

C.A. de Concepción

xsr

Concepción, cuatro de abril de dos mil veintidós.

Vistos:

En folio 1 comparecen los abogados don Marcelo Parodi García y don Ignacio Sapiaín Martínez, en representación de don Agustín Ignacio Silva Candia, con domicilio en Chiguayante, calle Los Aromos 284 Casa A, y deducen recurso de protección en contra del Servicio de Salud Concepción, representado por su director don Jorge Horacio Galaz Enríquez, ambos con domicilio en esta ciudad, avenida O'Higgins N° 297; en contra del Hospital Clínico Regional de Concepción Doctor Guillermo Grant Benavente, representado por su director don Boris Oportus Ortiz, ambos con domicilio en calle San Martín N° 1436, de Concepción; y en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), representado por su director zonal centro sur, don Carlos Ainza Abatte, ambos con domicilio en Concepción, calle Castellón N° 435; piden que se acoja el recurso, con costas, y se conmine a los recurridos a realizar las gestiones pertinentes para el tratamiento, adquisición y suministro del fármaco RISDIPLAM, a favor del menor Agustín Ignacio Silva Candia,.

Fundan su acción en que los recurridos se niegan a otorgar al menor amparado tratamiento con el medicamento RISDIPLAM para tratar la atrofia muscular espinal tipo III que padece, recetado por su neurólogo. Explican que el 13 de enero de 2022, el médico neurologo infantil Camilo Zapata Vergara que atiende al niño, ha certificado que éste “presenta Atrofia Muscular Espinal Tipo III; requiere tratamiento c/ Risdiplam 5 mg/día vía oral permanente; para evitar progresión de la enfermedad (que produce riesgo vital) y sus complicaciones, dando mejor calidad de vida”. El mismo facultativo expidió receta médica para Agustín, que prescribe: “Risdiplam 5 mg/día permanente”.

Describen las características de la enfermedad y que el medicamento fue aprobado por el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), registro N° F-25709/20, y cuya indicación terapéutica corresponde a pacientes de 2 meses de edad o mayores para el tratamiento de atrofia muscular espinal (AME).

Dado que los padres de Agustín no disponen de medios para adquirir el medicamento, el 17 de enero de 2022 la madre, para salvaguardar la vida del menor, solicitó el tratamiento al Servicio de Salud Concepción y al Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y el día 19 del mismo mes, ingresó similar petición en el Hospital Regional de Concepción. A Fonasa se le dirigió una nueva solicitud, el 17 de febrero pasado, sin que se haya recibido respuesta. El Hospital Regional respondió el 10 de febrero pasado, diciendo que el medicamento no se encontraba en su arsenal farmacológico. El Servicio de Salud Concepción, derivó la solicitud al director del Hospital Regional, que el 28 de enero de 2022 expresó que el remedio no se encontraba en su farmacia.



Estiman que la no prestación del servicio de asistencia y cobertura del tratamiento requerido es al menos arbitraria, pudiendo incluso calificarse de ilegal. Citan normativa constitucional e internacional referida a los derechos de las niñas y niños y denuncian conculcadas las garantías constitucionales de los numerales 1, 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, según explican.

En folio 10, don Cristobal Silva Schultz, abogado, por el Hospital Guillermo Grant Benavente, solicita el rechazo del recurso.

Expone que la farmacia del Hospital tiene un arsenal de fármacos determinados de acuerdo al presupuesto del establecimiento y en base a las necesidades más usuales. En caso que un paciente necesite de un fármaco que no se encuentra en el arsenal, se debe seguir el procedimiento que describe y que el medicamento Risdiplam, no se encuentra en el arsenal de la farmacia del Hospital Regional y hasta la fecha no existe una solicitud formal de ningún médico tratante del establecimiento para adquirir Risdiplam, hecho reconocido en el escrito de protección, donde se dice que el medicamento fue prescrito por un profesional externo (Dr. Zapata), quien no se desempeña como médico del Hospital Regional.

Añade que no existe ninguna disposición en el régimen de Garantías Explícitas de Salud (GES) o en la Ley Ricarte Soto, que se refiera específicamente a la enfermedad que afecta al menor de autos, mucho menos respecto del medicamento Risdiplam.

En folio 14 don Roberto Córdova Vallejos, por el Servicio Salud Concepción, expone que ese Servicio tiene prohibición legal regulada en el DFL N°1/2005, del Ministerio de Salud, de conocer de la materia de este recurso y que derivó la solicitud del medicamento Risdiplam al establecimiento autogestionado pertinente, el Hospital Regional de Concepción. Refiere las leyes N° 19996 y 20850 y sostiene que existe un presupuesto limitado para adquirir medicamentos y que en virtud del principio de legalidad del gasto, todos los recursos de los que dispone un organismo del Estado son establecidos por ley, así como su destino.

En cuanto al medicamento Ridisipam, señala que no está amparado por dicha normativa.

En folio 16 don Alejandro Venegas Ramis, abogado, por el Fondo Nacional de Salud, pide el rechazo del recurso.

Manifiesta que el Fondo financia a sus beneficiarios ciertas prestaciones de salud, en el marco de la institucionalidad vigente y el financiamiento de ciertos medicamentos, a través de la modalidad atención institucional y con fármacos disponibles en la canasta farmacológica determinada por el Ministerio de Salud. A Fonasa sólo le es posible por mandato legal financiar medicamentos que se dispongan o entreguen dentro del sistema público de salud a través de su red de establecimientos y sus profesionales y sean medicamentos de la canasta farmacológica establecida por el sistema público para el



tratamiento de cada patología.

Sobre el medicamento de autos, no se encuentra establecido como tratamiento para la enfermedad que padece el menor, de tal forma que Fonasa está impedido de financiarlo, según detalla.

Se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

1°.- Que el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile, en lo pertinente, dispone: “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 constitucionales establecidas en la artículo 19, números”, entre otros, 1° y 24 podrá ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva para que ésta adopte “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°.- Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en dicha norma, constituye una acción constitucional de urgencia, autónoma, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que la misma enumera, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe su ejercicio. Así, resulta requisito indispensable de la acción constitucional de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, es decir, producto de una voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho y que provoque algunas de las situaciones o efectos indicados, afectando a una o más de las garantías protegidas por el constituyente.

3°.- Que con el mérito de los documentos aportados, aparecen acreditados los siguientes hechos: a) el neurólogo infantil Camilo Zapata Vergara, ha recetado al menor de edad Agustín Ignacio Silva Candia, nacido el 3 de diciembre de 2018, el medicamento Risdiplam en la forma que indica en su receta (folio 1 N°1); b) que el paciente presenta atrofia muscular espinal tipo III; c) este medicamento no se encuentra en el arsenal farmacológico del Hospital Regional de esta ciudad; y d) el menor de edad de autos, se ha tratado “sólo con neurólogo particular y en la Teletón”(folio 1 N°1).

4°.- Que, además, no hay controversia en torno a que el financiamiento del medicamento de autos, no está amparado bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas, ya sea a través de un contrato de seguro de salud, el sistema de Garantías Explícitas de Salud o la Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud instaurada por la ley N°20850.

5°.- Que el medicamento materia de esta acción no ha sido incorporado a la nómina cubierta por la ley N°20850, de manera que no se advierte una actuación u omisión ilegal o arbitraria de las recurridas, pues éstas han respetado y dado cumplimiento a las



disposiciones legales y reglamentarias vigentes, explicando fundadamente los motivos que les impiden otorgar cobertura al medicamento solicitado para el niño de autos. En efecto, el mérito del expediente no permite concluir que la Administración, ha quebrantado algún deber legal o actuado por mero capricho, al negar, sin explicación o justificación, el tratamiento requerido. Al contrario, los recurridos han actuado conforme lo señalan los principios constitucionales y normativos que les obligan a administrar en forma objetiva y responsable los recursos públicos establecidos, dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley N° 20850, que establece el procedimiento correspondiente para evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, instituyendo las políticas públicas en esta materia.

6°.- Que conforme a lo señalado y ante la ausencia de un acto u omisión arbitrario e ilegal, la acción de protección no puede prosperar.

7°.- Que la recurrente ha tenido motivos plausibles para litigar por lo que no será condenada en costas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se rechaza la acción constitucional de protección interpuesta por don Marcelo Parodi García y don Ignacio Sapiaín Martínez, en representación de don Agustín Ignacio Silva Candia, en contra del Servicio de Salud Concepción, del Hospital Clínico Regional de Concepción Doctor Guillermo Grant Benavente y en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), sin costas.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Ascencio Molina quien fue de opinión de acoger el recurso, fundado en las siguientes razones:

1°.- Que con el mérito del informe del médico tratante del menor de edad de autos, aparece que éste “requiere tratamiento c/ Risdiplam 5 mg/día ... Para evitar progresión de la Enfermedad (que produce riesgo vital) y sus complicaciones, dando mejor calidad de vida” (folio 1 N°1).

2°.- Que el artículo 24 N°1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830, de 27 de septiembre de 1990, dispone “Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Este instrumento, según lo previsto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar su derecho a la vida e integridad física y



síquica. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile y que involucren menores de edad, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos, tales como dicha convención, y no los criterios económicos, los que ceden ante el interés superior del niño.

3°.- Que las consideraciones económicas constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, pero ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor jerarquía, esto es, Constitución Política de la República, la que prevalece respecto de los cuerpos normativos citados por los recurridos.

4°.- Que así las cosas, la negativa a proporcionar al niño de autos dicho remedio, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, ya que mediante tal determinación, se niega el acceso a un medicamento necesario para su sobrevivencia y calidad de vida, conforme a lo consignado en el informe de su médico tratante.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redactó Camilo Álvarez Órdenes, ministro titular.

N°Protección-3521-2022.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los ministros titulares Hadolff Gabriel Ascencio Molina, Camilo Álvarez Órdenes y el abogado integrante Renzo Esteban Munita Marambio. Concepción, cuatro de abril de dos mil veintidós.

En Concepcion, a cuatro de abril de dos mil veintidós, 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 02 de abril de 2022, 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>