

C.A. de Santiago

Santiago, veintidós de julio de dos mil veinticuatro.

A los folios 35 y 36: téngase presente.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que con fecha 17 de mayo de 2024, comparecen .....en representación de su hijo menor de edad:....., interponiendo recurso de protección en contra de Isapre Consalud S.A., por haber negado la cobertura del tratamiento médico Trikafta requerido por el niño, actuación que consideran ilegal y arbitraria, ya que vulnera el derecho a la vida e integridad física y psíquica, igualdad ante la ley y derecho de propiedad del menor, garantías que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas.

Exponen los recurrentes que su hijo A::, de 11 años de edad, padece de una variante genética especial de la enfermedad Fibrosis Quística (DF508), en grado severo. Señalan que esta es una enfermedad autosómica recesiva, rara, de deterioro progresivo y letal, que afecta principalmente los pulmones y el páncreas. Indican que la enfermedad produce secreciones espesas en diferentes órganos, lo que lleva a infecciones recurrentes, destrucción de tejidos y órganos, y finalmente al desarrollo de enfermedad pulmonar obstructiva crónica y degenerativa, generando una muerte temprana.

Relatan que debido a esta enfermedad, A:: ha requerido atenciones de salud durante toda su vida, agotando todas las opciones de tratamiento disponibles en Chile para niños de su edad, sin que se haya podido detener la progresión de la enfermedad, indicando que actualmente se atiende en la Clínica Dávila con la doctora Gema:....., pediatra broncopulmonar, y el doctor Carlos Tapia Martinic, otorrinolaringólogo.

Refieren el historial médico de A::, indicando que ha tenido 27 hospitalizaciones en total, con las últimas en mayo de 2023, septiembre de 2023 y abril de 2024. Agregan que ha requerido 2 a 3 operaciones anuales de glándulas paranasales, en ocasiones con fractura y remoción ósea, presentando cuadros hemorrágicos que han requerido traslado a UTI/UCI y transfusiones sanguíneas. Señalan que sufre de síncope recurrentes, requiere tratamiento antibiótico y corticoideo permanente, y debe realizar 14 tratamientos diarios además de 2 a 3 sesiones de kinesioterapia diarias.

Indican que A:: presenta compromiso severo de sus vías respiratorias, con fibrosis quística severa, colonización pulmonar y sinusal por Staphilococo Aureus, bronquiectasias progresivas, sinusitis crónica, tos crónica y asma crónica. En cuanto a su estado nutricional, señalan que presenta insuficiencia pancreática severa, ha alcanzado el límite máximo de dosis de enzimas, tiene sospecha de diabetes mellitus asociada a Fibrosis Quística y está en permanente riesgo de desnutrición.

Que exponen que el último TAC de Tórax de :fecha 16/03/24, evidenció "zonas de atrapamiento aéreo de distribución parcheada en ambos pulmones especialmente lóbulos inferiores". Asimismo, indican que el TAC de Senos Perinasales de la misma fecha pesquisó "sinusitis crónica polipoidea" y "desviación septal".

Relatan que la enfermedad ha afectado gravemente la integridad psíquica de A:, quien no ha podido desarrollar una infancia y adolescencia normal. Señalan que presenta pensamientos mórbidos, habiendo preguntado en varias ocasiones cuánto tiempo le queda de vida y si era candidato a eutanasia. Agregan que tiene una vida social limitada, bajas tasas de asistencia escolar (24% para el año 2023) y ha sido excluido de participar en la selección de hockey.

Exponen que .....se encuentra afiliado al sistema privado de salud desde el 01/10/2012, siendo carga de su padre en el plan "Elección Total 450" de Isapre Consalud S.A. Señalan que se activó el GES para el problema N°51, la Fibrosis Quística, cuando Alfonso tenía 3 meses, recibiendo desde entonces las prestaciones que la

canasta ofrece. Sin embargo, exponen que el manejo actual se ha vuelto insuficiente, puesto que, pese al tratamiento, su enfermedad no se detiene y se ha deteriorado aceleradamente durante el último año.

Relatan que los médicos tratantes de Alfonso han recomendado el tratamiento Trikafta como el único existente a nivel mundial que puede detener y en cierto grado retroceder el avance de su enfermedad, aumentando su calidad y expectativa de vida. Señalan que este tratamiento consiste en una triple combinación de moduladores (Elexacaftor, Tezacaftor e Ivacaftor) que ataca la base de la enfermedad, a diferencia de los tratamientos actualmente dispensados que atacan los síntomas y efectos secundarios.

Exponen que el tratamiento Trikafta ha demostrado efectividad en múltiples estudios científicos, encontrándose registrado en más de 40 agencias regulatorias a nivel mundial y contando con financiamiento estatal en más de 35 países. Agregan que en Chile cuenta con registro ante el Instituto de Salud Pública desde el 09/11/23 (E-35/23 y E-34/23).

Indican que el costo del tratamiento es muy alto y no les es posible costearlo, por lo que solicitaron formalmente a la Isapre la cobertura del tratamiento vía CAEC, acompañando la documentación que justifica su prescripción. Señalan que dicha solicitud fue respondida con fecha 18/04/24, indicándoles que el tratamiento, al ser un fármaco de uso ambulatorio, no está incluido dentro de las coberturas del contrato de salud.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, los recurrentes alegan que la decisión de la Isapre de negar la cobertura del tratamiento constituye un acto ilegal y arbitrario. Sostienen que es arbitrario por cuanto es irrazonable supeditar la vida de una persona a consideraciones meramente contractuales, especialmente tratándose de una Isapre, entidad a quien la Constitución ha encomendado la protección y salvaguarda de la salud de sus afiliados.

Argumentan que la ilegalidad se configura al vulnerarse el artículo 1º inciso tercero de la Constitución, que consagra la subsidiariedad del Estado, así como el artículo 19 N° 9, que garantiza el derecho a la protección de la salud. Sostienen que la Isapre, como entidad que colabora con el Estado en la satisfacción del derecho a la salud, debe procurar que este derecho no sea afectado en su esencia por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Asimismo, invocan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 24 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades. También citan la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumentos que reafirman el derecho al más alto nivel posible de salud.

Los recurrentes alegan que la negativa de la Isapre vulnera el derecho a la vida e integridad física y psíquica de Alfonso, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución. Argumentan que la vida debe entenderse en forma amplia, no solo como el "derecho a no ser matado", sino como la necesidad de tomar todas las medidas para resguardarla en el nivel más efectivo y digno posible. Sostienen que al no costear el tratamiento de alto costo que Alfonso requiere, se le priva en la práctica del acceso a la medicina que ha sido prescrita para asegurar su sobrevivencia.

En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, los recurrentes alegan que la negativa de la Isapre constituye una discriminación arbitraria. Argumentan que el acceso al medicamento Trikafta no constituye un privilegio, sino que es la única medida capaz de salvaguardar los derechos fundamentales de A:o, permitiendo alzarlo al mínimo de flotación compartido con sus pares.

Respecto al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 N°24 de la Constitución, los recurrentes sostienen ::::es dueño de todos aquellos derechos derivados del contrato de salud, incluyendo el Beneficio CAEC. Argumentan que es ridículo supeditar la activación del beneficio a que el medicamento sea dispensado de forma intrahospitalaria, considerando su altísimo costo y que es indispensable para que Alfonso pueda realmente vivir.

Por estas razones, solicitan que se acoja el presente recurso y, en su mérito, se ordene a Isapre Consalud S.A. suministrar cobertura CAEC al fármaco Trikafta requerido por Alfonso Agustín Ávalos Galaz, de por vida o mientras el médico tratante lo prescriba.

Segundo: Que la parte recurrida, Isapre Consalud S.A., al evacuar el informe solicitado por esta Corte, solicita el rechazo del recurso de protección en todas sus partes, oponiendo las siguientes excepciones y defensas: (i) existencia de un recurso anterior rechazado por la Corte de Apelaciones y confirmado por la Corte Suprema; (ii) incompetencia de esta Corte para conocer de la materia por tratarse de un asunto de naturaleza contractual que requiere de un juicio de lato conocimiento; (iii) improcedencia de otorgar el medicamento solicitado por encontrarse excluido de cobertura conforme al marco regulatorio de las Isapres; (iv) inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad en el actuar de la Isapre; y (v) inexistencia de vulneración a las garantías constitucionales invocadas por el recurrente.

En primer término, la recurrida expone que con fecha 7 de julio de 2023, se presentó un recurso de protección para obtener la cobertura del mismo medicamento TRIKAFTA, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 12367-2023, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema en causa Rol 233943-2023. Sostiene que, habiendo transcurrido menos de un año desde la resolución del anterior recurso, se ha interpuesto nuevamente la misma acción de protección.

A continuación, argumenta que la materia discutida en el presente recurso de protección es de naturaleza contractual, ya que la decisión debería recaer respecto de si existe un incumplimiento del contrato de salud por parte de la Isapre. En este sentido, afirma que esta Corte no es la sede inicial competente para conocer el asunto debatido en autos, sino que corresponde a los tribunales civiles o a la Superintendencia de Salud, organismo que actuando en su carácter de Tribunal Arbitral tiene competencia para conocer de esta materia.

Que la recurrida sostiene que el recurso de protección, por su naturaleza y procedimiento, es sumarísimo y fue creado para evitar el daño que se pudiere originar por actos u omisiones ilegales o arbitrarias respecto del legítimo ejercicio de derechos taxativamente señalados por el constituyente, que se encuentren establecidos indubitadamente, por lo que el recurso deducido en autos excede el objeto de esta especial acción cautelar desde el momento en que el recurrente solicita cobertura a un medicamento que no goza de cobertura por parte de la Isapre, toda vez que se encuentra expresamente excluido de cobertura o bonificación.

Argumenta que en nuestro sistema jurídico procesal la determinación del incumplimiento de obligaciones contractuales y/o el cumplimiento forzado de las mismas, es competencia de los tribunales ordinarios civiles, atendido que la materia discutida requiere lato conocimiento y un pronunciamiento de fondo. Sostiene que las materias referidas al cumplimiento de un determinado contrato de salud no suponen, en caso alguno, la existencia de derechos indubitados y, por lo mismo, se trata de asuntos que deben ser discutidos necesariamente en un procedimiento de lato conocimiento, donde sea posible para cada una de las partes, rendir las probanzas suficientes para acreditar los hechos objeto de la controversia.

Que, a continuación, la recurrida expone el marco regulatorio de las Isapres, señalando que como instituciones de salud privadas están obligadas a someterse a un marco regulatorio que deben respetar y

cumplir. Indica que en el desarrollo de sus actividades las Isapres se encuentran reguladas básicamente por: (1) lo que establece la ley de Isapre, esto es, el D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud; (2) la normativa e instrucciones emanadas de la Superintendencia de Salud a través de sus Circulares y Compendios Normativos; y (3) las estipulaciones del Contrato de Salud y Plan de Salud que se suscribe con cada persona afiliada.

Refiere que el medicamento TRIKAFTA está excluido de cobertura porque no está en el Arancel Fonasa y consecuentemente tampoco en el Arancel de la Isapre. Fundamenta esta exclusión en el artículo 189, letra a) del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que establece que el plan de salud de la Isapre "deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud".

Que, asimismo, la Isapre argumenta que el medicamento TRIKAFTA está excluido de cobertura porque es de administración ambulatoria y este tipo de medicamentos no tienen bonificación o financiamiento según lo establece la ley de Isapre. Fundamenta esta exclusión en el artículo 190, inciso 3° del D.F.L. N°1, que dispone que no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo "todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189".

Sostiene que tampoco procede la cobertura de las Garantías Explícitas en Salud (GES) para el medicamento solicitado. Explica que si bien la patología fibrosis quística está incluida en el GES N° 51, el medicamento TRIKAFTA no se encuentra garantizado por dichas Garantías Explícitas en Salud.

Argumenta que tampoco corresponde otorgar la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC), porque dicha cobertura no procede en medicamentos ambulatorios ni en ningún tipo de prestaciones ambulatorias. Sostiene que solamente puede aplicarse CAEC cuando se trata de prestaciones hospitalarias y se cumplen las demás condiciones que establecen las normativas para acceder a dicha cobertura.

Indica que no existe ilegalidad alguna cometida al comunicar la negativa de cobertura para el medicamento TRIKAFTA, puesto que es improcedente otorgar una cobertura que no ha sido convenida por las partes ni tampoco ha sido dispuesta por la ley, sino por el contrario, se encuentra expresamente excluida de cobertura. Sostiene que no existe norma alguna que exija que las Isapres deban otorgar cobertura a los medicamentos ambulatorios como es el TRIKAFTA.

Refiere que tampoco existe arbitrariedad, puesto que resulta del todo razonable negarse a otorgar cobertura a una prestación que carece de ella. Por el contrario, sostiene que arbitrario sería que el recurrente obtuviera una cobertura a la que ni legal, ni contractualmente tiene derecho, por la sola circunstancia de recurrir de protección, en desmedro del resto de afiliados que respetan lo que han pactado.

Por todo lo expuesto, señala que no existe privación, perturbación ni amenaza a las garantías constitucionales invocadas por el recurrente. Sostiene que jamás ha realizado acto o ha incurrido en alguna omisión, ni en un acto que pueda ser calificado como ilegal o arbitrario por el cual el recurrente ..... haya sufrido una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que solicita su rechazo.

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.

Cuarto: Que para la resolución del asunto planteado, es del caso anotar que en el informe médico acompañado al proceso, suscrito por la médico broncopulmonar Dra. ::::::::::Alarcón, con fecha 11 de abril de 2024, se indica que el paciente::::::::::::, tiene diagnóstico de fibrosis quística severa, con estudio genético positivo para la mutación delta F 208, susceptible de tratamiento con el fármaco Trikafta, y que “si no recibe este fármaco, se predice el riesgo y rápida progresión asociada a esta enfermedad de base, que es la pérdida y progresiva de la función pulmonar, hospitalizaciones frecuentes, requerimientos de oxígeno permanente con ventilación mecánica domiciliaria, finalmente con necesidad de trasplante con alto riesgo de morir prematuramente”. La profesional describe las múltiples complicaciones e intervenciones a que ha debido someterse el paciente desde que le fue diagnosticada la enfermedad.

También se acompañó a la causa Certificado Médico de 29 de abril de 2024, suscrito por el profesional Dr. Carlos::::::::::::, especialista Otorrinolaringología, quien atiende al recurrente desde los tres años de edad para el manejo de la pansinusitis, señalando que ha sido sometido a 5 intervenciones quirúrgicas, observándose un incremento en el compromiso infeccioso e inflamatorio, lo cual indica una evaluación compleja de su enfermedad.

El niño de autos tiene actualmente actuales 12 años y ha estado hospitalizada en numerosas oportunidades por las complicaciones de su enfermedad.

Quinto: Que de lo informado por la recurrida se observa que las principales razones para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que padece el paciente menor de edad -Fibrosis Quística como padecimiento genético, de progresivo deterioro y fatal- radica en que el fármaco prescrito por su médico tratante, a pesar de ser una patología incluida dentro de las enfermedades que cuentan con la cobertura GES, no se encuentra dentro de la canasta de prestaciones específicas, sin que ninguna norma lo habilite para dispensar regularmente los recursos respecto del financiamiento de dicho medicamento, siendo de alto costos y tampoco se encuentra dentro de aquellos cubierto por la denominada Ley Ricarte Soto.

Lo anterior es efectivo por cuanto el medicamento Trikafta no se incluye dentro del Decreto Supremo N° 72 de 2022, del Ministerio de Salud, que aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, como aquellos reseñados para el tratamiento de la patología denominada “Fibrosis Quística.

Sexto: Que, en el caso de la especie, es relevante considerar que la profesional que atiende al paciente, luego del diagnóstico, evaluación, exámenes pertinentes y seguimiento de su enfermedad en el tiempo, es quien prescribe dicho medicamento, sobre la base de toda la información clínica y científica disponible, como único tratamiento para una mejor calidad de vida del paciente y evitar el grave riesgo de las consecuencias clínicas de la enfermedad en el caso concreto.

En el contexto descrito, cabe señalar que los tratamientos considerados en la “Guía Clínica de Fibrosis Quística”, con el avance de la ciencia y tecnologías, no pueden tener un carácter taxativo y cerrado, toda vez que como el mismo instrumento señala es preciso considerar la posibilidad de cambios en los tratamientos para relacionarlos con avances del conocimiento científico, en cuyo caso le corresponderá siempre la determinación final al médico tratante, tal como acontece en el caso de la especie, pues para el recurrente el medicamento con Trikafta constituye la alternativa más efectiva para detener las progresivas y adversas manifestaciones clínicas de la enfermedad que lo aqueja.

Consta de autos que la enfermedad que padece el paciente presenta un deterioro progresivo, con manifestaciones clínicas, tales como, compromiso pulmonar severo, circunstancia que permite colegir la

existencia de un evidente riesgo vital en el caso de no tener acceso al medicamento solicitado.

Séptimo: Que el hecho que el citado fármaco no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública y que no se encuentre considerado en la canasta GES, no es un argumento suficiente para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration, el año 2019 y 2021 para pacientes mayores de 6 años y existe evidencia científica clara que demuestran los beneficios del medicamento en el desarrollo de la patología que afecta al recurrente.

Octavo: Que es dable consignar 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".

Noveno: Que en asuntos similares la Corte Suprema ha señalado que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, pero 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 las recurridas. (Causa roles N° 43.250-2017, N° 8.523-2018, N° 2.494-2018, N° 63.091-2020, N° 25.123 202 y N° 170.561- 2022),

Décimo: Que conforme se viene razonando, la decisión de la recurrida al negarse a proporcionar al niño en favor de quien se recurre, el único fármaco imprescindible para el tratamiento de su patología, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de esa decisión, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de éste, así como para su integridad física, considerando que la Fibrosis Quística que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal puesto que produce deterioro progresivo de la función pulmonar y la muerte por falla respiratoria crónica, y que la administración de la droga reclamada ha sido estimada como esencial para la vida de:::, como surge de los antecedentes agregados a la causa, cuando la familia no se encuentra en condiciones de adquirirlo.

Por consiguiente, la falta de acceso del medicamento, como alternativa única y necesaria para el tratamiento de la patología que sufre la menor, lleva a concluir que es procedente disponer se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que la institución contra la cual se dirige el recurso 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 inicie en el más breve lapso el tratamiento de la menor.

Undécimo: Que en estas materias la Corte Suprema ha señalado que "es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal. Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla

en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas”.

Agrega también que “esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente, aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo las autoridades recurridas habrán de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie”. (Causa Rol N° 170.561.2022),

Duodécimo: Que, en consecuencia, siendo evidente que la decisión impugnada infiere un daño grave al niño en favor de quien se recurre, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado, como se dirá en la parte resolutive de este fallo.

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 esta Corte sobre la materia, se acoge el recurso de protección deducido en favor de :::::::::::::::en contra de Isapre Consalud, disponiéndose que la recurrida deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras así sea prescrito por el médico tratante de la recurrente, con el objeto que continúe o inicie su tratamiento con este medicamento, por haber concedido Orden de no Innovar con fecha 23 de mayo pasado.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°Protección-13.418-2024