

Arica, doce de junio de dos mil veintitrés.

**VISTO:**

Compareció doña \_\_\_\_\_, cédula de identidad N° \_\_\_\_\_, chilena, ingeniera en ejecución en administración pública, en contra del HOSPITAL DOCTOR JUAN NOE CREVANI, todos domiciliados en esta ciudad, y dedujo recurso de protección de garantías constitucionales, en la especie, las de los numerales 1°, 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, fundada en los siguientes antecedentes.

Expuso que pertenece a FONASA y que fue diagnosticada con una colitis ulcerosa que actualmente corresponde a Enfermedad de Crohn Grave, teniendo una terapia mixta, al haber accedido a la Ley N°20.850, Ley Ricarte Soto, con atenciones tanto en el sector público como privado.

Indica que dentro de la ley citada solo tiene disponibilidad de tratamiento con los medicamentos Infliximab o Adalimumab, los cuales no están indicados para el manejo de las 4 infecciones que ha tenido y le han drenado, y que ha implicado hospitalización por más de un mes en octubre de 2022.

En este sentido, indica que las Directrices de consenso de la Sociedad Británica de Gastroenterología sobre el tratamiento de la enfermedad inflamatoria intestinal en adultos señalan eventos adversos comunes con la terapia con dichos medicamentos, razón por la cual, y conforme a su historial médico y tratamiento de su enfermedad, y con el solo propósito de evitar colecciones e infecciones futuras es que se recomienda el uso de terapia biológica con ESTEKINUMAB, como una opción para este diagnóstico en adultos con respuesta inadecuada o intolerancia a la terapia convencional o a un TNF-alfa o por contraindicaciones para dichas terapias.

En ese sentido, la Dra. Daniela Jara Letelier, gastroenteróloga del Hospital El Salvador de Santiago acredita que, tras diversos incidentes, y luego de ser controlada en forma periódica con gastroenterólogos especialistas y con cirujanos coloproctólogos, quienes con su evolución, han propuesto inicio de terapia biológica con Estekinumab, droga que aún no se encuentra disponible en arsenal de Ley Ricarte Soto, encontrándose habilitada para iniciar dicha terapia biológica a la brevedad, indicando que la dosis sería de 390 mg en la semana de Stelara (3 ampollas ev) para posterior mantención con 90 mg sc cada 8 semanas.

Refiere que en razón del diagnóstico y receta indicada, y dado que el único proveedor del medicamento es un laboratorio, según norma del ISP, la venta solo puede hacerse a establecimientos de salud y no a particulares, y teniendo presente que el Hospital El Salvador indica que el hospital base es el Hospital Regional de Arica, quien debe hacerse cargo del financiamiento del medicamento,

remitiendo incluso un correo electrónico donde agrega que en “otros hospitales (ej. H. de Temuco) han autorizado compra excepcional de esta droga para algunos pacientes teniendo muy buen resultado para ellos, con disminución de costos asociados a hospitalizaciones reiteradas”.

Así, y a fin de salvaguardar su vida, y conforme a la indicación ya referida, y tras un informe social, se envía al director del hospital la solicitud, pero con fecha 22 de marzo de 2023, bajo el ORD N°1728 el Director del Hospital de Arica responde que “en atención a la solicitud de compra de medicamento de Alto Costo por Enfermedad de Crohn Grave, el medicamento es USTEKINUMAB, al respecto informo a usted que dicho medicamento no se encuentra dentro del arsenal farmacológico de nuestro hospital, y es por eso que no se podría autorizar la compra del mismo”.

Al respecto, señala que el medicamento fue autorizado por el Instituto de Salud Pública de Chile, con indicación terapéutica para pacientes adultos con Enfermedad de Crohn activa, de moderada a grave que han tenido una respuesta inadecuada, pérdida de respuesta o intolerancia a un antagonista del THN o tiene contraindicaciones médicas a estas terapias.

En este sentido se estaría afectando el derecho a la vida e integridad física y psíquica, toda vez que la enfermedad que sufre puede ser dolorosa, debilitante y en algunos casos, poner en riesgo la vida, sin cura conocida, pero que existen terapias que pueden reducir considerablemente sus signos y síntomas y que incluso pueden lograr una remisión a largo plazo y la desinflamación del intestino, pudiendo incluso tener una vida normal con el tratamiento adecuado.

Respecto a la igualdad ante la ley, refiere que en casos similares se han acogido acciones de naturaleza análoga, indicando que la Corte Suprema si bien tiene presente las consideraciones de orden económico, 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.

Finalmente, respecto del derecho a la salud, ello está en relación a la igualdad de derechos de todas las personas, debiendo el Estado garantizar dicha protección y garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de protección y recuperación de la salud, no pudiendo caer en discriminaciones arbitrarias que vulneren el numeral 2° ya citado.

Por lo anterior es que solicita se acoja el recurso, para que en definitiva se le conmine a realizar al más breve plazo las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco USTEKINUMAB, indispensable para seguir con un tratamiento que le permita vivir dignamente y sin sufrimiento, con dosis conforme a las ya referidas, en su favor y en carácter permanente, con costas

En su oportunidad informó la recurrida Hospital Regional de Arica y Parinacota Doctor Juan Noe Crevani, dando cuenta, en primer lugar, de las coberturas del sistema de salud público chileno, en particular del régimen general de prestaciones, de las garantías explícitas en salud y de la Ley Ricarte Soto, indicando que respecto de esta última se sigue un procedimiento reglado, transparente y participativo en la inclusión de distintos tratamientos de alto costo para el Sistema de Protección Financiera que crea dicha ley. En este sentido, indica que lamentablemente el medicamento solicitado, USTEKINUMAB no ha sido incluido en los Decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo, de modo que no es posible financiarlo mediante este mecanismo.

Ahora bien, respecto de la patología que padece la recurrente, ella no tiene resolutiveidad en el Hospital Regional Dr. Juan Noé, dado que no es prestador de la enfermedad de Crohn, por lo cual, y acorde a la Guía de Redes de Atención GES y NO GES de la División de Gestión de la Red Asistencias Subsecretaría de Redes Asistenciales, el paciente debía ser trasladado al Hospital de Referencia El Salvador. En este sentido, el recurso debe ser rechazado, puesto que no es el hospital recurrido quien posee la resolutiveidad para tal requerimiento, puesto que, al no contar con los especialistas y recursos para el diagnóstico, evaluación y tratamiento de la enfermedad en comento, procedió a derivar a la paciente, no encontrando un acto u omisión ilegal y arbitraria en lo que se viene señalando, por lo que, se trata de actos administrativos motivados, toda vez que cuentan con una fundamentación racional que se basa en antecedentes objetivos y verificables, ajustados plenamente a la normativa constitucional y reglamentaria vigente.

Por lo anterior, es que solicita tener por evacuado el informe y el rechazo del recurso.

Finalmente informó el Fondo Nacional de Salud, dando cuenta de la forma en que opera la Ley N° 20.850 indicando que no es antojadiza ni arbitraria la decisión de otorgar o no el financiamiento a determinado medicamento, sino que es fruto de un análisis técnico donde se establece la forma más eficiente de gestionar los recursos presupuestarios, dando cuenta que, para la enfermedad de Crohn, mediante resolución exenta N°1664 de 29 de diciembre de 2017 del Ministerio de Salud se aprobaron los protocolos para el tratamiento asociado a dicha enfermedad a la cobertura para el año 2018, donde se encuentra el tratamiento con Infliximab o Adalimumab para dicha patología.

Así, refiere que si bien el criterio económico ha de tenerse presente por parte de cualquier órgano del Estado en la toma de decisiones, respecto a la materia también se siguen criterios de carácter técnico sanitarios, que deben

cumplirse copulativamente, y siempre dentro del marco legal establecido por la constitución y las leyes.

De esta forma, el hecho de que el tratamiento de la enfermedad de Crohn mediante el medicamento USTEKINUMAB (Stelara) no se encuentre priorizado y expresamente financiado por la Ley N°20.850, y su respectivo decreto, no obedece a un capricho infundado sino que responde a una decisión de autoridad que se encuentra debidamente fundada y que es fruto de un proceso de carácter técnico, por lo que la imposibilidad de financiar dicho tratamiento está por lejos de ser una decisión arbitraria, debiendo desestimarse dicha alegación, puesto que al acceder a lo solicitado, implicaría actuar contra ley, además de materializar un expreso desconocimiento a la institucionalidad creada por la propia ley para el establecimiento de las políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, máxime que FONASA no financia el tratamiento con dicho medicamento, pero si otorga cobertura financiera universal mediante Infliximab o Adalimumab.

Tras citar jurisprudencia tanto de la Excma. Corte Suprema como de la Corte de Apelaciones de Santiago, refiere que en ambas sedes se ha reconocido que el recurso de protección no es la herramienta idónea para la adopción de resoluciones que digan relación con la determinación de políticas públicas, máxime cuando la sede cautelar, por su naturaleza, no da espacio para la evaluación de diversos aspectos que han de ser considerados para la creación e implementación de una política pública, agregando que, de accederse a la petición, en los hechos no solo se estaría perjudicando a todos quienes participan en la creación de políticas públicas y cuyas propuestas no cumplieron con parámetros objetivos para ser incorporadas al sistema de financiamiento de medicamentos de alto costo, sino que se crearía una situación de privilegio artificial, respecto de los recurrentes en la sede cautelar, que obtendrían sentencias constitutivas de derechos en su favor, pudiendo exigir a la autoridad, en su mérito y virtud, un tratamiento médico a permanencia, sin que las demandadas de éste u otros recursos, puedan desestimar dicha resolución en un procedimiento de lato conocimiento ulterior, desnaturalizándose de esa manera el fin mismo de la acción cautelar.

Se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, la acción de protección contemplada en la Carta Fundamental, existe con el propósito de cautelar debidamente los derechos fundamentales de rango constitucional, para lo cual prevé que cualquier persona por sí o a favor de un tercero puede recurrir ante el órgano jurisdiccional para su

amparo, cuando estos derechos sean amagados por actos arbitrarios o ilegales de terceros, debiendo la Corte de Apelaciones respectiva adoptar las medidas conducentes para restablecer el orden jurídico quebrantado, si de los antecedentes proporcionados se establece que existe lesión a los derechos constitucionales de quien recurre.

**SEGUNDO:** Que, en la especie, cabe analizar si el actuar de las recurridas fue arbitrario o ilegal, y establecido esto, si se ha vulnerado alguna de las garantías protegidas por este arbitrio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**TERCERO:** Que, a partir de las afirmaciones vertidas en sus escritos de discusión por recurrente y recurridos, no resulta controvertido el hecho de que la actora padece enfermedad de Crohn grave, ni el hecho de que solicitó a la Hospital Regional de Arica el suministro del medicamento que le fue recetado por sus médicos tratantes del Hospital El Salvador de Santiago, de nombre USTEKINUMAB (Stelara), por no encontrarse cubierto por la Ley N° 20.850, lo que constituye precisamente el acto impugnado y considerado ilegal y arbitrario, el que estima la recurrente, conculca su derecho a la vida e integridad física y psíquica, igualdad ante la ley y su garantía a la salud del numeral 9° de la Constitución Política de la República.

**CUARTO:** Que al respecto, es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico 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 los recurridos, como ha razonado la Excma. Corte Suprema en los recursos Rol N° 43.250-2017, 25.161-2018, y 2702-2019 entre otros.

En la especie, la enfermedad es de aquellas comúnmente denominadas “de alto costo”, y el medicamento, que también lo es, no cuenta con el procedimiento de evaluación de la ley del ramo para ser incluido en el financiamiento que el cuerpo legal otorgó.

Por otro lado, la enfermedad sí se encuentra recogida entre las patologías GES/AUGE, tal como lo reconoció el propio Hospital Regional Dr. Juan Noé, indicando que debió ser derivado en su tratamiento al Hospital El Salvador de Santiago.

**QUINTO:** Que, el medicamento en cuestión, junto con no estar prohibido para su uso en el país, es el indicado por los tratantes que suscriben el certificado

antes mencionado, los que indican, a la letra, que “...1. *Enfermedad Inflamatoria Intestinal tipo Colitis Ulcerosa izquierda en 2019, intratable con Inmunomodulador (RAM Azatioprina) y refractaria a tratamiento biológico Adalimumab y Tofacitinib. [...] La paciente ha recibido cerca de 4 pulsos esteroidales en contexto de Enfermedad de Crohn grave, actualmente dependientes de prednisona 30 mg día, ya que al intentar bajar dosis comienza con sangrado bajo.*

*Se ha controlado en forma periódica con Gastroenterólogos especialistas (Dra. Pérez de Arce-HCUCH, Dr. Pizarro CLC) y con cirujanos coloproctólogos tratantes del HCUCH, quienes con su evolución han propuesto inicio de terapia biológica con Ustekinumab, droga que aún no se encuentra disponible en arsenal de Ley Ricarte Soto.”.*

**SEXTO:** Que en el indicado contexto, la decisión de no proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco, aparece como arbitraria y amenaza 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 al menos necesario para su integridad física, o incluso para su sobrevivencia, considerando que la enfermedad que afronta la recurrente es permanente, lo que justifica la administración del medicamento en comento, al estar prescrito por más de dos facultativos, como fluye de los antecedentes agregados a la causa.

**SÉPTIMO:** Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la recurrida a proporcionar un fármaco indicado médicamente, requerido a la fecha para la integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no puede adquirirlo privadamente, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquél 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, mismas que han de consistir en que la institución contra la cual se dirige el recurso, en conjunto con el Fondo Nacional de Salud, en la medida que le corresponda en la administración del sistema público de salud, realicen, coordinadamente, las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco en cuestión mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.

**OCTAVO:** Que, por otra parte, el Estado a través de su red de salud, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hizo cargo de señalar qué otro

tipo de tratamiento de similares efectos pueden brindarle a la paciente, considerando la refractariedad al tratamiento con Adalimumab y Tofacitinib, actuar que se torna en ilegal conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que dispone que: “Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de 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 de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

**NOVENO:** Que, en este orden de reflexiones, esta Corte, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dispondrá la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, velando, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados en ella, lo que no implica inmiscuirse en cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a las recurridas.

**DÉCIMO:** Que finalmente, la alegación de la recurrido Hospital Regional de Arica y Parinacota Doctor Juan Noé Crevani, en cuanto a que sería el Hospital El Salvador el eventualmente responsable, será desestimada, por la naturaleza propia del recurso de protección, de carácter cautelar, más cuando es el Estado, en su conjunto, a través de su red de salud y mediante sus diversas reparticiones –tanto centralizadas como descentralizadas-, y por la vía de las diferentes acciones de salud, como se razonó precedentemente, quien debe hacerse cargo de dicha situación, debiendo acatar las medidas que se ordenarán en lo que le corresponda y dentro del marco de sus competencias.

Por las anteriores consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se declara:

Que **SE ACOGE** el recurso de protección deducido por y en consecuencia, la recurrida y el Fondo Nacional de Salud, en forma coordinada, deberán realizar todas las gestiones pertinentes para la adquisición y entrega del fármaco USTEKINUMAB (Stelara), a la recurrente, con el objeto de iniciar a la brevedad el tratamiento indicado por sus médicos tratantes, debiendo evaluarse periódicamente por los especialistas médicos dicho

tratamiento y su suministro, así como todas las medidas de orden médico, financiera y las que sean pertinentes y necesarias para asegurar el derecho a la vida y la protección de la salud de la recurrente.

Regístrese, notifíquese y archívese, si no se apelare.

**Rol N° 141-2023 Protección.**