciones hechas, ni todas las demás informaciones de la ficha clínica, Fonasa perfectamente pudo acudir a sus registros internos para establecer el contacto con las personas del listado, reservando la consulta al prestador, sólo para el caso de no lograr ubicarles, y para obtener únicamente la información necesaria para hacerlo, como domicilio, teléfono, o correo electrónico -si lo habían aportado-. Para mayor ilustración, transcribe el considerando 6º fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción en causa rol 56908-2019.

Estima que el actuar de la recurrida constituye una vulneración a la Garantía de la Vida Privada e intimidad: Art. 19 N° 4 de la Constitución en relación con el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica y a su garantía constitucional del Artículo 19 Nro 24, toda vez que, el actuar de la recurrida amenaza gravemente su patrimonio, por una parte, si respeto mi obligación profesional y legal de estricta reserva de las fichas clínicas de mis pacientes me expongo a ser severamente sancionado por el Fondo Nacional de Salud, sin embargo, si accedo a lo solicitado por el Fondo Nacional de Salud queda expuesto a que cualquiera de sus pacientes accione civil o criminalmente en su contra por entregar información personal y sensible conforme a la legislación vigente a un tercero no autorizado para acceder a esa información como serían los funcionarios de FONASA.

Finalmente, en mérito de las normas que cita, pide a esta Corte acoger el presente recurso de protección, declarando que el acto recurrido



es arbitrario e ilegal por vulnerar las garantías constitucionales indicadas disponiendo que esta parte recurrente no debe proporcionar copia de las Fichas Clínicas de sus pacientes a la recurrida Fondo Nacional de Salud, debiendo ésta última institución pública abstenerse de cometer nuevos actos arbitrarios e ilegales en sus procedimientos de fiscalización debiendo limitarse al uso de las facultades que la Ley le ha conferido para tales efectos, adoptando además esta Corte las medidas que estimare necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, con costas.

2º.- Que, informando el presente recurso, el abogado don Alejandro Venegas Ramis, por el Fondo Nacional de Salud solicita desde ya su rechazo en virtud de las siguientes principales razones: Refiere en primer término que éste debe ser rechazado por improcedente, toda vez que esta no es la sede natural e idónea para dar resolución a las peticiones planteadas por la recurrente las que, además de corresponder a un asunto de lato conocimiento, se encuentran también sometidas a un procedimiento de carácter especial contemplado y reglado en el artículo 143 del DFL N° 1, de Salud, de 2005, en el que existe un procedimiento especialmente establecido para que los prestadores que habiendo suscrito convenio, son sancionados por Fonasa por infringir las normas sobre la Modalidad libre Elección, puedan reclamar, primero ante el Ministro de Salud y luego ante la respectiva Corte de Apelaciones, siendo de esta forma, a su juicio, improcedente recurrir a una vía extraordinaria como lo es el recurso de protección que constituye jurídicamente una acción constitucional de urgencia, de naturaleza autónoma, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio, toda vez que de aceptarse esta vía, pese a existir un procedimiento incluso judicial, para reclamar lo mismo que ahora se pretende. Por lo mismo, esta vía extraordinaria sólo está siendo usada como un sustituto procesal desvirtuándose por lo mismo, su naturaleza, y así ha sido reiteradamente resuelto por nuestros tribunales superiores de justicia, cita fallo de esta Corte, de fecha 14 de agosto de 2014 : “Consideramos que no cualquier conflicto puede ser resuelto por esta vía, sino que debe reservarse la tutela requerida para casos urgentes, donde exista una evidente vulneración de los derechos constitucionales mencionados en el citado artículo 20 de la Carta Fundamental. No debe



instrumentalizarse esta acción constitucional, pretendiendo usarla como un sucedáneo de los cauces procesales normales establecidos por la ley para responder a las pretensiones de las partes, en los cuales se les entrega un contexto de debate y prueba, que garantiza un conocimiento cabal y adecuado de los conflictos.” (2613-2014) y el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 23 de marzo de 2015, recaído en recurso de protección Rol N° 3483-2014.

Luego, explica que la plataforma web “front prestadores” es la forma de cobrar a Fonasa prestaciones realizadas, señalando que los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del Régimen, en la modalidad de "libre elección", deberán suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud (...). Dicha modalidad se aplicará respecto de prestaciones tales como consultas médicas, exámenes, hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas y obstétricas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos y demás que determine el Ministerio de Salud, formen parte o no de un conjunto de prestaciones asociadas a un diagnóstico, los beneficiarios financian parcialmente el valor de la orden de atención o bono y la diferencia entre el copago y el valor de la prestación de salud, es financiada por el Fondo Nacional de Salud, para ello es la referida plataforma, la que permite la cobranza de bonos de todos los tipos (web, papel, voucher), al que tienen acceso todos los prestadores en convenio vigente con el Fondo. A partir del 14 de febrero de 2018, también ésta plataforma, permite la opción de emisión y venta de bonos a aquellos prestadores que la habiliten en su consulta médica, para facilitar el acceso a la compra de bonos por parte de los beneficiarios, cuando se da inicio a este tipo de emisión y venta de bonos a través del “Front Prestadores”, se genera una clave automática única, la que después se puede modificar por una más segura dentro de la misma página y no tiene la opción de autenticación o ingreso de clave de parte del Asegurado al momento de la venta. Cuando el prestador emite el Bono (o cuenta médica) en su consulta por este medio, el asegurado debe pagarle el valor del copago que a él le corresponde, con el medio de pago que el prestador defina, y en la madrugada del día siguiente, por parte de Fonasa, se produce una cobranza automática, lo que genera para el prestador la transferencia o vale vista con el valor del Fondo de Ayuda Médica (FAM). Ambas transferencias, copago y FAM, es lo que le corresponde percibir definitivamente al Prestador por cada atención o prestación entregada.



En cuanto al proceso de fiscalización del recurrente, manifiesta que los profesionales que deciden otorgar las prestaciones de salud a los beneficiarios del Régimen de Prestaciones de Salud en la Modalidad de Libre Elección, deben suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en algunos de los grupos de Rol que para estos efectos lleva el Fondo, tal como es el caso de la recurrente. Añade que su representada, constantemente está llevando a cabo un proceso general de fiscalización respecto de Convenios en que, de acuerdo a sus antecedentes, surgen indicios de su mal uso y por consiguiente un posible perjuicio patrimonial para el Fondo Nacional de Salud y sus afiliados, en este sentido, por sospechas de mal uso de la Modalidad Libre Elección por parte de algunos prestadores, particularmente kinesiólogos que habrían estado cobrando a Fonasa prestaciones no realizadas, una de sus beneficiarias, doña Irene Briones Mora, les informó que al parecer un kinesiólogo de la comuna de Coelemu, habría estado utilizando sus datos para comprar y cobrar prestaciones kinésicas que nunca le habrían otorgado, por ello, se procedió a revisar los bonos emitidos a su nombre apareciendo en el sistema que ella había comprado bonos a nombre de don Roberto Montes Ulloa, lo que significaba que le habría otorgado una serie de prestaciones kinésicas el año 2020. Con esa información la Sra. Briones realiza una denuncia formal ante Fonasa señalando no conocer al kinesiólogo Roberto Montes Ulloa, que no se ha atendido con él y que cuando debió realizarse un procedimiento kinésico lo hizo con otro profesional, que señala en su declaración; por lo mismo se decide iniciar un proceso de fiscalización en contra del kinesiólogo recurrente, proceso en que se le requirieron un total de 175 fichas clínicas correspondientes a los bonos que aparecen en el sistema cobrados por él, por prestaciones realizadas desde el mes de marzo de 2019 al mes de marzo de 2021. Dice que, el 100% de las prestaciones fiscalizadas en el período señalado, corresponden a bonos cobrados a través del sistema Front Prestadores, es decir, con información exclusivamente ingresada por la prestadora a la plataforma del Fonasa y pese a las dificultades para contactar a los beneficiarios que aparecen recibiendo prestaciones de parte del recurrente y por tanto, comprando bonos para él, se logró obtener la declaración de dos personas más, a parte de la denunciante. Es así que en lo que va de la investigación realizada por nuestros fiscalizadores, se obtuvo también la declaración de las beneficiarias María Soledad Carrasco Medina y doña Eloisa Palma Medina, quienes presentan emisión de Bonos a



nombre del recurrente, beneficiarias que consultadas al respecto, señalaron no conocer, no haber comprado bonos, ni tampoco haberse atendido con el kinesiólogo Sr. Montes.

Posteriormente, señala que resulta curioso que se cuestione la facultad de FONASA de exigir fichas médicas cuando, el propio recurrente, sin observaciones o cuestionamiento alguno, solicitó una prórroga para acompañar tales fichas señalando que dado los cordones sanitarios no podía salir de la comuna de Coelemu que se encontraba en cuarentena. De estimar que Fonasa no contaba con tal facultad, lo lógico y obvio era oponerse desde un principio a lo exigido y respecto de todas las fichas solicitadas. También resulta obvio a estas alturas, que de haber tenido la totalidad de las fichas seguramente ningún cuestionamiento habría presentado.

Respecto a las facultades de FONASA para requerir las fichas médicas, señala que se encuentra facultado para tratar datos sensibles, tales como antecedentes clínicos, para determinar que el financiamiento de las prestaciones contempladas en el Régimen General de Prestaciones de Salud, se otorgue a los beneficiarios del Libro II del DFL1/2005, así como verificar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y arancelarias que rigen la Modalidad Libre Elección. La fuente normativa de ello se encuentra en lo dispuesto en el DFL N° 1 de 2005, en particular en su artículo 50, letras b) y g), siendo la primera de ellas la que obliga al Servicio a “(...) cuidar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios, así como velar por el cumplimiento de las normas e instrucciones que dicte el Ministerio de Salud sobre acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de la ley N°18.469 por parte de los establecimientos y profesionales que, por ley o convenio, estén obligados a efectuarlas”; en tanto que la segunda le habilita para “Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuera necesaria”. Por su parte el prestador se encuentra obligado a exhibir y enviar toda la documentación o antecedentes que el Fondo o su personal fiscalizador solicite, resguardando lo establecido en el artículo 10 de la Ley N°19.628, sobre protección de datos de carácter



personal, como igualmente otorgar todas las facilidades de acceso a las dependencias donde realice las prestaciones de salud. En este contexto, la ficha clínica es un documento único, ordenado y completo, que en forma física o electrónica, consigna los antecedentes personales del paciente, su historial clínico-médico, y otros datos sensibles, que son indispensables para el juicio acabado de la enfermedad actual, y para determinar el otorgamiento de los beneficios de salud, contemplados en el Régimen General de Prestaciones de Salud. Que, la ficha clínica, es un documento único, ordenado y completo, que en forma física o electrónica, consigna los antecedentes personales del paciente, su historial clínico-médico, y otros datos sensibles, que son indispensables para el juicio acabado de la enfermedad actual, y para determinar el otorgamiento de los beneficios de salud, contemplados en el Régimen General de Prestaciones de Salud. En ese sentido, el registro pertinente en ficha, es un instrumento con que el Fondo, puede verificar la realización de las prestaciones efectuadas en cumplimiento a las normas que regulan la modalidad y la procedencia o no, del pago por prestaciones cobradas. Este documento, en ningún caso podrá ser adulterado, quedará en poder del prestador y debe estar permanentemente a disposición del Fondo cuando le sea requerido. Por otra parte, de conformidad con la Resolución Exenta del Fonasa N° 277 del año 2011 y sus modificaciones, El Fondo Nacional de Salud, para ejercer su facultad fiscalizadora, podrá solicitar al profesional o entidad, copia de la ficha clínica, protocolo de intervención quirúrgica y cualquier otro antecedente, adoptando todas las medidas que sean necesarias para garantizar el secreto profesional, considerando fundamentalmente criterios técnicos en su revisión, para sustentar sus dichos cita lo siguientes pronunciamientos: A) Dictamen de la Contraloría General de la Republica N° 19.652, del año 2013; B) Pronunciamiento de de la Intendenta de Fondos y Seguros Previsionales doña Liliana Escobar Alegría, dictado con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 20.584; C) Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 28 de noviembre de 2019 en causa Rol N° 18662-2019, se rechazó un recurso de protección idéntico al de autos, por considerar que el Fondo Nacional de Salud cuenta con la facultad para solicitar fichas clínicas a prestadores inscritos en la Modalidad de Libre Elección, en contextos de fiscalización; D) Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Arica dictada con fecha 18 de enero de 2021, en causa Rol 1316-2020, la que rechazando un Recurso de Protección que,



al igual que el de autos pretendía desconocer la facultad de Fonasa en relación a la fichas médicas.

Posteriormente, argumenta que con el criterio que pretende establecer la recurrente, Fonasa quedaría en términos reales y concretos, impedida de realizar procesos de fiscalización efectivos, toda vez que se le privaría de una herramienta fundamental para ello como es el acceso a fichas clínicas, pues estas son el único instrumento idóneo y eficaz para acreditar entre otras materias, la realización de las prestaciones de salud cobradas al fondo, de si estas atenciones médicas son reales o ficticias, si es el prestador quien realmente realizó las prestaciones, y finalmente si con ellas existe respaldo médico para el pago de los bonos cobrados por esos prestadores. En definitiva, si el gran desembolso de fondos públicos para cubrir las atenciones de salud que se entregan a los beneficiarios de Fonasa por medio de la modalidad libre elección, han sido correcta y legalmente pagados a los prestadores que los reclaman. En consecuencia, de aceptarse la pretensión del recurrente, la prueba de la realidad de esas atenciones de salud queda entregada exclusivamente a la mera voluntad del fiscalizado, lo cual resulta absurdo. Como se dijo precedentemente, en el caso de la fiscalización hecha al recurrente, existen bonos cobrados para varias atenciones supuestamente otorgadas, pero que las beneficiarias a que ellos se refieren, niegan haberlas recibido, es más niegan conocer al profesional. Pues bien, con lo que pretende establecer el recurrente, nunca podremos comprobar cuál es la razón o justificación de esas varias atenciones no reconocidas o si en definitiva estamos en presencia de cobros anómalos o realizados por atenciones que en la realidad nunca se dieron, pero si se cobraron a Fonasa. Es más con esta importante limitación, Fonasa quedaría impedida de cumplir adecuadamente sus deberes legales, entre ellos velar por el adecuado cuidado de los bienes y fondos públicos, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el DFL N° 1 de 2005, en particular en su artículo 50, letras b), el Fondo está obligado a “(... cuidar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios, así como velar por el cumplimiento de las normas e instrucciones que dicte el Ministerio de Salud sobre acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de la ley N°18.469 por parte de los establecimientos y profesionales que, por ley o convenio, estén obligados a efectuarlas.”



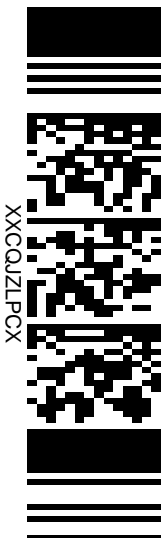
En lo que respecta a las garantías supuestamente vulneradas, dice que no es efectivo lo afirmado en cuanto a que el Fondo Nacional de Salud, haya actuado en forma arbitraria o haya incurrido en actuación ilegal, ya que no ha privado al recurrente de ninguna de las garantías constitucionales que este señala, ni ha infringido ninguna otra disposición legal o reglamentaria, pues, las fiscalizaciones instruidas por Fonasa a sus prestadores por infracción a las normas que regulan la denominada Modalidad libre Elección, están amparadas en la facultad que le entrega el artículo 143 del DFL N° 1, de Salud, de 2005, al cual ya se hizo referencia en el punto relativo a uso del recurso de protección como sustituto procesal, norma que fue transcrita por lo cual me remito a ese punto en esta parte y las facultades para acceder a ellas están ya relatadas siendo deber de Fonasa mantener en reserva toda la información de sus beneficiarios y por cierto de los denominados datos sensibles, por lo que está impedida de hacer un uso distinto de ellos a los que señala la ley, por lo mismo no se advierte como pudiera, la solicitud de las fichas clínicas atentar contra esta garantía y menos si se entiende que ello es en relación al propio recurrente. Finalmente respecto de la garantía relativa al derecho de propiedad, vuelve a insistir en que ello es producto de la exigencia de Fonasa de la ya referidas fichas clínicas, pero esta vez además lo funda en una especulación, pues señala que ante la eventual entrega de sus fichas los pacientes “quedo expuesto a que cualquiera de mis pacientes accione civil o criminalmente en mi contra por entregar información personal y sensible conforme a la legislación vigente a un tercero no autorizado para acceder a esa información como serían los funcionarios de FONASA, en dicho caso, resulta altamente probable que las acciones terminen en la obligación de este recurrente de indemnizar los perjuicios causados a las personas por la vulneración de su derecho a la reserva de la información contenida en su Ficha Clínica”. Añade que el recurrente hace meras especulaciones ante una posibilidad que sólo él estima como factible de producirse, pero en ningún caso aporta antecedentes de que efectivamente su derecho de propiedad han sido o serán afectados, lo que, puede llevar a muchas conclusiones, según sea el criterio de quién analice una determinada situación, por lo mismo otra persona también en base a esos mismos hechos puede especular otra cosa llegando a otras conclusiones, contrarias a la que pretende fijar la recurrente. Así pudiera pensarse por algún beneficiario de Fonasa, paciente de él, que si éste se niega a entregar las fichas clínicas en un proceso de



fiscalización de Fonasa, es porque oculta algo, algo que a su vez le pudiera perjudicar como paciente. Sobre este mismo punto, no son pocas las denuncias que recibimos de nuestros beneficiarios en contra de profesionales de la salud que han hecho uso fraudulento de la modalidad libre elección, afectando a esos beneficiarios, tal como según lo que hemos relatado anteriormente ha ocurrido en este caso con tres denunciados, prestadores que a raíz de esas denuncias han sido fiscalizados, sancionados e incluso querrellados por fraudes que han sido descubiertos justamente haciendo un análisis de las fichas clínicas exigidas por Fonasa. Además, los derechos vulnerados que se protegen en nuestra Constitución son aquellos que emanan de hechos y situaciones ciertas, reales y concretas pues sólo en esa medida esos derechos pueden existir y protegerse. Es imposible establecer garantías en base a situaciones especulativas o que son meras suposiciones, como es el caso de autos, en que se establece como base de la vulneración una mera especulación, hechos que, además de emanar de conductas de terceros, tal vez pudieran ocurrir, pero sin ninguna certeza de que ello sea realmente así, por lo que solicita que este recurso sea rechazando en todas sus partes, por no configurarse en la especie una acción u omisión arbitraria o ilegal por parte de éste en los términos que se alegan; determinando una expresa condena en costas.

3º.- Que, para analizar el asunto planteado por la presente vía, resulta conveniente consignar que el recurso de Protección de Garantías Constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

4º.- Que, como se desprende de lo señalado precedentemente, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quién incurre en él, y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.



5°.- Que, cabe reflexionar, a la luz de lo recién expuesto, que esta acción de cautela de derechos constitucionales constituye una vía destinada a dar protección respecto de garantías cuya existencia se encuentre indubitada.

6°.- Que el recurrente se ha limitado a cuestionar si la facultad fiscalizadora del servicio recurrido comprende la de solicitar las fichas clínicas de sus pacientes.

7°.- Que la ley N° 20.584, en su artículo 12, junto con definir la ficha clínica, establece que toda información que surja de ella y de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2°, letra g), de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

A continuación, el artículo 13 de la señalada ley N° 20.584 dispone, entre otras materias, a quiénes puede ser entregada la información que ella contiene. A su turno, el DFL N° 1 de 2005, en particular en su artículo 50, letras b) y g), obligan al Servicio a “(...) cuidar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios, así como velar por el cumplimiento de las normas e instrucciones que dicte el Ministerio de Salud sobre acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de la ley N°18.469 por parte de los establecimientos y profesionales que, por ley o convenio, estén obligados a efectuarlas”; en tanto que la segunda le habilita para “Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuera necesaria”.

8°.- Que, de la diversa normativa enunciada en el considerando anterior, se desprende de manera clara que el Fondo Nacional de Salud, cuenta con la debida facultad de solicitar fichas clínicas, sin que esto atente, como sostiene el actor, con el deber de guardar secreto médico profesional, ni con la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes.

9°.- Que aun cuando no resulta obligatorio o vinculante para esta Corte, resulta útil destacar que la Contraloría General de la República se ha pronunciado en el mismo sentido, en el Dictamen N° 19.652, de fecha 02



de abril de 2013, donde concluye que “se encuentran autorizados para acceder a la ficha clínica de un paciente, además de las personas y organismos indicados en el artículo 13 de la ley N° 20.584, aquellos que hayan sido habilitados por otros cuerpos legales.”.

10°.- Que, en conclusión, el Fondo Nacional de Salud, al requerir al recurrente la entrega de las fichas clínicas, no ha cometido una conducta arbitraria o antojadiza, al limitarse a un período de tiempo acotado y respecto de ciertos y determinados pacientes, resultando relevante que el actor mantiene un convenio en la modalidad libre elección, el que fuera acompañado por la recurrida e incluye una cláusula donde se entienden incorporadas varias de las normas que estima infringidas. Sólo puede razonarse, del modo que se viene haciendo, que la recurrida ha actuado apegada a las expresas facultades con las que cuenta y que permiten el control sobre el financiamiento, con fondos públicos, de sus atenciones, quedando resguardado el tratamiento de los datos sensibles de tales pacientes por el deber legal de confidencialidad de sus funcionarios y fiscalizadores, cuestiones.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por don Roberto Andrés Montes Ulloa, en contra del Fondo Nacional de Salud, representado legalmente por su Director don Marcelo Mosso Gómez.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro Titular Guillermo Arcos Salinas.

ROL 399-2021 PROTECCION





XXCQJZLPCX

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Chillan integrada por Ministro Presidente Dario Fernando Silva G. y los Ministros (as) Guillermo Alamiro Arcos S., Claudio Patricio Arias C., Paulina Gallardo G. Chillan, quince de julio de dos mil veintiuno.

En Chillan, a quince de julio de dos mil veintiuno, 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> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>