

C.A. de Temuco

Temuco, veintiséis de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

A folio 1, Comparece don Sergio Eduardo Sepúlveda Torres, abogado, domiciliado en calle , oficina , Temuco, en favor de doña , chilena, soltera, , Rut: , domiciliada en calle N° , comuna de Temuco, e interpone recurso de protección en contra de las siguientes instituciones públicas y/o agentes estatales: HOSPITAL REGIONAL HERNAN HENRIQUEZ ARAVENA, representado por su director don , ambos con domicilio en calle Manuel Montt N° 115, comuna de Temuco; FONASA, representado por su director don , ambos con domicilio en calle Antonio Varas N° 669, comuna de Temuco; SERVICIO DE SALUD ARAUCANIA SUR, representado por su director don , ambos con domicilio en calle Arturo Prat N° 969, comuna de Temuco y el MINISTERIO DE SALUD, representado por el ministro don Emilio Santelices Cuevas, ambos con domicilio en calle Aldunate N° 512, comuna de Temuco.

Expone que la recurrente tiene de 35 años de edad, es madre de de 6 años y de de 15 años, quienes viven bajo su cuidado y protección

Indica que en el año 2010 fue diagnosticada medicamente con la enfermedad denominada HIPERTENSIÓN PULMONAR PRIMARIA SEVERA, ETAPA FASE IV E INSUFICIENCIA CARDIACA DEL LADO DERECHO, enfermedad que tiene el carácter de grave, progresiva, poco común, sin causa de origen y mortal que compromete los pulmones y el corazón.

Precisa que pertenece al cuarto quintil de la población por la remuneración que percibe pertenece al grupo de FONASA D.



Da cuenta de las modificaciones de tratamiento y episodios críticos mantenidos durante los años siguientes hospitalizaciones incluidas.

Manifiesta que en diciembre de 2015 fue nuevamente hospitalizada desde el 11 al 15 de diciembre en el servicio UCI cardiología de dicho recinto, y en esta oportunidad su médico tratante le sugiere que el tratamiento más óptimo ante la gravedad de su condición es un doble trasplante de pulmón, lo que fue descartado con su tratante en 2016.

Durante los meses de marzo a junio de 2016, la recurrente se realiza diferentes exámenes y controles en el Hospital del Tórax en Santiago, periodo en el cual es aprobada la denominada Ley Ricarte Soto, que contempla todas aquellas “enfermedades raras” “con medicamentos de alto costo”, estando dentro de los medicamentos beneficiados el “ILOPROST” y “BOSENTAN”, por lo que comienza nuevamente el tratamiento con los medicamentos indicados, recibiendo en forma gratuita.

Agrega que en el mes de febrero de 2018 su médico tratante le cambia el medicamento “BOSENTAN” por “AMBRISANTAN”.

Manifiesta que en el mes de julio de 2018 la salud y capacidad física de la recurrente comienza a decaer, su presión y el volumen de su corazón aumenta de manera progresiva y la fatiga pasa a ser crónica, cuestión que por indicación médica implica el necesario cambio del medicamento recetado desde 2010 “SILDENAFIL” a “RIOCIGUAT”, medicamento de alto costo y que no está incorporado en la Ley Ricarte Soto y tampoco tiene ningún tipo de beneficio o cobertura, teniendo un costo de \$1.990.000 más IVA. En este contexto la recurrente nuevamente comienza por los conductos regulares, a solicitar el referido medicamento a través de su médico tratante la doctora al Hospital Hernán Henríquez Aravena, el cual ante el elevado costo lo rechaza.



Posteriormente dicho medicamento es solicitado a través de Fonasa, quien lo autoriza y ordena al Hospital a su compra, informando posteriormente ambas instituciones que “el medicamento está pero que se debe pagar un porcentaje de su valor por pertenecer la recurrente a FONASA D, lo que implica un costo de \$460.000 mensuales.

Ante la imposibilidad de pagar dicha cantidad mensual, la recurrente se entrevista con la jefe de las asistentes sociales del Hospital Hernán Henríquez Aravena la señora , quien le señala que la única posibilidad es solicitarlo a través de gasto extraordinario que se otorga una sola vez a diferentes instituciones, por lo que le realiza un informe social y comienza las gestiones para solicitar los montos a instituciones como Municipalidad de Temuco, Servicio de Salud Araucana Sur, Ministerio de Salud.

Refiere que luego del envío de los antecedentes de la recurrente a todas las instituciones antes mencionadas, con fecha 03/11/2018, a las recurridas en este recurso, adjuntando la documentación de cotización del medicamento, informe médico e informe social donde se señala su situación económica actual que le imposibilita costear el alto costo del medicamento, nadie dice nada ni le dan respuestas al consultar. Ante la demora y nula respuesta de las recurridas en torno a la entrega permanente del medicamento “mientras dure la indicación médica para su uso”, los malestares físicos en aumento y evidente desesperación, la recurrente escribe una carta al Presidente de la Republica señalándole todo lo anterior, siendo contactada telefónicamente por la secretaria de la Gobernación Provincial de la IX Región, indicándole esta que hará las gestiones para acelerar la respuesta, teniendo como resultado de dicha gestión, con fecha 27 de diciembre de 2018, únicamente la respuesta del SERVICIO DE SALUD ARAUCANÍA SUR “quien solo autoriza la suma de \$1.000.000”, ante ello la recurrente insiste y pide hablar con el director del Hospital Hernán Henríquez Aravena, argumentando además de la



imperiosa necesidad de vida que implica contar con el medicamento que “existe una paciente en el Hospital que tiene su misma enfermedad, y que desde febrero del año 2018 recibe gratuitamente el mismo medicamento que ella requiere por pertenecer a FONASA B”, petición que ni siquiera es cursada pues se le niega de plano todo tipo de entrevista siendo informada que debe esperar hasta que todas las instituciones recurridas por este recurso contesten, mientras ello no ocurra el Hospital no se pronunciara.

Puntualiza que con fecha 14 de enero 2019 la recurrente asiste a consultar con su doctora tratante “ante los fuertes dolores de estómagos que le aquejan, la imposibilidad de caminar más de una cuadra, saturación de menos de 90%, y sincopes recurrentes” quien luego de evaluarla le informa que está comenzando una descompensación nuevamente, le da nuevas indicaciones, reposo absoluto (durante todo el periodo de enero de 2019, por su precaria salud, estuvo con feriado legal), y que la única forma de evitar un mayor deterioro de su salud es empezar a recibir permanentemente el medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT.

Todo lo anterior, principalmente los problemas de descompensación permanente tratada con reposo absoluto, medicamentos “parches”, daño cardiaco por la presión y el aumento del volumen del corazón de 2762 a 4277 pg7ml, reiterados sincopes e inminente sobrecarga de la cavidad derecha del corazón, y estando en juego la vida o la muerte de la recurrente.

Por esa razón pide que se ordene a las recurridas el otorgamiento a la referida “de por vida o hasta que la médico tratante lo indique” del medicamento “ADEMPAS RIOCIGUAT” del laboratorio Bayer, en forma gratuita, considerando que su precaria situación económica “por el nivel de endeudamiento que le ha provocado su enfermedad, por ser madre soltera de dos menores de edad de 6 y 15 años”, no le permite solventar el monto que se le solicita para obtener el medicamento a fin de continuar con su



tratamiento y lo más importante de continuar con vida. A todo esto se debe sumar penosamente que los hijos de la recurrente dependen 100% de ella por lo que si algo llegase a ocurrirle se verían expuestos a ser separados por ser hijos de diferentes padres y a enfrentar familias con las cuales no tienes mayor contacto y lazos afectivos.

En cuanto a las garantías constitucionales vulneradas invoca aquella contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y la del artículo 19 N° 2, es decir, la igualdad ante la ley.

Plantea que sin justificación alguna, utilizando un argumento económico inmoral o poco ético, abusando de su poder estatal y/o como autoridad pública en materia de salud, se decide no entregar gratuitamente un medicamento de alto costo que ningún particular podría solventar, sabiendo que en cualquier momento la recurrida puede morir por su grave enfermedad.

La discriminación y/o trato diferenciado de un persona o sujeto de derecho, se hace evidente en este caso, pues a otras personas si se les ha entregado gratuitamente un medicamento que les permita vivir.

Pide en definitiva, que se ordene a los recurridos adoptar las medidas necesarias para otorgar financiamiento para la adquisición del medicamento “ADEMPAS RIOCIGUAT” por el tiempo que determine el médico tratante de la recurrente, proporcionando el tratamiento respectivo a la misma por un establecimiento de salud de su domicilio, tratamiento que se evaluará periódicamente por los especialistas médicos, así como todas las medidas de orden médico, financieras y las que sean pertinentes y necesarias para asegurarle el derecho a la vida y su integridad física y psíquica e igualdad ante la ley, sin perjuicio de las otras medidas que esta Corte determine para restablecer íntegramente el imperio del derecho, con costas.

Acompañó a su presentación: 1) Examen de Ecocardiograma con diagnóstico inicial Clínica Alemana; 2) Certificados de nacimientos de los hijos; 3) Certificado de clasificación FONASA; 4) Epicrisis de



Hospitalización de Embarazo; 5) Solicitud y autorización de ILOPROST; 6) Epicrisis primera hospitalización 15/11/2014 al 20/11/2014; 7) Resolución Medicamento BOSENTAN; 8) Epicrisis segunda hospitalización 02/12/2014 al 12/12/2014; 9) Resolución de medicamento BOSENTAN a Hospital Regional; 10) Epicrisis tercera hospitalización 11/12/2015 al 15/12/2015; 11) Documentos de atención Hospital del Tórax y autorización para volver a trabajar; 12) Informe a la Corte de Apelaciones de Temuco, por sobrepasar 6 meses de licencia; 13) Reclamo al Hospital regional por ausencia de medicamento AMBRISANTAN; 14-Informe de doctora Zagolin a Doctora García; 15) Respuesta de Fonasa por solicitud de medicamento RIOCIQUAT; 16) Solicitud de recursos con informe social a diferentes instituciones; 17) Resolución de Servicio de Salud Araucanía sur por \$1.000.000; 18) Exámenes con el alza de presión y tamaño del corazón exámenes PROBNP; 19) Próximos controles médicos en el Hospital del Tórax, Santiago.

A su turno compareció Catherine Argelia Santibáñez Muñoz, Abogado, en representación, del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena de Temuco, solicitando el rechazo del recurso en todas sus partes por no ser efectivo los hechos y fundamentos señalados en él, todo ello con expresa condenación en costas.

Alega en primer lugar la improcedencia del recurso de protección, por que el medicamento Riociguat (Adempas), no existe dentro del arsenal farmacológico del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco.

Señala que el medicamento ADEMPAS RIOCIQUAT, no forma parte del arsenal farmacológico del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, por lo que el Director de dicha entidad, inició gestiones ante el Servicio de Salud Araucanía Sur, entidad de la cual dependen económicamente para estos efectos, a fin de poder ver la posibilidad de financiamiento, ya que, para acceder a su otorgamiento dado el alto costo que tiene, existe un fondo de auxilio extraordinario,



a través de un protocolo que permite al Ministro de Salud, otorgar aporte discrecional al financiamiento de prestaciones complejas, respecto de ciertas prestaciones que no están cubiertas por FONASA (principalmente GES y Ley Ricarte Soto), las cuales requieren de un análisis médico y socioeconómico que se fundamente con antecedentes técnicos, que permitan priorizar la demanda y dar posibilidad a la atención de alta complejidad a los beneficiarios más vulnerables.

Este beneficio extraordinario podría ser de carácter parcial, en relación al costo de la prestación y su financiamiento total, el cual podría generarse con aportes de la persona, su familia, la comunidad de origen, el gobierno local, provincial, regional, central y la entidad patrocinadora de la solicitud, entre otras.

Dentro de este mismo contexto señala que se debe tener presente que el medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT, es un fármaco, que no forma parte del arsenal del Hospital y por tanto, la farmacia no lo programa, ni maneja el stock; que es un medicamento, es de muy alto costo, aproximadamente de \$1.990.000 pesos más IVA, según cotización realizada por el Laboratorio Bayer; que, al tener la recurrente Fonasa D, debe pagar un copago de aproximadamente \$460.000; Dada a la situación económica de la recurrente, ésta le es imposible pagar dicho copago, para poder comprar el medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT, hecho que fue corroborado por el informe socioeconómico para la solicitud del auxilio extraordinario, donde consta que percibe un ingreso mensual de \$632.203.-, y que sus egresos mensuales son de \$825.000.- pesos.

Luego refiere que no es procedente el recurso de protección, por cuanto la hipertensión pulmonar primaria severa, Etapa Fase IV e insuficiencia cardiaca, no está contenida en el catalogo ges, ni en la Ley N° 20.850, y la obligación de los funcionarios públicos, por velar por la buena distribución de los recursos públicos.

Dice que esta es una situación que debe ser regulada, no a nivel de Hospitales, sino que debe ser resulta, a nivel Ministerial, ya que es



un medicamento de carácter permanente, el cual precisamente el hecho que sea un medicamento de estas características, es un hecho que excluye de la obtención del fondo de apoyo económico de auxilio extraordinario.

En relación a lo anterior, señala que el Director del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, envió Ordinario N°3081, de fecha 13.11.2018, al Director del Servicio de Salud Araucanía Sur, con todos los antecedentes médicos y sociales, solicitando el auxilio extraordinario del Ministerio de Salud, por la suma de \$10.000.000.. En virtud del ordinario N°3916, de fecha 11 de diciembre de 2018, el Director del Servicio de Salud Araucanía Sur, dirigido al Jefe de Gabinete del Ministro de salud, solicitando el Fondo de Apoyo de Auxilio Extraordinario, para la Sra. _____, a lo cual, a través del Ordinario N° 388, de fecha 24 de enero de 2019, el Jefe del Gabinete del Ministro de Salud, haciendo alusión al Decreto exento N°109, de fecha 12 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprobó la Norma General Técnica para la solicitudes de auxilio extraordinario, se negó a dar lugar a dicho aporte económico, por tratarse de un medicamento que se requería en forma permanente.

En tercer lugar opone falta de legitimidad del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, no es el órgano que deba cumplir con el dinero para adquirir el Medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT, por lo cual, el recurso de protección, debe deducirse, ante quien tenga esa potestad, y sostiene que la acción debe ser derivada a quien tenga la potestad legal para disponer del dinero para comprar dicho fármaco, sea esto el Servicio de Salud Araucanía Sur, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda, y FONASA.

Sostiene por último que no existe acto arbitrario o ilegal que amenace, restrinja o perturbe ninguna de las Garantías Constitucionales deducidas.

Añade que como Servicio Público, el Hospital Hernán Henríquez Aravena, se encuentra obligado a observar el principio de juridicidad y



legalidad del gasto público, teniendo además en cuenta que su actuar, no tiene ningún ánimo basado en capricho alguno, en que la paciente no puede acceder al fármaco ADEMPAS RIOCIGUAT, por el contrario, se trata de que la adquisición de éste medicamento, lamentablemente se escapa de toda posibilidad de acción de este Hospital, al ser hospital público, y su patrimonio se encuentra restringido a la Ley Presupuestaria 2019, y para casos en que se necesite aporte de financiamiento de prestaciones complejas, depende del Ministerio de Salud, lo cual se encuentra regulado mediante una norma técnica (Norma Técnica N° 202, del Fondo de Apoyo Económico de Auxilio Extraordinario), el cual fue aprobado mediante la resolución exenta N° 109, de fecha 12 de octubre de 2018, emitida por el Ministro de salud, don Emilio Santelices Cuevas, respecto al auxilio de fondo extraordinario.

Plantea por último la improcedencia del pago de costas, en caso de ser condenado, fundado en que el Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, por su calidad de Hospital Autogestionado y continuador legal del Servicio de Salud Araucanía Sur goza, también, en su condición de continuador legal del Servicio Nacional de Salud, del mismo privilegio de pobreza que este tenía en sus actuaciones judiciales, de acuerdo al art. 81 inc. 2 de la Ley 10.383, además que conforme al art. 11 de la misma ley sus bienes son inembargables.

Acompañó a su presentación: 1) Decreto exento N°109, de fecha 12 de octubre de 2018, que aprueba la norma técnica N°202, del fondo de apoyo económico auxilio extraordinario; 2) Ordinario N°3081, de fecha 13 de noviembre de 2018, emitido por el Director del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, don _____, al Director del Servicio de Salud Araucanía Sur, don _____, solicitando el fondo de auxilio extraordinario del Ministerio de Salud, para la Sra. _____, para comprar el medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT; 3)



Ordinario N°388, de fecha 24 de enero de 2019, de Jefe del Gabinete del Ministerio de Salud, al Director del Servicio de Salud Araucanía Sur, donde le informa la negativa de otorgarle el financiamiento (fondo de auxilio extraordinario del Ministerio de Salud), para la compra del medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT, para la Sra. _____; haciendo alusión a las exclusiones de la Norma técnica N°202, por ser un medicamento de carácter permanente; 4) Formulario del Informe médico para solicitud de auxilio extraordinario, de doña _____, de fecha 7 de noviembre de 2018, emitido por la Dra. _____, cardióloga, 5) Informe médico para solicitud de auxilio extraordinario, de doña _____, de fecha 7 de noviembre de 2018, emitido por la Dra. _____, cardióloga; 6) Copia de receta médica emitida con fecha 7 de noviembre de 2018, por la Dra. _____, cardióloga, donde le receta a la paciente _____, el medicamento Riociguat; 7) Informe socioeconómico para solicitud de auxilio extraordinario, de doña _____, emitido por la Asistente Social del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, doña _____; 8) Informe de la red de apoyo, emitido por la Asistente Social del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, doña _____, con fecha 12.11.2018, donde detalla, la forma como eventualmente podrá financiarse 1 año de medicamento Riociguat; 9) Certificado emitido por FONASA, donde consta que doña _____, se encuentra en el grupo D; 10) Cotización del Laboratorio Bayer, donde consta que el medicamento ADEMPAS (Riociguat), caja de 84 comprimidos recubiertos, tiene un valor de \$1.990.000 más IVA; 11) Resolución N° 840/385/2018 de fecha 7 de diciembre de 2018, de la Dirección del Servicio de Salud Araucanía Sur, que nombra como Director Titular del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, a don _____.



Asimismo informó, Joanna Cartes Cáceres, abogada, en representación del Servicio de Salud Araucanía Sur, solicitando el rechazo de la acción en todas sus partes y planteó las siguientes defensas:

En primer lugar argumentó la improcedencia del Recurso de Protección, por que el medicamento Riociguat (Adempas), no existe dentro del arsenal farmacológico del hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena. de Temuco.

Indica que el medicamento ADEMPAS RIOCIGUAT, es un fármaco, que no forma parte del arsenal del Hospital y por tanto, la farmacia no lo programa, ni maneja el stock, que es un medicamento, de muy alto costo, aproximadamente de \$1.990.000 más IVA, según cotización realizada por el Laboratorio Bayer y que, al tener la recurrente Fonasa D, debe pagar un copago de aproximadamente \$460.000.

Respecto del copago requerido se hace presente que en cuanto al financiamiento de las prestaciones de salud, medicamentos y demás insumos involucrados en las atenciones de salud, estos son financiados por el Fondo Nacional de Salud y la diferencia que resulte entre la cantidad con que concurre el fondo y el valor de la prestación deberá ser cubierta por el propio afiliado. Lo anterior ha sido establecido expresamente en la Ley N° 18.469 al disponer en sus artículos 28, 29 y 30 lo siguiente:

“Artículo 28°. Los afiliados, con las excepciones que establece esta ley, deberán contribuir al financiamiento del valor de las prestaciones y atenciones que ellos y los respectivos beneficiarios soliciten y que reciban del Régimen, mediante pago directo, en la proporción y forma que más adelante se indican. El valor de las prestaciones será el que fije el arancel aprobado por los Ministerios de Salud y a proposición del Fondo Nacional de Salud.



Artículo 29°. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las personas afectas a esta ley se clasificarán, según su nivel de ingreso, siguientes grupos:

-Grupo D: Afiliados cuyo ingreso mensual sea superior en 1,46 veces al ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad, siempre que los beneficiarios que de ellos dependan no sean más de dos. Si los beneficiarios que de ellos dependan son tres o más, serán considerados en el Grupo C.

Artículo 30°. El Estado, a través del Fondo Nacional de Salud, contribuirá al financiamiento prestaciones médicas a que se refiere esta ley, en un porcentaje del valor señalado en el arancel fijado en conformidad al artículo 28°.

Dicho porcentaje se determinará, cada vez que así se requiera, por los Ministerios de Salud y de Hacienda; cubrirá el valor total de las prestaciones respecto de los grupos A y B, y no podrá ser inferior al 75% respecto del grupo C, ni al 50% respecto del grupo D.

Sin embargo, por resolución conjunta de los Ministerios de Salud y de Hacienda, podrán establecerse, para los medicamentos, prótesis y atenciones odontológicas, porcentajes diferentes de los señalados en el inciso precedente. Respecto de las prestaciones que deriven de patologías o estados de salud que se consideren catastróficos, dicha bonificación podrá ser superior a los indicados porcentajes. El porcentaje de contribución del Fondo a la atención del parto no podrá ser inferior al 75% para el grupo D.

La diferencia que resulte entre la cantidad con que concurre el Fondo y el valor de la prestación será cubierta por el propio afiliado.

Con todo, el Director del Fondo Nacional de Salud podrá, en casos excepcionales y por motivos fundados, condonar, total o parcialmente, la diferencia de cargo del afiliado, pudiendo en comendar dicho cometido a los Directores de Servicios de Salud y a los Directores Establecimientos de Autogestión en Red.”



Explica que de acuerdo a lo anterior, el Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, establecimiento Autogestionado en Red, perteneciente a la Red Asistencial de este Servicio de Salud, ha procedido al cobro del copago en los términos dispuesto por la ley, de acuerdo al Grupo en que se encuentra la Recurrente , esto es, Grupo D, sin que exista facultad en esta Dirección de Servicio para reducir o condonar el copago, facultad que se encuentra radicada en el Director del Fondo Nacional de Salud, y a su vez sin que se tenga conocimiento al día de hoy de antecedente alguno que dé cuenta de que se haya encomendado dicho cometido al Director del Servicio de Salud Araucanía Sur.

Respecto del Fondo de auxilio extraordinario, hace presente que en los Servicios de Salud existe un ítem conforme el cual se puede autorizar aportes a pacientes afectados por prestaciones complejas y de carácter vulnerable.

En el contexto anterior dentro de los requisitos establecidos actualmente se puede mencionar: ser usuario de FONASA; que sólo se otorgará por una sola vez, informe social e informe médico, receta, entre otros. Y Dentro de los criterios de exclusión se señalan los tratamientos permanentes, por la naturaleza del fondo, por tanto, la solicitud de financiamiento de medicamentos para enfermedades crónicas con tratamiento de mantención de por vida, están excluidos.

En el contexto anterior, respecto de la recurrente en el año 2014, considerando sus antecedentes se autorizó en forma extraordinaria el aporte por una sola vez, por la suma total de \$2.945.855, para financiar el medicamento Bosetan.

En el año 2018, considerando la condición médica actual de la paciente, se remite a este Servicio Ord. N° 3082 de fecha 12.011.2018 de Director del Hospital al Director de Servicio, derivando antecedentes médicos y Sociales de la Sra. con la finalidad de gestionar en el Fondo de Emergencia del Servicio de Salud, financiamiento para adquirir medicamento RIOCIQUAT



(Adempas) que requería la paciente para el tratamiento de Hipertensión Arterial Pulmonar Idiopática que presenta, se solicita por un monto de \$1.000.000.- como aporte al financiamiento que no se encuentra garantizado en el arsenal farmacológico de ninguna ley, y/o programa Ministerial. En virtud de lo anterior, se autorizó mediante Resolución Exta. N°11559, de fecha 27.12.2019, en forma excepcional y en forma extraordinaria aporte de \$1.000.000 para financiar medicamento RIOCIGUART (ADEMPAS).

En forma paralela mediante Ord. N°3031 de fecha 13.11.2018, de Director del Hospital al Director de Servicio, donde se solicita se remitan antecedentes médicos y Sociales de la Sra. , a objeto de enviarlos al Minsal para gestionar co-aportes para adquirir medicamento RIOCIGUART (Adempas) que requería la paciente para el tratamiento de Hipertensión Arterial Pulmonar Idiopática que presenta, solicitándose la suma de \$10.000.000., los cuales fueron remitidos al Nivel Central.

Que, mediante Ord. A N°112 N°388 de fecha 24.01.2019, de Jefe de Gabinete de Ministro de Salud a Director de Servicio se señala que el Decreto N°109, de 12 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, aprobó Norma General Técnica N°202, que establece el Protocolo de procedimiento para presentación de solicitudes de Auxilio Extraordinario: " De acuerdo a las definiciones del punto III, se excluye el financiamiento en las siguientes situaciones o solicitudes: 1) Tratamientos permanentes , por la naturaleza del fondo, por lo tanto las solicitudes de financiamiento de medicamentos para enfermedades crónicas con tratamiento de mantención de por vida". De ahí informan en términos negativos la solicitud efectuada por el Servicio, por tratarse de un medicamento a permanencia, expresamente excluido por el protocolo señalado.

Hace presente que de acuerdo al presupuesto del año 2019, se han dispuesto en el ítem para cubrir este tipo de ayuda es sólo de \$ 19.235.504.- para todo el año y para apoyar a todos los pacientes que



soliciten ayuda a través del Fondo de Apoyo Económico de Auxilio Extraordinario, la que sólo permite a su vez entregarlo por una sola vez.

De acuerdo a lo señalado se acredita que el Servicio de Salud Araucanía Sur, ha agotado los esfuerzos y las alternativas con las que cuenta para apoyar financieramente a la paciente.

A continuación argumenta que no es procedente el recurso de protección, por cuanto la hipertensión pulmonar primaria severa, Etapa Fase IV e insuficiencia cardiaca, no está contenida en el catálogo de enfermedades, ni en la Ley Ricarte Soto N° 20.850. y la obligación de los funcionarios públicos, por velar por la buena distribución de los recursos públicos.

Seguidamente sostiene la falta de legitimidad y la circunstancia que no existe acto arbitrario o ilegal que amenace, restrinja o perturbe ninguna de las Garantías Constitucionales deducidas.

Acompañó a su presentación: 1) Decreto exento N°109, de fecha 12 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba la norma técnica N°202, del fondo de apoyo económico auxilio extraordinario; 2) Ordinario N°3081, de fecha 13 de noviembre de 2018, emitido por el Director del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, don _____, al Director del Servicio de salud Araucanía Sur, don Rene Lopetegui Carrasco; 3) Ordinario N°3082, de fecha 13 de noviembre de 2018, emitido por el Director del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, don _____ al Director del Servicio de salud Araucanía Sur, don _____; 4) Ordinario A 112 N° 388, de fecha 24.01.2019, del Ministerio de Salud, de Jefe Gabinete de Ministro de Salud a al Director del Servicio de salud Araucanía Sur, don _____; 5) Resol. Exenta N° 11559 de fecha 27 de diciembre de 2018, de la Dirección del Servicio de Salud Araucanía Sur.



También informó Jorge Hübner Garretón, abogado, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, solicitando el íntegro y total rechazo de la presente acción de protección.

Alega la improcedencia del presente recurso de protección, por la falta de legitimación pasiva en estos autos del Ministerio de Salud.

Plantea que por parte del Ministerio de Salud “la arbitrariedad con que ha procedido la recurrida resulta elocuente, pues en otros casos análogos si otorga medicamentos de elevado costo a quien no puede costearlos, necesarios para poder permanecer con vida, en circunstancia que no ha existido ninguna comunicación del caso a ese Ministerio y que aún existiendo, no es este el organismo ante el cual debe exigirse el medicamento solicitado, pues el paciente se encuentra bajo el cuidado médico de un establecimiento de salud bajo la red del Servicio de Salud Araucanía Sur.

Explica que en términos generales, la Subsecretaría de Salud Pública, tiene a su cargo las materias relativas a la promoción de la salud, vigilancia, prevención y control de enfermedades que afectan a poblaciones o grupos de personas, para lo cual, se organiza territorialmente con las 15 Secretarías Regionales Ministeriales de Salud existentes a lo largo del país. Por su parte, a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en los mismos términos, le competen las materias relativas a la articulación y desarrollo de la Red Asistencial del Sistema para la atención integral de las personas y la regulación de la prestación de acciones de salud. Dicha labor de organización de la Red Asistencial, la lleva adelante en conjunto con los Servicios de Salud del país.

Los Servicios de Salud de acuerdo al artículo 16 del DFL 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley N° 2.763 de 1979 y las leyes N° 18.933 y N°18.469 “serán organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las referidas acciones”. En ese orden de ideas, aun estando frente a esta situación,



HXPNMEXHPX

conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, el Ministerio de Salud no sería el legitimado pasivo de la presente acción de protección a la luz de los antecedentes aportados por el recurrente.

Sobre la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud y de la Ley N° 20.850, que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, señala que en cuanto al medicamento Riociguat y la razón de su exclusión, es el no cumplimiento de los requisitos de eficacia. De esta forma, Riociguat para Hipertensión Arterial Pulmonar grupo 4 fue recomendado por la Comisión en el lugar número 43, según consta en el Acta Resolutiva de los Recursos de Impugnación y Priorización Final de la Comisión de Recomendación Priorizada. El lugar de priorización, así como el hecho que su inclusión implicaría un gasto financiero más allá de los recursos disponibles por Ley, impidieron su inclusión dentro del Sistema.

Seguidamente se refiere a la Hipertensión Arterial Pulmonar –en adelante e indistintamente "HAP"– y el medicamento ADEMPAS RIOCIQUAT, señalando que la hipertensión arterial pulmonar es una condición en la cual se observa un aumento de la presión media de la arteria pulmonar, asociada a un remodelamiento de las arterias pulmonares distales, en ausencia de otra enfermedad cardiopulmonar que lo explique. Estas alteraciones llevan a estrechamiento y obliteración de las arterias pequeñas debido a proliferación del músculo liso y el endotelio, inflamación de la pared vascular y fibrosis. En particular, se define HAP desde el punto de vista Hemodinámico invasivo, como el aumento de la presión media de la arteria pulmonar.

Expone que esa condición puede producirse por múltiples razones, siendo las más frecuentes las enfermedades pulmonares o cardiacas, y otras enfermedades sistémicas. La Organización Mundial de la Salud la ha clasificado en 5 grupos en base a criterios fisiopatológicos, hemodinámicos y estrategias de manejo. El grupo 1 es



aquel en que la hipertensión pulmonar se caracteriza por hipertensión precapilar y resistencia vascular pulmonar y no se explica por enfermedades cardíacas, pulmonares o enfermedad tromboembólica. Por su parte, el grupo 4 denominado hipertensión pulmonar tromboembólica crónica es una enfermedad producida por el remodelado obstructivo de la arteria pulmonar como consecuencia de tromboembolia en grandes vasos.

En el caso de HAP grupo 1, se indica que las estimaciones más bajas de prevalencia son 15 por millón de adultos, mientras que las tasas de incidencias más bajas son de 2,4 casos por millón de adultos al año. En general, se indica que HAP afecta principalmente a mujeres (relación 8:1 con hombres) y se manifiesta comúnmente en la cuarta década de vida. Sin embargo, en el caso de HAP Grupo 1 el predominio de mujeres varía entre diversos registros y se atenúa en pacientes de mayor edad. Por otro lado, se estima para HAP grupo 4 una prevalencia de 2 por millón y una incidencia de 0,6 por millón de personas. Para los pacientes del grupo 4, el diagnóstico se produce en promedio a los 63 años y la incidencia es similar en hombres y mujeres.

Indica que la HAP es una condición poco reconocida, y de diagnóstico que suele ser tardío, siendo los síntomas más comunes: disnea, dolor torácico, fatiga y síncope. Al respecto, se estima que el promedio de sobrevida de pacientes con HAP es de 2,8 años. Aunque en los últimos años, con el desarrollo de terapias específicas estas cifras han mejorado HAP sigue siendo considerada una enfermedad con alta letalidad.

Asevera que el Riociguat es un estimulador de la guanilato-ciclasa soluble (GCs), un enzima presente en el sistema cardiopulmonar y el receptor del óxido nítrico (NO). Se encuentra actualmente vigente con registros F-20657/18 y F-20658/18 (En presentación de comprimidos recubiertos de 2mg y 2,5mg respectivamente, ambos con fecha de registro 13/12/2013 y renovados el 13/12/2018), bajo el



nombre comercial de Adempas(Bayer S.A) y con indicación de tratamiento para Hipertensión pulmonar tromboembólica crónica persistente/recurrente (Grupo 4 de la OMS) para mejorar capacidad de ejercicio, mejorar clase funcional de la OMS y retrasar deterioro clínico. (Información registrada en el sistema informático del Instituto de Salud Pública7).

Seguidamente se refiere a los Efectos Deseables y no Deseables de Riociguat para el tratamiento de HPN y las consideraciones para su evaluación para obtener cobertura en particular, señalando que por ser una materia que para su acertada resolución requiere de mayores antecedentes técnicos, el Ministerio de Salud encargó un análisis al Departamento de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Salud basada en la Evidencia, dependiente de la División de Planificación Sanitaria de la Subsecretaría de Salud Pública.

A este respecto, sobre el medicamento solicitado–Riociguat–señala que la evidencia analizada en conjunto con el equipo MINSAL identificó una revisión sistemática Cochrane, un ensayo que incluyó a 261 adultos con HAC persistente o recurrente, entregando Riociguat 1mg tres veces por día.

Sobre la evidencia de efectividad presentada, destaca que para el desenlace mortalidad, Riociguat podría hacer poca o ninguna diferencia al compararse con placebo, con un nivel de certeza baja, y por esta razón, no hay hasta el momento, evidencia suficiente para indicar que el medicamento disminuye la mortalidad en personas con Hipertensión Arterial Pulmonar grupo 4. Datos de seguimiento de pacientes a largo plazo tampoco reemplaza esta carencia de información, aún comparados con controles no concurrentes, dado que los resultados observados pueden deberse a múltiples variables: mejora de calidad de los cuidados, uso de terapias concomitantes, pérdida de información de seguimiento, entre otros.

Refiere que los desenlaces en que probablemente sí existe efecto es en la funcionalidad medida con escala OMS, y levemente el número



de metros en test de marcha de 6 minutos. La información sobre eventos adversos graves relevantes es suficiente y su reporte indica que Riociguat probablemente no posee diferencias en efectos adversos respecto a placebo. Así además, los estudios de costo-efectividad encontrados no dan cuenta de la efectividad mínima o marginal del fármaco, por lo que sus resultados presentan una alta inconsistencia entre ellos para tomar cualquier tipo de decisión. En relación al proceso de cobertura a través de la Ley 20.850, Riociguat no ha sido incorporado al Sistema de Protección financiera, por cuanto su priorización ha sido muy baja.

Explica que ese último punto no es menor, porque si bien tiene un factor económico que impera en la decisión de otorgar financiamiento a un determinado medicamento, el motivo de no otorgarlo corresponde a una decisión basada en políticas de salud pública que apuntan a la equidad en la distribución de los recursos y que toman en cuenta la efectividad de un tratamiento, motivo por el cual debe tenerse en consideración como un argumento que escapa a la arbitrariedad.

Seguidamente argumenta la improcedencia de la acción de protección: de la falta de sus presupuestos de procedencia.

Explica que no concurre una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitraria por parte del Ministerio de Salud.

Señala que el recurso de protección debe ser rechazado, además porque los hechos denunciados dicen relación con la negativa del Establecimiento de Salud tratante, esto es, el Hospital Regional Hernán Henríquez Aravena, sin que por parte de esa Secretaria de Estado haya existido conocimiento alguno de la situación planteada.

Plantea que conforme a lo planteado en el informe, el Ministerio de Salud ha sido quien ha ido incorporando en su política, de forma progresiva, el financiamiento de medicamentos de alto costo y prestaciones de salud asociadas, pero en base a criterios objetivos y regulados de manera precisa y detallada.



Manifiesta que tanto la Resolución Exenta N° 1.062 en comento, como las Resoluciones Exentas N° 1.279 y N° 1.535, ambas de 2017 y de la Subsecretaría de Salud Pública, dieron inicio a la evaluación científica basada en la evidencia disponible, para los diagnósticos o tratamientos asociados a condiciones específicas de salud cuya incorporación en el Sistema de Protección Financiera creado por la Ley N° 20.850 ha sido solicitada; las cuales, constituyen actos emanados de autoridad competente que han sido dictadas en el uso de facultades legales.

Señala que se trata de actos administrativos motivados, que cuentan con una fundamentación racional que se basa en antecedentes objetivos y verificables, ajustados plenamente a la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente.

Afirma que cuestión distinta es dar cuenta en detalle, de los motivos por los que la enfermedad de la recurrente denominada Hipertensión Pulmonar primaria severa, etapa fase IV e insuficiencia cardiaca del lado derecho no pudo ingresar a la etapa N° 2, de “Evaluación”.

A continuación cita diversa jurisprudencia en apoyo de sus pretensiones.

Finalmente, esgrime que no nos encontramos en presencia de un acto ilegal o arbitrario, desde el momento que Riociguat no es el único medicamento disponible o tratamiento recomendable para este diagnóstico.

En efecto existen alternativas disponibles, señalando que existe Terapia Farmacológica, Tratamiento no farmacológico y Cirugía

Seguidamente sostiene que no existe concurrencia de una afectación (expresada en privación, perturbación o amenaza) del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en su artículo 20.



Explica que en la página N° 13 y siguientes del escrito de protección de autos, la actora alude al derecho a la vida e integridad psíquica, derecho a la igualdad ante la ley, y el derecho a la Salud, cuestión esta último, que ha sido una preocupación en la incorporación de tratamiento y cobertura a enfermedades catastróficas que se presentan en este grupo de personas de la población, pero lamentablemente en el caso particular de la enfermedad de la recurrente denominada Hipertensión Pulmonar primaria severa, etapa fase IV e insuficiencia cardiaca del lado derecho, dado no presente eficacia de acuerdo a lo que requiere la ley, y no ha podido someterse a evaluación de Ley Ricarte Soto.

Respecto del derecho constitucional invocado y previsto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, esto es, la igualdad ante la ley; la paciente, expresa que se hace evidente que, en su caso, existe una discriminación y/o trato diferenciado puesto que a otras personas si se les ha entregado gratuitamente un medicamento que les permita vivir, pues, no cabe olvidar que, “el principio de igualdad aplicado al derecho no significa que todos los sujetos han de gozar o tener unos mismos derechos o verse compelidos por iguales obligaciones, ya que resulta evidente que el derecho, como técnica social que orienta y sanciona la conducta humana, diferencia las situaciones o hechos y asigna consecuencias jurídicas también diferentes o desiguales. Ello es la única manera, por lo demás y, aunque resulte paradójico, de cumplir, en determinadas hipótesis, con el principio de igualdad, que supone tratar no a todos por igual ni estipular todo por igual, sino tratar a quienes corresponda de modo igualitario y a otros, en otros contextos, de modo desigual, explicando que el derecho reconoce la idea de diferencia y desigualdad y opera, estableciendo distinciones normativas”.

Afirma que en la especie, no se verifica en ningún caso un atentado a la igualdad ante la ley, desde que conforme ya se señalara, la paciente cuenta con alternativas terapéuticas disponibles y, por otra



parte, no hay beneficiarios en el sistema a los cuales se les haya entregado el citado medicamento, no existiendo diferencia sustancial alguna al respecto.

En el caso de autos, la amenaza que se cierne sobre la vida del paciente, no puede ser atribuible o imputable al Ministerio de Salud, sino que esta causada por la patología que lamentablemente aqueja a doña .

Asevera que la decisión de no entregar cobertura o financiamiento a este tipo de medicamentos no puede ser estimada como ilegal o arbitraria, dado que ha sido precisamente el legislador quien ha establecido los mecanismos de cobertura y financiamiento en las acciones del estado vinculadas a las prestaciones de salud, marco regulatorio en el cual la Administración ha centrado su acción y ha decidido distribuir los recursos públicos de acuerdo a la asignación que corresponde en la fijación e implementación de políticas públicas de carácter universal y solidaria, no existiendo a este respecto fondos públicos de carácter ilimitado. La judicatura al momento de adoptar sus decisiones puede señalar que no está realizando una labor que corresponde a la Administración y que solo está restableciendo el imperio del derecho constitucional de que se trate, pero en los hechos estaría creando un privilegio en palabras del propio sentenciador disidente, o concluyendo que la conducta de las recurridas se ha apartado de leyes o resulta carente de justificación a la luz de los argumentos ya esbozados.

Concluye que 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 del paciente, consagrados en el artículo 19 de la Constitución, numerales 1, 2 y 9; por lo que no cabe sino indefectiblemente decretar su rechazo.



Finalmente informó Juan Carlos Burgos Garrido, abogado, por el FONDO NACIONAL DE SALUD (FONASA), solicitando el rechazo de la acción de protección.

En primer lugar señala que, en cuanto a la legalidad de las actuaciones de la recurrida y la forma en que se establecen políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, sin perjuicio de señalar que es lamentable la condición que presenta la paciente, necesariamente - respecto de la legalidad - hace presente que los recursos de que dispone la Administración del Estado son asignados, año a año, mediante la Ley de Presupuesto, tal y como se señala en el artículo 67° de nuestra Constitución Política de la República. En este contexto y, por mandato constitucional, todos los recursos de que dispone un organismo del Estado son establecidos por Ley, así como el destino para el que son asignados,

Explica que el principio de legalidad, condiciona toda la acción de los órganos de la Administración del Estado; en su vertiente financiera, se traduce en que quienes administran bienes y recursos públicos deben gestionarlos con estricta sujeción a la normativa que regula la materia", y el FONASA debe velar por la debida administración de los fondos que se le asignan por ley, cristalizando de esa forma el principio de legalidad, cuya fuente directa se encuentra en los artículos 60 y 70 de la Constitución Política de la República.

Expone que en el caso particular, las leyes que regulan la materia son principalmente, el D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Ley N° 19.966, y la Ley N° 20.850, cuerpos normativos que organizan el sistema de salud. Desde ya se adelanta que en todos estos cuerpos normativos -que constituyen la orgánica y operativa del Fondo Nacional de Salud- no se contempla el financiamiento del medicamento "ADEMPAS (RIOCIGUAT)" como tratamiento para la Hipertensión Arterial Pulmonar (HAP).

Plantea que el artículo 49 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud dispone al efecto "Créase el Fondo Nacional de



Salud, que será un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio", y luego de ello, la letra b) del artículo 50 de la fuente normativa en comento, dispone como funciones del FONASA, entre otras, la siguiente: "b) Financiar, en todo o en parte, de acuerdo a las políticas y prioridades de salud para el país que defina el Ministerio de Salud, y a lo dispuesto en el Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II de esta Ley, a través de aportes, pagos directos, convenios u otros mecanismos que establezca mediante resolución, las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Régimen del Libro II de esta Ley en cualquiera de sus modalidades, por organismos, entidades y personas que pertenezcan o no al Sistema o depende de éste, sean públicos o privados. Asimismo, financiar en los mismos términos, la adquisición de los equipos, instrumental, implementos y otros elementos de infraestructura que requieran los establecimientos públicos que integran el Sistema. El financiamiento de las prestaciones podrá incluir el costo de reposición del capital".

Afirma que en materia de fármacos, el 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 la Ley N° 18.469, como medicamentos de base en la gestión del Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) y, por otro lado, con motivo de los medicamentos que forman parte tanto del sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES) que regula la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, como de los medicamentos contemplados en la Ley N° 20.850, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo ("Ley Ricarte Soto").

Refiere que en lo que respecta a la "Ley Ricarte Soto", destacar que en el Mensaje de S.E. la Presidente de la República, con el que se inició el proyecto de dicha ley, se dejó expresa constancia que, entre



los pilares fundamentales en que descansa el Sistema de Protección Financiera para Tratamientos de Alto Costo, figura la "Progresividad" que, de conformidad a lo allí señalado "(...) implica la inclusión de los tratamientos de manera paulatina, considerando principalmente dos factores: Uno, la disponibilidad de los recursos en materia de salud. El otro, tiene a la salud como un derecho colectivo. Es así, que en el diseño de las coberturas se debe considerar que el uso de cada recurso adicional, implica una decisión de otorgar protección a un individuo por sobre otro. La manera de priorización por parte del Estado, debe encontrarse enmarcada en principios universales, velando por la máxima protección y acceso a la salud de las personas, entendidas colectivamente".

Plantea que queda de manifiesto que un criterio o parámetro que debe tener presente cualquier órgano del Estado en la toma de sus decisiones, es el criterio económico, sin embargo, no es el único, como se aprecia, influyen también, criterios de carácter técnico y de política pública, siempre dentro del marco de la legalidad establecida por nuestra Constitución y las Leyes.

Lo razonado permite concluir que el aspecto económico está presente en la toma de decisiones, explicando que el sistema de salud pública está diseñado en nuestro país en atención a las patologías y prestaciones médicas establecidas por los distintos cuerpos normativos y que todo el sistema serige por el principio de progresividad, esto es, otorgar mayor y mejor cobertura de salud por parte del Estado, incorporando paulatinamente diversas patologías en razón de aspectos técnicos, económicos y de política pública.

Afirma que la dificultad que se presenta en el caso de autos, se debe a que los fondos disponibles para la atención de pacientes no son ilimitados, sino que están definidos en las leyes anuales de presupuesto, los cuales resultan siempre ser inferiores a las necesidades de los pacientes del sistema de salud, cuestión que no transforma per se el



quehacer de los recurridos, y especialmente del Fondo Nacional de Salud, en un acto ilegal y/o arbitrario como se pretende.

A modo de síntesis, se constata que el medicamento que pretende recibir el beneficiario del Fondo no se encuentra priorizado en los cuerpos normativos ya citados, por lo que de esta manera acceder a lo solicitado por el recurrente implicaría actuar derechamente contra la ley, además de materializar un expreso desconocimiento a la institucionalidad que ha sido creada por la propia ley para el establecimiento de las políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

Explica que la actuación denegatoria del FONASA, lejos de ser antijurídica, como livianamente se acusa, no hace más que cristalizar el principio de legalidad, toda vez que ninguna norma del ordenamiento que rige a ese Servicio le habilita para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria, quedándole completamente prohibido acceder a la petición incoada, tanto en la sede administrativa como en la presente sede judicial.

En cuanto a la supuesta arbitrariedad de la actividad de Fonasa, señala que se debe tener en cuenta que desde el año 2015, como respuesta a una necesidad social, el ordenamiento jurídico estableció la forma en que se crean y adoptan las políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, publicándose la Ley N° 20.850, ("Ley Ricarte Soto"), 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.

Señala que en este orden de ideas, la decisión de financiar determinados diagnósticos y tratamientos de alto costo ha quedado reglada, específicamente, mediante un procedimiento transparente, público y participativo, que pretende, justamente, vedar todo tipo de



arbitrariedad en la toma de decisiones de política pública relativas a este tema.

Sin más preámbulo, el hecho que el tratamiento de la Hipertensión Arterial Pulmonar (HAP), mediante el medicamento ADEMPAS (RIOCIGUAT), no se encuentre priorizado y expresamente financiado por la Ley N° 20.850 y su respectivo decreto, no obedece a un capricho infundado de las recurridas, sino que responde a que el tratamiento en comento no ha pasado los criterios objetivos establecidos en un procedimiento creado al efecto, 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.

Explica que, la negativa a financiar el tratamiento que se solicita está lejos de ser una decisión arbitraria, debiendo desestimarse, desde ya, tal aserto, por lo demás, acceder a lo solicitado por el recurrente implicaría actuar, derechamente, contra la ley; además de materializar un expreso desconocimiento a la institucionalidad que ha sido creada por la propia ley para el establecimiento de las políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

En cuanto a la garantía establecida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, hace notar que no procede invocarla respecto del Fondo Nacional de Salud toda vez que, señalando tanto la doctrina como la jurisprudencia, son contestes en determinar que la protección de este derecho dice relación con actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, que configuren un detrimento o imposibilidad de la continuación de la vida o integridad física del afectado, citando jurisprudencia al efecto,

Manifiesta que el Fondo Nacional de Salud entiende el derecho a la vida como un derecho fundamental tutelado por nuestro ordenamiento constitucional, el cual constituye un valor jurídico de relevancia por sí mismo, pero su ámbito de protección a través de esta



acción constitucional, descansa en el cese de acciones u omisiones de terceros, que por sí mismos configuran un detrimento o imposibilidad de la continuación de la vida o integridad física del afectado, cuestión que no se verifica en la especie respecto de los recurridos.

En relación a la garantía contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, es posible apreciar cómo en ocasiones los tribunales superiores de justicia, sin haber podido analizar detalladamente todas las repercusiones del caso concreto, determinaron que el FONASA debía financiar un tratamiento de alto costo para determinados pacientes, sin embargo no es a iniciativa del FONASA que esto ocurre, por cuanto no tiene las atribuciones legales para hacerlo, y porque especial cuidado es el que ha de tenerse a la hora de ponderar debidamente el uso de los fondos públicos, especialmente cuando ese uso de recursos se encuentra destinado al financiamiento de tratamientos de alto costo y los requerimientos se verifican, irregularmente, mediante la interposición de recursos de protección.

En directa relación con la idea que se viene desarrollando, se desprende que el verdadero asunto que se pone en discusión es si resulta procedente la dictación de sentencias en la sede cautelar que constituyan derechos en favor del recurrente, obviando de esa forma la institucionalidad y a los actores que tienen la potestad para crear e implementar políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, citando al efecto jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema.

Plantea que si se llegase a acceder a la petición del recurrente, en los hechos no sólo se estaría perjudicando a todos quienes participaron del proceso de creación de las políticas públicas y cuyas propuestas no cumplieron con los parámetros objetivos para ser incorporados al sistema de financiamiento de medicamentos de alto costo, sino que además se crearía una situación de privilegio artificial respecto del recurrente en la sede cautelar, ya que éste obtendría la dictación de una sentencia constitutiva de derechos en su favor, desnaturalizándose



de esa manera el fin mismo del recurso de protección, el cual es esencialmente cautelar.

Termina solicitando que se rechace en todas sus partes el recurso de protección intentado en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), por no configurarse en la especie una/acción u omisión arbitraria o ilegal por parte de éste en los términos que se alegan, con expresa condenación en costas.

A folio 60, con fecha 22 de agosto de 2019, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO

Primero: Que, tal como reiteradamente lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema, el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Segundo: Que la presente acción constitucional de protección tiene por finalidad obtener que se adopten las medidas necesarias por parte de los recurridos para otorgar financiamiento para la adquisición del medicamento “Adempas Riociguat” por el tiempo que determine el médico tratante de la recurrente, y que le fue prescrito para el tratamiento de la enfermedad que padece la actora y que consiste en Hipertensión Pulmonar Primaria Severa, Etapa Fase IV e Insuficiencia Cardíaca del Lado Derecho.

Tercero: Que, son hechos no discutidos por las partes los siguientes:

a) Que la recurrente en el año 2010 fue diagnosticada médicamente con la enfermedad



denominada Hipertensión Pulmonar Primaria Severa, Etapa Fase IV e Insuficiencia Cardíaca del Lado Derecho.

b) Que la recurrente se encuentra afiliada a Fonasa, estando adscrita al grupo D de dicho Fondo.

c) Que el médico tratante de la actora le prescribió el medicamento denominado Adempas Riociguat.

d) Que para adquirir el medicamento la recurrente -por pertenecer a Fonasa D- debe efectuar un copago de aproximadamente \$460.000, siendo el resto de su valor financiado por el Fondo Nacional de Salud.

e) Que la recurrente percibe un ingreso mensual ingreso mensual de \$632.203.

Cuarto: Que, para la acertada resolución del recurso intentado, resulta necesario señalar 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".

Quinto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por los recurridos para no entregar en forma gratuita el medicamento requerido por la actora, consiste en que los recursos con los que cuentan son limitados, que existe una regulación sobre la materia, y que el medicamento solicitado no tiene cobertura ni por GES ni por la Ley N° 20.850, por lo que no puede ser entregado gratuitamente, sin perjuicio de que Fonasa cubra un porcentaje significativo de su valor de adquisición por encontrarse la recurrente afiliada a esa entidad.



HXPNMFHXPX

De esta forma la controversia consiste en dilucidar si resulta arbitraria y/o ilegal la exigencia del copago indicado para la adquisición del medicamento en cuestión.

Sexto: Que, para resolver esta controversia se atenderá al costo del copago del medicamento por parte de la actora (aproximadamente \$460.000), a los ingresos mensuales de ésta que ascienden a la suma de \$632.203 (como se señala expresamente en el informe evacuado por la parte recurrida del Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena) y que tal como lo ha señalado retiradamente la Excma. Corte Suprema, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos (rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018).

Séptimo: Que en ese contexto, aparece que la Ley N° 18.469 que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud”, en su artículo 30 establece el sistema de copago, disposición que después de señalar en sus dos primeros incisos que: *“El Estado, a través del Fondo Nacional de Salud, contribuirá al financiamiento de las prestaciones médicas a que se refiere esta ley, en un porcentaje del valor señalado en el arancel fijado en conformidad al artículo 28°”* y que *“Dicho porcentaje se determinará, cada vez que así se requiera, por los Ministerios de Salud y de Hacienda; cubrirá el valor total de las prestaciones respecto de los grupos A y B, y no podrá ser inferior al 75% respecto del grupo C, ni al 50% respecto del grupo D”*, agrega en su inciso final que: *“Con todo, el Director del Fondo Nacional de Salud podrá, en casos excepcionales y por motivos fundados,*



condonar, total o parcialmente, la diferencia de cargo del afiliado, pudiendo encomendar dicho cometido a los Directores de Servicios de Salud y a los Directores de Establecimientos de Autogestión en Red.”.

Octavo: Que de esta manera, entendiendo que el monto del copago que debe ser solventado por la actora representa una proporción significativa de sus ingresos y atendido que Fonasa, dispone de mecanismos para poder condonar total o parcialmente la diferencia que es de cargo del afiliado, estos sentenciadores consideran que dicha entidad al no hacer uso de la facultad que le confiere la disposición legal en comento para poner a disposición de la recurrente el medicamento que se le ha prescrito para el tratamiento de las dolencias que padece, ya sea para eliminar totalmente el copago, o bien, para fijar un monto que pueda razonablemente ser solventado por aquella atendido sus ingresos, ha incurrido en una omisión, la que necesariamente debe ser calificada de arbitraria al no haberse expuesto fundamento alguno para no hacer uso de esa facultad, obstaculizando de esa forma el acceso de la paciente al medicamento que se le ha recetado.

Noveno: Que, dicha omisión amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de aquella, se niega en la práctica el acceso a un medicamento consistente en Adempas Riociguat, que ha sido prescrito por el médico, el que aparece como necesario para resguardar la integridad física de la recurrente, ya que éste le permite disminuir los malestares físicos que le provoca la enfermedad que soporta.

Décimo: Que, de esta forma, 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 el Fondo Nacional de Salud, deberá financiar íntegramente la adquisición del medicamento Adempas Riociguat, sin perjuicio de que eventualmente se establezca un copago



que pueda efectivamente ser solventado por la recurrente en atención a sus ingresos, pero sin que dicho pago pueda ser establecido como requisito o condición para la entrega del medicamento, por lo que se acogerá la presente acción de protección, en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales se declara:

Que SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional interpuesta por don Sergio Eduardo Sepúlveda Torres, en favor de doña _____, sólo en cuanto se dispone que el Fondo Nacional de Salud deberá proporcionar a la actora el medicamento Adempas Riociguat y asumir por de pronto, en forma íntegra su financiamiento, sin perjuicio de que pueda acordarse un copago que sea acorde a la condición socioeconómica de la recurrente.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante don José Martínez Ríos.

Rol N° Protección-612-2019.

Se deja constancia que no firma el Ministro Sr. Aner Padilla Buzada, no obstante concurrir a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente.

Maria Georgina Gutierrez Aravena
Ministro(P)
Fecha: 26/08/2019 16:18:31

Jose Alejandro Martinez Rios
Abogado
Fecha: 26/08/2019 16:16:08



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Temuco integrada por Ministra Presidente Maria Georgina Gutierrez A. y Abogado Integrante Jose Martinez R. Temuco, veintiséis de agosto de dos mil diecinueve.

En Temuco, a veintiséis de agosto 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 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.