

C.A. de Valparaíso

Valparaíso, diez de octubre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

Que a folio 1 recurren de protección y de FONDO NACIONAL DE SALUD (FONASA) y el MINISTERIO DE SALUD fundando su acción cautelar en la negativa de las recurridas a adquirir y suministrar el medicamento DINUTUXIMAB a su hijo de 6 años de edad quien padece de neuroblastoma etapa IV, diagnosticado el año 2022 en Hospital Gustavo Fricke, actualmente en remisión, negándole la cobertura por no estar incorporado el medicamento en el Protocolo Nacional de Neuroblastoma PINDA (PROGRAMA NACIONAL DEL CÁNCER) para pacientes del alto riesgo en el período de post trasplante autólogo, pese a su eficacia comprobada, lo que provoca una afectación a la garantía constitucional del derecho a la vida del niño, contenida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. El tratamiento proyectado incluye quimioterapia, cirugía para la extracción de los tumores, autotransplante y terapia con retinoides durante el período de mantenimiento, descartando el uso de inmunoterapia. La decisión de las recurridas priva de acceso al medicamento referido, que ha sido prescrito para asegurar la sobrevivencia del paciente. Pide se adopten las medidas necesarias para restablecer el derecho y que permitan el financiamiento, adquisición y suministro del fármaco, mientras los médicos así lo determinen. Según equipo médico oncológico de hospital Gustavo Fricke menos del 20% de los casos tienen posibilidad de recuperación basado en los tratamientos indicados en PINDA. Pide se acoja el recurso ordenando a las recurridas adoptar las medidas necesarias para administrar al paciente el medicamento DINUTUXIMAB, con costas

Que a folio 11 informa el ministerio de Salud que la presente acción cautelar no es la vía para valorar y ponderar los aspectos técnicos, éticos y sanitarios para determinar la procedencia de administrar el medicamento referido en el recurso. No puede ser considerada únicamente la opinión del médico tratante la principal justificación de la administración del fármaco. No se trata de una consideración económica la tenida a la vista para no introducir el DINUTUXIMAB dentro del protocolo a administrarse a la patología en cuestión, sino que la decisión debe fundarse en la evidencia científica, no se trata de una materia opinable ni quede quedar a la discreción de un profesional, no habiéndose acreditado que se encuentre en riesgo la vida del paciente. Sostiene que existe evidencia limitada para concluir que el fármaco reclamado pueda disminuir la mortalidad en relación a otros fármacos. Mediante la judicialización de este recurso de protección, nos encontramos ante un caso de acceso al sistema sanitario bajo financiamiento público, de medicamentos innovadores, mediante el cual se desarrolla una estrategia legal y comercial, mediante la cual, se presenta una solicitud de financiamiento hacia los organismos de Salud (Minsal y Fonasa) acompañando una indicación médica, a sabiendas de que no existe un esquema de priorización estatal o pública. En síntesis, respecto de la acción de protección de autos, en ningún caso, se verifica en la especie una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitraria imputable al Ministerio de Salud, que prive, perturbe o amenace los derechos de la paciente, consagrados en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, por lo que no cabe sino indefectiblemente decretar su rechazo.

Que a folio 25, se prescindió del informe ordenado a la recurrida FONASA y se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que no existe controversia respecto de que el niño a favor de quien se deduce la presente acción cautelar tiene un diagnóstico médico de neuroblastoma etapa IV, actualmente en remisión

Segundo: Que la recurrente ha incorporado informes de los médicos tratantes del niño profesionales de 14 de agosto de 2023 Dra. María Angélica Wietstruck, Sección de Oncología Hematología División de Pediatría, Red Salud UC Christus que indica: *“El neuroblastoma es un tumor maligno que afecta a niños en los primeros años de vida. La mayoría de los pacientes debutan con enfermedad avanzada y deben recibir un tratamiento muy agresivo para tener una opción de curarse, incluyendo quimioterapia en dosis convencionales, cirugía y/o radioterapia local, quimioterapia intensiva con rescate de células madre autólogas (en tandem de 2 ciclos) y agentes diferenciadores. A pesar de esto la sobrevida reportada es solo de un 45%.*

El Dinutuximab beta es un anticuerpo monoclonal contra la proteína GD2, expresada de manera específica por células de neuroblastoma. Este anticuerpo ha demostrado alta efectividad en el tratamiento de pacientes con neuroblastoma de alto riesgo. Tanto la FDA como EMA aprobaron el uso de esta droga para niños con neuroblastoma y en varios países se considera tratamiento estándar de primera línea para pacientes con enfermedad de alto riesgo (metastásica y/o nmyc positivo) como es el caso de Tomás. Se adjunta literatura que respalda esta indicación”.

Tercero: Que el antedicho informe da cuenta que el niño se encuentra en una situación de riesgo vital, con independencia de que la enfermedad se encuentre en remisión y que la administración del medicamento reclamado aumenta sus posibilidades de sobrevida.

Cuarto: Que el Ministerio de Salud no ha desvirtuado lo informado por la profesional tratante, sino únicamente ha dirigido su postura para fundar el rechazo del recurso en la circunstancia de no existir evidencia científica de peso en orden a establecer que el medicamento Dinutuximab beta aumente las probabilidades de éxito en el tratamiento del niño. Sosteniendo, además que de acogerse el recurso el Fisco se verá en la obligación de adquirir el medicamento directamente de los laboratorios sin posibilidad alguna de negociar su valor. Lo anterior permite a esta Corte estimar que éste argumento es uno que se dirige principalmente a redundar en consideraciones de naturaleza económica, las que de modo alguno tienen la fuerza de superar la obligación que pesa sobre el Estado de resguardar la salud, sobrevida y mejor calidad de vida del niño de marras.

Quinto: Que, en ese mismo orden de ideas, vale considerar que, si bien es cierto, los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, ellos 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 invocados por la recurrida, como ha razonado la Excm. Corte Suprema en los recursos Rol N° 43.250-2017, 25.161-2018, y 2702-2019 entre muchos 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.}

Sexto: Que, el medicamento en cuestión, junto con no estar prohibido para su uso en el país, es el indicado por la médico tratante de la actora, según informe acompañado a los autos. 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, lo que justifica la administración del medicamento en comento, 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 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, el Ministerio de Salud ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el paciente no puede adquirirlo privadamente por su alto costo. 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 la medida que le corresponda en la administración del sistema público de salud, realice 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.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **se acoge, sin costas**, el recurso de protección deducido en favor del niño , en contra del Fondo Nacional de Salud y del Ministerio de Salud, y en consecuencia, la autoridad recurrida deberá realizar, a la brevedad, todas las gestiones pertinentes para la adquisición y entrega del fármaco DINUTUXIMAB a la recurrente, con el objeto de proveerle el tratamiento indicado por su médico tratante.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

N°Protección--2023.

En Valparaíso, diez de octubre de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.