

C.A. de Santiago

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En los autos Rol Corte N°68195/2018 caratulados “Valderrama con Hospital Base de Osorno” deduce recurso de protección Esteban Barra Olivares y Francisco Bassi Díaz, abogados, en nombre de Diego Nicolás Santana Álvarez, menor de dos años y 10 meses, representado por su madre doña María del Pilar Alvarez Salcedo, todos domiciliados para estos efectos en calle Magdalena 140, piso 23, Las Condes, en contra del Fondo Nacional de Salud, representado por su Director Nacional, Marcelo Mosso Gómez, ambos domiciliados en calle Monjitas seis 65, Santiago, y en contra del Ministerio de Salud, representado por su ministro Emilio Santelices Cuevas, ambos domiciliados en Mac Iver 541, Santiago, en adelante MINSAL, por los actos ilegales y arbitrarios, que amenazan las garantías constitucionales protegidas por el artículo 19 específicamente sus numerales uno y dos, sobre el derecho a la vida y la igualdad ante la ley.

Funda su acción en la circunstancia que el menor sufre de Mucopolisacaridosis tipo IV-A, enfermedad de Morquio, lisosomal crónica, multisistémica y progresiva, siendo el único tratamiento posible para frenar el empeoramiento de su salud la terapia de reemplazo enzimático en base a clubsulfasa alfa o Vimizim, medicamento que el prestador de salud se ha negado a proporcionar, y el Minsal no ha dado respuesta a los requerimientos del paciente.

Luego de detallar la gravedad de la enfermedad que sufre el menor y las manifestaciones que aquéllas le producen, expone que el único tratamiento existente, desde el año 2014 está disponible en el medicamento ya señalado, el cual sólo puede



paliar sus síntomas, y consiste en una terapia enzimática sustitutiva o de reemplazo en donde la enzima faltante es obtenida mediante tecnología de ADN recombinante y luego incorpora al organismo humano, así la que LA CLOSULFASA repone es la GALACTOSIMINA 6, restableciendo la función celular, lo que produce un alivio en el general en el estado de su padecimiento.

Agrega que la eficacia del referido medicamento se encuentra reconocido por la comunidad médica internacional.

La enfermedad del menor ha sido diagnosticada por la doctora Constanza Sfeir Cataldo, neurólogo infantil, y consta del certificado médico de fecha 3 de julio de 2018, diagnóstico que se encuentra avalado por los respectivos exámenes de laboratorio.

En cuanto a la negativa de las recurridas para proporcionar el tratamiento a pesar del diagnóstico y de su prescripción, ha sido la negativa en cuanto al primero de los recurridos y no ha dado respuesta el segundo.

Ante lo anterior, es necesario aplicar las normas de la Ley 19.880 sobre Bases Generales de Procedimiento de la Administración del Estado, la cual en su artículo 65 consagra la regla del silencio negativo, en virtud del cual se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro el plazo legal lo que es plenamente aplicable al caso y al Ministerio de Salud.

Diferente es el caso de FONASA quien ha manifestado expresamente su negativa

Ambos comportamientos constituyen una arbitrariedad o ilegalidad por acción u omisión y vulneran las garantías ya mencionadas del derecho a la vida y la integridad física que se configura por el actuar de ambas recurridas, si bien en diferentes órdenes.



El argumento en el sentido que la Ley 20.850, no incluye el tratamiento con ese medicamento, no es un argumento capaz de justificar la negación del mismo, ya que no se puede invocar una ley como pretexto, para infringir una garantía constitucional.

En cuanto al argumento de falta de fondos fiscales, el cual esta recurrente no desconoce, el costo de la terapia alcanza alrededor de \$60.000.000 al mes sin embargo, tratándose de la vida de las personas en una esfera de protección no puede admitirse pretextos de orden patrimonial. En ese sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema el fallo que cita al efecto.

En cuanto a la igualdad ante la ley, no es otra cosa que la consagración constitucional del principio de la no discriminación.

Debe tenerse en cuenta que FONASA actualmente financia el tratamiento de todos aquellos pacientes chilenos afiliados a dicha institución, que sufren la misma enfermedad y que requieren terapia de reemplazo enzimático en base a Vimizim, situación que ha sido reconocida por esa misma institución en carta respuesta al requerimiento de Diego Santana, en donde se indica de qué forma se tiene un programa de financiamiento.

En adición las Isapres les han otorgado cobertura a todos los paciente de la red privada, diagnosticados con la patología en comento y a quienes se les ha prescrito la misma terapia. En Chile existen cuatro pacientes diagnosticados con esta patología, afiliados a Isapres, a los cuales individualiza con sus nombres e Isapre que cubre sus tratamientos, Cruz Blanca, Banmédica y Colmena. En el caso de Fabián Ibarra señala que la cobertura fue ordenado por fallo de 24 septiembre 2014.



Puede apreciarse entonces que tanto el sistema público como el privado otorgan cobertura, siendo el menor objeto del recurso el único que no la recibe.

Por todo lo expuesto solicita:

1.- Que se ordene a las recurridas otorgar sin más trámite la cobertura para la hospitalización y suministro del tratamiento de reemplazo enzimáticos requerido por el recurrente, de conformidad la prescripción médica de su médico tratante;

2.- Decretar las medidas conducentes a evitar que las conductas contra las cuales se recurre se repitan en lo sucesivo, garantizando el respeto efectivo a los derechos señalados, ordenando a las recurridas cesar inmediatamente los actos u omisiones en que han incurrido;

3.- Decretar cualquier otra medida de protección tendiente a proteger o cautelar las garantías constitucionales del menor, cuya vulneración es objeto de este recurso;

4.- Condenar a las recurridas al pago de las costas

A estos mismos autos se ha acumulado la acción de protección deducida en favor del menor Simón Agustín Valderrama Varas, representado por su madre doña Alexandra del Pilar Paran Neira, deducido por los mismos abogados que recurren a favor del menor Diego lo que se domiciliaron en la misma dirección y comuna que señalaron respecto del anterior recurso.

Deducen la acción en contra de la misma recurridas FONASA Y MINSAL, representados y domiciliados por quien y en las mismas direcciones ya señaladas.

Sostienen que el menor Simón Agustín, sufre de la misma patología ya explicada y necesita el mismo tratamiento respecto del cual, al igual que con el otro menor. FONASA se ha negado a



prestarlo y el MINSAL no ha dado respuesta a los requerimientos del paciente.

La situación de este menor, a saber, de tres años ocho meses, es exactamente la misma ya reseñada respecto del otro infante, está prescrita la terapia y no se le otorga, es pertinente, es la única y está reconocida internacionalmente.

Las garantías constitucionales conculcadas son las mismas, el derecho a la vida y la igualdad ante la ley, y lo solicitado son exactamente las mismas medidas que se requieren en el caso anterior.

Se deja constancia que en estas causas se decretó orden de no innovar.

El Fondo Nacional de Salud evacúa informe con fecha octubre del año 2018 por intermedio del abogado Javier Alonso Morales en relación a ambos menores.

Destaca que en razón que esta acción constitucional se funda en la denegación del financiamiento solicitado, teniendo a la vista los antecedentes, es del caso señalar que debe tenerse en consideración los siguientes presupuestos, que deben cumplirse de manera copulativa para que su procedencia: una conducta, por acción u omisión ilegal o arbitraria; la afectación expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución; la relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio; la posibilidad del órgano jurisdiccional de adoptar medidas de protección o cautelares adecuadas a fin de resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado.

La conducta de FONASA reclamada, consiste en la negativa a financiar el suministro del medicamento en cuestión. Sostiene que los recursos de que dispone la administración del Estado son



asignados año a año mediante la ley de presupuesto y en ese contexto por mandato constitucional todos los recursos de que dispone son establecidos por ley, al igual que el destino para el que son asignados.

Agrega que FONASA debe velar por la debida administración de los fondos que se le asignan, de acuerdo al principio de legalidad.

En esta caso particular, las leyes que regulan la materia, DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud y las Leyes 19.966 y 20.850 que constituyen la orgánica y operativa del fondo nacional de salud no contemplan financiamiento del medicamento que requieren los menores.

En materia de fármacos, FONASA otorga cobertura A los beneficiarios del sistema público de salud mediante el financiamiento de las prestaciones otorgadas en la modalidad de atención institucional del régimen de prestaciones de salud, creado por ley 18.469, y por otro lado, financia los medicamentos que forman parte del sistema que regula la Ley 19.966, como también, los medicamentos contemplados en la Ley 20.850, ley Ricarte Soto. Lo anterior, siempre teniendo en cuenta que la administración de recursos que son asignados al fondo, no pueden ser dispuestas de manera antojadiza, sino que deben ser utilizados para los fines que han sido entregados.

La denegación de FONASA no es antijurídica, no hace más que cristalizar el principio de legalidad, ya que ninguna norma habilita a ese servicio para dispensar recursos respecto de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria.

En cuanto a la supuesta arbitrariedad se debe tener en cuenta que el año 2015, como respuesta a una realidad social, se



establece la forma en que se crean y adoptan las políticas públicas en materia de financiamiento. La ley conocida como Ricarte Soto, publicada el 6 de junio de 2015, procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, alimentos y elementos de uso médico, por lo que la decisión de financiar determinados diagnósticos y tratamientos, ha quedado reglada específicamente por esa normativa y en su respectivo decreto mediante un procedimiento transparente público y participativo.

Esta ley establece una regla de máximo gasto, la que en términos generales restringe la disponibilidad de recursos en un 80% de los recursos anuales del fondo, por lo que sólo podrán incorporarse al decreto en comento, los tratamientos que cumplan con las siguientes condiciones copulativas:

- el costo de los diagnósticos e igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo sexto;
- los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una favorable evaluación científica de la evidencia conforme al artículo séptimo, los diagnósticos y tratamiento haya sido recomendado de acuerdo lo expuesto en el artículo octavo; y se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y tratamiento conforme al artículo noveno.

En otras palabras que el diagnóstico o el tratamiento sea de alto costo, cuente con evidencia clínica, las redes asistenciales tenga la capacidad de oferta para realizar las confirmaciones diagnósticas, tratamientos y seguimiento de los pacientes y que los tratamientos tengan coherencia con coberturas actuales y demás consideraciones presupuestarias.

Sin perjuicio de lo que informe el Ministerio de Salud, no puede soslayarse que el medicamento en cuestión fue presentado a evaluación en la denominada ley Ricarte Soto, la cartera de



salud recibió un total de 3275 solicitudes de evaluación relativas a 103 condiciones de salud, entre la que se encontraba la patología que sufren los recurrentes.

En Ministerio procedió a evaluar la solicitud, no obstante el tratamiento no logró pasar la etapa de evaluación. Por lo señalado el Ministerio no tuvo más opción que rechazar la solicitud.

Reconoce que si bien se toma en cuenta el criterio económico, este criterio no se evaluó en abstracto, sino que se realiza teniendo en cuenta consideraciones de costo-efectividad del medicamento, influye si los criterios de carácter técnico y especialmente criterios sanitarios dentro el marco de la legalidad establecida.

El tratamiento solicitado no se encuentra priorizado ni expresamente financiado por la Ley 20.850 y su respectivo decreto, el cual no fue 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 cuanto a las garantías denunciadas como infringidas, el artículo 19 N° 1 de la carta fundamental, no procede invocarla, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en determinar que la protección de este derecho dice relación con actos positivos que amenacen o ataquen directamente la vida de una persona, y que configuren un detrimento o imposibilidad de continuación de la misma.

En cuanto a la garantía el artículo 19 N° 2, igualdad ante la ley, todos los pacientes que sufren esta patología sólo han obtenido a través de un recurso de protección ante los tribunales superiores de justicia acceder al financiamiento su tratamiento. Al efecto cita el caso de un beneficiario del tratamiento por sentencia



XMHWGNSJG

judicial que renunció al mismo por no tolerarlo adecuadamente y por dificultades que tendrían para transportarlo al hospital de San Antonio.

En cuanto a la relación de causalidad no existe ninguna acción u omisión arbitraria de base, que verifique respecto de FONASA, por lo que no es posible construir un vínculo causal entre ambos presupuestos.

En cuanto a la posibilidad del órgano jurisdiccional que conoce el asunto de adoptar medidas de protección o cautela adecuada para resguardar el derecho, cabe tener en cuenta que esta acción se refiere a vulneración de derechos preexistentes e indubitados, lo que precisamente no ocurre en la especie.

Tanto el máximo tribunal del país como las Cortes de Apelaciones han reconocido expresamente que el mecanismo del recurso protección no es la herramienta idónea para adoptar resoluciones que digan relación con la determinación de políticas públicas como la que nos ocupa, máxime cuando las acción cautelar, breve y sumaria no da espacio para la evaluación de los diversos aspectos que deben ser considerados para la creación e implementación de tales políticas, potestad que se encuentra radicada precisamente en el Ministerio de Salud y en el de Hacienda.

De accederse a lo solicitado se crearía una situación de privilegio artificial respecto de quienes hacen uso de esta sede cautelar, desnaturalizando así el fin último del recurso.

Por lo expuesto solicita se rechace el recurso en todas sus partes, por no configurarse ninguno de los presupuestos copulativos que dan lugar a esta acción cautelar.

En el mes de octubre igualmente el Ministerio de Salud evacuó el informe solicitado por intermedio del abogado Jorge



Hubner Garretón, Jefe de la División Jurídica, solicitando desde ya su total rechazo.

Parte señalando luego de resumir el recurso que la Ley 19.966 establece un Régimen de Garantías en Salud y la Ley 20.850 crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y tienen como objetivo central, la primera proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud que representan la mayor carga de enfermedad del país; y, en cuanto a la segunda, procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, y elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos respectivos, garantizando que ellos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia. Este último en su artículo quinto, establece que los tratamientos de alto costo para condiciones específicas de salud con sistema de protección financiera, tales como enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes, serán determinados a través de un decreto supremo del ministerio de salud, suscrito también por el Ministro de Hacienda de conformidad al procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento.

Sólo podrán incorporarse a este decreto los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cumplan con las siguientes condiciones copulativas:

- a) que el costo los diagnósticos o tratamiento sea igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo sexto;
- b) que los diagnósticos y tratamientos hayan sido de una favorable evaluación científica de la evidencia, conforme el artículo séptimo;



c) que los diagnósticos y los tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo lo dispuesto en el artículo octavo,

d) que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos conforme lo señalado en el artículo noveno.

Lo que demuestra que se trata de un procedimiento reglado, transparente y participativo.

El requisito previsto en la letra a en cuanto al umbral nacional de costo anual al que se refiere el artículo sexto se fijó en \$2.418.399.

En cuanto a los requisitos de las letras b), c) y d) se dispone que el Decreto Supremo N° 13 de 2017 que aprueba el reglamento establece el proceso destinado determinar los diagnósticos y tratamientos de alto costo, según lo establecido en los artículos siete y ocho de la ley 20.850. Sin embargo el primer y segundo decreto que establecieron los tratamientos de alto costo, no les fue aplicable al procedimiento contenido los artículos 78 y nueve inciso primero del cuerpo normativo en comento a diferencia del tercer decreto, para el cual se dispuso que el tercer decreto que establezca los tratamientos de alto costo, será dictado antes del 31 de diciembre de 2017, entrará en vigencia contar del 1 de enero del año 1018 y regirá hasta el 30 de junio de 2019. Para la elaboración de este decreto será necesario cumplir con todos los procedimientos previstos en la ley. Este tercer decreto es el decreto supremo número 47 de 29 de diciembre de 2017 del misal.

Por lo tanto para determinar la inclusión de una patología en este sistema se necesita solicitud evaluación; evaluación; recomendación priorizada; y decisión.

En cuanto a las solicitudes de evaluación señala que se recibieron 3275 solicitudes, luego se agruparon en 103



condiciones de salud considerando para cada una de ellas distintos números de tratamientos, una de ellas en la patología de los recurrentes y el tratamiento fue solicitado a través del medicamento Vimizim. Se inició así la segunda etapa de evaluación.

En esta etapa sólo puede ser objeto de evaluación aquellos diagnósticos y tratamientos cuyo costo determinado sea igual o superior al umbral nacional a que se refiere el artículo sexto. No obstante, cuando razonablemente no sea posible establecer en esta instancia el valor estimado de un diagnóstico, la Subsecretaría podrá igualmente por resolución fundada autorizar el inicio del proceso de evaluación.

En consecuencia la normativa transcrita se desprende que para que la tecnología sea evaluada, teniendo si en cuenta que si falta menos de un año para la dictación del próximo decreto, no podrán ser objeto de evaluación los productos sanitarios que no allana al menos iniciado el proceso de solicitud de registro utilización en Chile.

En cuanto al umbral de alto costo, se exige que la tecnología solicitada supere el umbral nacional de costo anual y en cuanto a la disponibilidad del fondo se exige que el tratamiento no supere el 110% del fondo disponible que fije el Ministerio de Hacienda. Una estimación al alza de la disponibilidad del fondo fue de \$13,000,000, a fin de no excluir a priori tecnología que se encontraban al límite el disponibilidad. Al efecto el director de presupuesto del Ministerio de Hacienda con fecha 29 de octubre de 2017 y formó que para un horizonte de sus contabilidad a 10 años en umbral y la de \$9,869,000.

Sostiene que finalmente cabe consignar que a la etapa dos, de evaluación, le sucedieron las etapas tres y cuatro de



recomendación priorizada y decisión. En cuanto la efectividad del medicamento Vimizin, sí reconoce que la enfermedad que sufren los menores es una enfermedad rara de almacenamiento lisosomal que se hereda de forma autosómica recesiva y afecta múltiples sistemas del organismo. Su etiología es un déficit genético en el gen GALNS. El diagnóstico se basa en la detección del aumento de la excreción urinaria. Se confirma mediante la demostración de la deficiencia enzimática en leucocitos cultivados. El pronóstico depende de la gravedad de la enfermedad y de la calidad de la atención, que puede permitir a los pacientes SOBREVIVIR más allá de los 50 AÑOS.

Está indicado para pacientes que padecen la patología de los menores de autos.

En cuanto a su efectividad, el último estudio que es un cuestionario que evalúa tres aspectos relevantes, a saber, autocuidado, movilidad y asistencia por cuidador. Los pacientes han demostrado una mejoría significativa en los dominios de autocuidado y movilidad.

En otro orden de ideas destaca la improcedencia de la presente acción de protección por la no concurrencia de una conducta ilegal o arbitraria.

A continuación destaca el derecho de petición de todo ciudadano, derecho al cual la autoría lo puede negarse, aunque sin perjuicio de ello, esta garantía no incluye el derecho a obtener respuesta. Al efecto cita diversas jurisprudencias en tal orden de ideas.

En cuanto a la garantía denunciada como vulnerada del artículo 19 número dos, la igualdad ante la ley, considera que la especie no se verifica en ningún caso un atentado a este principio, por cuanto la interpretación extensiva que realizan los abogados



patrocinantes limitándose a explicar el detalle de la enfermedad que padece los menores si señalar respecto de que pacientes ella tiene similar condición, por los casos descritos su mayoría han sido contra y se aprende acuerdo al grado de cobertura de sus planes y al régimen de garantías explícitas de salud, y sólo hace una referencia vaga a lo que ha señalado la Directora Ejecutiva de la Fundación Chilena de enfermedades lisosomales.

Agrega que existen situaciones en que habiéndose entregado el medicamento mediante la respectiva acción de protección acogida, ha sido suspendido porque el paciente no lo tolera o por diversas dificultades como en el caso de Yubeli Santander.

En cuanto el derecho previsto el artículo 19 número uno este derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de toda persona, en este caso la amenaza que se cierne sobre la vida de los pacientes, no puede ser atribuible al ministerio de salud, sino que está causada por la patología que lamentablemente les aqueja.

En síntesis respecto de la acción de protección de autos, no se verifica en la especie una conducta por acción u omisión, ilegal o arbitraria imputable al Ministerio de Salud por lo que no cabe sino indefectiblemente rechazar el recurso.

Que esta Corte decretó, el mismo día de la vista de la causa, como medida para mejor resolver se solicitará al fondo nacional de salud que informe con cargo al que fondos y de qué institución se están proporcionando los medicamentos correspondiente a los pacientes que individualiza, cuatro a saber lo que estaba siendo tratados en diversos servicios de salud, a saber, de Chiloé Hospital de Ancud, de Valparaíso Hospital



Claudio Vicuña, de Ñuble Hospital Hermina Martín de Chillán y de Chiloé Hospital de Ancud.

Parte representando que FONASA no cuenta con un presupuesto para financiar tratamientos o procedimientos de alto costo que no se encuentran priorizados por la autoridad sanitaria, a través de la Ley 20.850, conocida como por la Ley Ricarte Soto y su respectivo decreto.

En segundo término atendido el tenor de lo solicitado se hace presente que los cuatro pacientes que se mencionan corresponden a casos que fueron judicializados en su oportunidad en sede cautelar y que cuenta con sentencia condenatoria firmes de los tribunales superiores de justicia. En ese orden de ideas evidencia que esos casos escapan a la lógica del interés general.

Refiriéndose ella específicamente a cada menor señala que tres de esos pacientes actualmente reciben el tratamiento ordenado por resolución, sin que los médicos tratantes respectivos hayan podido objetar desde un punto de vista científico, mejoría particular más allá de apreciaciones subjetivas.

Reitera que en un caso particular ya señalado el tratamiento fue suspendido por cuanto el paciente no resistió su ingesta o inoculación aduciendo problemas de movilización, renunció expresamente.

Que los casos en que ese organismo ha sido condenado por sentencia debió recurrir al ítem presupuestario 26.0 2.0 01 denominado “cumplimiento de sentencias ejecutorias” el Estado no cuenta con marco presupuestario en la correspondiente ley de presupuesto inicial de cada año, siendo su valor inicial cero. El presupuesto de ese ítem va siendo otorgado según se generan los eventos, a petición de FONASA y otorgado por la dirección de presupuestos.



Una vez que la sentencia se encuentra firme, la fiscalía de la informante remite los antecedentes a la división de comercialización, desde donde se derivan al departamento de programación financiera, organismo competente para elaborar la correspondiente resolución de pago. Esa misma unidad una de suscrita la resolución otorga el correspondiente compromiso presupuestario el sistema de información para la gestión financiera del Estado, y se envía a finanza para su devengo y pago.

Señala que acumulada una determinada cantidad de casos, se solicita el marco presupuestario de gasto para respaldarlo pago conjuntamente con su financiamiento de aporte fiscal. Se concreten el envío a la dirección de presupuestos por el director de fue NASA de una solicitud de marco presupuestario del ítem 26.0: 001 y en el ítem de ingreso cero 9.0 uno denominado aporte fiscal libre. Acumulado nuevamente otro volumen significativo de casos se repite el proceso. Cada una de esas solicitudes se materializan en definitiva en un decreto de modificación presupuestaria que incrementan los ítems de ingreso y gasto ya mencionados.

En concreto señala que ha solicitado ya dos propuestas de modificación presupuestaria, +1 tercera en proceso de firma del de febrero 2019 a la fecha, por un total de los 3185 millones.

No obstante ser el ítem 26.2.0 01 excedible presupuestariamente, ello no implica que estemos en presencia fondos ilimitados de libre disposición para ese servicio.

En suma concluye que la explosiva creación de derechos subjetivos en sede cautelar en materia de financiamiento de tratamientos, están distrayendo lo cursos de usos alternativos en otras políticas públicas.



Evacuado el pertinente informe con fecha 10 de julio de 2019, se repuso el estado de acuerdo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el recurso de protección es un instituto procesal de carácter extraordinario, establecido para restaurar el imperio del derecho cuando se han afectado derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución Política, por intermedio de un acto arbitrario o ilegal.

SEGUNDO: Que como es unánimemente aceptado, requiere para su procedencia, la concurrencia simultánea de un conjunto de requisitos, a saber, la existencia de un acto o una omisión ilegal y arbitraria, que dicho acto viole, perturbe o amenace garantías que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas; y finalmente, que quién lo interpone se encuentre ejerciendo un derecho indubitado y que la acción constitucional se dirija en contra de quién ha causado la conculcación de un derecho garantizado por nuestra Carta Fundamental, dentro del plazo señalado por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema.

TERCERO: Que la presente acción se funda en la circunstancia que el menor Diego Nicolás, de dos años y 10 meses, sufre de Mucopolisacaridosis tipo IV-A, enfermedad de Morquio, lisosomal crónica, multisistémica y progresiva, siendo el único tratamiento posible para frenar el empeoramiento de su salud la terapia de reemplazo enzimático en base a clubsulfasa alfa o Vimizim, medicamento que el prestador de salud se ha negado a proporcionar, y el Minsal no ha dado respuesta a los requerimientos del paciente.



A estos autos se ha acumulado la acción de protección deducida en favor del menor Simón Agustín Valderrama Varas, tres años, ocho meses, representado por su madre doña Alexandra del Pilar Paran Neira. Quién sufre la misma patología y necesita el mismo tratamiento respecto del cual, al igual que con el otro menor. FONASA se ha negado a prestarlo y el MINSAL no ha dado respuesta a los requerimientos del paciente.

En ambos casos la enfermedad está diagnosticada, prescrita la terapia y no se le otorga, es pertinente, es la única y está reconocida tanto nacional como internacionalmente.

CUARTO: FONASA argumenta que su denegación no es antijurídica, no hace más que cristalizar el principio de legalidad, ya que ninguna norma habilita a ese servicio para dispensar recursos respecto de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria. Debe velar por la debida administración de los fondos que se le asignan, de acuerdo al principio de legalidad.

En esta caso particular, las leyes que regulan la materia, DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud y las Leyes 19.966 y 20.850 que constituyen la orgánica y operativa del fondo nacional de salud no contemplan financiamiento del medicamento que requieren los menores.

QUINTO: Por su parte el MINSAL destaca que la Ley 19.966 establece un Régimen de Garantías en Salud y la Ley 20.850 crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y tienen como objetivo central, la primera proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud que representan la mayor carga de enfermedad del país; y, en cuanto a la segunda, procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, y



elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos respectivos, garantizando que ellos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia. Este último en su artículo quinto, establece que los tratamientos de alto costo para condiciones específicas de salud con sistema de protección financiera, tales como enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes, serán determinados a través de un decreto supremo del ministerio de salud, suscrito también por el Ministro de Hacienda de conformidad al procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento.

Al efecto al Reglamento de la ley 20.850 en su primer considerando destaca que el ministerio de salud le 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 coordinar, controlar, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Señala además que la ley ya citada, crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

SEXTO: Respondiendo Fonasa lo solicitado como medida para mejor resolver, hace presente que los cuatro pacientes que se mencionan corresponden a casos que fueron judicializados en su oportunidad en sede cautelar y que cuentan con sentencias condenatorias firmes de los tribunales superiores de justicia, a saber Estiben Melian Millapel, Yubeli del Carmen Santander Silva, Carola Solange Solis Solis y Benjamín Enrique Mansilla Soto. En ese orden de ideas evidencia que esos casos escapan a la lógica del interés general.



Agrega que los casos en que ese organismo ha sido condenado por sentencia, debió recurrir al ítem presupuestario 26.0 2.0 01 denominado “cumplimiento de sentencias ejecutorias”, pero el Estado no cuenta con marco presupuestario en la correspondiente ley de presupuesto inicial de cada año, siendo su valor inicial cero. El presupuesto de ese ítem va siendo otorgado según se generan los eventos, a petición de FONASA y otorgado por la dirección de presupuestos.

SEPTIMO: Que al efecto obra a fs. 40 informe acerca de la paciente Santander Silva de Carabineros de San Antonio, a los que se les informó en el Hospital Claudio Vicuña, que la paciente falleció, ella fue la que renunció al tratamiento por no tolerarlo adecuadamente y por tener dificultades para trasladarse al Hospital de San Antonio

La Prefectura de Carabineros de Ñuble informa que el Hospital Herminda Martín de Chillán fue notificado y da cuenta a fojas 46 que la paciente Carola Solange Solís, actualmente está recibiendo el medicamento Vimizim, no siendo posible objetivar la evolución atendido que en ese establecimiento no está implementado el test de marcha de seis minutos, sólo de acuerdo a lo referido por la paciente, puede afirmar que ha experimentado una mejoría de su capacidad funcional.

El doctor Juan Pedro Andreu, como médico tratante informa que la paciente recibe tratamiento de forma ambulatoria, endovenosa, semanalmente desde el 4 de junio de 2018; relata mejoría su, sea funcional y considera que actualmente es auto valiente en relación con las actividades de la vida diaria como aseo, alimentación, vestuario y deambulaci3n en su casa, depende familiares para traslados, lo que le es menos dif3cil



según relata desde el inicio del tratamiento. El episodio de hipotensión se manejó suspendiendo la infusión ese día.

A fs. 44 rola informa evacuado por el Hospital de Ancud, en el cual la dra. Mariana Montiel, pediatra, da cuenta que el paciente Estiben Aquiles, recibe el tratamiento en cuestión, el cual en cuanto a los beneficios, se ha observado progresión de peso y talla y la ausencia de visceromegalias y de complicaciones pulmonares graves, que pueden observarse en el curso de la enfermedad, por lo cual concluye que este ha sido beneficioso.

Destaca que el medicamento ha sido aprobado para su uso clínico por la FDA y ha sido avalado por estudios médicos certificados en Europa y América.

OCTAVO: Que la negativa a otorgar la cobertura se basa principalmente en no haber superado la patología las etapas de evaluación y en no existir financiamiento al efecto, todo ello de acuerdo a la normativa que rige la materia. Esto es, Ley 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud y Ley 20.850 crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo.

NOVENO: Que sin embargo, debemos analizar la situación de ambos infantes a la luz de nuestra Carta Fundamental, cuya aplicación es prioritaria a cualquier norma de menor rango, y a la circunstancia que el Estado siempre debe propender a proteger la vida de los connacionales, más si se trata de menores de edad, infantes de acuerdo a los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, y principalmente la Convención Sobre Derechos del Niño.

Es efectivo que la patología que sufren es de las más escasas y de alto costo, pero no puede dejarse a un niño y por



consiguiente a una familia sin poder atender a su hijo, solo por carecer de los medios económicos al efecto.

DECIMO: Que según lo informado por los médicos tratantes de los otros pacientes que están recibiendo tratamiento con Vimizim, los resultados son alentadores y han demostrado una mejoría en su estado en cuanto a peso y talla, en un caso y una mejoría general en cuanto a la capacidad de autovalerse, en otro.

Lo anterior demuestra los beneficios del medicamento, no pudiendo esta Corte obviar lo solicitado en base al argumento que no hay un ítem presupuestario establecido al efecto, ya que como informa el mismo FONASA, acumulada una cantidad determinada de casos, se solicita el marco presupuestario del gasto requerido para respaldar los pagos, conjuntamente con su financiamiento vía aporte fiscal.

DECIMO PRIMERO: Que aun cuando las recurridas sostienen que el costo no es un elemento determinante para los efectos de incluir una enfermedad entre las que tendrán cobertura dentro de la ley Ricarte Soto, la realidad es que la misma normativa establece una limitación de carácter monetario a los diagnósticos y tratamientos para los efectos de ser incluidos, los que no deben superar el umbral nacional

El presupuesto va siendo otorgado según se dan los eventos, a petición de FONASA e incluido por la Dirección de Presupuestos con cargo al ítem presupuestario al que ha recurrido 26.0 2.0 01. Denominado “cumplimiento sentencias y ejecutoriadas”. Si bien señala que este ítem no cuenta con marco presupuestario en la correspondiente ley de presupuesto inicial de cada año calendario, la realidad es que una vez acogido el recurso y dictada sentencia, FONASA debe solicitar que en el



ítem ya mencionado, se incluya un ítem de ingreso 09.01 que corresponde a aporte fiscal libre.

Ese aporte fiscal libre ahora permanece en el tiempo.

DECIMO SEGUNDO. En consecuencia, es así que existe un mecanismo ya establecido para poder cumplir con los tratamientos en situaciones de la gravedad del caso que nos ocupa, por manera que no es dable argumentar simplemente que como esa patología no está dentro de las leyes que contemplan enfermedades raras o poco conocidas, los que se encuentran aquejados de ellas, queden fuera del sistema y el Estado se desentienda de la gravedad de su situación.

Las obligaciones que impone nuestra Carta Fundamental son preferentes y prioritarias para el caso de nos ocupa, y deben ser aplicadas por sobre las leyes existentes dado su menor rango, razón por la cual los menores respecto de los cuales se recurre no pueden ver afectada su vida y su salud por no recibir la cobertura adecuada, más aún si ya existen otras personas que sufriendo la misma enfermedad y necesitando el mismo medicamento, han sido beneficiadas con su cobertura y se encuentran siendo debidamente atendidas, todo lo cual atenta contra la garantía establecida en nuestra Constitución, de igualdad ante la ley.

Por las razones anotadas y de acuerdo lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección **SE ACOGE el recurso de protección deducido en beneficio de los menores Diego Nicolás Santana Alvarez y Simón Agustín Valderrama Varas, SOLO** en cuanto se ordena a las recurridas FONASA y MINSAL otorgar sin más trámite la cobertura para la hospitalización y suministro del tratamiento de reemplazo



enzimático denominado Vimizim, requerido por los recurrentes, de conformidad la prescripción médica de sus médicos tratantes; debiendo cesar de inmediato en los actos u omisiones que han incurrido que ha privado a los menores de la señalada cobertura.

Lo anterior ha sido acordado con el **voto en contra del abogado integrante Gonzalo Ruz Lártiga**, quién fue de la opinión de rechazar ambos recursos, por las siguientes razones:

1°. Con relación al recurrido Ministerio de Salud. Se le imputa una omisión ilegal y arbitraria consistente en no dar respuesta a la solicitud de financiamiento del medicamento que se le hace por lo recurrentes, sin embargo, en el petitum del recurso lo que se pide respecto de este recurrido es obligarlo a dar la cobertura de salud accediendo al señalado financiamiento (terapia enzimática de reemplazo con el medicamento Vimizim), lo que supone atribuir una consecuencia al silencio de este recurrido que no se ha denunciado ni tampoco encuentra amparo en el ordenamiento jurídico vigente. En efecto, independiente de la cuestión relativa a la protección de la garantía del derecho de petición (artículo 19 N°14 de la Constitución Política de la República), al no existir un plazo legal para responder a las solicitudes de los recurrentes, la calificación de ilegal de la falta de respuesta del recurrido, debiendo hacerlo, no puede ser retenida. Sin embargo, entendiendo que, a pesar de lo anterior, la obligación de dar respuesta al administrado sí resulta exigible dentro de un plazo razonable, justificando o argumentado su decisión, es posible retener que ese silencio resulta, en efecto, arbitrario. Sin embargo, a pesar de esta calificación, no es posible atribuirle causalmente la afectación de las garantías cuya protección solicitan los recurrentes (Derecho a vida e igualdad ante la Ley). Particularmente el derecho a la vida exige la



conurrencia de actos positivos o conductas que pongan en peligro o riesgo la vida humana, peligro o riesgo que está asociado a la terrible y mortal enfermedad que padecen los recurrentes y que, por cierto, no tiene su origen en la ausencia de respuesta en un plazo razonable que ha debido dar el Ministerio de Salud recurrido a las solicitudes de los actores. Respecto de la igualdad ante la ley, no se ha demostrado que el Ministerio haya discriminado dando respuesta a ciertos peticionarios y no a los recurrentes.

2°. Respecto del recurrido Fondo Nacional de Salud, FONASA. Estima este abogado integrante que no advierte en que forma podría atribuírsele alguna conducta ilegal o arbitraria pues dicha institución está obligada a hacer, respecto de su beneficiarios, sólo y todo lo que le ordena la ley, y dentro de ellas no se le ha impuesto el deber de financiar el medicamento que requieren los recurrentes, el que no está contemplado dentro de la cobertura financiera en el Sistema de Garantías Explícitas de Salud que regula la Ley 19.966 ni dentro del catálogo de medicamentos cubiertos por la Ley 20.850, cuerpo normativo que procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo que hayan demostrado su efectividad, lo que conforme a lo informado por los recurridos ello no ocurría en la especie.

3°. Finalmente, respecto de ambos recurridos, el petitum del recurso coloca a la Corte en una situación en la que se encontraría impedida de adoptar la medida solicitada pues carece de potestades para disponer la distribución de los recursos públicos fuera del marco presupuestario rígido que deben éstos observar en el contexto de las exigencias que el ordenamiento jurídica establece. Tal como lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema cuando señala que “(...) no es posible exigir



coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”. (Considerando 8°, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 21 de septiembre de 2010, Rol N° 4396-2010).

N°Protección-68195-2018.

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por la Ministra señora M.Rosa Kittsteiner Gentile, el Ministro (s) señor José Pérez Anker y el Abogado Integrante señor Gonzalo Ruz Lártiga. No firma el Ministro Pérez Anker no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia. Autoriza el (la) ministro de fe de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra M.Rosa Kittsteiner G. y Abogado Integrante Gonzalo Ruz L. Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve, 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 08 de septiembre de 2019, 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>