

C.A. de Santiago

Santiago, dos de noviembre de dos mil veintidós.

A los folios N° 28 y 29: a todo, téngase presente.

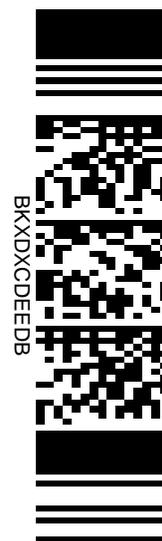
Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece don Tomás Ramírez Herмосilla, abogado, en favor de **Franco Ogaz Méndez**, menor de edad, e interpone acción de protección en contra del **Fondo Nacional de la Salud**, por haber incurrido en el acto arbitrario e ilegal consistente en negar el financiamiento del medicamento trikafta, necesario para el tratamiento de la fibrosis quística que padece el protegido, pese a existir indicación médica, vulnerando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

Indica que la patología que sufre Franco Ogaz Méndez, esto es, fibrosis quística, puede ser tratada exitosamente con el medicamento llamado trikafta, el que evitaría la rápida progresión de la enfermedad que en definitiva provocará su muerte, ello según indica el informe médico que acompaña a su presentación.

Asegura que, según estudios internacionales, en cuanto a efectos del medicamento, se ha visto una disminución mayor a 50% las hospitalizaciones y mejoría de la función pulmonar en más de un 30% por su utilización, e incluso se han retirado pacientes de la lista de trasplantes. Por lo anterior el medicamento no sólo es capaz de salvar la vida de Franco, sino que, al mismo tiempo, evita costos mayores que el Estado debería desembolsar si la enfermedad sigue su curso natural. Ahora bien, su costo mensual fluctúa entre los 20 y 23 millones de pesos, monto que es imposible de solventar para los padres de Franco.

Por lo anteriormente señalado, el padre de Franco solicitó el medicamento referido a FONASA, entidad que, mediante carta de 21 de enero de 2022, informa que no se cuenta con recursos financieros extraordinarios para dar cobertura a tratamientos que están fuera del marco presupuestario, y que no están definidas dentro de los programas de medicamentos que han sido incorporados de acuerdo con las indicaciones del Ministerio de Salud.



De esta manera, el recurrido, sin estudiar los antecedentes, rechazó financiar la compra del medicamento recetado por el equipo médico, según quienes no contar con el medicamento acarreará la muerte de Franco y, en el intertanto, provocará mayores costos al Estado al financiar hospitalizaciones, otros medicamentos, atochamiento de lista de espera de trasplante, etc. Agrega que es la recurrida la entidad la encargada de la distribución de fondos y financiamiento de prestaciones de salud para los usuarios que no están afiliados a una Isapre, por lo que es quien tiene la autoridad para efectuar la compra de un determinado medicamento.

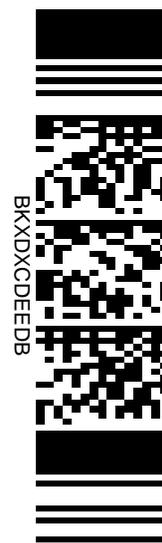
Respecto de la garantía constitucional que reclama como vulnerada, indica que la decisión de FONASA en primer lugar afecta el derecho a la vida e integridad física y psíquica de Franco, ya que sin el medicamento el desenlace será fatal, ya que todos los cuidados que recibe son paliativos y no surten los efectos esperados. Cita jurisprudencia en apoyo de sus fundamentos.

Concluye solicitando que se acoja el recurso y se ordene a FONASA realizar las gestiones para adquirir y suministrar el fármaco Trikafta mientras los médicos tratantes así lo determinen.

Segundo: Que informando don Javier Alonso Morales Escudey, abogado, en representación del Fondo Nacional de Salud, solicitó el rechazo del presente recurso, con costas.

Expone que el 6 de junio de 2015, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.850, cuerpo normativo que procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, alimentos y elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos respectivos, garantizando que los mismos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia. En cuanto diagnósticos y tratamientos de alto costo cubiertos por la referida normativa, estos se determinan por decreto del Ministerio de Salud, suscrito además por el Ministerio de Hacienda, los que deben cumplir una serie de requisitos copulativos y objetivos, de conformidad con el artículo 5 de la citada Ley N° 20.850.

Sostiene que, por ende, el hecho que el tratamiento de la fibrosis quística, mediante el medicamento TRIKAFTA, no se encuentre priorizado y expresamente financiado por la Ley N° 20.850 y su respectivo decreto, no



obedece a un capricho infundado de la recurrida sino que responde a que el tratamiento en comento no ha sido capaz de pasar los criterios objetivos establecidos en el procedimiento previamente creado, el que cuenta con etapas sucesivas que, precisamente, buscan eliminar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones de política pública en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

Añade que la recurrida, o su director, no cuentan con facultades que les permitan eludir el mecanismo legal explicitado previamente y que lo realmente cuestionado no es la comunicación del Fondo Nacional de Salud en orden a no acceder a una solicitud particular, sino la póliza pública sanitaria en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

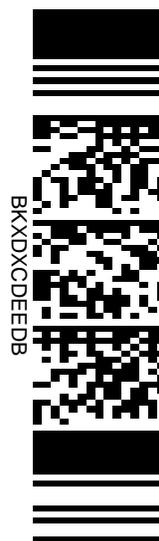
Expresa que la tendencia jurisprudencial de la tercera sala de la Excm. Corte Suprema está siendo morigerada, como demuestra a través de los fallos que cita.

Hace presente que a patología que padece el protegido se encuentra contemplada en el Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES) pudiendo demandarse a su respecto las prestaciones que, de forma igualitaria y sin discriminación arbitraria, se disponen al efecto, sin que se vislumbre algún motivo o razón para privilegiar a Franco por sobre cualquier otro beneficiario que padezca la misma enfermedad.

Finaliza entonces, solicitando el rechazo de la acción de protección, por no configurarse en la especie ninguno de los presupuestos copulativos que dan lugar a la acción cautelar.

Tercero: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.



Cuarto: Que, resolver el conflicto planteado mediante este arbitrio importa determinar si la actuación del recurrido, consistente en negar el financiamiento del tratamiento prescrito para el protegido con el medicamento Trikafta, para así tratar su fibrosis quística, constituye, a esta fecha, un actuar ilegal y/o arbitrario de la parte recurrida y, por tanto, si ese proceder afectó o amenazó las garantías protegidas constitucionalmente.

Quinto: Que son hechos no controvertidos en la presente causa que:

1. La patología que sufre Franco Ogaz Méndez, esto es, la fibrosis quística, puede ser tratada exitosamente con el medicamento llamado trikafta, el que evitaría la rápida progresión de la enfermedad que en definitiva provocará su muerte, ello según indica el informe médico que acompaña a la presentación del recurrente.

2. Según estudios internacionales, en cuanto a efectos del medicamento, se ha visto una disminución mayor a 50% las hospitalizaciones y mejoría de la función pulmonar en más de un 30% por su utilización, e incluso se han retirado pacientes de la lista de trasplantes.

3. El padre de Franco solicitó el medicamento referido a FONASA, entidad que, mediante carta de 21 de enero de 2022, informa que no se cuenta con recursos financieros extraordinarios para dar cobertura a tratamientos que están fuera del marco presupuestario, y que no están definidas dentro de los programas de medicamentos que han sido incorporados de acuerdo con las indicaciones del Ministerio de Salud.

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

Séptimo: Que, además, la recomendación médica y técnica efectuada por el profesional de la salud tratante del recurrente, contenida en el certificado médico antes señalado -prescripción que no fue controvertida por la recurrida-, resulta prioritaria, teniendo presente que para FONASA el costo financiero y económico no resulta mayor, dado que además evitaría las constantes hospitalizaciones que dicha patología requiere.



BKXDODEEDB

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

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

Décimo: Que tal como ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 8367-2018, considerando *“Séptimo: Que, en términos generales, la vigencia efectiva de garantías constitucionales que pueden verse amagadas en un caso específico por la aplicación de un precepto legal, debe enmarcarse en la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud contemplado en el inciso primero del numeral noveno de su artículo 19.*

Octavo: Que a estos efectos las circunstancias fácticas de la situación específica que se revisa deben ilustrar la decisión del asunto y es así que de los propios antecedentes se ha podido establecer que el facultativo que atendió directamente a la recurrente y forma parte de la propia red de prestadores de la Isapre recurrida, estimó como una opción médica pertinente y necesaria para enfrentar su situación de salud, atendidos los riesgos que involucraba realizarle dos operaciones convencionales, tratar en una sola sesión los dos pequeños tumores que se le diagnosticaron a la recurrente mediante (...)

Noveno: Que en esta línea de razonamiento, el factor de la indicación médica como el sustrato profesional objetivo y adecuado en el tratamiento de una enfermedad, implica que determinado procedimiento para afrontar, en este caso, el problema de salud “Tumores Primarios del Sistema Nervioso Central”, es el medio apto e idóneo para solucionarlo, y si bien dicho tratamiento puede no encontrarse en el arancel del Fondo Nacional de Salud ni en el de la Isapre recurrida, aquel procedimiento médico no es un modo experimental que carezca de sustento técnico.

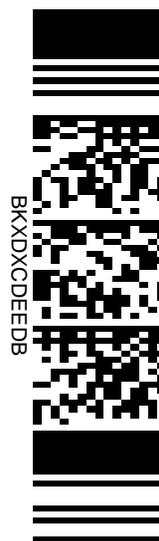


Décimo: Que en la operatoria de homologación del procedimiento aludido, obviamente la recomendación médica y técnica debe resultar prioritaria, teniendo presente, asimismo, que para la institución previsional el costo económico y financiero no resultará mayor, toda vez que el monto solicitado cubrir u homologar alcanza sólo a aquellos que el arancel establece por la prestación a la cual se homologa. Razonar de otra forma importaría aceptar la omisión de la Administración, la cual por medio de su pasividad excluiría determinados medios aptos para mantener o recuperar la salud de las personas.

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

Duodécimo: Que con estos antecedentes la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar a la actora la cobertura del beneficio GES-CAEC activado bajo el folio N° 28295 y que fue solicitada para el tratamiento denominado Gamma Knife dispuesto por el médico tratante de su red cerrada de prestadores, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Carta Política, razón por la cual se impone el acogimiento de la acción promovida en cuanto a la solicitud de cobertura del referido procedimiento médico”.

Undécimo: Que por su parte en relación a este mismo medicamento esta Corte resolvió en causa Rol N° 40879-2022 -confirmada por la Corte Suprema, según obra en causa Rol N° 53.410-2022-, se resolvió que: **“QUINTO:** *Que, la Constitución Política de la República prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1, que "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 el N° 1 de su artículo 19 estatuye que: "La*



Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

SEXTO: *Que, conforme a lo establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicable en el caso sub júdice, se debe considerar primordialmente el interés superior del niño, y se debe entender por tal, la mayor realización espiritual y material de los niños, niñas y adolescentes y el pleno respeto a sus derechos fundamentales, teniendo como parámetro mínimo los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado (así lo ha señalado esta Corte en sentencias 2115-2019; 2945-2019; 2589-2019; 654-2020; 400-2021; 555-2022; 995-2022; y, 2754-2021).*

En la especie, es menester proteger el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de Rafaela, toda vez que sin el tratamiento, su esperanza y calidad de vida disminuyen de forma considerable, situación que debe resguardarse por sobre una interpretación contractual restrictiva y arbitraria que pone en peligro a la niña de autos. En concreto, las razones de orden administrativo o económico resultan insuficientes y deben, necesariamente, ceder ante la necesidad de resguardar su interés superior, desde que se ve vulnerado su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de Rafaela.

En este sentido, el numeral 1 del artículo 24 de la citada Convención dispone que: "Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

SÉPTIMO: *Que, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto en forma reiterada (en autos rol N° 43.250-2017; N° 8523-2018; N° 2494-2018; y, 63.091-2020), que: "(...) Es preciso considerar 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, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la*

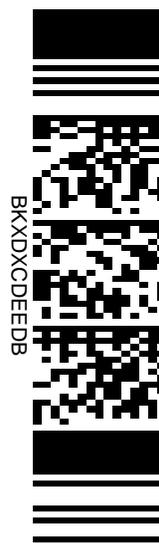


Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

(...) Que, en el indicado contexto, la decisión de las recurridas consistente en la negativa a proporcionar a la menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, 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 necesario para la sobrevivencia de la menor A.A.H.G., así como para su integridad física, considerando que la fibrosis quística que sufre es una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de progresivo deterioro y que ocasiona una muerte prematura y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa. (...)”.

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

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



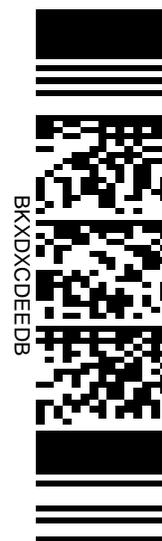
BKXDODEEDB

Fundamental, derechos que deben ser respetados por todos y constituir por cierto la base de toda convención o acuerdo entre las partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales **se acoge, sin costas**, el recurso de protección interpuesto en favor de **Franco Ogaz Méndez** en contra del **Fondo Nacional de la Salud**, debiendo otorgar financiamiento del medicamento trikafta con el objeto de tratar la fibrosis quística que padece el protegido con la debida observancia a las condiciones y limitaciones establecidas en el respectivo plan de salud.

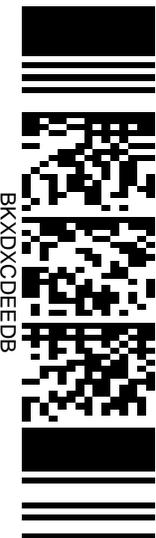
Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Protección N° 1119-2022.



Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Veronica Cecilia Sabaj E., Ministra Suplente Ana Maria Osorio A. y Abogado Integrante Cristian Luis Lepin M. Santiago, dos de noviembre de dos mil veintidós.

En Santiago, a dos de noviembre de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.