

C.A. de Santiago

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintidós.

Vistos y considerando:

Primero: Comparece don Tomás Ramírez Hermosilla, abogado, en favor de doña Valentina Virginia Carrasco Soto, e interpone acción de protección en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), representado legalmente por don Marcelo Mosso Gómez.

Indica que Valentina es portadora de fibrosis quística severa con compromiso pulmonar, rinosinusal y digestivo, diagnosticada a los 4 años de vida, cuadro en el cual, desde el año 2019, requiere de oxígeno suplementario y ventilación no invasiva durante la noche y lleva más de dos años en espera de trasplante bipulmonar.

Advierte que la fibrosis quística puede ser tratada exitosamente con un medicamento llamado TRIKAFTA, que evitaría la rápida progresión de la enfermedad, medicamento que no es financiado por el sistema público de salud y su costo mensual fluctúa entre los 20 y 23 millones de pesos, monto que resulta imposible solventar para los padres de Valentina.

Da cuenta que la madre de Valentina solicitó a FONASA el medicamento señalado, y la entidad, con fecha 20 de abril de 2022, rechazó la cobertura indicando que *“...no cuenta con recursos financieros extraordinarios para dar cobertura a tratamientos que se encuentran fuera del marco presupuestario y que no están definidas dentro de los programas de medicamentos que han sido incorporados de acuerdo con las indicaciones del Ministerio de Salud”*, resolución que afecta el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 1.

Solicita se ordene a la recurrida que deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como TRIKAFTA, mientras los médicos tratantes así lo



determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento de Valentina Carrasco Soto con este medicamento.

Segundo: Informando por la recurrida, comparece don Jaime Alfonso Lagos Henríquez, abogado, solicitando el rechazo del recurso.

Indica que los establecimientos tienen la opción, frente a tratamientos que no se encuentren dentro del arsenal farmacológico, como es el caso, y que a su vez sean de alto costo, de realizar las gestiones para obtener financiamiento parcial o total a través del Fondo de Auxilio Extraordinario, que maneja el Ministerio de Salud, cuyo caso debe ser presentado por el Servicio de Salud respectivo, adjuntando los antecedentes del paciente, cuestión que en el caso no aparece realizada. Que no existe registro donde conste que la recurrente haya solicitado, por medio de alguna gestión ante FONASA, el financiamiento o entrega del medicamento "TRIKAFTA".

Señala que en el documento suscrito por el médico tratante, doctor Ricardo Kogan Alterman, no aparece ninguna mención al medicamento solicitado, ni al tratamiento sugerido para Valentina Virginia Carrasco Soto, por lo cual la petición fundada en el citado documento no se condice con el informe consensuado por Universidades, Sociedades médicas, Hospitales y médicos en el que participa el propio médico tratante, respecto del tratamiento de dicha afección.

Asevera que el sistema de salud público ha respondido en tiempo y forma a la ayuda médica requerida por la Srta. Carrasco Soto, como aparece de su Cartola Unificada de Paciente.

Respecto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta de la recurrida, cita el D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Ley N° 19.966, y la Ley N° 20.850, en donde no se contempla el financiamiento del medicamento TRIKAFTA, para el tratamiento de la patología "Fibrosis Quística", que indica padece la Srta Valentina Virginia Carrasco Soto.

Expresa que la "eventual" actuación denegatoria del FONASA, lejos de ser antijurídica, no haría más que cristalizar el principio de legalidad, toda vez que ninguna norma del ordenamiento que rige a



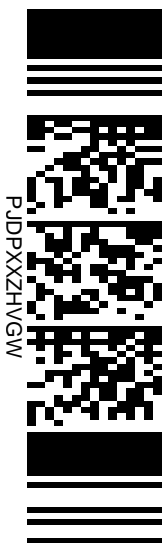
dicho Servicio le habilita para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria, quedándole completamente prohibido acceder a la petición incoada, tanto en la sede administrativa como en la presente sede judicial.

En cuanto a la supuesta arbitrariedad, alude a la Ley N° 20.850 (“Ley Ricarte Soto”), y a su respectivo Decreto, los cuales establecen un procedimiento transparente, público y participativo, que pretende, justamente, vedar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones de política pública relativas a este tema. Que el medicamento demandado no fue incorporado en el último Decreto que regula las patologías de alto costo con cobertura financiera, por lo que el tratamiento en comento no fue capaz de pasar los criterios objetivos establecidos en un procedimiento previamente creado.

Respecto de la afectación de las garantías constitucionales, expresa que la jurisprudencia ha precisado que la protección del derecho a la vida dice relación con actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, estimando que las enfermedades que padecen los recurrentes de cada caso son las que los ponen en peligro, mas no alguna actuación u omisión de autoridad alguna. Que en demandas de prestaciones médico-sanitarias de alto costo en sede cautelar lo que realmente está en discusión es el derecho a la salud. Que no parece razonable utilizar la sede cautelar para pretender impugnar actos propios de la Administración que concretan el debido ejercicio de la política pública sanitaria, toda vez que aquella pretensión sobrepasa los límites de competencia de los tribunales superiores.

Asevera que no existe relación causal entre el comportamiento antijurídico imputado y el agravio a la garantía constitucional, el cual más bien tendría su origen en la propia enfermedad de la recurrente.

Agrega que no existen derechos preexistentes e indubitados. Que en sede cautelar no corresponde se dicten fallos que constituyan derechos en favor de los recurrentes.



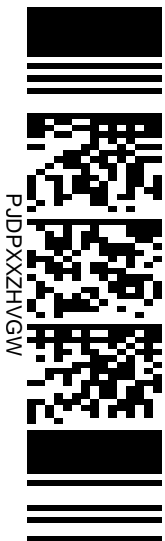
Sostiene que si la Corte llegase a acceder a la petición del recurrente, se crearía una situación de privilegio artificial respecto de la recurrente en la sede cautelar.

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 el- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

Cuarto: Que de acuerdo a los antecedentes aportados por el informe médico presentado con el recurso, suscrito por el médico tratante Dr. Ricardo Kogan Alterman, broncopulmonar infantil del Hospital Exequiel González Cortés aparece que el estudio genético da cuenta que la paciente es susceptible de tratamiento con el fármaco indicado que corrige el defecto que existe en la proteína CFTR de estos pacientes, y que condiciona secreciones espesas en distintos órganos y sistemas que causan principalmente infecciones rinosinusales y sobreinfecciones pulmonares que van deteriorando la función pulmonar y progresando en insuficiencia respiratoria grave, por lo que la posibilidad de acceder al fármaco disminuiría las hospitalizaciones recurrentes que enfrenta, los requerimientos de oxígeno y ventilación mecánica a que se ve sometida pudiendo mejorar su función pulmonar y calidad de vida, agregando que el uso del medicamento evitaría la rápida progresión fatal que le espera, de no acceder a un trasplante.

Quinto: Que, por otra parte, del tenor de los mismos antecedentes aportados, aparece que la recurrida sí negó la prestación requerida por la paciente para su tratamiento, de manera



que no resulta efectiva esta afirmación para enervar el recurso deducido, sin que esta Corte estime relevante la discrepancia anotada entre la publicación citada en el informe y el certificado que respalda el recurso, al ser este último uno confeccionado ex profeso para la paciente en concreto, con pleno conocimiento de la entidad de la patología que le aqueja y sus particularidades, por lo que su tenor ha de ser preferido a la publicación con pretensiones de generalidad en el área médica y que se cita en el informe como fundamento para solicitar el rechazo de la acción constitucional incoada.

Sexto: Que, asimismo, para la resolución del recurso interpuesto, resulta necesario consignar que la Constitución Política de la República prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1, que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece", en tanto el N° 1 de su artículo 19 estatuye que: "La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

Séptimo: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las razones esgrimidas por la recurrida para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta la joven en cuyo favor se recurre, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y con un desenlace mortal prematuro, consiste en que el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de salud pública, sin que ninguna norma lo habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria y que carece de evidencia científica respecto de su efectividad.

Octavo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por la E. Corte Suprema (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018 y N° 2494-2018 y 63.091-2020), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico

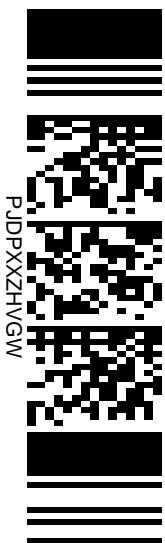


PJDpXXZHVGW

constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que 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 rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

Noveno: Que, en el indicado contexto, la decisión de la recurrida -negativa a proporcionar a la joven de autos el fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja - aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para su sobrevivencia, así como para su integridad física, considerando que la fibrosis quística que sufre es una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de progresivo deterioro y que ocasiona una muerte prematura y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Décimo: Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la afectada, sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la recurrente no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco para el tratamiento de la patología que sufre; y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, por lo que la institución contra la cual se dirige el recurso deberá realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras sus médicos tratantes así lo determinen, con el



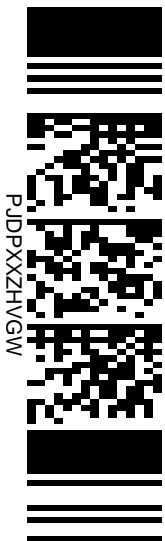
objeto de que se inicie en el más breve lapso su tratamiento con este medicamento.

Undécimo: Que, tal como lo ha señalado la E. Corte Suprema en las sentencias citadas precedentemente, al disponer las medidas indicadas precedentemente, este tribunal “se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental” por lo que al haber alcanzado estas sentenciadoras la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo a doña Valentina Carrasco Soto en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, se acogerá el recurso de protección intentado.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado sobre la materia, **se acoge** el recurso de protección deducido por don Tomás Ramírez Hermosilla, en favor de doña Valentina Virginia Carrasco Soto, disponiéndose que la recurrida deberá realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras así sea prescrito por el médico respectivo, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo su tratamiento con este medicamento.

Acordado con el voto en contra del ministro Sr. Gray, quien estuvo por rechazar el recurso de protección deducido, por considerar que al no estar mencionado el mentado medicamento –Trikafta- en el arancel Fonasa con algún código de prestación específica al referido medicamento que lo identifique como tal, mal podría la institución recurrida prestarle cobertura.

En efecto, acoger la petición del recurrente, sin contar con las autorizaciones respectivas que exige la legislación interna no solo importaría desconocer esas disposiciones, sino, además, incurrir en una franca ilicitud, ya que dichas disposiciones han sido creadas precisamente para garantizar que la utilización de dichos remedios cuenta con la aprobación científica y médica necesaria.



A lo anterior, cabe señalar que dicho medicamento tampoco ha sido refrendado como tal en la normativa sobre medicamentos de alto costo, como la Ley N° 20.850, ni en sus reglamentos, toda vez que esos remedios deben ser cubiertos por FONASA.

De todo lo anterior, puede inferirse que la decisión de la recurrida al negar cobertura al mentado fármaco no constituye un acto ilegal o arbitrario, pues dicha determinación se ajusta a la legislación especial y reglamentaria sobre esta materia y cuenta con fundamentos, que se derivan de esa misma normativa.

Por último, en cuanto al riesgo vital que presenta la recurrente, unido a que ha sido solicitado dar cobertura al mentado fármaco, aquello ha sido debatido, lo que impide tener certeza sobre esa situación, con lo cual el recurso, en este aspecto, no es indubitado.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°Protección-71578-2022.

Pronunciada por la Novena Sala, presidida por la ministra señora Graciela Gómez Quitral, e integrada, además, por la ministra señora Carolina Brengi Zunino y el ministro señor Tomás Gray Gariazzo, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

En Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintidós, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Graciela Gomez Q., Carolina S. Brengi Z. Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintidós.

En Santiago, a dieciséis de agosto 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>