

Certifico que se anunciaron, escucharon relación y alegaron en la Cuarta Sala, por el recurso de protección la abogada señora María Isabel Velasco Galaz y contra el mismo el abogado señor Javier Alonso Morales Escudey. San Miguel, 31 de octubre de 2023. Andrea Corvalan Sáez, relatora.

San Miguel, treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés.

A los folios 34 y 35: Téngase presente.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece Ana Karen Galarza Pérez, en representación de su hijo **Josafat Benjamín Fuentes Galarza**, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Jaime Guzmán N°1447, comuna de Talagante, quien interpone acción constitucional de protección en contra del **Fondo Nacional de Salud (Fonasa)**, representado legalmente por su director nacional, Camilo Cid Pedraza, ambos domiciliados en calle Monjitas N°665, comuna de Santiago, con motivo de su negativa de suministrar al recurrente el medicamento que le fue prescrito para el tratamiento de la enfermedad que padece.

Explica que Josafat tiene 2 años y padece de una variante genética de la enfermedad Fibrosis Quística, en grado severo, que se caracteriza por ser una enfermedad autosómica y recesiva de deterioro progresivo y letal. Añade que dicho trastorno provoca que las secreciones de los distintos órganos de cuerpo sean anormalmente espesas, afectando los epitelios secretores principalmente del pulmón y aparato respiratorio, hígado, páncreas, aparato reproductor, entre otros.

Refiere que su hijo desde sus 2 meses de vida ha estado sometido a tratamientos médicos y debido a varias infecciones, producto de la enfermedad que padece, parte de los tejidos de sus pulmones se han destruido y perdido su función, sumado a otros efectos tales como problemas de carácter nutricional.

Añade que se ha activado el GES respecto de la enfermedad Fibrosis quística, atendiéndose en el Hospital San Juan de Dios, y que ha recurrido a todos los tratamientos disponibles, sin poder detener el



avance de la enfermedad u obtener el alivio necesario. Indica que su hijo no ha podido desarrollar una vida normal, siendo constantemente hospitalizado, por diversos episodios respiratorios e infecciosos, estando permanentemente en riesgo de desnutrición, debiendo usar enzimas pancreáticas a permanencia para poder procesar su comida.

Explica que el equipo médico de su hijo ha recomendado un tratamiento en base al medicamento “Trikafta”, único disponible para combatir el avance de la enfermedad, mostrando beneficios contundentes en más del 90% de los pacientes que lo han recibido, atenuando el dolor crónico, eliminando gran parte de las dificultades respiratorias, mejorando el estado nutricional y aumentando la esperanza de vida hasta un promedio de 65 años, según estudios de la principal agencia sanitaria de los Estados Unidos, la Food and Drug Administration. Refiere que este tratamiento no es suministrado en forma regular en el país por ninguna política pública del país, las cuales sólo contemplan tratamientos paliativos.

Refiere que el costo del tratamiento es altísimo e imposible de costear por su núcleo familiar, por lo que solicitó a la recurrida proporcionar una cobertura extraordinaria para este tratamiento, siendo rechazada la solicitud el 15 de julio de 2023, fundado en que se trataría de un fármaco ajeno a las políticas públicas existentes en Chile y el alto costo del tratamiento.

Señala que la acción no se funda en la inexistencia de tratamiento otorgado por el GES, sino que en la existencia de un tratamiento alternativo de mayor efectividad, comprobado clínicamente por agencias médicas de Estados Unidos y la Unión Europea, y que ha sido prescrito por los médicos tratantes del niño que son conocedores de toda su historia clínica.

Finalmente, refiere que la negativa de proporcionar la cobertura al tratamiento médico solicitado resulta ilegal y arbitraria, vulnerando la garantía de igualdad ante la ley de su hijo y amenazando su derecho a la vida.



Pide acoger el recurso, que se ordene al recurrido suministrar el fármaco indicado, gratuitamente y de por vida, o mientras el médico tratante lo prescriba, con costas.

Segundo: Que evacua informe Marco Antonio Fernández Ponce, abogado, en representación del Fondo Nacional de Salud, solicitando el rechazo de la acción constitucional, por no configurarse una acción u omisión arbitraria e ilegal por parte de la recurrida.

Explica que desde la publicación de la Ley N°20.850, las políticas en materia de financiamiento de diagnósticos y tratamiento de alto costo se adoptan procurando evitar todo tipo de arbitrariedad, mediante un procedimiento transparente y que busca garantizar su sustentabilidad en el tiempo. Añade que dicha ley establece una regla de gasto máximo, restringiendo la disponibilidad de recursos para estos fines a un 80% de los recursos anuales del Fondo, y que el artículo 5° de la citada ley, establece que sólo es posible financiar diagnósticos y tratamiento de alto costo que cumplan una serie de requisitos copulativos en cuanto a su costo, evaluación científica, y recomendaciones.

Refiere que el hecho que el tratamiento solicitado no se encuentre priorizado para el financiamiento conforme a la Ley N°20.850 no es un capricho infundado, sino que obedece a que el mismo no ha sido capaz de pasar los criterios objetivos establecidos para su financiamiento conforme a dicha ley. Añade que la recurrida no cuenta con alguna prerrogativa excepcional que le permita eludir el mecanismo legal previsto para financiar enfermedades de alto costo, por lo que en realidad, lo que se está cuestionando por la recurrente es la política pública en materia sanitaria para el financiamiento de enfermedades de alto costo.

Finalmente refiere que la acción de protección no es un mecanismo idóneo para la adopción de resoluciones que digan relación con políticas públicas, y que la enfermedad de la recurrente cuenta con tratamientos con cobertura conforme al Régimen de



Garantías Explicitas en Salud (GES), siendo dichos tratamientos, y no otros, los que constituyen un derecho para los beneficiarios.

Tercero: Que, informando al tenor del recurso, el Servicio de Salud Metropolitano Sur, solicita el rechazo del mismo, con costas.

Refiere que el Ministerio de Salud es el órgano encargado de diseñar las políticas y planes en materia de salud, velando por la distribución adecuada y armónica de los recursos públicos. Agrega que la negativa del financiamiento de tratamientos de alto costo no sólo obedece a una razón puramente económica, sino que requiere ponderar elementos éticos y sanitarios.

Agrega que al discutirse bajo el recurso de protección el financiamiento de medicamentos alto costo, dada su naturaleza cautelar, no permite que los aspectos técnicos, éticos y sanitarios sean ponderados latamente, por lo que la opinión del médico tratante frente al derecho a la vida e integridad física termina siendo el principal criterio de justificación, pese a que no siempre se encuentra garantizado que tales indicaciones médicas sean imparciales.

Indica que el sistema de salud público chileno ofrece cobertura a través del régimen general de prestaciones, del sistema de Garantías Explicitas en Salud y el Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo, existiendo procesos específicos por cada mecanismo para determinar la cobertura de prestaciones médicas.

En cuanto al medicamento sugerido, puntualiza que no se tiene certeza de la evidencia alegada, lo que indica que existe incertidumbre en relación con la magnitud real de sus efectos, además que el remedio no se encuentra aprobado por el Instituto de Salud Pública.

Cuarto: Que, igualmente, informó en autos el Instituto de Salud Pública, en cuyas conclusiones afirma que el señalado medicamento no cuenta con autorización sanitaria en Chile, no obstante, en la actualidad se encuentra evaluando los antecedentes de la solicitud de registro.



Quinto: Que el recurso de protección de garantías constitucionales constituye una acción constitucional de urgencia destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos constitucionales que se enumeran en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, mediante la adopción de medidas de resguardo ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amenace o perturbe su ejercicio.

Por consiguiente, constituye presupuesto indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal -contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho de quienes incurren en él-, que provoque alguna de las situaciones que se han indicado y que afecte, además, una o más de las garantías constitucionales protegidas por el referido artículo 20 de la Carta Fundamental.

Sexto: Que se recurre de protección en favor del niño de dos años Josafat Benjamín Fuentes Galarza, en contra del Fondo Nacional de Salud, impugnando el acto que se califica de ilegal y arbitrario consistente en la negativa a otorgar cobertura al medicamento denominado “Trikafta”, prescrito por los médicos tratantes para enfrentar la enfermedad que lo aqueja -fibrosis quística (patología GES N°51)-, afectándose con dicha negativa las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 números 1 y 2 de la Constitución Política de la República, resaltando la existencia de antecedentes acompañados al proceso que confirman el riesgo vital que afecta a la persona en favor de quien se recurre.

Séptimo: Que, para resolver el presente recurso es necesario tener en consideración los informes médicos acompañados al proceso, en particular, el informe de 19 de junio de 2023, suscrito por la médica tratante del niño en cuyo favor se recurre, señora Leticia Jakubson, quien señala: “Paciente se vería significativamente beneficiado del tratamiento con la asociación Elexacaftor/Tezacaftor/Ivacaftor (Trikafta)”, emitiendo tal certificado para apoyar las gestiones en la obtención del medicamento para “evitar exacerbaciones, daño



pulmonar progresivo, mejorar su estado nutricional, su calidad de vida y prolongar su expectativa de vida”.

Octavo: Que sobre el particular conviene traer a colación que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 22 de 2019, del Ministerio de Salud, que aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, previene que para que surja la obligación de la institución sanitaria de reembolsar el valor de un medicamento a uno de sus afiliados, es menester que se trate de prestaciones comprendidas en su artículo 3°.

Noveno: Que del tenor del citado artículo 3°, es posible colegir que el medicamento cuya cobertura se reclama en autos, no figura dentro de aquellos clasificados para el tratamiento de la patología denominada “Fibrosis Quística”, signada como Problema N° 51 por dicho Decreto Supremo.

Décimo: Que la controversia suscitada en la especie hace pertinente recordar el contenido de la “Guía Clínica de Fibrosis Quística”, en cuanto congloba las recomendaciones chilenas referentes al diagnóstico, tratamiento y seguimiento de los pacientes diagnosticados con la referida patología, no obstante, no debe perderse de vista que no se trata de un instrumento elaborado con miras a fijar estándares de cuidado para pacientes individualmente considerados, parámetros que solo pueden ser determinados por profesionales competentes, sobre la base de toda la información clínica con la que se cuente en relación con el caso en cuestión, y están sujetos a cambio, según sea el avance del conocimiento científico, las tecnologías disponibles en cada contexto en particular, y conforme evolucionen los patrones de atención correspondientes.

En consecuencia, los tratamientos considerados en esa guía no tienen un carácter taxativo, toda vez que, según allí se consigna, es preciso considerar la posibilidad de cambios en los tratamientos relacionados con avances del conocimiento científico, en cuyo caso, será a los profesionales tratantes a quienes incumba determinar lo que resulte más favorable al caso particular, tal como ha ocurrido en la



especie, en que el grupo de profesionales de salud tratantes coinciden en que el tratamiento con el fármaco “Trikafta” constituye la opción más efectiva y por consiguiente, más beneficiosa a los efectos de detener las progresivas manifestaciones clínicas de la enfermedad en el paciente, con pronóstico fatal y una ostensible disminución en su expectativa de vida.

Undécimo: Que, a la luz de lo que se viene de decir, se hace ineludible sostener que los antecedentes allegados a la causa son categóricos al concluir que la enfermedad que padece el paciente presenta un deterioro progresivo, con manifestaciones clínicas, tales como, compromiso pulmonar severo y desnutrición, entre otros, contexto del que se colige el evidente riesgo vital para aquél en caso de no recibir el medicamento solicitado por esta vía judicial.

Sumado a ello, y no menos relevante, es que el impacto favorable que sobrevendría en la calidad de vida más esencial del niño en cuyo favor se recurre, asociado a los efectos del medicamento que le ha sido negado, es también un elemento de juicio que en el presente caso amerita ser relevado, no solo por la corta edad del protegido, sino por el verdadero aislamiento en que ha debido mantenerse en su diario vivir a raíz de los síntomas y secuelas de la patología genética que lo aqueja y que, como se dice en el recurso y se reiteró en estrados, se vería notablemente aliviado en caso de ser tratado con la terapia que se ha venido a impetrar.

Duodécimo: Que, asimismo, como ha resuelto Excm. Corte Suprema (SCS N° 43250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018, N° 63091-2020, N° 123.718-2022 y N° 25123-2022), es preciso reflexionar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y 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, consagrados en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución



Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

Décimo tercero: Que en mérito de lo razonado, el hecho que la citada medicina no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública y que no se encuentre considerado en la canasta GES de Alto Costo, no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration, el año 2019.

Por lo demás, en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de las recurridas a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física y psíquica del paciente, amparándose en consideraciones de índole administrativa y económica, ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la parte recurrente, pese a tenerlo expresamente prescrito por los profesionales competentes como el mejor tratamiento relativo posible en la actualidad, no se encuentra en condiciones de adquirirlo.

Acorde con lo último, la determinación cuestionada en autos por la vía del presente recurso de urgencia impide que se verifique el efectivo acceso al citado fármaco, único y exclusivo -como se ha reiterado-, para el tratamiento de la patología del niño Josafat y consecuente con ello, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de las garantías conculcadas y, así, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que la institución contra la cual se dirige el recurso realice las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se reinicie en el más breve lapso el tratamiento del citado infante con este medicamento.

Décimo cuarto: Que, por lo demás, no puede soslayarse en el asunto planteado en autos que la Constitución Política de la República, en el inciso cuarto de su artículo 1°, prescribe: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien



común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece", en tanto que el N°1 de su artículo 19 estatuye: "La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

En consecuencia, y habiendo arribado este tribunal al convencimiento que la decisión impugnada por la recurrente infiere un daño grave y significativo a su hijo Josafat, puesto que pone en riesgo su derecho a la vida e integridad física y psíquica, se hará lugar al arbitrio cautelar en estudio, en los términos que se pasará a decir.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema que rige la materia, **se acoge**, sin costas, el recurso de protección deducido en favor de **Josafat Benjamín Fuentes Galarza** y, en consecuencia, se dispone que el Fondo Nacional de Salud deberá realizar las gestiones pertinentes para el financiamiento, adquisición y suministro del fármaco denominado "Trikafta", mientras así le sea prescrito por su médico tratante, a fin de que inicie en el más breve tiempo el tratamiento que tiene ordenado.

Acordada con el **voto en contra** del abogado integrante señor Ferrada, quien fue del parecer de rechazar la acción de protección en atención a los siguientes fundamentos:

1. No se advierte la existencia de una actuación u omisión ilegal o arbitraria de parte de los órganos del Estado, tanto el recurrido como los otros que han informado en la presente causa. En efecto, las autoridades han tomado la decisión de incorporar la patología de que padece el paciente a cuyo favor se recurre en el sistema GES, estableciendo en consecuencia un programa de tratamiento de alto costo que importa la cobertura de medicamentos de difícil acceso económico, a fin de suministrar las acciones destinadas a procurar una



mejora en las condiciones de vida y salud de los pacientes afectados por fibrosis quística.

2. Dicho accionar ha sido antecedido de un procedimiento reglado en el que se han ponderado por la autoridad de salud diversos elementos relevantes que inciden en la definición de una política pública en esta materia, que incluye información de la patología, las características y cantidad de los pacientes que la padecen, los diversos tratamientos y su grado de eficacia, los fármacos disponibles, los equipos médicos existentes en el país, y finalmente, los recursos económicos que es posible destinar a ello.

3. Dicho lo anterior, la circunstancia de que los órganos del Estado no hayan incorporado en la cobertura de la fibrosis quística el fármaco Trikafta, no torna en ilegal o arbitrario dicho proceder, puesto que han tomado la decisión técnica de utilizar otros remedios para combatir dicha patología, de acuerdo al procedimiento referido precedentemente.

A mayor abundamiento, refuerza dicha conclusión la circunstancia de que la reclamada en la acción se trata de una solución clínica que se encuentra recién en etapa de evaluación por parte del ISP.

4. Por otro lado, no se han hecho valer antecedentes sanitarios que justifiquen de un modo concluyente, incluso de acuerdo al estándar cautelar que se impone en esta sede, la necesidad de que se suministre Trikafta al paciente por encima de otros fármacos que han sido priorizados por la autoridad de salud para el tratamiento de la fibrosis quística.

5. Finalmente, no corresponde que por la vía jurisdiccional se busque una alteración de las políticas públicas en materia de salud que los órganos del Estado han establecido, de conformidad a los procedimientos legales y reglamentarios respectivos.

Regístrese, comuníquese y devuélvase en su oportunidad.

ROL N°3092-2023 Protección.

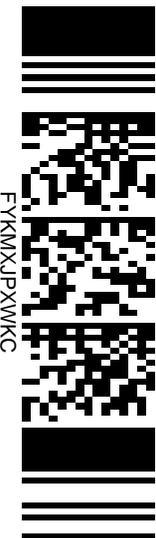




FYKMXJPRXWKC

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros (as) Maria Alejandra Pizarro S., Celia Olivia Catalan R. y Abogado Integrante Francisco Ferrada C. San Miguel, treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés.

En San Miguel, a treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés, 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 03 de septiembre de 2023, 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 dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>