

Santiago, trece de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece Hernán Quiroz Valenzuela, abogado, en representación de don Carlos Santiago González Villafañe quien deduce la presente Acción Constitucional de Protección en contra del Servicio de Salud Metropolitana Oriente y en contra del Fondo Nacional de Salud, por las consideraciones que expone.

Alega el recurrente que se amenazan y perturban por las recurridas sus derechos a la salud e integridad física y psíquica porque estando en peligro de muerte a causa de una enfermedad que no puede tratar por sus propios medios, confirmada por los organismos de la red de salud del Estado, los cuales disponen de los medios eficientes e idóneos para restablecer su salud, se rehúsan a utilizarlos.

Señala que es un programador de 35 años, que padece una grave enfermedad denominada fibrosis quística, diagnosticada a las pocas semanas de nacido.

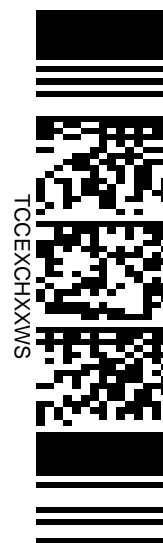
Expone las consecuencias en su salud que la enfermedad le ha ocasionado y las hospitalizaciones a las que ha debido someterse, sumado al aislamiento que debe mantener para evitar contagiarse si entra en contacto con otras personas.

Relata que actualmente se encuentra en una fase muy avanzada de su enfermedad, con una insuficiencia crónica de la función pancreática y daño pulmonar crítico. Sólo puede ejercer su profesión en su hogar. Su vida cotidiana es solitaria por el aislamiento al que es sometido para evitar exponerse a contagios en lugares en que puedan reunirse más personas.

Señala que, conforme el informe médico suscrito por su médico tratante, la Dra. Paula Irazoqui Giordano, del Hospital del Tórax, presenta «compromiso pulmonar, pancreático y sinusal. Infección crónica por burkholderia cenocepacia y pseudomona aeruginosa». La Dra. Irazoqui le ha indicado el uso de un fármaco denominado Trikafta porque, como consta en ese mismo documento, «mejora el VEF 1, el índice de masa corporal y la exacerbación crónica».

Explica latamente el funcionamiento, la forma en que se presenta la enfermedad y la manera en que esta se manifiesta a nivel molecular y celular.

Respecto al tratamiento médico y farmacológico disponible refiere el recurrente que consisten en sesiones de kinesiología, prescripción de antibióticos y en su etapa final, aislamiento total en su casa o en un hospital y aplicación de morfina.



Añade que hasta 2019 no existía un tratamiento que permitiera detener el curso de esta enfermedad. Ese año la Agencia Reguladora de Medicamentos de Estados Unidos -FDA- y la Agencia de Medicamentos Europea aprobaron la aplicación en pacientes fibroquísticos de un biomodulador genético denominado Trikafta, que ha resultado altamente eficaz para tratar esta enfermedad.

Respecto a la oportunidad para interponer el recurso, expresa que este se ha presentado oportunamente, porque los actos arbitrarios e ilegales en que se funda ocurrieron con motivo de la presentación de una solicitud del medicamento Trikafta por el recurrente al Minsal que no fue respondida en el plazo legal y con motivo de una presentación en el mismo sentido del Sr. González a Fonasa, de 25 de julio de 2022, que ese organismo respondió el día 25 de agosto de 2022

Argumenta que la política seguida por la autoridad al negarle el financiamiento del medicamento requerido es arbitraria porque contradice preceptos constitucionales, particularmente el artículo 19 N°1 de la Constitución y el N°9 del mismo artículo.

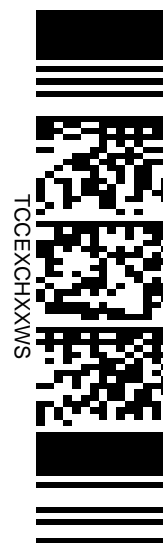
Continúa señalando que se presenta una contradicción con la misión institucional de las requeridas que, en el caso del Servicio de Salud Metropolitana consiste en gestionar la Red Asistencia para ejecutar las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y en el caso de Fonasa porque se describe como una institución solidaria que no discrimina por edad, sexo, género, nivel de ingresos, etc.

Por otra parte, es ilegal la decisión de no financiar la compra del medicamento por cuanto el Estado se encuentra obligado constitucionalmente a asegurar a todas las personas su derecho a la vida y garantizar la ejecución de las acciones de salud.

Previas citas legales y jurisprudenciales solicita se disponga que los recurridos adopten las medidas necesarias para asegurar los derechos fundamentales que alega el recurrente vulnerados y en particular, se realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras su médico tratante así lo determine, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso su tratamiento.

SEGUNDO: Que, evacuando informe por la recurrida Fondo Nacional de Salud -Fonasa- comparece Felipe Casale Salinas, quien solicita el rechazo del presente recurso por las razones que expone.

En primer lugar, en cuanto a la elaboración de políticas públicas sanitarias, señala que la decisión de financiar determinados diagnósticos y tratamientos de alto costo ha quedado reglada, específicamente, en la denominada “Ley Ricarte



Soto” y en su respectivo Decreto, mediante 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.

Añade que, en virtud del artículo 5 de la referida Ley, solo pueden incorporarse al decreto en comento los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cumplan con las condiciones copulativas que allí se señalan. En la especie, el hecho que el tratamiento en cuestión no se encuentre priorizado y expresamente financiado por la Ley N°20.850 y su respectivo decreto, no obedece a un capricho infundado de la recurrida, sino que responde a que el tratamiento en comento no ha sido capaz de pasar los criterios objetivos establecidos en un procedimiento previamente creado, el que cuenta con etapas sucesivas que, precisamente, buscan eliminar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones de política pública en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

Añade que Fonasa no cuenta con alguna prerrogativa excepcional que le permita eludir el mecanismo legal explicado antes.

Cuestiona, además la evidencia científica respecto a los efectos que podría provocar el medicamento solicitado por el recurrente. En este sentido, respecto a la incertidumbre generada por esta falta de evidencia científica, hace suya la argumentación sostenida recientemente por la Corte Suprema, en causa Rol N°75.550-2022, en donde el sr. ministro Matus en el voto de disidencia en el que tuvo presente que: “en el caso del tratamiento con el fármaco Trikafta no se ha logrado acreditar evidencia suficiente para un esquema de priorización” (...).

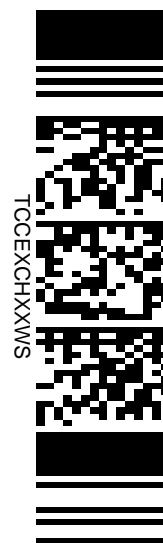
Respecto la cobertura sanitaria de la enfermedad que padece el recurrente esgrime que la patología que padece la demandante de autos se encuentra contemplada en el Régimen de Garantías Explícitas en Salud.

Concluye solicitando se rechace en todas sus partes el presente recurso por no configurarse en la especie una acción u omisión arbitraria o ilegal por parte del recurrido en los términos en que se alegan.

TERCERO: Que, evacuando informe por la requerida Servicio de Salud Metropolitano Oriente, comparece Fernando Ortíz Alvarado, quien solicita el rechazo de la presente acción constitucional, por las consideraciones que señala.

En primer lugar, esgrime que carecen de un deber jurídico para con el recurrente por cuanto no realiza prestaciones asistenciales médicas ni el financiamiento, ni tampoco la adquisición de fármacos sea que se encuentren o no aranceladas.

Esgrime que, las únicas menciones que contiene el recurso en contra del Servicio de Salud consisten en una individualización al principio y otra al final del



recurso para sindicarlo solamente como recurrido sin mencionar mediante que actos u omisiones se le amenaza perturba o conculca alguna garantía del recurrente por parte del SSMO.

Niega la existencia de un acto u omisión por su parte, ni tampoco se indica en el recurso cual sería este acto que se le imputa.

Por otra parte, alega la falta de legitimación pasiva, por cuanto si no existen actos u omisiones ilegales o arbitrarias atentatorios con el derecho a la vida del recurrente ni menos una afectación al derecho a la salud no es posible configurar respecto del Servicio de salud Metropolitano oriente un sujeto pasivo hábil en este recurso de protección.

En cuanto al objetivo relativo al financiamiento del medicamento, no le corresponde financiarlo al Servicio de Salud Metropolitano Oriente ya que los medicamentos son financiados por los sistemas de financiamiento en salud que podrán ser la ISAPRE o el FONASA, pero el financiamiento de medicamentos no le es posible hacerlo a un Servicio de Salud.

Agrega que, el derecho a la vida del recurrente se encuentra amenazado por la enfermedad que padece, no por el Servicio de Salud Metropolitana Oriente.

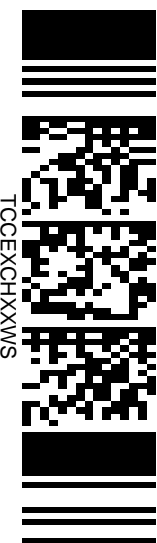
Abona a lo anterior que, la aplicación del medicamento requerido puede o no contribuir con la sobrevivencia de la recurrente, y que no existe certeza acerca de su eficacia por sí sola.

Presenta argumentos adicionales para solicitar el rechazo del recurso, señalando que la fijación de las políticas en materia de salud le corresponde al Ministerio de Salud de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional vigente.

De otra parte, entrega un argumento de justicia distributiva diciendo que la toma de decisiones acerca de favorecer a un recurrente o varios, sobre un mismo tema, trae consecuencias en la distribución de los escasos recursos generales para la satisfacción de necesidades colectivas. El Estado posee recursos limitados y debe aplicar sobre ellos criterios de justicia distributiva regulando la relación de la comunidad con cada uno de sus miembros.

Concluye solicitando el rechazo del presente recurso.

CUARTO: Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c)



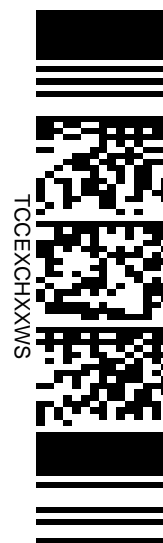
que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

QUINTO: Que si FONASA se ha negado a acceder a la petición del recurrente debe analizarse si ello es ilegal o arbitrario y para ello la judicatura debe hacerse la siguiente pregunta: ¿a título de qué norma jurídica el Servicio de Salud o FONASA deberían pagar al recurrente el tratamiento con el medicamento “Trikafta” para su enfermedad? La respuesta es una sola: de ninguna, no hay disposición legal ni reglamentaria que obligue al Estado a prestar cobertura financiera a un tratamiento de esta naturaleza, y tal obligación sólo corresponde en los casos de aquellas dolencias y tratamientos incluidos en las leyes 19.966 y 20.850.

SEXTO: Que la ley 19.966, que establece un régimen de garantías explícitas de salud, cubre con el método de financiamiento que se indica en su articulado, actualmente, las enfermedades que se indican en el DS N° 22 de 2019 del Ministerio de Salud, que incluye a la fibrosis quística, y ha podido el recurrente gozar del acceso pleno al tratamiento y a su cobertura financiera, tratamiento en el que la normativa no incluye la administración del aludido medicamento –“Trikafta”-; es decir, la enfermedad está incluida pero no su tratamiento con “Trikafta”. Y en cuanto a la ley 20.850, que “Crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y Rinde Homenaje Póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos”, esta no permite que se pida directamente el financiamiento de un determinado tratamiento, sino que, en su virtud, en un procedimiento reglado procede que se dicten los actos administrativos complementarios que incluyan los diagnósticos y tratamientos de alto costo, sin que se haya incluido al mencionado medicamento.

SÉPTIMO: Que debe agregarse que el Decreto Exento N°63 de 15 de enero de 2016 del Ministerio de Salud aprobó la Norma General Técnica N°184, que establece el protocolo de procedimiento para presentación de solicitudes de Auxilio Extraordinario, esto es, un fondo de recursos públicos que permite financiar discrecional y parcialmente al Ministerio citado ciertas prestaciones no cubiertas por Fonasa, acto administrativo que en su punto 2.4 fijó criterios de exclusión para la más beneficiosa asignación de aportes públicos, indicándose, entre los excluidos, “los tratamientos permanentes, por la naturaleza del fondo, por lo tanto las solicitudes de financiamiento de medicamentos para enfermedades crónicas con tratamiento de mantención de por vida”, que es precisamente el caso de la administración del medicamento “Trikafta”.

OCTAVO: Que en virtud de la separación de poderes que rige en un estado democrático de derecho, **la judicatura no puede ni debe fijar políticas públicas**



en el tratamiento o financiamiento de enfermedades raras o de alto costo, siendo ello de incumbencia exclusiva de la Administración, sin que se pueda ordenar a esta, y aún por la vía del artículo 20 de la Constitución Política de la República, gastar fondos públicos fuera de los casos expresamente señalados en la ley. Debe insistirse: el Poder Judicial no es el que decide la forma en que se deben asignar los fondos públicos y sólo le corresponde, por la vía de la protección, vigilar que la conducta de la Administración se haya ajustado a la legalidad. En la especie claramente han obrado el Servicio de Salud y FONASA de acuerdo a la ley y, al revés, acceder a lo pedido por el recurrente importa una ilegalidad y un gasto público no autorizado por la ley, con todas las implicancias jurídicas que ello lleva consigo, incluso de corte penal.

NOVENO: Que, en este mismo orden de ideas, no es posible exigir de los jueces, ante hechos graves como el alto costo del tratamiento médico de una persona afectada de una peligrosa enfermedad, que olviden su posición de juzgadores y se conviertan en defensores de causas que se estiman beneficiosas.

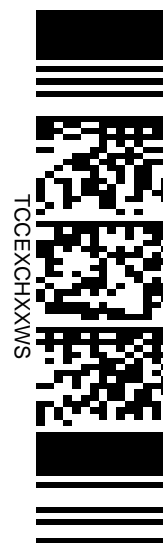
DÉCIMO: Que, entonces, entendiendo que el diagnóstico del recurrente es grave -fibrosis quística-, es lo cierto que ello no ha sido causado por el actuar del Estado y la autoridad gubernamental no está obligada por norma legal o reglamentaria alguna a financiar la compra del medicamento "Trikafta", sin que, en el recurso, por lo demás, se describa ninguna conducta antijurídica o arbitraria. Luego, el recurso debe desestimarse.

Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza** la acción constitucional deducida en estos antecedentes, sin costas.

Acordado con el voto en contra del abogado integrante señor Lepín quien estuvo por acoger la presente acción de protección por las siguientes consideraciones:

1.- Que, como se indica en el referido certificado médico acompañado por el actor se recomienda el uso del signado fármaco, por cuanto se evitaría la rápida progresión de la enfermedad -la que es de carácter degenerativa- el que evitaría la rápida progresión de la enfermedad que en definitiva provocará su muerte, según se señala en el informe médico que acompaña a la presentación del recurrente.

2.- Que, además, la recomendación médica y técnica efectuada por el profesional de la salud tratante del recurrente, contenida en el certificado médico antes señalado -prescripción que no fue controvertida por la recurrida, resulta prioritaria, teniendo presente que para FONASA el costo financiero y económico no



resulta mayor, dado que además evitaría las constantes hospitalizaciones que dicha patología requiere.

3.- Que, por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, en su artículo 190, establece los casos en que puede excluirse de cobertura, entre otros: *“Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel (...)”*.

4.- Que, de esta forma, en relación a la no cobertura del referido medicamento la recurrida no dio a conocer los motivos o fundamentos médicos para negar su cobertura.

5.- Que en este contexto, cabe tener presente que el derecho a la protección de la salud es integral y correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, de lo cual se concluye que la interpretación relativa a las normas que se refieren a esas garantías constitucionales, deben ser interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo y cuyo costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato.

6.- Que, además, en relación al argumento de la recurrida, referente a que el medicamento Trikafta no cuenta con registro sanitario por parte del Instituto de Salud Pública (ISP), resulta arbitrario e insuficiente para negar la cobertura solicitada por la recurrente, teniendo presente que éste ha sido autorizado en Estados Unidos por la FDA (Food and Drug Administration) para los pacientes que presentan la enfermedad como la de autos, aunado que también lo ha recomendado la EMA (Agencia Europea de Medicamentos), existiendo por lo demás experiencia clínica sobre su uso.

7.- Que, en estas condiciones, la negativa de la recurrida de otorgar la cobertura para el medicamento que requiere el recurrente -a pesar de que no se encuentra controvertida su prescripción y procedencia como único tratamiento útil-, a juicio del disidente, constituye una acción arbitraria e ilegal que conculca la garantía del derecho a la vida y a la integridad física de la recurrente, desde que lo priva del acceso al mismo, ocasionándole un daño grave y, ello por cuanto las normas que regulan el contrato de salud, ya sea estas legales o administrativas corresponden sean interpretadas y aplicadas de forma tal de maximizar el pleno y cabal ejercicio de los derechos que son inherentes a la persona humana entre ellos, además del ya referido, la protección a la salud garantizado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, derechos que deben ser respetados por todos y constituir por cierto la base de toda convención o acuerdo entre las partes.

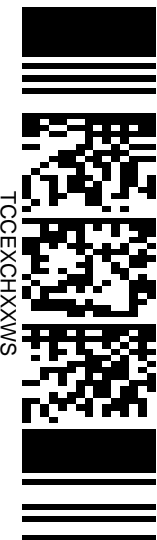
Regístrese, comuníquese y archívese.



Redacción del ministro señor Mera y del voto disidente, su autor.

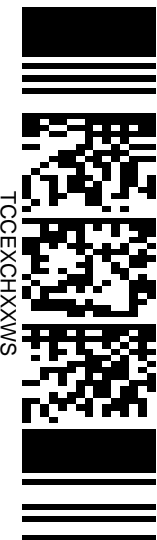
N°Protección-102256-2022.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el abogado integrante señor Lepín, por ausencia.



Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Juan Cristobal Mera M. y Ministra Suplente Maria S. Jorquera B. Santiago, trece de diciembre de dos mil veintidós.

En Santiago, a trece de diciembre 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 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.