



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magister en Derecho con menciones

**REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN
MATERIA DE RECLAMACIÓN POR MEDICAMENTOS AÑOS 2005-2018.**

RAZONAMIENTOS UTILIZADOS PARA DECIDIR.

Proyecto de AFE para optar al grado de Magister en Derecho

Mención Derecho Público.

Autor: Rodolfo Núñez Úbeda.

Profesora Guía: Sandra Álvarez Torres

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto revisar jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, Corte Suprema y la Superintendencia de Salud, en materia de financiamiento de prestaciones de salud, particularmente, pero sin ser exclusivo, en relación a la cobertura de medicamentos de uso ambulatorio.

Antes de abordar tal revisión, describimos brevemente el contexto normativo del derecho a la salud, tanto a nivel nacional como internacional, estableciendo que en nuestro país el derecho a la protección a la salud tiene reconocimiento constitucional, y que, actualmente, dado su estrecha relación con el derecho a la vida, impone obligaciones de hacer al Estado.

Luego, describimos el sistema de financiamiento de la prestación de salud en Chile, dando cuenta a su vez de los principios de seguridad social que le resultan aplicables, sobre todo considerando que el sistema contempla el pago de una cotización obligatoria de los trabajadores -independiente de su uso- a una institución pública: Fonasa, o privada: Isapres, y a su vez, considera generalmente un copago de la prestación misma, la que varía en función del Sistema al que se esté afiliado y el prestador en el que se efectúe la prestación.

Teniendo presente el contexto, revisamos la jurisprudencia entre los años 2005 y 2018, y, en función de la *razón principal utilizada para decidir*, pudimos establecer una división del periodo en dos etapas. A la primera, le llamamos “Legalista y contractualista” y lo situamos entre el año 2005 y 2011 para las Cortes, y entre 2005 y 2014 para la Superintendencia de Salud. A la segunda, “de los derechos fundamentales”, y va entre los años 2012 y 2018 para las Cortes, y 2015 y 2018 para la Superintendencia. Lo anterior, consideramos, es uno de los aportes de esta investigación.

Para seleccionar qué sentencias serían estudiadas, elegimos como inicio, el año 2005, ya que desde ese entonces podremos evaluar el comienzo del actual régimen

en materia de control de cobertura a prestaciones de salud, el que inició con la entrada en vigencia de las leyes que modificaron la autoridad sanitaria: ley 19.937 de 2004, y la llamada Ley Auge: Ley 19.966 de 2004, que creó un sistema de acceso universal a ciertas prestaciones, bajo ciertas condiciones y garantías. El fin del periodo a revisar, en tanto, se fijó en el año 2018, por disponer hasta esa fecha, de jurisprudencia suficiente para esta investigación. La materia elegida en tanto fue negativa de cobertura a prestación no arancelada, particularmente reclamación por medicamentos.

En relación a las etapas antes señaladas, pudimos concluir que las decisiones judiciales se basaron, principalmente, conforme al entendimiento de que el financiamiento de la prestación de salud era un asunto resuelto por reglas, en la primera etapa, mientras que, en la segunda, se trataba de la puesta en peligro de derechos fundamentales, especialmente la vida, y por tanto las reglas por sí mismas eran insuficientes para solucionar las controversias.

Junto con lo anterior, y en relación al contenido del derecho a la protección de la salud, este, por sí mismo, y dada la restricción del recurso de protección a su respecto, concluimos que no se erigió, en el periodo estudiado, como un derecho autónomo, por el contrario, sólo en su estrecha relación con otros derechos fundamentales, particularmente el derecho a la vida logró eficacia en las decisiones judiciales.

Debemos ser claros en señalar que, a pesar de la profusa doctrina en torno al derecho a la protección de la salud, particularmente a razón de las sentencias del Tribunal Constitucional en los años 2007 a 2011, en la revisión jurisprudencial que hicimos no encontramos elementos que nos permitieran constatar su influencia en los cambios de criterios o en la periodificación que nosotros ofrecemos. Nuestra hipótesis al respecto es que, en la materia elegida, las Cortes decidieron otra línea

argumental a la abierta por el Tribunal Constitucional¹, y en el caso de la Superintendencia de Salud, si bien recoge los planteamientos del Tribunal Constitucional, lo hace casi 5 años después, pero mezclando más elementos, por lo que no es patente su influencia.

Finalmente, en el epílogo de este trabajo, reflexionamos sobre el hecho de que sean los jueces los que, ejerciendo su competencia para decidir controversias, terminen, en la práctica, configurando el contenido del derecho fundamental de protección a la salud, y los riesgos que, para la democracia en un estado moderno, pueden significar.

Por último, hay que señalar que, en un ejercicio de actualización, se revisó jurisprudencia del año 2019 y 2020, no habiendo en esta variación a la tendencia ni a las conclusiones a las que se arribó en la revisión hasta el año 2018: Los fallos de la Corte Suprema no muestran mayor dispersión.² y los de la Superintendencia de Salud tampoco³.

¹ Con la Sentencia Rol 1710-10-INC, que declaró inaplicables algunos preceptos de la Ley de Isapres, el TC, a propósito del precio que las Isapres pueden cobrar por sus planes, estableció una relación entre Derecho a la Protección a la Salud y Seguridad Social. Dicha relación para el TC estaría dada por la necesaria aplicación de ciertos principios de seguridad social al contrato de salud, siendo este último de Derecho Público, y por tanto con un contenido no completamente disponible para las partes.

² Algunos de los fallos revisados fueron: Rol N° 88.280-2018 de la Corte de Apelaciones de Stgo. y 10.183-2019 de la Corte Suprema; Rol N° 1500-2019 Corte de Apelaciones de San Miguel y Rol N° 12.323-2019 de la Corte Suprema; Rol N° 38.778-2019 Corte de Apelaciones Stgo. y Rol N° 29.215-2019 de la Corte Suprema; Rol N° 174.937-2019 de Corte de Apelaciones de Stgo. y Rol N° 20.767-2020; Rol N° N° 59797-2019 Corte de Apelaciones de Stgo. y Rol N° 11.195-2020 Corte Suprema.

³ Algunos de las sentencias revisadas fueron: Roles N° 2004886, 2013157 y 650134, todos del 2019; Roles N° 2044985, 4024421 y 4014933, todas del 2020.

AGRADECIMIENTOS

A mi señora, a mi hijo, a mi hija, a mis padres y hermana. A mis suegros, a mis amigos y compañeros de labores. Todos me regalaron parte de su tiempo, conocimientos y me alentaron en los momentos difíciles. Espero poder compensarlo.

De corazón, muchas gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. EL DERECHO A LA SALUD: Delimitación de su contenido	7
1. En el Derecho nacional.....	7
2. En el Derecho Internacional.	17
II. SISTEMA DE FINANCIAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE SALUD EN CHILE.	22
1. Sistema Público: Fonasa.....	26
2. Sistema Privado: Isapres.....	28
III. PROTECCIÓN DE LA SALUD: Revisión Jurisprudencial.	32
1. Cortes de Apelaciones y Corte Suprema	34
a. Periodo legalista y contractualista	34
b. Periodo de los Derechos Fundamentales	45
2. Superintendencia de Salud	62
a. Periodo Legalista y Contractualista	62
b. Periodo de los Derechos Fundamentales	68
3. Comparativa entre los fallos de Cortes y la Superintendencia de Salud ...	78
a. Periodo Legalista y contractualista	78
b. Periodo de los Derechos Fundamentales	80
c. De todo el periodo analizado en general.....	84
IV. CONSIDERACIONES FINALES	86
V. EPÍLOGO	95
BIBLIOGRAFÍA	101
ANEXOS	106
FICHA N°1	106
FICHA N°2.....	110
FICHA N°3.....	113
FICHA N°4.....	116
FICHA N°5.....	118
FICHA N°6.....	122

FICHA N°7	125
FICHA N°8	130
FICHA N°9	132
FICHA N°10	135
FICHA N°11	138
FICHA N°12	142
FICHA N°13	146
FICHA N°14	150
FICHA N°15	155
FICHA N°16	163
FICHA N°17	169
FICHA N°18	177
FICHA N°19	182
FICHA N°20	186
FICHA N°21	191
FICHA N°22	197
FICHA N°23	201
FICHA N°24	207
FICHA N°25	213
FICHA N°26	221
FICHA N°27	229
FICHA N°28	234
FICHA N°29	240
FICHA N°30	244
FICHA N°31	248
FICHA N°32	257
FICHA N°33	266
FICHA N°34	268
FICHA N°35	270
FICHA N°36	272
FICHA N°37	274

FICHA N°38.....	276
FICHA N°39.....	279
FICHA N°40.....	283
FICHA N°41.....	286
FICHA N°42.....	288
FICHA N.º 43.....	291
FICHA N.º 44.....	293
FICHA N.º 45.....	296
FICHA N.º 46.....	300
FICHA N.º 47.....	303
FICHA N.º 48.....	310
FICHA N.º 49.....	314
FICHA N.º 50.....	320
FICHA N.º 51.....	326
FICHA N.º 52.....	330
FICHA N.º 53.....	332
FICHA N.º 54.....	336
FICHA N.º 55.....	339
FICHA N.º 56.....	345

INTRODUCCIÓN

En Chile, el financiamiento de la salud está dado, en principio, por el aporte de los trabajadores (y también pensionados), quienes pueden estar afiliados al sistema privado de salud, en las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), o al sistema público de salud, en el Fondo Nacional de Salud. (FONASA), y en este último, el Estado también aporta.⁴ Cada sistema tiene su propia red de prestadores de salud dentro de la cual opera la cobertura estipulada, ya sea en el contrato o en la ley, respectivamente.

La principal diferencia entre estos sistemas es su régimen. Mientras en el sistema privado, rige un contrato -muy similar al de seguros- en el que cada afiliado pacta con su institución un porcentaje de cobertura financiera a cambio de la cotización obligatoria -que actualmente asciende al 7% de la remuneración imponible- más un adicional en caso de que se pacte un precio superior, en el sistema público no hay contrato sino un estatuto dado por ley⁵, que rige igual para todos⁶, en el que no se puede pactar un precio superior a la cotización obligatoria.

De este modo, una cotización obligatoria por ley -que es administrada por una institución pública o privada- da derecho a obtener un porcentaje de financiamiento de la prestación de salud. El mínimo de cobertura lo fija el Fonasa, no pudiendo las Isapres otorgar menos cobertura que el Fondo.

En palabras de la profesora Alejandra Zúñiga, podemos señalar que: *“el sistema sanitario en Chile se caracteriza por ser un sistema que, desde el punto de vista de su financiamiento, mezcla el esquema del “seguro social con subsidio público” (pues*

⁴ Existe también un sistema público al que acceden las Fuerzas Armadas y de Orden, respecto del cual no se profundizará en este trabajo.

⁵ Ministerio de Salud, «DFL N° 1, de 24 de abril de 2006» (2006), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177>.

⁶ En el Fonasa, la cobertura dependerá del nivel de ingresos de los beneficiarios, y de si la prestación se lleva a cabo en la red pública o privada de prestadores. Para profundizar, ver: «Tramos y Copagos», accedido 22 de julio de 2018, <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/informacion-general/tramos>.

todo trabajador debe asignar el 7% de su sueldo para financiar un seguro de salud cuyos niveles de cobertura mínimos están determinados por ley, y en el cual, además, se subsidia a los pobres e indigentes) y el de “seguros privados” (que funciona bajo la lógica del mercado y determina las primas por las características de riesgo individuales). Ambos sistemas se complementan, a su vez, por el modelo de “pago por servicio”, que se aplica tanto en el sistema privado como en el público”⁷

Por otra parte, el derecho a la protección de la salud en nuestro país tiene reconocimiento constitucional⁸ y su lesión otorga la facultad de recurrir de protección, pero sólo en cuanto esta consista en privar, perturbar o amenazar la libertad de elegir el sistema público o privado.

Para la profesora Vivanco, el verdadero obstáculo a poder elegir un sistema u otro, está dado por el precio a pagar en un sistema que contempla un subsistema subsidiado, como el público, y el otro que no recibe subsidios, lo que hace que los costos reales sean decrecientes para quienes opten por el primero, y crecientes para quienes opten por el segundo.⁹

No obstante, la interpretación que han hecho las Cortes y su práctica, con relación al sistema de garantías constitucionales en general y en materia de salud en particular, es que este ofrece la posibilidad de invocar la lesión a otros derechos que posean protección directa, (como lo son el derecho a la vida y a la propiedad

⁷ Alejandra Zúñiga Fajuri, «Sistemas Sanitarios Y Reforma AUGE En Chile», *Acta bioethica* 13, n.º 2 (noviembre de 2007): 244, <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2007000200012>.

⁸ Constitución Política de la República, Artículo 19, N.º 9: “*El derecho a la protección de la salud.* El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

⁹ Ángela Vivanco Martínez, «justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional», *Revista chilena de derecho* 37, n.º 1 (abril de 2010): 153, <https://doi.org/10.4067/S0718-34372010000100007>.

privada, por citar los más relevantes) cuestión que, de una u otra manera, ha ido dotando de mayor contenido al derecho a la salud.

Junto con eso, en Chile existe una Superintendencia de Salud, que, en lo pertinente a lo expuesto, vela por el correcto funcionamiento de las Isapres, y también revisa algunas materias relacionadas a la cobertura que brinda el Fonasa, particularmente referente al financiamiento previsto en la llamada ley de Urgencia, y en las Garantías Explícitas en Salud (GES).

A su vez, la ley ha dispuesto que las controversias que se generen entre los beneficiarios y los seguros previsionales de salud se rijan por un procedimiento especial, contenido en los artículos 117 a 120 del D.F.L N.º 1 de 2005, de Ministerio de Salud. Este procedimiento, contempla, según dispone el artículo 117¹⁰, que el intendente de Fondos de la Superintendencia actúe como árbitro arbitrador en la solución de controversias entre los beneficiarios y las Isapres y el Fonasa, pudiendo resolver en prudencia y equidad. De este modo, le está permitido abstraerse de la aplicación de la norma, para resolver un caso puntual.¹¹

Lo anterior es muy interesante, ya que, de la revisión de ese tipo de decisiones, se podría extraer el ideal de justicia que promueve la autoridad administrativa¹².

¹⁰ Art. 117, del DFL N° 1, de 2005: “La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsual o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria.”

¹¹ Para profundizar sobre la naturaleza de este procedimiento, recomendamos leer: Jaime Jara Schnettler, «La resolución de controversias entre los afiliados y las Isapre por el Superintendente de Instituciones de Salud Previsual: tribunal especial y procedimiento en la ley no. 18.933» (Universidad de Chile, 1997); Juan Manuel Trayter, «el arbitraje de derecho administrativo», s. f., 32; Eduardo Jequier Lehuéde, «la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el derecho chileno sobre arbitraje interno: algunas propuestas», *Estudios constitucionales* 11 (2013): 155-200, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_ttext&pid=S0718-52002013000200005&nrm=iso.

¹² Nos referimos a que, del análisis de lo que la Superintendencia ha determinado como prudente y equitativo, sería posible deducir cuál es el ideal de justicia que promueve la autoridad administrativa de turno.

Ahora, en relación al financiamiento de la prestación en salud, debemos consignar que se trata de un tema contingente y de alta sensibilidad pública¹³, lo que explica en parte el por qué se encuentra en tramitación legislativa una reforma a las Isapres junto con otras reformas al Sistema de Salud desde hace más de 10 años¹⁴-siendo una de las principales causas el financiamiento de la prestación de salud- sin éxito.

Dentro de las faltas de acuerdo, destaca el rol de la cobertura financiera, ya que, para algunos es parte del derecho a la protección de la salud, y para otros es un elemento disponible y por tanto renunciable e inexigible más allá del ámbito contractual o arancelario¹⁵.

Lo anterior es especialmente relevante en el estado actual, ya que, esta inactividad legislativa ha propiciado que las sentencias judiciales sean fuente de facto del contenido del derecho a la protección de la salud, - en circunstancias que en ellas debería encontrarse la aplicación de uno ya existente o al menos definido en su parte medular por el legislador- lo que en cierta manera ha contribuido y/o da cuenta de una erosión del sistema democrático moderno.

Se suma a lo anterior, el hecho que nuestro sistema tiene la particularidad de que un órgano administrativo, la Superintendencia de Salud, actúa, por mandato legal, como un Tribunal Especial de jurisdicción nacional¹⁶, conociendo y resolviendo controversias entre beneficiarios y aseguradores como árbitro arbitrador. Debiendo a su vez, en ejercicio de sus otras competencias, ejecutar políticas públicas de alcance universal, lo que entrega la posibilidad de que pueda fallar contra norma en sus sentencias, y a la vez puede interpretar y crear normas.

¹³Tercer problema prioritario Según CEP, «Encuesta CEP, Estudio Nacional de Opinión Pública N° 81, Septiembre-octubre 2017», octubre de 2017.

¹⁴ Ver Boletín N°. 8105-11 de la Cámara de Diputados.

¹⁵ Recomendamos leer: Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile y Colegio Médico de Chile A.G.: “Propuestas para una reforma integral al financiamiento de la salud en Chile” 2018.

¹⁶ En virtud del Artículo 117 del DFL 1° de 2005, del Ministerio de Salud. Así ha sido reconocido también por las Cortes, como por ejemplo en el fallo ROL N°102.014-2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando 20°.

Con todo esto en consideración, intentaremos, a través de la revisión jurisprudencial de las Cortes de Apelaciones, Corte Suprema y el Tribunal Especial de la Superintendencia de Salud, abordar el estudio del derecho a la protección de la salud, particularmente su dimensión financiera, dando cuenta de las razones dadas en la jurisprudencia para considerar la cobertura financiera de la prestación de salud, como un elemento nuclear del mismo, contribuyendo -esperamos- de este modo, a la reflexión crítica sobre la relación entre financiamiento, prestación de salud y derecho a la protección de la salud.

Para dicha revisión, elegimos la materia de “cobertura de prestación no arancelada”. Esta se refiere a la cobertura financiera a la que acceden las prestaciones que no están consignadas en el Arancel Fonasa libre elección (nos referiremos en profundidad sobre esto más adelante). Particularmente, pero no exclusivamente estudiaremos los casos de “medicamentos de uso ambulatorio”. Es necesario precisar que, dado que en Chile la cobertura de “piso”, es decir, el mínimo de cobertura financiera al que acceden las prestaciones en salud está dada por el arancel libre elección del Fonasa, cualquier prestación que no se incluya en dicho arancel, cabe en la categoría de prestación no arancelada.

La elección de la materia y submateria se basa tanto en la importancia pública que este tema tiene según la encuesta CEP citada previamente, y “el gasto de bolsillo” que significan los medicamentos ambulatorios en Chile¹⁷, como con la posibilidad de entrar de lleno al fondo del asunto debatido, puesto que se trata justamente de una prestación que, en principio, no tiene cobertura, por lo que su revisión ofrecerá elementos para ir descubriendo qué significa tener derecho a la protección a la salud.

Sobre esto, se estudiarán sentencias desde el año 2005 a 2018, ya que nos parece que con posterioridad a las leyes que modificaron la autoridad sanitaria (Ley 19.937 de 2004) y la ley que creó el Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas

¹⁷ Stefano Bruzzo, Josefa Henríquez, y Carolina Velasco, «Radiografía del gasto de bolsillo en salud en Chile: una mirada desagregada», s. f., 18.

en salud, (ley 19.966 de 2004) se termina de configurar nuestro actual sistema de aseguramiento de la prestación de salud en Chile.

La forma en la que abordaremos la investigación será, en primer lugar, repasar la composición normativa que dispone el Sistema de Salud Chileno, profundizando en el financiamiento de la prestación de salud. Luego, y como ya dijimos, realizaremos una revisión jurisprudencial de las sentencias emanadas de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en sede de protección.

En tercer lugar, analizaremos las sentencias de Tribunal Especial de la Superintendencia de Salud, en sede arbitral especialmente¹⁸, bajo los mismos criterios que para los casos de las Cortes.

En cuarto lugar, compararemos y confrontaremos las sentencias judiciales con las sentencias arbitrales antes descritas, entre sí y con la normativa vigente, para generar conocimiento en torno a sus similitudes, diferencias e innovaciones interpretativas, las que en conjunto nos permitan entender la relación entre el financiamiento de la prestación de salud con el derecho fundamental de protección a la salud.

Finalmente, reflexionaremos sobre las consecuencias que tiene en nuestro sistema de salud, el que las Cortes y el Tribunal especial de la Superintendencia, estén, en definitiva, determinando los valores, principios y derechos aplicables, en circunstancias que, en una democracia moderna, uno esperaría que esa determinación fuera el contenido de leyes, las que, a su vez, fueran fruto de la deliberación de los electos para tales efectos.

¹⁸ Sin perjuicio de que no es pacífico hablar de un Tribunal Especial inserto en la agencia reguladora del Sistema, para efectos de este trabajo, se entenderá como tal, no obstante, en los casos que corresponda, se dará cuenta del problema que supone.

I. EL DERECHO A LA SALUD: Delimitación de su contenido

1. En el Derecho nacional.

Lo primero que hemos de decir es que el derecho a la salud, o derecho a la protección de la salud, tiene reconocimiento constitucional¹⁹, cuya fórmula se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, inserto en el capítulo III: “*De los derechos y deberes Constitucionales*”. Este establece:

“La Constitución asegura a todas las personas:

9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”

Por otra parte, el artículo 20 del mismo texto autoritativo, establece que solo respecto de la facultad de elegir entre el sistema público o privado, habrá acción de protección.²⁰

¹⁹ Sobre las implicancias de este reconocimiento en nuestro ordenamiento, desde un punto de vista dogmático, recomendamos Rodolfo Figueroa García-Huidobro, «El derecho a la salud», *Estudios Constitucionales* 11, n.º 2 (2013): 283-332, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008>.

²⁰ Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, **9º inciso final**, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.” (el destacado es nuestro).

Es sobre este punto, que Allard, Hennig y Galdámez, centran sus críticas respecto del modelo de protección de los derechos fundamentales, citando a Bobbio para señalar que el problema de nuestro tiempo no es fundamentar sobre los derechos humanos, sino que protegerlos²¹.

No obstante, y tal como señala Figueroa, que la justiciabilidad del derecho pueda ser dificultosa, no lo priva de ser derecho, y este está reconocido de ese modo en nuestra Constitución²², por tanto su inteligencia no se puede agotar en la acción de amparo, puesto que, y siguiendo a Alexy en esta línea, concebimos a estos derechos como principios que contienen un deber para el Estado de actualización constante, un mandato de optimización²³, por lo que exige satisfacción más allá de la capacidad de accionar por parte de los ciudadanos.

En este sentido, es interesante destacar la sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, en el año 2007, rol N.º 976-07²⁴ la que en sus considerandos vigésimo

²¹ Raúl Allard Soto, Mônia Clarissa Hennig Leal, y Liliana Galdámez Zelada, «El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario», *Estudios constitucionales* 14, n.º 1 (julio de 2016): 102, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004>.

²² Figueroa García-Huidobro, «EL DERECHO A LA SALUD», 300.

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 81-82.

²⁴ Sentencia Rol N.º 976-07 INA, Tribunal Constitucional, considerando vigesimosegundo y siguientes: *"NATURALEZA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD VIGESIMOSEGUNDO. Que, el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución, proclama que: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su artículo 19. El mismo precepto, esta vez en su inciso cuarto, impone al Estado el deber de servir a la persona humana y de promover el bien común, para lo cual ha de contribuir, es decir, concurrir con otros a la realización de esa finalidad esencial, con pleno respeto a los derechos y garantías declarados en la Carta Fundamental. Por último, el inciso final del artículo comentado obliga al Estado a dar protección a la población y a asegurar la participación, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional; VIGESIMOTERCERO. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos; VIGESIMOCUARTO. Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la*

Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;

VIGESIMOQUINTO. Que, con sujeción al artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía;

VIGESIMOSEXTO. Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito (Francisco J. Laposta: “Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema”, en Jerónimo Betegón et. al, (coordinadores): Constitución y Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2004) pp. 299 y 301), que en tales derechos:

“El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.).

(...)

Desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. En particular, no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación, mientras que los llamados derechos civiles o políticos no lo son. Entre los derechos civiles más básicos encontramos también derechos de prestación como el derecho a un juicio imparcial. (...) Incluso la pura seguridad jurídica de la persona y los bienes, que da lugar a un derecho humano primario y antiquísimo, quizás el más antiguo, exige la previa instauración de lo que se ha considerado un bien público originario: El Estado y la ley.”;

VIGESIMOSEPTIMO. Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laposta, cit., pp. 304–305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización;

VIGESIMOCTAVO. Que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida:

“Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”.

Reencarnación Carmona Cuenca: El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social, España (2000) p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son “Derechos de prestación (...) que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y

segundo y siguientes se refiere a lo que entiende por la “naturaleza del derecho a la protección a la salud”, afirmando, en el considerando vigesimonoveno: “*Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea*”, es decir, no sólo afirma que estamos en presencia de un derecho que exige al Estado y particulares una posición activa en la materialización del derecho (no solo abstención), sino que distingue en ese deber, un rasgo que le da legitimidad al Estado.

Posteriormente, en el año 2010, hay una sentencia icónica del Tribunal Constitucional, a propósito del precio que cobraban las Isapres en virtud de la edad, sexo y tipo de afiliado (cotizante o carga). Se trata de la Sentencia N°. 1710-2010.²⁵

excesiva fuerza del afectado (...).” Gregorio Peces-Barba Martínez: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universidad Carlos III, Madrid (1999) pp. 460;

VIGESIMONOVENO. Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;

TRIGESIMO. Que, si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador. En tal sentido, se ha afirmado que:

“Existen derechos de contenido social que están regulados en las Constituciones, desde luego en la nuestra como (alude a la Española de 1978) derechos fundamentales directamente exigibles. Es el caso, por ejemplo, de la enseñanza básica declarada en el artículo 27.4 como obligatoria o gratuita. Aun dentro del ámbito del Capítulo III del Título Primero de la Constitución, dedicado a los principios rectores de la política social y económicas, se encuentran derechos de carácter social que formulan estándares mínimos que, desde luego, tienen que ser respetados por leyes y pueden ser directamente invocados: las vacaciones periódicas retribuidas (artículo 40.4), el régimen público de la seguridad social para todos los ciudadanos que ofrezcan prestaciones “suficientes” ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso del desempleo (artículo 41), se refiere a prestaciones que tienen que sea necesariamente atendidas. No puede no existir una política de protección a la salud (artículo 43), etc”. (Santiago Muñoz Machado: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Madrid, Editorial Thomson-Civitas (2004) p. 1026)”

²⁵Para una revisión exhaustiva de esta sentencia, sugerimos leer a Humberto Nogueira Alcalá, «La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: la sentencia del tribunal constitucional rol 1710-2010-inc.,

En este caso, el Tribunal declara inconstitucional las reglas contenidas en los numerales 1 a 4 del inciso tercero, del artículo 199 del DFL 1 de 2005, y artículo 2 transitorio de la ley 20.015, recogida a su vez en la circular IF N° 6 de 2005, puesto que favorecían la discriminación arbitraria en el cobro del precio del plan de salud, en función del sexo y edad de los afiliados del sistema, contrariando por tanto el derecho de la igualdad ante la ley, protección a la salud y seguridad social, según el mismo Tribunal señala.

Respecto del tipo de relación que suponen los contratos suscritos con la Isapres, destacamos, en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto, la declaración de que es de orden público²⁶.

Volviendo al derecho a la protección de la salud, el Tribunal continuó con su línea trazada el año 2007 con la Sentencia previamente comentada, ya que aquí sigue sosteniendo que se trata de un derecho social posible de afectación, pero donde innova, tal como da cuenta el profesor Marshall, es en establecer que la solidaridad es un pilar fundamental de la seguridad social, y la seguridad social es el marco en el cual se encuentra el derecho a la protección de la salud²⁷, o como señala el profesor Jordán, se dispone una confluencia de significaciones²⁸.

En palabras de Jordán, el derecho a la protección de la salud se configura, dada la jurisprudencia, en un derecho relacional, especialmente con el derecho a la vida

del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de isapres», *Estudios constitucionales* 8, N.º 2 (2010): 763-98, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200023>.

²⁶ Sentencia N.º. 1710-2010, Tribunal Constitucional, considerando centésimo quincuagésimo cuarto: “Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público.”

²⁷ Pablo Marshall Barberán, «Tabla de factores de la ley de isapres y derechos fundamentales (tribunal constitucional)», *Revista de derecho (Valdivia)* 23 (2010): 262, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200013&nrm=iso.

²⁸ Tomás Jordán D, «El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud», *Estudios constitucionales* 11, n.º 1 (2013): 363, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000100009>.

e integridad física, el derecho a la igualdad, a la seguridad social y a vivir en un ambiente libre de contaminación.²⁹

De este modo, es posible afirmar que en la interpretación³⁰ que hace el Tribunal Constitucional de los derechos sociales en nuestra Constitución, reconoce la protección del Derecho a la salud, el que establece el deber preferente del Estado de optimizar el goce de dicho derecho, no sólo en cuanto abstenerse de irrogar daño a la salud, sino que debe de manera activa asegurar que todas las personas puedan acceder más y de mejor manera a prestaciones de salud.

Ahora bien, debemos hacer presente que la mayoría de las sentencias de esta época, tanto del Tribunal Constitucional- especialmente de inaplicabilidad- como de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, se referían a casos en los que se cuestionaba el alza del precio en los planes de salud, así como la generación de población cautiva dada por la tabla de factores del plan de salud, y la imposibilidad producida de cambiarse de Isapres por la barrera de movilidad de la Declaración de Salud³¹. De este modo, el mayor aporte de esta jurisprudencia en la caracterización del Derecho a la protección de la salud fue la de establecer que la relación entre las Isapres y sus afiliados, no era una relación de derecho privado sujeta a las reglas del contrato suscrito, sino que se trataba de un contrato inserto en la seguridad social, y que no estaba ajena a la satisfacción de las garantías constitucionales.

²⁹ Jordán D, 337.

³⁰ Esta ha ido mutando, sugiero leer: Jaime Bassa Mercado y Bruno Aste Leiva, «Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile», *Revista chilena de derecho* 42 (2015): 215-44.

³¹ Hay una buena descripción de la judicialización en materia de salud en Alberto Coddou, «El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES», en *Anuario Derecho Público 2010*. (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s. f.), 19; Santiago Montt y José Luis Cárdenas, «La Declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de La Ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo histórico», en *Anuario de Derecho Público 2011.*, 2011, http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/03_Montt_Cardenas.pdf; Vivanco Martínez, «Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre isapres».

En materia de leyes, las más importantes, para efectos de caracterizar el derecho a la protección a la salud³², a nuestro juicio, son:

– Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley N.º 2.763, de 1979 y de las leyes N.º 18.933 y N.º 18.469. En este Decreto, se contienen las normas de la orgánica de la Autoridad Sanitaria en el país; se regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud; se crea un Régimen de Prestaciones de Salud y se regula el Sistema Privado de Salud administrado por las Isapres.

En estas normas se materializa la garantía constitucional del Derecho a la Protección a la Salud, a través de principios y reglas, estableciendo a su vez, regímenes para el sistema público y otro para el sistema privado de financiamiento.

Los pilares del sistema se contienen en los primeros artículos de la ley 18.469, de 1985 (contenidos ahora en el DFL N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en los artículos 131 y siguientes) que establecen:

“Artículo 1º- El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

Artículo 2º- Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28.

Artículo 3º- Los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.

Artículo 4º- Establécese un Régimen de Prestaciones de Salud, denominado en adelante el Régimen, sujeto a las disposiciones de esta ley.

Sus beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en esta ley en las condiciones que ella establece.

³²Para una descripción más completa de la normativa sectorial, recomendamos Ulises Nancuante Almonacid, Andrés Romero Celedón, y Roberto Sotomayor Klapp, *Régimen jurídico de la salud*, 1a edición (Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile : Thomson Reuters, 2012).

– Ley N.º 19.650, llamada “ley de Urgencia”, entró en vigor en diciembre de 1999. Lo fundamental de esta ley, es que vino a resolver una situación que ponía en riesgo la vida de las personas, dado que los prestadores de salud condicionaban la atención a que la persona, antes de ser atendida, garantizara el pago futuro de las prestaciones, siendo revisado su boletín comercial muchas veces, además de exigir la suscripción de algún título valor.

Esta ley introdujo la prohibición de exigir tal garantía, ante situaciones calificadas -las que la ley denomina de urgencia o emergencia vital- y establece un modo de financiamiento especial de la situación de urgencia.

Respecto al pago de la atención, la ley establece que Fonasa o la Isapre, según corresponda, pague directamente al prestador que brindó la atención calificada de urgencia, resultando en un préstamo hacia el afiliado. Dicho préstamo se puede pagar en cuotas iguales y sucesivas, con vencimientos mensuales, que no superen el 5% de los ingresos del afiliado.

– Ley N.º 19.966, llamada “ley AUGE”. Establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud. Entró en vigencia en septiembre de 2004. Lo fundamental de esta ley³³, junto con las garantías que establece, se indica en su mensaje y tiene que ver con la creación de un régimen distinto a los existentes, cuyos pilares dan cuenta de una visión de justicia política centrada en la solidaridad.³⁴

³³ Para entender el contexto en el cual esta Ley es promulgada, ver: Zúñiga Fajuri, «Sistemas sanitarios y reforma auge en Chile».

³⁴ «Historia de la Ley N.º 19.966», accedido 31 de enero de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf. Destacamos algunos extractos del mensaje:

“Derecho a la salud.

Para el Gobierno, la salud es un derecho de las personas. Esto significa que toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, debe contar con un mecanismo de protección social y con acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar situaciones de enfermedad, y a la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del país. Para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los

El régimen que crea esta ley se explica en sus dos primeros artículos.³⁵ Consiste básicamente en garantizar el acceso, la oportunidad, la calidad y la cobertura

instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles.

Equidad en salud.

La equidad en salud es un imperativo moral que está en la raíz de la voluntad de reformar. La reforma de salud propone reducir las desigualdades evitables e injustas, por la vía de otorgar mayores niveles de protección social y acceso universal a la atención de salud..”

“Solidaridad en salud.

Otro de los principios que inspiran la reforma es la solidaridad, entendida como el esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos.

Igualar garantías implica que los sanos solidarizan con los enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas de edad avanzada y los ricos con los pobres.

Eficiencia en Uso de Recursos.”

“...Sin embargo, existe evidencia que este esfuerzo podría haberse reflejado de manera más significativa en la cantidad y calidad de las prestaciones otorgadas a la ciudadanía. Existe, por lo tanto, un espacio para lograr mayor eficiencia en el uso de los recursos, que se traduzca en una mejor atención médica y un mejor trato para la población.

Participación social en salud.

La participación social en la formulación, puesta en marcha y evaluación de las políticas y programas sectoriales, constituye una dimensión importante de la vida cívica democrática.

Implica reconocer a las personas como usuarios y ciudadanos ante los cuales el sistema de salud debe dar cuenta de la calidad, efectividad y oportunidad de servicio, así como del uso eficiente de los recursos.

Permite, asimismo, que los ciudadanos expresen sus preferencias y expectativas respecto al sistema de salud y las correspondientes políticas públicas.

La participación ciudadana debe comprenderse como un mecanismo de mejoramiento social de las actividades de salud.”

³⁵ Artículo 1º.- El Régimen General de Garantías en Salud, en adelante el Régimen General de Garantías, es un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4º de la ley N.º 18.469, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos de que disponga el país. Establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido en la ley N.º 18.469.

Artículo 2º.- El Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios.

Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan.

Asimismo, las garantías señaladas en los incisos precedentes serán las mismas para los beneficiarios de las leyes N.º 18.469 y N.º 18.933, pero podrán ser diferentes para una misma prestación, conforme a criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas que sean pertinentes.

financiera a prestaciones determinadas, para un número de problemas de salud fijado por un decreto supremo, para los beneficiarios de Fonasa y las Isapres. Actualmente, son 85 los problemas de salud³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, para acceder al sistema de garantías explícitas en salud, debe a su vez satisfacerse los criterios de idoneidad establecidos en la Norma Técnico Médico y Administrativo³⁷, no siendo suficiente, por tanto, el padecer una de las patologías garantizadas, sino que además debe cumplirse con lo dispuesto en la Norma Técnica. Junto con lo anterior, los tratamientos y quienes, dentro de la población “beneficiaria” pueden acceder a ellos, está determinado a su vez, por las Guías Clínicas de cada patología. Esto, en la práctica ha revelado serios problemas de coherencia interna entre los principios que inspiraron la dictación de la Ley, y los criterios contenidos en la Norma Técnica y las Guías Clínicas, ya que, en muchos casos, la razón para poder acceder o no a un tratamiento es la edad del paciente, cuestión que sólo podría ser justificable desde un punto de vista de focalización del gasto público, mas no en criterios de equidad.³⁸

- Ley N.º 20.584, llamada ley de Derechos y Deberes del Paciente. Regula los derechos y deberes de las personas en relación con su atención de salud, la cual entró en vigor el 1 de octubre de 2012.

Esta ley estaba comprometida ya desde el 2004, con la ley AUGE. Nuestra opinión es que estos derechos parecen más reglas de trato que derechos, y su único aporte, es la de visibilizar que la atención de salud, es entre seres humanos y por tanto demanda un trato acorde.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán también obligadas a asegurar el otorgamiento de las prestaciones y la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud confiere como mínimo en su modalidad de libre elección, en los términos del artículo 31 de esta ley.

³⁶ Decreto N.º 22, de 2019, del Ministerio de Salud

³⁷ Decreto N.º 45, de 2013, del Ministerio de Salud.

³⁸ Para profundizar en esto, ver Alejandra Zúñiga Fajuri, «Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos», *Acta bioethica* 17, n.º 1 (junio de 2011): 73-84, <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100009>.

Los principales derechos que tienen las personas en relación con su atención de salud son: Tener información oportuna y comprensible de su estado de salud; Recibir un trato digno, respetando su privacidad; Recibir una atención de salud de calidad y segura, según protocolos establecidos; Que su información médica no se entregue a personas no relacionadas con su atención; Aceptar o rechazar cualquier tratamiento y pedir “el alta voluntaria”, entre otros.

Los deberes: conocer y cumplir el reglamento interno y resguardar su información médica; Cuidar las instalaciones y equipamiento del recinto; Tratar respetuosamente al personal de salud, entre otros.

- Ley N.º 20.850, llamada ley Ricarte Soto, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo. Entró en vigor, en junio de 2015.

Lo fundamental de esta ley, es que crea un régimen de gratuidad universal, ya que favorece a todos los beneficiarios de los sistemas previsionales de salud de Chile que enfrenten diagnósticos y patologías que impacten de manera catastrófica en el gasto familiar y que estén consideradas en el protocolo respectivo del Ministerio de Salud.³⁹

El encargado de asegurar la cobertura para todo el Sistema es Fonasa, con cargo a un Fondo específico.

2. En el Derecho Internacional.

Lo primero que podemos afirmar, es que el derecho a la salud cuenta con vasto reconocimiento internacional. Así, la Organización Mundial de la Salud, creada en

³⁹ Actualmente, son 27 las patologías consideradas de alto costo, según Decreto N.º 2, de 2019, del Ministerio de Salud.

1946, en su Constitución⁴⁰, establece principios que dan cuenta de lo que entienden los Estados Partes por salud. Dentro de ellos, destacamos:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.”

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴¹, en su artículo 26, establece los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo desarrollo se entiende progresivo.

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴², en su artículo XI, señala: *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*. En esta misma línea, la Carta de la OEA⁴³, en su artículo 34, letras i), j) y l), establece:

“artículo 34: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del

⁴⁰ «Constitución De La Organización Mundial De La Salud» (1946), http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Este Tratado, fue ordenado que se llevara a efecto como ley de la República, en 1948, a través de Decreto N.º 795, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴¹ «Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32)» (1969), https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

⁴² OEA, «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre», Text, 1 de agosto de 2009, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

⁴³ «Carta de la OEA (A-41)», accedido 28 de enero de 2019, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf.

desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;

j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;

l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;

Por su parte, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador⁴⁴, establece:

“Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”⁴⁵

⁴⁴ OEA, «Protocolo de San Salvador», Text, 1 de agosto de 2009, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>. Se hace presente que Chile firmó el protocolo el año 2001, mas no ha ratificado ni depositado el instrumento en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, puesto que se encuentra pendiente su aprobación legislativa.

⁴⁵ Se hace presente que Chile aun no ratifica este Protocolo, aun cuando lo suscribió el año 2001. Actualmente se encuentra en 2º Trámite Constitucional: «Senado - Tramitación de proyectos», accedido 18 de diciembre de 2019, https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4087-10. Su referencia en este trabajo se justifica en cuanto es parte del contenido del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en materia de salud.

En un fallo reciente de la CIDH⁴⁶, en el que se condena al Estado chileno por no garantizar el derecho a la salud sin discriminación de un ciudadano, la Corte hace la misma relación que hemos señalado, agregando que: *“El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.”*⁴⁷. Prosigue indicando que, tomando en cuenta la Observación General N.º 14 del Comité DESC⁴⁸, estableció 4 elementos esenciales que deben satisfacerse: *“A saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.”*⁴⁹

Posteriormente, relaciona el derecho de acceso a la salud, con el derecho a no ser discriminado, graficando la especial afectación que sufren personas de grupos vulnerables, como los adultos mayores.

⁴⁶ Poblete Vilches y Otros VS Chile (CIDH 8 de marzo de 2018).

⁴⁷ Poblete Vilches y Otros VS Chile párrafo 118.

⁴⁸ El Comité DESC es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés). Puede consultarse sus atribuciones en: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>, accedido por última vez en diciembre de 2019.

⁴⁹ Poblete Vilches y Otros VS Chile párrafo 121: *“En vista de ello, esta Corte estima que para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares:*

a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.”

A su vez, en la Observación General N.º 14 del Comité DESC ya referida, en su párrafo 43, se establecen obligaciones mínimas de los Estados Partes en relación con el derecho a la salud.⁵⁰

De este modo, y en materia de Tratados Internacionales y de Derechos Humanos, sirve tener presente lo declarado por el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS, en diciembre de 2017, por cuanto define de manera elocuente lo que entiende por el derecho a la salud, lo que a su vez está más o menos plasmado, de todas formas, en la normativa de Derecho Internacional citada.

El Dr. Tedros señala:

“El derecho a la salud para todas las personas significa que todo el mundo debe tener acceso a los servicios de salud que necesita, cuando y donde los necesite, sin tener que hacer frente a dificultades financieras.

Nadie debería enfermar o morir solo porque sea pobre o porque no pueda acceder a los servicios de salud que necesita.

Es evidente que la salud también se ve condicionada por otros derechos humanos fundamentales, como el acceso a agua potable y saneamiento, a alimentos nutritivos, a una vivienda digna, a la educación y a condiciones de trabajo seguras.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000 Tema 3 del programa: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments); Párrafo 43º: “...Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”*

El derecho a la salud también hace referencia al derecho que debe tener toda persona a ser dueña de su salud y su cuerpo, y a tener acceso a información y a servicios de salud sexual y reproductiva, sin ser objeto de violencia y discriminación.

Toda persona tiene derecho a la intimidad y a ser tratada con respeto y dignidad. Nadie debe ser sometido a experimentación médica, a exámenes médicos contra su voluntad o a tratamiento sin consentimiento informado.”⁵¹

De este modo, podemos concluir este apartado señalando que, en el Derecho Internacional se reconoce en el derecho a la protección de la salud, un derecho social progresivo que impone obligaciones activas y pasivas a los Estados (partes), y que cada vez está más entremezclado con la satisfacción de otros derechos fundamentales, lo que a nuestro juicio es muy interesante, por cuanto da cuenta que, detrás de estos derechos está un ideal de sociedad y de relación de los Estados para con sus ciudadanos, que no puede cumplirse de modo atomizada.

II. SISTEMA DE FINANCIAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE SALUD EN CHILE.

Para revisar el financiamiento de la salud, repasaremos en primer lugar la cotización obligatoria para salud de los trabajadores y pensionados. Esta cotización, tiene su fundamento constitucional en la garantía que versa sobre la Seguridad Social⁵², mas no es nuestra intención discurrir sobre si la salud es un subsistema de la seguridad social, o es uno independiente con ciertos elementos comunes, lo que aquí nos importa es dejar establecido que uno de los elementos que componen el sistema del financiamiento de la prestación de salud, a saber, la cotización obligatoria, tiene su fundamento normativo en la Seguridad Social.

⁵¹ «OMS | La salud es un derecho humano fundamental», WHO, accedido 20 de julio de 2018, <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/fundamental-human-right/es/>.

⁵² Artículo N.º 19, numeral 18º, Constitución Política de La República: “*La Constitución asegura a todas las personas: 18º.- El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.*

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Benavides, comentando sobre esta misma situación en España, señala que la principal diferencia entre la Salud Pública y la Seguridad Social es su especialización, y actualmente la relación entre ambas es escasa, sin embargo, una y otra contribuyen a hacer frente a necesidades básicas de la población, conformando el Estado Moderno de Bienestar⁵³.

Es pertinente tener presente que el Tratado de la Unión Europea, cuyo tono es de un marcado fin aperturista (principalmente económico) abordó el tema del servicio público a propósito del principio de libre circulación de bienes y servicios, utilizando una terminología nueva, tal vez con el fin de eludir el uso de conceptos con fuertes connotaciones de derecho interno -como los servicios públicos- refiriéndose a estos como: “empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general” (TCE, artículo 106⁵⁴).

La Comisión Europea por su parte, distingue con mayor profundidad, señalando la existencia de servicios públicos de solidaridad o servicios públicos de interés general, que son los que atienden a las necesidades de los ciudadanos más vulnerables, y se basan en los principios de solidaridad e igualdad de acceso y cumplen un papel fundamental de cohesión social⁵⁵. En este sentido, referirnos a una categoría que incluya seguridad social, educación y salud pública, como el de

⁵³ Fernando G. Benavides, «Salud pública y seguridad social, dos componentes básicos del estado del bienestar», *Gaceta Sanitaria* 25, n.º 2 (marzo de 2011): 91, <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2010.12.006>.

⁵⁴ (Antiguo artículo 86) Artículo 106: 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18(discriminación por nacionalidad) y 101 a 109 (capítulo I: normas sobre competencia), ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

⁵⁵ Sandra Milena Ortiz, «Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 28 de junio de 2018, 498-99, <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.18>.

servicio público de solidaridad, nos evita el tener que hacer disquisiciones políticas en torno a si salud debe ser considerada seguridad social o no, por lo que, para todos los efectos, nos referiremos a esta categoría amplia.

Ahora, retomando la idea de seguridad social en el contexto de la salud, dada la definición que da la OIT⁵⁶, podemos afirmar que se trata de la protección que la sociedad ha de proporcionar [se] para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad de la remuneración o ingreso en sentido amplio, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, entre otros, a todos sus ciudadanos.

En la Recomendación sobre la Seguridad de los Medios de Vida⁵⁷, en el apartado sobre los Principios Directivos, se profundiza respecto a la finalidad y la forma que debería adoptar un sistema de seguridad social, señalando:

“1. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia.

2. La seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley, en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley”.

En Chile, el régimen dispuesto para proteger a los ciudadanos ante situaciones contingentes que pueden significar miseria o para aliviar un estado de necesidad, se organiza desde la lógica de los seguros, y exige que los trabajadores y pensionados coticen mensualmente un porcentaje de su remuneración, la que es administrada por el Fonasa o por las Isapres.

⁵⁶ OIT, «Declaración de Filadelfia» (1944), 1, <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

⁵⁷ «Recomendación R067 - Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67)», accedido 6 de febrero de 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R067.

Jordán explica esta situación señalando que esta cotización es un rasgo distintivo del modelo de salud, ya que se faculta al particular para elegir su destino, variando su contenido jurídico a razón de la elección, así, la destinación al Fonasa le otorga el carácter tradicional, puesto que va a un fondo común cuyos pilares son la redistribución y la solidaridad. La destinación a la Isapre, en tanto constituye una prima de seguro en un sistema regido por criterios de compensación de riesgos y no de redistribución según necesidad.⁵⁸

En el artículo 134 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud (artículo N.º 4 de la ley 18.469), se crea un Régimen de Prestaciones de Salud, denominado en adelante el Régimen, que contiene las prestaciones sanitarias mínimas en el Sistema Público de Salud. Estas se detallan en los artículos 138 y siguientes. (También forman parte las establecidas por el Ministerio de Salud, a través de planes y programas específicos) y en virtud de lo preceptuado en el artículo 156⁵⁹ del mismo cuerpo normativo, se entienden como el “mínimo del sistema”, ya que las Isapres se encuentran obligadas a otorgarlas también.

En el artículo 135 del DFL N.º 1 de 2005, se define quiénes tendrán la calidad de afiliados al régimen, y en el artículo 136, se precisa quienes serán beneficiarios de este.

Hasta aquí, el Sistema de Seguridad Social en Salud, comprende el pago de una cotización mensual no inferior al 7% de la remuneración imponible, para acceder a

⁵⁸ Jordán D, «El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud», 339.

⁵⁹ Art. 156 del DFL N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud: “Los afiliados podrán, en cualquier momento, optar por ingresar con sus familiares beneficiarios a una Institución de Salud Previsional, en la forma y condiciones previstas por el Libro III de esta Ley.

Dichas Instituciones estarán obligadas a otorgar sin pago adicional por sobre la cotización legal, como mínimo, las prestaciones a que se refieren los artículos 138, letra a); 139, incisos primero y segundo, y 149 de esta ley, sin perjuicio de los demás beneficios que se estipulen en los contratos que celebren con sus afiliados, y de las que se establecen en el Libro III de esta Ley.

Asimismo, quienes hayan optado por incorporarse a una de dichas Instituciones, retornarán automáticamente al Régimen con todos los derechos y obligaciones que establece este Libro, al término de los contratos que celebren con tales entidades, a menos que opten por afiliarse a otra institución de Salud Previsional o permanezcan en la misma.”

la posibilidad de elegir el sistema de salud. El público permite acceder a prestaciones sanitarias y pecuniarias establecidas en la Ley, y el privado - en la medida de ser aceptado por dicha Institución- permite acceder a las prestaciones mínimas fijadas en la ley, junto con las demás que se pacten en el contrato de salud.

Junto con lo anterior, para los afiliados a las Isapres y el Fonasa, están disponibles las Garantías Explícitas en Salud, para, actualmente, 85 patologías⁶⁰, y para todos los beneficiarios de alguna Institución de Salud Previsional, incluyendo a los de Dipreca y Capredena, está disponible la Protección Financiera para Diagnóstico y Tratamiento de, actualmente, 27 enfermedades catalogadas de alto Costo⁶¹.

El sistema contempla gratuidad para quienes carecen de recursos, pero para poder para acceder a prestaciones, deben hacerlo en las condiciones establecidas en la normativa vigente, atendándose en los prestadores públicos de salud.

1. Sistema Público: Fonasa.

El Sistema de Salud Público, es administrado por el Fondo Nacional de Salud (Fonasa). El artículo 49 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud, lo crea, y en el artículo 50 se consignan sus funciones.⁶² En lo pertinente a este trabajo, destacaremos que debe recaudar y administrar las cotizaciones previsionales de sus beneficiarios, así como dineros dados por la Ley de Presupuesto, para, entre

⁶⁰ Decreto N.º 22, de 2019, del Ministerio de Salud.

⁶¹ Decreto N.º 2, de 2019, del Ministerio de Salud.

⁶² "Serán funciones del Fondo:

a) Recaudar, administrar y distribuir los recursos señalados en el artículo 55 de la presente ley y fiscalizar la recaudación de los señalados en la letra b) de dicho artículo.

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 dependan de éste, sean públicos o privados..."

otras tareas, financiar prestaciones de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.

Respecto al Régimen de Prestaciones de Salud aludido por la norma, el artículo 134 del DFL N.º 1 lo crea, y su contenido se expresa en el título II del libro II del mismo cuerpo normativo: “De las prestaciones” (artículos 138 y siguientes).

En el párrafo 1º de este título, se indican las prestaciones médicas al que tendrán derecho los beneficiarios del régimen, y sus condiciones, y en el párrafo 2º las prestaciones pecuniarias y sus requisitos. En el artículo 159, se establece que serán los Ministerios de Salud y de Hacienda, a proposición del Fonasa, los que fijarán el arancel que fijará el valor de las prestaciones que se incluirán en el Régimen, siendo el arancel, para la modalidad de atención en libre elección, el piso mínimo de prestaciones con cobertura de todo el sistema⁶³.

Necesario es señalar que existen dos modalidades de atención: Modalidad de Atención Institucional, que es el modo en el cual se otorgan las prestaciones comprendidas en el Régimen, según lo dispone el artículo 141 del Decreto, y Modalidad Libre Elección, definida en los artículos 142 y 143, que es una modalidad que depende de que los establecimientos privados hayan firmado con el Fondo un convenio previamente.

Con relación al pago de las prestaciones, en Fonasa existen cuatro tramos en función del nivel de ingreso y situación previsional del afiliado, que determinan el copago a pagar por las prestaciones médicas, concretándose en que las personas que se encuentren en el Tramo A, tengan gratuidad sin cotizar, las del Tramo B coticen y obtengan gratuidad también, las del tramo C deban copagar el 10 % del valor de la prestación, y las del Tramo D, el 20%.⁶⁴

⁶³Ver «Fonasa», accedido 16 de diciembre de 2019, <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion>.

⁶⁴Ver «Tramos y Copagos». Y artículo 160 del DFL N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud: “*Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las personas afectas a esta ley se clasificarán, según su nivel de ingreso, en los siguientes grupos:*”

La definición de afiliados y beneficiarios, como ya vimos en el apartado anterior, se trata de todos aquellos que coticen y sus cargas familiares, así como la mujer embarazada - aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria- y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 139; las personas carentes de recursos y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975.

La incorporación al Régimen se da de forma automática al cotizar o al adquirir alguna de las calidades antes descritas, según prescribe el artículo 137 del citado Decreto.

De este modo, podemos afirmar que la lógica de financiamiento del Fondo opera sobre la base de un esquema solidario y equitativo, financiado con aportes del Estado más los aportes que realizan los cotizantes, y cuya cobertura opera principalmente en prestadores públicos, salvo que el mismo Fondo haya suscrito convenios con prestadores privados para que estos puedan atender en la modalidad libre elección.

2. Sistema Privado: Isapres.

En el Libro Tercero del DFL N.º 1 de 2005, de Ministerio de Salud, titulado: “*del sistema privado de salud administrado por las instituciones de salud previsional*” se contienen las normas que regulan la creación y funcionamiento de las Isapres, cuyo

Grupo A: Personas indigentes o carentes de recursos, beneficiarios de pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975, y causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020.

Grupo B: Afiliados cuyo ingreso mensual no exceda del ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad.

Grupo C: Afiliados cuyo ingreso mensual sea superior al ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad y no exceda de 1,46 veces dicho monto, salvo que los beneficiarios que de ellos dependan sean tres o más, caso en el cual serán considerados en el Grupo B.

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”.

objetivo es el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al pago convenido con el afiliado.

El artículo 189 del citado Decreto, establece: *“Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 (los que decidan cotizar en una Isapre) deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan.*

En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento...”

En relación con la contratación, el Compendio de Procedimientos de la Superintendencia de Salud⁶⁵, establece que las Isapres pueden solicitar información financiera y de salud, a través de la declaración de salud, del futuro cotizante, para evaluar la capacidad de pago y el riesgo individual de este, pudiendo, por tanto, negar la afiliación en base a estas razones.

Respecto de la duración, se trata de un contrato indefinido, en el que las causales de término están establecidas por ley. No obstante, después de un año de suscripción, los afiliados pueden ponerle término sin expresión de causa, salvo en caso de cesantía, en cuyo caso, pueden hacerlo en el momento que esta se produce. Las Isapres en cambio, sólo pueden poner término al contrato en la medida que el afiliado incumpla las obligaciones establecidas en la ley, las que dicen relación principalmente con el pago de la cotización mensual y la entrega de información veraz respecto de sus patologías previas o actuales al momento de contratar, así como con el correcto uso de beneficios.⁶⁶

Respecto al régimen y las prestaciones, estas quedan sujetas a lo que se contrate, no obstante, el contenido mínimo, lo establece la Ley, que prescribe que los planes de salud ofrecidos por las Isapres deben otorgar a lo menos, la misma

⁶⁵ «Compendio de Procedimientos», Cap. I, Título I, accedido 21 de febrero de 2019, http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-6678_recurso_1.pdf.

⁶⁶ Artículo 201 del DFL N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

cobertura que otorga Fonasa, en su modalidad de libre elección, junto con las prestaciones pecuniarias asociadas a licencias médicas.

Deben también respetar las Garantías Explícitas en Salud, otorgando el acceso a todas las prestaciones incluidas en estas, en prestadores designados para tales efectos, con un copago de 20%, con tope en un deducible anual.

Se regulan a su vez los tipos de plan, que pueden ser libre elección, con prestadores preferentes o libre elección, y se establece la posibilidad, a través de la Declaración de Salud, que las Isapres restrinjan cobertura a las enfermedades declaradas, o simplemente decidan no contratar, permitiéndoles, en caso de no haber declarado el afiliado una patología que era conocida por él, ponerle término al contrato.

El artículo 190 del citado Decreto, establece que no se pueden pactar exclusiones de cobertura, salvo las que se numeran en el mismo artículo. Destacamos la consignada en el numeral 6º, que define qué se entiende por Declaración de Salud y sus efectos⁶⁷, ya que pone de manifiesto una paradoja del sistema privado de

⁶⁷ Artículo 190, inciso 2º, del DFL N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud: "Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo las siguientes:

6.- Enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. Tales antecedentes de salud deberán ser registrados fidedignamente por el afiliado en un documento denominado Declaración de Salud, junto con los demás antecedentes de salud que requiera la Institución de Salud Previsional. La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Institución de Salud Previsional estará obligada a concurrir al pago de prestaciones por enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, en los mismos términos estipulados en el contrato para prestaciones originadas por enfermedades o condiciones de salud no preexistentes cubiertas por el plan, si se acredita que la omisión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso, sin que el beneficiario haya requerido

financiamiento: las Isapres seleccionan a sus afiliados, pudiendo negarles la afiliación y cobertura si es que estos tenían enfermedades previas a la contratación.

Nos parece destacable también, un beneficio que ofrecen las Isapres en situaciones de enfermedad que puede transformarse en catastrófica en términos financieros. Este beneficio se llama CAEC, cuya sigla significa: “Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas” y fue recogido e “institucionalizado” por la Superintendencia de Salud a través de la Circular IF N.º 7, de 2005.

Este beneficio debe activarse en la Isapre, y opera en el prestador designado por ella, cobrándose un deducible. El objetivo de esta cobertura es proteger financieramente al afiliado, aumentando la cobertura de su plan complementario.

De este modo, podemos afirmar que el sistema privado de salud, administrado por las Isapres, opera sobre la base de un contrato normado, al que acceden sólo quienes son aceptados por ellas, y la cobertura y red de prestadores, queda a la libertad de las partes a la hora de contratar, respetándose, no obstante, los mínimos establecidos en la normativa.

atención médica por la patología o condición de salud preexistente. En estos casos, tampoco procederá la terminación del contrato de salud.

Se presumirá la mala fe si la Institución probare que la patología o condición de salud preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal. En estos casos, la Institución de Salud Previsional podrá poner término al contrato, en los términos señalados en el artículo 201.”

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD: Revisión Jurisprudencial.

Como señalamos en la introducción, y siguiendo la categoría trabajada por la Profesora Henríquez en relación con el activismo judicial,⁶⁸ en materia del derecho a la protección de la salud, *el activismo judicial moderado* ha ido configurando el contenido de ese derecho más allá de la libertad para elegir el sistema público o privado. Esto por cuanto la alegación de afectación, forzada o no, de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida y/o el de propiedad, ha permitido que las Cortes se pronuncien sobre el contenido económico obligatorio de la relación entre beneficiarios del sistema y la aseguradora, ya sea pública o privada.

En este sentido, en la materia que revisamos, no pudimos constatar la tesis de la profesora Zúñiga, en cuanto a que la reforma del sistema salud, del año 2004, con la introducción de garantías explícitas en salud, habría permitido a las Cortes dar coherencia a sus decisiones en relación a la afectación del derecho a la vida vinculado a la protección del derecho a la Salud.⁶⁹ Nuestra revisión de jurisprudencia da cuenta no solo que la coherencia en esta materia no es un elemento presente, sino que, el uso o la invocación de las garantías contenidas en la Ley AUGE son escasas, no siendo relevantes a la hora de fijar el contenido inequívoco del derecho a la protección a la salud.

Ahora bien, que tengamos que buscar el contenido de un derecho fundamental en sentencias judiciales y/o arbitrales, es fruto, en parte, de la nula o escasa actividad legislativa sobre el asunto⁷⁰, lo que trae como efecto [no deseado] que el

⁶⁸ Miriam Henríquez Viñas, «Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas?: análisis jurisprudencial 2006 - 2009», *Estudios constitucionales* 8, n.º 1 (2010): 404, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100015>.

⁶⁹ Alejandra Zúñiga Fajuri, «El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria», *Estudios constitucionales* 9, n.º 1 (2011): 37-64, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002011000100003>.

⁷⁰ Dicha actividad es fundamental en materia de concreción del contenido de derechos fundamentales sobre todo porque su inclusión como garantía constitucional, no nos dice, en principio, quiénes se obligan, ni a qué se obligan. En este sentido, ver Figueroa García-Huidobro, «El derecho a la salud».

Derecho a la Protección a la Salud no se imponga *erga omnes*, ya que su contenido “exigible judicialmente”, más allá de la libertad de elegir el sistema público o privado, es, justamente, una creación jurídica y casuística.

Respecto del objeto de nuestra investigación, hemos decidido evaluar la jurisprudencia, en sede de protección en lo referente a las Cortes, y en sede de arbitraje, principalmente, en lo referente a la Superintendencia, desde el año 2005 a 2018.

El periodo elegido nos permitirá revisar jurisprudencia que recoja la última reforma al sector salud, en la que se modificó el rol y funciones de la autoridad sanitaria.

La fecha de corte en tanto nos permite situar el estudio hasta el día de hoy, lo cual creemos será de tremenda utilidad por las anunciadas reformas al sistema, junto con permitirnos trabajar con una cantidad de sentencias suficientes para tener una aproximación representativa del estado del arte.

Respecto a la materia, es necesario precisar que hay una relación de género a especie entre la reclamación por medicamentos, que es lo que revisaremos principalmente, con la negativa de cobertura a prestación no arancelada, por cuanto en Chile la cobertura mínima del sistema, como ya lo dijimos, está determinada por el arancel libre elección de FONASA, de modo tal que, si los medicamentos estuvieran arancelados, tendrían que ser cubiertos por las aseguradoras⁷¹.

La elección de la materia en tanto estuvo dada por la posibilidad que representa el analizar situaciones en las que, reglamentariamente no se tendría derecho a recibir cobertura, sin embargo, constitucional y administrativamente, sabemos que la respuesta no ha sido siempre la misma, entonces, sabiendo eso, es que

⁷¹ Hacemos esta precisión para que se entienda que esta categoría no es útil para quienes quieran analizar este tema desde la perspectiva del subsidio a la oferta o a la demanda, ni para quienes quieran distinguir entre servicios clínicos o tratamientos.

consideramos que la materia sería tierra fértil para evaluar el contenido del derecho a la protección a la salud, en relación al financiamiento de la prestación de salud.

Para seleccionar los casos a estudiar de las Cortes, usamos la búsqueda de jurisprudencia del Poder Judicial⁷², indicando en esta la materia y el demandado (Isapre o Fonasa) y discriminamos en función de fechas. Para la selección de casos de la Superintendencia de Salud, usamos los mismos criterios, y la pesquisa se hizo, para los años 2005 al 2011, en la revisión física de compilados de sentencias arbitrales que están contenidas en tomos, en el Subdepartamento de Resolución de Conflictos de la Intendencia de Fondos de la Superintendencia de Salud y para los años 2012 a 2018, se usó un sistema de búsqueda de jurisprudencia, de uso interno, de la misma Superintendencia.

Respecto de la revisión de jurisprudencia que haremos a continuación, es necesario tener presente que, respecto de todas las sentencias comentadas, se elaboraron fichas, las que se encuentran en los anexos de esta investigación.

1. Cortes de Apelaciones y Corte Suprema

a. Periodo legalista y contractualista

Hemos denominado como el título señala, al periodo que va desde el año 2005 hasta el 2011, principalmente por el raciocinio utilizado por las Cortes para analizar y decidir las controversias, y si bien, existen fallos que escapan a la categoría que hemos definido, en el caso de las Cortes de Apelaciones, 11 de los 16 fallos analizados en este periodo, responden a la lógica legal/contractual para entender y resolver la controversia. En el caso de la Corte Suprema, es aún más concentrado, correspondiendo a 14 de los 16.

El primer fallo que revisamos corresponde al Rol N.º 7.659-2004, de fecha 31 de enero de 2005⁷³. En este, el asunto discutido era la cobertura que corresponde al

⁷² <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> Accedido por última vez en diciembre de 2019.

⁷³ Ver Ficha N.º 1

medicamento “Zometa”. La decisión de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago fue encuadrada dentro del marco contractual, no obstante, al final del considerando 6º, establece que se trata de una ilegalidad negarle el reembolso al demandante ya que se encuentra en hospitalización domiciliaria y no puede desplazarse por sus propios medios. Es decir, la decisión se basa en un reproche moral, y tal vez esa es la principal razón por la cual se acoge el reclamo.

Otro fallo llamativo, al comienzo del periodo, es el Rol N.º 4.992-2004⁷⁴. Este fallo es especial, ya que la Corte señala en el considerando 5º que, la decisión de la Isapre afectó arbitrariamente el patrimonio y la vida del recurrente (invoca lesión de derechos fundamentales en un periodo en el cual eso era excepcional), y decide acoger el recurso dando por supuesto que los recurrentes tenían derecho a la cobertura recibida, y exige que la Isapre acredite la concurrencia de circunstancias extraordinarias para dejar de bonificar una prestación a la cual nunca estuvo obligada.

De este modo, la decisión aparece como un tipo de “castigo” a lo que la Corte llama “revocación unilateral”, con lo cual da cuenta que el contrato habría sido modificado, sin embargo, no explica cuáles serían los elementos que permiten tener por incorporado al plan de salud la cobertura dada por la Isapre, que inicialmente, sin duda, fue por mera liberalidad.

Destacamos este fallo, ya que creemos que es posible apreciar un germen en él, puesto que la Corte detectó un injusto, e intentó remediarlo, de manera torpe y sin la debida justificación, pero haciéndose cargo de una situación que en los hechos era lesiva para una de las partes, y es ese “hacerse cargo” el germen que destacamos.

Ambos casos fueron confirmados por la Corte Suprema, sin ningún aporte. No así en el caso Rol N.º 566-2005, de fecha 25 de febrero de 2005⁷⁵ que, si bien fue

⁷⁴ Ver Ficha N.º 2

⁷⁵ Ver Ficha N.º 3.

confirmado también por la Corte Suprema- a través de la sentencia en causa Rol N.º 1.101-2005, de fecha 11 de mayo de 2005 aquí sí fija criterios.

En el fallo N.º 566-2005, la Corte Suprema establece cómo abordará la alegación de arbitrariedad y/o ilegalidad en este periodo. Así, en el considerando 5º, cita el artículo 33 de la ley 18.933 (actual artículo 189 del DFL N.º 1 de 2005, del Minsal) para establecer que “*las partes pueden convenir libremente el otorgamiento, forma y modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios de salud.*”, luego cita la exclusión de cobertura *convenida* en el contrato, que dice relación con las prestaciones sin arancel Fonasa, y posteriormente cita el informe del Fondo, que señala que la prestación requerida no se encuentra contemplada en el arancel, por lo que concluye que la negativa de cobertura no es ilegal ni arbitraria, ya que obedece a lo estipulado en una cláusula del contrato de salud.

En consecuencia, hace símiles los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad, estableciendo que no hay reproche en la negativa de cobertura por parte de las Isapres.

Avanzando en el periodo, destacamos el fallo del año 2008 de la Corte de Apelaciones de Valdivia. En la sentencia del caso Rol N.º 194-2008⁷⁶, la Corte entiende que dejar de bonificar el medicamento “Enbrel”, en circunstancias que por mera liberalidad lo ha hecho durante dos años, corresponde a una decisión arbitraria, ya que dicho medicamento habría ingresado al patrimonio del recurrente, y para modificar su cobertura, requiere su consentimiento.

Así, entiende que hay una lesión de los derechos fundamentales del recurrente, particularmente los establecidos en los numerales 1º y 24º del artículo 19 de la Constitución Política, sin embargo, no explica cómo una cobertura extracontractual, termina ingresando al patrimonio del beneficiario como un derecho, con lo que, a nuestro juicio, la Corte, al igual que en el caso descrito en la ficha N.º 2, detecta un injusto: “*término de la cobertura extracontractual de manera unilateral*”, y decide

⁷⁶ Ver Ficha N.º 6.

solucionarlo aún acosta de ser inconsistente. En este caso, la Corte Suprema, resolviendo la apelación⁷⁷, decide confirmar sin más.

Una situación análoga a la anterior, pero con un resultado distinto, es la contenida en el caso rol N.º 90-2008⁷⁸. En este, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, frente a la solicitud de cobertura a un medicamento, decide rechazar el recurso justificándolo a través de silogismos.

De este modo, indica en primer lugar que entre las partes se encuentra vigente un contrato de salud, y es este el que establece que todas aquellas prestaciones no contempladas en el arancel Fonasa, se encontraran excluidas de cobertura, por lo que el recurrente no puede alegar desconocimiento. Luego, en el párrafo cuarto del inciso quinto, señala:

“De lo anterior se infiere que no estamos frente a una decisión que importe un acto que niegue arbitrariamente a un beneficiario el derecho a la protección de su salud, sino que se trata de la respuesta de la Isapre a que está afiliado el recurrente respecto de la concesión de cobertura que le solicitó en relación con un medicamento que debe aplicársele en forma ambulatoria, materia que está expresamente considerada en las exclusiones a que hace mención el artículo 190 del mencionado D.F.L. N.º 01, de 24 de abril de 2006, del Ministerio de Salud, por lo que su petición excede los términos del contrato que suscribió con la recurrida.”

Este caso también fue confirmado por la Corte Suprema, con lo que, hasta ahora, podríamos decir que el hecho de si ha habido cobertura antes o no, es determinante para que la Corte considere que la negativa de cobertura es arbitraria o no.

Ya en el año 2009, destacamos el fallo rol N.º 53-2009⁷⁹ de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, puesto que en este se zanja lo que veníamos observando hasta ahora, en relación a la relevancia que tenía el hecho que la Isapre

⁷⁷ Causa Rol N.º 2.742-2008, de fecha 9 de junio de 2008.

⁷⁸ Ver Ficha N.º 8.

⁷⁹ Ver Ficha N.º 10.

hubiera entregado bonificación al medicamento previo a la negativa que originara el reclamo.

El caso, como muchos de la época 2009-2011, tiene como contexto la dictación por parte de la Superintendencia de Salud de la Circular IF N.º 93 de 2009⁸⁰. La controversia se presenta por la no renovación del convenio de cobertura extracontractual del medicamento “Avonex”, para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente luego de 5 años de cobertura, pues habría incorporado a su arancel dicha prestación (por tanto, ya no sería necesario una cobertura por fuera del contrato). No obstante, la nueva cobertura, sería inferior a la que antes otorgaba, vulnerando con esto lo preceptuado en la circular IF N.º 93 de 2009, de la Superintendencia de Salud.

La Isapre en tanto, señala que no vulnera lo preceptuado por la circular, ya que el convenio que había celebrado con el recurrente estuvo vigente hasta junio de ese año, y un requisito para que opere lo indicado en la circular, es que haya un convenio vigente celebrado entre las partes.

La Corte considera que la cobertura otorgada nace de una declaración unilateral de voluntad por mera liberalidad de la Isapre, y no crea obligaciones, así lo expresa en el considerando quinto, concluyendo que no puede exigirse el cumplimiento de una prestación a la que no estaba obligada.

A su vez, entiende que la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, opera sólo en la medida que el convenio se encuentre vigente.⁸¹

⁸⁰ Esta circular, en lo pertinente a lo que estudiamos, ordenaba a las Isapres a mantener la cobertura extracontractual que hubiesen venido dando para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Recurrente Remitente, si es que era superior a la recientemente agregada al Arancel Fonasa Libre Elección.

⁸¹ Sentencia en causa rol N.º 53-2009, Considerando 4º: “Que respecto a la obligación que impone la señalada Circular 93 en orden a mantener las prestaciones de medicamentos con los montos vigentes que fueran superiores a los mínimos del Arancel de Fonasa, ello es posible sólo en aquellos convenios que se encontraran vigentes, lo cual no ocurrió con los celebrados por las partes, los que de acuerdo a lo dicho en el fundamento anterior, siempre tuvieron vigencia de seis meses, siendo su renovación una facultad privativa y exclusiva de la Isapre.”

Este fallo, que fue confirmado por la Corte Suprema, da cuenta de un cambio de criterio sobre la materia-que duraría hasta mediados del 2011- estableciendo como regla el que “la Isapre sólo se obliga en la medida de lo que pacta”. Se modifica también el criterio en el sentido de que no importa si la Isapre ha dado cobertura antes, ya que la Corte sanciona que dar sin estar obligado es mera liberalidad y no crea obligaciones a futuro.

Destacamos también en este periodo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N.º 1846-2010, de fecha 30 de noviembre de 2010⁸², que tiene por eje la lesión al derecho a la vida.

La controversia en tanto se centra en la negativa de cobertura al medicamento “Lapatinib” por parte de la Isapre, en el contexto del tratamiento por un cáncer de mamas que padece la actora, por cuanto dicho medicamento no se encuentra en las "canastas de prestaciones GES" para el tratamiento del indicado problema de salud.

Adicionalmente, el referido medicamento tampoco se encuentra recomendado en la Guía Clínica del problema de salud "Cáncer de Mama en personas de 15 años y más" elaborado por el Ministerio de Salud, así como tampoco se encuentra incorporado en el "Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas del Adulto" del Ministerio de Salud, por lo que no tendría cobertura GES-CAEC⁸³.

Además, la Isapre sostiene que el “Lapatinib” no tiene cobertura CAEC, por tratarse de una droga que no es citotóxica, ni es administrada en ciclos de quimioterapia, y finalmente, no tiene cobertura conforme al plan de salud

⁸² Ver Ficha N.º 15.

⁸³ De manera resumida, podemos señalar que a cobertura GES-CAEC, es una cobertura especial reglada en la Circular IF N° 7, de la Superintendencia de Salud, que tuvo por aprobada las Condiciones de la Cobertura CAEC. Esta cobertura especial, se aplica para las prestaciones no contenidas en el listado de prestaciones GES, pero consideradas en los protocolos para la solución de los problemas de salud definidos por el Ministerio de Salud, lo que hace que estas prestaciones queden bajo el mismo deducible GES.

complementario vigente de la recurrente, puesto que en el contrato se encuentran expresamente excluidos los medicamentos prescritos en forma ambulatoria.

La innovación de la Corte principia con tener presente la condición de salud de la actora, dando por establecido que, por ese sólo hecho, le han sido negado derechos, así, en el considerando 6º sostiene:

“Que al tenor del libelo de protección, así como de la documentación acompañada a los autos, resulta fuera de toda duda la circunstancia que la recurrente doña Nancy Riquelme Rebolledo, desde el año 2002, adolece de una enfermedad que ha hecho ilusorio para ella, su derecho a disfrutar al más alto nivel posible de su salud física y mental, conforme lo establece el Pacto transcrito en el motivo anterior. Del mismo modo, le ha resultado ilusorio gozar de su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, según se lo reconoce la carta constitucional. Resulta del todo evidente la mala calidad de vida que soporta la recurrente, de 38 años, esposa y madre de tres hijos de 18, 10 y 6 años. Asimismo, no ha resultado efectivo para ella su derecho a que se proteja su salud y a tener acceso a las acciones necesarias, existentes y posibles, para proteger e intentar recuperarla y rehabilitarse del mal que la aqueja.”

Luego cita el informe *ad hoc* solicitado a la Superintendencia de Salud, que establece que el medicamento en cuestión es una droga citotóxica, y por tanto merece la cobertura catastrófica, independiente de la modalidad en que se administre.

En consecuencia, la Corte entiende que la negativa de cobertura CAEC es ilegal, pues no puede serle aplicada la normativa que indica que las prestaciones comprendidas en la GES no pueden ser cubiertas por la CAEC, puesto que justamente la droga objeto de la controversia no se encuentra comprendida en la Garantía Explícita.

Lo más interesante viene después, ya que la Corte expresa cuál debería ser el objetivo de las Isapres en relación a las garantías constitucionales, así, en el

considerando undécimo⁸⁴, sostiene que estas comparten el deber estatal de respetar y promover los derechos fundamentales.

Prosigue en el considerando siguiente⁸⁵, indicando que, dado que el Estado tiene un deber en materia de salud cuando está en juego la vida y la integridad física de las personas, se encuentra obligado a procurar los medios para que se administre el medicamento, independiente de si las normas reglamentarias contemplan dicho medicamento, ya que la materia que se resuelve es la mayor o menor sobrevida de la recurrente.

No obstante, la Corte Suprema, conociendo el recurso de apelación, en causa Rol N.º 764-2011, de 7 de abril de 2011⁸⁶, decidió, en definitiva, rechazar la

⁸⁴ Sentencia causa Rol N.º 1846-2010, considerando 11º: “Que la Isapre recurrida presta un servicio de salud a la comunidad, por lo que un legítimo afán de lucro, no puede llegar a constituir un objetivo. Por el contrario, debe velar, como todos, por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N.º 1 y 24, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho de propiedad en sus diversas especies. En este marco, no debe olvidarse lo previsto en el artículo 6º de la Carta Política, en cuyos incisos 1º y 2º consagra el principio de la supremacía constitucional sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo, lo que impide absolutamente que normas de inferior jerarquía a la Constitución, pudieran dejar sin aplicación una garantía que ella ampara y reconoce. De allí entonces, que primero se establezca que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, para luego establecer que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Como ya se señaló en el motivo tercero, en el artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental, se dice que es un deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales ocupan un lugar preeminente la vida y la integridad física de las personas, lo que necesariamente importa que el valor patrimonial se ve postergado en favor del bien jurídico representado por la dignidad, la vida y su bienestar físico.”

⁸⁵ Ibidem, considerando 12º: “Que la extremada gravedad del cáncer que padece la recurrente doña Nancy Riquelme Rebolledo, consta de los hechos consignados en el motivo séptimo, apareciendo, además, de los antecedentes, que una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora depende del pronto suministro del medicamento "Lapatinib", razón por la cual esta Corte estima que el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de la garantía constitucional del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento, toda vez que lo que se está resolviendo es la mayor o menor sobrevida que pueda tener la recurrente, por lo que no le merece duda a esta Corte que debe proporcionársele el medicamento Lapatinib, en cuanto le va a permitir sobrellevar el grave cáncer que la afecta en mejores condiciones, aspirando a una sobrevida mayor”

⁸⁶ Ver Ficha N.º 2.

protección. El eje usado para analizar y resolver el caso fue el legal/contractualista, limitándose a verificar si acaso el medicamento se encontraba comprendido para la cobertura GES, GES-CAEC o CAEC.

Concluye que la Isapre no obró ilegalmente al negar cobertura CAEC, ya que *“Si bien en el caso de autos es un hecho no controvertido que el medicamento Lapatinib no está incorporado al listado específico, no hay ningún antecedente que permita establecer o demostrar que se encuentra incluido en los protocolos del Ministerio de Salud, de manera que, de acuerdo con el tenor de la disposición antes indicada, la Isapre recurrida al negar la cobertura CAEC a su respecto no ha incurrido en actuación ilegal”*⁸⁷. Agrega, en el considerando sexto, que tampoco actuó arbitrariamente, ya que el medicamento en cuestión no tendría efectos curativos respecto del cáncer de mamas, según un informe emitido al respecto por el Servicio Médico Legal.

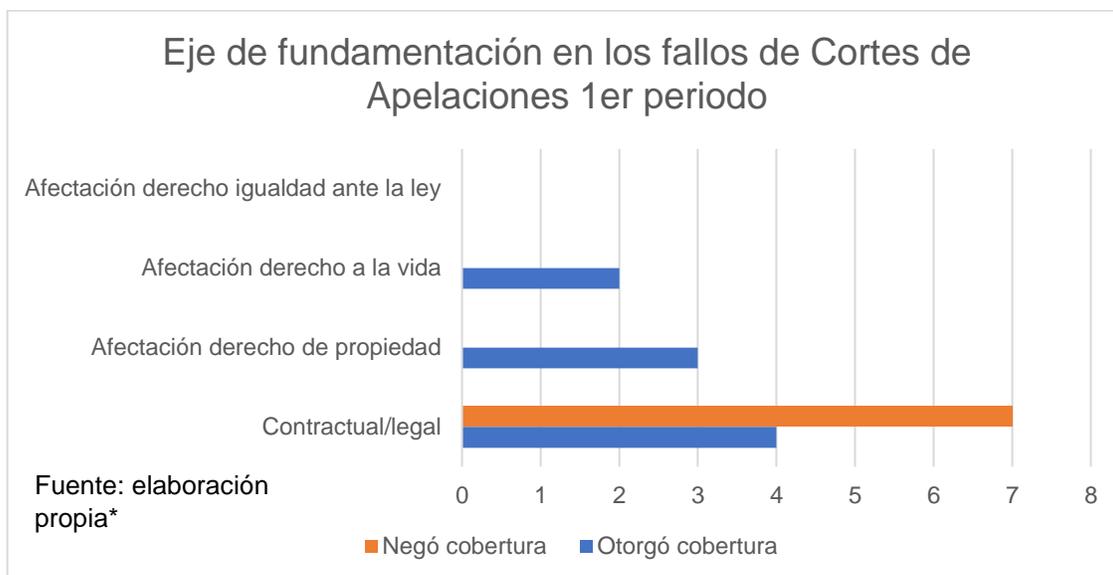
El caso anteriormente comentado nos parece muy interesante, por cuanto el fallo de la Corte de Apelaciones es pionero en la materia, ya que aborda la controversia desde la idea del juicio de ponderación descrito por Alexy⁸⁸, estableciendo que la necesidad del medicamento, para asegurar la sobrevivencia de la actora es tan importante que, aun si no tuviera cobertura, debe otorgársele, puesto que ese sería un límite razonable al legítimo afán de lucro que persiguen las Isapres. Cita para aquello, la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Corte Suprema, no obstante, reduce el conflicto en el sentido de evaluar solamente si el medicamento se encuentra en un listado o no, para luego, introducir un concepto dudoso como el de “efectividad curativa”, sin hacerse cargo de lo dicho por la Superintendencia de Salud, y entrometiéndose incluso en la prescripción

⁸⁷ Sentencia en Causa Rol N.º 764-2011, de 7 de abril de 2011. Párrafo segundo del considerando quinto.

⁸⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 81-82.

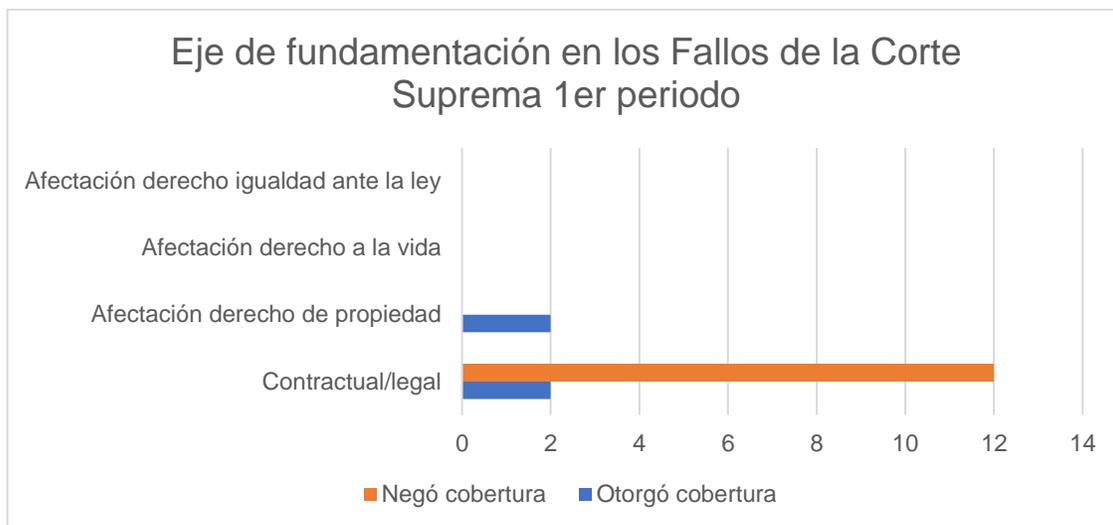
médica al erigirse como un *supramédico*, y sostener que el medicamento no tiene efectos curativos, rechazando por tanto la protección.



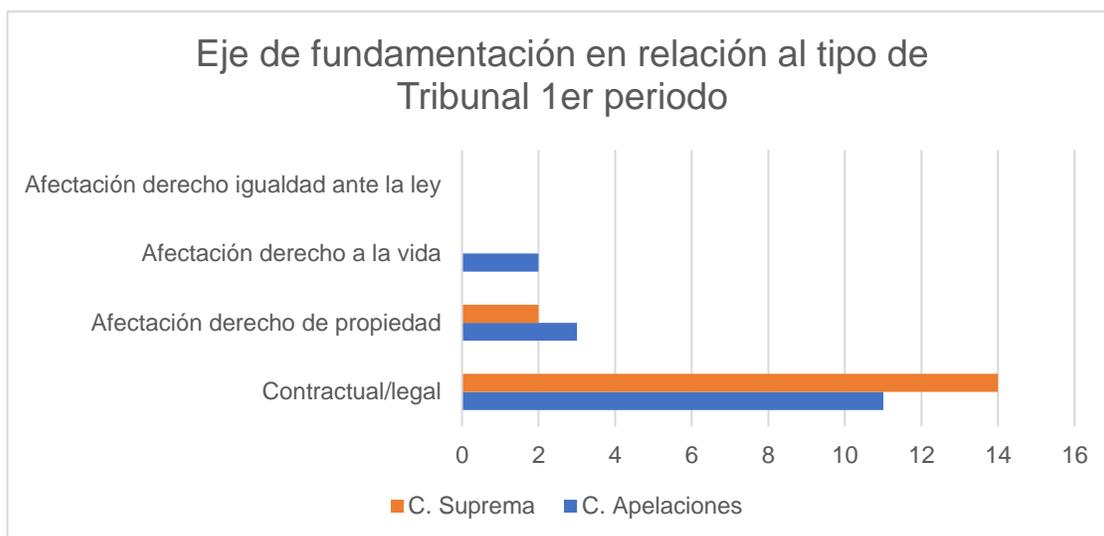
Podemos afirmar entonces que, tal como se aprecia en el gráfico, este periodo, definido como legal/contractualista, tuvo una jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones “en búsqueda”, ya que, de los 16 fallos analizados en este periodo, en 9 decidieron que correspondía cobertura, pero sólo en 5 de esos lo justificaron en la vulneración de derechos fundamentales: En 3 de ellos en la afectación del derecho de propiedad, y 2 en la afectación del derecho a la vida.

La Corte Suprema en tanto, en calidad de Tribunal *Ad Quem*, fue uniforme, rechazando la cobertura en 12 de los 16 casos, y solo en 2 aceptó que la decisión se basara en la afectación de derechos fundamentales, particularmente, el derecho de propiedad. Decimos “aceptó”, porque fueron casos en los que confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones. (Ver gráfico a continuación)

*Todos los gráficos que se reproduzcan en este trabajo son de elaboración propia con las sentencias tratadas en las fichas que se encuentran en los anexos de esta investigación.



En definitiva, en este periodo, 25 sentencias de un total de 32 fueron justificadas en función del eje contractual/legal, y finalmente, sólo en 4 casos se decidió que existía una obligación de bonificar las prestaciones por parte de las aseguradoras, en dos de ellos por lesión al derecho de propiedad⁸⁹, en otro por incumplimiento contractual⁹⁰, y en el último, por contar la Superintendencia de Salud con la facultad de ordenar a la Isapre a bonificar⁹¹.



⁸⁹ Ver Fichas N.º. 1 y 6.

⁹⁰ Ver Ficha N.º 2.

⁹¹ Ver Ficha N.º 5.

b. Periodo de los Derechos Fundamentales

Este periodo, definido por el raciocinio utilizado para analizar y decidir las controversias, va desde el año 2012 hasta el 2018⁹², y si bien, existen fallos que escapan a las categorías que hemos definido, en el caso de las Cortes de Apelaciones, 9 de los 16 fallos analizados en este periodo, responden a la lógica de afectación de derechos fundamentales para entender y resolver la controversia.

En el caso de la Corte Suprema, es aún más concentrado, correspondiendo a 14 de los 16, es decir, al igual que en el periodo precedente, es la Corte Suprema la que falla de manera más uniforme.

El primer fallo de este periodo es el correspondiente al caso Rol N.º 21.331-2011, de fecha 9 de marzo de 2012⁹³. Este caso es muy interesante ya que los demandados son el Ministerio de Salud y el prestador Instituto Nacional del Cáncer, por lo que lo analizaremos con más detalle. La recurrente sostiene que le ha sido negado la administración del medicamento “Herceptina”, único paliativo efectivo en el estado de avance de su enfermedad.

Indica que la denegación resulta ser abiertamente discriminatoria, en cuanto ella se encuentra dentro de los doscientos casos análogos anuales, cuyo financiamiento está establecido por el Ministerio recurrido, sin que se justifique en modo alguno la denegación del medicamento a su respecto.

El Instituto Nacional del Cáncer, por su parte, solicita el rechazo el recurso por estimar no haber incurrido en discriminación, arbitrariedad ni ilegalidad, atendido el hecho de que la recurrente no es acreedora del medicamento en cuestión, por no cumplir con los requisitos de inclusión del Protocolo de Financiamiento de la

⁹² Se revisó jurisprudencia del año 2019 y 2020, y esta mantiene la tendencia expresada en este trabajo.

⁹³ Ver Ficha N.º 17.

Subsecretaría de Redes Asistenciales, contenido en el Ordinario N.º 1548 de 1º de junio de 2010.

El Minsal por su parte, solicita el rechazo del recurso⁹⁴ principalmente por ser improcedente, ya que su decisión de no bonificar se apega al principio de legalidad, sumado al hecho de que su decisión no es la que pone en peligro la vida de la recurrente.

La Corte comienza afirmando su competencia para conocer y resolver sobre lesiones a los derechos fundamentales, a pesar de la limitación del artículo 20 de la Constitución, relacionado al Derecho a la protección de la Salud, así, sostiene en el considerando 5º de la sentencia:

“Que el hecho de que por mandato del artículo 20 de la Constitución Política de la República, la procedencia del arbitrio tutelar de protección, en lo que se refiere al derecho garantizador de la salud, se encuentre circunscrita sólo al ámbito del inciso final del numeral 9º de su artículo 19 -no siendo por ende viable un recurso fundado sólo en dicha causal- no puede significar hacer tabla rasa del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la salud de las personas, cuando la acción tutelar se funda también en el numeral 1º de dicho precepto constitucional, por ser inherente e inseparable de la garantía del derecho ciudadano por excelencia, como es el derecho a la vida e integridad de las personas.

Y tampoco podrá olvidarse dicho deber del Estado referente a la salud de la población, a propósito de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, también invocado por la recurrente.”

⁹⁴ Las razones esgrimidas en la contestación del recurso fueron: “A) Por ser improcedente, puesto que conforme a la jurisprudencia que cita, la invocación de la garantía constitucional del numeral 1º del artículo 19 de la Carta Fundamental sólo sería valedera tratándose de conductas que en sí mismas pongan en peligro la vida humana, cuyo caso no sería el de autos, en que el peligro de vida deriva de la grave patología (cáncer avanzado) que afecta a la recurrente. B) El costo del medicamento excede la capacidad de financiamiento del Ministerio. C) Que la garantía constitucional del N.º 9 del artículo 19 invocada por la recurrente, sólo se halla establecida por el artículo 20 en lo referido a su inciso final, esto es, la facultad de elegir un sistema de salud, público o privado, la que no se encuentra amagada en el caso sub-lite. D) Que se ha proporcionado a la paciente recurrente todas las prestaciones que el sistema GES (Garantías Explícitas de Salud) establece, y que cubren todo el ciclo de atención: confirmación diagnóstica, tratamiento y seguimiento. E) Que el avanzado estado de desarrollo de su cáncer de mama, en su etapa IV implica que "desafortunadamente ya no tendrá curación como tal, y sólo se proveen tratamientos destinados a paliación de síntomas y, en lo posible, prolongación de la sobrevida.”

Es notable que la Corte establezca que el Derecho a la Protección a la Salud es consustancial al Derecho a la Vida e integridad, y que el deber del Estado en esta materia debe respetar también la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

En consecuencia, con esta construcción, establece en primer término que la falta de cobertura de un medicamento pone en riesgo la vida de la persona, y, en segundo lugar, que el cumplimiento de este mandato exige el respeto a la igualdad entre las personas, no pudiendo algunas tener acceso y otras no, al medicamento en cuestión.

Complementa la tesis, en el considerando 9º, en el que expresa la posibilidad de responsabilidad por omisión por parte del Estado: “...será *menester distinguir en cada caso en particular si -dada la existencia de la enfermedad como causa basal del riesgo de vida- existe o no vulneración de las garantías constitucionales en relación con su tratamiento y medicación, como factor coadyuvante del riesgo vital y, en tal virtud, como fundamento del arbitrio de protección.*”

Posteriormente, concluye que el medicamento en cuestión es pertinente sanitariamente, ya que contribuye a la sobrevida de la paciente, y comienza a responder la pregunta de cuándo correspondería cobertura al medicamento.

De este modo, inicia tomando como referencia normativa el artículo 14 de la Ley 19.966, en el que se establece el listado de patologías cubiertas por el sistema GES, con sus respectivas prestaciones, concluyendo que cuando la prestación importe un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados, corresponderá su administración y financiamiento. Complementa lo anterior, estableciendo que la negativa de cobertura importa un atentado contra el derecho a la vida e integridad física y psíquica, y no tiene justificación legal ni médica, por lo que deviene en arbitraria.

Luego, la Corte toma el mandato constitucional del Estado de proteger la vida y la salud de las personas, y lo aplica al caso, señalando que el Ministerio de Salud no ha cumplido con su obligación bajo su propio parámetro, puesto que el criterio

de exclusión está dado por el beneficio que el medicamento podría producir en el paciente.⁹⁵

Sobre este mismo punto, cuestiona la negativa de cobertura bajo el prisma del derecho a la igualdad ante la Ley, “...*en cuanto importa una inaceptable discriminación en perjuicio de la recurrente, privada del beneficio que a sus iguales corresponde y debe corresponder según todos los parámetros precedentemente analizados*”⁹⁶, por lo que, dado las vulneraciones declaradas, decide acoger el recurso.

La Corte Suprema en tanto, conociendo la apelación de este caso, que ingresó bajo el Rol N.º 2631-2012, de 11 de mayo de 2012, elimina parte del contenido de la sentencia, mas no el resultado.

La Corte quiere establecer que hay una única lesión y es al derecho a la vida e integridad física y psíquica, y que dicha constatación es solo aplicable al caso en cuestión, así, en el considerando primero, sostiene que no suministrarle el medicamento a la paciente, conduciría inevitablemente a una notoria desmejora de su calidad de vida y del tiempo de sobrevivida.

Concluyendo, por tanto, en el considerando segundo: “*Que las mencionadas circunstancias revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infiriendo a la reclamante un daño grave y significativo que afecta el derecho fundamental antes referido...*”.

En consecuencia, la Corte Suprema suprime los considerandos (y partes de) que podrían haber sido considerados “de general aplicación”, fijando todas las argumentaciones al caso específico.

Como reflexión final respecto a este caso, es necesario relevar el hecho de que las Cortes asumen que el no financiar el medicamento en cuestión es negarlo, ya

⁹⁵ Sentencia causa Rol N.º 21.331-2011. Ver considerando 11º.

⁹⁶ Ibidem. Extracto del considerando 13º.

que tienen como cierto que, si el prestador público, Instituto Nacional del Cáncer en este caso, no le proporciona el medicamento, y el Ministerio no lo financia, la parte no podrá acceder a este. Esto es clave para definir el contenido del derecho a la protección a la salud, ya que las Cortes dan por sentado que sin financiamiento no hay acceso.

Un caso prácticamente de la misma fecha, pero con una sentencia (en sede de alzada) en el sentido opuesto es el Rol N.º 23.576-2011, de fecha 24 de abril de 2012⁹⁷, fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago. En este, es una agrupación de pacientes el que demanda al Fonasa, para obtener cobertura al tratamiento de reemplazo enzimático que requieren, el cual les es negado por no estar arancelado.

Fonasa por su parte señala que cuenta con un Programa Piloto de Medicamentos de Alto Costo, que nace en el año 2007, orientado al financiamiento requerido por enfermedades raras y poco frecuentes dentro de su población beneficiaria, indicando que la enfermedad de Pompe no forma parte de dicho Piloto. No obstante, precisa que, desde el año 2009 a la fecha ha financiado el tratamiento de reemplazo enzimático a seis pacientes con enfermedades lisosomales, sin embargo, por razones presupuestarias no es posible ingresar pacientes nuevos. Agrega a su vez que se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley destinado a regular el financiamiento del tratamiento de enfermedades raras o poco comunes, que además son de alto costo.

Sostiene que no ha cometido, por acción u omisión, acto que pueda vulnerar las garantías constitucionales de los recurrentes, puesto que está obligado a dar cumplimiento al Principio de Legalidad, de manera que, si las prestaciones asociadas a la enfermedad lisosomal no se encuentran incorporadas dentro del Arancel para la Modalidad de Libre Elección o Institucional, no es posible dar cumplimiento a los requerimientos de financiamiento no previstos en dichos instrumentos.

⁹⁷ Ver Ficha N.º 18.

El Minsal por su parte, señala lo mismo que en el recurso de protección revisado previamente, concluyendo que el hecho de que algunos pacientes se encuentren excluidos de la terapia obedece a razones presupuestarias, y no a caprichos y/o arbitrariedades.

Respecto a la sentencia misma, la Corte aborda la controversia desde la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en la cual entiende se consagra “*el Principio de no Discriminación*” el que, aplica en el considerando 4º.

Es así como sanciona que ni el Fonasa ni el Minsal han sido capaces de justificar la razonabilidad de la medida de otorgar cobertura a solo 6 pacientes, y no a todos, desestimando la escasez presupuestaria como una razón válida, deviniendo por tanto en arbitraria.

La Corte Suprema en tanto, conociendo la apelación en la causa Rol N.º 3824-2012, de fecha 17 de agosto de 2012, estima, ahora, que contar con un presupuesto limitado es razón suficiente para no considerar arbitraria la decisión de negar cobertura, por lo que decide acoger la apelación y rechazar en definitiva la solicitud de cobertura, declarando válida la razón de escasez financiera del Minsal para no concurrir a la cobertura del medicamento, y válida la razón de no estar arancelada la prestación para no obtener cobertura por parte del Fonasa.

Destacamos de estas sentencias el que la Corte de Apelaciones aborde el acceso a medicamentos que no están arancelados desde la perspectiva de la igualdad, estableciendo como insuficiente la razón de limitación presupuestaria, exigiendo una fundamentación mayor para otorgar a algunos y negar a otros el acceso a la cobertura del medicamento.

Por otra parte, destacamos también que la tesis de la discriminación arbitraria no fue confirmada por la Corte Suprema, la que entiende que no existe arbitrariedad si la razón es que no hay presupuesto (para el Minsal), y si el medicamento no es obligatorio (para el Fonasa). De este modo, la Corte entiende satisfecho el estándar de motivación del acto.

En este caso, al igual que el revisado en la ficha N.º 17, vemos como la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de su Segunda Sala, intenta ir más allá del análisis normativista formal, e intenta aplicar principios consagrados en la Constitución, para establecer responsabilidad del Estado, en materia de acceso oportuno a medicamentos, no obstante, la Corte Suprema no quiere hacer eco de lo resuelto por el Tribunal *ad quo*, fallando en función del principio de legalidad.

Hacemos presente que tanto el caso contenido en la ficha 17 como en la 18, fueron fallados por la Tercera Sala de la Corte Suprema, repitiéndose tres de los cinco ministros que fallaron, por lo que la diametral diferencia en lo resuelto no puede explicarse en la composición de la Sala.

Lo que sí podemos decir dada la argumentación esgrimida en estos fallos es que la Corte Suprema entiende que la negativa de cobertura basada en la limitación presupuestaria vence al derecho de igualdad ante la ley, pero no vence al derecho a la vida.

Podemos señalar a su vez que, en estricto rigor, no hay elementos que permitan decir que el acto de negar cobertura es arbitrario en un caso y no lo es en el otro, sino que más bien en un caso sería justificable la lesión al derecho fundamental y por tanto tolerable (ya que la protección alcanza a los actos arbitrarios e ilegales, no a todo acto que dañe) y en el otro no.

Avanzando en el periodo, destacamos el fallo Rol N.º 33.832-2013, de fecha 19 de diciembre de 2013⁹⁸. Lo primero que llama la atención es que tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema, acogen la protección y dan cobertura.

La controversia se presenta por la negativa de cobertura por parte de la Isapre al medicamento “Eculizumab” requerida por el demandante para el tratamiento de la pancitopenia en sangre periférica que padece, producida a su vez por una aplasia

⁹⁸ Ver Ficha N.º 25.

medular. La Isapre niega la cobertura por tratarse de un medicamento que no se encuentra aprobado por el Instituto de Salud Pública, por lo tanto, se encuentra excluido de cobertura CAEC, haciendo referencia a la circular IF/N.º 7 de la Superintendencia de Salud.

La Corte considera necesario dejar establecido que el otorgamiento de prestaciones y beneficios, por parte de las Instituciones de Salud Previsional, debe respetar el íntegro y oportuno resguardo las garantías constitucionales.⁹⁹

En el caso particular de las entidades privadas, la protección del derecho a la vida y la salud impone la obligación de, al igual que el sistema público, disponer programas de salud para casos excepcionales, evitando la discriminación y permitiéndoles el acceso a bienes y servicios científicos y médicos adecuados al caso particular, los que a su vez deben ser efectivos para el caso concreto de que se trate.

De este modo, entiende que el sistema exige a las Isapres más de lo que pacta, así, en el considerando sexto, sostiene:

“Que la recurrida Isapre Masvida, al negarse a la cobertura del tratamiento de la patología que le aqueja al recurrente, esto es, Hemoglobinuria paroxística nocturna, con argumentos no concluyentes, ni armónicos con el espíritu de los señalados principios, si bien en sí pueden no constituir una infracción, tampoco parece

⁹⁹ En este mismo sentido, pero casi 10 años antes, razona la Corte Constitucional de Colombia, la que sostiene, en la sentencia T-699 de 2004: *“En consecuencia, aun en las controversias que sean dirimidas en la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, en el marco de un proceso civil), teniendo en cuenta su naturaleza y lo que ella implica para su interpretación, el Juez debe darle importancia argumentativa a la naturaleza del derecho a la salud como derecho constitucional y, en particular, a su contenido mínimo esencial determinado a través de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la materia (bloqueo de constitucionalidad del derecho a la salud). El Alto Tribunal resaltó que el análisis de las controversias contractuales correspondientes, tanto en la jurisdicción civil ordinaria como en la jurisdicción constitucional, deben tomar como referencia i) el contenido mínimo esencial del derecho a la salud y ii) las obligaciones constitucionales del Estado frente al derecho a la salud, especialmente frente a los terceros que prestan los servicios de medicina prepagada.”* En Oscar Parra Vera, «Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada», en *Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad* (México, s. f.), 104.

justificable dicha decisión al carecer de todo vínculo con la realidad que afecta a uno de sus afiliados, dejándolo de esta forma huérfano a su suerte...”

Respecto de la alegación de la falta de inscripción del medicamento en el ISP, la Corte la desecha inmediatamente citando la normativa y la práctica de la Cenabast, que compra ese medicamento por trato directo para los pacientes del Fonasa que sí reciben el tratamiento.

Que, continuando con los argumentos de la Isapre, la Corte establece que es inequitativo que se niegue la cobertura a razón de que la vía de administración del medicamento sea ambulatoria, más cuando los antecedentes clínicos dan cuenta de que el demandante está postrado en cama debido a que todo esfuerzo físico le significa empeorar su condición clínica.

De este modo, para la Corte resulta arbitrario el actuar de la Isapre, ya que hace aparente el derecho a la salud y a la vida. Agrega a su vez, en el considerando décimo, que el contrato de salud debe contener mecanismos que permitan, en caso de necesidad, acceder a tratamientos para evitar la afectación de derechos fundamentales.

Prosigue, con esta idea en el considerando siguiente, señalando que la interdicción de la arbitrariedad es un principio que, si bien sería del sector público, resulta aplicable a las instituciones privadas en lo relativo al respeto de las garantías fundamentales. Este principio obligaría a adoptar medidas que hagan posible el goce y ejercicio de tales garantías, y sería evidente su transgresión si es que se deniega la cobertura a la prestación de una enfermedad excepcional que puede costarle la vida a un ser humano.

La Corte Suprema en tanto, rechaza la apelación del recurso, el cual ingresó bajo el Rol N.º 413-2014, y fue resuelto con fecha 21 de enero de 2014, empero, suprime algunos razonamientos del Tribunal *Ad Quo* -sobre todo porque acota la controversia a las alegaciones y defensas de las partes- aportando a su vez, elementos a considerar a la hora de interpretar la normativa sectorial.

Así, respecto de la exclusión de cobertura establecida en la Circular IF N.º 7, de 2005 -que contiene las reglas de la Cobertura Catastrófica (CAEC) – sostiene que la finalidad de la exigencia del registro de los medicamentos en el ISP es asegurar que dichos medicamentos tengan una eficacia garantizada, lo que puede demostrarse por otros medios, y además, el artículo 102 del Código Sanitario, en su inciso segundo permite el uso de medicamentos sin registro, en casos urgentes, para investigación y para ensayos clínicos. Luego establece que el uso de “Soliris” se encuentra autorizado en Chile, a pesar de no tener registro, porque es indispensable para los pacientes que sufren de “*Hemoglobinuria Paroxística Nocturna*”, por lo que su uso cabe en la categoría de “uso medicinal urgente”.

Junto a lo anterior, la Corte establece que deben ser similares la cobertura CAEC, del sistema privado, con el Fondo Extraordinario del Ministerio de Salud, del sistema público, puesto que entiende que los pacientes que estén afiliados a Isapres quedan en una posición desmejorada que los beneficiarios del Fonasa, en relación a enfermedades extrañas y medicamentos de alto costo, ya que no pueden acceder al Fondo del Ministerio.

Posteriormente, exhorta a la Isapre a evaluar todas las circunstancias del caso, y no simplemente aplicar exegéticamente una exclusión de cobertura, ya que esto último constituye un acto arbitrario que amenaza la garantía del derecho a la vida, y que conculca la igualdad ante la ley.¹⁰⁰

De este modo, la Corte Suprema establece que la negativa de cobertura al medicamento por parte de la Isapre, es un acto arbitrario -a pesar de no incumplir la norma- (ya que no se hace cargo de la finalidad del sistema de aseguramiento, que es permitir el acceso a tratamientos para sobrevivir o mejorar la calidad de vida) que amenaza el derecho a la vida y a la integridad física, y a su vez conculca la

¹⁰⁰ Considerando décimo segundo de la sentencia en causa Rol N.º 413-2014, de fecha 21 de enero de 2014.

igualdad ante la ley, si es que el sistema público contempla la posibilidad de otorgar cobertura.

Un caso similar al anterior es el Rol N.º 74.690-2016 de fecha 28 de septiembre de 2016¹⁰¹, de la Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, en esta oportunidad, la Corte intenta aplicar un razonamiento a través de silogismos, estableciendo que, si el medicamento “Pembrolizumab” no tiene registro en el ISP, no puede tener cobertura.

Ahora bien, para haberse limitado a decidir en función de la normativa y el plan de salud, olvidó la existencia del artículo 99 del Código Sanitario y el artículo 21 del Decreto Supremo N° 3, de 2010, del Ministerio de Salud.¹⁰²

¹⁰¹ Ver Ficha N.º 27.

¹⁰² El artículo 99 del código Sanitario, establece excepciones al registro sanitario para distribuir medicamentos en Chile: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 97, el Instituto de Salud Pública de Chile podrá autorizar provisionalmente la distribución, venta o expendio y uso de productos farmacéuticos sin previo registro, para ensayos clínicos u otro tipo de investigaciones científicas, como asimismo para usos medicinales urgentes derivados de situaciones de desabastecimiento o inaccesibilidad que puedan afectar a las personas consideradas individual o colectivamente. Con todo, no se podrá desarrollar un protocolo de investigación en medicamentos no registrados o para nuevos usos en medicamentos registrados sin un informe favorable del Comité Ético Científico que corresponda.”

El artículo 21 del DS N° 3, de 2010, del Minsal, en concordancia con el artículo previamente citado, establece: “En forma excepcional, el Instituto podrá autorizar la venta o el uso provisional de determinados productos farmacéuticos sin registro sanitario, fundado en alguna de las siguientes causales, que se enuncian por vía ejemplar atendiendo las disposiciones del artículo 99º del Código Sanitario:

- a) Uso medicinal urgente derivado de situaciones de desabastecimiento o inaccesibilidad, que afecten a las personas, consideradas colectivamente.
- b) Aquellos productos farmacéuticos para uso medicinal urgente importados para consumo exclusivo del importador.
- c) Tratándose de productos para ser utilizados en investigación científica o ensayos clínicos, previo informe favorable del o los comités de ética correspondiente, conforme a las normas sobre ensayos clínicos realizados en seres humanos, que apruebe el Ministerio de Salud.

En el caso de las letras a) y b), la autorización referida en el presente artículo bastará para el uso de los productos farmacéuticos, sin ser requerido el trámite de internación dispuesto en el título IV del presente reglamento.”

La Corte Suprema en tanto, resolviendo la apelación a través del fallo en causa Rol N.º 76405-2016, de 12 de enero de 2017, establece que se encontrarían afectados las garantías constitucionales del artículo 19 N.º 2 y 24.

A su vez, agrega lo que a nuestro juicio es lo más interesante del fallo, y que dice relación con la guía clínica de los problemas de salud explícitamente garantizados. Esto, por cuanto la Corte Suprema establece que es aplicable la cobertura GES-CAEC, porque la guía clínica sería un elemento que se actualizaría constantemente a través de la prescripción de los médicos tratantes, y como en el caso que se resuelve, el medicamento fue recetado por el médico tratante de la Red GES asignada por la Isapre, corresponde por tanto cobertura, como si el medicamento estuviera en la Guía Clínica.

En suma, nuevamente es posible observar como la Corte Suprema interpreta la normativa sectorial para hacerla compatible con la protección de la vida, la igualdad ante la ley y derecho de propiedad (en este caso, igualdad ante la ley y patrimonio), entendiendo que la exclusión de cobertura no corresponde si con ello se lesiona las garantías antes señaladas, a pesar de estar facultada para hacerlo, por lo cual, podemos afirmar que la Corte ha establecido como límite al ejercicio de dicha facultad, no lesionar garantías constitucionales.

En esta misma dirección, se encuentra el fallo de la causa Rol N.º 5.137-2017, de fecha 6 de noviembre de 2017, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que fue confirmado por la Corte Suprema, en sentencia de causa rol N.º 43.250-2017, de 29 de diciembre de 2017¹⁰³, el cual, además, es muy ecuánime para resolver en contra del Fonasa y del Hospital Sótero del Río.

El fallo, luego de señalar el deber de servicio del Estado con la persona humana, cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para sostener que negar la cobertura y por tanto el acceso al medicamento, es poner en riesgo la existencia

¹⁰³ Ver Ficha N° 29.

de la recurrente, lo que es un acto ilegal y arbitrario, ya que su uso es urgente y se puede adquirir con cargo al Fondo Extraordinario de Salud.

En su fallo, la Corte de San Miguel utiliza jurisprudencia¹⁰⁴ para responder a la defensa del recurrido, señalando que no es válida la argumentación del elevado costo del medicamento, ya que lo que está en juego aquí es el derecho a la vida, el que posee carácter de absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial.

La Corte Suprema por su parte, entiende que la controversia radica en el alto costo del medicamento, ya que bonificarlo tendría impacto en cubrir las necesidades médicas de otros pacientes, puesto que los recursos son limitados. Al respecto, la Corte señala “...que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto.”¹⁰⁵

De este modo, según la Corte, el derecho a la vida absorbe el derecho a una prestación de salud, y este no resiste graduación, no se puede cumplir parcialmente y no hay proporcionalidad que haga tolerar algún grado de lesión.

La defensa absoluta del derecho a la vida, por parte de la Corte Suprema desde el año 2017, no logra aun penetrar por completo a la Corte de Apelaciones de Santiago, tal como se puede apreciar en los casos Rol N.º 28.752-2018, 28.753-2018, 30.539-2018 y 30.540-2018, que resuelve en un solo fallo¹⁰⁶.

La controversia en dichos casos es el silencio y posterior negativa de cobertura de Fonasa y el Ministerio de Salud al medicamento “Brineura” prescrito para la

¹⁰⁴ Causa Rol 3025- 2001, de 28 de agosto de 2001, de la I. Corte de Apelaciones de Santiago. Se trata de un fallo donde se ordena a los Servicios Metropolitanos de Salud reanudar la terapia para el VIH de los recurrentes, pero principalmente por vulneración de la igualdad ante la ley.

¹⁰⁵ Extracto del considerando 6º, de la sentencia en Causa Rol N° 5137-2017, de 6 de noviembre de 2017.

¹⁰⁶ Ver Ficha N.º 32

enfermedad denominada "Lipofuscinosis Neuronal Ceroidea Tipo" o "CLN2" que padecen los recurrentes.

Lo destacable de este fallo, es que si bien la Corte establece que se está frente a un acto arbitrario (no haber dado respuesta oportunamente a la solicitud de cobertura) no advierte de qué forma dicho acto u omisión pueda tener la vocación suficiente para afectar, en cualquier grado, el derecho a la vida e integridad física o psíquica de los recurrentes, o el derecho a la igualdad ante la ley o el de protección a la salud.

Refuerza la idea anterior, agregando que aun si estuviera en un supuesto de lesión de uno de esos derechos fundamentales, no podría adoptar la medida solicitada por los recurrentes (que se ordene al Fonasa, por intermedio del Ministerio de Salud a que otorgue cobertura para el acceso al medicamento que requieren) pues carece de facultades para exigir coercitivamente al sistema público de salud, ya que eso incidiría en el ámbito de política pública en salud, las que deben ser definidas por las autoridades del ramo.

Fundamenta este argumento, en un fallo de la Corte Suprema del año 2010 (olvidando, al parecer, la jurisprudencia desde el año 2013), y profundiza en este espiral, señalando que aun si pudiera ordenar la adquisición de este medicamento, no podría obligar a la autoridad a que este fuera ingresado oficialmente al país, ya que no ha sido aprobado por el ISP.

La Corte Suprema en tanto, conociendo la apelación en causa Rol N.º 25.161-2018, dictó sentencia el día 24 de febrero de 2019. En esta, expone toda la jurisprudencia reciente en la cual fija el criterio aplicable, así, en el considerando 10º señala:

“Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, 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.”

Con ese criterio presente, la Corte establece que las consideraciones de índole económica para no otorgar cobertura no pueden amenazar el derecho a la vida de los recurrentes, por lo que el Ministerio y el Fonasa deberán adoptar todas las medidas necesarias para adquirir y suministrar el medicamento a los recurrentes.

Luego, y a modo de epílogo, se hace cargo de algunos de los razonamiento de la Corte de Apelaciones, estableciendo que la imposición de medidas responde a una manifestación de sus atribuciones, y en ningún caso importa, alcanza o define una política pública, sino que, por el contrario, sólo se limita, en virtud del 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.

En otras palabras, la Corte debe velar, en sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, siendo competencia de la autoridad recurrida el modo en que esta habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie.

Luego, tal como hiciera en el fallo de 2da instancia contenido en la ficha N.º 27, eleva la opinión médica por sobre la institucionalidad en tratamientos con medicamentos en Chile, (guías clínicas) así, sostiene que es fundamento suficiente para acoger el recurso el que los médicos lo hayan prescrito, pues ellos están constantemente perfeccionándose y actualizándose, motivo por lo cual resulta acertado entregar la determinación acerca de la procedencia de nuevos tratamientos a los profesionales respectivos, como ocurre en el caso de autos, a pesar de no tener registro sanitario en el ISP.

De este modo, el fallo Causa Rol N° 76405-2016, de 12 de enero de 2017, de la Corte Suprema es un buen exponente de la jurisprudencia del 2013 en adelante, especialmente desde el 2017- en la que ha erigido el Derecho a la vida e integridad física y psíquica como un derecho absoluto- sobre todo porque la sentencia apelada, da cuenta de una tensión evidente en materia de políticas públicas en salud, ya que, una consecuencia natural de acoger los recursos de protección en contra del Fonasa y el Ministerio de Salud, es definir en qué se gastará el erario fiscal.

En relación con la afectación de derechos fundamentales, podemos afirmar que la visión de la Corte en este asunto es radical, al menos así se desprende de las palabras del ministro Sergio Muñoz, presidente de la Tercera Sala de la Corte Suprema, quien, en una entrevista a un diario de circulación nacional, en diciembre de 2018, señalara:

“La Constitución dice que lo más importante es la dignidad de la persona y que el Estado está al servicio de la persona, no la persona al servicio del Estado. Eso nos dice la Constitución, que dentro de las garantías más importantes -salvo que alguien diga lo contrario- está el derecho a la vida, y nosotros estamos para aplicar las garantías constitucionales. Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante es el equilibrio de las finanzas públicas”¹⁰⁷

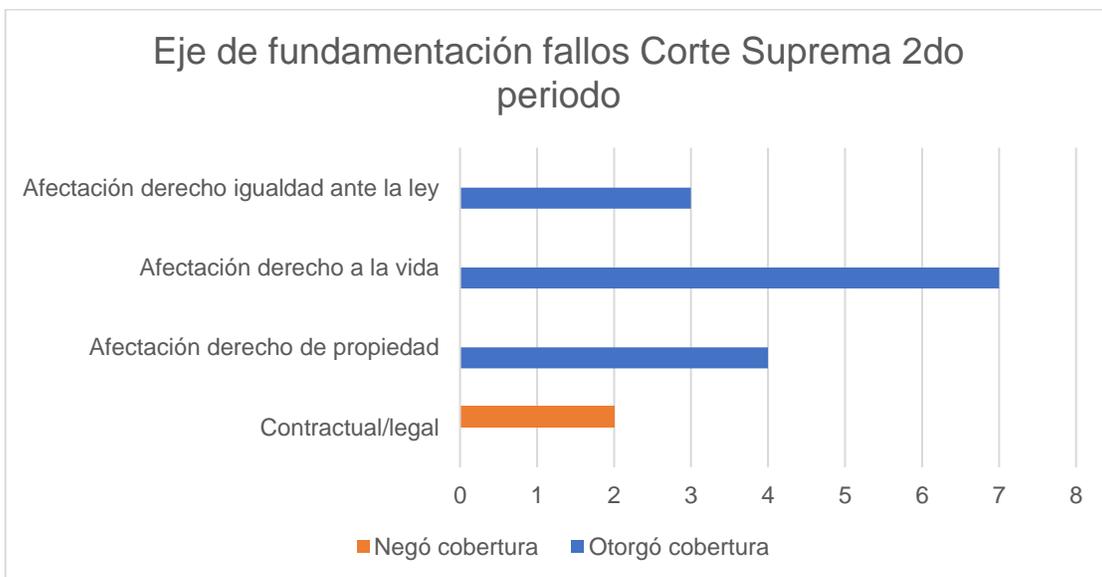
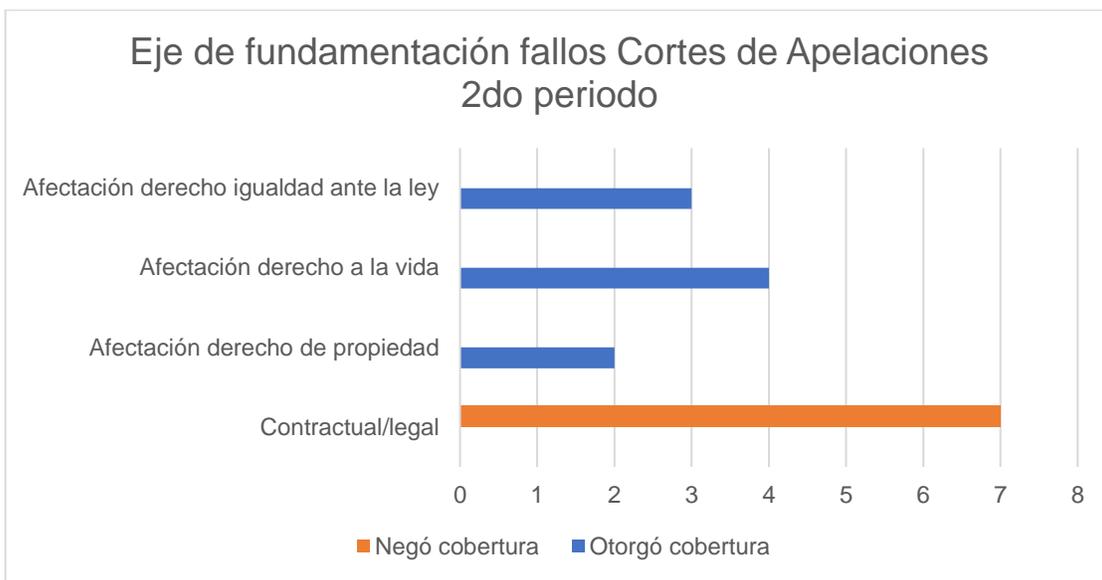
Esta jerarquía que señala el ministro Muñoz, en la que el Derecho a la Vida se encuentra en el tope superior, ha sido el buen árbol al cual se ha arrimado el derecho a la protección a la salud para obtener protección.

Junto con eso, se ha creado un límite jurisprudencial para las negativas de cobertura, las que no pueden poner en peligro la vida de los afiliados y beneficiarios.

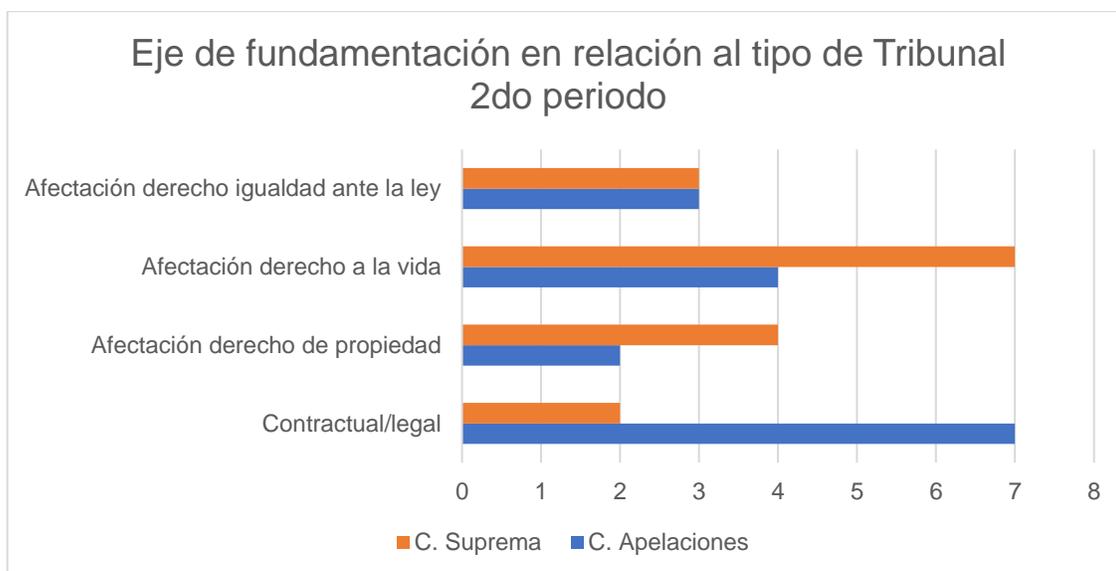
¹⁰⁷ El Mercurio S.A.P, «Presidente (s) de la Suprema defiende fallos que ordenan al Estado financiar tratamientos | Emol.com», Emol, 17 de diciembre de 2018, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/12/17/931082/Presidente-s-de-la-Suprema-defiende-fallos-que-ordenan-al-Estado-financiar-tratamientos.html>.

De este modo, podemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema da cuenta de la existencia del derecho al financiamiento de la prestación de salud, en la medida que dicha prestación sea necesaria para la sobrevivida.

De la revisión de este periodo, podemos afirmar que tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema, cada vez que argumentaron en el eje Contractual/legal, lo hicieron para negar cobertura.



Finalmente, y si bien el derecho a la vida fue el más invocado, también se argumentó lesión al derecho de propiedad e igualdad ante la ley, a diferencia del periodo anterior, donde al menos desde la Corte Suprema, el único derecho fundamental que había declarado lesionado en 2 oportunidades era el derecho de propiedad. (ver gráfico a continuación)



2. Superintendencia de Salud

a. Periodo Legalista y Contractualista

Este periodo, lo hemos definido en virtud de la “razón que decide”, y para el caso de la Superintendencia, va desde el año 2006 hasta el 2014, es decir, es más extenso que con las Cortes. En este periodo, analizamos 13 fallos, y en todos ellos se decidió utilizando un argumento legal y/o contractual y el 77% fueron rechazados.

Es necesario señalar que, durante este periodo, particularmente desde el año 2006 hasta el año 2012, la Superintendencia conocía y resolvía la mayoría de estos casos de negativa de cobertura a prestaciones no aranceladas, a través de un procedimiento administrativo, (no arbitral) por lo que la cantidad de casos arbitrales son muy pocos.

Dicho lo anterior, el primer caso revisado en este periodo es el de la causa Rol N.º 334-2006, de fecha 5 de mayo de 2006.¹⁰⁸ En este, el demandante solicita se ordene a la Isapre de su afiliación que otorgue cobertura al implante coclear que requiere su beneficiario, ya que padece una hipoacusia bilateral severa.

El Intendente de Fondos, aborda la controversia resolviendo primero si acaso existe el derecho a dicha cobertura, para lo cual revisa el plan de salud y luego el arancel Fonasa libre elección, sancionando que la negativa de la Isapre se encuentra justificada normativamente, ya que el demandante no tenía derecho a dicha cobertura. Es decir, el derecho a la cobertura no es contingente, no hay derecho más allá de lo pactado contractualmente y de lo establecido por la ley.

Avanzando en el año 2006, la Intendencia de Fondos decidió que los reclamos sobre cobertura de medicamentos fueran tramitados y resueltos por la vía administrativa, y no por el procedimiento de arbitraje¹⁰⁹, no obstante, mantuvo el mismo razonamiento, así, en las sentencias de los casos Rol N.º 3786-2006¹¹⁰, 6022-2007¹¹¹, 13958-2008¹¹² y 10168-2008¹¹³, estableció que la decisión de la Isapre, de no otorgar cobertura a los medicamentos: Inyección de Avastin, Bosentan, Avastin y Avonex respectivamente, se ajustaba a la normativa vigente, puesto que los planes de salud de los reclamantes no contemplaban cobertura para medicamentos de uso ambulatorio, y no tienen Arancel Fonasa.

Así, llegamos al año 2009, año en el que el medicamento para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente fue incorporado al Arancel Fonasa, y la Superintendencia emitió una circular¹¹⁴ que ordenaba a las Isapres a continuar

¹⁰⁸ Ver Ficha N.º 33.

¹⁰⁹ Tal determinación se lleva a cabo a través de una decisión interna, aprobada en un documento titulado "Criterios para determinar la vía de tramitación". En este documento, se fijan los casos que serán tramitados por la vía de arbitraje, debiendo ser tramitados como reclamo administrativo todos los no incluidos en ese listado.

¹¹⁰ Ver Ficha N.º 35.

¹¹¹ Ver Ficha N.º 36.

¹¹² Ver Ficha N.º 37.

¹¹³ Ver Ficha N.º 38.

¹¹⁴ Circular IF N.º 93, de 2009.

bonificando del mismo modo que lo hacían antes de que el medicamento estuviese arancelado, en la medida de que dicha cobertura fuera superior.

Los reclamos presentados en la Superintendencia de Salud sobre la materia, en los que se alegaba el incumplimiento de la circular IF N.º 93 de 2009 fueron acogidos. Algunos de esos reclamos fueron las causas Rol N.º 10808-2009¹¹⁵ y 14985-2009¹¹⁶, ambos con sentencia el día 14 de agosto de 2009. El argumento para acoger, en ambos casos, fue que se constató el incumplimiento de la circular.

Ahora bien, lo interesante viene dado por la circular, ya que esta establece que:

“2. Cobertura extracontractual

En el evento que para casos particulares determinados, las isapres hubiesen convenido con alguno de sus afiliados, una modalidad de financiamiento para las prestaciones asociadas al tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, deberán continuar otorgando dicha cobertura en la medida que sea superior a la que actualmente contiene el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección. En consecuencia, si el convenio suscrito otorga al tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente una cobertura inferior a la contenida en el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección actualmente vigente, las isapres habrán de otorgar la cobertura financiera en los términos referidos en las instrucciones precedentemente señaladas.”¹¹⁷

Como se puede apreciar, no explica qué razones tiene en consideración para obligar a una Isapre a que siga otorgando *más allá de su propia voluntad* una cobertura que de manera voluntaria había sido otorgada.

La explicación, no obstante, la vimos en otra sede y no en el acto administrativo, sino en los recursos de reclamación y protección revisados en el apartado anterior¹¹⁸, en los cuales el Superintendente, informando en dichos recursos, señala dos cosas fundamentales: La primera dice relación con la naturaleza jurídica del beneficio de mayor cobertura. Al respecto, sostiene que, al tratarse de un beneficio

¹¹⁵ Ver Ficha N.º 39

¹¹⁶ Ver Ficha N.º 40.

¹¹⁷ Circular IF N.º 93, de 2009 numeral 2, del Título II.

¹¹⁸ Ver Fichas N.º 9, 10, 12, 13 y 14.

de seguridad social de índole económico, fundamental para la integridad física y el patrimonio del reclamante, no puede llamársele extracontractual, sino que forma parte del plan de salud.

La segunda, es que se produjo una modificación (unilateral) del contrato, y en este ya se plasmó la voluntad de la Isapre en obligarse.

De un examen rápido, es posible apreciar que carece de validez deductiva la argumentación¹¹⁹, puesto que no sabemos si las premisas son verdaderas, y tampoco se siguen esas conclusiones de las premisas.

Ahora bien, no es objeto de este trabajo la revisión de estas premisas, sino simplemente evidenciar que la decisión tomada en la Circular no es conclusión lógica de las razones dadas.

A nuestro juicio, pareciera que la Circular es fruto de la reacción ante un hecho considerado injusto: “La inclusión de los medicamentos en el arancel Fonasa provocará que la cobertura de estos sea inferior a la que voluntariamente venían entregando las Isapres”. A su vez, evidencia una (de tantas) ruptura en el sistema de aseguramiento de la prestación de salud, como, por ejemplo, la incapacidad o inactividad de la autoridad sectorial para definir las implicancias de la seguridad social en el contrato de salud.

Continuando, es posible señalar que la argumentación de la seguridad social, exhibida en posición de recurrida ante la Corte, fue un paréntesis, ya que esta no fue expresada en los razonamientos de los reclamos posteriores que resolvió.

¹¹⁹ Manuel Atienza, *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, Derecho & Argumentación 2 (Lima: Palestra Editores, 2017), 36-43.

Así, en los casos Rol N.º 8506-2010¹²⁰, 10254-2011¹²¹, 21329-2011¹²² y 13343-2011¹²³, -en los cuales se pide su intervención para que se ordene a la Isapre que otorgue cobertura a los medicamentos Neupogén y Neulastín, Decapeptyl, a la hormona del crecimiento Saizen y Zyvox, respectivamente- vuelve simplemente a revisar el plan de salud y el arancel Fonasa libre elección, determinando que no es reprochable que la Isapre niegue cobertura.

En esta misma línea, pero con mayor argumentación, llegamos a la sentencia del caso Rol N.º 23060-2013, de 11 de febrero de 2014¹²⁴. El hecho de este caso es la negativa de cobertura GES y/o GES-CAEC, para los gastos del medicamento “Etanercept” indicado a la demandante, por no estar garantizado en el Listado de Prestaciones Específicos ni en la Guía Clínica para el problema de salud que padece, no obstante, la Isapre accede a otorgar una cobertura extracontractual equivalente a un 50% con tope de \$280.000 pesos, evaluable cada de 3 meses

El Intendente de Fondos, resolviendo el caso, analiza la satisfacción de aspectos formales, así, concluye que el medicamento no está comprendido en la canasta para el problema de salud, luego revisa la guía clínica y señala que está incorporado, empero no cumple los requisitos de la Circular IF N.º 7 de 2005, por lo que, en definitiva, no corresponde se otorgue cobertura.

A nuestro juicio, tal conclusión es una interpretación extremadamente restrictiva de la normativa, ya que aplicar el razonamiento recién expuesto, hace que la cobertura GES-CAEC para medicamentos sea sólo aplicable en ciclos de quimioterapia, en circunstancias que el Compendio de Beneficios, en lo referente a la cobertura GES-CAEC señala que está será aplicable a las prestaciones

¹²⁰ Ver Ficha N.º 41.

¹²¹ Ver Ficha N.º 42.

¹²² Ver Ficha N.º 43.

¹²³ Ver Ficha N.º 44.

¹²⁴ Ver Ficha N.º 45. Con este caso, la materia de cobertura a medicamentos y prestaciones no arancelados vuelve a ser conocido y resuelto a través del procedimiento de arbitraje.

contempladas en las Guías Clínicas y que no estén en el listado de prestaciones¹²⁵, puesto que la finalidad es justamente ampliar (y no restringir) la cobertura.

Otro elemento interesante del fallo se da en la sentencia del recurso de reposición, -que es conocido por el mismo Intendente de Fondos¹²⁶- en el que, no solo se rechaza el recurso, sino que se establece, en el considerando 6º: *“Que, en consecuencia, ni el contrato de salud suscrito ni la normativa vigente contemplan la obligación de Consalud de otorgar cobertura al medicamento reclamado, careciendo este Organismo de atribuciones para obligarla a otorgar un financiamiento que vaya más allá de lo que ella ha ofrecido voluntariamente.”*

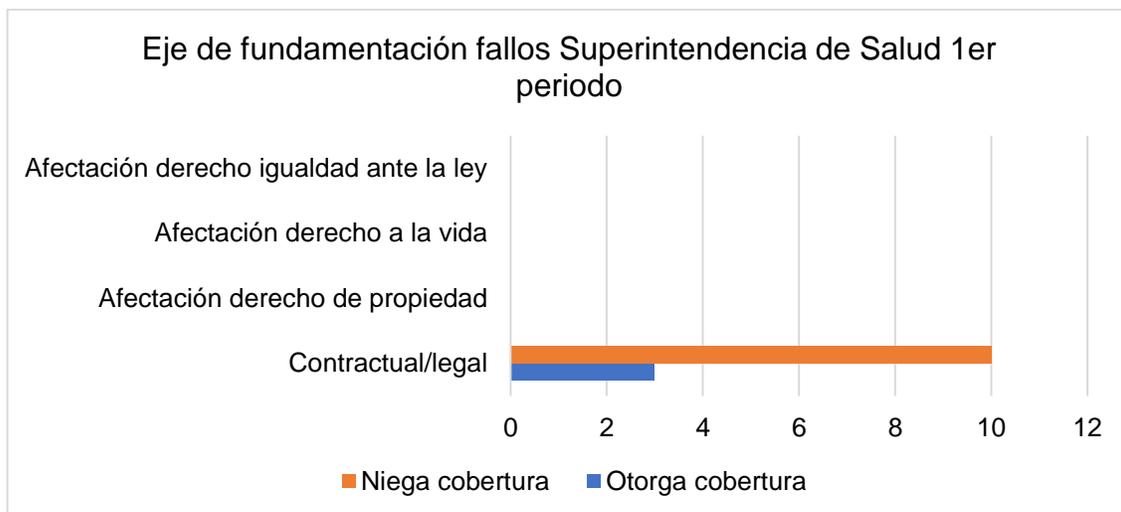
Dicho de otro modo, el Intendente de Fondos sostiene que sus facultades de interpretar y crear reglas sobre la materia, además de poder resolver controversias de cobertura en prudencia y equidad, no resultan suficientes para establecer en un caso puntual la obligación de la Isapre de bonificar determinada prestación, lo cual nuevamente es una interpretación muy restrictiva, pero ahora respecto de sus propias atribuciones.

No obstante, el fallo anterior, desde una mirada histórica, terminó siendo un punto de inflexión, ya que, de aquí en más, el encuadre de razonamiento que utilizará la Superintendencia incorporará elementos “extracontractuales”, para reinterpretar en definitiva el contrato de salud.

Resumiendo, podemos señalar que se negó la cobertura en el 77% de los casos revisados y el eje de fundamentación se inclinó completamente hacia Contractual/legal, y si bien hubo algunas argumentaciones de Seguridad Social, estas fueron de todos modos encuadradas en la ley del contrato.

¹²⁵ «Compendio de Beneficios», cap. VI de las Garantías Explícitas en Salud, título II, Complementariedad GES-CAEC, letra b), accedido 21 de febrero de 2019, http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-6674_recurso_1.pdf.

¹²⁶ DFL N° 1, de 24 de abril de 2006. Art 118.



b. Periodo de los Derechos Fundamentales

Este periodo, que va desde el año 2015 hasta 2018¹²⁷, se caracteriza por la paulatina incorporación de derechos fundamentales en el análisis de las controversias por parte de la Superintendencia de Salud, así como una nueva interpretación del contrato de salud.

Esta nueva interpretación, recoge elementos de la seguridad social, lo que le permite establecer límites a la autonomía de la voluntad, principalmente a través de la aplicación de un enfoque finalista de un contrato de salud inserto en la seguridad social.

En este periodo se revisaron 11 casos, de los cuales el 73% fue acogido, y de ese porcentaje, el 62,5% fue justificado en la lesión del derecho a la vida e integridad física y psíquica.

El primer caso que revisaremos es el Rol N.º 250446-2015, de 13 de abril de 2015¹²⁸, en el que la Isapre niega cobertura GES, GES-CAEC y del plan de salud al medicamento “Azacitidina” que requiere el demandante para el tratamiento de

¹²⁷ Tal como se indicó previamente, se revisó también jurisprudencia del año 2019 y 2020, la que mantiene la misma tendencia de los fallos estudiados en este trabajo.

¹²⁸ Ver Ficha N.º 46.

Leucemia Mieloide Aguda que padece, por ser de administración ambulatoria, sin embargo, ofrece cobertura extracontractual.

La Intendente de Fondos aborda el tema haciendo una revisión de la normativa, concluyendo que, el medicamento en cuestión no se encuentra garantizado por la GES, y que, a su vez, no se encuentra en la guía clínica para el problema de salud, por lo que no tiene cobertura GES-CAEC, y tampoco se encuentra arancelado por Fonasa ni por la Isapre, por lo que tampoco tiene cobertura del plan de salud.

Hasta aquí, la matriz de solución es la misma que en el periodo anterior, pero la innovación se produce al interpretar ampliamente las condiciones de operatividad de la CAEC para medicamentos ambulatorios, así, analiza la finalidad terapéutica del medicamento, concluyendo que tiene acción citotóxica, y por tanto merece cobertura CAEC, lo que refuerza a su vez cuando señala que lo importante del medicamento, en aras de obtener cobertura CAEC es que se utilice en el tratamiento del cáncer y no su naturaleza y/o mecanismo de acción, es decir, aplica una interpretación finalista por sobre la legalista formal, que hubiese exigido entender los requisitos de la CAEC como *numerus clausus*.

Continúa con esta nueva forma de abordar las controversias, en causa Rol N.º 100674-2015, de fecha 3 de diciembre de 2015¹²⁹. En este también se pide la intervención de la Superintendencia para que ordene a la Isapre de su afiliación que otorgue cobertura GES, o GES CAEC a un medicamento que requiere el demandante para el tratamiento de un cáncer a la próstata que padece.

En esta oportunidad, la Intendente de Fondos revisa la pertinencia terapéutica, concluyendo que el medicamento es justificado desde el punto de vista sanitario, pero que de todos modos no se encuentra garantizado para el problema de salud, y tampoco se encuentra en las guías clínicas, por lo que no tendría cobertura GES

¹²⁹ Ver Ficha N.º 47.

ni GES-CAEC, y, además, sostiene que no es aplicable la CAEC en contexto de un tratamiento de una patología GES¹³⁰.

No obstante, en un giro argumental, establece en el considerando 9º¹³¹ que la interpretación anterior nos llevaría al absurdo de que la incorporación de un beneficio (GES) priva del ejercicio de otro beneficio (CAEC), quedando en una peor posición el afiliado, lo cual es un injusto que debe ser subsanado.

De este modo, aplica nuevamente una interpretación finalista de la normativa, considerando a su vez, que la finalidad es poder acceder a la mejor cobertura disponible, y si bien, a nuestro juicio la dicotomía sólo existe en la equivocada interpretación que inicialmente sugiere la Intendenta, lo revierte fallando en prudencia y equidad¹³², otorgando cobertura CAEC.

¹³⁰ Esta es una interpretación errada de la normativa, ya que el numeral 6 del artículo I, del Anexo de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, contenido en el Compendio de Beneficios elaborado por la Superintendencia de Salud, establece que: *“Las siguientes prestaciones se excluyen de esta Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas: - Las prestaciones derivadas de problemas de salud que reúnan las condiciones exigidas para ser cubiertas por el Régimen General de Garantías en Salud-GES.”* y uno de los requisitos para que un medicamento sea cubierto por el GES, es que se encuentre en el listado de prestaciones específico del problema de salud, por lo que, si no se encuentra en el listado, no es susceptible de ser bonificado por la GES y por tanto no caería en la hipótesis de exclusión de cobertura CAEC.

¹³¹ Sentencia en causa Rol N.º 100674-2015, de fecha 3 de diciembre de 2015. Considerando 9º: *“Que, la aplicación estricta de las disposiciones normativas contenidas en la Ley N° 19.966 y en las normas reguladoras del beneficio catastrófico GES-CAEC, determinarían, en principio, que el medicamento en cuestión no debería recibir ninguno de estos beneficios.*

Sin embargo, esta Jueza puede advertir que dicha interpretación genera el absurdo de privar al afiliado de acceder a una cobertura financiera mayor frente a un evento catastrófico, por la sola circunstancia que el problema de salud que le afecta ha sido incluido -por mandato de la Autoridad Sanitaria- dentro del Régimen de Garantías Explícitas en Salud, trastocando los fines y objetivos previstos al tiempo de establecer tales beneficios.

En efecto, la instauración del Régimen legal de Garantías Explícitas en Salud tuvo en vista que los beneficiarios de las ISAPRES pudieran acceder a una cobertura financiera mayor para ciertos problemas de salud, al punto que no le cause una catástrofe financiera; mientras que la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) ha tenido siempre la finalidad manifiesta de evitar, también, desgracias financieras para las personas que deben enfrentar enfermedades cuyo tratamiento resulta de alto costo.

¹³² Esto porque entiende que hace aplicable un beneficio que, en virtud de la normativa vigente, no tendría aplicación, es decir, falla contra norma. Así, en el considerando 9º: *“Que, la aplicación estricta de las disposiciones normativas contenidas en la Ley N° 19.966 y en las normas reguladoras del beneficio catastrófico GES-CAEC, determinarían, en principio, que el medicamento en cuestión no debería recibir ninguno de estos beneficios.”* Y el considerando 12º: *“Que, por lo tanto, a la luz del*

Sobre este fallo, la Isapre recurrió de reposición y de apelación, perdiendo en ambas instancias. De estas sentencias, destaca la de apelación, pero dado que su fecha de dictación es 31 de mayo de 2017, la analizaremos después, ya que parte de las conclusiones de este estudio, es que la fecha de dictación es determinante para analizar la argumentación utilizada para resolver los casos.

El segundo caso para revisar de este periodo da cuenta ya de una total apertura a analizar y resolver las controversias considerando las posibles garantías constitucionales eventualmente lesionadas. Se trata del Rol N.º 11288-2016, de 13 de octubre de 2016¹³³. En este, se pide la intervención de la Superintendencia para que ordene a la Isapre otorgar cobertura a un medicamento ambulatorio: “Hizentra” que tiene la ventaja sobre el actual tratamiento de tener menos riesgo de producir reacciones alérgicas y que no requiere de hospitalización, ni el suministro de otros medicamentos para atenuar los efectos secundarios de la actual terapia.

La Intendenta de fondos, luego de constatar que el medicamento no tiene cobertura en el plan de salud de la demandante -por no contemplar cobertura para medicamentos ambulatorios- ni tener arancel Fonasa, señala que la única forma de otorgar cobertura al medicamento sería que la demandante se hospitalizara, lo cual implicaría someterla a un riesgo imprudente, lo que además significaría un mayor perjuicio económico para la Isapre. De este modo, cierra ese argumento reafirmando la conveniencia económica de bonificar el medicamento de administración ambulatoria para la Isapre, y la conveniencia para la demandante de recibirla en aras a mejorar su calidad de vida, es decir, ofreciendo una solución enmarcada en lo que podríamos llamar una “*win situation*”.

considerando precedente, y teniendo presente lo expuesto, en cuanto resultaría ilógico que, frente a un caso concreto, la unión de ambas modalidades de financiamiento (esto es GES y CAEC) implique privar y/o disminuir la cobertura financiera a que debería acceder un beneficiario si éste sólo tuviere derecho a la cobertura catastrófica, en prudencia y equidad, ésta Sentenciadora concluye que el medicamento Abiraterona, le cabe cobertura CAEC, conforme al plan de salud pactado, bajo el ítem “Quimioterapia administradas en ciclos”, y prescrito por el prestador Red que para tales efectos designó la Isapre demandada.”

¹³³ Ver Ficha N.º 49.

En otra línea argumental, señala que no puede dejar de considerar que el derecho a la vida considera el que esta se desarrolle en un ambiente material y espiritual coherente con la de dignidad del ser humano.

Luego, sostiene que no puede soslayar el hecho de que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social y que tiene por objeto asegurar el financiamiento de prestaciones de salud, por lo que sería superfluo si no da solución a su razón de ser.

Prosigue señalando que en el caso que resuelve, se encontrarían en riesgo el derecho a la vida y a la protección de la salud, y:

“Así las cosas, siendo la igualdad y la dignidad humana el fundamento del derecho a la protección de la salud invocado, sería contrario a las pretensiones de equidad propias del Estado que esta Juez no emitiera pronunciamiento alguno respecto de la cobertura solicitada, pese a la falta de codificación de la misma tanto en el Arancel de la Isapre como en el Arancel de Referencia del Fondo Nacional de Salud; pues, de ser así, no se estaría dando cumplimiento cabal al mandato constitucional de actuar como garante en materia prestacional.”¹³⁴

Como vemos, la Intendenta de Fondos establece que no puede simplemente limitarse a constatar que la prestación no está arancelada, como lo había venido haciendo al menos desde el 2006, sino que debe ir más allá.

A continuación, establece una máxima: el derecho a la protección a la salud es *erga omnes* y de eficacia horizontal, y que, dada su posición de operador gubernamental es su obligación velar por su aplicación, cumplimiento, eficacia y no infracción¹³⁵, por lo que debe adoptar las medidas necesarias para que se cumpla el mandato constitucional.

¹³⁴ Sentencia en Causa Rol N.º 11288-2016, de 13 de octubre de 2016. Extracto del considerando 11º.

¹³⁵ Ibidem. Considerando 12º.

Cierra el punto, señalando que debe tomar las medidas necesarias para otorgarle al paciente una protección integral y una calidad de vida apropiada, atendiendo su condición de salud, so pena de privar de eficacia las garantías constitucionales.

No obstante, ya en el epílogo del fallo, tiene a bien el señalar que la negativa de cobertura dispuesta por la Isapre puede considerarse “*lícita*” (sic), pero resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho.

Finalmente, y habiendo ponderado todos los elementos allegados al proceso conforme a las reglas de la sana crítica¹³⁶, ordena a la Isapre otorgar la cobertura como si se tratara de una prestación hospitalaria.

Lo primero que podemos decir de este fallo es que posee un razonamiento completamente opuesto al que venía mostrando la Intendencia de Fondos hasta este momento -pasando del punto A al punto B sin un punto intermedio, más allá de lo sugerente de la visión finalista incorporada en el fallo anterior revisado- ya que nunca había querido abordar este tipo de controversias más allá del arancel Fonasa y el de la propia Isapre, limitándose a señalar que no había reproche que hacer ante la negativa de cobertura.

Lo segundo que llama la atención es la lluvia de ideas utilizada para analizar la situación y finalmente ordenar dar cobertura. En este sentido, da argumentos económicos, de orden público, de supremacía constitucional, de seguridad social, para luego afirmar que la Isapre actuó lícitamente (sic) al negar cobertura, pero que de todos modos “*resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho latamente analizados*”.

Destacamos el cambio de criterio, ya que, de ahora en más, la Superintendencia no debería limitarse sólo a constatar si la prestación se encuentra o no arancelada

¹³⁶ Ibidem. Considerando 14º

cuando le soliciten su intervención en la materia, sin embargo, es un mal fallo a nuestro juicio.

Esto, debido a que no cierra ninguna de las premisas utilizadas en su argumentación, sino que las acumula y luego concluye, no entregando claridad respecto del significado (y sus consecuencias) que tiene el que ahora establezca que el contrato de salud es un contrato inserto en la seguridad social, cuya finalidad es proteger el derecho a la vida y que su rol, en tanto operador gubernamental es el de velar por la eficacia del derecho a la protección de la salud.

Intentando ordenar las ideas, y haciendo una interpretación de buena fe, es posible señalar que la Superintendencia reconoce que su rol no se agota ni puede agotarse en constatar si la prestación está o no arancelada. Esto, por cuanto la cobertura financiera permite el acceso a dicha prestación, y de esa prestación, puede o no, depender la vida de quien reclama, y como tiene un deber especial para con el respeto del derecho a la protección de la salud- que entiende ligado al derecho a la vida - debe verificar en concreto que no se produzca una vulneración.

En relación al contrato de salud establece que se trata de un contrato previsual inserto en la seguridad social, cuya finalidad es asegurar el financiamiento de prestaciones de salud, no pudiendo abandonar dicho objeto, y en ese sentido, el rol del arancel libre elección del Fonasa, es de piso mínimo de cobertura, no máximo.

De este modo, podemos afirmar que, para la Intendencia de Fondos, en lo que llevamos revisado, el derecho a la protección de la salud está estrechamente relacionado con el derecho a la vida, y la cobertura de prestaciones de salud es la finalidad del sistema, por lo que debe cumplirse especialmente cuando se pone en riesgo la vida de las personas.

Resta, no obstante, entender bien en qué posición queda la Isapre, ya que por una parte se dice que es lícita (creemos que quiso decir legítima) la negativa de cobertura, puesto que su fundamento es la normativa vigente, y por otro, se dice que negarla es atentatorio contra la finalidad del sistema y lesiona derechos.

En este sentido, creemos que, la aplicación de un juicio de ponderación, como el propuesto por Alexy¹³⁷, entendiendo esto como un conflicto de principios¹³⁸, o usar con propiedad la interpretación del propio Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la salud, podría servirle, en clave de proporcionar una estructura argumentativa que permita predicar racionalidad del resultado, a la vez que robustecerlo.

En la misma línea de este fallo, se encuentra la sentencia de apelación que habíamos dejado pendiente (del caso Rol. N. °100674-2015) en razón de la fecha de dictación, ya que fue dictada el 31 de mayo de 2017. Destacamos del fallo que se sostenga y reitere que la correcta forma de interpretar la contra excepción de la cobertura CAEC a medicamentos ambulatorios, es que dichos medicamentos sean utilizados en el tratamiento del cáncer, independiente de su acción.

Reitera también que debe sostenerse una interpretación que haga compatible la CAEC con la GES, ya que la creación de esta última fue para mejorar un acceso a prestaciones de salud, no para dificultarlo.

Finalmente, lo más interesante del fallo de apelación, es que el Superintendente ofrece una interpretación del contrato de salud, indicando su finalidad y sus límites, así en el considerando 8º de esa sentencia, sostiene:

“Que, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo -no máximo- el Arancel del Fonasa para la Modalidad Libre Elección.

¹³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 81-82, 89-98.

¹³⁸ La propuesta de Alexy es entender las normas *iusfundamentales* como mandatos de optimización, vale decir, su cumplimiento se efectuará en la mayor medida de lo posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que tengan relación al caso. En caso de conflicto entre dos mandatos de optimización, la contradicción será solucionada mediante un juicio de ponderación entre los dos principios que entren en conflicto, atendiéndose a las circunstancias del caso. Adicionalmente, y en particular sobre entender las normas constitucionales como principios, ver también Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica Cuadernos Cívitas*, trad. Arantxa Azurza, illustrated, reprint (Civitas, 1985), 39.

Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsual pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.

En éste contexto, el derecho a la protección de la salud, que, como se sabe, se encuentra consagrado en el artículo 19° N° 9 de nuestra carta fundamental, no puede verse satisfecho con la mera suscripción de un contrato de salud, ya que eso significaría establecer que el medio (el contrato) sería el fin en sí mismo y no el derecho garantizado, a saber, la protección de la salud, que a su vez tiene como fin último, la protección al derecho a la vida.”

De este modo, podemos señalar que se comienza a consolidar una jurisprudencia que evalúa las controversias teniendo en consideración que la finalidad última del sistema de aseguramiento de la prestación de salud es la protección del derecho a la vida, mediado por el contrato de salud, así se observa también en los casos Rol N.º 2012912-2015, cuya sentencia es de fecha 22 de marzo de 2017¹³⁹ y el caso Rol N.º 2009898-2015, de 6 de junio de 2017¹⁴⁰.

Y si bien, a fines de 2017 y comienzos de 2018, hubo 2 sentencias¹⁴¹ que hicieron creer que se retomaba la visión legalista y contractualista, a fines del 2018¹⁴² se retoma el criterio, de fallar en prudencia y equidad, justificando la orden de dar cobertura a medicamentos ambulatorios, en razón de la protección de la salud y del derecho a la vida, entendiendo para ello que el contrato de salud es de seguridad social y por tanto su finalidad es asegurar el financiamiento de prestaciones de salud.

Antes de concluir este apartado, nos parece pertinente señalar que, a nuestro juicio, la posibilidad de fallar en prudencia y equidad, es una autorización normativa que puede servir justamente para abordar las controversias desde una óptica de protección y respeto de derechos fundamentales, recogiendo jurisprudencia

¹³⁹ Ver Ficha N.º 50.

¹⁴⁰ Ver Ficha N.º 51.

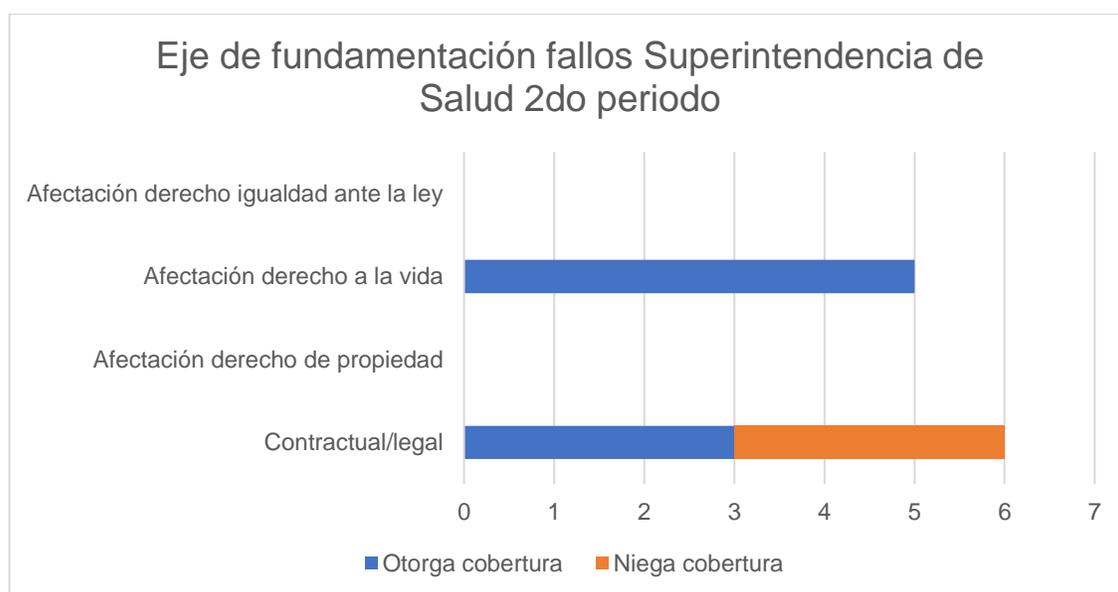
¹⁴¹ Ver Fichas N.º 52 y 53.

¹⁴² Ver Fichas N.º 54 y 55.

nacional e internacional, pudiendo incluso ejercer un control de convencionalidad, mas, creemos que ha sido subutilizada, eligiendo su aplicación como una especie de comodín para, ante un injusto, justificar el fallar absteniéndose de aplicar una norma.

De tal modo, que, desde la perspectiva de la propia Superintendencia, sus sentencias en prudencia y equidad se hacen en la conciencia de estar fallando contra norma, y para nosotros en cambio, están fallando una controversia de principios, estando facultados para aquello.

Resumiendo, es posible apreciar que los números de este periodo arrojan que los ejes elegidos para fallar las controversias fueron dos: Contractual/legal y Afectación derecho a la vida, y nunca se negó cobertura cuando se fundamentó en función de esta última categoría¹⁴³.



¹⁴³ Debemos, eso sí, precisar el alcance de nuestra conclusión, estableciendo que se trata de una tendencia dado el volumen de casos revisados, por lo que no es posible ser categóricos respecto a sus resultados. Ahora bien, es necesario señalar también que, la revisión de casos fue altamente superior a la selección de estos para efectos del presente estudio, y uno de los criterios de selección fue la utilidad de la argumentación utilizada, por lo que, en lo que respecta al resultado de las sentencias: acoger o rechazar, este estudio sí es representativo.

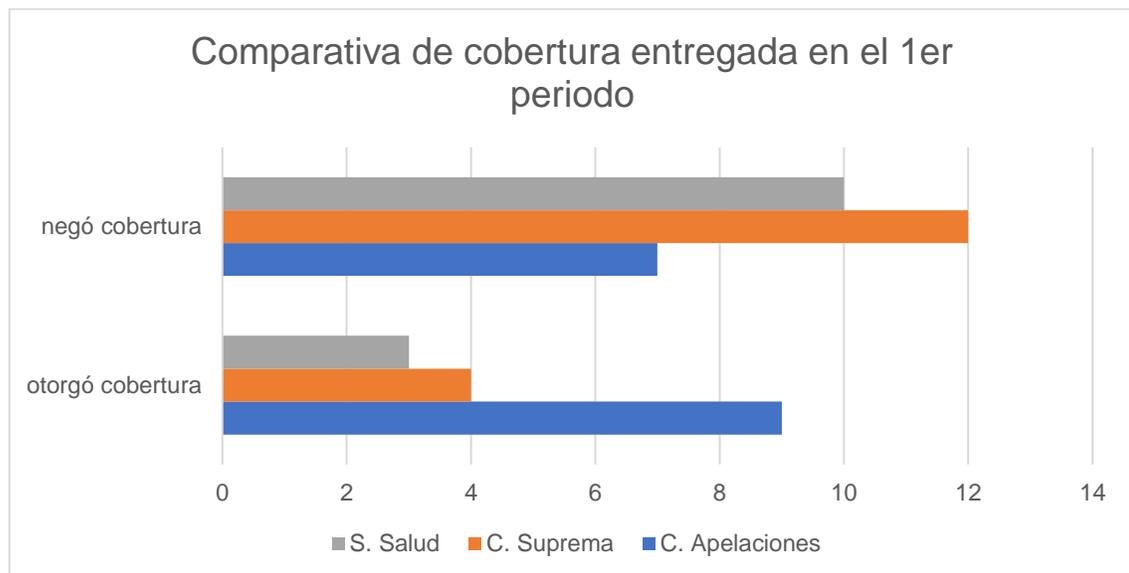
3. Comparativa entre los fallos de Cortes y la Superintendencia de Salud

a. Periodo Legalista y contractualista

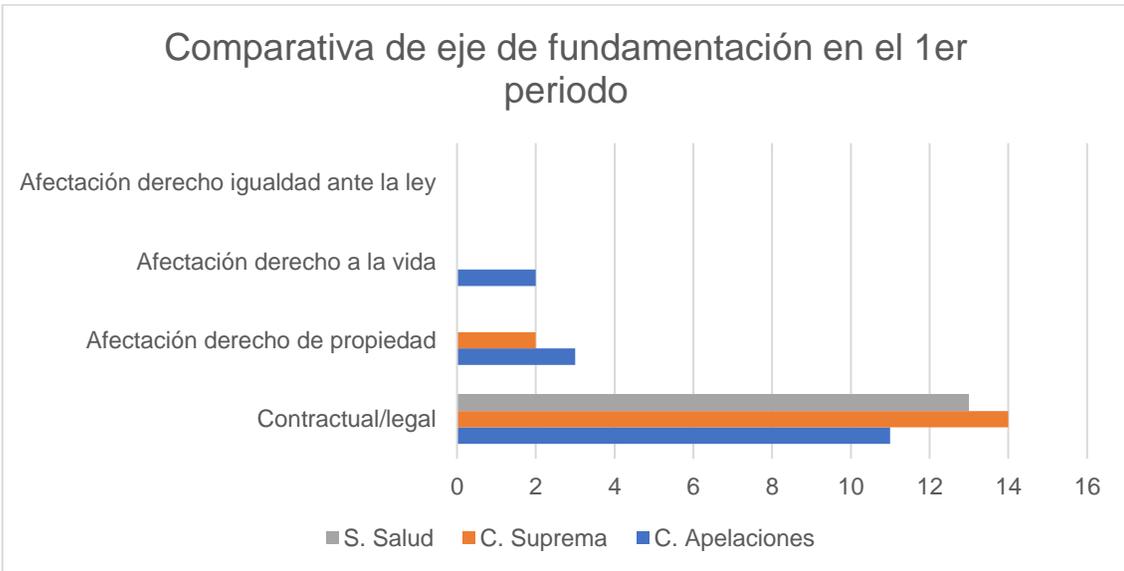
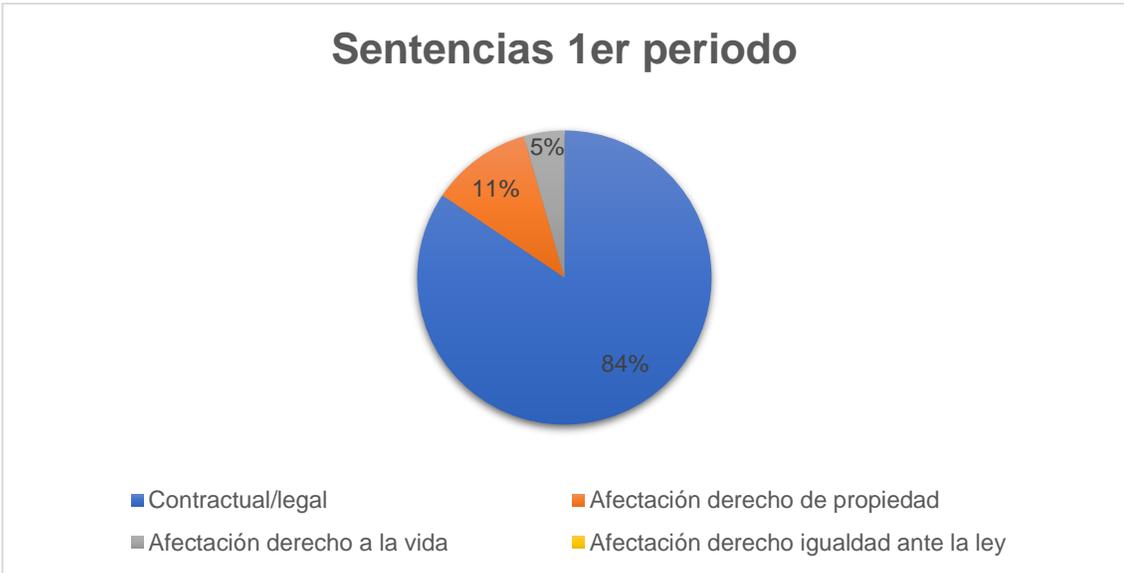
Es necesario recordar que este periodo, para las Cortes, duró hasta el año 2011, en cambio para la Superintendencia, hasta el año 2014.

Hasta el año 2014, la Superintendencia nunca analizó las controversias desde la posible afectación de derechos fundamentales y rechazó el 77% de las solicitudes de cobertura. Algo muy similar al comportamiento de la Corte Suprema, hasta el año 2011, la que de los 16 casos que revisamos, rechazó la cobertura en el 75%.

Las Cortes de Apelaciones en cambio, mostraron un porcentaje de aceptación y rechazo idéntico entre periodos, cambiando solamente el eje de fundamentación utilizado. El porcentaje de aceptación fue de 56%.

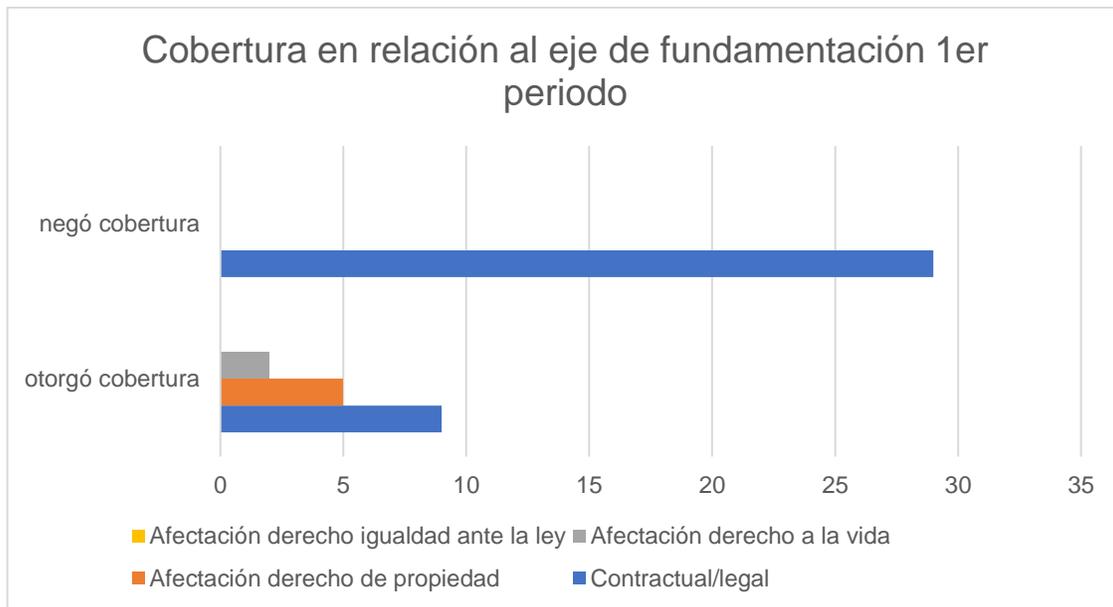


Respecto de la fundamentación utilizada, la mayoría de los casos analizados, tanto de las Cortes como de la Superintendencia de Salud, se concentran en el eje Contractual/legal, mostrando algo de dispersión las sentencias de las Cortes de Apelaciones, que fundamentaron en afectación de derechos fundamentales el 31% de las veces, representando el 71% de las sentencias favorables que fallaron.

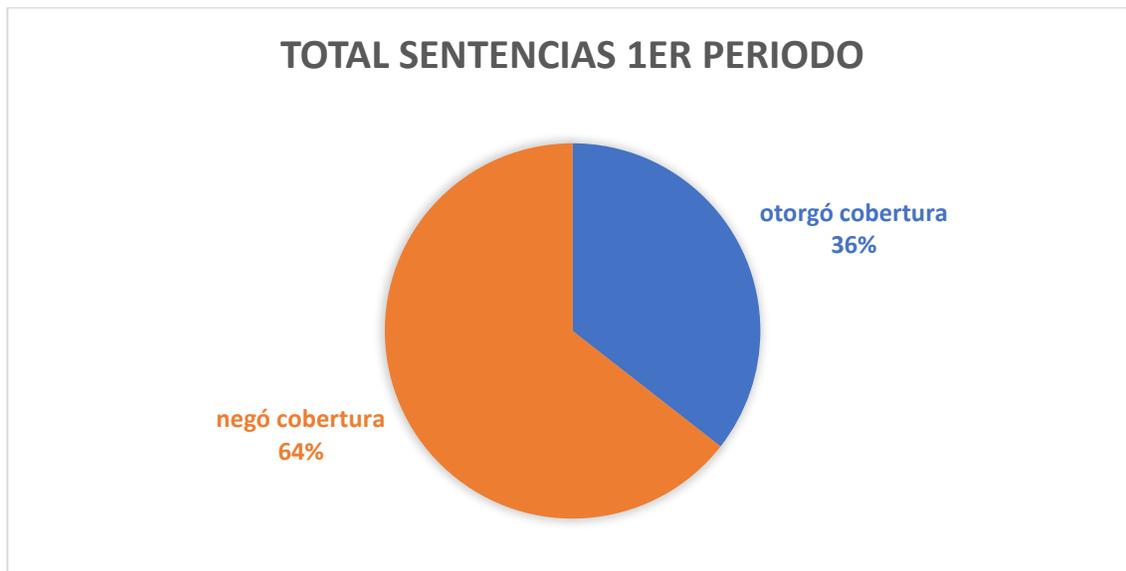


Podemos señalar entonces, que a medida que se justifica el fallo en la normativa y o el contrato, se tiende a rechazar más las solicitudes, tanto así que no hay negativas de cobertura que se fundamenten en derechos fundamentales.

Esto se debe principalmente a que si bien hubo casos en los que se analizó si acaso había existido afectación de derechos y su conclusión fue negativa, decidieron en función de la reafirmación de la normativa vigente, tanto del procedimiento de protección, como de las leyes de fondo.



De un total de 45 casos analizados en este periodo, se rechazó la cobertura en 29 oportunidades, representando el 64%

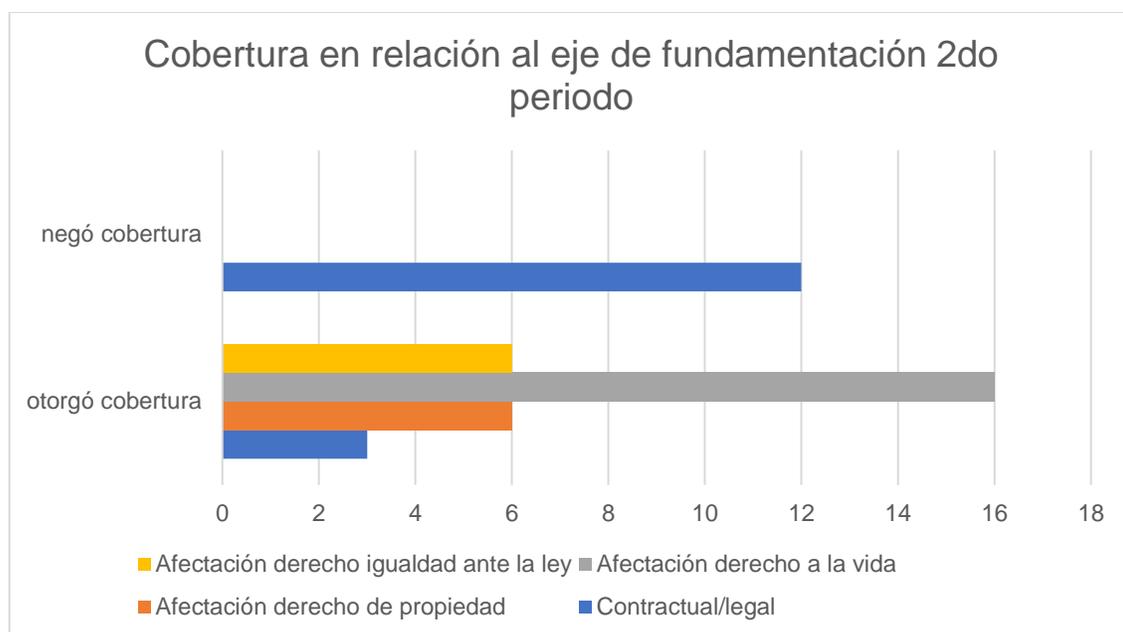


b. Periodo de los Derechos Fundamentales

Tal vez uno de los hechos que podría explicar el cambio de razonamiento de la Superintendencia de Salud, de manera tardía en comparación a la Corte Suprema principalmente, es el cambio de Superintendente que se produjo en marzo del año

2014, ya que tanto en esta materia, como en el alza de prima ges de 2016, hubo un cambio de criterio, aplicando en ambos casos, mayor apertura para incorporar la posible afectación de derechos fundamentales.¹⁴⁴

En este periodo, al igual que en el anterior, las negativas de cobertura se dieron sólo en los casos de fundamentación en el eje contractual/legal, pero es interesante que, en este periodo, ni las Cortes de Apelaciones ni la Suprema, hayan justificado otorgar cobertura en función de ese eje, es decir, las únicas coberturas otorgadas bajo ese razonamiento son de la Superintendencia de Salud.

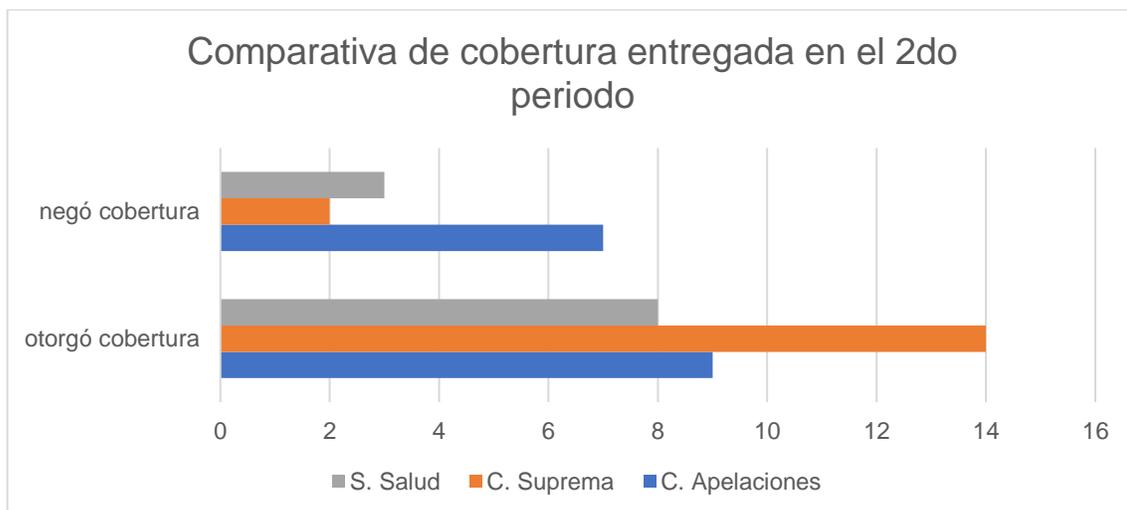


En este periodo, se polarizaron un poco las fundamentaciones, siendo los ejes Contractual/legal y Afectación del derecho a la vida los más frecuentes, pero si consideramos la definición del periodo, el 65% de las sentencias totales de este periodo, fueron justificadas en función de una lesión de derechos fundamentales. (ver gráfico a continuación)

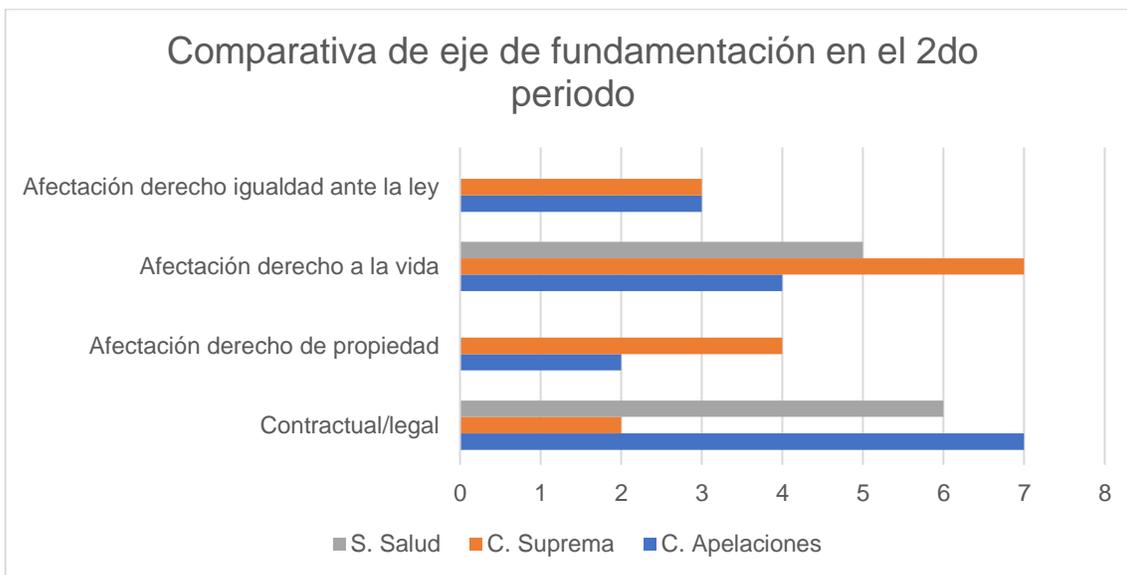
¹⁴⁴ Ver Nota en Diario La Tercera: <https://www.latercera.com/noticia/estudio-muestra-critica-vision-de-usuarios-sobre-isapres-y-fonasa/> año 2015, accedido en diciembre de 2019.



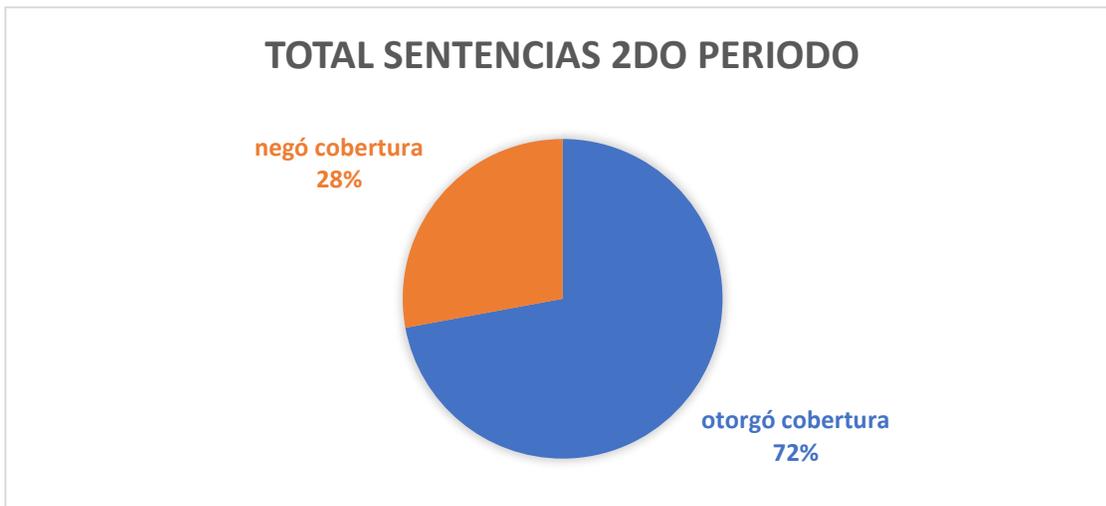
Como ya dijimos en el apartado anterior, las Cortes de Apelaciones mantuvieron su tasa de aceptación y rechazo, y las que se invirtieron prácticamente, fueron las de la Corte Suprema y la Superintendencia de Salud. La primera, pasó de otorgar cobertura en el 25% de los casos, a otorgarla en el 87,5%, siendo el 50% de esos casos, en función de la afectación del derecho a la vida y la Superintendencia en tanto, pasó de otorgar cobertura en el 23% de los casos, a otorgar en el 73%, siendo en el 62,5% de ellos, por afectación al derecho a la vida.



Para la Superintendencia, el único derecho fundamental invocado, en clave de poder referirse a su afectación, es el derecho a la vida, siendo más preponderante, no obstante, el eje Contractual/legal, al igual que para las Cortes de Apelaciones, si es que se desagrega por cada eje. Para la Corte Suprema en tanto, las negativas de cobertura a prestaciones no aranceladas, especialmente medicamentos, fueron controversias en las que se estaba afectando principalmente el derecho a la vida.



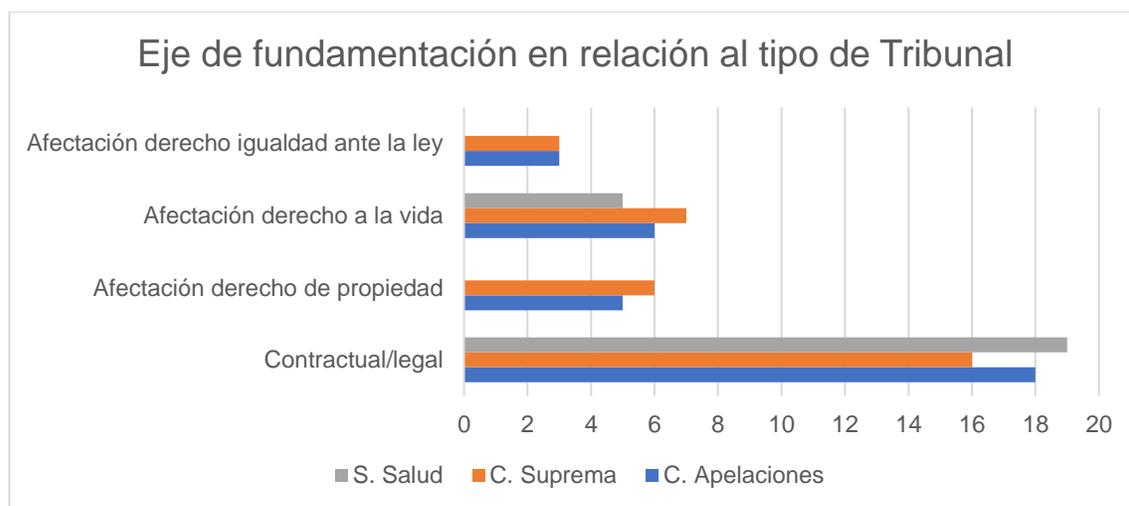
Finalmente, en este periodo, se otorgó cobertura en 31 de los 43 casos analizados, doblándose el porcentaje del periodo anterior.



c. De todo el periodo analizado en general

Es posible apreciar entonces, las tendencias en relación a la fundamentación y a la cobertura entre estos 2 periodos, que tienen consecuencias muy parecidas tanto para la Corte Suprema como para la Superintendencia de Salud, ya que en ambos casos se pasó de privilegiar fuertemente el razonamiento normativo, a utilizar como razón para decidir la afectación del derecho a la vida de manera más preponderante, lo cual repercutió considerablemente en sus tasas de otorgar cobertura.

Las Cortes de Apelaciones en tanto, si bien mantuvieron su tasa de otorgamiento de cobertura, incorporaron también fuertemente como criterio para decidir la afectación de derechos fundamentales, de hecho, cada vez que se razonó en función de esa categoría en el segundo periodo, terminó otorgando cobertura, y cuando aplicó el criterio normativo, la negó.



Dadas las comparaciones realizadas, es posible descartar una idea que fuera esbozada al comienzo de esta investigación, en relación a la posibilidad de que existiese una especie de paralelismo consciente entre los Tribunales. Los hallazgos de este estudio sugieren más bien que cada Tribunal (incluido la Superintendencia para estos efectos) ha ido configurando su propia jurisprudencia en torno al tema elegido.

Destacamos a su vez, que la deferencia de las Cortes hacia la opinión de la agencia prácticamente no existe, lo cual daña en parte, a nuestro juicio, la institucionalidad en materia de salud, ya que las Cortes enfrentan las controversias con demasiada libertad, erigiéndose en no pocas veces, como un supramédico cuando no un supralegislador, afectando con ello el sentido y alcance de las políticas públicas en salud.

En la actualidad, tanto Corte Suprema como Superintendencia de Salud, están fallando de manera similar, en tanto que las Cortes de Apelaciones, tal vez por ser muchas, presentan mayor dispersión, no obstante, cuando el asunto es tratado como afectación de derechos fundamentales, otorgan cobertura.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La pregunta por el contenido del derecho a la protección a la salud se formuló teniendo como contexto la petición de cobertura financiera a prestaciones que no tenían arancel, es decir, prestaciones que, en principio, no tenían derecho a ser bonificadas, puesto que como ya hemos visto, la normativa establece la facultad de las Isapres para excluir de cobertura las prestaciones que no han sido aranceladas por el Fonasa y este a su vez, con estricta sujeción al principio de legalidad, no puede/debe financiar más allá de lo dispuesto en la normativa.

Así, partimos de la base que la resolución del “caso tipo” elegido, -sobre todo cuando concede la cobertura solicitada-, contendría argumentaciones que, extraídas y sistematizadas, nos permitirían configurar un derecho a la protección de la salud más allá de las reglas del propio sistema, ya que justamente la aplicación de dichas reglas nos condujo al punto de inicio de esta investigación.

Destacamos entonces, como un primer hallazgo, la existencia de este tipo de fallos. Luego, y referente al proceso de caracterización del derecho a la protección de la salud podemos señalar que se transitó, desde entenderlo exigible solo en la medida que afectara la libertad de elección de sistema público o privado de salud, a entenderlo como una manifestación del derecho a la vida (el cual también presentó su propia evolución, cuya fase culmine consistió en erigirlo como un derecho humano absoluto).

En el camino, su defensa también incluyó la invocación de la lesión al derecho de propiedad y al derecho de igualdad ante la ley, pero al igual que los ríos con el mar, estos terminaron confluyendo en la afectación del derecho a la vida e integridad física y psíquica.

Es importante, no obstante, distinguir los procesos administrativo y judicial, ya que el camino que recorrieron es distinto.

El primero, pasó del rechazo a la aceptación sin una transición que permitiese entender el cambio, y sin nuevas normas cuya aplicación anularan las razones previamente reconocidas.

Así, al comienzo, el proceso administrativo entendía que la cobertura de la prestación era una materia sujeta a la voluntad de las partes, las que libremente habían convenido un contrato de salud, por lo que la decisión respecto a si correspondía o no cobertura para tal prestación, era una cuestión (ya resuelta) de constatar si era efectivo o no que la prestación se encontraba en el arancel de la Isapre o en el arancel Fonasa libre elección, es decir, un asunto puramente contractual.

Posteriormente, en el año 2015, se deja de analizar este tipo de controversias como si fuera un asunto meramente contractual, y de golpe incorporan criterios tales como: pertinencia terapéutica del tratamiento, criterios económicos, criterios propios de la mediación, (“win win”) criterios de seguridad social, criterios de protección a derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida.

Al parecer, la necesidad de adecuación pudo más, y lo que era considerado como un caso fácil, dejó de serlo. Resultan plenamente aplicables las palabras de Atria, al revisar la teoría de Hart sobre los casos difíciles: *“En suma, cuando la aplicación de una regla semánticamente clara a un caso claramente cubierto por su significado produce un resultado cuestionable, el derecho es que no hay derecho para el caso. Lo que el derecho es depende de lo que el derecho (i.e el balance entre adecuación y certeza) debe ser para el caso. Cuando el derecho debe ser diferente, es diferente. Lex injusta non est lex!”*¹⁴⁵

Dicha adecuación, no obstante, no fue acompañada de una estructura argumentativa que permitiese entender por qué y cómo estos nuevos elementos le servían de fundamento para otorgar lo que antes negaba. Guastini describiría esta

¹⁴⁵ Fernando Atria Lemaitre, «Del Derecho y el razonamiento jurídico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22 (1999): 86, <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.03>.

nueva interpretación, como una evolutiva, que consiste en “...utilizar una técnica interpretativa cualquiera con la finalidad de adaptar el texto -sobre todo si se trata de un texto <viejo- a las nuevas circunstancias. En la mayor parte de los casos esta adaptación se cumple mediante la concretización de los principios constitucionales, y consiste en obtener nuevas normas del texto, que se suponen <<implícitas>>.”¹⁴⁶

Es necesario, antes de proseguir, recordar que la Superintendencia de Salud, por disposición legal, resuelve este tipo de controversias actuando como un Tribunal Especial en calidad de árbitro arbitrador¹⁴⁷, además de tener las facultades propias de las agencias que supervigilan un mercado y sus agentes, como las de interpretar la normativa, crear nuevas reglas, fiscalizar y sancionar el incumplimiento.

De tal modo que, al momento de enfrentar una controversia, la autoridad puede decidir fiscalizar, interpretar la normativa, generar la normativa, o, de manera especial y particular en esta agencia, fallar como un juez árbitro o resolverlo a través de un procedimiento administrativo.

La elección que se haga será también política pública, lo cual, en la medida que se prefiera fallar contra norma- en vez de generar normativa de general aplicación que sirva de base para resolver en derecho- obscurece y complejiza aún más el rol que esta agencia cumple o debe cumplir en el Sistema de Salud. Así, la caracterización del derecho a la protección de la salud depende en gran parte de cómo entienda su rol la Superintendencia de Salud, y el cómo lo ejecute.

Retomando los fallos propiamente tal, podemos señalar que, en el segundo periodo, la Superintendencia eligió resolver gran parte de las controversias en

¹⁴⁶ Riccardo Guastini y Miguel Carbonell, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 61.

¹⁴⁷ Artículo 117 del DFL N.º 1 de 2005, del Minsal, vinculado al artículo 223, inciso 3º del Código Orgánico de Tribunales. La facultad de fallar como árbitro arbitrador, según lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales, reconoce como límites las reglas que las partes, en el acto de compromiso establezcan, sin embargo, esta materia es de arbitraje forzoso para la Isapre y el Fonasa, y facultativo para los afiliados y no existe el acto de compromiso, por lo que rigen supletoriamente las reglas del Código de Procedimiento Civil, particularmente, las contenidas en los artículos 637 y siguientes.

*prudencia y equidad*¹⁴⁸, entendiendo a su vez que esto era lo opuesto a en *derecho*, así lo explicita en sus fallos cuando establece que la decisión de negar cobertura por parte de la Isapre no es reprochable por cuanto se ajusta a la normativa, pero que, aun así, por otras consideraciones expuestas, deberá bonificar.

Podemos advertir entonces que, a pesar de haber incorporado nuevos criterios para analizar las controversias, la Superintendencia entiende que no son suficientes para defender que está fallando conforme a la normativa vigente, ya que justamente falta la estructura argumentativa antes referida, siendo fallos que de alguna manera se explican, mas no se justifican¹⁴⁹.

Ahora bien, este cambio de criterio y su forma, da cuenta no solo de una decisión voluntariosa, sino que nos plantea la pregunta por la posibilidad de que un organismo administrativo falle en contra del principio de legalidad. ¿Es posible? ¿Cuál sería el límite a la prudencia y la equidad? Responder esas preguntas exceden el objeto de este trabajo, sin embargo, nos parece necesario dejarlas planteadas.

Resta simplemente decir que, nos parece no solo compatible la idea de fallar en derecho y otorgar cobertura, sino que nos parece imperativo que así sea. En los casos que revisamos, por ejemplo, se trata de proteger el derecho a acceder a una prestación de salud que contribuya a la sobrevivencia de quien reclama, y para eso, el sistema contempla las garantías constitucionales, los tratados internacionales

¹⁴⁸ Artículo 117, inciso 2º, del DFL N.º 1, de 2005, del Minsal: "...En el procedimiento se establecerá, a lo menos, que el árbitro oirá a los interesados, recibirá y agregará los instrumentos que se le presenten, practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten."

¹⁴⁹ Neil MacCormick, José Ángel Gascón Salvador, y Luis Vega, *Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*, Derecho & Argumentación (Lima: Palestra Editores, 2016), 36-37. En este sentido, podría haber sostenido como estructura, por ejemplo, la supremacía constitucional del derecho a la vida del demandante, por sobre el derecho de la Isapre de no bonificar aquellas prestaciones no contempladas en el arancel libre elección de Fonasa, o podría, como en casos en los que ordenó dar cobertura hospitalaria a medicamentos ambulatorios, sostener la visión finalista del sistema de seguridad social en relación al contrato de salud, quedando, en ambos casos, dentro del sistema jurídico dicha solución.

ratificados por Chile, normas y principios que permitirían, en un caso puntual, establecer que lo correcto (no solo lo prudente ni equitativo) es que la Isapre o el Fonasa otorgue cobertura. En este sentido, los tratados internacionales complementarían y/o ampliarían el contenido de los derechos constitucionales.¹⁵⁰

El camino judicial en tanto se dio de manera menos radical, y con una estructura argumentativa que le permitió sostener el cambio de criterio, al menos en la Corte Suprema. Favoreció lo anterior, creemos, el tener una sala dedicada, que intentó mantener acotada la controversia y la argumentación para resolver. Así, una vez tuvo el convencimiento de que lo que estaba en peligro era el derecho a la vida, fue firme al sostener que se trataba de un derecho absoluto, que no permitía graduación ni cumplimiento parcial.

En las Cortes de Apelaciones en tanto, no existieron salas dedicadas, y hubo mayor dispersión, pero también hubo análisis más profundos, aplicándose en algunos casos, juicios de proporcionalidad como el que propone Alexy.¹⁵¹

Resulta necesario resaltar que, en la materia elegida, no vimos las argumentaciones que nos ofreciera el Tribunal Constitucional en materia de tabla de factores, y por tanto, no pudimos evaluar el impacto de tales declaraciones, particularmente la referente a que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, como concluiría el profesor Marshall¹⁵², ya que no se trató el derecho a la protección a la salud en cuanto un derecho social, sino que se optó por entender que el [verdadero] derecho a salvaguardar, era el derecho a la vida.

Destacamos como un segundo hallazgo, la posibilidad de periodificar estas etapas, así, hablamos de la etapa legalista/contractualista, que va desde el 2005

¹⁵⁰ Miriam Henríquez Viñas, «Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989 - 2010)», *Estudios constitucionales* 8, n.º 2 (2010): 760, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200022>.

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, el voto de minoría del Ministro Carroza en sentencia Rol N.º 35.699-2012, examinado en la Ficha N.º 23.

¹⁵² Marshall Barberán, «Tabla de factores de la ley de isapres y derechos fundamentales (tribunal constitucional)», 262.

hasta el 2011 en el caso de la Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, y del 2006 hasta el 2014 en el caso de la Superintendencia de Salud; y hablamos de la etapa de los Derechos Fundamentales, que va desde el año 2012 hasta al menos el 2018, en las Cortes de Apelaciones y Suprema, y en la Superintendencia, de 2015 hasta al menos 2018.

Un tercer hallazgo, y que resulta ser el corazón de este trabajo, es que, en la práctica, la cobertura financiera de la prestación de salud terminó siendo parte del contenido del derecho a la salud, mas no con una reflexión especial, sino que se subentendió que en el acceso a la prestación se encontraba su financiamiento, por lo que, aun cuando en algunos casos, la controversia se planteó puramente en términos de acceso, la decisión consistió en ordenar se diera cobertura sin distinguir incluso, qué tipo de cobertura correspondía.

En este sentido, es destacable, por ejemplo, la idea de “gastos soportables” establecida en la Observación General sobre el Derecho a la Vivienda¹⁵³ y que fue recogida, según la investigación de Oscar Parra¹⁵⁴, por el Tribunal Constitucional Colombiano en la sentencia T-666 de 2004, en la que se expresa: *“que si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad*

¹⁵³ Observación general N.º 4 (General Comments): *El derecho a una vivienda adecuada* (Art.11, párr. 1): 13/12/91 CESCR 6º período de sesiones (1991): Párrafo 8º, letra c: “Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.”

¹⁵⁴ Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Proyecto ProSeDHer (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2019), 85-145, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>.

del derecho a la salud...Si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud”.

Nuestra jurisprudencia, no obstante, no analiza el acceso a la prestación de salud desde esa perspectiva, sino que aplica los criterios de conexidad e interdependencia del derecho a la salud, con el derecho a la vida.¹⁵⁵

El cuarto y último hallazgo, dice relación con la existencia de un divorcio entre las normas y la actual jurisprudencia sobre el financiamiento de la prestación de salud, ya que el activismo judicial y la voluntad de la Superintendencia de Salud, entienden hoy, a través de sus sentencias, que el financiamiento es parte del contenido del derecho a acceder a una prestación médica, pero el sistema normativo (los legisladores en este caso) ha sido impermeable (e ininmovible) frente a estas interpretaciones, no registrándose ninguna modificación sustancial en las normas del sistema de salud.

Lo anterior tiene por consecuencia, en un país en que la jurisprudencia no es fuente formal del derecho, que el contenido del derecho fundamental de protección de la salud sea una cuestión más o menos a la deriva. En esta línea, Bassa y Aste señalan que *“el principal problema que enfrenta la evolución en los contenidos materiales de la Constitución es su falta de formalización, a través de su incorporación a las fuentes formales del Derecho, con el fin de evitar que dicha formalización quede al arbitrio del juez constitucional.”*¹⁵⁶

Junto con esa constatación, nos preocupa que dicho contenido dependa de las mayorías circunstanciales, pero de espacios que, por su naturaleza, son ajenos a la deliberación democrática. lo que sin duda deteriora al propio sistema democrático, ya que los electos para configurar, y actualizar el contenido de los derechos

¹⁵⁵ Ibidem, pág. 106.

¹⁵⁶ Bassa Mercado y Aste Leiva, «Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile», 220.

fundamentales, no lo hacen, y, sin embargo, su función es asumida por quienes, no pudiendo excusarse de resolver los asuntos sometidos a su competencia, terminan estableciendo caso a caso que se entenderá por derecho a la protección a la salud.

En este sentido, hacemos nuestras las palabras de Marina Gascón, quien, reflexionando sobre el entorno del juez, y la interpretación que hacen de la Constitución, sostiene:

“la constitucionalización o principalización de los casos es expresiva de un cierto activismo judicial. No se trata (o no necesariamente) del activismo judicial preconizado por las posiciones que dan carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político (como las mencionadas de los Critical Legal Studies o el Uso Alternativo del Derecho). pero en todo caso es evidente que se trata de soluciones “judicialistas” que rozan, si no sobrepasan, los límites del principio de legalidad. Podrá decirse desde luego que tales actuaciones son muchas veces consecuencia de una mala legislación, que empuja al juez a llenar, con y desde la constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja; o que son sencillamente consecuencia lógica del principio de constitucionalidad, que obliga a los jueces a tener presentes, junto a las razones de la ley, las exigencias de la constitución en los casos concretos. pero por una razón o por otra lo cierto es que en la práctica suponen un debilitamiento del principio de legalidad. Eso no significa que este tipo de actuaciones resulten siempre reprobables, pues no cabe duda que un cierto incremento del activismo judicial puede estar justificado; es más, resulta indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos al margen y por encima de la decisión parlamentaria. Pero tampoco cabe duda que ese activismo puede desembocar en un modelo decisionista cuyos riesgos son evidentes.”¹⁵⁷

Recapitulando, y a modo de exhorto, podemos afirmar que en Chile no está asegurado el financiamiento a todas las prestaciones médicas que puedan ser necesarias para recuperar la salud o para evitar la muerte, lo que evidentemente, en una sociedad tan desigual como la nuestra, produce una salud para quienes tienen los recursos económicos, y otra para quienes no los tienen.

¹⁵⁷ Marina Gascón Abellán, «El Entorno Del Juez», *Ipsa Jure (Revista Virtual)*, N° 34, agosto 2016., 67-68, accedido 19 de diciembre de 2019, https://www.academia.edu/28734227/El_entorno_del_juez.

Sin embargo, desde la primera mitad de la última década, las Cortes de Justicia, y la Superintendencia de Salud, actuando como Tribunal Especial, han ido reconociendo la existencia del derecho al financiamiento de este tipo de prestaciones de salud. Este reconocimiento, no obstante, como ya dijimos, no ha sido legislativo, por lo que se sustenta en gran medida en la voluntad de quienes deciden este tipo de controversias, trasladándose el “problema democrático” de qué es lo que decidirán las mayorías, a órganos cuya función no es deliberar ni decidir el contenido de un derecho.

Empero, esa jurisprudencia, basada en la defensa del derecho a la vida, junto con salvar vidas, es la principal tensión que empuja para la necesaria actualización del contenido del derecho por parte de nuestros legisladores y por qué no decirlo, nuestro constituyente.

V. EPÍLOGO

A nuestro juicio, es urgente que sean los legisladores y no los jueces o quienes actúen como tales, los que se hagan cargo de resolver, a través de la creación de reglas y el establecimiento de principios, el contenido del derecho a la protección de la salud.

En el año 2010, a propósito de la revisión de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, Coddou se preguntaba “¿Son buenos parlamentarios nuestros jueces constitucionales ante la ineficacia del poder legislativo?”¹⁵⁸, y esa pregunta es aplicable también a nuestros jueces de Fondo.

Sobre lo mismo, compartimos lo expresado por Velasco, cuando señala con claridad que son las políticas públicas y no la agenda de los jueces los que protegen de un modo más eficaz el derecho de las personas.¹⁵⁹

Teniendo lo anterior en consideración, y respecto al sistema de salud, consideramos, a diferencia de lo que plantea Dworkin¹⁶⁰, que este debería tener como principio el no condicionar el acceso a la mejor prestación de salud disponible, en caso de necesidad, a la capacidad económica del afiliado, porque el acceso a la salud (mejor) está reconocido como un derecho humano, no debiendo por tanto, a nuestro juicio, ser *sensible a la ambición*, sin perjuicio de que pudiesen haber otros elementos conexos a la prestación, como comodidad de las instalaciones, piezas exclusivas, menús para poder elegir la comida, etc... que si se puedan elegir y cuyos precios pueden estar determinados por el mercado.

¹⁵⁸ Alberto Coddou, «El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las isapres», 65.

¹⁵⁹ Sebastián Soto Velasco, «Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces», 2008, 200.

¹⁶⁰ Alejandra Zúñiga Fajuri, «La teoría distributiva de dworkin y el derecho a la protección de la salud», *Revista de derecho (Coquimbo)* 20, n.º 1 (2013): 323-38, <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100013>.

Creemos que, el derecho a la protección de la salud debe comprender el financiamiento de la prestación, ya que, desde un punto de vista de justicia política, parece deseable que el sistema no discrimine por capacidad de pago, por cuanto no solo no podemos prever el cuándo podamos necesitar atención médica, sino que tampoco podemos estimar qué será lo necesario para curar, por lo que acceder a la mejor prestación de salud posible, desde una lógica de justicia liberal, es un derecho que todos podríamos estar dispuestos a reconocernos.¹⁶¹

Un discípulo de Rawls, dedicado a investigar en temas de salud, es Norman Daniels. Este autor desarrolla una teoría de la justicia sanitaria, en la que precisamente aborda el tema de si tiene o no justificación que la salud sea un tema del cual el Estado deba hacerse cargo. En síntesis, concluye que el Estado sí debería garantizar a todos un mínimo sanitario, (él establece de que se trata) y esgrime una razón moral para justificar, señalando que el deber derivaría del hecho de que las desigualdades en el funcionamiento normal de la especie -debido a enfermedades y discapacidades- restringen las oportunidades individuales (relativas a cierta porción de rango normal de habilidades y talentos) que podrían estar al alcance de esa persona si estuviera sana.¹⁶²

¹⁶¹ Tomamos, por ejemplo, el armado conceptual de la filosofía política liberal postulada por Rawls respecto de los bienes primarios. En este, la justificación del mínimo sanitario decente estaría dado por un entendimiento suficientemente flexible de estos bienes, lo que permite concluir que ante discapacidades que impidan a los sujetos participar como miembros permanentes de la sociedad, los bienes primarios deberían incluir un nivel de cuidado sanitario capaz de recomponer su funcionamiento normal, como se explica en John Rawls y Erin Kelly, *Justice as fairness: a restatement* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001), 173-74.

Sin embargo, esta articulación sólo sería posible a nivel legislativo, pues es en esa instancia (en que se cuenta con la información respecto de la gravedad de ciertas afecciones o enfermedades y del costo de los tratamientos) que se pueden hacer operativos los dos principios de justicia en que se basa la doctrina de este autor: Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser ordenadas de modo tal que a la vez que: *a*) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b*) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. En John Rawls, *A theory of justice*, Original ed (Cambridge, Mass: Belknap Press, 2005), 60.

¹⁶² Norman Daniels, *Just health: meeting health needs fairly* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008).

Desde el Análisis Económico del Derecho, en tanto, es posible sostener que es preferible un sistema de salud que proteja al débil.¹⁶³ En este sentido, Mayer-Serra hace un apunte interesante cuando reflexiona sobre las reglas de distribución de bienes sociales propuestas por Walzer, señalando que, en relación con el derecho a las prestaciones de salud, este debería distribuirse en función de la necesidad y no de la capacidad de pago.¹⁶⁴

Desde una fundamentación humanista en tanto, el reconocimiento de ese derecho es esencial en el pacto social, ya que en este se juega la dignidad y la vida de la persona, por lo que, en definitiva, parece justo y razonable que, como comunidad política, estemos dispuestos a reconocernos el derecho a la mejor prestación de salud posible.

Un médico español, haciendo suya esta idea, en una monografía titulada: *“Derecho a la salud más allá del derecho a la asistencia sanitaria”* agrega que, en el derecho a la salud no debe verse únicamente una condición para que los individuos puedan perseguir de mejor forma sus ideales de autorrealización, sino que: *“debe verse también una plasmación, una experiencia de la solidaridad que en su origen los alentó, asentada en la pertenencia cívica activa guiada por el horizonte del bien común. La contundente reclamación de este derecho irá así unida a una coherente responsabilización por él.”*¹⁶⁵

Por otra parte, en un trabajo muy interesante la profesora Zúñiga da cuenta de la vigencia de la Teoría de las necesidades de Marx para abordar la pregunta por la satisfacción de la salud de las personas, así, y mientras repasa fundamentos morales para prescindir del resultado de la acción para validar la importancia de

¹⁶³ Rodrigo Barcía Lehmann, «El Sistema Privado de Salud Desde La Perspectiva Del Análisis Económico», *Revista de Derecho Económico* 0, n.º 74 (28 de junio de 2016): 7, <https://doi.org/10.5354/0719-7462.2004.41892>.

¹⁶⁴ Carlos Elizondo Mayer-Serra, «El derecho a la protección de la salud», *Salud Pública de México* 49, n.º 2 (abril de 2007): 146, <https://doi.org/10.1590/S0036-36342007000200010>.

¹⁶⁵ Pedro Rey Fuentes, ed., *Dilemas del Sistema Nacional de Salud*, Documentación social: revista de estudios sociales y de sociología aplicada 179 (Madrid: Cáritas Española, 2015), 29.

garantizar el financiamiento de todas las personas, sostiene que: *“Como no existe modo de formalizar, a nivel de política pública, la información necesaria para ser totalmente sensible y respetuoso con las razones y circunstancias individuales, un distribuidor de recursos públicos no puede saber con detalle las razones por las cuales, incluso, la más pequeña posibilidad de continuar viviendo, es anhelada o necesitada. Por ello es preciso garantizar a todos las mismas oportunidades de acceso al cuidado sanitario, estando vedado a la autoridad formalizar principios que puedan significar valorar de manera diferente la vida de quienes son iguales.”*¹⁶⁶,

De este modo, podemos constatar que la idea de reconocer en la salud un derecho exigible al Estado, se da en diversas corrientes de la filosofía política, las que se pueden agrupar en función de lo que entienden debe ser el mínimo sanitario de un Estado, así. Es posible distinguir la corriente del prioritarismo, del suficientismo o el de la responsabilidad individual. La primera, busca poner primero en la lista a aquellos con mayores dificultades. La segunda, busca establecer un mínimo parejo para todos, y la tercera, corrige la segunda en el sentido de hacer responsable a los individuos de sus propias decisiones, intentando disminuir el riesgo moral del abuso del sistema sanitario.¹⁶⁷

En nuestro país, el plan AUGE, de 2004, creada a través de la Ley 19.966 de ese año, es el primer acto concreto de reconocimiento estatal -desde la Dictadura militar- del derecho a la prestación de salud (sólo para determinadas enfermedades eso sí) independiente de la capacidad individual de pago, ya que se creó un fondo cuyo fundamento es la solidaridad de la comunidad, mediante el cual, en parte, se financian las prestaciones de salud incluidas en el plan.

En menor escala, la Ley de Urgencia, recoge, en parte, la idea de acceso universal a la prestación de salud, ya que si bien considera el pago individual (no es

¹⁶⁶ Alejandra Zúñiga Fajuri, «La distribución de recursos escasos en la atención de salud con base en la Teoría de las necesidades, ¿una idea añeja?», *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 2014, 184.

¹⁶⁷ Para esta discusión, recomiendo leer la tesis doctoral de Ana Regina Luévano Cayón, «Justicia sanitaria: las teorías de la justicia distributiva aplicadas al ámbito de la salud», s. f., 318-21.

gratuidad), opera de un modo tal que permite que el financiamiento no sea una contingencia que inhiba o dificulte el acceso a la prestación de salud de emergencia.

En suma, hablar de un derecho a la salud que no comprenda su financiamiento, es sólo hablar de un derecho a consumir que no se hace cargo del contenido especial del propio derecho, ni de su contexto.

Ahora bien, justamente porque el asunto del financiamiento en una sociedad moderna requiere de legitimidad democrática, es que no podemos permitir, no es deseable que sean los jueces los que establezcan y definan el gasto público, ya que, como ya hemos visto, importaría que definan el contenido del derecho, y a su vez, decidirían en qué se gasta el erario fiscal, es decir, estarían haciendo política pública.

Finalmente, y si bien está en discusión la “Gran Reforma” al sector salud, desde hace 10 años aproximadamente, nos parece que el Estado, a través del ejecutivo, tiene la posibilidad de ir avanzando en estrechar el margen de la salud de los que tienen recursos y la salud de quienes no tienen recursos, y para ello, resulta clave intervenir el Arancel Libre Elección del Fonasa, ya que este cumple el rol de “cobertura de piso” en materia de financiamiento de prestaciones de salud en el sistema chileno.

A nuestro juicio, es urgente la actualización de tratamientos, e incluir cobertura a medicamentos ambulatorios, por citar dos ejemplos, ya que son grandes avances de la sociedad moderna que permiten la sobrevivencia o una mejora sustancial en su calidad, y deberían estar disponibles para todos los habitantes de nuestro país, y no solo para quienes puedan pagarlo, o puedan demandar al Fonasa o a la Isapre¹⁶⁸,

¹⁶⁸Ver María Jesús Rosende, «Corte Suprema versus Ricarte Soto -Observatorio Judicial», *Observatorio Judicial* (blog), 13 de febrero de 2019, <http://www.observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>. En este estudio se plantea el problema de la judicialización de los medicamentos de alto costo, siendo la Corte la que, con prescindencia de las leyes y la institucionalidad, ordena que el Estado pague los tratamientos de quienes recurren. En el caso de la Ley Ricarte Soto es aún más notorio el contraste entre institucionalidad, política pública y derecho a la vida. Ya que la Ley crea un Comité para decidir las enfermedades de alto costo que podrán ser

más si consideramos que más de un tercio del gasto en salud en los hogares chilenos, corresponde a medicamentos¹⁶⁹ (prestaciones no aranceladas), y la tendencia es que se gasta más en este ítem mientras se envejece.

financiadas, estableciendo un procedimiento para aquello, y la Corte Suprema, no obstante, al entender que el derecho a la vida es absoluto, sanciona como arbitrario el que no se financie el tratamiento que puede salvar la vida.

¹⁶⁹ Bruzzo, Henríquez, y Velasco, «Radiografía del gasto de bolsillo en salud en Chile: una mirada desagregada».

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, Marina Gascón. «El Entorno Del Juez». *Ipsa Jure (Revista Virtual)*, N° 34, Agosto 2016. Accedido 19 de diciembre de 2019. https://www.academia.edu/28734227/El_entorno_del_juez.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Allard Soto, Raúl, Mônia Clarissa Hennig Leal, y Liliana Galdámez Zelada. «El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario». *Estudios constitucionales* 14, n.º 1 (julio de 2016): 95-138. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004>.

Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Derecho & Argumentación 2. Lima: Palestra Editores, 2017.

Atria Lemaitre, Fernando. «Del Derecho y el razonamiento jurídico». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22 (1999): 79-119. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.03>.

Barcía Lehmann, Rodrigo. «El Sistema Privado de Salud Desde La Perspectiva Del Análisis Económico». *Revista de Derecho Económico* 0, n.º 74 (28 de junio de 2016). <https://doi.org/10.5354/0719-7462.2004.41892>.

Bassa Mercado, Jaime, y Bruno Aste Leiva. «Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile». *Revista chilena de derecho* 42 (2015): 215-44.

Benavides, Fernando G. «Salud pública y seguridad social, dos componentes básicos del estado del bienestar». *Gaceta Sanitaria* 25, n.º 2 (marzo de 2011): 91-93. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2010.12.006>.

Bruzzo, Stefano, Josefa Henríquez, y Carolina Velasco. «Radiografía del gasto de bolsillo en salud en Chile: una mirada desagregada», s. f., 18.

Carta de la OEA (A-41). Accedido 28 de enero de 2019. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf.

Cayón, Ana Regina Luévano. «Justicia sanitaria: las teorías de la justicia distributiva aplicadas al ámbito de la salud», s. f., 341.

CEP. «Encuesta CEP, Estudio Nacional de Opinión Pública N° 81, septiembre-octubre 2017», octubre de 2017.

Coddou, Alberto. «El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES». En *Anuario Derecho Público 2010.*, 19. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s. f.

«Compendio de Beneficios». Accedido 21 de febrero de 2019. http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articulos-6674_recurso_1.pdf.

«Compendio de Procedimientos». Accedido 21 de febrero de 2019. http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articulos-6678_recurso_1.pdf.

Constitución de la organización mundial de la salud (1946). http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Daniels, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2008.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. «El derecho a la salud». *Estudios Constitucionales* 11, n.º 2 (2013): 283-332. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008>.

«Fonasa». Accedido 16 de diciembre de 2019. <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion>.

Guastini, Riccardo, y Miguel Carbonell. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

Henríquez Viñas, Miriam. «Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas?: análisis jurisprudencial 2006 - 2009». *Estudios constitucionales* 8, n.º 1 (2010). <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100015>.

———. «análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989 - 2010)». *Estudios constitucionales* 8, n.º 2 (2010): 745-62. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200022>.

«Historia de la Ley N° 19.966». Accedido 31 de enero de 2019. https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf.

Jara Schnettler, Jaime. «La resolución de controversias entre los afiliados y las Isapre por el Superintendente de Instituciones de Salud Previsional: tribunal especial y procedimiento en la ley no. 18.933». Universidad de Chile, 1997.

Jequier Lehuede, Eduardo. «La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el derecho chileno sobre arbitraje interno: algunas propuestas». *Estudios constitucionales* 11 (2013): 155-200. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200005&nrm=iso.

Jerzy Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica Cuadernos Cívitas*. Traducido por Arantxa Azurza. Illustrated, Reprint. Civitas, 1985.

Jordán D, Tomás. «El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud». *Estudios constitucionales* 11, n.º 1 (2013): 333-80. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000100009>.

MacCormick, Neil, José Ángel Gascón Salvador, y Luis Vega. *Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Derecho & Argumentación. Lima: Palestra Editores, 2016.

Marshall Barberán, Pablo. «Tabla de factores de la ley de isapres y derechos fundamentales (tribunal constitucional)». *Revista de derecho (Valdivia)* 23 (2010): 247-64. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200013&nrm=iso.

Mayer-Serra, Carlos Elizondo. «El derecho a la protección de la salud». *Salud Pública de México* 49, n.º 2 (abril de 2007): 144-55. <https://doi.org/10.1590/S0036-36342007000200010>.

Ministerio de Salud. DFL N° 1, de 24 de abril de 2006 (2006). <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177>.

Montt, Santiago, y José Luis Cárdenas. «La Declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de La Ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo histórico». En *Anuario de Derecho Público 2011.*, 2011. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/03_Montt_Cardenas.pdf.

Nancuante Almonacid, Ulises, Andrés Romero Celedón, y Roberto Sotomayor Klapp. *Régimen jurídico de la salud*. 1a edición. Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile : Thomson Reuters, 2012.

Nogueira Alcalá, Humberto. «La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: la sentencia del tribunal constitucional rol 1710-2010-inc., del 6 de agosto de 2010,

sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de isapres». *Estudios constitucionales* 8, n.º 2 (2010): 763-98. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200023>.

OEA. «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre». Text, 1 de agosto de 2009. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

———. «Protocolo de San Salvador». Text, 1 de agosto de 2009. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>.

OIT. Declaración de Filadelfia (1944). <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

WHO. «OMS | La salud es un derecho humano fundamental». Accedido 20 de julio de 2018. <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/fundamental-human-right/es/>.

Ortiz, Sandra Milena. «Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 28 de junio de 2018. <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.18>.

Oscar Parra Vera. «Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada». En *Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, 85-145. Mejiro, s. f.

———. *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*. Proyecto ProSeDHer. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2019. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>.

Poblete Vilches y Otros VS Chile (CIDH 8 de marzo de 2018).

Rawls, John. *A theory of justice*. Original ed. Cambridge, Mass: Belknap Press, 2005.

Rawls, John, y Erin Kelly. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

«Recomendación R067 - Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67)». Accedido 6 de febrero de 2019. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R067.

Rey Fuentes, Pedro, ed. *Dilemas del Sistema Nacional de Salud*. Documentación social: revista de estudios sociales y de sociología aplicada 179. Madrid: Cáritas Española, 2015.

Rosende, María Jesús. «Corte Suprema versus Ricarte Soto - Observatorio Judicial». *Observatorio Judicial* (blog), 13 de febrero de 2019. <http://www.observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>.

S.A.P, El Mercurio. «Presidente (s) de la Suprema defiende fallos que ordenan al Estado financiar tratamientos | Emol.com». Emol, 17 de diciembre de 2018. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/12/17/931082/Presidente-s-de-la-Suprema-defiende-fallos-que-ordenan-al-Estado-financiar-tratamientos.html>.

«Senado - Tramitación de proyectos». Accedido 18 de diciembre de 2019. https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4087-10.

«Tramos y Copagos». Accedido 22 de julio de 2018. <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/informacion-general/tramos>.

Trayter, Juan Manuel. «El arbitraje de derecho administrativo», s. f., 32.

Velasco, Sebastián Soto. «Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces», 2008, 43.

Vivanco Martínez, Ángela. «Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional». *Revista chilena de derecho* 37, n.º 1 (abril de 2010). <https://doi.org/10.4067/S0718-34372010000100007>.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. «El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria». *Estudios constitucionales* 9, n.º 1 (2011): 37-64. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002011000100003>.

———. «Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos». *Acta bioethica* 17, n.º 1 (junio de 2011): 73-84. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100009>.

———. «La distribución de recursos escasos en la atención de salud con base en la Teoría de las necesidades, ¿una idea añeja?» *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 2014, 19.

———. «La teoría distributiva de Dworkin y el derecho a la protección de la salud». *Revista de derecho (Coquimbo)* 20, n.º 1 (2013): 323-38. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100013>.

———. «Sistemas sanitarios y reforma auge en Chile». *Acta bioethica* 13, n.º 2 (noviembre de 2007). <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2007000200012>.

ANEXOS

FICHA N°1

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 7.659-2004	31 de enero de 2005
Sala y ministros que la integran: Quinta Sala: integrada por los ministros señor Alfredo Pfeiffer Richter, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y señora Ángela Radovic Schoepen			
Ministro u abogado redactor: Ángela Radovic Schoepen			
Recurrente/Actor: Fermín Valenzuela Marchant			
Recurrido /Demandado: Isapre ING Salud S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 1545 del CC; art. 19 N.º 1 y N.º 24 de la C. POL			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Hospitalización domiciliaria; Cobertura CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: El recurrente padece de un cáncer de próstata que le impide movilizarse, razón por la cual se encuentra con hospitalización domiciliaria. En este contexto, le fue prescrito un medicamento: “zometa” de aplicación mensual, que es fundamental, entre otras razones, para el tratamiento del dolor, cuyo valor asciende a la suma de doscientos dieciocho mil ochocientos sesenta y nueve pesos (\$218.869), cantidad cuyo reembolso ha sido condicionado por la Isapre a			

que la administración de la droga sólo debe efectuarse en la "Fundación Arturo López Pérez", en circunstancias que por la gravedad de su estado le resulta no sólo inconveniente trasladarse a dicha institución, sino también se encuentra impedido de movilizarse por sus propios medios.

La Isapre por su parte, señala que el medicamento Zometa no tiene cobertura ambulatoria y no constituye una droga antineoplásica de aquellas cubiertas excepcionalmente como prestación ambulatoria en el plan de salud, ni tampoco es de aquellas drogas cuyo suministro ambulatorio se encuentra contemplado dentro de la cobertura de la CAEC conforme con el artículo 4º de las condiciones generales del mismo. Detalla a continuación las circunstancias y condiciones bajo las cuales el medicamento recibe cobertura, y cada una de las situaciones para que sea suministrado en el contexto de una hospitalización

Fundamentos de la sentencia: La Corte hace un análisis contractual del caso, señalando que el contrato de salud del demandante contempla cobertura para el caso en cuestión – sin ser preciso en todo caso- para luego referirse al injusto que provocaría el negar o dificultar el reembolso a quien no puede movilizarse por medios propios: **“Considerando 6º:** *Que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. El contrato de salud previsional celebrado entre las partes, acompañado a estos autos, entre las prestaciones hospitalarias cubre los medicamentos, insumos y materiales clínicos y, entre las ambulatorias, las drogas antineoplásicas. Además, el recurrente tiene cobertura adicional para enfermedades catastróficas, tanto en el ámbito de las prestaciones hospitalarias como ambulatorias y entre las prestaciones cubiertas por la cobertura adicional, se encuentra la radioterapia y quimioterapia para el tratamiento del cáncer. Tratándose del medicamento Zometa (...) fue recetado al recurrente con el carácter de permanente para el control del dolor y, conforme el certificado (...) dicho medicamento es fundamental para el manejo de la patología tumoral*

metastásica que sufre el recurrente, quien por su grave estado de salud se encuentra sometido a hospitalización domiciliaria, lo que le impide movilizarse por medios propios. En tales circunstancias negarle o dificultarle el reembolso del medicamento señalado, constituye ciertamente una ilegalidad que debe repararse por esta vía”

Decisión: Acoger el recurso

Voto singular: La Ministro señora Chevesich fue de opinión de acoger el presente recurso y disponer que la recurrida debe reembolsar el valor de adquisición del medicamento Zometa, siempre que su suministro se efectúe en el contexto de una hospitalización del recurrente, sea en la Fundación Arturo López Pérez, en otro centro hospitalario o en su domicilio, por estar sometido a un régimen de hospitalización de tipo domiciliaria, debiendo mantenerse como base el valor que dicho medicamento tenga en la referida fundación. Tiene presente para ello, el hecho que, de acuerdo con los certificados médicos que rolan en autos, dicho medicamento no es una droga antineoplásica propiamente tal, y, además, los términos tanto del plan de salud pactado entre las partes como del beneficio denominado "cobertura adicional para enfermedades catastróficas"

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 827-2005, de fecha 26 de abril de 2005, pronunciada por la Tercera sala, integrada por los ministros Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y los Abogados Integrantes Sres. Manuel Daniel y José Fernández.

Decisión: Se confirma la sentencia apelada

Observaciones: La Corte si bien aplica una base contractualista para resolver el caso, no es precisa en señalar el por qué el medicamento merece cobertura, y cuál sería la cobertura que debería aplicarse. Salva el fallo, a nuestro juicio, el voto de minoría, ya que en este se recoge un análisis más acabado respecto del tratamiento y de la cobertura que correspondería aplicar, puesto que señala claramente que sólo en régimen hospitalario recibe cobertura el medicamento.

FICHA N°2

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 4.992-2004	31 de enero de 2005
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala, integrada por la ministra señora Gabriela Pérez Paredes y ministro Suplente señora María Rosa Kittsteiner Gentile, y por el Abogado Integrante señor Benito Mauriz Aymerich			
Ministro u abogado redactor: Abogado Integrante Sr. Mauriz.			
Recurrente/Actor: Pedro Pablo Gallardo Vásquez, Paz del Pilar Tobar Pacheco, Mariana Andrea Barral Momberg, Elvira del Carmen Pérez Toro, María Angélica Heresi Arroyo, Myrna Paola Droguett Arboleda, Susana Ana Luisa Sarniguét Cornive, José Mauricio González Pozo, Jorge Diego Muñoz, Claudia Rilling Hertel, Ema del Carmen Escares Muñoz, Paula Alejandra Mondaca Leal, Leonardo Javier Bernal Palma, Mario Rojas Ulloa, Carola Andrea Ojeda Romero, Nancy Cecilia Ibarra Hidalgo y Álvaro José García Lázaro, todos a través de abogado patrocinante don Carlos Quezada Orozco			
Recurrido /Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1 Y N.º 24 y Art 20 de la C. POL; Art 33 y 33 bis Ley de Isapres.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio.			
Temas Complementarios: Expectativas; cobertura extracontractual y derechos adquiridos.			
3. DESCRIPCIÓN			

Hechos: Isapre notifica que dejará de reembolsar los gastos del medicamento ambulatorio interferón, usado por los recurrentes para el tratamiento de la esclerosis múltiple, por cuanto aplicará estrictamente la cobertura de los planes de salud, no correspondiendo por tanto cobertura a medicamentos ambulatorios, ya que así lo faculta la ley para las prestaciones que no se encuentran comprendidas en el arancel Fonasa. Agrega que la bonificación que otorgó previamente fue por razones humanitarias y por mera liberalidad.

Fundamentos de la sentencia: La Corte considera que el cambio de decisión debía justificarse, así, en el considerando 4º, señala: *“del examen de su proceder con respecto a los recurrentes, aparece evidente la arbitrariedad, puesto que si por razones de excepción o extraordinarias, en su momento, tomó la decisión de bonificar extraordinariamente el medicamento interferón a los recurrentes, ahora no detalla cuales han sido las situaciones extraordinarias que la llevaron a revocar por completo la anterior decisión, cuya conducta se mantuvo en el tiempo, continuidad que se opone a lo excepcional, que es transitorio, en circunstancias que es de su cargo proporcionar los medios necesarios para establecer que la revocación unilateral obedeció a criterios de racionalidad frente a alteraciones objetivas en las circunstancias de los recurrentes.”*

Prosigue en el considerando 5º, reprochando el actuar unilateral e injustificado a su juicio: *“...toda vez que el término de la bonificación de un medicamento de un alto valor mensual determinada en forma unilateral e injustificada por la recurrida, afecta en forma directa su patrimonio, al obligársele a efectuar sin la debida justificación, un desembolso monetario no planificado debido justamente a que la bonificación del medicamento se prolongó durante bastante tiempo; sin perjuicio de atentar- en grado de amenaza- contra el derecho a la vida consagrado en el N.º 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en la medida que la suspensión en la aplicación de dicho medicamento puede producir brotes de la enfermedad y un deterioro progresivo neurológico, que puede llevar a la invalidez y finalmente a la muerte a quienes la padecen.”*

Decisión: Acoger el Recurso, debiendo la Isapre recurrida continuar con el sistema de pagos de reembolso del medicamento "Interferón" respecto de los recurrentes en los mismos términos en que lo estaba a la época del acto arbitrario, con costas.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 834-2005, de fecha 12 de abril de 2005. Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sr. Enrique Tapia; Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Domingo Yurac, Sr. Milton Juica y Srta. María Antonia Morales.

Decisión: Se confirma la sentencia apelada.

Observaciones: La Corte usa de base el Contrato, sin embargo, basa su decisión dando por supuesto que los recurrentes tenían derecho a la cobertura recibida, y exige que la Isapre acredite la concurrencia de circunstancias extraordinarias para dejar de bonificar una prestación a la cual nunca estuvo obligada en primer lugar. La Corte castiga lo que llama "revocación unilateral" con lo cual, da cuenta que no acepta la tesis de la cobertura extracontractual dada por una mera liberalidad de la Isapre, puesto que la revocación, para este caso, supone un contrato. No obstante, la Corte no reflexiona sobre los elementos que permiten tener por incorporado al plan de salud, la cobertura dada por la Isapre, que inicialmente sin duda, fue por mera liberalidad.

FICHA N°3

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 566-2005	25 de febrero de 2005
Sala y ministros que la integran: Primera Sala: integrada por los ministros señor Rubén Ballesteros Cárcamo, señora Gabriela Pérez Paredes y señor Haroldo Brito Cruz			
Ministro u abogado redactor: señor Rubén Ballesteros			
Recurrente/Actor: Gladys Leonor Cerda Rojas			
Recurrido /Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura a procedimiento; Arancel Fonasa libre elección			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1 Y N.º 24 de la C. POL; Art 33 de Ley de Isapres; Art 1 CC			
Tema Principal: Negativa de cobertura prestación no arancelada			
Temas Complementarios: CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura CAEC a trasplante bipulmonar que requiere cónyuge de la recurrente, por no estar arancelada dicha prestación, por lo que no obtiene cobertura del plan de salud ni tampoco cobertura CAEC. No obstante, Isapre ofrece cobertura extracontractual y luego mejora la oferta en audiencia de conciliación llamada para esos efectos.			
Fundamentos de la sentencia: La corte sostiene una visión “contractualista” del contrato de salud, estableciendo en su considerando 9º: “ <i>Que, de esta forma no es posible, sin infringir la ley del contrato, dar al acto que se impugna, la negativa</i> ”			

de la Isapre recurrida de otorgar cobertura a la prestación de salud de que se trata, el carácter o condición de acto arbitrario e ilegal, puesto que no ha sido producto de una decisión sin fundamentos o de mero capricho de los representantes de la institución, ni infringe esa resolución la normativa legal que se ha analizado". Es por eso, que, en el considerando siguiente, establece que no es necesario razonar sobre el quebrantamiento de garantías constitucionales, debido a que no hay acto ilegal ni arbitrario que lo hubiese provocado.

Decisión: Rechazar el recurso, sin perjuicio de lo cual se aprueba la conciliación parcial a la que llegaron las partes, consistente en que la Isapre otorgaría un porcentaje de cobertura por única vez.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 1.101-2005, de fecha 11 de mayo de 2005, pronunciada por la Tercera Sala integrada por los ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac; Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante Sr. Manuel Daniel.

Destacamos los siguientes considerandos, ya que, si bien confirma la sentencia apelada, expresa claramente su posición para analizar si corresponde o no cobertura a un medicamento de uso ambulatorio: "5º) *Que de acuerdo con lo que prevé el artículo 33 de la Ley N.º 18.933, las partes pueden convenir libremente el otorgamiento, forma y modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios de salud.*

En el caso actual, en el contrato del que existe copia a fs. 35, se estableció como exclusiones "Todas aquellas prestaciones no contempladas en el Arancel del Plan de Salud" (artículo 7º letra g). Por su parte, el artículo 13 dispone que el Plan de Salud contempla todas las prestaciones del Arancel del Fondo Nacional de Salud y que la Isapre otorgará las prestaciones contempladas en ese arancel;

6º) Que según se informa a fs. 54 por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), el trasplante bipulmonar no se encuentra valorizado dentro del Arancel de dicho Fondo, al contrario de otro tipo de trasplantes que si lo están en dicho arancel.

La concordancia entre las dos situaciones mencionadas permite concluir que la exclusión de la cobertura que se ha rechazado no constituye un acto ilegal, porque con dicha negativa no se ha contravenido ningún texto de ley, y tampoco arbitrario, porque obedece a lo estipulado en una cláusula contractual que limita la cobertura sólo a aquellas enfermedades contenidas en el Plan de Salud que contempla todas las prestaciones del Arancel del Fondo Nacional de Salud;”.

Decisión: Confirma sentencia apelada.

Observaciones: La Corte aplica un análisis contractual formal para igual las categorías de arbitrariedad e ilegalidad, señalando que la negativa de cobertura a una prestación sin arancel no puede ser considerada ni arbitraria ni ilegal.

FICHA N°4

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 6.377-2006	12 de febrero de 2007
Sala y ministros que la integran: Primera Sala de Verano de la Corte de Apelaciones, presidida por el ministro señor Juan Escobar Zepeda e integrada por la ministra señora Dobra Lusic Nadal y ministro señor Mario Rojas González.			
Ministro u abogado redactor: Ministro Dobra Lusic.			
Recurrente/Actor: Heriberto Noack Ortiz.			
Recurrido /Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Arancel Fonasa libre elección; prótesis de esfínter artificial.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1 Y N.º 24 de la C. POL; art 189 del DFL N.º 1.			
Tema Principal: Negativa de cobertura a prestación no arancelada.			
Temas Complementarios: Prótesis vs insumo médico.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a la prótesis de esfínter artificial que recibió el recurrente, por no estar arancelada, y el recurrente discute la calidad de prótesis del objeto en cuestión, ya que se trataría de un procedimiento de corrección de efectos secundarios de un tratamiento de cáncer de próstata y no una prótesis, además de no encontrarse específicamente excluido de cobertura.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte, con informe de la Superintendencia de Salud, tiene por establecido que se trata de una prótesis y de que efectivamente no se encuentra reconocida en el arancel Fonasa, así en el considerando 7º señala: “Que de otra parte, conforme informa la Superintendencia de Salud, y de			

acuerdo a lo dispuesto en el artículo 189 del D.F.L. N.º, que fijó el texto refundido del D.L. N.º 2763 y Leyes N.º 18.933 y N.º 18.469, que regulan la materia, dentro de las prestaciones que no pueden ser objeto de exclusión por las Isapres, por encontrarse incorporados al Arancel de Libre Elección del Fonasa no se encuentra incluido el esfínter urinario”; y en el considerando 8º, concluye que la intervención cuya bonificación se reclama, es efectivamente una prótesis. Ahora bien, no justifica las consecuencias de lo antes reseñado, sino que se limita a decir que lo razonado es suficiente para desestimar el recurso (considerando 9º)

Decisión: Rechazar el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 1.033-2007, de fecha 13 de marzo de 2007, pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño y Sr. Pedro Pierry.

Decisión: Confirma.

Observaciones: La Corte entiende, al igual que en el fallo de la ficha N.º 3, que no hay arbitrariedad ni ilegalidad al no otorgar cobertura a una prestación sin arancel.

FICHA N°5

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 2.529-2007	26 de julio de 2007
Sala y ministros que la integran: Sexta Sala, conformada por las ministras doña Sonia Araneda Briones y doña Rosa María Maggi Ducommun y el abogado integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga.			
Ministro u abogado redactor: No se consigna.			
Recurrente/Actor: Isapre Colmena Golden Cross S.A.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección, Cobertura CAEC.			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2 y 190 N.º 8 del DFL N.º 1 de 2005.			
Tema Principal: Negativa de cobertura de prestación supuestamente no arancelada.			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre recurre de protección porque la Superintendencia no admitió a tramitación su recurso de reposición por haber sido presentado fuera de plazo, respecto de la resolución exenta IF N.º 140 de fecha 30 de marzo de 2007, en la cual se lo ordenaba otorgar cobertura al implante de un desfibrilador automático, homologándolo a un Marcapasos.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte, siendo deferente con lo resuelto por la Superintendencia, pero a la vez, pronunciándose sobre el fondo del asunto,(si corresponde o no la homologación) establece, en el considerando sexto: “ <i>Que le</i>			

parece entonces a esta Corte que si la Superintendencia reclamada -ante la falta de coincidencia técnica sobre las aptitudes del dispositivo- y en ejercicio de la facultad interpretativa de la normativa que le asiste ha resuelto que el desfibrilador si cumple funciones de marcapasos, al estimar, que le permite al paciente retomar el ritmo del corazón (caso en el cual actúa como marcapasos) y porque interrumpe la fibrilación ventricular posibilitando que recupere el control del ritmo cardíaco (caso en el que actúa como un desfibrilador propiamente tal), es claro que no podría considerarse tal decisión desprovista de racionalidad técnica, tanto más si la entidad reclamada ha fundado su decisión en lo sostenido por el Comité de Arritmias de la Sociedad Chilena de Cardiología que considera al desfibrilador como una modalidad de marcapasos que incluye funciones adicionales” Junto con eso, la Corte establece un principio de hermenéutica en el considerando séptimo: “Que también en la resolución de este asunto se debe tener presente que las exclusiones de cobertura permitidas por la ley deben ser siempre interpretadas en forma restrictiva, por lo que frente a las dudas sobre la aptitud y funciones del aparato -desfibrilador- habrá de preferirse aquella que amplíe y no restrinja la cobertura de los afiliados al sistema de salud”

Sin embargo, la Corte profundiza también respecto al monto de bonificación al cual fue obligada la Isapre, señalando, en el considerando décimo: “Que el claro tenor literal de la norma transcrita (en el considerando noveno se transcribe el artículo 190 N.º 8 del DFL N.º de 2005) deja en evidencia que no pudo la Superintendencia ordenar el pago íntegro del desfibrilador y su implantación, tanto más si dicha prestación no está codificada como tal en el arancel de FONASA ni en el de la Isapre, puesto que al resolver la homologación de ese dispositivo con el marcapasos se encontraba limitada la autoridad recurrida por lo que establece la disposición legal citada”

Decisión: Se acoge el recurso sólo en cuanto Isapre Colmena Golden Cross S.A deberá otorgar cobertura a la implantación del desfibrilador, pero solo hasta el monto del valor de la prestación a la que se homologa.

Voto singular: ministra señora Maggi, quien señaló que debía rechazar la reclamación, *“toda vez que la Superintendencia de Salud actuó dentro del ordenamiento legal y en el ejercicio de la atribución interpretativa que le concede el artículo 110 N.º 2 del D.F.L. N.º 1 del Ministerio de Salud, de 2005. Por consiguiente, no podría estimarse ilegal ni arbitrario lo resuelto en orden a considerar al desfibrilador ventricular como una especie o modalidad de marcapasos, lo que no corresponde propiamente a la homologación de que trata el artículo 190 del mismo D.F.L. sino a la calificación que, en uso de sus facultades interpretativas, ha efectuado la Superintendencia teniendo para ello en consideración las funciones propias del aparato que se implantó al afiliado.”*

Continúa indicando que la materia de exclusiones de cobertura debe resolverse con un criterio restrictivo y en favor de la persona. Finaliza señalando que: *“encontrándose en el presente caso comprometido derechos fundamentales de un afiliado al sistema privado de salud, es razonable, como lo hizo la Superintendencia, interpretar el orden legal y las estipulaciones contractuales conforme a la Constitución, en especial en protección del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y del derecho a la protección de la salud, bienes o valores constitucionalmente tutelados que deben orientar las decisiones que se adopten frente a los vacíos o dudas en la determinación de aquello que está o no cubierto por el plan de salud o por coberturas adicionales que el sistema público de salud o el orden legal reconozcan.”*

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol: N.º 4.475-2007, de fecha 18 de octubre de 2007, pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzun, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, y el abogado integrante Sr. Arnaldo Gorziglia: Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los motivos tercero, cuarto, octavo, décimo y duodécimo, que se eliminan.

La Corte establece que el *quid* del asunto, está en determinar si la Superintendencia hizo uso de su facultad de interpretar o de homologar,

resolviendo por la primera, así, en el considerando séptimo, señala: “Que, de consiguiente, lo que instruyó la Superintendencia sobre la base de establecer que el aparato cardíaco implantado al afiliado es una modalidad de Marcapaso, ha sido simplemente determinar el sentido y alcance de las normas que vinculan a la Isapre con el afiliado y que la obligan a bonificar dicha prestación contemplada en el arancel de esta última, calificación que se encuentra dentro de sus atribuciones legales, toda vez que hizo uso de su facultad interpretativa prevista en el reseñado artículo 110 N.º 2 del D.F.L. N.º 1”

Decisión: Revocar la sentencia apelada, ya que no se trató de una homologación sino de una interpretación de arancel, y se rechaza el Recurso.

Observaciones: El fallo es una aberración en términos de admisibilidad, no obstante, posee un contenido interesante, ya que la Corte fija, a mi juicio como una aplicación del “principio indubio pro reo, o pro operario”, la aplicación del principio hermenéutico: “ante la duda, privilegiar al afiliado”, y el voto de minoría es audaz, por cuanto establece que en el caso efectivamente se encuentran comprometidos derechos fundamentales, y que estos deben orientar las decisiones que se adopten frente a vacíos o dudas respecto de la cobertura que correspondería aplicar; es decir, el voto de minoría releva la categoría suprallegal de los derechos fundamentales y el rol de orientadores que estos juegan respecto de las decisiones en materia de cobertura.

FICHA N°6

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Valdivia	Rol N.º 194-2008	7 de mayo de 2008
Sala y ministros que la integran: No se consigna.			
Ministro u abogado redactor: Rodolfo Patricio Ábrego Diamantti.			
Recurrente/Actor: Jesús Edmundo Ramón Cortés Kirch.			
Recurrido /Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección; Canasta GES para Diabetes Mellitus tipo 2.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1 Y N.º 24 y art 20 de la C. POL; Art 11 de la ley 19.966; Art 1 D.S. N.º 44 de 2007, del Minsal.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio.			
Temas Complementarios: GES; confianza legítima.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Afiliado padece Diabetes Mellitus tipo 2, y la Isapre otorgó, hasta marzo de 2008, cobertura al medicamento. Desde el 2006, fue con cargo al GES, no obstante que este medicamento: Insulina Lantus, nunca estuvo en la canasta de medicamentos del problema de salud Diabetes Mellitus tipo 2. Es por esto último, que Isapre decide dejar de brindar la cobertura, puesto que se trata de un medicamento de uso ambulatorio y que no se encuentra en la canasta GES, por lo que no tiene cobertura.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte entiende que dejar de bonificar el medicamento, en circunstancias que por mera liberalidad lo ha hecho durante dos años, corresponde a una decisión caprichosa, así en el párrafo segundo del			

considerado cuarto sostiene: "...y que dicha determinación se funda en una nueva evaluación y en la determinación de ajustarse estrictamente a lo señalado en el listado de prestaciones para la enfermedad en cuestión, y porque existen en el señalado listado, otros medicamentos para la enfermedad del recurrente, dentro de los que nunca se ha incorporado este tipo de insulina, no pudiendo en tales condiciones estimarse, sino arbitraria la decisión adoptada dos años más tarde por la recurrida, desde que tal conducta responde al mero capricho de quien la ejecuta, esto es, no continuar proveyendo al recurrente de la mencionada insulina. Lo más curioso, es que la Corte señala que eso es distinto a que por mera liberalidad la Isapre hubiera decidido no otorgar cobertura extracontractual, así, en el párrafo tercero del considerando 4º: "*Distinta habría sido la situación, si igualmente por mera liberalidad, la decisión de la recurrida hubiera sido, la de no otorgar esta cobertura extraordinaria al Sr. Cortes, pero otorgada y manteniéndose el afiliado en idénticas condiciones de salud en el transcurso del tiempo, no puede permanecer en la incertidumbre de si contará con el medicamento al mes siguiente. Si la Isapre hubiese querido alterar la entrega del medicamento indicado, que ya se encontraba en el patrimonio del recurrente, pudo haber llegado a un acuerdo bilateral con éste, o solucionar esta situación recurriendo en los procedimientos que se señalan en el contrato celebrado entre las partes*" De este modo, la Corte entiende que del hecho de haber entregado durante dos años cobertura a un medicamento, hace surgir un derecho para el afiliado, el cual debe ser respetado hasta el punto de exigir su consentimiento en caso de que se desee modificar la cobertura ya estipulada, así, en el considerando quinto: "*Que de lo expuesto precedentemente se puede concluir que la conducta desplegada por la recurrida Isapre Vida Tres S.A. al suspender la entrega de Insulina Lantus al recurrente, ha sido arbitraria, al alterar una situación jurídica de hecho, desde que se ha inspirado en el mero capricho de quien adoptó tal decisión, como se señalara en el considerando anterior, vulnerando de esta forma el derecho a la integridad física, síquica y patrimonial del recurrente, garantías*

constitucionales establecidas en los N.º 1 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, debiendo en consecuencia acogerse el presente recurso.”

Decisión: Acoger el recurso

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 2.742-2008, de fecha 9 de junio de 2008, pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Julio Torres y el Abogado Integrante señor Roberto Jacob.

Decisión: Confirma

Observaciones: La Corte aplica un razonamiento similar al caso contenido en la ficha N.º 2, sin meterse en el cuestionamiento de la revocación unilateral, invoca la necesidad de haber llegado a un acuerdo bilateral para modificar la situación jurídica de hecho, que ya es parte del patrimonio del recurrente porque sí. De este modo, el fallo carece de una justificación del cómo y por qué una cobertura extracontractual ingresa al patrimonio del beneficiario.

FICHA N°7

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 9.290-2009	21 de enero de 2009
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala, integrada por los ministros señores Carlos Cerda Fernández y el señor Patricio Villarroel Valdivia y el abogado integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas.			
Ministro u abogado redactor: ministro Patricio Villarroel Valdivia.			
Recurrente/Actor: Marcela Del Pilar Fruns Durán.			
Recurrido /Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección; Cobertura Extracontractual.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24 y art N.º 20 de la C. Pol; Circular N.º 93 de la Superintendencia de Salud; art. 1550 del Código Civil.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento de uso ambulatorio.			
Temas Complementarios: Cobertura Extracontractual; Confianza legítima; Competencias de la Superintendencia de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre puso término el 1 de enero de 2010, de manera unilateral, a convenio de cobertura para el medicamento Interferón Beta, prescrito para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente que padece la actora. La Isapre justifica el término en que este se produjo en virtud del mismo convenio celebrado con la actora, en el cual se había fijado plazo de vigencia, y, además, el medicamento que la recurrente necesita ya tiene cobertura legal, puesto que			

se le otorgó un código de prestación en el Arancel Fonasa Libre Elección, por lo que la cobertura que procede es justamente la establecida en la normativa.

La recurrente manifiesta que el proceder de la Isapre es arbitraria e ilegal al terminar unilateralmente el convenio extracontractual, esto por cuanto la circular IF N.º 93 del 20 de abril de 2.009, dispone que las Isapres deben otorgar la totalidad de las prestaciones incluidas en el nuevo arancel a contar del 09 de febrero de 2.009. De este modo, y contrario a lo que sostiene la Isapre, la circular citada dispone que en el evento de haber convenido la Isapre con algún afiliado una modalidad de financiamiento para prestaciones asociadas al tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, deberán continuar otorgando dicha cobertura en la medida que ésta sea superior a la que actualmente contiene el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección, situación en la que -en su opinión- se encuentra.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, entiende que el contenido obligatorio de la circular IF N.º 93, se resuelve al momento de su dictación, así, en los considerandos 4º y 5º sostiene: *“Que la circular IF N.º 93 expresamente establece en su N.º 2 que en el evento que para casos particulares determinados las Isapres hubiesen convenido una modalidad de financiamiento para las prestaciones asociadas al tratamiento de la enfermedad que padece la recurrente, Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, deberán continuar otorgando dicha cobertura en la medida que sea superior a la que actualmente contiene el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección.*

5º.- Que a la fecha de dictarse la circular IF N.º 93, el 20 de abril de 2.009, estaba vigente el convenio extracontractual celebrado por la afiliada doña Marcela Fruns Durán con la Isapre Banmédica, en virtud del cual, dicha institución le otorgaba a la recurrente una bonificación adicional, extracontractual y voluntaria del 40% del tope para medicamentos convenio al que la Isapre le indicó que le pondría término el 31 de enero de 2.010.”

De este modo, concluye que la circular, y la *ley del contrato*, obligan a la Isapre a seguir otorgando la cobertura que ya daba, puesto que es superior a la que contempla la nueva normativa, y porque al momento de la dictación de la circular, estaba vigente el convenio de cobertura extracontractual. Así, queda de manifiesto en el considerando 6º: *“Que en consecuencia, y tal como dispone el N.º 2 de la circular antes citada, la Isapre es obligada a continuar dicha cobertura y no puede por decisión unilateral suya, sin recurrir a una circunstancias que lo justifique como sería el no pago de la cotización, poner término a la cobertura extracontractual convenida con la recurrente y al hacerlo, ha procedido de manera arbitraria transgrediendo la norma del artículo 1.545 del Código Civil, que sólo autoriza dejar sin efecto un contrato por mutuo consentimiento o por causas legales, y también ha infringido la circular N.º IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud adoptada en virtud de la facultad conferida a dicho organismo por DFL N.º 1º del Ministerio de Salud.”*

Respecto a las garantías constitucionales lesionadas, la Corte, en el considerando 8º, señala: *“Que de acuerdo a lo reseñado precedentemente, al negarle arbitraria e ilegalmente la cobertura para el medicamento requerido por la recurrente, la Isapre Banmédica ha vulnerado el derecho a la integridad física de aquella y, además, al desconocer el derecho a la bonificación acordada extracontractualmente ha conculcado su derecho de propiedad sobre los derechos que nacen de su contrato de salud.”*

Decisión: Acoger el recurso de protección acordada con el voto en contra del ministro señor Cerda

Voto singular: El ministro Cerda, difiere del alcance de la circular N.º 93, señalando: *“3) Siendo así no puede asignarse al capítulo 2 de la Circular N.º 93 un alcance extensivo que lo lleve a perpetuarse, como si pretendiese para siempre exigirse a la demandada conferir aquello a que voluntariamente se obligó hasta fecha determinada.*

La única conciliación razonable en derecho entre la generalidad de la circular y la particularidad de la excepción es que ésta se extiende hasta por mientras la convención vincula a la prestadora, justamente porque la ley del contrato no puede pervivirle.

4) Lo anterior permite concluir que la Isapre se ha atendido exactamente al ordenamiento al que está sometida, toda vez que ha comunicado a la actora que somete al arancel la cobertura de la esclerosis múltiple a partir del día siguiente al de la duración del convenio que declara extinguido.” Junto con eso, entiende que la Isapre no ha actuado de manera arbitraria ni ilegal, por lo que debería rechazarse el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 1.325-2010, de fecha 12 de abril de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y los Abogados Integrantes Sr. Benito Mauriz Aymerich y Sr. Domingo Hernández Emparanza. Se reproduce la sentencia en alzada, pero se elimina desde el fundamento sexto al noveno.

La Corte comparte el voto de minoría del ministro Cerda respecto a la circular IF N.º 93, así, en el considerando 4º señala: “(...) *no es razonable pretender que la autorización de una cobertura que se hallaba excluida del contrato de salud y a la que accedió la Isapre recurrida por un período acotado, deba extenderse más allá de ese plazo, bajo el pretexto que dicha cobertura es superior a la que actualmente contiene el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección*”

Junto con lo anterior, la Corte señala que no es relevante que las renovaciones de dicho acuerdo vengán desde hace 8 años, así, en el considerando sexto, sostiene: “*Que conviene destacar que los mencionados acuerdos a que arribó la reclamante con Isapre Banmédica, dadas las características de excepcionalidad y mera liberalidad que revisten, jamás pudieron formar parte del contrato de salud*”

que los vinculaba, quedando siempre al arbitrio de la Isapre la facultad de renovarlos”.

Cierra la Corte, reafirmando la preponderancia de la Autonomía de la Voluntad, señalando que el acto de autoridad, contenido en la Circular IF N.º 93, debe someterse a dicho principio, así, en el considerando séptimo: *“Que respecto a la instrucción contenida en la Circular IF/ N.º 93 de la Superintendencia de Salud en orden a dar plena validez a la cobertura que hubiesen convenido las Isapres con afiliados determinados en el evento que sea mayor a la regulada en la actualidad, sólo cabe entenderla, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en la medida que dichas convenciones particulares se encuentren vigentes”*

Decisión: Rechazar el Recurso de Protección.

Observaciones: El fallo de la CA es innovador por cuanto sostiene que es el acto de autoridad el que hace surgir la obligación de la Isapre a mantener la mejor cobertura, obligación que incorpora en el contrato de salud, por lo que no puede la Isapre incumplir el contrato, puesto que lesionaría el derecho de propiedad sobre el contrato de salud, lo que a su vez lesiona su integridad física. No obstante, la CS mantiene su criterio de prevalencia de la autonomía de la voluntad. En este mismo sentido se puede consultar la ficha N°10.

FICHA N°8

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Antofagasta	Rol N.º 90-2008	28 de marzo de 2008
Sala y ministros que la integran: No se consigna			
Ministro u abogado redactor: ministra Sra. Rosa María Pinto Egusquiza			
Recurrente/Actor: Reinaldo Morales Moraga.			
Recurrido /Demandado: Isapre Colmena Golden Cross S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 9 y N.º 20 de la C. Pol; Art 190 del DFL N.º 1, de 2005, del Minsal.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio no arancelado			
Temas Complementarios: Derecho a Protección de la Salud			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre se niega a otorgar cobertura al medicamento “enbrel” que requiere el afiliado para el tratamiento de su patología “Espondilitis Anquilosante”, por tratarse de un medicamento de administración ambulatoria que no se encuentra arancelado. El recurrente expresa que el arancel de Fonasa no le sería oponible puesto que nunca lo firmó.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte, fija lo relevante de la controversia, en si existe o no ilegalidad o arbitrariedad en la determinación de la Isapre, que afecte el derecho constitucional a la protección a la salud. Al respecto, en el considerando quinto, luego de expresar que será rechazado el recurso, la Corte intenta construir silogismos para explicar el rechazo, indicando que entre las			

partes se encuentra vigente un contrato de salud, y es este el que indica que todas aquellas prestaciones no contempladas en el arancel Fonasa, se encontraran excluidas de cobertura, por lo que el recurrente no puede alegar desconocimiento, de este modo, en el párrafo cuarto del considerando quinto, la Corte señala: “*De lo anterior se infiere que no estamos frente a una decisión que importe un acto que niegue arbitrariamente a un beneficiario el derecho a la protección de su salud, sino que se trata de la respuesta de la Isapre a que está afiliado el recurrente respecto de la concesión de cobertura que le solicitó en relación con un medicamento que debe aplicársele en forma ambulatoria, materia que está expresamente considerada en las exclusiones a que hace mención el artículo 190 del mencionado D.F.L. N.º 01, de 24 de abril de 2006, del Ministerio de Salud, por lo que su petición excede los términos del contrato que suscribió con la recurrida.*”

Decisión: Rechazar el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol 1.992-2008, de fecha 26 de mayo de 2008, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda y el abogado integrante Sr. Fernando Castro.

Decisión: Confirma.

Observaciones: En la ficha N.º 6, del mismo año, la Corte obliga a dar cobertura a un medicamento que en principio no tiene, por no estar arancelado, porque la Isapre lo bonificó antes y por tanto debe seguir bonificando. En este caso, como no bonificó antes, no está obligada a bonificar. Podría estimarse entonces que la Corte, hasta este entonces, ha entendido que en la medida que las Isapres han otorgado cobertura, deben seguir otorgando, no así si es que nunca han bonificado.

FICHA N°9

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 8.036-2009	9 de junio de 2010
Sala y ministros que la integran: Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la ministra señora Adelita Ravanales Arriagada y abogado integrante señor José Luis Borgoño Torrealba			
Ministro u abogado redactor: ministra señora Adelita Ravanales Arriagada.			
Recurrente/Actor: Isapre Banmédica S.A.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Reclamación.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección; medicamento ambulatorio; esclerosis múltiple; cobertura extracontractual			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2,3 y 8; art 170 letra k); art 190, todos del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud; Resolución Exenta N.º 48, de Los Ministerios de Hacienda y Salud.			
Tema Principal: Sentido y alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en relación con la vigencia del convenio extracontractual que otorga más cobertura que la establecida en la norma.			
Temas Complementarios: Contenido del Contrato de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre deduce recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N.º 624 de 13 de noviembre de 2009, en cuya virtud se rechazó el recurso de reposición deducido por su parte, en contra del oficio Ord. N.º 7295, de 10 de			

septiembre de 2009, de la misma Superintendencia, que instruyó a la Isapre a otorgar el medicamento "Betaferon" la cobertura acordada en el documento denominado "Convenio y Declaración", suscrito con fecha 02 de junio de 2008, entre su representada y la afiliada Sra. Pamela Muñoz Cortez, para el tratamiento de la Esclerosos Múltiple recurrente Remitente que padece.

Isapre alega, respecto del fondo, que la Superintendencia la está obligando a otorgar una cobertura mayor de la que está obligada, puesto que el convenio firmado con la afiliada expiró el 31 de diciembre de 2008, por lo que, al no encontrarse vigente, la Superintendencia no puede aplicar la circular IF N.º 93.

La Superintendencia por su parte señala que el convenio de cobertura es parte integrante del plan de salud y no puede llamársele extracontractual como pretende la Isapre, puesto que: *“la naturaleza jurídica del beneficio permite determinar su correcto alcance y sentido, máxime considerando que corresponde a un beneficio de seguridad social de índole económica fundamental para la integridad física y el patrimonio del reclamante”* (vistos, párrafo 16º).

Finaliza señalando que dicho convenio fue una adenda del contrato de salud, y en este se encuentra plasmada la voluntad de obligarse de la Isapre.

Fundamentos de la sentencia: La Corte entiende que no hay justificación para validar el convenio entre las partes, más allá del plazo que se convino, sobre todo porque variaron las condiciones, así, en el considerando sexto sostiene: *“Que en tales condiciones no resulta razonable la extensión de la cobertura convenida, más allá del plazo pactado, no resultado (sic) óbice para concluir lo anterior el hecho que dicha cobertura sea superior a actualmente contenida en el arancel Fonasa Libre Elección, toda vez que la reclamada sólo se obligó a ella por un tiempo determinado y en circunstancia que la terapia respectiva carecía de toda bonificación, caracterizándose por su excepcionalidad y otorgamiento por mera liberalidad, por ende quedando siempre al arbitrio de la Isapre la facultad de renovarla en, términos, que jamás pudo formar parte del contrato de salud que vinculaba a las partes.”* De este modo, se rechaza la idea de adenda esgrimida

por la Superintendencia, y se niega mayor alcance que el contractual volitivo, lo que se reafirma en el considerando séptimo: *“Que, tampoco obsta la conclusión anterior lo instruido por medio de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud desde que solo cabe entender -en virtud del principio de la autonomía de la voluntad- la validez de la cobertura convenida en tanto ella se encuentre vigente, lo que no ocurre en el caso de autos.”*

Decisión: Acoger la reclamación, declarando que la Isapre Banmédica S.A. no se encuentra obligada a otorgar cobertura al medicamento Betaferon de acuerdo con un convenio y declaración actualmente vencido, sino, conforme a la ley vigente.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 4.861-2010, de fecha 5 de agosto de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz.

Decisión: Confirma.

Observaciones: En este mismo sentido se puede consultar la ficha N°13.

FICHA N°10

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Punta Arenas	Rol N.º 53-2009	14 de agosto de 2009
Sala y ministros que la integran: No se consigna			
Ministro u abogado redactor: No se consigna			
Recurrente/Actor: Óscar Olatte Correa			
Recurrido /Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptorios: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección; Cobertura Extracontractual.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24 y art N.º 20 de la C. Pol; Circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento de uso ambulatorio.			
Temas Complementarios: Cobertura Extracontractual; Confianza legítima.			
3. DESCRIPCIÓN			
<p>Hechos: Isapre no renueva un convenio de cobertura extracontractual del medicamento Avonex, para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, luego de 5 años, pues habría incorporado a su arancel, la prestación objeto de la convención. No obstante, la nueva cobertura, sería inferior a la que antes otorgaba, vulnerando con esto lo preceptuado en la circular 93 de la Superintendencia de Salud. La Isapre en tanto señala que no vulnera lo preceptuado por la circular, ya que el convenio que había celebrado con el recurrente estuvo vigente hasta junio de ese año, y un requisito para que opere lo indicado en la circular, es que haya un convenio vigente celebrado entre las partes.</p>			

Fundamentos de la sentencia: La Corte considera que el convenio suscrito, nace de una declaración unilateral de voluntad por mera liberalidad de la Isapre, y nada se le puede exigir a esta, así, en el considerando quinto: *“Que de acuerdo a lo razonado y los antecedentes allegados al recurso, es posible concluir que la actuación de la Isapre no puede ser considerada arbitraria ni ilegal, puesto que en todo momento, se ajustó a la ley y ha quedado claro que la prestación que otorgó al recurrente, nació de una declaración unilateral de voluntad, por mera liberalidad, no pudiéndosele exigir ahora, el cumplimiento de una prestación a la cual no estaba obligada, de manera que el recurso será rechazado.”* A su vez, entiende que la circular 93 de la SS, opera sólo en la medida que el convenio se encuentre vigente: *“Considerando 4º: Que respecto a la obligación que impone la señalada Circular 93 en orden a mantener las prestaciones de medicamentos con los montos vigentes que fueran superiores a los mínimos del Arancel de Fonasa, ello es posible sólo en aquellos convenios que se encontraren vigentes, lo cual no ocurrió con los celebrados por las partes, los que de acuerdo a lo dicho en el fundamento anterior, siempre tuvieron vigencia de seis meses, siendo su renovación una facultad privativa y exclusiva de la Isapre.”*

Decisión: Rechazar el recurso de protección.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 6.002-2009, de fecha 14 de septiembre de 2009, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño Seaman, Sra. Sonia Araneda Briones, Sr. Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Sr. Roberto Jacob Chocair y Sra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

Decisión: Confirma.

Observaciones: Cambio de criterio: La Isapre sólo se obliga en la medida de lo que pacta: Tesis contractualista volitiva. Se modifica también el criterio en el sentido de que no importa si la Isapre ha dado cobertura antes, ya que la Corte

establece que dar sin estar obligado es mera liberalidad y no crea obligaciones a futuro.

FICHA N°11

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 690-2009	11 de enero de 2010
Sala y ministros que la integran: Octava Sala, presidida por el ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por el ministro señor Emilio I. Elgueta Torres y por el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berríos			
Ministro u abogado redactor: ministro Emilio Elgueta Torres.			
Recurrente/Actor: Marcelo Nuncio Saieh Mobarec.			
Recurrido /Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: N.º 2º, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; artículo 189 y 190 N.º 8 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento de uso ambulatorio, no arancelado por FONASA.			
Temas Complementarios: GES.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura de reembolso para el medicamento denominado Humira, debido a que corresponde a un fármaco de uso ambulatorio y su costo no ha sido acordado en los planes de salud.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte, interpreta en términos restrictivos la posibilidad de negar cobertura por parte de la Isapre, así, en el considerando 5º, señala: “ <i>Que del mérito del contrato de salud no figura entre la exclusiones el</i>			

medicamento Humira y conforme al numeral 52 del Decreto N.º 44 del Ministerio de Salud el tratamiento de la artritis reumatoide no puede excluirse del régimen general de garantías explícitas, siendo obligatorio para la Isapre el cumplimiento de la contribución a su financiamiento según señala el artículo 24 de la Ley 19.966.” Así, en el considerando 6º, establece que no existen razones para que la Isapre niegue cobertura: “Que, como ha sido expuesto, si se está en presencia de una grave enfermedad, cuyo tratamiento está cubierto por el sistema general de garantías, negándose la Isapre a otorgar la bonificación correspondiente por circunstancias ajenas a criterios sanitarios, en la medida que la medicina actual ha logrado llegar a una tratamiento ambulatorio, no se divisa razón para que la Isapre niegue dicha cobertura.”

Finalmente, razona cómo el actuar de la Isapre, ha vulnerado las garantías constitucionales que indica, en el considerando 7º: “Que, por consiguiente, si la exclusión que alega la institución recurrida no está expresamente excluida del contrato, el medicamento es de reciente data y no se ha efectuado una modificación contractual que la incluya, la Isapre recurrida ha infringido el derecho de dominio del actor sobre el bien corporal constituido por la bonificación correspondiente, la que no se solucionó por una decisión unilateral de la recurrida. Asimismo, se ha infringido el derecho de igualdad ante la ley puesto que otras instituciones de salud previsional otorgan cobertura al referido medicamento y Vida Tres no lo hace por razones que no tienen sustento legal. Además, el derecho a la salud aparece menoscabado al momento que las actuaciones reprochadas no están destinadas a promover, proteger o recuperar la salud.”

Decisión: Se acoge con costas el recurso, ordenando que la Isapre reembolse lo gastado en el medicamento.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Rol N.º 1.507-2010, de fecha 24 de mayo de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sr. Héctor

Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sr. Guillermo Silva y el Abogado Integrante Sr. Luis Bates.

La Corte, hace una interpretación estricta con relación a la posibilidad de negar cobertura de las Isapres, en relación con medicamentos ambulatorios, siendo determinante el Arancel Fonasa Libre Elección, así, en el considerando 6º señala: *“Que según se ha expuesto, en atención a que el tratamiento en cuestión no forma parte del arancel del Fondo Nacional de Salud, la Isapre ha podido negarse a cubrir su costo, asilándose en la aludida preceptiva que limita las prestaciones que debe amparar un asegurador previsional de salud.”*

Junto con eso, afirma que el afiliado no tiene derecho a exigir a las Isapres coberturas no previstas en el plan de salud contratado, así, en el considerando 7º señala: *“Que consecuente con lo dicho, no detenta el afiliado requirente algún derecho que le permita exigir a la entidad denunciada que otorgue cobertura a un tratamiento específico no previsto en el contrato de salud que vincula a las partes.”*

Decisión: Revoca. Y rechaza el recurso de Protección.

Observaciones: Es interesante este caso, porque la Corte de Apelaciones, a través de su sala octava, falló, a nuestro juicio, en prudencia y equidad, pero usando un argumento rebuscado, que es la exigencia de que la restricción de cobertura debería ser con relación a la especie, y no al género, así, al no existir una exclusión de cobertura del medicamento HUMIRA propiamente tal, debía entregar cobertura, equivocando el camino a nuestro juicio, puesto que olvidó la normativa que rige la materia, no ofreciendo una interpretación que diera cuenta del por qué, a pesar de estar excluido de cobertura el medicamento, sería razonable que la Isapre bonificara.

Importante es que la Corte Suprema sigue sosteniendo una visión contractualista regida por el principio de la Autonomía de la Voluntad, lo que se observa en el considerando 7º antes transcrito, en el que señala: *“Que consecuente con lo dicho, no detenta el afiliado requirente algún derecho que le permita exigir a la*

entidad denunciada que otorgue cobertura a un tratamiento específico no previsto en el contrato de salud que vincula a las partes.

FICHA N°12

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 8.035-2009	9 de junio de 2010
Sala y ministros que la integran: Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la ministra señora Adelita Ravanales Arriagada y abogado integrante señor José Luis Borgoño Torrealba.			
Ministro u abogado redactor: ministro señora Adelita Ravanales Arriagada.			
Recurrente/Actor: Isapre Banmédica S.A.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Reclamación.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección; medicamento ambulatorio; esclerosis múltiple; cobertura extracontractual			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2,3 y 8; art 170 letra k); art 190, todos del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud; Resolución Exenta N.º 48, de Los Ministerios de Hacienda y Salud.			
Tema Principal: Sentido y alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en relación con la vigencia del convenio extracontractual que otorga más cobertura que la establecida en la norma.			
Temas Complementarios: Contenido del Contrato de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre deduce recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N.º 623 de 13 de noviembre de 2009, en cuya virtud se rechazó el recurso de reposición deducido por su parte, en contra del oficio Ord. N.º 6479, de 17 de			

agosto de 2009, de la misma Superintendencia, que instruyó a la Isapre a otorgar el medicamento " Interferón Beta1" la cobertura acordada en el documento denominado "Convenio y Declaración", suscrito con fecha 14 de octubre de 2008, entre su representada y la afiliada Sra. Cecilia Ramírez Villarreal, para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple recurrente Remitente que padece.

Isapre alega, respecto del fondo, que la Superintendencia la está obligando a otorgar una cobertura mayor de la que está obligada, puesto que el convenio firmado con la afiliada expiró el 31 de marzo de 2009, por lo que, al no encontrarse vigente, la Superintendencia no puede aplicar la circular IF N.º 93.

La Superintendencia por su parte señala que el convenio de cobertura es parte integrante del plan de salud y no puede llamársele extracontractual como pretende la Isapre, puesto que: *“la naturaleza jurídica del beneficio permite determinar su correcto alcance y sentido, máxime considerando que corresponde a un beneficio de seguridad social de índole económica fundamental para la integridad física y el patrimonio del reclamante”* (vistos, párrafo 16º).

Hace presente que el convenio se ha renovado desde hace 3 años, por lo que no es aceptable sostener que se trataría de un convenio de sólo 6 meses. La duración de este convenio refuerza la idea de que se trata de una adenda del contrato de salud, y en este se encuentra plasmada la voluntad de obligarse de la Isapre.

Finalmente afirma que su parte tiene atribuciones legales para interpretar las normas legales y los contratos de salud, según el artículo 110 N.º 2, 3 y 8 del DFL N.º 1 de 2005, de Salud, lo que permite descartar la presente impugnación, puesto que la reclamación jurisdiccional es un recurso de derecho estricto que supone ilegalidad o abuso de funciones de la autoridad administrativa, lo que no ha sido invocado en la especie, limitándose a controvertir una interpretación jurídica correctamente determinada, sin indicar norma legal o abuso cometido, sino acudiendo a una mera cuestión de agravio de índole patrimonial, más no jurídica.

Fundamentos de la sentencia: La Corte entiende que no hay justificación para validar el convenio entre las partes, más allá del plazo que se convino, sobre todo porque variaron las condiciones, así, en el considerando sexto sostiene: “*Que en tales condiciones no resulta razonable la extensión de la cobertura convenida, más allá del plazo pactado, no resultado (sic) óbice para concluir lo anterior el hecho que dicha cobertura sea superior a actualmente contenida en el arancel Fonasa Libre Elección, toda vez que la reclamada sólo se obligó a ella por un tiempo determinado y en circunstancia que la terapia respectiva carecía de toda bonificación, caracterizándose por su excepcionalidad y otorgamiento por mera liberalidad, por ende quedando siempre al arbitrio de la isapre la facultad de renovarla en, términos, que jamás pudo formar parte del contrato de salud que vinculaba a las partes.*” De este modo, se rechaza la idea de Adenda esgrimida por la Superintendencia, y se niega mayor alcance que el contractual volitivo, lo que se reafirma en el considerando séptimo: “*Que, tampoco obsta la conclusión anterior lo instruido por medio de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud desde que solo cabe entender -en virtud del principio de la autonomía de la voluntad- la validez de la cobertura convenida en tanto ella se encuentre vigente, lo que no ocurre en el caso de autos.*”

Decisión: Acoger la reclamación, declarando que la Isapre Banmédica S.A. no se encuentra obligada a otorgar cobertura al medicamento Interferón Beta 1 de acuerdo con un convenio y declaración actualmente vencido, sino, conforme a la ley vigente.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 4.858-2010, de fecha 5 de agosto de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz.

Decisión: Confirma.

Observaciones: En este mismo sentido se puede consultar la Ficha N.º 9 y Ficha N.º 13. Con este fallo “de plantilla” prácticamente, podemos fijar la tesis de la Corte en ese periodo: La Autonomía de la voluntad es el principio bajo el cual se observa la relación entre afiliados e Isapre.

FICHA N°13

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 940-2010	28 de julio de 2010
Sala y ministros que la integran: Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar e integrada, además, por el ministro señor Mauricio Silva Cancino y la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.			
Ministro u abogado redactor: abogado integrante Sra. Herrera Fuenzalida.			
Recurrente/Actor: Isapre Banmédica S.A.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Recurso de reclamación.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección; medicamento ambulatorio; esclerosis múltiple; cobertura extracontractual.			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2,3 y 8; art 170 letra k); art 190, todos del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud; Resolución Exenta N.º 48, de Los Ministerios de Hacienda y Salud.			
Tema Principal: Sentido y alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en relación con la vigencia del convenio extracontractual que otorga más cobertura que la establecida en la norma.			
Temas Complementarios: Contenido del Contrato de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre deduce recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta IF/N.º 57 de 28 de enero de 2010, de la Superintendencia de Salud, que rechazó el recurso de reposición que interpuso en contra del oficio Ord. A12 N.º			

282, de 17 de septiembre de 2009, de la misma Superintendencia, que instruyó a la Isapre a otorgar la cobertura extracontractual pactada para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Recurrente Remitente que padece la Sra. Claudia Zalaquett. Sobre el fondo, Isapre sostiene que la Superintendencia yerra al obligarla a otorgar una cobertura extracontractual, en circunstancias que no había un convenio vigente sobre la materia entre las partes y es la ley la que establece cuál es la cobertura aplicable al caso del afiliado.

La Superintendencia por su parte señala que el convenio de cobertura es parte integrante del plan de salud y no puede llamársele extracontractual como pretende la Isapre, puesto que: *“la naturaleza jurídica del beneficio permite determinar su correcto alcance y sentido, máxime considerando que corresponde a un beneficio de seguridad social de índole económica fundamental para la integridad física y el patrimonio del reclamante”* (vistos, párrafo 16°).

Finaliza señalando que dicho convenio fue un *adenda* del contrato de salud, y en este se encuentra plasmada la voluntad de obligarse de la Isapre.

Fundamentos de la sentencia: La Corte primeramente considera fundamental la voluntad de la Isapre en obligarse, estableciendo que a esta sólo la obliga lo que voluntariamente pacta, así, en el considerando sexto, establece: *“Que, en tales condiciones no resulta razonable la extensión de la cobertura convenida, más allá del plazo pactado, no resultado impedimento para concluir lo anterior el hecho que dicha cobertura sea superior a actualmente contenida en el arancel Fonasa Libre Elección, toda vez que la reclamada sólo se obligó a ella por un tiempo determinado y en circunstancia que la terapia respectiva carecía de toda bonificación, caracterizándose por su excepcionalidad y otorgamiento por mera liberalidad, por ende quedando siempre al arbitrio de la Isapre la facultad de renovarla en términos que, jamás pudo formar parte del contrato de salud que vinculaba a las partes”*. Y es desde esa posición, que interpreta el alcance de la circular IF N.º 93, de la Superintendencia de Salud, señalando, en el considerando séptimo: *“Que, tampoco obsta la conclusión anterior lo instruido por medio de la*

circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud desde que sólo cabe entender, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad la validez de la cobertura convenida en tanto ella se encuentre vigente, lo que no ocurre en el caso de autos”.

A mayor abundamiento, agrega, en el considerando octavo, que así lo han entendido las partes: *“Que, por último, además de no existir en la especie alguna norma legal que habilite imponer a la Isapre la obligación que se pretende, las propias partes en la ejecución del contrato entendieron que se trataba de un beneficio extracontractual y voluntario, pues así expresamente lo establecieron, operando en base a una petición del afiliado”*

Decisión: Acoger la reclamación

Voto singular: Del ministro señor Silva Cancino, quien: *“fue del parecer rechazar el reclamo de ilegalidad interpuesto por Isapre Banmédica en contra de la Superintendencia de Salud, pues estima que el actuar de la recurrida se ajustó a la legalidad cuando dispuso mediante Oficio ORD. N.º 282, de 17 de septiembre de 2009, que la recurrente Isapre Banmédica debía mantener la cobertura ofrecida al afiliado, mediante el convenio suscrito entre la recurrente y el afiliado, el 1 de enero de 2009, pues tal acuerdo constituye una adenda del Contrato de Plan de Salud principal, que reviste el carácter de permanente, atendida las sucesivas renovaciones*

De este modo, Isapre Banmédica al otorgar la cobertura especial de la enfermedad de Esclerosis Múltiple Remitente de la cónyuge del afiliado Sr. Olate, no puede posteriormente rebajarla, aduciendo que a comienzos de 2009, el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente se incorporó al Arancel del Fonasa y que ahora es obligatorio para la Isapres cubrirlo, pero aplicando un copago menor, y de esa forma eludir el copago mayor al que se había obligado por el citado adenda.”

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 6.585-2010, de fecha 27 de septiembre de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y los Abogados Integrante Sr. Benito Mauriz y Sr. Jorge Lagos.

Decisión: Se confirma.

Observaciones: Se mantiene el cambio de criterio: Tesis contractualista volitiva domina. A su vez, ya no hay deferencia con lo resuelto por la Superintendencia, como en la ficha N.º 5.

FICHA N°14

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 916-2010	26 de agosto de 2010
Sala y ministros que la integran: Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Lamberto Cisternas Rocha e integrada por la ministra señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y por el Abogado Integrante señora Regina Clark Medina.			
Ministro u abogado redactor: ministro señor Lamberto Cisternas Rocha.			
Recurrente/Actor: Isapre Banmédica S.A.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Reclamación.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección; medicamento ambulatorio; esclerosis múltiple; cobertura extracontractual.			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2,3 y 8; art 170 letra k); art 190, todos del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud; Resolución Exenta N.º 48, de Los Ministerios de Hacienda y Salud; art 1550 del Código Civil.			
Tema Principal: Sentido y alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en relación con la vigencia del convenio extracontractual que otorga más cobertura que la establecida en la norma.			
Temas Complementarios: Contenido del Contrato de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre deduce recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N.º 33, de 19 de enero de 2010, en cuya virtud se rechazó el recurso de reposición deducido por su parte, en contra del oficio Ord. N.º 3.605, de noviembre			

de 2009, del Departamento de Control y Fiscalización de la misma Superintendencia, que instruyó a la Isapre a “otorgar a sus afiliados que padecen Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, y con los que hubiese suscrito un convenio extracontractual en el que se indique una bonificación superior a la establecida actualmente por la ley, la cobertura acordada en dichos convenios”. Respecto a la materia, señala que la enfermedad referida carecía hasta el 9 de enero del 2010 -fecha de entrada en vigencia de la Resolución Exenta N.º 48, de 2009, de los Ministerios de Hacienda y Salud- de cobertura para su tratamiento farmacológico, de rehabilitación y brote, pues no estaba incorporada al Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección, incorporación que operó con motivo de la resolución indicada; por lo cual la recurrente convino con sus afiliados que la padecían una serie de pactos o declaraciones denominados extracontractuales - por su carácter paralelo al contrato de salud- en los cuales se estableció una cobertura especial, más allá de la ley, pero con un plazo definido. Una vez entró en vigor la ley, que por regla general tiene un piso de cobertura inferior al que ella otorgaba mediante los pactos, decidió, una vez vencidos los plazos de estos últimos, otorgar la cobertura establecida en la ley.

Isapre alega que la Superintendencia no está facultada para imponerle otorgar prestaciones que superen el mínimo legal, y la cobertura ofrecida a través de los pactos, fue en el ámbito privado, de manera voluntaria, y sin renovación automática, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia que cita.

La Superintendencia por su parte señala que la instrucción de mantener la cobertura pactada, por sobre el contemplada en el arancel, obedece a que el arancel es el mínimo, resultando, por tanto, lo dado por la Isapre, una ampliación de cobertura. De este modo, sostiene: *“Lo anterior se comprende cabalmente si se considera, dice, que si una Isapre concede un beneficio no contemplado en el Arancel lo que hace es ampliar la cobertura originalmente pactada, situación que no calza con una exclusión de cobertura, ni puede estimarse mera liberalidad, por lo mismo que es pactada y porque ese nuevo beneficio tiene incidencia en la*

cotización a pagar. Lo contrario significaría aceptar que si la ley elimina alguna prestación la Isapre podría eliminarla del plan convenido, lo que es absurdo, o que la entidad puede realizar actos de mera liberalidad no obstante su carácter de sociedad anónima reglada y con objeto único y las limitaciones que la ley establece para la donación.” (párrafo 2º, 3º vistos)

Prosigue, explicando el sentido y alcance del arancel FONASA, así, sostiene que:

“...de manera que si una Isapre conviene otorgar un beneficio no contemplado en el Arancel Fonasa o que lo mejora, no está en una situación de excepción, sino que amplió la cobertura, sin que ello sea tampoco una situación de mera liberalidad; por lo que debe mantener ese beneficio en los términos pactados, si se lo incorpora al arancel mencionado con una exigencia menor, sin que sea permitido suprimirlo o rebajarlo unilateralmente, atendido el sentido que corresponde a este tipo de derechos en el ámbito de la seguridad social, dentro del cual se integra el sistema de Isapres.”

Fundamentos de la sentencia: La Corte, hace suyo lo señalado por la Superintendencia, en el sentido de que la ampliación de cobertura no puede entenderse como una mera liberalidad sino que como una modificación contractual en favor del afiliado; así en “el vistos y teniendo presente” N.º 4, sostiene: “ *Que el inciso primero de la letra e) del artículo 189 del DFL N.º 1 de Salud, de 2005, dispone que el contrato de salud debe contener el precio del plan y el arancel o catálogo valorizado de prestaciones, consignando expresamente que "Dicho arancel de referencia contemplará, a lo menos, las prestaciones contenidas en el arancel del Fondo Nacional de Salud..."*, **de manera que si una Isapre conviene otorgar un beneficio no contemplado en el Arancel Fonasa o que lo mejora, no está en una situación de excepción, sino que amplió la cobertura, sin que ello sea tampoco una situación de mera liberalidad; por lo que debe mantener ese beneficio en los términos pactados, si se lo incorpora al arancel mencionado con una exigencia menor, sin que sea permitido suprimirlo o rebajarlo unilateralmente, atendido el sentido que**

corresponde a este tipo de derechos en el ámbito de la seguridad social, dentro del cual se integra el sistema de Isapres.” (el destacado es nuestro). Finalmente, y a mayor abundamiento, cuestiona el medio de impugnación utilizado por la Isapre, ya que no habría reclamado en la sede correspondiente, en tiempo y forma, así, señala en el “vistos y teniendo presente” N.º 5: “*Que a lo anterior se agrega que la recurrente no reclamó en contra de la instrucción general emanada de la Superintendencia, o no acreditó haberlo hecho, limitándose a impugnar una instrucción directa que recibió a propósito de una fiscalización de esa entidad y luego a reclamar del acto administrativo que desestimó su reposición.*”

Decisión: Rechazar el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 7416-2010, de fecha 22 de noviembre de 2010, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Juan Araya, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Rafael Gómez y Sr. Arnaldo Gorziglia.

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos quinto y sexto que se eliminan.

La Corte Suprema aplica los criterios ya vistos en las Fichas N.º 9, 10 y 11, señalando que antes de la entrada en vigor de la normativa que incorpora los medicamentos de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente (Resolución Exenta N.º 48 de los Ministerios de Hacienda y Salud), estos carecían de bonificación. En ese contexto, la Isapre accedió a otorgar una bonificación adicional, extracontractual y voluntaria por un período determinado, el que, una vez vencido, facultó a la Isapre para aplicar la cobertura fijada por la normativa, cuestión que hizo.

De este modo, señala la Corte, en su considerando 4º: “*Que dicho lo anterior, no es razonable pretender que la autorización de una cobertura que se hallaba excluida del contrato de salud y a la que accedió la Isapre recurrida por un período*

acotado, deba extenderse más allá de ese plazo, bajo el pretexto que dicha cobertura es superior a la que actualmente contiene el Arancel Fonasa Modalidad Libre Elección”

En relación con los pactos suscritos entre las Isapres y sus afiliados, sostiene, en el considerando sexto: *“Que conviene destacar que los mencionados acuerdos a que arribó la reclamante, dadas las características de excepcionalidad y mera liberalidad que revisten, jamás pudieron formar parte de los correspondientes contratos de salud que la vinculaban, quedando siempre al arbitrio de la Isapre la facultad de renovarlos”* Es decir, la Corte aquí establece la máxima: *“da lo mismo cualquier consideración, ya que jamás se podrá obligar a la Isapre más allá de lo que esta quiera”*.

Lo que se ve refrendado en la interpretación que hace de la Circular IF/ N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en el considerando séptimo: *“Que respecto a la instrucción contenida en la Circular IF/ N.º 93 de la Superintendencia de Salud en orden a dar plena validez a la cobertura que hubiesen convenido las Isapres con afiliados determinados en el evento que sea mayor a la regulada en la actualidad, sólo cabe entenderla, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en la medida que dichas convenciones particulares se encuentren vigentes”*

Decisión: se revoca la sentencia apelada y se acoge el recurso de reclamación.

Observaciones: En esta oportunidad, es la Corte Suprema la que recoge la tesis expresada en los fallos de las fichas N.º 9, 12 y 13, erigiendo como pilar fundamental el principio de la Autonomía de la Voluntad, no habiendo nada más allá de este, puesto que por una parte, la Isapre se puede obligar hasta cuando ella quiera, y por otra, la Superintendencia no puede imponerle obligaciones que superen lo que estas están dispuestas a obligarse, es decir, la Superintendencia no puede generar deberes ni obligaciones para sus fiscalizados, no más allá del principio de autonomía de la voluntad al menos.

FICHA N°15

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 1.846-2010	30 de noviembre de 2010
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala, presidida por el ministro señor Jorge Dahm Oyarzún e integrada por el ministro señor Mario Rojas González y por el abogado integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.			
Ministro u abogado redactor: señor Rodrigo Asenjo Zegers.			
Recurrente/Actor: Nancy Riquelme Rebolledo.			
Recurrido /Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Negativa de cobertura GES- CAEC a medicamento de uso ambulatorio.			
Normativa aplicada: Ley 19.966; Circular IF N.º 7. Art 189 del DFL 1 de 2005, del Minsal; art 1º, 5º, 19º N.º 1 y 24, art 20 de la C. POL; Decreto Supremo N.º 326, de 27 de mayo de 1989, del Minrel, que promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.			
Tema Principal: Negativa de cobertura a medicamento de uso ambulatorio.			
Temas Complementarios: GES; GES-CAEC; CAEC, Alcance de las Garantías Constitucionales.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamento "Lapatinib" que requiere la actora en contexto del tratamiento por un cáncer de mamas que padece, por cuanto dicho medicamento no se encuentra en las "canastas de prestaciones GES" para el tratamiento del indicado problema de salud. Adicionalmente, el referido			

medicamento tampoco se encuentra recomendado en la Guía Clínica del problema de salud "Cáncer de Mama en personas de 15 años y más" elaborado por el Ministerio de Salud, así como tampoco se encuentra incorporado en el "Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas del Adulto" del Ministerio de Salud, por lo que no tendría cobertura GES-CAEC. Además, la Isapre sostiene que el "Lapatinib" no tiene cobertura CAEC, por tratarse de una droga que no es citotóxica, ni es administrada en ciclos de quimioterapia, y finalmente, no tiene cobertura conforme al plan de salud complementario vigente de la recurrente, puesto que en el contrato se encuentran expresamente excluidos los medicamentos prescritos en forma ambulatoria.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, antes de decidir, tiene por establecido que el estado de salud de la actora, da cuenta que se le han negado derechos, así, en el considerando sexto, sostiene: *"Que al tenor del libelo de protección, así como de la documentación acompañada a los autos, resulta fuera de toda duda la circunstancia que la recurrente doña Nancy Riquelme Rebolledo, desde el año 2002, adolece de una enfermedad que ha hecho ilusorio para ella, su derecho a disfrutar al más alto nivel posible de su salud física y mental, conforme lo establece el Pacto transcrito en el motivo anterior. Del mismo modo, le ha resultado ilusorio gozar de su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, según se lo reconoce la carta constitucional. Resulta del todo evidente la mala calidad de vida que soporta la recurrente, de 38 años, esposa y madre de tres hijos de 18, 10 y 6 años. Asimismo, no ha resultado efectivo para ella su derecho a que se proteja su salud y a tener acceso a las acciones necesarias, existentes y posibles, para proteger e intentar recuperarla y rehabilitarse del mal que la aqueja."* Luego, confronta las razones de la Isapre para negar cobertura, con un informe de la Superintendencia de Salud, señalando, en el considerando octavo: *"Que la Isapre en su informe afirma que el medicamento Lapatinib no tiene cobertura conforme al plan de salud complementario vigente de la recurrente, por tratarse de una droga que no es citotóxica, ni es administrada en ciclos de*

quimioterapia, encontrándose en el contrato expresamente excluidos los medicamentos prescritos en forma ambulatoria. Sostiene que tampoco le es aplicable la cobertura CAEC por ser un beneficio adicional al Plan Complementario de Salud, que tiene por finalidad aumentar la cobertura. En cuanto a lo expuesto por el ex Superintendente de Salud, en su informe emitido con fecha 3 de diciembre de 2009, y que como ya se dijo fue acompañado a estos autos y rola a fojas 105, específicamente en su punto 4, señala que los medicamentos Xeloda y Lapatinib son drogas citotóxicas que se emplean para el tratamiento del cáncer, y que están cubiertas por la Cobertura Adicional, ya sea que se apliquen en forma hospitalizada o ambulatoria.

A mayor abundamiento, en el punto 6 del informe el ex Superintendente expresa al respecto que "Por otra parte, y para el caso que los medicamentos consultados se estuvieran administrando a la paciente en forma ambulatoria, debo hacer presente que el criterio interpretativo de este Superintendente sobre la disposición de la Circular IF/N.º 7 antes citada relativa a la procedencia de la Cobertura Adicional para las drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia ambulatorios, indica que lo único relevante, es que se trate de fármacos utilizados en el tratamiento del cáncer; en consecuencia, no puede entenderse que la mención a "ciclos" de quimioterapia, empleada en la norma en referencia, aluda a una exclusión de la CAEC cuando los medicamentos se administran fuera de los habituales.

La Isapre recurrida en su informe refiere que el acto en contra el cual se recurre de protección es su negativa otorgar las GES para el medicamento Lapatinib. Al respecto cabe señalar que el recurso de protección que se interpuso a favor de la señora Nancy Riquelme Rebolledo, en contra de Isapre Cruz Blanca S.A., es por su acción ilegal y arbitraria, consistente en negar el otorgamiento de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) del contrato de salud de la señora Nancy Riquelme para el medicamento "Lapatinib", necesario para tratar el cáncer de mama avanzado con metástasis ósea, torácico y de todo el esqueleto

axial y pulmonar en etapa terminal que la afecta. La CAEC, a diferencia del GES, es un beneficio contractual que aumenta la cobertura del plan de salud, una vez completado el deducible correspondiente, en el ámbito de las prestaciones hospitalarias y de las siguientes prestaciones ambulatorias: Drogas inmunosupresoras en caso de trasplante, Radioterapia, Drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia para el tratamiento del cáncer y Medicamentos coadyuvantes o biomoduladores que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia.

Esta Corte estima que la recurrida al negar la cobertura CAEC para el "Lapatinib", actuó de forma ilegal, por cuanto resulta plenamente aplicable la CAEC y los beneficios que ella contempla, pues no puede serle aplicado a este medicamento el artículo de esta normativa que indica que se excluyen las prestaciones derivadas de problemas de salud que reúnan las condiciones "exigidas para ser cubiertas por el GES", debido a que eso, el de ser cubierta la droga por las reglas del GES, es precisa y claramente lo que no se produce, como se afirmó por la recurrente en su presentación de fojas 111.

La Superintendencia de Salud comparte el criterio recién expuesto, y así lo informó a esta Corte a través del Ordinario N.º 3869. Así, a partir del párrafo cuarto del punto 4 de su informe se expresa: "Por lo demás, y tal como lo ha manifestado esa Iltrma. Corte en un fallo de 4 de noviembre último, según la normativa vigente, están excluidas de la CAEC las prestaciones derivadas de problemas de salud que reúnan las condiciones "exigidas para ser cubiertas por el GES", y ello no ocurre con los medicamentos en análisis toda vez que no están cubiertos por las GES, entonces no les alcanza la exclusión".

Posteriormente, la Corte expresa cuál debería ser el objetivo de las Isapres en relación a las garantías constitucionales, así, en el considerando undécimo, sostiene: "Que la Isapre recurrida presta un servicio de salud a la comunidad, por lo que un legítimo afán de lucro no puede llegar a constituir un objetivo. Por el contrario, debe velar, como todos, por el efectivo cumplimiento de los derechos

fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N.º 1 y 24, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho de propiedad en sus diversas especies. En este marco, no debe olvidarse lo previsto en el artículo 6º de la Carta Política, en cuyos incisos 1º y 2º consagra el principio de la supremacía constitucional sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo, lo que impide absolutamente que normas de inferior jerarquía a la Constitución, pudieran dejar sin aplicación una garantía que ella ampara y reconoce. De allí entonces, que primero se establezca que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, para luego establecer que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Como ya se señaló en el motivo tercero, en el artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental, se dice que es un deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales ocupan un lugar preeminente la vida y la integridad física de las personas, lo que necesariamente importa que el valor patrimonial se ve postergado en favor del bien jurídico representado por la dignidad, la vida y su bienestar físico."

Prosigue ahora haciendo un análisis en relación al estado de salud de la actora, las garantías constitucionales en juego, y las obligaciones que emanan de dicha situación, así, en el considerando duodécimo, expresa: *"Que la extremada gravedad del cáncer que padece la recurrente doña Nancy Riquelme Rebolledo, consta de los hechos consignados en el motivo séptimo, apareciendo, además, de los antecedentes, que una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora depende del pronto suministro del medicamento "Lapatinib", razón por la cual esta Corte estima que el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de la garantía constitucional del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda*

utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento, toda vez que lo que se está resolviendo es la mayor o menor sobrevida que pueda tener la recurrente, por lo que no le merece duda a esta Corte que debe proporcionársele el medicamento Lapatinib, en cuanto le va a permitir sobrellevar el grave cáncer que la afecta en mejores condiciones, aspirando a una sobrevida mayor”

Decisión: Acoger el recurso de protección.

Voto singular: ministro Sr. Dahm: quien estuvo por rechazar el recurso de protección, teniendo únicamente presente: *“que el medicamento "Lapatinib" no tiene cobertura conforme al plan de salud complementario vigente de la recurrente, por tratarse de una droga que no es citotóxica, ni es administrada en ciclos de quimioterapia, encontrándose en el contrato expresamente excluidos los medicamentos prescritos en forma ambulatoria. Tan es así que la droga aludida, se presenta en pastillas que se suministran al paciente en forma diaria y por tiempo indefinido. Esta constatación lleva al disidente a estimar que en el caso de autos no existe una actuación que puedan estimarse arbitraria o ilegal por parte de la entidad de salud previsional recurrida al haber negado la cobertura al medicamento indicado, que pudiera llevar a acoger la acción deducida”.*

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 764-2011, de 7 de abril de 2011, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y los Abogados Integrante Sr. Benito Mauriz y Sr. Jorge Lagos. Se reproduce la sentencia de alzada con excepción de los considerandos tercero a decimocuarto, que se eliminan. La Corte Suprema, cita los requisitos del recurso de protección, y analiza si acaso la conducta de la Isapre es arbitraria e ilegal, analizando el caso sólo desde la perspectiva cobertura GES-CAEC, es decir, si acaso el medicamento se encuentra en las guías clínicas del tratamiento del cáncer de mamas, concluyendo, en el considerando quinto: *“Que el artículo II del Anexo de la Circular IF N.º 7 establece que la cobertura especial*

GES-CAEC, a que se refiere el artículo I N.º 6 antes citado, se aplica sólo para las prestaciones no contenidas en el listado específico de prestaciones taxativo para cada problema de salud, condiciones y diagnósticos comprendidos en el Régimen de Garantías Explícitas de Salud, pero considerados en los protocolos para la solución de los problemas de salud definidos por el Ministerio del ramo.

Si bien en el caso de autos es un hecho no controvertido que el medicamento Lapatinib no está incorporado al listado específico, no hay ningún antecedente que permita establecer o demostrar que se encuentra incluido en los protocolos del Ministerio de Salud, de manera que, de acuerdo con el tenor de la disposición antes indicada, la Isapre recurrida al negar la cobertura CAEC a su respecto no ha incurrido en actuación ilegal”.

Prosigue en esta dirección, en el considerando sexto, agregando eso sí, un concepto novedoso “efectividad curativa”- obviando, no obstante, lo señalado por la Autoridad Administrativa sobre la materia- que es lo que esta entiende es la correcta interpretación de la circular IF N.º 7. Así, en el considerando sexto, la Corte establece: *“Que tampoco ha incurrido en una conducta arbitraria al otorgar la cobertura respecto del medicamento Xeloda, toda vez que tal decisión se encuentra fundada en su utilidad, desde que el Lapatinib, a diferencia del Xeloda, no tiene cobertura en el plan complementario de salud y no ha demostrado efectividad curativa, fundamento este último que es coincidente con lo afirmado por este tribunal en la causa rol 1447-2010, en la que se afirma que el Lapatinib no tiene efectos curativos respecto del cáncer de mamas, fundándose para ello en un informe emitido al respecto por el Servicio Médico Legal”*

Decisión: Se revoca la sentencia apelada y se rechaza el recurso de protección.

Observaciones: El fallo de la Corte de Apelaciones es muy completo y analiza el caso desde la perspectiva “formal normativa” y “substancial constitucional”. Bajo la primera, llega a la conclusión de que el medicamento en cuestión cumple con el estándar exigido para recibir cobertura CAEC, puesto que la Autoridad Administrativa, llamada a interpretar la normativa sectorial, así lo estableció. Bajo

la segunda, la Corte hace un juicio de ponderación, y establece que la necesidad del medicamento, para asegurar la sobrevivencia de la actora es tan importante, que aun si no tuviera cobertura, debe otorgársele, puesto que ese sería un límite razonable al legítimo afán de lucro que persiguen las Isapres. Cita para aquello, la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Corte Suprema, no obstante, reduce el conflicto en el sentido de evaluar solamente si el medicamento se encuentra en un listado o no, para luego, introducir un concepto dudoso como el de “efectividad curativa”, sin hacerse cargo de lo dicho por la Superintendencia de Salud, y entrometiéndose incluso en la prescripción médica al erigirse como un *supramédico*, y sostener que el medicamento no tiene efectos curativos.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 8.192-2009	10 de enero de 2011
Sala y ministros que la integran: Primera Sala, presidida por la ministra señora María Soledad Melo Labra e integrada por la ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile y el abogado integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas			
Ministro u abogado redactor: ministra señora Kittsteiner.			
Recurrente/Actor: Isapre Banmédica.			
Recurrido /Demandado: Superintendencia de Salud.			
Tipo de Recurso: Reclamación.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Facultades de la Superintendencia de Salud; arancel Fonasa libre Elección; medicamento ambulatorio; esclerosis múltiple; cobertura extracontractual			
Normativa aplicada: Arts. 110 N.º 2,3 y 8; art 170 letra k); art 190, todos del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud; Resolución Exenta N.º 48, de Los Ministerios de Hacienda y Salud; art 1550 del Código Civil.			
Tema Principal: Sentido y alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud, en relación con la vigencia del convenio extracontractual que otorga más cobertura que la establecida en la norma.			
Temas Complementarios: Contenido del Contrato de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre recurre de reclamación en contra de Resolución N.º 640 de 24 de Noviembre de 2009, de la Superintendencia de Salud, por la cual esta rechazó el recurso de reposición deducido por la recurrente, manteniendo lo resuelto, en el sentido que debe otorgar al medicamento "Betaferón" la cobertura acordada en el			

documento denominado " Convenio y Declaración ", suscrito con fecha 6 de Enero de 2009, entre la recurrente y el afiliado Carlos Ceballos Pérez, para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Recurrente Remitente, que padece su cónyuge y beneficiaria, Carolina Orellana Labraña.

De manera resumida, podemos señalar que la Isapre sostiene que ha dado integro cumplimiento a la Circular IF N.º 93 de 20 de abril del 2010, de la Superintendencia de Salud, ya que continuó otorgando la cobertura del convenio extracontractual al medicamento en cuestión, hasta que venció el acuerdo entre las partes, el 30 de junio del 2010, siendo exigible con posterioridad solo la cobertura a que tiene derecho según su plan de salud.

Sin embargo, la recurrida negó lugar a su reposición por las razones que detalla en su resolución, pretendiendo obligarla a otorgar una prestación abusando de sus atribuciones y fuera de sus facultades, sin fuente legal ni contractual. Pretende transformar un acuerdo extracontractual, en una obligación de plazo indefinido, fundada entre otras razones, en que tal acuerdo lo suscribió sucesivamente, cada seis meses, desde el año 2004, por lo que no se trataría de un contrato de plazo fijo., en circunstancias que las condiciones que existieron para llegar a ese acuerdo han variado considerablemente a esta fecha. Antes no había cobertura de ninguna especie para tal patología, ahora si la hay.

Termina señalando que la Resolución recurrida más allá de interpretar administrativamente una norma legal y reglamentaria, impone a su parte una carga que la Resolución exenta N.º 48 de Salud y Hacienda no contempla.

La recurrida por su parte, sostiene que el acuerdo extracontractual, que se ha venido renovando sucesivamente desde el año 2004 a la fecha, resulta ser un *adenda* del contrato de salud, constituyéndose en una modificación particular con incorporación de prestaciones especiales al plan de salud, lo que está acorde con el artículo 170 letra k) del D.F.L. N.º 1 de 2005 de Salud y forma parte del contrato desde su suscripción, por ello no puede ser desconocido ni alterado

unilateralmente por la Isapre, ni siquiera a pretexto de un cambio en la normativa legal vigente.

Señala finalmente que la Superintendencia tiene facultades legales para interpretar las normas legales y los contratos de salud de acuerdo con el artículo 110 N°s 2, 3 y 8 del D.F.L. N.º 1 de 2005, que transcribe, de manera que este fundamento permite descartar de plano la presente reclamación, ya que el desacuerdo del recurrente con la resolución impugnada no configura una ilegalidad que deba ser subsanada.

Fundamentos de la sentencia: La Corte lo primero que hace es afirmar que el acto contra el que se reclama, es legal, ya que la Superintendencia de Salud cuenta con las facultades legales para interpretar las normas legales relacionadas con las Isapres, así, en el considerando quinto, sostiene: *“Que, en primer término, en cuanto a la ilegalidad que denuncia la institución recurrente, cabe tener presente, que la Superintendencia de Salud al interpretar las normas legales relacionadas con las Instituciones de salud, y los contratos de salud que las ligan con sus afiliados, actúan dentro de la esfera de sus atribuciones, haciendo uso de las facultades legales que le confiere su estatuto orgánico, esto es, el D.F.L. N.º 1 de 2005, de Salud, específicamente en su artículo 110, N°s 2, 3 y 8.”*

Concreta esa idea, en el considerando siguiente (6to), señalando que, al instruir la Superintendencia la continuidad de la cobertura que la Isapre ha venido otorgando, lo hace: *“...dentro del marco de sus atribuciones, como ya se dijo, ejerciendo sus facultades legales de organismo contralor, por lo que mal puede atribuírsela una actuación ilegal que amerite el ejercicio del instituto procesal que nos ocupa.”*

Posteriormente, afirma que el actuar de la Superintendencia no fue arbitrario, puesto que cuenta con la facultad de interpretar los contratos de salud, y eso fue precisamente lo que hizo. Agrega, y adopta la teoría de la Superintendencia de Salud, al señalar que las renovaciones sucesivas y por tanto tiempo, constituyen una modificación contractual, así, en el párrafo segundo del considerando octavo:

“Al efecto debe tenerse presente que la recurrente suscribió sucesivamente desde Diciembre del año 2004, con su afiliado, cónyuge de la Sra. Orellana, quién es la afectada por esclerosis múltiple, ocho convenios de cobertura extracontractual para el medicamento Betaferon, por lapsos de seis meses, por lo que su alegación que se trataba de un beneficio a plazo fijo, queda desvirtuada, tanto por el tenor de aquellos, como por aplicación de las reglas generales de interpretación de los contratos”

Finalmente, zanja la controversia en el considerando 9º, señalando: *“Que, así las cosas, queda meridianamente claro que la Superintendencia al ejercer sus atribuciones propias e interpretar el sentido y alcance de un contrato de salud y sus diferentes anexos suscritos en el tiempo, no ha incurrido en ningún acto arbitrario; diferente es que la institución de salud recurrente, no comparta la interpretación que le implica un desembolso que no tenía considerado, pero en ningún caso su reclamo se encuadra dentro de los requisitos habilitantes para ejercer un recurso de carácter extraordinario como el presente”*

Decisión: Rechazar el recurso interpuesto.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causal Rol N.º 2.614-2011, de 4 de abril de 2011, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señor Pedro Pierry A., señora Sonia Araneda B., señor Haroldo Brito C., y los Abogados Integrantes señores Luis Bates y Ricardo Peralta. Se reproduce la sentencia de alzada, con excepción de sus fundamentos quinto al octavo que se eliminan. Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señor Pedro Pierry A., señora Sonia Araneda B., señor Haroldo Brito C., y los Abogados Integrantes señores Luis Bates y Ricardo Peralta.

La Corte Suprema, entiende que el convenio de cobertura del medicamento “Betaferon”, fue celebrado en los términos de que se trataba de: *“una bonificación adicional, extracontractual y voluntaria por un período determinado”*. (párrafo segundo, considerando segundo)

Posteriormente, señala que la Isapre, al expirar el acuerdo de cobertura, y con sujeción a la normativa vigente, decide aplicar la cobertura fijada por ley, así, en el considerando tercero, sostiene: *“Que una vez expirado los plazos acordados para la vigencia de los tratos antes descritos, y que fuesen convenidos con anterioridad a que la ley sanitaria regulara la prestación materia de este recurso, la Isapre, ateniéndose al ordenamiento a que está sometida, decidió aplicar la cobertura fijada por la normativa”*

Finalmente, destaca como principio rector la Autonomía de la Voluntad, por lo que los convenios nunca podrían obligar a la Isapre más allá de su voluntad, y la Superintendencia no podría obligar a la Isapre a otorgar más de lo establecido en la norma, o dicho de otra norma, sólo podría obligarla a otorgar mayor cobertura, en la medida que los convenios celebrados entre los afiliados y sus Isapres se encontraran vigentes. Así, señala en los considerandos sexto y séptimo: *“Sexto: Que conviene destacar que los mencionados acuerdos a que arribó el recurrente, dadas las características de excepcionalidad y mera liberalidad que revisten, jamás pudieron formar parte de los correspondientes contratos de salud que la vinculaban, quedando siempre al arbitrio de la Isapre la facultad de renovarlos; Séptimo: Que respecto a la instrucción contenida en la Circular IF/ N.º 93 de la Superintendencia de Salud en orden a dar plena validez a la cobertura que hubiesen convenido las Isapres con afiliados determinados en el evento que sea mayor a la regulada en la actualidad, sólo cabe entenderla, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en la medida que dichas convenciones particulares se encuentren vigentes”*

Decisión: se acoge el reclamo interpuesto y, en consecuencia, Isapre Banmédica S.A. sólo está obligada a otorgar cobertura al tratamiento farmacológico para la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente conforme lo establece la ley en vigor y no según lo estipulado en los convenios celebrados con el reclamante, los cuales se encuentran vencidos.

Observaciones: La CA adscribe a la teoría de la Superintendencia, en el sentido de que la cantidad de prórrogas sucesivas del convenio deben interpretarse como una modificación contractual y por tanto es fuente de obligaciones para la Isapre. Junto con ello, la CA reafirma la autoridad de la S. de Salud para interpretar y fijar el sentido y alcance de la normativa sectorial, no obstante, la CS sigue manteniendo su criterio de la primacía de la autonomía de la voluntad, por tanto, no se puede obligar a la Isapre a más de lo que ella misma estuvo dispuesta a obligarse. En este mismo sentido se puede consultar la Ficha N.º 14.

FICHA N°17

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 21.331-2011	9 de marzo de 2012
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala de Verano, presidida por el ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la ministra señora Adelita Inés Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante señor Antonio Barra Rojas.			
Ministro u abogado redactor: Abogado Integrante señor Antonio Barra Rojas			
Recurrente/Actor: María Susana Del Canto Rodríguez			
Recurrido /Demandado: Ministerio De Salud (Minsal) y el Instituto Nacional Del Cáncer.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Fonasa; Minsal; Guías Clínicas Cáncer de mamas; GES			
Normativa aplicada: numerales 1º, 2º y 9º del artículo 19 de la Constitución Política de la República; Ley 19.966			
Tema Principal: Cobertura de medicamento de uso ambulatorio no arancelado, en contexto de una patología GES.			
Temas Complementarios: Relación entre las garantías constitucionales; criterios para otorgar cobertura a una prestación.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: La recurrente sostiene que atendida la agresividad y rápido avance de la metástasis del cáncer de mamas que padece, que pone en riesgo su vida, con fecha 20 de abril de 2011. el médico le recetó el medicamento Herceptina, según receta N.º 952772, el cual no le ha sido proporcionado, pese a haber hecho todas			

las gestiones conducentes al efecto, dada la imperiosa necesidad de dicho medicamento.

Agrega que el cáncer y la metástasis están cubiertos por el sistema GES. sobre soluciones integrales para enfermedades catastróficas, cuyos objetivos sólo pueden cumplirse en la especie con la administración de la Herceptina, único paliativo efectivo en el estado de avance de su enfermedad.

Indica que la denegación resulta ser abiertamente discriminatoria, en cuanto ella se encuentra dentro de los doscientos casos análogos anuales, cuyo financiamiento está establecido por el Ministerio recurrido, sin que se justifique en modo alguno la denegación del medicamento a su respecto.

El Instituto Nacional del Cáncer, por su parte solicita el rechazo el recurso por estimar no haber incurrido en discriminación, arbitrariedad ni ilegalidad, atendido el hecho de que la recurrente no es acreedora del medicamento en cuestión, por no cumplir con los requisitos de inclusión del Protocolo de Financiamiento de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, contenido en el Ordinario N.º 1548 de 1º de Junio de 2010, sin perjuicio de lo cual se activó a su respecto, por el Instituto, el procedimiento para su opción de Apoyo Extraordinario: la Jefa del Servicio Social del Instituto.

El Minsal, por su parte, solicita el rechazo del recurso por las siguientes razones:

A) Por ser improcedente, en cuanto de acuerdo a la jurisprudencia que cita, la invocación de la garantía constitucional del numeral 1º del artículo 19 de la Carta Fundamental sólo sería valedera tratándose de conductas que en sí mismas pongan en peligro la vida humana, cuyo no sería el caso de autos, en que el peligro de vida deriva de la grave patología (cáncer avanzado) que afecta a la recurrente. B) Que en cuanto a la denegación de prestaciones por exceder su costo la capacidad del organismo público de financiarlas, cuyo es el caso de autos, ello debería ser materia de un juicio de lato conocimiento, y no del arbitrio de protección. C) Que la garantía constitucional del N.º 9 del artículo 19 invocada por la recurrente, sólo se halla establecida por el artículo 20 en lo referido a su

inciso final, esto es, la facultad de elegir un sistema de salud, público o privado, la que no se encuentra amagada en el caso sub-lite. D) Que se ha proporcionado a la paciente recurrente todas las prestaciones que el sistema Ges (Garantías Explícitas de Salud) establece, y que cubren todo el ciclo de atención: confirmación diagnóstica, tratamiento y seguimiento. E) Que el avanzado estado de desarrollo de su cáncer de mama, en su etapa IV implica que "desafortunadamente ya no tendrá curación como tal, y sólo se proveen tratamientos destinados a paliación de síntomas y, en lo posible, prolongación de la sobrevida.

Fundamentos de la sentencia: Lo primero que destaca es la posición de apertura que construye la Corte en su considerando quinto, para poder conocer y juzgar lesiones a las garantías constitucionales invocadas, así, sostiene: *“Que el hecho de que por mandato del artículo 20 de la Constitución Política de la República, la procedencia del arbitrio tutelar de protección, en lo que se refiere al derecho garantizador de la salud, se encuentre circunscrita sólo al ámbito del inciso final del numeral 9º de su artículo 19 -no siendo por ende viable un recurso fundado sólo en dicha causal- no puede significar hacer tabla rasa del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la salud de las personas, cuando la acción tutelar se funda también en el numeral 1º de dicho precepto constitucional, por ser inherente e inseparable de la garantía del derecho ciudadano por excelencia, como es el derecho a la vida e integridad de las personas.*

Y tampoco podrá olvidarse dicho deber del Estado referente a la salud de la población, a propósito de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, también invocado por la recurrente.”

Posteriormente, la Corte analiza la pertinencia sanitaria del medicamento en cuestión, afirmando, en su considerando séptimo: *“Que ponderados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, especialmente el informe médico referido precedentemente, no contradicho en autos por probanza alguna, para estos sentenciadores resulta ineludible concluir que -contrariamente a lo*

aseverado por los recurridos- el fármaco Herceptina, reconocido como paliativo del cáncer de mama, sí resulta trascendente en la etapa metastásica de dicha enfermedad, en cuanto redundando en "beneficio en sobrevivencia", esto es, no sólo en cuanto a morigerar los síntomas sino contribuyendo a prolongar la vida de la paciente en cuestión.

En efecto, así lo avalan la autoridad y versación del oncólogo informante -no sólo no discutida en estrados por los recurridos sino que expresamente reconocida por éstos- en tanto que, a mayor abundamiento, la efectividad del fármaco en la etapa metastásica del cáncer de mama, ha sido reconocida por las propias autoridades de la salud y de redes sociales, al financiar parcial y ocasionalmente su administración a la paciente recurrente, por la vía de la "ayuda extraordinaria", mencionada en estrados por los intervinientes y refrendada por el Ordinario 1548 de 1º de Junio de 2010 cuya copia rola a fojas 63."

Luego, continúa ampliando las dimensiones en las que puede lesionarse un derecho fundamental, así, en el considerando noveno, sostiene: "Que si bien estos sentenciadores -obviamente- comparten la premisa jurisprudencial de ser la causa basal del riesgo vital, la presencia o preexistencia de la enfermedad y no la eventual acción u omisión de las autoridades de salud, ello no puede significar descartar, en todos los casos y sin mayor análisis, la invocación de la perturbación o amenaza del derecho a la vida e integridad física y psíquica del paciente, para rechazar siempre todo recurso de protección en tal contexto.

Por el contrario, será menester distinguir en cada caso en particular si -dada la existencia de la enfermedad como causa basal del riesgo de vida- existe o no vulneración de las garantías constitucionales en relación con su tratamiento y medicación, como factor coadyuvante del riesgo vital y, en tal virtud, como fundamento del arbitrio de protección."

Posteriormente, y a juicio de este autor, viene lo central de este fallo, que tiene relación con la respuesta a la pregunta de: ¿cuándo correspondería se otorgue cobertura a un medicamento? La Corte, en su considerando décimo, parte

tomando como referencia normativa el artículo 14 de la Ley 19966, en el que se establece el listado de patologías cubiertas por el sistema GES, con sus respectivas prestaciones, indicándose a su vez: “...sólo deberán descartarse de las prestaciones *“todas aquellas para las cuales no haya fundamentos de que significan un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados.*

Y ello, obviamente, sólo puede significar que cuando la prestación sí importa un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados, no puede ser descartable sólo porque sea “paliativa” y no “curativa”, ni por el avanzado estado de la enfermedad.

Dicho de otra manera, el factor o criterio de exclusión no radica en la circunstancia de que la prestación del medicamento sea sólo paliativa y no necesariamente curativa en los eventos de cáncer avanzado y aún terminal, como se ha sostenido en autos por los recurridos, sino que deberemos entender procedente su administración y su financiamiento siempre y cuando redunden en “un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida” de la paciente recurrente, cuestión que se ha reconocido en autos por el Minsal recurrido, según se ha expresado en el literal E) del Considerando 4º) del presente fallo, y como lo ha dictaminado el informe del médico tratante, según se indica en su Considerando 6º).

De este modo, la Corte toma el mandato constitucional del Estado de proteger la vida y la salud de las personas, y lo aplica al caso, señalando, en el considerando 11º: “Que así establecido lo anterior, y atendido el mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la vida y la salud de las personas, resulta ser que el Ministerio recurrido no ha cumplido a cabalidad con su obligación en el caso sub lite, según sus propios parámetros especificados a fojas 81 en su informe, cuando a propósito del medicamento Herceptina manifiesta a esta Corte que “el empleo del mismo en el sistema público de salud debe sujetarse a los criterios transcritos, según los cuales se concede a aquellas pacientes a las que podrá producir un beneficio, y no se recomienda en aquellos casos en que no producirá un beneficio, que son los criterios de exclusión ya señalados”

La Corte, no obstante, va más allá incluso, estableciendo, en el considerando 12º, le afectación- que podría considerarse de carácter general- que conlleva el negar el medicamento, al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, así, sostiene: *“Que, ciertamente, la denegación de un medicamento que es reconocidamente apto y sirve para prolongar la sobrevivencia y, en todo caso, para mejorar la calidad de vida de la paciente en cuestión, resulta ser atentatoria contra la garantía constitucional del numeral 1º del artículo 19, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de ésta, en cuanto su privación redundaría en la aceleración del eventual desenlace fatal de su enfermedad y en dolorosa desmejora de su calidad de vida, al carecer del paliativo medicamentoso prescrito por su médico tratante.*

Y dicha denegación, como ya se ha dicho desprovista de justificación médica ni legal, resulta ser necesariamente configurativa de arbitrariedad.”

En esta misma línea, pero ahora con relación a la igualdad ante la ley, sostiene, en el considerando 13º: *“Que así las cosas, la denegación el medicamento prescrito resulta ser -también- atentatoria contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en cuanto importa una inaceptable discriminación en perjuicio de la recurrente, privada del beneficio que a sus iguales corresponde y debe corresponder según todos los parámetros precedentemente analizados”*

Decisión: Se acoge el recurso de protección, debiendo los recurridos Instituto Nacional del Cáncer y Ministerio de Salud (Minsal) financiar y proporcionar a la recurrente el medicamento denominado Herceptina o Herceptín, por todo el tiempo que corresponda según la prescripción de su médico tratante.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 2631-2012, de 11 de mayo de 2012, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B. Se elimina el último

párrafo del fundamento duodécimo y el considerando décimo tercero de la sentencia en alzada.

Lo que la Corte Suprema quiere dejar asentado, es que hay una única lesión y es al derecho a la vida e integridad física y psíquica, y que es solo aplicable al caso en cuestión, así, en el considerando primero, sostiene: *“Que en cuanto a la garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, es indudable que tal derecho se ve amenazado actualmente con motivo de la decisión del Ministerio de Salud de no suministrarle el medicamento denominado Herceptín, pues la privación de ese fármaco prescrito por su médico tratante con fines paliativos conduciría inevitablemente -cuestión no controvertida por las autoridades recurridas- a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de su tiempo de sobrevida atendido el estado de avance del cáncer de mama que padece;*

Concluyendo por tanto, en el considerando segundo: *“Que las mencionadas circunstancias revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infiriendo a la reclamante un daño grave y significativo que afecta el derecho fundamental antes referido, frente a lo cual corresponde otorgar la indispensable defensa, adoptando las medidas necesarias conducentes a restablecer el imperio del derecho, como son aquellas que decidieron los jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago, esto es, que las instituciones recurridas financien y proporcionen a la recurrente, doña María Susana del Canto Rodríguez, el medicamento Herceptín según los términos descritos en la sentencia que se revisa.”*

Decisión: Confirma la sentencia con las modificaciones ya señaladas.

Observaciones: La Corte Suprema justamente elimina los considerandos (y partes de) que habíamos señalado que podrían ser de general aplicación, ya que en estos se contenía la relación entre los derechos fundamentales de derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; el de igualdad ante la ley, con la negativa de cobertura para un medicamento que podría suponer la sobrevida de una

persona. No obstante, la Corte Suprema lo que hace es mantener dicha relación, pero sujeta al caso que se ventila.

Este caso es muy interesante, puesto que aquí las Cortes asumen que el no financiar el medicamento en cuestión, es negarlo, ya que tienen como cierto, que si el Instituto Nacional del Cáncer no le proporciona el medicamento, y el Ministerio no lo financia, la parte no podrá acceder a este, sin embargo, cuando se trata de Isapres y medicamentos cuyas coberturas estas niegan, las decisiones contemporáneas de las Cortes, distinguen la prestación de su cobertura, asegurando que efectivamente las Isapres pueden negar la cobertura, aplicando una interpretación contractualista y que tiene como eje la Autonomía de la Voluntad, no así cuando el obligado es el Estado.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones Santiago	Rol N.º 23.576-2011	24 de abril de 2012
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala, presidida por el ministro Sr. Omar Astudillo Contreras e integrada por la Fiscal Sra. Clara Carrasco Andonie y la Abogado Integrante Sra. María Cristina Gajardo Harboe.			
Ministro u abogado redactor: Abogado Integrante Sra. M. Cristina Gajardo Harboe.			
Recurrente/Actor: Miriam Estivill Flores, presidenta de la Fundación de Enfermos Lisosomales de Chile, en representación de quienes indica.			
Recurrido /Demandado: FONASA.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: FONASA; arancel Fonasa			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1,2 y art 20 C. Pol; DFL 1 de 2005, del Minsal			
Tema Principal: Obligación de Fonasa/Minsal de otorgar a todos quienes padecen una enfermedad en cuestión, acceso a los medicamentos que se indica, y no solo a algunos.			
Temas Complementarios: Autoridad Sanitaria; obligaciones del Minsal y del Fonasa en materia de cobertura de medicamentos.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: FONASA se niega a suministrar en forma gratuita a los Recurrentes la terapia de reemplazo enzimático prescrita por sus médicos tratantes para la enfermedad lisosomal que padecen, por no estar contemplada dentro del arancel de la Recurrida. Los recurrentes señalan padecer una poco conocida enfermedad, en las manifestaciones de esta, denominadas MPS I y POMPE, las que resultan			

ser mortales, y que sólo respecto de ellos no ha sido posible obtener la cobertura del Fonasa, a diferencia de otros afiliados que también sufren enfermedades de depósito lisosomal, pero a quienes Fonasa sí otorga cobertura a la terapia de reemplazo enzimático.

Fonasa por su parte señala que cuenta con un Programa Piloto de Medicamentos de Alto Costo, que nace en el año 2007, con la función de implementar un programa orientado al financiamiento de los medicamentos de alto costo requeridos por enfermedades raras y poco frecuentes dentro de su población beneficiaria. Informa que la enfermedad de Pompe no forma parte de dicho Piloto, no obstante, precisa que, desde el año 2009 a la fecha ha financiado el tratamiento de reemplazo enzimático a seis pacientes con enfermedades lisosomales, sin embargo, por razones presupuestarias no es posible ingresar pacientes nuevos, y que no obstante lo expuesto, se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley destinado a regular el financiamiento del tratamiento de enfermedades raras o poco comunes, que además son de alto costo.

Agrega que no ha cometido, por acción u omisión, acto que pueda vulnerar las garantías constitucionales de los recurrentes, puesto que está obligado a dar cumplimiento al Principio de Legalidad, de manera que, si las prestaciones asociadas a la enfermedad lisosomal no se encuentran incorporadas dentro del Arancel para la Modalidad de Libre Elección o Institucional, no es posible dar cumplimiento a los requerimientos de financiamiento no previstos en dichos instrumentos.

El Minsal por su parte, en relación con la provisión de medicamentos u otras prestaciones de salud por parte de los organismos del sector público, sostiene que la jurisprudencia es conteste en señalar que no cabe invocar el derecho a la vida y a la integridad física como base para una acción de esta naturaleza, puesto que el contenido de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N.º 1 de la Carta Fundamental, resguarda de acciones u omisiones de terceros que por

sí mismas configuran un detrimento o imposibilidad de la continuación de la vida o integridad física del afectado, pero no cubren aquellas otras acciones u omisiones que pudieran tener alguna relación con dicho detrimento o imposibilidad, pero no son las causantes del mismo, cual es el caso de la no obtención de una determinada prestación de salud.

Agrega que en lo que se refiere específicamente a la denegación de prestaciones por exceder su costo la capacidad del organismo público de financiarlas: *“no podría decirse que la insuficiencia de los medios económicos estatales pueda originar actos arbitrarios e ilegales que afecten la vida y la integridad física y psíquica de las personas, desde que el riesgo a dichos bienes jurídicos no es sino consecuencia directa de la enfermedad misma experimentada por el paciente”*

De este modo, indica que el hecho de que algunos pacientes se encuentren excluidos de la terapia obedece a razones presupuestarias, y no a caprichos y/o arbitrariedades.

Fundamentos de la sentencia: La Corte decide abordar la controversia, desde la garantía constitucional de igualdad ante la ley, así, en el considerando 3º, establece: *“Que el Principio de Igualdad ante la Ley ha sido reconocido como un derecho fundamental en el artículo 19 N.º 2 de la Constitución Política de la República, cuyo inciso segundo asegura a todas las personas que: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.*

Se consagra así el Principio de no Discriminación, que obliga a toda persona que ejerza poder público en el plano legislativo, de gobierno o en el ámbito jurisdiccional, en el sentido de que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, pues de no mantenerse este estándar, lo que pudo ser una simple distinción se convierte en una actuación discriminatoria”. Concreta dicho principio, en la materia que se discute, en el considerando 4º: *“Que si bien es posible que puedan hacerse diferencias entre grupos de personas en una serie de ámbitos, como es el caso de coberturas especiales en materia de prestaciones de salud no incluidas*

en el Arancel del Fonasa, tales diferencias deben establecerse con base en criterios objetivos y razonables, además de hacerlas aplicables a todos quienes se encuentren en la misma situación, pues de no ser así, se estará ante una discriminación arbitraria". Con esta matriz, analiza el caso, razonando de este modo, en el considerando 6º: "Que estando el Fonasa y el Ministerio de Salud en cuanto su superior jerárquico, obligados a justificar la razonabilidad de la medida de entregar a sólo seis pacientes del sistema administrado por Fonasa, que no son los Recurrentes, la terapia enzimática de reemplazo que por el presente recurso se reclama, no lo hicieron, dando cuenta tan solo de escasez presupuestaria que les permitía financiar tan solo a dichos seis pacientes y no a los Recurrentes, sin indicar los criterios objetivos y razonables conforme a los cuales se prefirió a los señalados seis pacientes por sobre a los Recurrentes".

De este modo, la falta de explicación de porqué algunos pudieron acceder a la terapia y otros no, es la razón para decidir, de este modo, en el considerando séptimo, sostiene: *"Que en relación con lo expuesto, tal preferencia tiene a juicio de esta Corte el carácter de arbitraria, por no ajustarse al Principio de Igualdad ante la Ley y al Principio de no Discriminación consagrados en el artículo 19 N.º 2 de la Constitución Política de la República, correspondiendo al Ministerio de Salud a través del Sistema Nacional de Servicios de Salud, otorgarles la terapia enzimática de reemplazo que por el presente recurso se solicita para los Recurrentes, en la misma forma que hasta la fecha el Ministerio de Salud lo ha dispuesto para otros seis pacientes, puesto que no se han dado razones distintas de las presupuestarias, para preferir a unos pacientes por sobre otros"*

Decisión: Se acoge el recurso de protección

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 3824-2012, de fecha 17 de agosto de 2012. Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Carlos Cerda F., y el Abogado Integrante Sr. Alfredo Prieto

B. Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos tercero a octavo, que se eliminan.

La Corte Suprema, estima que contar con un presupuesto limitado es razón suficiente para no considerar arbitraria la decisión de negar cobertura, así, en el párrafo 2º del considerando 8º, sostiene: *“Que, por otra parte, FONASA ha establecido un Programa Piloto de Medicamentos de Alto Costo para darle financiamiento a enfermedades raras, definiendo los criterios de inclusión de enfermedades poco frecuentes dentro de las que la enfermedad de Pompe no está incluida, cuyo costo anual, en el caso de otorgar a todos los enfermos el tratamiento que cada uno requiera alcanza, según estimación del Ministerio de Salud, la cifra de \$21.000.000.000 (veintiún mil millones de pesos), monto inaccesible con el presupuesto asignado al Ministerio del ramo, según lo señalado en su informe.”*

Así, establece que no hay arbitrariedad en el considerando 9º: *“Que de lo anterior se advierte que no hay arbitrariedad en la decisión de la autoridad en orden a no otorgar a todos los que padecen de enfermedades incurables y poco frecuentes el tratamiento que necesitan, por cuanto es motivada por criterios definidos por la autoridad, en atención a cada caso en particular, considerando sus posibilidades de mejoramiento y los recursos financieros con que actualmente se cuenta, de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria asignada a ese Ministerio para sus gastos anuales, incluyéndose en él fondos para financiar el "Programa de Medicamentos de Alto Costo".”*

Reafirma lo anterior, estableciendo que tanto para el Minsal como para el Fonasa, no existe arbitrariedad, así, en el considerando décimo: *“Que de lo referido precedentemente no se advierte un acto arbitrario o ilegal por parte de la recurrida, ni una vulneración al artículo 19 N.º 2 de la Carta Fundamental, al no verificarse una discriminación arbitraria en el impedimento de otorgar el tratamiento requerido por los pacientes que recurren en esta causa, sin que se trate de una decisión antojadiza, sino por el contrario motivada. En efecto, en el*

caso de FONASA, atendido que no se encuentra la enfermedad de Pompe incorporada en el Arancel de Prestaciones de la Modalidad de Libre Elección o Modalidad de Atención Institucional, mientras que para el Ministerio de Salud la negativa obedece a su limitación financiera, siendo su distribución un hecho que escapa a los márgenes de un recurso de protección, por lo que la acción debe ser desestimada”.

Acordada la decisión con el voto en contra del ministro señor Cerda, quien fue de parecer de confirmar la referida sentencia en virtud de sus propios fundamentos.

Decisión: Revoca y por tanto rechaza el recurso de protección.

Observaciones: Es interesante que la Corte de Apelaciones aborde el acceso a medicamentos que no están arancelados, desde la perspectiva de la igualdad, estableciendo como insuficiente la razón de limitación presupuestaria, exigiendo una fundamentación mayor para otorgar a algunos y negar a otros el acceso a la cobertura del medicamento.

La tesis de la discriminación arbitraria no fue confirmada por la Corte Suprema, la que entiende que no existe arbitrariedad si la razón es que no hay presupuesto (para el Minsal), y si el medicamento no es obligatorio (para el Fonasa). De este modo, la Corte entiende satisfecho el estándar de motivación del acto. En este caso, al igual que en la ficha N.º 17, vemos como la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de su Segunda Sala, intenta ir más allá del análisis normativista formal, e intenta aplicar principios consagrados en la Constitución, para establecer responsabilidad del Estado en materia de acceso oportuno a medicamentos, no obstante, la Corte Suprema no quiere hacer eco de lo resuelto por el Tribunal ad quo, procurando amarrar la argumentación que concede sólo al caso concreto, y manteniendo una visión normativista (ya sea la ley o el contrato entendido como ley para las partes).

FICHA N°19

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha

Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 17.546-2012	16 de enero de 2013
Sala y ministros que la integran: Tercera Sala, presidida por el ministro señor Mauricio Silva Cancino e integrada por el Fiscal Judicial señor Daniel Calvo Flores y por el abogado integrante señor Eugenio Benítez Ramírez.			
Ministro u abogado redactor: Abogado Integrante señor Benítez			
Recurrente/Actor: Jorge Osvaldo Fleischmann Cerda			
Recurrido /Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura procedimiento no arancelado; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 19 N.º 1, 9 y 24 y art. 20 de la C. Pol; artículo 189 y 190 N.º 8 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud.			
Tema Principal: Negativa de cobertura a procedimiento no arancelado por FONASA			
Temas complementarios: Autoridad competente para conocer y decidir sobre la materia.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al procedimiento de radiocirugía con Gamma Knife, aduciendo que dicho procedimiento no se encuentra arancelado en el arancel libre elección de FONASA ni en el plan de salud del afiliado. La parte recurrente acusa que la determinación de la Isapre fue sin tener en consideración que este tratamiento puede ser homologado y que la opción para ello era la homologación con la microcompresión del ganglio de gasserionización, que tiene codificación, añadiendo que la negativa constituye una conducta arbitraria, que le significa un menoscabado a su patrimonio.			

La Isapre, por su parte, alega que existe una demanda arbitral presentada por el recurrente ante la Superintendencia del ramo el día 1 agosto 2012, en circunstancias, que el presente recurso se presentó con fecha 8 junio 2012, ante lo cual solicita un pronunciamiento acerca de la sede competente antes de entrar al fondo del recurso. En subsidio, señala que no hay actuación ilegal o arbitraria, ya que la prestación cuya bonificación se pide no tiene Arancel Fonasa, en modalidad de libre elección ni tampoco bonificación contractual. Sostiene, además, que el recurrente reconoce que el tratamiento ya lo realizó, por lo que no existe vulneración actual de las garantías que supone conculcadas.

Fundamentos de la sentencia: Sin responder el asunto de la competencia planteada por la recurrida, (en el considerando 11º señala: “*Que, en lo tocante a lo petitionado inicialmente por la accionada, tendiente a obtener que éste tribunal declare cuál es la sede competente para conocer del recurso de autos, esto es, si esta magistratura o la Superintendencia de Salud, vale consignar que, a juicio de esta magistratura, dicho pronunciamiento resulta del todo improcedente de ser formulado y resuelto en este recurso.*”) la Corte entra de lleno al fondo del asunto, dando cuenta, como antecedente relevante, resoluciones de la Intendencia de Fondos y Seguros Provisionales de Salud, la que, actuando como juez árbitro, ha “*acogido las demandas incoadas ante dicha compromisaria, disponiendo que la respectiva Isapre recurrida deberá otorgar cobertura al procedimiento de radiocirugía Gamma Knife a algunos beneficiarios.*” (parte final del considerando 8vo). En esta misma línea, se considera como antecedente relevante, la cobertura que otras Isapres otorgan al procedimiento, así, en el considerando 9º: “*Que, por otra parte, de la certificación rolante a fojas 61, no controvertida en la causa, aparece acreditado que otras Isapres, como ser Consalud y Más Vida, tienen acuerdos de precios con Gamma Knife Chile para que se reembolsen las cirugías Gamma Knife a sus afiliados, mediante su homologación a códigos equivalentes*”. Concluye por tanto, que el actuar de la Isapre es arbitrario, así, en el considerando 10º: “*Que, en las condiciones descritas, la conducta o comportamiento omisivo de*

la institución de salud recurrida, cuestionado formalmente por el recurrente, esto es, por don Jorge Osvaldo Fleischmann Cerda, en su presentación promotora del presente recurso, constituye una notoria arbitrariedad en contra de este afiliado, iniquidad que esta Corte debe remediar, en ejercicio de la función conservadora que le asignan las normas constitucionales y legales vigentes.”

Decisión: Acoger el recurso de protección, ordenando a la Isapre otorgar al afiliado en referencia cobertura al procedimiento médico denominado Neurocirugía Gamma Knife, mediante la homologación correspondiente.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 1200-2013, de 16 de enero de 2013, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Alfredo Prieto B.

Decisión: Confirma sentencia apelada.

Observaciones: La Corte parece fallar en función de una razón de “uso”. Esto porque el razonamiento sólo aborda la perspectiva del uso actual, utilizando como argumentos lo resuelto por la Superintendencia en algunas oportunidades y el comportamiento de otras Isapres en relación a la cobertura del procedimiento, deviniendo en arbitraria la negativa de cobertura de la Isapre por no ajustarse a este “uso actual”.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones Santiago	Rol N.º 29.563-2012	30 de enero de 2013
Sala y ministros que la integran: Sexta Sala, presidida por el ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, y conformada por la ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile y el abogado integrante señor David Peralta Anabalón.			
Ministro u abogado redactor: ministra señora Kittsteiner.			
Recurrente/Actor: Juan Escobar Hormazábal.			
Recurrido /Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura procedimiento no arancelado; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 19 N.º 9 y 24 y art. 20 de la C. Pol; artículo 189 y 190 N.º 8 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud.			
Tema Principal: Negativa de cobertura procedimiento de no arancelado por FONASA.			
Temas complementarios: Alcances de la Facultad de homologación de la Superintendencia de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al procedimiento de colocación y retiro de Ecmo (corazón artificial) a la hija del recurrente, que se efectuó en la Clínica Santa María. Dicho procedimiento era fundamental y requería apoyo vital por espacio de 48 horas, por haber nacido con una cardiopatía congénita denominada transposición de grandes arterias. La razón esgrimida por la Isapre es que la			

cobertura solicitada no está arancelada, por lo que de acuerdo con la ley y el contrato no corresponde bonificar la conexión y desconexión del dispositivo Ecmo.

Fundamentos de la sentencia: Lo primero que hace la Corte, es revisar la procedencia de la invocación de garantías fundamentales lesionadas, de este modo, indica en el considerando 3º: *“Que en el presente caso las garantías que se denuncian como vulneradas son las del artículo 19 N.º 9 incisos 4to. y 5to. y la del N.º 24, esto es, la protección a la salud y el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.”*

Prosigue la revisión en los considerandos 4º: y 5º: *“4. Que, sin embargo, el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental habilita la interposición del recurso de protección para el caso del artículo 19 N.º 9 denunciado como infringido, solo en relación a su inciso final, en cuanto a que " cada persona tiene derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado" pero el recurrente no basa su denuncia en ese acápite, sino en los anteriores y en todo caso su derecho a elegir sistema de salud no ha sido vulnerado.”* *“5. Que en relación al derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N.º 24, este efectivamente es de los que habilitan la interposición del presente instituto procesal, pero es dable analizar si el recurrente tenía un derecho de propiedad sobre los beneficios que le otorga su contrato de salud.”* Posteriormente, cita el informe de la Superintendencia de Salud en el considerando 9º: *“Que al efecto el organismo controlador de las Isapres señala que éstas no pueden convenir exclusiones de cobertura, excepto las indicadas en el artículo 190 del D.F.L. N.º 1 de Salud, que en su numeral octavo autoriza la exclusión de cobertura de aquellas prestaciones y medicamentos de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel Fonasa Libre Elección, como es el caso de la colocación y retiro del ECMO.*

En todo caso sostiene que la Superintendencia cuenta con atribuciones para homologar prestaciones en casos de excepción, y siempre que se trate de prestaciones en que existe evidencia científica de su efectividad, estableciendo

que el costo de la prestación para la Isapre no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa.

Agrega que ese organismo ha homologado la colocación y retiro del ECMO en otros casos, estableciendo que debe otorgarse cobertura según la prestación identificada en el citado Arancel con el código 19 01 024, que corresponde a hemodiálisis sin insumos. En cuanto a los materiales e insumos necesarios para el funcionamiento del ECMO y su conexión al paciente, señala que deberán ser cubiertos de acuerdo al ítem materiales y/o insumos del Plan de Salud de que se trate.” Luego, la Corte al parecer entiende que si la prestación es efectuada en una clínica pierde el carácter ambulatorio, así, en el considerando 10º: *“Que así las cosas y de acuerdo con lo informado por la Superintendencia, la Isapre no podía convenir exclusiones en el contrato celebrado con el recurrente, salvo que se tratara de prestaciones de carácter ambulatorio, que no es el caso, ya que el ECMO, (corazón artificial), que hubo que instalar en la hija del recurrente, se le implantó en la Clínica Santa María por presentar una cardiopatía congénita, la que implicaba riesgo de vida”.* En otra línea argumental, que no se expresa sea a mayor abundamiento, señala que debe desestimarse la alegación de falta de código arancel de la prestación puesto que la Superintendencia indica que se ha homologado, sin embargo, no repara la Corte en que la falta de código arancel es justamente lo que habilita a la Superintendencia a homologar, y dicha homologación es caso a caso, por lo que, si esta no ha sido requerida en ese sentido para el caso que se discute, no existe, en los hechos, una homologación. No repara la Corte tampoco, en que el argumento expresado en el considerando 11º, es contradictorio con el expresado en el 10º, ya que si la Isapre no puede excluir de cobertura prestaciones que no sean ambulatorias, y la Corte expresa que no se está en presencia de una prestación de esa naturaleza, no tendría sentido revisar el arancel Fonasa, ya que la exclusión de cobertura estaría injustificada.

Finalmente, y sin que haya sido invocado por el recurrente, menciona que la negativa de la Isapre ha puesto en riesgo la salud y la vida de la menor, junto con poner en riesgo el derecho de propiedad del actor, así, en el considerando 12º: *“Que, así las cosas, la negativa de la recurrida a cubrir el costo del corazón artificial que necesitaba imperiosamente la menor, no tiene justificación y ha configurado en su contra un acto ilegal y arbitrario que puso en riesgo la salud y consecuentemente la vida de aquella a más de su derecho de propiedad sobre el contrato del que no debió ser excluido el beneficio, razón por la cual el presente recurso será acogido y la Isapre deberá otorgar cobertura, en la forma indicada por la Superintendencia de Salud.”*

Decisión: Acoger el recurso de protección debiendo la Isapre recurrida otorgar cobertura por la implantación del corazón artificial ECMO en la hija de aquel según Arancel, código 19 01 024 que corresponde homologado a hemodiálisis, con costas.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 1.291-2013, de fecha 5 de marzo de 2013, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Alfredo Prieto B.

Decisión: Se confirma la sentencia apelada.

Observaciones: Es incongruente el fallo, y lo demuestra la condena en costas, ya que se le ordena a la Isapre bonificar en función de una homologación - es decir que se le ordena bonificar una prestación que no tenía arancel propio y por tanto, sólo a través del ejercicio de sus competencias, la Superintendencia de Salud ha decretado que se debe homologar- lo que da cuenta de que antes de la actuación del ente administrativo, no existía obligación de bonificar, por lo que al menos, no correspondería fuera condenada en costas, ya que su actuar no puede ser considerado ilegal.

Es discutible también que se interprete que se ha producido la homologación a través de un informe de la Superintendencia.

FICHA N°21

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 39.611-2012	31 de enero de 2013
Sala y ministros que la integran: Séptima Sala, integrada por los ministros señores Juan Cristóbal Mera Muñoz y Omar Astudillo Contreras y por el abogado integrante don Rodrigo Asenjo Zegers			
Ministro u abogado redactor: ministro señor Mera			
Recurrente/Actor: María de la Paz Appelgren Balbontín			
Recurrido /Demandado: Isapre Fundación Banco Estado			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Cáncer de mama, listado de prestaciones GES			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24; y art 20 C. Pol; ley 19966; Decreto N.º 1 de 2010, del Minsal.			
Tema Principal: Inclusión del medicamento Herceptina (Trastuzumab) en las prestaciones GES del Cáncer de Mamas.			
Temas Complementarios: Guías Clínicas de los problemas de Salud GES.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamento Herceptina, prescrito a la recurrente para el tratamiento del cáncer de mamas que padece, por cuanto no se encontraría incluido dicho medicamento en el listado de prestaciones del problema de salud garantizado.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte, revisa si el medicamento se encuentra en el "listado de prestaciones específico" para el problema de salud de "cáncer de mamas para personas de 15 o más años", así, en el considerando 5º, sostiene: <i>"El artículo 4 del D.S. N.º 136 de 2005 del Ministerio de Salud establece que "Para</i>			

que se encuentre configurado un evento, cubierto por la Garantía Explícita de Protección Financiera y eventualmente la Cobertura Financiera Adicional, se deberán cumplir todos los requisitos que señala el artículo 5º del D.S. N.º 170 de 2004 del Ministerio de Salud o la normativa que lo reemplace o modifique", modificación hecha por el D.S. N.º 1 de 2010 del mismo Ministerio que contempla en el artículo 1 N.º 8 "el Cáncer de mama en Personas de 15 años y más", agregando el artículo 6º inciso primero del mismo Decreto Supremo que las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios se encuentran "taxativamente señaladas" en el artículo 1º pero, en el inciso segundo del aludido artículo 6º, se hace formar parte del artículo 1º del Decreto al Anexo titulado "Listado de Prestaciones Específico", -al que esta Corte ha tenido acceso a través de la dirección

<http://www.redsalud.gov.cl/portal/url/item/8a32800ef2421dfbe04001011f013052.pdf>- que para el cáncer de mamas para personas de 15 años o más no contempla la administración del medicamento Trastuzumab.”

De este modo, entiende que no hay arbitrariedad ni ilegalidad en la determinación de negar cobertura por parte de la Isapre, así, en el considerando 6º, señala: “Que, consecuentemente, ninguna ilegalidad ha cometido la Isapre y, antes al contrario, ha dado estricto cumplimiento a la normativa legal y reglamentaria que regula las llamadas Garantías Explícitas de Salud y, al no estar explícitamente contemplada la droga que se ha hecho mención como tratamiento para el cáncer de mamas para personas de 15 años o más, no ha podido la Isapre recurrida cubrir su administración por la vía GES, sin perjuicio de los beneficios que correspondan derivados de la aplicación del plan de salud. Y ciertamente tampoco ha obrado la Isapre por mero capricho, sino que apegada a las reglas a las que antes se ha hecho mención”

Decisión: Rechazar el recurso de protección.

Voto singular: Abogado integrante Sr. Asenjo, quien, en su voto de minoría, expresó: “a) Por resultar plenamente atinente y tratarse de idéntica materia, es

procedente reproducir lo pertinente de un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de junio de 2007, que en relación a las Instituciones de Salud Previsional, señaló: "Que siempre en pro de la resolución del recurso, debe tenerse presente que las Isapres prestan un servicio de salud a la comunidad, por encargo del Estado que le ha entregado una función que es pública y en la cual tiene interés toda la sociedad, por manera que el vínculo jurídico contractual que une a la institución de salud con su afiliado, reviste un carácter especialísimo en que el lucro comercial no constituye por sí sólo el único propósito de la empresa, sino que también debe velar porque se cumplan los fines que han llevado al Estado a permitir que una sociedad privada otorgue beneficios propios del sistema de salud previsional, siempre sin olvidar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N.º 1 y 9, vale decir, el derecho a la vida e integridad física y el derecho de protección a la salud, resaltando los perentorios términos y contenido de esta última disposición constitucional" La tesis del abogado, es que la vida y la integridad física, son garantías que gozan de supremacía constitucional, por lo que el Estado y todos los ciudadanos en general, se encuentran obligados a respetarlas.

Hace presente eso sí, que el fallo citado, fue revocado por la Corte Suprema, pero por la muerte de la recurrente, por lo que no tenía sentido el fallo ya a esa altura. Establecida ya la obligación de respetar las citadas garantías, da cuenta que el medicamento se encuentra reconocido para tratar el cáncer de mamas en las guías Clínicas, así: "e) *Que, en concepto del disidente, no resulta efectivo lo aseverado por la recurrida en el sentido que el tratamiento que requiere la recurrente, no se encuentra contemplado por el Ministerio de Salud, para los efectos de ser proporcionado a las personas que padecen de cáncer de mama. Ello habida consideración del documento acompañado por la actora en su libelo y que rola a fojas 7 de los autos, que bajo el membrete del Ministerio de Salud, Gobierno de Chile, se denomina "Guía Clínica-Cáncer de Mama", "Serie Guías*

Clínicas Minsal 2010", sí contempla el uso de Trastuzumab, con un grado de recomendación "A", lo que significa "Altamente recomendada, basada en estudios de buena calidad" (fojas 32, pág. 51 del documento), para el tratamiento de la enfermedad que afecta a la actora. Citas relativas al Trastuzumab, se encuentran, entre otras, en las páginas 6, 27, 29, 35, 38 y 39 de la Guía Clínica referida"

De este modo, negar el acceso al tratamiento con dicho fármaco, sea vulneratorio de las garantías constitucionales: "g) *Que en cuanto a la garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, es indudable que tal derecho se ve amenazado actualmente con motivo de la decisión de la Isapre recurrida de no suministrarle el medicamento denominado Herceptín, pues la privación de ese fármaco prescrito por su médico tratante conduciría inevitablemente -cuestión no controvertida por la recurrida- a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de su tiempo de sobrevida atendido el estado de avance del cáncer de mama que padece la recurrente"*

"h) *Que las mencionadas circunstancias revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infiriendo a la reclamante un daño grave y significativo que afecta el derecho fundamental antes referido, frente a lo cual corresponde otorgar la indispensable defensa, adoptando las medidas necesarias conducentes a restablecer el imperio del derecho, en el sentido que la institución recurrida financie y proporcione, de forma gratuita y en el marco de las Garantías Explícitas en Salud, a la recurrente doña María de la Paz Appelgren Balbontín, el medicamento denominado Herceptín según los términos descritos en las indicaciones de los médicos tratantes. Por lo demás, así han resuelto reiteradamente los Tribunales Superiores de Justicia, en materias de idéntica naturaleza"*

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causal Rol N.º 1118-2013, del 13 de mayo de 2013. Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos quinto a décimo, que se eliminan.

La Corte, interpreta las GES en sentido amplio, anteponiendo su finalidad por sobre las prestaciones específicas para cada patología, así, en el considerando séptimo, establece: *“Que de acuerdo a las normas transcritas, constituyendo el Régimen General de Garantías en Salud un instrumento de regulación sanitaria que establece prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, que incluye, además, un conjunto de Garantías Explícitas en Salud relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones de que se trata, resulta evidente que la cobertura financiera propia de dicho sistema que se ha de otorgar a la recurrente para el tratamiento de su enfermedad debe cubrir en esos términos las prestaciones que sean necesarias para lograr, en la medida que los conocimientos de la ciencia lo permitan, la curación del cáncer que le afecta, o, si ello no es posible, al menos una mejoría en su calidad de vida y en sus expectativas de sobrevida”*

Continúa la Corte con esa línea argumental en el considerando octavo, obviando nuevamente el listado de prestaciones específico y las guías clínicas: *“Que de lo expuesto se desprende que la recurrida no ha podido negarse a cubrir el costo del medicamento Herceptín, en los términos en que le fue solicitado por la actora, y al hacerlo ha incurrido en un acto ilegal y arbitrario que, sin duda, amenaza la garantía del derecho a la vida de la recurrente Sra. Appelgren Balbontín, pues la decisión de la Isapre de no costearle el mentado fármaco en los términos pedidos la priva, en la práctica, del acceso al mismo, medicina que ha sido prescrita por sus médicos tratantes con fines paliativos y cuya ausencia conduciría inevitablemente -cuestión no controvertida en autos- a una notoria desmejora de su calidad de vida y a una disminución significativa de sus expectativas de sobrevida, atendido el carácter y estado de avance del cáncer de mama que padece.”*

Decisión: se revoca la sentencia apelada, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección, debiendo la Isapre recurrida entregar a la actora, doña

María de la Paz Appelgren Balbontín, financiamiento para que le sea administrado el medicamento Herceptín, según los términos de cobertura financiera que otorga el Sistema de Garantías Explícitas en Salud.

Observaciones: Hay un cambio de criterio por parte de la CS. Es interesante que la Corte Suprema haya interpretado las GES en clave de tratamiento integral para una enfermedad en cuestión, no considerando el listado de prestaciones específico, puesto que con esa interpretación, modifica una política pública sanitaria, cuyo enfoque era doble: enfermedad por un lado, tratamiento por el otro; siendo fundamental sólo la enfermedad para la Corte, no importándole si el tratamiento estaba garantizado o no, ya que cualquier tratamiento, en la medida que incida en la calidad de vida de quien padece una enfermedad garantizada, debería ser financiada a través de la GES según la Corte.

FICHA N°22

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 39.148-2012	22 de marzo de 2013
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala de Verano, presidida por el ministro señor Carlos Cerda Fernández e integrada por las ministras señora Amanda Valdovinos Jeldes y señora María Soledad Melo Labra			
Ministro u abogado redactor: ministra señora María Soledad Melo Labra.			
Recurrente/Actor: Claudia Valdés Trouve en representación y en favor de su hija menor de edad.			
Recurrido /Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptorios: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 1, 19 N.º 24 y art. 20 de la C. Pol; artículo 189 y 190 N.º 8 del DFL N.º 1 de 2005, del Ministerio de Salud.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento de uso ambulatorio, no arancelado por FONASA			
Temas complementarios: Finalidad de las Isapres			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: la menor Jacinta Zañartu Valdés, padece la enfermedad de hipertensión pulmonar primaria, que le fue diagnosticada a los cinco meses de edad, la que ha sido tratada mayormente en Estados Unidos, toda vez que no existía en Chile el procedimiento y medicamento adecuado para ello, según aparece del informe médico del Dr. Leopoldo Romero, cardiólogo infantil.			

Del mismo informe resulta que la enfermedad que presenta la menor es un caso único en Chile, cuyo tratamiento está siendo llevado por la Clínica Alemana en coordinación con los médicos del Centro para la Hipertensión Pulmonar, de la Universidad de Columbia, en Nueva York, a cargo de la Dra. Erika Rosenwaig. Actualmente, debe hospitalizarse cada 4 o 6 semanas para cambiar el sitio de inserción del catéter, y la Isapre sólo ha bonificado el medicamento que la menor necesita, en los periodos de hospitalización, negando cobertura al medicamento Remodulin, por contrapartida, al ser suministrado de forma ambulatoria, ya que no está en el arancel de la Isapre ni en el de Fonasa libre elección.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, lo primero que define, es la forma en que se administra el medicamento, así, establece en el considerando decimotercero y decimocuarto:

“Decimotercero: Que, en esta línea de análisis, resulta inconcuso que el medicamento que se suministra a Jacinta, se comercializa en una sola presentación, ampolla de 20 ml., la que debe ser administrada a través de una bomba que se conecta a un catéter que se inserta en el cuerpo de la menor.

De administrarse en forma completa, la menor debería permanecer hospitalizada por varios días, hasta completar el suministro íntegro de dicho medicamento, debiendo, en ese caso, la Isapre recurrida cubrir el costo total de dicho procedimiento hospitalario y el medicamento.

Decimocuarto: Que, por otro lado, con el objeto de lograr una mejor calidad de vida para la menor, se ha implementado un sistema para continuar el suministro del medicamento, evitando un mayor tiempo de hospitalización y logrando con ello que Jacinta retome su vida en forma normal, realizando su actividad educativa y familiar más acorde a su edad, evitando con ello las perniciosas consecuencias de períodos largos de hospitalización.”

Establecido lo anterior, la Corte razona sobre la finalidad de las Isapres, y la necesidad de que dicha finalidad oriente la interpretación del contrato de salud, así, en el considerando decimoquinto: *“Que, las premisas anteriores, nos llevan a*

razonar que en la práctica, considerando el objetivo principal de la Instituciones de Salud Previsional, cual es otorgar a sus afiliados todos aquellos beneficios que el contrato de salud contempla, encaminados a proteger la salud de ellos, debe usarse dicho estatuto de la manera que resulte más acorde con dicho fin.”

Fija de este modo, de irracional la determinación de la Isapre, según se advierte en el considerando decimosexto: *“Que, lo anterior conduce a esta Corte a comprender que el proceder de la recurrida no aparece revestido de la necesaria racionalidad, lo que torna su conducta en arbitraria ya que el negar cobertura de la totalidad del medicamento, implica per se una discriminación en aquella fase que no se realiza en un centro hospitalario.”*

No obstante haber establecido la preponderancia de la protección de la salud, como la finalidad de las Isapres, la Corte justifica el recurso de protección, en la perturbación del ejercicio legítimo del derecho a la propiedad, al verse expuesto a pagar un medicamento la parte recurrente. Así lo expresa la Corte en el considerando Decimoséptimo: *“Que del mismo modo la conducta desplegada por la recurrida puede ser calificada al tenor del artículo 20 de la Constitución de la República, como presupuesto fáctico que perturba el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que le asiste a la actora respecto del contrato de salud, suscrito entre las partes, puesto que ese acto afecta de forma directa su patrimonio, al tener que costear una parte del medicamento, por negársele su cobertura de manera íntegra”*

Decisión: Acoger el recurso de protección, ordenando a la recurrida Isapre Vida Tres S.A., otorgue la bonificación dispuesta en el plan de salud para los medicamentos requeridos a propósito de una hospitalización, en especial a todo el tratamiento con Remodulin que Jacinta Zañartu Valdés ha recibido y deba recibir en el futuro, según la prescripción de sus médicos tratantes, con costas

Voto singular: El ministro señor Cerda no comparte el considerando quinto, sobre la extemporaneidad reclamada por la recurrida, teniendo al efecto únicamente en consideración: a) que la tutela jurisdiccional de derechos

esenciales no puede estar sujeta a plazos, como corolario irrenunciable de la potestad conservadora de la judicatura, y b) que según el artículo 19 N.º 3º inciso quinto de la Constitución Política de la República, exclusivamente al legislador corresponde establecer procedimientos, sin que hasta la fecha lo haya hecho respecto de esta acción constitucional.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 2798-2013, de fecha 7 de mayo de 2013, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G.

Decisión: Se confirma la sentencia apelada

Observaciones: En este caso, el raciocinio de la CA pareciera claro en cuanto a que el acto de negar cobertura por parte de la Isapre es arbitrario por cuanto se aleja del que debiera ser el objeto mismo de las Isapres, sin embargo, se ve forzada, para satisfacer el artículo 20 de la C. Pol, en señalar que la vulneración se da en el derecho de propiedad del recurrente, por cuanto tendría que pagar el medicamento.

FICHA N°23

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 35.699-2012	14 de junio de 2013
Sala y ministros que la integran: Primera Sala, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el ministro señor Mario Carroza Espinosa y la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.			
Ministro u abogado redactor: ministro Mario Carroza Espinosa			
Recurrente/Actor: Ignacia Escalona Armijo, (menor de edad) representada legalmente por su padre don Gastón Escalona Villarroel			
Recurrido /Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptorios: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24 y art N.º 20 de la C. Pol; art. 184 y 189 letra C), N.º 5; y letra e); art. 190 N.º 8; art. 102 del Código Sanitario.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento de uso ambulatorio.			
Temas Complementarios: Registro Sanitario.			
3. DESCRIPCIÓN			
<p>Hechos: Recurrente solicitó a la Isapre cobertura para el tratamiento de reemplazo enzimático, con el medicamento Naglazyme, que requiere su hija, ya que padece de enfermedad "Mucopolisacaridosis tipo VI", ante lo cual, la Doctora Gloria Durán Saavedra, del Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile le prescribió dicho fármaco.</p> <p>Isapre negó la cobertura, argumentando que este medicamento no contaba con el Registro Sanitario del Instituto de Salud Pública, que era una medicina de uso</p>			

ambulatorio y no estaba dentro de las coberturas del arancel de Fonasa ni del Contrato.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, para fallar, solicita informes a la Superintendencia de Salud, al Fonasa, al Ministerio de Salud y al ISP, los cuales sirvieron de respaldo para la tesis de la Isapre, así, en el considerando 11º, a propósito de la exigencia de Registro Sanitario de los productos farmacéuticos comercializados en Chile, establece: *“Que en virtud de tal exigencia, cabe entonces concluir que la Isapre Consalud no se encontraba obligada ni legal ni contractualmente a otorgarle cobertura financiera al citado medicamento, y además porque tampoco este se encuentra en el Arancel Fonasa de Libre Elección, el que de acuerdo al artículo 189 letra C) N.º 5 letra e) del DFL N.º 1 de 2005, es el que obligatoriamente debe ser considerado por las Isapres al comercializar sus planes de salud, y establecer el arancel de referencia que “contemplará, a lo menos, las prestaciones contenidas en el arancel del Fondo Nacional de Salud a que se refiere el artículo 159 de esta Ley, o el que lo reemplace en la modalidad de libre elección”.* Prosigue en esta línea, en el considerando 12º: *“Que, en ese sentido, en opinión de esta Corte, el actuar de la Institución de Salud Previsional Consalud al negar la cobertura del tratamiento de reemplazo enzimático a la menor Ignacia Escalona Armijo con el medicamento Naglazyme (Galsulfase del Laboratorio BioMarín) para enfrentar la enfermedad denominada Mucopolisacaridosis tipo VI, que le fuera recetado por su médico tratante, no ha sido ni arbitrario ni contrario a la ley”.* A mayor abundamiento, en el considerando 13º, se refiere al plan de salud del recurrente, el que no contempla cobertura para medicamentos administrados ambulatoriamente: *“Que a mayor abundamiento, tampoco la Institución de Salud Previsional se encontraba obligada contractualmente a otorgar cobertura al medicamento Naglazyme, en virtud de no contar el recurrente con un Plan de Salud ni excepcionalmente con un plan complementario que le otorgara cobertura a medicamentos que sean*

suministrados ambulatoriamente sino que solo a los que son suministrados a raíz de una prestación hospitalaria”

Decisión: Rechazar el recurso.

Voto singular: Ministro Sr. Carroza: Este expone que el deber de las Instituciones de Salud Previsional, debe cumplirse siempre teniendo en consideración el íntegro resguardo a las garantías constitucionales, por lo que su actuar no puede estar ajeno a los principios básicos que informan estas garantías: “...*como en este caso lo sería la protección al derecho a la salud, disponiendo para sus afiliados, al igual que el sistema público, de programas de salud para casos excepcionales, evitando la discriminación y permitiéndoles el acceso a bienes y servicios científico y médicos adecuados, de buena calidad y efectivos*”. (letra b del voto de minoría) En la letra “c”, expone: “*Que en tal sentido, en concepto de este disidente, la recurrida al negarse a la cobertura del tratamiento de reemplazo enzimático a la menor Ignacia Escalona Armijo, sin otorgarle otras opciones, con argumentos no concluyentes ni armónicos con los señalados principios, si bien pueden no constituir una infracción, tampoco justifican una decisión carente de todo vínculo con la realidad, que lo único que hace es dejar en la orfandad a sus afiliados*”.

Pareciera que el Ministro Carroza aboga por un juicio de proporcionalidad, y comienza a revisar las premisas de la Isapre para negar cobertura, en contraposición con los principios que entiende deberían regir en la materia, así, en la letra “d” compara el actuar de la Institución privada con la pública, señalando: “*Que en efecto, si la fundamentación objetiva de la recurrida ha sido el de no ser Naglazyme un medicamento en el País por carecer de un registro sanitario en el Instituto de Salud Pública, ello resulta contradictorio con el proceder del sistema público, donde la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud del Ministerio de Salud resuelve ante el requerimiento del Fondo Nacional de Salud, autorizar la contratación directa de conformidad al artículo 8º de la ley N.º 19.886 y artículo 10 N.º 7 letra e) del Reglamento de la citada ley, con el Laboratorio, del mismo medicamento que demanda la recurrida,*

para pacientes del Fondo Nacional de Salud. Esta decisión evidencia normas y criterios técnicos de eficiencia, que justifican el propósito de financiar a través del sistema público de salud el tratamiento de reemplazo enzimático. Una conducta del Ministerio de Salud que no solo lo valida, sino que privilegia el medicamento y virtualmente lo autoriza, particularmente cuando puntualiza en su informe de fojas 160, que "el Instituto de Salud Pública puede autorizar de manera excepcional el uso de un producto farmacéutico atendido su utilización en una investigación científica, previa visación de al menos un Comité Ético Científico (proceso regulado por la ley N.º 20.120), o en los casos de usos medicinales urgentes, considerando la necesidad inminente de utilizar un producto farmacéutico por parte de pacientes que no cuentan con una alternativa farmacéutica disponible, en forma y oportunidad apropiados a sus necesidades"

Por su parte, en la letra "e", destaca que, si el ISP validó la compra por el sistema público, no habrá problemas para que aplique el mismo criterio en la compra del medicamento por una Institución privada.

Aborda a continuación, el argumento de "uso ambulatorio", así, señala en la letra "f": *"Que asimismo, sostener lo del uso ambulatorio de medicamentos como base para negarse a la cobertura, constituye otra iniquidad, por cuanto los antecedentes que obran en el proceso permiten inferir que en la aplicación del tratamiento de reemplazo enzimático se hará absolutamente necesaria la hospitalización del paciente, un hecho que la propia recurrida reconoce al aceptar cubrir la hospitalización al aplicarse el tratamiento, aunque posteriormente sostenga que se trataba de una ayuda excepcional extracontractual o ex gratia"*

A continuación, se refiere al argumento de no estar arancelado el medicamento, señalando, en la letra "g": *"Que mención aparte merece la respuesta de la Superintendencia de Salud, en cuanto en ella informa que el medicamento Naglazyme no se encuentra arancelado en el Arancel Fonasa Libre Elección, que a su juicio sería el arancel de referencia para la elaboración de los aranceles de cada Isapre y que todo Plan de Salud debe considerar, de lo contrario exime a las*

Isapres del sistema privado a la obligación de otorgarle cobertura financiera a determinadas prestaciones. Sin embargo, al ser consultada la propia aludida - Fonasa - esta manifiesta que el medicamento referido no se contempla en ningún Arancel de Fonasa, ya que ha sido prescrito para el tratamiento de la enfermedad Mucopolisacaridosis VI o Síndrome de Maroteaux-Lamy, que es una enfermedad rara conocidas como tesaurismosis (enfermedades por depósito). Lo anterior demuestra no solo lo excepcional de la enfermedad y su tratamiento, sino que ello no se resuelve aplicando las normas generales y debe recurrirse a principios básicos que permitan garantizarles a todas las personas un acceso igualitario y oportuno al derecho a la salud, con medidas positivas para dar plena efectividad al derecho”

De este modo, concluye, en la letra “h” que: “Que, en consecuencia, resulta arbitraria la conducta del Instituto de Salud Previsional Consalud S.A., de negarle al recurrente la cobertura fundada en circunstancias que hacen aparente el derecho a la salud y a la vida. El Tribunal Constitucional en uno de sus informes, sostuvo que un derecho es afectado cuando se lo priva de aquello que le es consustancial de manera que deja de ser reconocible y se impide su libre ejercicio, sometiéndolo a exigencias que lo hacen irrealizable; lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”

“j.- Que uno de estos principios constitucionales es el de interdicción a la arbitrariedad, que no solo le es aplicable al sector público sino que se difunde a las instituciones del sector privado, en lo relativo al respeto a las garantías fundamentales, obligándolas a establecer condiciones básicas para su goce y ejercicio efectivos, cuestión de la cual un contrato no la puede eximir y hacen evidente su transgresión, cuando deniegan la cobertura a la prestación de una enfermedad rara u excepcional, que puede costarle la vida a una menor.”

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 4.745-2013, de fecha 8 de agosto de 2013, pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los

ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R. y los Abogados Integrantes Sr. Guillermo Piedrabuena R. y Sr. Alfredo Prieto B.

Decisión: Se confirma la Sentencia Apelada.

Observaciones: Lo más destacable del fallo de la Corte de Apelaciones, es el voto de minoría del Ministro Carroza, quien examina las premisas de negativa de cobertura desde un prisma que busca asegurar la operatividad de los derechos fundamentales de quien recurre. De este modo, cuestiona la determinación “normativista” de negar cobertura por parte de la Isapre, en circunstancias que el Sistema Público contempla la posibilidad de excepciones; concluyendo que dicha excepcionalidad en materia de salud es necesaria para hacer posible el debido respeto a las garantías constitucionales en juego, y que las Isapres están igualmente obligadas a considerar ese tipo de situaciones.

FICHA N°24

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 44.600-2012	18 de julio de 2013
Sala y ministros que la integran: Quinta Sala, presidida por la ministra señora María Soledad Melo Labra e integrada por la ministra (S) señora Elsa Barrientos Guerrero y el abogado integrante señor David Peralta Anabalón.			
Ministro u abogado redactor: Abogado integrante David Peralta A.			
Recurrente/Actor: Lissette Laytte Salazar.			
Recurrido /Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre, negativa de cobertura prestaciones no aranceladas y medicamentos de uso ambulatorio; cobertura GES, GES-CAEC.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1,9 y 24 y art 20 C. Pol; Art 189 y 190 del DFL 1 de 2005, del Minsal; DS 34 de 2009, del Minsal			
Tema Principal: Negativa de Cobertura de tratamiento y medicamentos de uso ambulatorio no arancelados, en contexto de una patología GES.			
Temas Complementarios: Relación entre las garantías constitucionales; criterios para otorgar cobertura a una prestación; naturaleza de la sentencia (o laudo) arbitral de la Superintendencia de Salud.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: La recurrente expone que la Isapre le ha negado la cobertura, por no tener arancel Fonasa, al trasplante autólogo de Progenitores hematopéyicos, la aféresis, criopreservación y algunos medicamentos como la carmustina, que requiere para el tratamiento de su enfermedad denominada Linfoma de Hodking, variedad esclerosis nodular.			

La Isapre por su parte, sostiene en primer lugar que el asunto se trataría de una pretensión de la recurrente y no un derecho indubitado, invocando al efecto los artículos 189 y 190 del DFL N.º 1 de Salud, y lo dispuesto en el artículo 1º literales a) y c) N.º 4 del Decreto Supremo N.º 34 de 2009 del Ministerio de Salud. Conforme con estos preceptos, no procede la homologación de prestaciones, salvo que el órgano técnico, es decir, la Superintendencia de Salud la ordene, previa evaluación de la efectividad del tratamiento y, tratándose de garantías GES, sólo es posible otorgar dicha cobertura a las enfermedades incluidas por el Ministerio de Salud como cubiertas por esta garantía, por lo que la controversia que se plantea excede el ámbito de aplicación de la acción cautelar.

Junto con eso, sostiene que la recurrente solicitó la intervención como árbitro arbitrador de la Superintendencia de Salud, para resolver los mismos hechos por los que recurre de protección, lo que supone ajustarse al procedimiento que establece el artículo 113 del DFL 1 del Ministerio de Salud, el que contempla los pertinentes recursos para impugnar lo que se resuelva administrativamente, pudiendo incluso intentar el recurso de reclamación ante esta misma Corte y de apelación ante la Excelentísima Corte Suprema.

Sobre el fondo, manifiesta que las prestaciones cuya cobertura se reclama, no están incluidas en la canasta GES para el problema de salud N.º 17, y tampoco se encuentran en las guías clínicas elaboradas por el Minsal, por lo que, a su respecto, sólo cabría la cobertura de plan de salud, el que se encuentra sujeto al arancel de la Isapre y al de Fonasa, por lo que, al no estar aranceladas, no tienen cobertura.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, no sólo es deferente con lo resuelto por el arbitraje de la Superintendencia de Salud, sino que limita el propio recurso de protección, señalando, en el considerando quinto: *“Que, resulta ser un hecho conocido, que la propia recurrente sometió la discrepancia producida con su Isapre y que es motivo del presente recurso, al arbitraje de la Superintendencia de Salud a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales, en los*

términos que lo contemplan los artículos 8 y siguientes de la ley 19.937. Dicha acción arbitral-administrativa, deducida con anterioridad al recurso de protección, se ha traducido en una resolución del señalado órgano público, que con fecha 13 de junio del año en curso, acogió parcialmente la demanda interpuesta por la recurrente y actualmente esa resolución se encuentra en etapa de ejecución, lo que hace inoficioso y carente de oportunidad, para los fines que persigue la acción constitucional, que esta Corte se pronuncie, dado que además, de hacerlo no solo desnaturaliza la esencia jurídica del recurso deducido, sino que invade la esfera de lo que ha sido decidido válidamente, ajustándose a lo que prevé la ley”

Decisión: Rechazar el recurso de protección.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 5267-2013, de 14 de octubre de 2013. Se reproduce el fallo apelado con excepción de sus motivos quinto y sexto, que se eliminan. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por el ministro Sr. Héctor Carreño S., los Ministros Suplentes Sr. Juan Escobar Z. y Sr. Carlos Cerda F. y los Abogados Integrantes Sr. Luis Bates H. y Sr. Guillermo Piedrabuena R.

La Corte Suprema, entiende que no tiene límites para conocer y resolver controversias a razón de posibles lesiones a las garantías constitucionales, así, en el considerando segundo, señala: *“Que de la misma manera ha sido precisado también que el carácter cautelar de este arbitrio no excluye el ejercicio de otros derechos por parte de los interesados, prevención que por lo demás expresamente se encuentra explicitada en el tenor literal del artículo 20 de nuestra Constitución Política y que resulta consustancial con la potestad conservadora que entrega a la instancia jurisdiccional, de manera que los derechos que reconoce y garantiza el texto constitucional encuentren efectivo amparo para su vigencia.”* De este modo, la Corte reafirma lo ilimitado de su alcance, y la preponderancia de la vía de protección, así, en el considerando tercero: *“Que sobre la base de los razonamientos que anteceden no resulta procedente*

condicionar el empleo de este arbitrio a la inexistencia de otras instancias de solución que se hagan cargo de la acción u omisión que priva, perturba o amenaza los derechos y garantías constitucionalmente consagrados, pues en definitiva de lo que se trata, como se precisó, es velar por el restablecimiento del imperio del Derecho, siendo esta la herramienta más expedita de entre todas las que, en su caso, dispone el ordenamiento, sin que su utilización reconozca y exija otros requisitos que los que el propio texto constitucional y la regulación dada a su procedimiento contempla.”

Así, la Corte Suprema analiza el fondo del asunto controvertido, usando la sentencia o resolución de la Superintendencia como un insumo para delimitar la controversia, indicando, que se trataría de prestaciones prescritas, pero sin bonificación, de este modo, en el considerando séptimo y octavo, indica: *“Ahora bien, remitiéndose este tribunal siempre a la decisión referida anteriormente, es menester considerar que expresamente en ella se hace mención a que el trasplante en que consiste el tratamiento que demanda el restablecimiento y cura de la salud de la recurrente "reconoce como procedimientos previos la Aféresis y la Criopreservación, respectivamente". No obstante formar parte del tratamiento necesario, ninguno de estos procedimientos se encontraría cubierto por la institución de salud recurrida según lo consigna el mismo antecedente, imposibilitando de ese modo en definitiva el trasplante mismo.*

OCTAVO: Que de otro lado, remitiéndonos siempre al tenor del antecedente mencionado, pareciere que el único fundamento que en esa decisión se consideró para excluir la cobertura finalmente se explica por la "inexistencia de una prestación de características similares en el Arancel FONASA", de manera que no habría resultado posible de ese modo otorgarla al no existir prestación en dicho arancel al cual homologar el cobro o valor del citado procedimiento, razón que la decisión arbitral califica como de orden exclusivamente normativo.

La *ratio decidendi* entonces, se encontraría en el considerando décimo. En este indica que sería contradictorio que la prestación principal tuviera cobertura y no

los procedimientos previos necesarios: *“Que siendo ello así entonces, lo que se excluye de la cobertura señalada es uno de los procedimientos definidos como "previos" al tratamiento exigido para la curación de la paciente, lo que importa una contradicción inadmisibile con el reconocimiento y vigencia de las prestaciones a las cuales tiene derecho. En efecto, siendo el mencionado "Trasplante Autólogo de Progenitores Hematopéyicos" el tratamiento prescrito por el equipo médico tratante, además en carácter de "único", y atendido que existe la cobertura para su aplicación, no parecen suficientes los motivos y fundamentos de la institución de salud recurrida para excluir el pago de lo que a la postre los informes técnicos respectivos aluden nada más como uno de sus procedimientos previos, estrechamente vinculado al principal, menos aun cuando la razón que se esgrime para la negativa dice exclusiva relación con la inexistencia de una prestación de homologación.*

Por estas consideraciones, en protección de la garantía del N.º 1º del artículo 19 de la Constitución Política y lo que prescribe el artículo 20 de la Carta Fundamental y el Auto Acordado aplicable en la especie, se revoca la sentencia apelada de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, agregada a fojas 146, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 25 por doña Lissette Laytte Salazar en contra de Isapre Consalud Sociedad Anónima, institución de salud previsional que deberá arbitrar las medidas que sean necesarias para que el procedimiento previo del trasplante prescrito por el equipo médico de la recurrente, definido como "Criopreservación de Stems Cells", y lo que su ejecución demande y requiera, sea efectivamente cubierto en procura del restablecimiento de la salud y cura de la enfermedad de la recurrente.”

Decisión: Acoger el recurso de protección.

Observaciones: La Corte Suprema pareciera que entiende que estos procedimientos sin cobertura son accesorios a la prestación principal, que sería el trasplante, no considerando suficiente para que no tengan bonificación, el que

no estén arancelados ni el que no puedan ser homologados por falta de referencia en el arancel Fonasa. Sin embargo, si bien el fallo ordena dar cobertura, no se pronuncia respecto de qué cobertura, lo cual es determinante, puesto que el contexto de la demanda es en un tratamiento para una patología GES, y justamente se está pidiendo dicha cobertura.

FICHA N°25

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Rol N.º 33.832-2013	19 de diciembre de 2013
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala de la Corte de Apelaciones, presidida por el ministro señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada por la ministra señora Jessica González Troncoso y por el Fiscal Judicial señor Raúl Trincado Dreyse.			
Ministro u abogado redactor: Raúl Trincado Dreyse, Fiscal Judicial			
Recurrente/Actor: Sergio Neira Fernández			
Recurrido /Demandado: Isapre Masvida S.A. y en subsidio, en contra del Ministerio de Salud			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura CAEC y del plan de salud a medicamento que no cuenta con Registro Sanitario y no está arancelado; Arancel Fonasa libre elección;			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2; y art 20 C. Pol; Circular IF N.º 7, de la Superintendencia de Salud			
Tema Principal: Negativa de cobertura CAEC y del plan de salud a medicamento que no cuenta con registro sanitario.			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC; Registro Sanitario			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Recurrente padece aplasia medular que se caracteriza por la desaparición total o parcial de los precursores hematopoyéticos en médula ósea, lo que da lugar a una pancitopenia en sangre periférica, cuyo tratamiento consiste en la ingesta del medicamento Soliris o Eculizumab. Solicitó a su Isapre le			

otorgara cobertura a dicho medicamento, recibiendo una respuesta negativa por cuanto dicho el medicamento "Soliris" es un anticuerpo mononuclear que no se encuentra aprobado por el Instituto de salud pública, por lo tanto, se encuentra excluido de cobertura CAEC, haciendo referencia a la circular IF/N.º 7 de la Superintendencia de Salud.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, para analizar el caso que se le presenta, considera necesario dejar establecido lo siguiente: “[Considerando] *Quinto: Que, en nuestro actual sistema de salud, las prestaciones pertinentes deben ser asumidas por instituciones de salud previsional tanto del sector público y privado. La Ley instituye el deber a otorgarle las prestaciones y beneficios a sus afiliados y cargas familiares, obligación que ha de cumplirse siempre y todo caso, teniendo en consideración el íntegro y oportuno resguardo a las garantías constitucionales. Conforme a lo anterior y no obstante considerar que son entidades privadas, su actuar no puede estar ajeno a principios que informan dichas garantías, como en el presente caso, lo sería la protección del derecho a la vida y la salud, debiendo disponer para sus afiliados, al igual que el sistema público, de determinados programas de salud para casos excepcionales, evitando la discriminación y permitiéndoles el acceso a bienes y servicios científicos y médicos adecuados al caso particular, los que deben tener la característica esencial de ser efectivo para el caso concreto de que se trate. De este modo, parece concluir que el sistema exige a las Isapres más que actuar conforme a la norma, así, en el considerando sexto, sostiene: “Que la recurrida Isapre Masvida, al negarse a la cobertura del tratamiento de la patología que le aqueja al recurrente, esto es, Hemoglobinuria paroxística nocturna, con argumentos no concluyentes, ni armónicos con el espíritu de los señalados principios, si bien en sí pueden no constituir una infracción, tampoco parece justificable dicha decisión al carecer de todo vínculo con la realidad que afecta a uno de sus afiliados, dejándolo de esta forma huérfano a su suerte.*”

Que en efecto, si la fundamentación objetiva de la Isapre recurrida ha sido el de no financiar el medicamento apropiado para la dolencia del afiliado y recurrente, por no estar aprobado por el Instituto de Salud Pública, resulta del todo contradictorio con el proceder del sistema público, donde la Central Nacional de Abastecimiento del sistema nacional de servicios de salud del Ministerio de Salud, autoriza la contratación directa de conformidad al artículo 8º de la Ley N.º 19.886 y artículo 10 N.º 7 letra e) del reglamento de la citada ley, con el laboratorio, del mismo medicamento que demanda la recurrida para pacientes del Fondo Nacional de Salud. Que esta decisión evidencia normas y criterios técnicos de eficiencia, que justifican el propósito de financiar a través del sistema público de salud el tratamiento que nos ocupa, conducta de dicho Ministerio que no solo lo valida, sino que privilegia el medicamento y su entrega o financiamiento, todo ello teniendo especialmente presente la necesidad inminente de utilizar un producto farmacéutico determinado por parte de los pacientes que no cuentan con una alternativa farmacéutica, toda vez que médicamente es dicho medicamento el que permite una mejoría sustancial del paciente y con ello salva su vida, como ocurre en la especie de acuerdo a lo indicado por el médico tratante el recurrente.”

Que, cuestionando otro argumento de la Isapre, la Corte, señala lo siguiente en el considerando séptimo: *“Que sostener que lo del uso ambulatorio de medicamentos, como fundamento para negarse a la cobertura, constituye una iniquidad, por cuanto los antecedentes que obran en el proceso, permiten inferir que la aplicación del medicamento "Soliris", se hará absolutamente necesaria la hospitalización del paciente; ello se desprende del informe del médico tratante que informa a esta Corte que el recurrente se encuentra hospitalizado desde hace 1 mes, toda vez que la enfermedad lo tiene permanentemente postrado en cama, debido a que cualquier esfuerzo físico le significa un empeoramiento de su condición clínica”*.

De este modo, resulta arbitrario el actuar de la Isapre, señala la Corte, en el considerando noveno: *“Que, en consecuencia, resulta arbitraria la conducta del*

Instituto de Salud Previsional Masvida, de negarle al recurrente la cobertura respectiva, haciendo con su actuar aparente el derecho a la salud y a la vida en definitiva de aquel. Que tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional en uno de sus informes, el derecho va a resultar afectado cuando se lo priva de aquello que es consustancial, de manera que deja de ser reconocible y se impide su libre ejercicio, sometiéndolo a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

Agrega la Corte, la existencia de principios fundamentales que deben ser considerados en materia de salud, así, en el considerando décimo, señala: “*Que si la discusión que nos convoca parece ser patrimonial y de criterios básicamente economicistas, no se debe olvidar so pena de equivocarnos, que en materia de salud existen principios fundamentales que se deben respetar, tal cual lo hace el sistema de salud pública, adoptando al efecto los resguardos necesarios para recurrir a determinados programas cuando la necesidad lo requiere y de esta forma no se afecten derechos fundamentales, ni se prive a las personas arbitrariamente de un medicamento esencial para gozar del máspreciado bien como es la vida.”*

Prosigue, en el considerando décimo primero: “*Que uno de estos principios constitucionales es el de interdicción a la arbitrariedad, que no solo será aplicable al sector público, sino que resulta pertinente aplicarlo a las instituciones del sector privado, en lo relativo al respeto de las garantías fundamentales, obligándolas a establecer condiciones básicas para su goce y ejercicio, que tenga la condición precisa de ser efectivos, cuestión de la cual un contrato de salud no lo puede eximir y no hacerlo de esta forma, hace evidente su transgresión, cuando se deniega la cobertura a la prestación de una enfermedad excepcional que puede costarle la vida a un ser humano.”*

Decisión: Acoger el recurso, debiendo la Isapre entregar el financiamiento para el tratamiento de la enfermedad que aqueja al recurrente, todo ello de acuerdo con la dosificación y tiempo de tratamiento que se indica en el informe médico.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causal Rol N.º 413-2014, de fecha 21 de enero de 2014, pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B.

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos sexto, séptimo, noveno, décimo y décimo tercero, que se eliminan. La Corte, fija el alcance de la controversia, en el considerando quinto: *“Que como ya se indicó, en la carta enviada por la Isapre al recurrente -que motiva la presente acción constitucional- se le expresa que no procede la cobertura del medicamento Soliris porque éste no se encuentra aprobado por el Instituto de Salud Pública operando la causal de exclusión de la Circular N.º 7 de la Superintendencia de Salud, lo cual está conteste con la argumentación que desarrolló en el informe y en el recurso de apelación. Lo anterior es relevante, porque no se ha esgrimido por la recurrida la exclusión de la cobertura por tratarse de una prestación ambulatoria. De modo que esta Corte asume que el único inconveniente para otorgar la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) radica en la no aprobación del uso del medicamento por el órgano respectivo y es, desde esta perspectiva, que se emitirá el pronunciamiento”.*

Prosigue, indicando los elementos distintivos del caso, así, en el considerando octavo sostiene: *“Que para resolver adecuadamente la materia planteada en el recurso se debe tener presente que el caso de autos presenta singularidades propias, pues en la especie no sólo el médico tratante señala la eficacia del medicamento prescrito al recurrente como única forma de aliviar la enfermedad que padece, sino que ello también es reconocido por el Ministerio de Salud, que, según se expuso en el considerando tercero, autoriza el financiamiento de Soliris u otros medicamentos para los usuarios del sistema público de salud a pesar de no encontrarse aprobado por el Instituto de Salud Pública.”*

En el considerando noveno, la Corte interpreta la exclusión contenida en la Circular IF N.º 7, señalando: “Que asentado lo anterior, debe determinarse en el objetivo que cumple la exclusión consagrada en la Circular N.º 7 de la Superintendencia de Salud, el cual no es otro que velar porque se dé la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas respecto de medicamentos que tengan una eficacia comprobada, cuestión que se asegura con la aprobación del Instituto de Salud Pública. En efecto, tal como lo expone el Ministerio de Salud, en nuestro país existe una clara regulación del proceso de inscripción de los productos farmacéuticos, la que busca comprobar que éstos cumplan con los beneficios indicados en el tratamiento específico de cada enfermedad y asegurar, además, que aquel no tenga efectos letales en la salud. Es esta la razón por la que los medicamentos deben ser aprobados por el Instituto de Salud Pública, estar amparados en un registro, por lo que sólo una vez cumplidos todos los requisitos establecidos en la legislación se puede proceder a su distribución y comercialización, cuestión que también se encuentra expresamente regulada. Sin embargo, el Ministerio de Salud reconoce que este medicamento -Soliris- a pesar de no contar con registro sanitario, ni formar parte del Formulario Nacional de Medicamentos es financiado con cargo a Fondo Extraordinario. Tal actuación únicamente puede tener respaldo en lo preceptuado en el artículo 102 del Código Sanitario, norma que en su inciso primero señala: "Ningún producto farmacéutico o cosmético podrá ser comercializado ni distribuido en el país sin que se proceda a su registro previo en el Instituto de Salud Pública". Agregando su inciso segundo: "Sin embargo, la autoridad sanitaria podrá autorizar provisionalmente la venta o uso, sin previo registro, de productos farmacéuticos para usos medicinales urgentes, para investigación científica o ensayos clínicos". Claramente el uso de Soliris se autoriza, a pesar de no estar registrado en nuestro país, porque es indispensable para los pacientes que sufren "Hemoglobinuria Paroxística Nocturna", por lo que se está en presencia de un uso medicinal urgente.”

En el considerando décimo, la Corte expresa lo que para ella es la razón para decidir el caso, así: *“Que lo anterior es trascendente, puesto que los usuarios del sistema público de salud sí pueden acceder al medicamento Soliris, con cargo al Fondo Extraordinario, con el cual se financian medicamentos de alto costo. Pues bien, cabe preguntarse en qué posición se encuentran los afiliados al sistema privado, dado que ellos no pueden acceder al mencionado fondo y que las Isapres no tienen la obligación legal de contar con fondos especiales para casos extraordinarios como el que afecta al recurrente. La respuesta está dada por la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, pues guardando las proporciones, se puede señalar que el objetivo buscado por esta cobertura adicional es el mismo que tiene el Fondo Extraordinario del Ministerio de Salud, sólo que para el caso de los afiliados al sistema privado dicha cobertura opera a modo de seguro.”* En el considerando siguiente, hace el resumen y conclusión del caso con la interpretación que aplica, así: *“Undécimo: Que asentadas las ideas anteriores cabe analizar lo actuado por la Isapre en relación al recurrente, a quien niega la cobertura por la sola circunstancia de no estar aprobado el medicamento Soliris por el Instituto de Salud Pública, sin atender al fin último de la exclusión que, tal como se adelantó, busca garantizar que los medicamentos que se cubren posean una eficacia comprobada, cuestión que no está discutida en la especie, dado que es el propio Ministerio de Salud quien para los afiliados al sector público autoriza el financiamiento. Esa actuación reviste caracteres de arbitrariedad, puesto que la recurrida no sopesa adecuadamente los antecedentes de su afiliado, un joven de 22 años que se encuentra postrado, que desde el año 2008 ha sufrido más de treinta hospitalizaciones, que ha estado en riesgo vital y -en lo que es aún más relevante- con el uso de éste medicamento puede hacer una vida completamente normal. Así, en la especie la eficacia del producto farmacéutico no se ha cuestionado, tampoco que es la única alternativa de tratamiento. Todas estas circunstancias debieron ser analizadas por la Isapre, que debió evaluar este caso extraordinario, cuestión que no realizó, limitándose a una simple aplicación*

exegética de la exclusión contemplada en la circular N.º 7 de la Superintendencia de Salud.”

Respecto de las garantías constitucionales lesionadas, la Corte, en el considerando duodécimo, señala: *“Que en estas condiciones, la negativa de la recurrida de otorgar el medicamento que requiere Sergio Neira Fernández, constituye un acto arbitrario que, sin duda, amenaza la garantía del derecho a la vida y a la integridad física del recurrente, pues lo priva, en la práctica, del acceso al mismo, infiriéndole un daño grave y significativo que afecta no sólo este derecho fundamental, sino que además, conculca la igualdad ante la ley desde que deja al recurrente en un plano de desigualdad frente a los usuarios del sistema público quienes, eventualmente, una vez analizados sus casos pueden acceder a cobertura del medicamento Soliris.”*

Decisión: Se confirma, con las siguientes declaraciones: *“La Isapre Masvida deberá proceder a entregar financiamiento del medicamento Soliris bajo la modalidad de Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, adoptando las medidas necesarias para que sea un prestador de su red quien disponga la entrega del tratamiento de acuerdo con la dosificación señalada en el informe de fojas 60 y El Ministerio de Salud adoptará las medidas necesarias para que el Instituto de Salud Pública autorice el uso de Soliris para el tratamiento del actor, en los términos del inciso segundo del artículo 102 del Código Sanitario.”*

Observaciones: Es interesante que la Corte Suprema entienda que las garantías constitucionales lesionadas son el derecho a la vida y a la integridad física y la igualdad ante la ley, y esta última lo justifica sin reparar que en el sistema público no se garantiza el acceso efectivo al medicamento, sino sólo se contempla la posibilidad hipotética de acceder a través de un mecanismo de excepción.

FICHA N°26

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Concepción	Causa Rol N° 1.055-2015	10 de julio de 2015
Sala y ministros que la integran: quinta sala Sr. Claudio Gutiérrez Garrido, Sra. Vivian Toloza Fernández, Sra. Valentina Salvo Oviedo			
Ministro u abogado redactor: ministro Claudio Gutiérrez Garrido			
Recurrente/Actor: Paulina Andrea Osorio Rodríguez			
Recurrido /Demandado: Colmena Golden Cross S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24; y art 20 C. Pol;			
Tema Principal: Negativa de cobertura al remanente de medicamento ambulatorio comprado en hospitalización.			
Temas Complementarios: Derechos adquiridos; Interpretación de los contratos.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Recurrente dice haber recibido durante más de dos años tratamiento intravenoso y sus medicamentos orales, y si alguno de estos era comprado de forma externa en la hospitalización, se le administraban las dosis correspondientes y se le daba el resto, residual o remanente al momento de ser dada de alta, los cuales nunca fueron cobrados, puesto que se entendieron dentro del costo del plan de salud. Ello hasta que la ISAPRE decidió cobrar sólo los residuales del medicamento " FAMPYRA ", mediante carta que acompaña, de 25 de marzo de 2015.			

La recurrida por su parte, señala que, con respecto a la evaluación de cobros de medicamentos, exámenes realizados, cobro de honorarios médicos, kinesioterapia y diversas prestaciones médicas otorgadas por parte de las clínicas en el contexto de Programas Médicos, hace revisión de estos cobros en forma racional, dada la dificultad que implica la revisión de cada fármaco y dosis administrada en cada hospitalización, por lo cual puede haber sucedido, como señala la recurrente, que algún medicamento residual no hubiera sido descontado alguna vez, por la omisión de la revisión detallada; sin embargo, este control se ejerce en la medida de lo posible, con los recursos que cuenta y para bonificar las cuentas hospitalarias dentro de los plazos legales. Es decir, no existe una habitualidad, como pretende la recurrente, de bonificar los medicamentos "residuales", que hiciera variar lo estipulado en el contrato de salud. Agrega que no existe obligación de bonificar un medicamento ambulatorio como erróneamente sostiene la recurrente. En cambio, sí contempla la bonificación de estos mientras la paciente se encuentre hospitalizada.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, entiende que el caso excede el alcance de la instancia, así, en el considerando 5º señala: *“Que en cuanto al fondo del recurso, debe decirse que la naturaleza propia de la acción recién aludida y el procedimiento inquisitivo dispuesto para su tramitación, determinan que no sea procedente este arbitrio para sustituir acciones o procedimientos ordinarios o especiales en los que deban ventilarse y decidirse cuestiones relativas a la interpretación de cláusulas contractuales o principios doctrinarios tales como la aplicación práctica del contrato de salud, que es, en el fondo, la situación de la especie, materias todas propias de un juicio de lato conocimiento, en el presente caso, a través de un juicio arbitral ante la Superintendencia de Salud (lo que ya habría ocurrido en el presente caso según informa la recurrida a fojas 60, aunque no singulariza el proceso), de modo que no es ésta la vía para decidir sobre temas que deben acreditarse sobre la base de probanzas rendidas por las partes”*

Aprovecha, en el considerando 6º, de expresar su interpretación del recurso de protección: *“Que por lo ya expuesto, y dadas las características esenciales de esta acción de cautela de derechos constitucionales, la Excma. Corte Suprema de Justicia ha establecido que su tramitación está encaminada a decretar o dar curso a diligencias y medidas breves y sumarias, destinadas a conceder la protección que demanda el afectado, si en definitiva sus derechos son ciertos o están indubitadamente comprobados, y si éstos, en su caso y en los hechos sobre los cuales se invocan no son controvertidos con fundamentos plausibles. Por consiguiente, este recurso no ha sido creado por el constituyente como medio fácil y expedito para ser utilizado en sustitución o reemplazo de las acciones que el ordenamiento procesal contempla para solucionar todo tipo de conflictos entre parte con derechos o intereses en pugna, que les permita exponerlos y debatirlos en plenitud, rendir sus pruebas y, en su momento, obtener una sentencia que al final del juicio resuelva y declare qué parte tiene la razón y se pronuncie sobre el derecho que se reclama”*

Prosigue en el considerando 7º: *“Que a la luz de lo reflexionado precedentemente, la protección constitucional se erige como una acción cuyo objeto es poner urgente remedio a la vulneración actual o potencial de un derecho fundamental. Este carácter quedó establecido en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, cuyo presidente, don Enrique Ortúzar, expresaba "(el recurso)" Es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado", y continuaba señalando: (el recurso) "permite la solución rápida, eficaz, de un atropello que se está produciendo y que afecta el ejercicio de una de esas libertades, garantías y derechos constitucionales" (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 214)”*

Si bien la Corte señaló que no se pronunciaría sobre el fondo, aprovecha, en el considerando 9º, de establecer el alcance de la teoría de los derechos adquiridos,

sosteniendo: *“Que sólo a mayor abundamiento y en relación con el fondo del recurso, es necesario tener presente que conforme lo pactado en el anexo SP-5 "Plan de Salud Complementario Modalidad Libre Elección" (fojas 50), se excluyeron de la cobertura los "medicamentos ambulatorios" (contrarios a los medicamentos hospitalarios), sin que sea posible aceptar lo sostenido por la recurrente en orden a que por haber sido prescritos durante el período de hospitalización no están comprendidos en la exclusión, por cuanto tal prescripción lo fue en el contexto del alta de la paciente y para ser administrados de manera ambulatoria, por ser remanentes o "residuales" de los hospitalarios, por lo que no existe acto ilegal o arbitrario en la resolución impugnada al ajustarse a la ley del contrato y fundamentar suficientemente la decisión.*

En efecto, en el rubro "Coberturas", en su letra c), se dice (fojas 50) "Medicamentos". La cobertura de medicamentos hospitalarios aplica a aquellos utilizados durante el período de permanencia bajo el régimen de hospitalización y para el tratamiento de las patologías que determinaron la misma”

Decisión: Se rechaza el recurso

Voto singular: Acordada con el voto en contra de la ministra Sra. Salvo, quien fue de opinión de acoger el presente recurso de protección, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

“Primera: Que, no existe discrepancia ente las partes respecto de la obligación de otorgar cobertura total a los medicamentos que sean suministrados a la enferma mientras ella se encuentra hospitalizada.

Segunda: Que, lo anterior conduce a esta disidente a comprender que el proceder de la recurrida no aparece revestido de la necesaria racionalidad, lo que torna su conducta en arbitraria. En efecto, si la Clínica Alemana debe comprar el medicamento de que se trata, en la forma como el laboratorio lo vende, esto es, en cajas de 56 comprimidos iniciándose el tratamiento durante la hospitalización de la paciente, éste debe ser cubierto por la Isapre en su totalidad, puesto que lo contrario llevaría al absurdo de no entregar a la enferma el resto de las grageas

que debe consumir en su tratamiento, no obstante que la Clínica se las cobró íntegramente, o en su defecto, implicaría que ella debe permanecer hospitalizada todo el tiempo que dure la ingesta de la droga señalada.

Tercera: Que, así las cosas, aparece como un hecho evidente que la forma como se comercializa la droga que debe ingerir la recurrente, constituye un aspecto que no puede afectar el tratamiento que se le suministre, por ende, al entregar la Clínica a la paciente el resto del medicamento para que lo termine de consumir en su casa, es una decisión adecuada de la Clínica y el costo del mismo debe ser cubierto por la Isapre.

Al proceder de ese modo, se evita prolongar la hospitalización de la paciente aumentándose con ello el costo de su tratamiento.

Cuarta: Que considerando que el objetivo principal de la Instituciones de Salud Previsional, cual es, otorgar a sus afiliados todos aquellos beneficios que el contrato de salud contempla, encaminados a proteger la salud de ellos, debe usarse dicho estatuto, de la manera que resulte más acorde con dicho fin;

Quinta: Que, de este modo, en opinión de esta disidente, el proceder de la recurrida no aparece revestido de la necesaria racionalidad, especialmente si se tiene en consideración que nunca antes, desde la fecha en que se le diagnosticó la enfermedad a la recurrente, esto es, el año 2007 le habría negado la prestación que ahora le niega.

Sexta: Que del mismo modo, la conducta desplegada por la recurrida puede ser calificada al tenor del artículo 20 de la Constitución de la República, como presupuesto fáctico que perturba el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que le asiste a la actora respecto del contrato de salud, suscrito entre las partes, puesto que el acto impugnado afecta de forma directa su patrimonio, al obligársele a costear totalmente el medicamento, por negársele su cobertura de manera íntegra.

Séptima: Que, reafirma lo expresado con antelación que el ejercicio de "derechos fundamentales" reconocidos, dentro de un Estado de Derecho, a cada uno de los

sujetos con base a su "estatus" de ciudadano, no resulta coherente su negación, teniendo para ello en consideración que constituyen derechos atribuidos a todas las personas en cuanto integrantes del género humano, circunstancia recogida, interpretada y comprendida al tenor de lo establecido en el artículo 1° incisos cuarto y final de la Carta fundamental."

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 9544-2015, de fecha 8 de octubre de 2015, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sr. Carlos Künsemüller L., Sra. Rosa Egnem S. y Sra. María Eugenia Sandoval G. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Rafael Gómez B. Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos quinto a noveno, que se eliminan.

La Corte, recoge el planteamiento del voto disidente, y decide la controversia en el considerando 3º: *"Que tal y como se señala en el voto disidente del fallo en alzada, el proceder de la recurrida no aparece revestido de la necesaria racionalidad, lo que torna su conducta en arbitraria. En efecto, si la Clínica Alemana debe comprar el medicamento de que se trata, en la forma como el laboratorio lo vende, esto es, en cajas de 56 comprimidos iniciándose el tratamiento durante la hospitalización de la paciente, éste debe ser cubierto por la Isapre en su totalidad, puesto que lo contrario llevaría al absurdo de no entregar a la enferma el resto de las grageas que debe consumir en su tratamiento, no obstante que la Clínica se las cobró íntegramente, o en su defecto, implicaría que ella debe permanecer hospitalizada todo el tiempo que dure la ingesta de la droga señalada."*

Posterior a la decisión, la Corte continúa dando razones de esta, así, en el considerando 4º, establece una regla interpretativa: *"Que, por lo demás, siendo el objetivo principal de la Instituciones de Salud Previsional, cual es, otorgar a sus afiliados todos aquellos beneficios que el contrato de salud contempla,*

encaminados a proteger la salud de ellos, debe usarse dicho estatuto, de la manera que resulte más acorde con dicho fin.”

Agrega, en el considerando 5º, una razón de costumbre: “Que, como fundamento adicional es necesario tener en consideración que el proceder de la recurrida no aparece revestido de la necesaria racionalidad, debido a que nunca antes, desde la fecha en que se le diagnosticó la enfermedad a la recurrente, esto es, el año 2007, le habría negado la cobertura respecto de la prestación tantas veces aludida.”

Respecto de la garantía constitucional lesionada, la Corte señala que resulta evidente la perturbación al derecho de propiedad, así, en el considerando sexto: *“Que de acuerdo con lo antes expuesto resulta evidente que la conducta desplegada por la recurrida perturba el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que le asiste a la actora respecto del contrato de salud, suscrito entre las partes, puesto que el acto impugnado afecta de forma directa su patrimonio, al obligársele a costear totalmente el medicamento, por negársele su cobertura de manera íntegra, razón por la que el presente recurso será acogido en los términos que se expresarán en lo resolutivo de este fallo”*

Decisión: se revoca la sentencia apelada de diez de julio de dos mil quince, escrita a fojas 105, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 2, debiendo la Isapre recurrida abstenerse de cobrar a la actora por los comprimidos del medicamento "FAMPYRA" que no le son suministrados durante sus hospitalizaciones.

Observaciones: El fallo de la Corte de Apelaciones es interesante porque, en primer lugar, establece que el recurso de protección no es la instancia para resolver este tipo de controversias, sin embargo, se pronuncia sobre el fondo de asunto y señala que a su juicio, la decisión de la Isapre se encuentra justificada, haciendo una interpretación de la naturaleza del medicamento en cuestión, no pudiendo alterarse su condición de ambulatorio por haber sido comprado mientras

se estaba hospitalizada, independiente de que obtuviera cobertura hospitalaria mientras se mantuvo en esa condición.

La Corte Suprema en tanto, prefiere otra interpretación, una más fáctica, y que considera que el medicamento fue comprado y cobrado a la paciente en una presentación que generaría un remanente de pastillas, no pudiendo serle imputable dicha compra a la afiliada, puesto que eso no sería compatible con el objeto de las Isapres.

Finalmente, es llamativo que, para la Corte Suprema, sólo el derecho de propiedad se encuentre perturbado en este caso.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Causa Rol N° 74690-2016	28 de septiembre de 2016
Sala y ministros que la integran: Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por la ministra señora Jenny Book Reyes y el abogado integrante señor Oscar Torres Zagal			
Ministro u abogado redactor: Sra. Book.			
Recurrente/Actor: María Noel Bravo			
Recurrido /Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura medicamento no arancelado y sin registro sanitario; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 3 y 24; y art 20 C. Pol; Art 159, 189 letra e) y art 190 del DFL 1 de 2005, del Minsal; art 20 del DS N.º 3 de 2010, del Minsal;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento no arancelado y sin registro sanitario			
Temas Complementarios: Registro Sanitario			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamento “Pembrolizumab” que le fuera suministrado al cónyuge de la recurrente en un contexto hospitalario, por carecer de registro sanitario en dicha época, por lo que, carecería de cobertura.			
Fundamentos de la sentencia: La Corte tiene por hechos no controvertidos los señalados en el considerando 6º, y es en base a estos que adoptará la decisión:			

“Que de conformidad con los antecedentes allegados al proceso se encuentran como hechos no controvertidos a.- que al beneficiario del plan de salud don Juan Gonzalo Figueroa Guzmán se le suministró el medicamento denominado Pembrolizumab, durante su hospitalización en el prestador libre elección Clínica Las Condes, en marzo de 2016; b.- que el referido medicamento carece de registro sanitario.”

El Registro Sanitario es clave para la decisión, y así lo manifiesta en el considerando 7º: *“Que en este escenario, careciendo el señalado medicamento de registro sanitario, el actuar de la recurrida no puede ser considerada como ilegal o arbitraria, la acción descrita aparece racional y apoyada en la normativa vigente que regula esta materia como asimismo en el contrato de salud celebrado por las partes; además de estar dotada de justificación y legitimidad, por lo que la acción no podrá prosperar.”*

Decisión: Se rechaza el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N° 76405-2016, de 12 de enero de 2017, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., y Sr. Juan Eduardo Fuentes B., y los Abogados Integrantes Sr. Rafael Gómez B., y Sr. Arturo Prado P. Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos tercero a séptimo que se eliminan.

La CS comienza a analizar el caso con otras premisas, así, en el considerando 3º, establece: *“Que sobre el particular conviene traer a colación el artículo 5º del Decreto Supremo de Salud N° 4 de 2013, que aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, para que surja la obligación de la Institución Previsional de reembolsar el valor de un medicamento a uno de sus afiliados, es menester que se trate de prestaciones comprendidas en su artículo 1º”*

Luego, en el considerando 4º, establece que dicho medicamento no se encuentra reseñado para el tratamiento de la patología que padecía el paciente, no obstante,

en el considerando 5º, agrega la siguiente consideración: *“Que a pesar de lo expuesto, debe necesariamente tenerse en cuenta, para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte, la Circular IF N° 7, de 1º de julio de 2005, emitida por la Superintendencia de Salud, que imparte instrucciones acerca de las nuevas condiciones de cobertura para enfermedades catastróficas, en cuanto contempla en el artículo 2º de su anexo sobre “Condiciones de las Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas en Chile”, una cobertura especial denominada “Garantías Explícitas de Salud y Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (GES-CAEC)”, aplicable para aquellas prestaciones que, pese a no estar incluidas en el referido listado del Régimen de Garantías Explícitas en Salud, aparecen reconocidas en los protocolos o guías clínicas definidos por el Ministerio de Salud para el tratamiento de diversas patologías.”*

Prosigue en el considerando 6º en esta línea: *“Que es necesario tener presente que la “Guía Clínica Auge Linfoma personas de 15 años o más” se señala que es una orientación respecto del tratamiento que se le debe brindar a un paciente, sin embargo, no fue elaborada con la intención de establecer estándares de cuidado para pacientes individuales, cuyos tratamientos sólo pueden ser determinados por profesionales competentes sobre la base de toda la información clínica respecto del caso y los cambios conforme al avance del conocimiento científico, con las tecnologías disponibles en cada contexto en particular. De lo anteriormente dicho se puede sostener que los tratamientos considerados en la referida guía no tienen un carácter taxativo y cerrado, sino por el contrario la propia guía contempla la posibilidad de cambios en los tratamientos relacionados con avances del conocimiento científico entregando la determinación de los mismos a los profesionales, situación que ocurrió con el cónyuge de la recurrente a quien le suministraron el medicamento Pembrolizumab por constituir – en opinión de los médicos una alternativa de tratamiento frente a la enfermedad que lo aquejaba. En mérito de lo razonado, el hecho que el referido medicamento no se encuentre considerando en la canasta GES como tampoco que hubiese estado registrado al*

momento de liquidar la cuenta del paciente el Instituto de Salud Pública, no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) el dos mil dieciséis para el tratamiento de pacientes con cáncer recurrente o metastásico de carcinoma de células escamosas de cabeza y cuello, en el contexto de los avances científicos que la guía señala pueden ocurrir y cuenta con registro sanitario vigente en nuestro país desde el 24 de junio del año referido.” Cierra en el considerando 7º: “Que con estos antecedentes la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar a la actora la cobertura solicitada del medicamento suministrado a su cónyuge conforme a la prescripción médica señalada por los médicos tratantes, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Carta Política, razón por la cual se impone el acogimiento de la acción promovida, en los términos que se expondrán en la sección resolutive de esta resolución.”

Decisión: *“se revoca la sentencia apelada de veintiocho de septiembre del año dos mil dieciséis, y, en cambio, se declara que se acoge el recurso de protección deducido en estos autos en contra de Isapre Cruz Blanca, quien deberá otorgar a la recurrente la cobertura GES-CAEC respecto del tratamiento recibido por Juan Gonzalo Figueroa Guzmán con el medicamento “Pembrolizumab” asociado al programa médico folio n°5140570.”*

Acordada con el **voto en contra** de la ministro señora Egnem quien fue de parecer de confirmar el fallo apelado teniendo únicamente en consideración que el recurso de protección intentado no da cuenta de un derecho indubitado que sea susceptible de reconocer por esta vía cautelar de urgencia.

Observaciones: Este fallo es muy interesante porque la CS quiere profundizar en la cobertura GES y GES CAEC para decir que no es aplicable, y posteriormente, establece que sí es aplicable porque la guía clínica sería un elemento que se actualizaría constantemente a través de la opinión de los médicos tratantes, siendo esa la razón para decidir: la prescripción médica.

5. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Causa Rol N° 16.155-2017	12 de junio de 2017
Sala y ministros que la integran: Undécima Sala, integrada por los ministros Juan Manuel Muñoz P., Jorge Luis Zepeda A. y Abogado Integrante Jorge Norambuena H.			
Ministro u abogado redactor: No se consigna.			
Recurrente/Actor: menor Estiben Melián Millapel			
Recurrido /Demandado: Fondo Nacional de Salud y Ministerio de Salud			
Tipo de Recurso: Protección			
6. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Fonasa; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24; y art 20 C. Pol;			
Tema Principal: Negativa de cobertura por parte del Fonasa a tratamiento no arancelado y de alto costo.			
Temas Complementarios: Principio de legalidad y progresividad de los derechos fundamentales.			
7. DESCRIPCIÓN			
Hechos: El menor por quien se recurre, padece del síndrome de Morquio, y requiere de un tratamiento de reemplazo enzimático para lograr una sobrevida. Por eso, se le prescribió una terapia de "reemplazo enzimático con Elosulfasa Alfa", por ser la única alternativa posible para mejorar su estado de salud y calidad de vida de forma significativa. El tratamiento había sido aprobado por el Minsal, pero luego, alegando falta de presupuesto, este le fue negado. Fonasa indica que rechazaba la solicitud del recurrente fundado en que estaban financiando el			

tratamiento de 27 pacientes, lo que fue posible mediante una reasignación presupuestaria y que para el año 2017 se abocaron a financiar la continuidad de los tratamientos de estos pacientes, no siendo posible ingresar nuevos pacientes al programa. De este modo, el recurrente entiende vulnerado su derecho a la vida, integridad física y psíquica y el de igualdad ante la ley, ya que se siente discriminado por la autoridad, de manera arbitraria. Fonasa por su parte, da cuenta de que propuso la elaboración de un Programa que tenía por finalidad el financiamiento sólo de los tratamientos de los pacientes que, a la sazón, padecían de Mucopolisacaridosis tipo IV (MPS IV), también conocida como "Enfermedad de Morquio", programa sometido a evaluación por el Ministerio de Hacienda, quien no dispuso de fondos para su financiamiento ni continuidad en el tiempo, fundando su negativa, mediante el Ord. N° 3671, de 22 de diciembre de 2015 en el que adujo que esta patología podría ser incorporada en los decretos de la Ley N° 20.850, la denominada "Ley Ricarte Soto". No obstante, la incorporación de la Mucopolisacaridosis tipo IV (MPS IV) no se ha concretado a la fecha por motivos presupuestarios ajenos a la voluntad de Fonasa.

Aclara que, desde su implementación, el programa ha funcionado con reasignaciones presupuestarias, lo que ha llevado a Fonasa a redoblar sus esfuerzos por mantener responsablemente la continuidad del financiamiento de los pacientes que ya se han acogido al programa, sin que sea posible acoger a nuevos pacientes recientemente diagnosticados, debido al alto costo que implicaría esto último.

Concluye que la negativa de financiamiento del tratamiento para la paciente de marras no es antojadiza o caprichosa como pretende la recurrente, sino que responde a una imposibilidad financiera de la recurrida para solventar el tratamiento de nuevos pacientes mediante el citado programa de Mucopolisacaridosis tipo IV (MPS IV).

Respecto del Minsal, se le acusa a este de una omisión arbitraria, ya que no contestó el requerimiento de cobertura que le hizo el actor.

Fundamentos de la sentencia: Primero, la Corte establece diferencias entre acto ilegal y acto arbitrario, respecto del segundo, y con relación a la discriminación, establece, en el párrafo segundo del considerando 11º, que: *“Se entiende por discriminación arbitraria toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable (EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 125).”* De este modo, establece en el considerando siguiente: *“Que, conforme a lo expresado precedentemente la decisión adoptada por Fonasa en orden a excluir de cobertura para el tratamiento de reemplazo enzimático mediante el medicamento Vimizim debe ser calificada como infractora del derecho a la igualdad. En efecto, mediante reasignaciones presupuestarias, el Fondo Nacional de Salud ha podido costear y dar solución a 27 pacientes que padecen de la enfermedad de Morquio, siendo excluida la recurrente fundado en razones de carácter financiero, justificando su actuar en el hecho que se han solicitado recursos al Ministerio de Hacienda para hacer frente al costo que significa dar cobertura a esta enfermedad, quien los ha denegado.”* Profundiza en el considerando 13º: *“Que, aun cuando dicho Ministerio de Hacienda ha denegado una mayor asignación presupuestaria para Fonasa, lo cierto es que actualmente hay 27 pacientes que obtienen cobertura por parte de la recurrida, y sin expresar razones diversas a las que podrían dárseles a esos mismos 27 pacientes, la recurrida ha sido excluida del mismo beneficio, existiendo una clara diferencia entre la aplicación de un estatuto para un grupo de personas, en desmedro de otras.”*

La Corte, respondiendo lo alegado por el Fonasa y el Minsal en cuanto a que su actuar se ajustaba al marco normativo, señala, en el párrafo tercero del considerando 14º: *“Asimismo, no obstante la justificación de las recurridas en relación a la sujeción al principio de juridicidad, lo cierto es que la propia Carta*

Fundamental reconoce en el inciso 4° del artículo 1° que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...". En consecuencia, resulta apropiado señalar que: "El Estado y sus órganos o entidades, que están al servicio del hombre, simplemente no podrían servirlo si lesionaran tales derechos; la Constitución ha querido decirlo para cortar cualquier pretexto o duda, a veces se exagera y equivoca bajo una buena disculpa, perdiéndose el norte y el fin. La cantidad no importa cuando se lesiona un derecho humano, no basta que la mayoría esté a favor (pueblo o asamblea) ni que los afectados sean una minoría, cualquier derecho esencial de cualquier persona es un obstáculo para la acción estatal, aunque los beneficiados aparentes sean muchos, aquí no hay votaciones, mayorías ni minorías, hay derechos humanos que el Estado debe respetar (BRUNA CONTRERAS, Guillermo, Las Bases De La Constitucionalidad: Una Revolución Institucional, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII, Valparaíso, Chile, 2001, p. 258)."

Continúa en el considerando 15° señalando: "Que para reforzar las ideas antes expresadas, las palabras de Robert Alexy son esclarecedoras en cuanto a establecer que "(...) el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una vía intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: 'Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual'. A continuación, le da forma de silogismo a su argumento, expresando: "En consecuencia, padeciendo tanto los 27 pacientes cubiertos por Fonasa de la enfermedad de Morquio y siendo todos beneficiarios de dicho sistema público de salud, todos deben ser tratados de manera igualitaria, sin distinciones de ninguna especie, debiendo darse cobertura a todos por igual, máxime considerando la finalidad esencial de la recurrida, que es dar cobertura a

las prestaciones de salud de sus afiliados, motivo por el cual, se acogerá el arbitrio intentado a su respecto.”

Respecto al Minsal, la Corte, en el párrafo cuarto del considerando 16º, establece: *“En este escenario, su silencio e inactividad frente a la urgente solicitud de la recurrente debe ser calificado como arbitrario, por no condecirse con un actuar racional, propio de un organismo que tiende, precisamente, a dar las directrices nacionales de los planes de salud a sus servicios dependientes”*

Cierra la Corte, señalando, en el considerando 17º: *“Que, al haberse estimado que se ha conculcado respecto de la protegida la garantía de igualdad, se omitirá pronunciamiento respecto de las otras garantías constitucionales supuestamente conculcadas.”*

Decisión: se acoge la acción constitucional interpuesta en contra del Fondo Nacional de Salud y del Ministerio de Salud, y se decide que ambos organismos deberán dar cobertura de manera permanente a los gastos que se deriven de la hospitalización y suministro del tratamiento de reemplazo enzimático denominado Vimizim, requerida por el recurrente, con costas.

8. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N° 34.540-2017, de fecha 27 de julio de 2017, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros (as) María Eugenia Sandoval G., Carlos Ramón Aránguiz Z., Arturo Prado P. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Rodrigo Correa G.

Decisión: Se confirma la sentencia apelada, pero se previene que la ministra señora Sandoval y el Abogado Integrante señor Correa, concurren a la confirmatoria, con declaración que se acoge el presente recurso para el solo efecto de que el Ministerio de Salud emita un pronunciamiento oficial, dentro del término de 24 horas, a la reclamación intentada por el recurrente respecto de la negativa a otorgar financiamiento por la vía del Fondo de Auxilio Extraordinario al tratamiento y medicamento solicitado.

Observaciones: Este fallo es interesante por cuanto entiende que el derecho de la igualdad ante la ley, en su vertiente “*Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual*” está por sobre cualquier consideración, incluso de orden económica, sancionando que hay arbitrariedad cuando la razón de dar a unos y no a otros es la falta de presupuesto, sin siquiera matizar tal afirmación con la puesta en peligro de la vida, por ejemplo, ya que la Corte señala que no es necesario referirse a las otras garantías lesionadas. De este modo, la Corte fija el principio: “o todos o ninguno”

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de San Miguel	Causa Rol N° 5137-2017	6 de noviembre de 2017
Sala y ministros que la integran: Pronunciado por la Primera Sala, integrada por la ministra Ana María Arratía V., Fiscal Judicial Tita Aránguiz Z. y Abogada Integrante María Eugenia Montt R.			
Ministro u abogado redactor: ministra señora Ana María Arratía Valdebenito.			
Recurrente/Actor: Mauricia Antonieta Llantén Fernández en representación de su hija menor de edad.			
Recurrido /Demandado: Hospital Sótero del Río/ Fondo Nacional de Salud y Ministerio de Salud			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Fonasa; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 9; y art 20 C. Pol;			
Tema Principal: Negativa de cobertura por parte del Fonasa a tratamiento no arancelado y de alto costo.			
Temas Complementarios: Principio de legalidad y progresividad de los derechos fundamentales.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: La menor por quien se recurre, padece del Síndrome Hemolítico Urémico Atípico (Shua) y debe tratarse con el medicamento llamado ECULIZUMAB. No obstante, el Hospital que la ha atendido, teniendo conocimiento del mal que la aqueja, no le ha proporcionado el fármaco antes indicado, porque el Comité de Bioética Clínica del Hospital manifestó que “no se			

considera apropiado la administración de dicho medicamento por estar fuera del alcance de dicha institución”.

Se tiene presente, en lo relevante, el informe del Consejo de Defensa del Estado, quien, representando al Minsal, solicitó se tuviera presente el principio de Deferencia Técnica que debe tenerse con la aplicación de Políticas Públicas, ya que de no hacerlo se atenta contra el clásico y liberal principio de separación de poderes y que, de acogerse este tipo de recursos- obviándose la institucionalidad del país- se ordene financiar por vía judicial toda clase de tratamientos de alto costo, cuestión que atenta contra la responsabilidad y racionalidad de todo el sistema de salud.

Fundamentos de la sentencia: En primer término, la Corte, respecto a la normativa aplicable, señala, en el considerando 5º: *“Que para la resolución del arbitrio deducido debe considerarse especialmente que el inciso 4º del artículo 1º de la Constitución Política de la República señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común: a su vez el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana; luego de conformidad a lo establecido en el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se respete su vida y este derecho estará protegido por ley; y finalmente, el artículo 19 Nº1 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la vida.”* En el considerando 8º, la Corte expresa su juicio, así: *“Que en estas condiciones, a juicio de esta Corte el hecho de no proporcionar el medicamento mientras sea necesario en el tratamiento de la menor pone en riesgo su existencia, constituyendo un acto ilegal en tanto se incumple el mandato constitucional y legal vigente, amenazando el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de ésta al negarse infundadamente a proporcionar el medicamento, toda vez que se está en presencia de un uso medicinal urgente, pudiendo las instituciones de salud recurridas adquirirlo con cargo al Fondo Extraordinario de Salud. Actuación que constituye, además un*

*acto arbitrario, pues priva en la práctica el acceso a la menor al medicamento, infiriendo con su actuación un daño significativo que afecta el derecho a la vida de la menor.” Reafirma su determinación, desechando el argumento de los recurridos, expresando, en el considerando 9º: “Que no logra alterar lo concluido las alegaciones efectuadas por los recurridos en relación al elevado costo del medicamento, toda vez que como ya se ha dicho por la jurisprudencia, ”esta argumentación no es aceptable por cuanto, como ya se señaló, el derecho a la vida es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial...” Rol 3025- 2001 de 28 de Agosto de 2001. Corte de Apelaciones de Santiago” **

*La jurisprudencia citada por la propia Corte, es un fallo donde se ordena a los Servicios Metropolitanos de Salud, reanudar la terapia para el VIH de los recurrentes, pero principalmente por vulneración de la igualdad ante la ley.

Decisión: se acoge la acción constitucional, y se decide que el Ministerio de Salud adoptará las medidas necesarias para otorgar financiamiento para la adquisición del medicamento Eculizumab por el tiempo que determine el médico tratante de la menor, proporcionando el tratamiento respectivo por un establecimiento de salud del domicilio de la recurrente, 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 asegurar el derecho a la vida de la menor.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N° 43.250-2017, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Carlos Künsemüller L., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Carlos Cerda F. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Jorge Lagos G. Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos séptimo y octavo, que se eliminan.

En el considerando sexto, la Corte establece la controversia y emite su juicio: “Que conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, el costo del

medicamento constituye la principal razón para no otorgar el tratamiento requerido, fundamentalmente por el impacto que puede tener en los limitados recursos con los que cuentan las instituciones públicas para atender las necesidades de otros enfermos. Al respecto, es preciso reflexionar que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto.”

Decisión: Se confirma la sentencia apelada.

Observaciones: Este fallo no se va con rodeos y fija el derecho a la vida como un derecho absoluto, tildando de arbitrarios los actos u omisiones que no satisfagan dicho derecho o lo pongan en peligro. La CS, si bien confirma la sentencia, elimina las referencias a la ilegalidad del acto, ya que, a su juicio, hay arbitrariedad y no ilegalidad en la negativa.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Causa Rol N° 16.116-2018	26 de abril de 2018
Sala y ministros que la integran: Segunda Sala, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la ministra señora Jenny Book Reyes y por la ministra (S) señora Verónica Sabaj Escudero.			
Ministro u abogado redactor: ministro señor Mera			
Recurrente/Actor: Daniel del Tránsito Vera Stuardo en representación de su hijo menor de edad			
Recurrido /Demandado: Minsal			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Minsal; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2 y 24; y art 20 C. Pol;			
Tema Principal: Negativa de cobertura al medicamento ambulatorio de alto costo.			
Temas Complementarios: Principio de legalidad, progresividad de los derechos fundamentales; Rol del Poder Judicial.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Silencio del Minsal ante la solicitud de cobertura para el medicamento denominado "Eculizumab", para el tratamiento de la enfermedad renal crónica llamada Síndrome Hemolítico Urémico Atípico: "SHUA" que padece el menor.			
Fundamentos de la sentencia: En lo particular de este caso, destaca el enfoque que le da la Corte al caso, señalando que no existe norma que obligue al estado a financiar tratamientos tan costosos, con excepción de las incluidas en las leyes			

19.966, que crea el régimen GES, y la ley 20.850, ley Ricarte Soto. Así lo expresa en el considerando 6º: *“Que como se dijo, entendiendo que se ha negado la petición del recurrente, debe analizarse si ello es ilegal o arbitrario. Ciertamente no cabe duda que Fonasa no cubre el costo del medicamento -el que tiene la característica de ser uno de los más caros del mundo, según informa el sitio web <https://www.infobae.com/2015/07/02/1739166-eculizumab-el-medicamento-mas-carro-del-mundo/>, a razón de US\$409.500 al año, lo que es reconocido por el propio recurrente. Luego, ¿a título de qué norma jurídica el Ministerio de Salud debería pagar este tratamiento - De ninguna, no hay disposición legal ni reglamentaria que obligue al Estado a prestar cobertura financiera a tratamientos de esta naturaleza, con excepción de aquellas dolencias incluidas en las leyes 19.966 y 20.850.”*

En los considerandos posteriores, establece que la solicitud de cobertura de un medicamento de esta naturaleza debe sujetarse a las reglas contenidas en la Ley Ricarte Soto y sus reglamentos y no puede, el poder judicial, tomar esa decisión. Así lo establece en el considerando 10º: *“Que en virtud de la separación de poderes que rige en un estado democrático de derecho, la judicatura no puede ni debe fijar políticas públicas en el tratamiento o financiamiento de enfermedades raras o de alto costo, siendo ello de incumbencia exclusiva de la Administración, sin que se pueda ordenar a ésta, por la vía del artículo 20 de la Constitución Política de la República, gastar fondos públicos fuera de los casos expresamente señalados en la ley. Debe insistirse: el Poder Judicial no es el que decide la forma en que se deben asignar los fondos públicos y sólo le corresponde, por la vía de la protección, vigilar que la conducta de la Administración se haya ajustado a la legalidad. En la especie claramente ha obrado el Ministerio de Salud de acuerdo a la ley y, antes al contrario, acceder a lo pedido por el recurrente hubiera significado una ilegalidad y un gasto público no autorizado por la ley, con todas las implicancias jurídicas que ello lleva consigo, incluso de orden penal.”* Concluye este argumento con la peroración del considerando 11º, haciendo un llamado a

los jueces: *“Que, en este mismo orden de ideas, no es posible exigir de los jueces, ante hechos graves como el alto costo del tratamiento médico de un menor afectado de una peligrosa enfermedad, que olviden su posición de juzgadores y se conviertan en defensores de causas que se estiman beneficiosas.”*

Decisión: Rechazar el recurso.

Voto singular: De la ministro Book, quien estuvo por acoger el recurso, señalando que a pesar de que no esté arancelado el medicamento, el Ministerio aun así puede acceder a financiarlo, ya que de lo contrario se está atentando contra el derecho a la vida del menor, así, en el párrafo b) del voto: *“Que, en consecuencia, si bien es cierto que en el actual Decreto Supremo dictado en su virtud, mencionado en el fallo, N° 47 de 2017, el diagnóstico del SHUa y el tratamiento con "Eculizumab" no está contemplado, la legislación especialmente creada para financiar el diagnóstico de este tipo de enfermedades raras y sus tratamientos de alto costo, permite al Ministerio de Salud acceder a lo pedido por el señor Vera Stuardo, sin que sea menester esperar a que por un acto reglamentario se incluya la enfermedad que afecta al menor de autos y su tratamiento con el aludido medicamento, pues ello atenta efectivamente contra el derecho garantizado en el N° 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.”*

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 8523-2018, de 19 de junio de 2018. Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Pedro Pierry A.

La Corte usa el criterio expresado en el fallo Rol N.º 43.250-2017, (ver ficha 28) señalando que, si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades, no debería serlo en aquellas relacionadas con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto. (párrafo segundo, del considerando

cuarto) De este modo, declara que no otorgar cobertura, provoca un daño grave a la vida del menor.

Decisión: Acoger el recurso, ordenándose que el Ministerio de Salud deberá adoptar las medidas necesarias para otorgar el financiamiento destinado a la adquisición del medicamento Eculizumab por el tiempo que determine el médico tratante del menor en cuyo favor se recurre, tratamiento que se deberá evaluar periódicamente por especialistas médicos de la unidad de salud en que se encuentra el menor, todo esto mientras se resuelve de manera definitiva y oficial por el Ministerio de Salud la solicitud del recurrente

Observaciones: Es interesante el contrapunto exhibido entre la CA de Santiago con la CS, ya que la primera establece que no hay arbitrariedad y que los jueces no deberían obligar al Estado a financiar tratamientos tan costosos, y la segunda reafirma el criterio sostenido desde el 2017 y vuelve a señalar que el derecho a la vida es absoluto y la negativa de cobertura al medicamento prescrito como tratamiento es un atentado contra la vida, por lo que debe ordenarse se financie sin importar más.

FICHA N°31

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Concepción	Causa Rol N° 3.459-2018	31 de agosto de 2018
Sala y ministros que la integran: Sexta Sala, integrada por los ministros (as) Carola Rivas V., Viviana Alexandra Iza M. y Fiscal Judicial María Francisca Duran V			
Ministro u abogado redactor: Fiscal Judicial doña María Francisca Duran Vergara			
Recurrente/Actor: Elvira Fuentealba Castro en representación de su hijo menor de edad.			
Recurrido /Demandado: Hospital las Higueras de Talcahuano y Fonasa			
Tipo de Recurso: Protección			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Fonasa; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 5º, 19 N.º 1, 2 y 24; y art 20 C. Pol; Convención de los Derechos del niño			
Tema Principal: Negativa de cobertura por parte del Fonasa a tratamiento no arancelado y de alto costo.			
Temas Complementarios: Principio de legalidad y progresividad de los derechos fundamentales. Interés superior del niño.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Recurrente solicitó al Hospital Las Higueras de Talcahuano y a Fonasa, que financiaran el único medicamento que ha demostrado beneficios en la enfermedad que padece su hijo, a saber, Atrofia Muscular Espinal tipo intermedia (Tipo II). La Directora del Hospital respondió negativamente la solicitud, dando			

como razón el no contar con recursos; el Fondo por su parte, se desliga de la obligación de financiamiento del medicamento, señalando que a quien le corresponde la adquisición de los medicamentos de sus pacientes, indicados por sus médicos, es al hospital con sus recursos propios, sobre todo si es esencial para el tratamiento del paciente y que FONASA no dispone de recursos financieros adicionales para dar cobertura a fármacos que no se encuentren definidos en los programas ministeriales.

El Hospital, informa, en lo pertinente para este autor, que: *“el medicamento no habría sido prescrito por profesionales del Hospital las Higueras ni otro establecimiento de salud público, sino por un médico privado. Lo que sería particularmente importante, ya que los servicios de salud trabajarían con recursos escasos, pues en materia de medicamentos, para un adecuado uso racional de los recursos, existiría un arsenal farmacológico en cada establecimiento, el cual se determinaría año a año, y en el caso de autos para el año 2018, mediante Res N° 4677 de fecha 29 de diciembre de 2017.*

Expresa que, para un uso adecuado de los recursos públicos, a través del criterio técnico de sus profesionales, se indicarían los medicamentos idóneos para las patologías o cuadros médicos de que toman conocimiento, conforme a la evidencia científica disponible y que confirmarían su uso terapéutico. De esa forma, se lograría optimizar los recursos fiscales, prescribiéndose medicamentos que, a la luz de la evidencia científica, constituirían un verdadero aporte para el mejoramiento de la salud del paciente, lo que no ocurriría en el caso de autos ya que ningún profesional del Hospital las Higueras ha prescrito el medicamento, no porque sea caro, sino porque no se encuentra comprobada mediante evidencia científica su real beneficio para el niño Ignacio León.

Agrega que, aun cuando su valor no es causal de su no otorgamiento, se debería tener presente el impacto económico en el suministro del medicamento en cuestión en el presupuesto del Hospital las Higueras, por el alto costo económico del mismo, tal como lo expresa la recurrente, lo que escaparía a la capacidad

económica del Servicio, y principalmente porque ello afectaría la calidad de la atención de sus pacientes y la equidad en la distribución de estos recursos.”

El Fonasa en tanto, informa lo siguiente: “es importante tener presente que los recursos de que dispone la Administración del Estado, son asignados año a año mediante la Ley de Presupuesto, tal cual lo 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. En consecuencia, y teniendo presente que el principio de legalidad, como piedra angular del derecho público, 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 norma que regula la materia. Principio de legalidad que tiene su fundamento en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República”.

Posteriormente, da cuenta de algunos de los criterios de la Ley Ricarte Soto, señalando: “A fin de garantizar su sustentabilidad en el tiempo y el financiamiento de las prestaciones de salud con cargo al Fondo de Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo, la Ley Ricarte Soto establece una regla de máximo gasto ex ante, la que en términos generales restringe la disponibilidad de recursos a un 80% de los recursos anuales del Fondo.

Así las cosas, 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 técnicos y de política pública y siempre dentro del marco de la legalidad establecida por nuestra Constitución y las Leyes.

Lo razonado permitiría concluir que el aspecto económico está presente en la toma de decisiones. El sistema de salud pública está diseñado en nuestro país en atención a las patologías y prestaciones médicas establecidas por los distintos cuerpos normativos. Asimismo, todo el sistema se rige 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, de política pública y aspectos económicos.”

Concluye señalando: *“Es así, como el medicamento que pretende recibir el beneficiario del Fondo no se encuentra en los cuerpos normativos ya citados. El beneficiario no es la única persona que padece Atrofia Muscular Espinal, existen otros pacientes con distintos tipos de Atrofia Muscular Espinal, ninguno de los cuales, en base a la normativa citada y facultades legales de FONASA, se encuentra recibiendo el medicamento. De esta manera acceder a lo solicitado por el recurrente implicaría una decisión un tanto arbitraria, desde que pondría en una situación de privilegio al beneficiario, por sobre todos los pacientes que se encuentran en similar situación. Todos los beneficiarios del Fondo, que se encuentren en similar condición del menor Ignacio Alfaro Fuentealba, es decir, que sufren la misma enfermedad que él, reciben las mismas prestaciones médicas.”*

El Médico tratante Dr. Camilo Zapata Vergara, neurólogo, especialista en neurología infantil, funcionario del Hospital recurrido, en líneas generales informa que efectivamente emitió el certificado y receta médica acompañada por el recurrente en la interposición del recurso; luego reafirma que el medicamento Spinraza es de utilidad en esta patología.

Fundamentos de la sentencia: Lo primero que hace la Corte, es analizar y decidir sobre el valor de los descargos de los recurridos, así, en el considerando noveno, señala: *“Que, con los antecedentes indicados precedentemente, se ha desvirtuado el argumento del Hospital Las Higueras en orden a que el medicamento no haya sido prescrito por facultativo dependiente de dicho establecimiento y que no exista evidencia de los beneficios para mejorar la salud del menor.”* Prosigue en el considerando décimo, resolviendo de manera categórica la colisión de intereses jurídicamente protegidos: *“Que, por su parte el argumento de las recurridas relativas a los costos económicos que implicaría la*

adquisición del medicamento, hay que tener presente que se está ante una situación de riesgo para la vida del menor de autos, pues es portador de una enfermedad que sin el tratamiento adecuado puede ocasionar la muerte. **En consecuencia, el patrimonio Fiscal debe ceder en beneficio del bien jurídico afectado, vida e integridad física y psíquica del recurrente.** (el destacado es nuestro)

Hay que recordar que el Estado de Chile se encuentra obligado a asegurar el "disfrute del más alto nivel de salud" al niño de autos, conforme lo prescribe el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, norma obligatoria por mandato del artículo 5° de la Constitución Política de la República, al haber sido ratificada por el Estado, el cual dispone "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud"

En cumplimiento de este derecho, los Estados Parte se encuentran "obligados" a realizar los esfuerzos suficientes para asegurar que ningún niño no sea privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y debiendo asegurar la plena aplicación de él.

Y en el evento que no dispongan de los recursos necesarios para abordar los tratamientos médicos oportunos y eficaces, no pueden abstenerse de actuar, pues están obligados a recurrir a la ayuda internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho al disfrute del más alto nivel de salud.

De igual forma, en todas las medidas que deban adoptar los órganos de la administración y los operadores de justicia, se debe tener en cuenta el principio de interés superior del niño, contemplado en el artículo 3° de la Convención, el que dispone "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El Comité de Derechos del Niño, precisando que debe entenderse por interés superior del niño indica que se trata de un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

En el caso sub lite, el Niño Ignacio León tenía derecho a que el Hospital Las Higueras en la decisión que adoptara tomará en cuenta su interés superior, es decir, el derecho a que se considerara su situación especial de salud y se arbitraran las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física, lo que implicaba el despliegue de acciones tendientes a proporcionar los recursos indispensables para suministrar el medicamento que le había prescrito su médico tratante, más allá de los aspectos formales que hace presente la recurrida no se habrían cumplido”.

De este modo, concluye en el considerando undécimo que: “en consecuencia se constata la falta de racionalidad, plausibilidad e ilegalidad de la decisión adoptada por la autoridad recurrida, pues ha negado el financiamiento de un fármaco basado en razones de índole presupuestario, sin considerar su obligación como garante de la vida e integridad física y psíquica del niño Ignacio León, y de su obligación de velar por el más alto estándar de salud de aquél, según lo mandata la Convención. Más aún, cuando en el caso que nos convoca, está en serio peligro la vida del niño, toda vez que la enfermedad que padece es una "enfermedad neurodegenerativa que afecta las neuronas motoras del asta anterior de la médula espinal y constituye la segunda causa de enfermedad autosómica recesiva después de la fibrosis quística. Es la causa genética más frecuente de mortalidad en lactantes", tal como lo reconoce la propia directora del establecimiento de salud recurrido.

Que el acto también deviene en arbitrario toda vez que para fundar la negativa se recurre a razones que no fueron debidamente acreditadas, tal es el caso de una supuesta falta de evidencia científica respecto al beneficio terapéutico lo que no es efectivo por los antecedentes ya razonados en el considerando octavo y noveno.

En suma, en el contexto ya descrito la negativa a proporcionar un fármaco único, para el tratamiento de la patología que presenta el niño reviste caracteres de arbitrario y conculca la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, puesto que en la práctica se niega el acceso a un medicamento necesario para la sobre vida del niño.”

Decisión: Acoger el recurso de protección en contra del Hospital y de Fonasa.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N° 63.607-2018 de 28 de noviembre de 2018. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. Acordada contra el voto del ministro señor Prado y del abogado integrante señor Pierry, quienes fueron de parecer de revocar el fallo apelado y rechazar el recurso, teniendo en cuenta para ello, en el numeral segundo de su voto: *“Que, al margen de la idoneidad médica del tratamiento en cuestión para el cuadro clínico que presenta el niño, que ha sido igualmente cuestionada por las autoridades recurridas, el eje del debate ha girado en torno a si pesa sobre las autoridades recurridas el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento al paciente.*

Resulta incontestable que el monto a que asciende tal prestación es muy significativo y cabe razonablemente asumir, por ende, que compromete el presupuesto y financiamiento de las entidades que habrán de prestarlo.

Adicionalmente, los estudios clínicos que existen acerca de este medicamento no aseguran la curación de la enfermedad en forma objetiva y permanente.”

Prosiguen, en el numeral sexto, del siguiente modo: *“Que las directrices generales con arreglo a las cuales se otorgan las prestaciones del régimen general de garantías están contempladas por el artículo 11 de esa misma ley.*

Preceptúa el inciso primero de esta norma que: "Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red

Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental". Y agrega el inciso segundo que: "Las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados".

En el numeral 7º, prosiguen: "Que, como se advierte, resulta determinante para el asunto a decidir la declaración legal en orden a que la Administración sólo puede encontrarse obligada en la medida que alcancen los recursos físicos y humanos de que disponga, sin desviar recursos en desmedro del universo de prestaciones que cubre el sistema asistencial ya existente.

Esta conclusión emerge tanto del texto de la norma transcrita, que esclarece que las prestaciones del régimen general de garantías están limitadas por los recursos disponibles, cuanto de la circunstancia de formar las prestaciones de salud garantizadas, esto es, aquellas a que el individuo tiene -en la terminología tradicional- un derecho subjetivo para demandarlas al Estado, un catálogo cerrado y determinado en los cuerpos reglamentarios pertinentes.

Por tanto, la administración al paciente del medicamento Spinraza, puesto en el mercado recientemente, al paciente queda supeditada a la disponibilidad de recursos financieros y humanos de las autoridades recurridas. En particular, puede decirse que, en la especie, queda condicionada a la disponibilidad de dinero para adquirir las dosis necesarias a ser administradas al niño por quien se deduce la acción."

En el numeral siguiente, indican: "8º Que resulta razonable asumir que las autoridades de salud recurridas cuentan, en forma previa, con el dinero necesario para adquirir el medicamento en cuestión, teniendo en consideración sus antecedentes clínicos de éxito y efectividad comprobada"

En los numerales siguientes, resalta el deber del Estado para con el bien el común y el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y

recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo, para luego, en el numeral 12º de su voto, señalar: *“Que todo lo dicho no importa, necesariamente, que el medicamento en cuestión no deba ser financiado existiendo las posibilidades reales de hacerlo.*

Significa, sí, que ello pasa por una ponderación de objetivos y prioridades, en función de costos y recursos disponibles, que es resorte natural de la Administración efectuar conforme a los parámetros antes reseñados.

De esta forma, si se conjuga la excepcional onerosidad del tratamiento médico en cuestión; la disponibilidad restringida de recursos para atender las prestaciones comprendidas en el régimen general de garantías en salud; y el deber de la Administración, correlativo al derecho de las personas, de dispensar un acceso igualitario a las acciones destinadas a la recuperación de la salud, con miras al bien común; se concluye que la conducta de las recurridas no se ha apartado de las leyes ni resulta carente de justificación.

Nada hay en los antecedentes del proceso que permita concluir que la Administración, quebrantando un deber legal, o procediendo por mero voluntarismo, está negando, sin justificación, el tratamiento requerido.

Por el contrario, todo parece indicar que está actuando en forma coherente con los principios constitucionales y normativos que la compelen a administrar de modo ecuánime y responsable los recursos públicos, aunque ello pueda significar, como en la especie, desatender una necesidad legítima particular digna de la más alta consideración.”

Decisión: Confirma la sentencia

Observaciones: Este fallo es muy interesante, porque introduce la categoría “interés superior del niño” para decidir obligar al Hospital y al Fonasa, estableciendo que se encuentra por sobre el erario fiscal. La CS confirma lo anterior, pero lo más destacable es el voto de minoría, que se hace la pregunta clave en este tipo de materias, ya que hay una gran colisión de intereses públicos comprometidos, mas, en vez de asumir que la materia o la decisión de asuntos

de esta naturaleza exceden el ámbito de su competencia (tanto el voto de minoría como la sentencia misma) simplemente deciden (políticamente).

FICHA N°32

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Constitucional	Corte de Apelaciones de Santiago	Causa Rol N° 28.752-2018; N.º 28.753-2018; N.º 30.539-2018 y N.º 30.540-2018	1 de octubre de 2018
Sala y ministros que la integran: Cuarta Sala integrada por los ministros (as) Adelita Inés Ravanales A., Mireya Eugenia López M. y abogado integrante Sr. Ruz L			
Ministro u abogado redactor: abogado integrante Sr. Ruz L.			
Recurrente/Actor: don Freddy Matías Ignacio Arriagada Vásquez (Protección Rol 28.752-2018), de don Sebastián Osorio Hernández (Protección Rol 28.753-2018), de don Edu Alejandro Humberto Olivares Pastén (Protección Rol 30.539-2018) y de doña Catalina Muñoz (Protección Rol 30.540-2018).			
Recurrido /Demandado: Fonasa/ Minsal.			
Tipo de Recurso: Protección.			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Fonasa; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: Art 19 N.º 1, 2, 9 y art 20 C. Pol;			
Tema Principal: Negativa de cobertura al medicamento de alto costo y no arancelado.			
Temas Complementarios: Principio de legalidad y progresividad de los derechos fundamentales. Interés superior del niño; Registro Sanitario			
3. DESCRIPCIÓN			

Hechos: Los recurridos no habrían contestado una solicitud de dar cobertura o financiamiento para el suministro del medicamento "Brineura" prescrito para la enfermedad denominada "Lipofuscinosis Neuronal Ceroidea Tipo" o "CLN2" que padecen los recurrentes, lo que califican de ilegal y arbitrario.

Fundamentos de la sentencia: La Corte, lo primero que tiene presente, es la definición del recurso de protección, la que expresa en el considerando 7º: *“Que, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias urgentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.*

Conforme a lo anterior, para la procedencia del recurso de protección se requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos de fondo: a) que se compruebe la existencia de una acción u omisión reprochada; b) que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción u omisión; c) que de la misma se siga directo e inmediato atentado (privación, perturbación o amenaza) contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; y d) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección.”

Luego define la controversia, para establecer cuál será la tarea de la Corte, así, en el considerando 10º: *“Que precisado lo anterior, y como fuere, corresponde a esta Corte avocarse a determinar si el silencio que habrían guardado los recurridos frente a solicitud de los recurrentes de darles cobertura o financiamiento para el suministro del medicamento "Brineura", constituye o no un acto u omisión arbitrario o ilegal y luego, en caso de serlo, si estos actos u omisiones han tenido vocación para privar, perturbar o amenazar las garantías constitucionales que se señalan como vulneradas.”*

Así, lo primero que decide revisar, es el tema de derecho de petición y respuesta oportuna de la administración, en esta línea, el considerando 12º: “Que, de lo anterior fluye, entonces, que reconociéndose implícita la obligación de dar respuesta por parte de la administración a las solicitudes formuladas en virtud del ejercicio del derecho de petición de los administrados, lo que no queda, sin embargo, resuelto, en ausencia de plazos legales explícitos, es la determinación de lo que debe considerarse como un plazo razonable para dar y comunicar esa respuesta, de manera que es en este punto donde podría atribuirse el carácter de arbitrario al silencio de la autoridad, entendido por tal, lo que es carente de razón o justificación.

Lo señalado cobra importancia para esta Corte pues insiste, como se dijo, que el acto que se ataca como ilegal o arbitrario no es la negativa de la autoridad de dar cobertura o financiamiento a los recurrentes para el suministro del medicamento "Brineura", sino el silencio de ésta en dar y comunicar una respuesta a las solicitudes dirigidas en tal sentido.”

Cierra esta primera parte, en el párrafo segundo del considerando 13º, señalando: *“Con lo relacionado es posible concluir que, a pesar de no existir un plazo legal para responder a las solicitudes de los recurrentes, lo que impide su calificación de ilegal, los servicios recurridos no respondieron, debiendo hacerlo, dentro de un plazo razonable las dichas solicitudes, sin argumentar o justificar de modo alguno ese proceder, lo que llevará a esta Corte a considerar que ese retardo o silencio resulta, en efecto, arbitrario.”*

Respecto del segundo análisis que ya había anticipado haría la Corte, expresa su conclusión de inmediato, señalando, en el considerando 15º: *“Que, en este punto, esta magistratura advierte que no visualiza en qué forma el acto u omisión arbitrario imputable a los recurridos pueda tener vocación suficiente para afectar, en cualquier grado, el derecho a la vida e integridad física o psíquica de los recurrentes, violentar la igualdad ante la ley o privar, perturbar o amenazar su derecho a la protección de la salud.”*

Luego, y en un uno de los puntos más interesantes del fallo, establece que: aun si estuviera en el supuesto de que el acto fuera arbitrario y lesionara un derecho fundamental protegido, igualmente no podría hacer nada, así, en el considerando 16°: *“Que finalmente, y sólo a mayor abundamiento, es dable consignar que esta Corte, aún situándose en la hipótesis no acogida de admitir la acción cautelar, se encontraría impedida de adoptar la medida solicitada por los recurrentes pues, por un lado, carece de potestades para disponer la distribución de los recursos públicos, tal como lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema cuando señala que (...) no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”. (Considerando 8°, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 21 de septiembre de 2010, Rol N° 4396-2010)*; y, por otro lado, incluso pasando, imaginariamente, sobre sus potestades, no podría consiguientemente obligar a la autoridad a ingresar oficialmente al país, ignorando toda la regulación existente al respecto, un producto que no ha sido aprobado por la autoridad regulatoria de los medicamentos, la que sin embargo se encuentra en proceso de evaluación de la solicitud para su registro, y cuyas reacciones adversas conocidas, además, no se han demostrado que no puedan presentarse en los recurrentes, lo que sí podría agravar el ya delicado estado de salud que presentan.”*

*El fallo aludido, hace referencia a la solicitud de un tratamiento en prestadores privados por considerar que los prestadores públicos no eran suficientes técnicamente.

Decisión: Se rechaza el recurso.

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Causa Rol N.º 25.161-2018, de fecha 24 de febrero de 2019. Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D.

La Corte, luego de revisar las posturas de las partes, establece cuál es el derecho en juego, así, en el considerando 6º: *“Que, para la resolución del recurso intentado, resulta necesario 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: 1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.*

En el considerando siguiente, fija cuál, a su juicio, sería la razón para no otorgar el financiamiento solicitado, considerando 7º: *“Que, del examen de los antecedentes aparece que una de las principales razones esgrimidas por los recurridos para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presentan los recurrentes, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en el alto costo del medicamento, dado el sustancial impacto que su adquisición podría tener en los limitados recursos con que cuentan las instituciones públicas para atender las necesidades de otros enfermos”*

Luego, en los considerandos 8º y 9º, hace aplicable la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para señalar, en la parte final del considerando 9: *“(…) En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en*

Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.”

En el considerando 10º, cita jurisprudencia reciente de la Corte en la cual se ha resuelto conforme al criterio que expone, así: “*Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, 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.”*

El resumen del análisis se encuentra en el considerando 13º: “*Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de los recurrentes, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que los actores no se encuentran en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que ellos sufren y, en tal virtud, 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 las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Brineura (Cerliponase Alfa), mientras los médicos tratantes así lo determinen, con*

el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de los recurrentes con este medicamento.”

Luego, y a modo de epílogo, se hace cargo de algunos de los argumentos de los recurridos, comenzando con un exégesis respecto de su decisión, en el considerando 14º: *“Que, sin embargo, 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.

En otras palabras, 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 la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie.”

Prosigue elevando la opinión médica por sobre la institucionalidad en medicamentos en Chile, así en el considerando 15º: *“Que, sin perjuicio que lo razonado precedentemente es fundamento suficiente para acoger el recurso, es necesario señalar que los constantes avances mundiales del conocimiento científico provocan cambios acelerados en los tratamientos médicos dando lugar*

a la aplicación de nuevos medicamentos y terapias cuya existencia puede resultar desconocida para la institucionalidad nacional, como el Instituto de Salud Pública, pero no así para los médicos tratantes, quienes permanentemente deben estar actualizando sus conocimientos, motivo por lo cual resulta acertado entregar la determinación acerca de la procedencia de nuevos tratamientos a los profesionales respectivos, como ocurre en el caso de autos, al considerar la médico tratante que el medicamento Brineura evitará que los pacientes sigan deteriorándose y logrará mejorar especialmente aspectos motores y de calidad de vida de éstos.

En mérito de lo razonado, el hecho que el referido medicamento no esté registrado al momento de la solicitud en el Instituto de Salud Pública, no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) el 27 de abril de 2017, en el contexto de los avances científicos aludidos precedentemente y cuenta con una solicitud de registro en nuestro país de fecha 25 de abril del presente año.”

Decisión: Se revoca la sentencia apelada de uno de octubre de dos mil dieciocho y en su lugar se declara que se acoge la acción constitucional disponiéndose que las recurridas en estos autos les otorguen a los menores F.M.I.A.V., E.A.H.O.P., C.M.M. y a Sebastián Osorio Hernández la cobertura y financiamiento para la cirugía de implementación del dispositivo cerebral necesario para las perfusiones y para el tratamiento de reemplazo enzimático con Cerliponase Alfa, cuyo nombre comercial es "Brineura", todo esto mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento indicado.

Observaciones: Este fallo de la CS, es un buen exponente de la jurisprudencia del 2017 en adelante, en la cual se ha erigido el Derecho a la vida e integridad física y psíquica, como un derecho absoluto, ya que marca un buen contrapunto con el fallo de la CA.

Destaca también, en el fallo de la CS, el epílogo, en el cual explica en parte su análisis respecto a lo que está haciendo y lo que piensa sobre el asunto controvertido.

FICHA N°33

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol N.º 334-2006	5 de mayo de 2006
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Raúl Ferrada Carrasco			
Actor: Arturo Fredes Araya			
Demandado: Isapre Masvida			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Prestación no arancelada; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al implante coclear que requiere el beneficiario del demandante para el tratamiento de su hipoacusia bilateral severa, a pesar de contar con prescripción médica, ya que esta prestación no estaría arancelada.			
Fundamentos de la sentencia: El Tribunal arbitral, haciendo un análisis contractual, establece, en el considerando 11º: <i>“Que, en consecuencia, se encuentra acreditado que la prótesis denominada implante Coclear constituye una prestación no contemplada en el Arancel de referencia de la Isapre, lo que faculta a la Institución para negar la cobertura reclamada”.</i>			
Prosigue en esta línea en el párrafo 2º del considerando 12º señalando: <i>“Sin embargo, el "Implante Coclear" propiamente tal es un dispositivo que no se encuentra incluido en el Arancel del Fondo Nacional de Salud ni en el de la Isapre,</i>			

y tampoco hay en él una prestación equivalente, ya sea desde el punto de vista técnico o de su finalidad terapéutica.

En este sentido, es menester aclarar que, ya en la demanda, el Sr. Fredes reconoce que entre este Implante y los Audífonos existen diferencias "diametrales", situación que este Tribunal advierte, tanto en el modo de actuar ambos, como su real capacidad de obtener resultados, sus costos, características técnicas. En cuanto al Marcapaso, mencionado en su declaración por el testigo Dr. Juan Goycoolea Vial, las diferencias son insalvables."

Decisión: Rechazar la demanda

Observaciones: El Intendente hizo un análisis contractual y normativo para establecer que: ya que no se encuentra reconocido en los aranceles tanto de la Isapre como de Fonasa libre elección, no merece cobertura el implante coclear, sin considerar ningún otro elemento.

FICHA N°34

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol N.º 1709-2006	19 de junio de 2006
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Raúl Ferrada Carrasco			
Actor: Rudolf Ernst Gudenschwager			
Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Procedimiento no arancelado; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura procedimiento ambulatorio			
Temas Complementarios: Divisibilidad de la prestación médica			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre le negó cobertura al procedimiento de inyección de gas intravítreo que requirió el demandante por considerar que este no se encuentra arancelado.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de citar el art 189 del DFL 1 de 2005 en el considerando 5º, el Intendente de Fondos, en el considerando 6º, señala: “ <i>Que, revisados los antecedentes acompañados al expediente, este Sentenciador ha determinado que, dado que la prestación reclamada tuvo el carácter de ambulatoria, y al no considerar el plan de salud del demandante bonificación alguna para materiales y medicamentos para atenciones de dicha naturaleza, cabe la exclusión de cobertura determinada al respecto por la Isapre.</i> ” Termina de resolver en el considerando 7º: “ <i>Que, sin perjuicio de lo anterior, y sólo en cuanto a la prestación principal realizada como tratamiento para el Desprendimiento de</i>			

Retina del Sr. Ernst Gudenschwager, este Tribunal ha constatado que el procedimiento efectuado al paciente -esto es, la Inyección de Gas intravítreo en Ojo derecho- se encuentra específicamente descrito en el arancel Fonasa, bajo la glosa "Retinopexia Neumática", por lo que debe ser bonificada por la Isapre de acuerdo al código correspondiente."

Decisión: Acoger parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. Rudolf Ernst Gudenschwager en contra de la Isapre Vida Tres S.A., en cuanto a que la Inyección intravítrea de Gas en Ojo derecho deberá ser bonificada por la Isapre de acuerdo al código correspondiente, bajo la glosa "Retinopexia Neumática". Sin perjuicio de lo anterior, cabe la exclusión de cobertura determinada por la Isapre para materiales y medicamentos por atenciones de naturaleza ambulatoria.

Observaciones: Nuevamente, el Intendente abarca el tema desde un marco contractual normativo.

FICHA N°35

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 3786-2007	29 de marzo de 2007
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Marcelo Machuca Silva por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales			
Actor: Sra. Ingrid Leoncio Pérez			
Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptorios: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: -			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a tratamiento con inyección intravítrea del medicamento "avastín", por considerar que no se encuentra arancelado.			
Fundamentos de la sentencia: En el numeral 3º se resuelve la controversia: <i>"Sobre el particular, este Organismo ha podido constatar que la prestación reclamada por usted, efectivamente no forma parte del Arancel de Referencia de las Isapres, que se basa en el Arancel de Prestaciones de Salud en la Modalidad de Libre Elección del Fonasa, debido a lo cual la Isapre no está obligada a otorgar cobertura.</i> <i>En efecto, el artículo 190 de la ley del ramo, contenida en el DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, prescribe en su numerando 8) que podrá convenirse</i>			

exclusión de prestaciones, respecto de todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel del Fondo Nacional de Salud.”

Decisión: Al no encontrarse la Inyección de Avastín codificada o arancelada, la Isapre no está obligada a otorgarle cobertura a la misma, razón por la cual este Organismo concluye que la respuesta dada en su oportunidad por la Institución de Salud es correcta.

Observaciones: Nuevamente no se analiza nada más que el arancel Fonasa libre elección para tomar la decisión.

FICHA N°36

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º6022-2007	24 de abril de 2007
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Raúl Ferrada Carrasco			
Actor: Esteban Lagos Navarro			
Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Registro Sanitario, cobertura CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamento Bosentan que requiere la beneficiaria del demandante, señalando que este no se encuentra arancelado y tampoco cuenta con registro sanitario.			
Fundamentos de la sentencia: En el numeral 3º del oficio, inmediatamente se decide el asunto, señalando: <i>“Sobre el particular, cabe hacer presente que efectivamente los medicamentos ambulatorios -a excepción de las drogas antineoplásicas e inmunosupresoras- no se encuentran afectas a bonificación por los planes de salud complementarios ni por la cobertura catastrófica.”</i> Luego, se exponen las normas que sirven de base a lo decidido, así, en el numeral 4º: <i>“En efecto, el inciso cuarto del artículo 189 del D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, establece que el plan de salud complementario “deberá contemplar, a lo</i>			

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”.

Al respecto cabe señalar que el Arancel de referencia del FONASA en su Modalidad Libre Elección no contempla la cobertura de medicamentos ambulatorios.

Por otra parte, el numeral 6 del Artículo I de las Condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, CAEC, excluye expresamente de cobertura: “Las prestaciones y medicamentos de carácter ambulatorio no codificadas en el arancel del contrato de salud, salvo lo señalado en el párrafo tercero del Artículo I de este documento (referido a drogas inmunosupresoras, citotóxicas y medicamentos coadyuvantes para el tratamiento del cáncer)” y “Los medicamentos e insumos que no estén registrados por el Instituto de Salud Pública (ISP), de acuerdo a la normativa vigente en el país”.

Decisión: Rechaza la petición: *“Por lo expuesto, no es posible exigirle a la Isapre concurrir con su cobertura ni ordenarle otorgar una bonificación extracontractual si esa no es su voluntad”*

Observaciones: En esta oportunidad, el asunto se conoció en sede administrativa y no arbitral, no obstante, la matriz de razonamiento y el resultado fueron iguales.

FICHA N°37

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 13958-2008	27 de agosto de 2008
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Marcelo Machuca, por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Sra. Lucy del Tránsito Ramírez Olivares			
Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptores: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Homologaciones			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al medicamento Avastin que fuera suministrado a través de una inyección intravítrea al reclamante, señalando que no correspondía bonificación por no estar arancelado.			
Fundamentos de la sentencia: En el numeral 3º, se decide ya el asunto: <i>“Sobre el particular, este Organismo cumple con informarle que efectivamente la colocación de una Inyección Intravítrea de Avastín corresponde a una prestación que no forma parte del Arancel de Referencia de las Isapres, que se basa en el Arancel de Prestaciones de Salud en la Modalidad de Libre Elección del Fonasa, debido a lo cual la Isapre no está obligada a otorgar cobertura.”</i>			

En efecto, el artículo 190 de la ley del ramo, contenida en el DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, prescribe en su numerando 8) que podrá convenirse exclusión de prestaciones, respecto de todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel del Fondo Nacional de Salud.”

Concluye ese argumento en el primer párrafo del numeral 4º: *“En consecuencia, al no encontrarse la Inyección Intravítrea de Avastín codificada o arancelada, la Isapre no está obligada a otorgarle cobertura al tratamiento que reclama, razón por la cual este Organismo concluye que no tiene objeciones respecto a la negativa de cobertura informada por la Institución de Salud.”*

Finalmente, y respecto a la petición de que se homologara, la Intendencia señala, en el 2do párrafo del numeral 4º: *“Ahora bien, en cuanto a su solicitud de homologación, cumplo con informarle que para que esta Superintendencia ordene homologar se debe cumplir, entre otros requisitos, que para la prestación que se pretende homologar, “exista evidencia científica de su efectividad”. En tal sentido, la revisión bibliográfica revisada da cuenta que actualmente se han realizado sólo estudios piloto respecto al uso oftalmológico de la droga Avastín y que aún no ha sido aprobada para el referido objetivo por la FDA (U.S Food and Drug Administration), razón por la cual no resulta posible acceder a su requerimiento.”*

Decisión: Rechazar la petición

Observaciones: Es decidir lo señalado en el primer párrafo del numeral 4º, en el sentido de que lo único que tiene en cuenta el Intendente para resolver, es el arancel Fonasa libre elección, el piso de la cobertura del sistema, no existiendo ningún otro tipo de consideración que permitiese evaluar si corresponde o no la cobertura en el caso en cuestión.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 10168-2008	24 de septiembre de 2008
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Marcelo Machuca, por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Pablo Correa Campos			
Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Fragmentación de los medicamentos			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre se niega a dar cobertura a medicamentos facturados durante una hospitalización ya que sólo una fracción de estos fueron suministrados en el contexto hospitalario, y el remanente lo fue en condiciones ambulatorias.			
Fundamentos de la sentencia: La Intendencia describe la controversia en el numeral 2º: <i>“Revisada la respuesta de la Isapre a su reclamo, de fecha 6 de abril de 2008, se ha podido constatar que la negativa de la citada Institución de otorgar un 100% de cobertura al medicamento Avonex facturado en las hospitalizaciones reclamadas, se fundamenta en que su plan de salud complementario no contempla cobertura para medicamentos administrados en forma ambulatoria, y por esa razón mantenía su decisión de otorgar una cobertura porcentual al</i>			

medicamento Avonex administrado a su cónyuge en su tratamiento por el diagnóstico de Esclerosis Múltiple. Asimismo, mediante carta de fecha 9 de abril de 2008, añadió que bonificó sólo la dosis de Avonex que se administró en régimen hospitalario en las hospitalizaciones del 21/11/2007 y del 18/12/2007.

Posteriormente, y a expreso requerimiento de este Organismo, aclaró que la citada respuesta se refería a que el medicamento Avonex administrado a la cónyuge del reclamante en las citadas hospitalizaciones, correspondió a la de sólo una dosis (1/4) del total presentado para reembolso y que el resto (3/4) de las dosis, por ser administradas en régimen ambulatorio no tenían cobertura conforme al plan de salud contratado. Aclaró, además, que la misma forma de bonificación (porcentual) había otorgado para las hospitalizaciones que reclamaba el Sr. Correa, efectuadas en la Clínica Las Condes en el mes de diciembre de 2007 y enero de 2008, además de una efectuada en la Clínica Tabancura.

En el numeral 3º, fija el hecho no controvertido, del que se desprende el quid del asunto: *“Al respecto, cabe señalar que no es un hecho discutido por la Isapre que a la señora Rossana Frigerio Rojas se le suministró el medicamento Avonex en el contexto de una hospitalización, sino que señala que sólo una parte del total cobrado por el citado medicamento en las facturas hospitalarias es suministrado efectivamente durante la hospitalización, lo que se traduciría en que una parte de ellos debieran ser considerados como de administración ambulatoria, y por lo tanto, no tendrían cobertura conforme al plan de salud contratado.”*

Luego, describe un certificado emitido por un prestador para decidir la controversia en el numeral 5º, expresando: *“Luego, en la especie, los antecedentes clínicos dan clara cuenta que los costos de los medicamentos facturados no pueden ser imputados en su totalidad a la Isapre, en la medida que va más allá de la cobertura contractualmente pactada. En efecto, la Isapre no se encuentra legal ni contractualmente obligada a otorgar cobertura a los medicamentos que excedan las dosis suministradas durante su hospitalización,*

en consecuencia, este Organismo no tiene objeciones que plantear a la cobertura proporcional que otorgó al medicamento Avonex por las hospitalizaciones de la Sra. Rossana Frigerio, detalladas en el cuadro citado precedentemente.”

Decisión: Rechazar la petición.

Observaciones: Ver ficha N.º 26.

FICHA N°39

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 10808-2009	14 de agosto de 2009
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: María Teresa Guerrero Urzúa			
Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Circular IF N.º 93 de 2009.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura extracontractual, derechos adquiridos.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Actor reclama por la cobertura entregada por su Isapre al tratamiento farmacológico para la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente: “avonex” ya que considera que es inferior a la entregada extracontractualmente hasta abril de 2009, lo que vulneraría lo dispuesto en la circular IF N.º 93 de la Superintendencia de Salud.			
Fundamentos de la sentencia: El Intendente, para fijar la controversia, señala, en el numeral 2º: <i>“Revisado el expediente formado al efecto, se constató que Banmédica S.A. mediante carta de 29 de mayo de 2009, informó al Sr. Balcázar que, revisados los antecedentes del caso, se había podido constatar que su</i>			

convenio extracontractual fue renovado por última vez el 1 de octubre de 2008, teniendo vigencia hasta el 31 de marzo de 2009.

Explicó que, el tratamiento farmacológico anual para la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, (incluye inmunomoduladores) código 1101140-00, tiene un tope anual de \$3.801.530.-, dividido en 12 meses, con un valor tope mensual \$316.794.-

Agregó que, la cobertura de medicamentos sería anual, y que este año se contaría a partir de la fecha de la primera bonificación de fármacos.

Precisó en este sentido, que para la obtención de aquella, la boleta original debía ser presentada en cualquier agencia de la Isapre, adjuntando un Programa de Atención Médica completo que debe incluir obligatoriamente: diagnóstico, indicación médica, tratamiento indicado, dosis, vía de administración, frecuencia y periodicidad.

Así, concluyó señalando que no era posible acceder a la solicitud de mayor cobertura formulada, correspondiendo aplicar sólo lo establecido en el plan de salud.

Luego, explica el alcance de la circular IF N.º 93, en el numeral 3: “Sobre el particular, corresponde indicar que la Circular IF/Nº 93, de 20 de abril de 2009, de esta Superintendencia, incorporó al Título V, del Capítulo I del Compendio de Beneficios de este Organismo, la nueva letra “d) Cobertura de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente”.

El primer punto de esta letra, denominado “Cobertura mínima”, dispone en su letra a), que el código 1101140, del Arancel FONASA Modalidad Libre Elección, se aplicará exclusivamente para la cobertura de todos los fármacos indicados para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, tales como los inmunomoduladores u otros, y que se excluyen de dicha cobertura los fármacos prescritos para enfermedades concurrentes a la Esclerosis.

Continúa señalando que la cobertura de los medicamentos será anual, que el año se contará a partir de la fecha de la primera bonificación de fármacos y que la

cobertura financiera farmacológica deberá dividirse, homogéneamente, en doce meses, correspondiendo a las Isapres asegurar, en todo caso, la continuidad en la cobertura del tratamiento médico de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente.

Agrega en este sentido, que para otorgar la cobertura farmacológica, las Isapres podrán exigir la presentación de la receta médica en que se prescriban los medicamentos indicados para el tratamiento de la patología en comento y la o las boletas en que conste el gasto correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el punto 2 de esta nueva letra, establece que en aquellos casos en que “las Isapres hubiesen convenido con alguno de sus afiliados una modalidad de financiamiento para las prestaciones asociadas al tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, deberán continuar otorgando dicha cobertura en la medida que sea superior a la que actualmente contiene el Arancel FONASA Modalidad Libre Elección”, advirtiendo que, si el convenio suscrito otorga una cobertura inferior a la contenida en referido Arancel, las Isapres deberán otorgar la cobertura financiera en los términos antes referidos.”

En el numeral siguiente, aplica la circular al caso en cuestión, señalando en el numeral 5: “La revisión de los antecedentes tenidos a la vista, permitió a esta Intendencia concluir que, en la especie, tiene lugar la hipótesis prevista en el punto 2 de la norma antes citada, toda vez que desde el año 2005, esa Isapre y el Sr. Balcázar Bustos, han celebrado sucesiva y voluntariamente, una serie de convenios para otorgar cobertura adicional y extracontractual al tratamiento mensual del medicamento AVONEX requerido por el paciente para la patología en cuestión, por montos superiores al establecido en el Arancel de Referencia del FONASA, que van desde un 80% del valor factura con tope de 56 UF al 70% del valor factura con tope de 25 UF por tratamiento mensual.

En este contexto, la aplicación de la cobertura mínima incorporada al Arancel de Referencia del FONASA, para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente

Recurrente que padece el Sr. Balcázar, importaría un perjuicio para éste, atendido que previo a la existencia de aquélla, esa Aseguradora ya había accedido voluntariamente a entregar una cobertura mayor a la regulada en la actualidad, correspondiendo, por tanto, que siga aplicando dicha bonificación.

Decisión: Acoger la petición, instruyéndose a la Isapre continuar otorgando la cobertura que venía dando hasta marzo de 2009.

Observaciones: Ver fichas N.º 7, 9, 10, 12 y 13.

FICHA N°40

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 14985-2009	14 de agosto de 2009
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Alejandro Fernández Ramírez			
Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Circular IF N.º 93 de 2009.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura extracontractual, derechos adquiridos.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre comenzó a otorgar menor cobertura que la que venía dando para el medicamento que requiere para el tratamiento de esclerosis múltiple.			
Fundamentos de la sentencia: La Intendencia, define el hecho controvertido en el numeral 2º: <i>“Revisado el expediente formado al efecto, se constató que mediante carta de 28 de julio de 2009, esa Institución informó al Sr. Ramírez en síntesis, que la bonificación que se otorgaba al tratamiento reclamado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Circular IF/Nº 93, era extracontractual y voluntaria, por lo que no es exigible su renovación.</i>			

Añade, que a contar del 9 de febrero de 2009 se incorporó al arancel el tratamiento farmacológico para la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, (tales como los inmunomoduladores) que tiene un tope anual de \$3.801.530, monto que dividido en 12 meses, resulta un valor tope mensual \$316.794, por lo que no procede una bonificación diferente.”

Luego, fija el alcance de la circular IF N.º 93 de la Superintendencia en el numeral 3: *“Sobre el particular, cabe hacer presente que la referida Circular IF/Nº 93, de 20 de abril de 2009, de esta Superintendencia, incorporó al Título V, del Capítulo I del Compendio de Beneficios de este Organismo, la nueva letra “d) Cobertura de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente”.*

El primer punto de esta letra, denominado “Cobertura mínima”, dispone en su letra a), que el código 11.01.140, del Arancel FONASA Modalidad Libre Elección, se aplicará exclusivamente para la cobertura de todos los fármacos indicados para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, tales como los inmunomoduladores u otros, y que se excluyen de dicha cobertura los fármacos prescritos para enfermedades concurrentes a la Esclerosis.

Continúa señalando, que la cobertura de los medicamentos será anual, que el año se contará a partir de la fecha de la primera bonificación de fármacos y que la cobertura financiera farmacológica deberá dividirse, homogéneamente, en doce meses, correspondiendo a las Isapres asegurar, en todo caso, la continuidad en la cobertura del tratamiento médico de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente.

Agrega, que para otorgar la cobertura farmacológica, las Isapres podrán exigir la presentación de la receta médica en que se prescriban los medicamentos indicados para el tratamiento de la patología en comento y la o las boletas en que conste el gasto correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el punto 2 de esta nueva letra, establece que en aquellos casos en que “las Isapres hubiesen convenido con alguno de sus afiliados una modalidad de financiamiento para las prestaciones asociadas al

tratamiento de la Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente, deberán continuar otorgando dicha cobertura en la medida que sea superior a la que actualmente contiene el Arancel FONASA Modalidad Libre Elección”, advirtiendo que, si el convenio suscrito otorga una cobertura inferior a la contenida en referido Arancel, las Isapres deberá otorgar la cobertura financiera en los términos antes referidos.”

La determinación del caso, se expone en el numeral 4º: *“De la revisión de los antecedentes tenidos a la vista, esta Intendencia concluye que, en la especie, concurre la situación prevista en el punto 2 de la citada norma, toda vez que, al menos, desde el mes de marzo del año 2007, esa Isapre y la Sra. Cecilia Ramírez Villareal -representada por su cónyuge, don Alejandro Fernández Ramírez- han celebrado sucesiva y voluntariamente, una serie de convenios para otorgar una cobertura extracontractual del 70% del valor factura con tope de 25 U.F., al tratamiento mensual del medicamento Interferón Beta 1 requerido por la paciente para la Esclerosis Múltiple que le aqueja, bonificación que supera al monto establecido en el Arancel de Referencia del FONASA.*

Así las cosas, la aplicación de la cobertura mínima incorporada al Arancel de Referencia del FONASA para el tratamiento de la Esclerosis Múltiple que padece la Sra. Ramírez, importaría un perjuicio para ésta, atendido que previo a la existencia de aquélla, esa Isapre ya había accedido voluntariamente a entregar una cobertura mayor a la regulada en la actualidad, correspondiendo, por lo tanto, que siga otorgando dicha bonificación.”

Decisión: Acoger la petición

Observaciones: En igual sentido, ficha N.º 39.

FICHA N°41

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 8506-2010	2 de junio de 2010
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Alejandro Fernández Ramírez			
Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: -			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a los medicamentos de uso ambulatorio Neupogén y Neulastín que le fueran prescritos al reclamante para el tratamiento del cáncer que padece, justamente porque son administrados ambulatoriamente.			
Fundamentos de la sentencia: En el numeral 3º, el Intendente revisa si el plan de salud contempla la cobertura requerida, primeramente, para luego revisar si la ley contempla alguna cobertura: <i>“Vistos los antecedentes aportados por las partes, este Organismo constató que el Plan de Salud Line 3006 al cual está adscrita, no contempla cobertura de medicamentos ambulatorios.</i> <i>Sobre el particular, cabe hacer presente que la letra e) del artículo 189 del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud -que refunde, coordina y sistematiza textos legales, entre ellos, la Ley de Isapres- las Isapres están obligadas a incluir en su</i>			

arancel, a lo menos, las prestaciones contenidas en el arancel del Fondo Nacional de Salud en la modalidad de libre elección.”

Al respecto, es del caso señalar que el arancel del FONASA en su modalidad de libre elección no contempla cobertura de medicamentos ambulatorios, no siendo exigible para la Isapre, por lo tanto, incluirlos en los planes de salud.

A mayor abundamiento, el inciso segundo del artículo 190 del citado DFL N° 1, dispone que no podrá convenirse exclusión de prestaciones salvo las siguientes: ... señalando en su numeral 8, “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”.

Decisión: Rechazar la petición, por cuanto: *“no obstante los medicamentos Neupogén y Neulastín indicados por su médico son necesarios para el tratamiento del Cáncer que padece, lo cierto es que atendido que son administrados en forma ambulatoria, la Isapre no se encuentra obligada a concurrir con su cobertura. “*

Observaciones: Se mantiene la matriz de análisis y también la decisión de rechazar este tipo de solicitudes.

FICHA N°42

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 10254-2011	10 de junio de 2011
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Alex Sanhueza			
Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura extracontractual, cobertura CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al medicamento Decapeptyl y a la hormona del crecimiento Saizen, indicada a la hija del reclamante, por el diagnóstico "Hipófisis Hipofisiaria", que tiene dos consecuencias: la Pubertad precoz y carencia de hormona del crecimiento.			
Fundamentos de la sentencia: Como hasta ahora, la Intendencia revisa si la negativa de la Isapre se ajusta a la normativa vigente, así, en el numeral 3º establece: <i>"Sobre el particular, es preciso señalar que la respuesta de la Isapre en cuanto a la cobertura de los medicamentos ambulatorios se ajusta a la normativa vigente.</i> <i>Ello, por cuanto, la letra e) del artículo 189 del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud -que refunde, coordina y sistematiza textos legales, entre ellos, la Ley</i>			

de Isapres- dispone que las Isapres están obligadas a incluir en su arancel, a lo menos, las prestaciones contenidas en el arancel del Fondo Nacional de Salud en la modalidad de libre elección.

Al respecto, es del caso hacer presente que el arancel del FONASA en su modalidad de libre elección no contempla cobertura de medicamentos ambulatorios, no siendo exigible para la Isapre, por lo tanto, incluirlos en los planes de salud.

A mayor abundamiento, el inciso segundo del artículo 190 del citado DFL N° 1, dispone que no podrá convenirse exclusión de prestaciones salvo las siguientes: “N.º 8, “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”.”

De este modo, en el numeral 4º, la intendencia zanja la controversia señalando: “En consecuencia, no obstante los medicamentos Decapeptyl y Saizen indicados a su beneficiaria son necesarios para el tratamiento de la Hipófisis hipofisaria que padece, lo cierto es que atendido que son administrados en forma ambulatoria, la Isapre no se encuentra obligada a concurrir con su cobertura.”

Se hace cargo la Intendencia también de la solicitud de cobertura CAEC, expresando que no corresponde en el numeral 5º: “Respecto de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, CAEC, solicitada por usted, es necesario informarle que las Condiciones de dicha cobertura adicional - contenidas en el Anexo del Capítulo IV del Compendio de Beneficios de la Superintendencia de Salud- disponen que este beneficio tiene por finalidad aumentar la cobertura que otorga al afiliado y sus beneficiarios su plan complementario de salud, en el ámbito de las prestaciones hospitalarias, así como en el de las ambulatorias que expresamente se indican: a) drogas inmunosupresoras en caso de trasplantes; b) radioterapia; c) drogas citotóxica aplicadas en ciclos de quimioterapia y d) medicamentos coadyuvantes que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia.”

Concluye el asunto en el numeral 6º, en el cual señala: *“En la especie, los medicamentos indicados a su beneficiaria no se encuentran dentro aquellos contemplados expresamente en la normativa para contar con dicho beneficio, atendido lo cual la Isapre no se encuentra obligada a financiarlos bajo la CAEC.”*

Decisión: Rechazar la petición.

Observaciones: Misma matriz de análisis, misma decisión.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 21329-2011	15 de noviembre de 2011
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Patricio Nieva Rodríguez			
Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura GES, cobertura CAEC			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamentos, especialmente a la hormona del crecimiento Saizen que requiere el beneficiario del reclamante, para el tratamiento del Craneofaringioma Operado que padece.			
Fundamentos de la sentencia: En esta oportunidad, el Intendente prefiere resolver de inmediato y luego explicar su resolución, así, en el numeral 3º, establece: <i>“Sobre el particular, cabe hacer presente a usted que la respuesta de la Isapre se ajusta a la normativa vigente y a lo pactado contractualmente, razón por la cual no corresponde su modificación.</i> En los considerandos siguientes, cita el artículo 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005, para señalar que los medicamentos			

ambulatorios no se encuentran arancelados y por tanto no es obligatorio para las Isapres bonificarlos.

Decisión: Rechazar la petición

Observaciones: Se mantiene el criterio de rechazar este tipo de peticiones.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 13343-2011	22 de agosto de 2012
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Ana María Del Río Badía por orden del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales.			
Actor: Luis Morales Barría			
Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Procedimiento aplicado: Administrativo			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Hospitalización domiciliaria			
3. DESCRIPCIÓN			
<p>Hechos: Isapre niega cobertura al medicamento Zyvox que requirió la cónyuge del reclamante en un periodo entre hospitalizaciones, debido al carácter ambulatorio del medicamento. Relata el reclamante que su cónyuge debió permanecer hospitalizada en la Unidad Coronaria de la Clínica de la Universidad Católica por una infección intrahospitalaria, luego transitoriamente en su casa y, más tarde, nuevamente en el centro asistencial. Añade que, debido a la gravedad de la infección contraída, se le indicó la administración de Zyvox., y dada la depresión en que había caído la paciente, la enviaron unos días a su domicilio con la indicación de mantener la ingesta del citado medicamento, por lo cual debió</p>			

adquirir dos cajas de éste, y luego, al retornar a la Clínica, continuaron suministrándole el medicamento que ya había comprado.

Fundamentos de la sentencia: El intendente, tiene por acreditados los hechos descritos en el numeral 4º: *“Revisados los antecedentes tenidos a la vista, consta a este Organismo lo siguiente:*

- *Que la Sra. Patricia Errázuriz Barros estuvo hospitalizada, siendo enviada a su domicilio por el médico tratante.*
- *Que la empresa Clinical Service con fecha 29 de julio de 2011, emitió un presupuesto por la atención domiciliaria para la Sra. Patricia Errázuriz que incluye Personal (una visita de enfermera al día), Equipamiento (bomba de infusión), Medicamento (Ertapenem 1 gm. 1 fco.).*
- *Que, con fecha 10 de agosto de 2011, Clinical Service envió a la Isapre prefactura por las atenciones otorgadas a la Sra. Patricia Errázuriz por el período 30 al 31 de julio de 2011, donde consta el cobro del personal, equipamiento, insumos y el medicamento Invanz (Ertapenem) 1 gr. E.V.*
- *Que el Oficio Circular Beneficios IF N° 14, de 14 de abril de 2005, contenido en la letra h) del punto 1 del Título V del Capítulo I, del Compendio de Beneficios de la Superintendencia de Salud, señala que para discernir en un caso concreto si la prestación de que se trate es una hospitalización domiciliaria, deberá considerarse que la asistencia y atenciones que se brinden al paciente correspondan a las que habría recibido de haberse encontrado en un centro asistencial para su manejo clínico y terapéutico, en atención a que su estado de salud así lo hace exigible y que dichas condiciones estén prescritas y debidamente controladas por un médico tratante.*
- *Que, la atención en domicilio sólo comprendió la administración endovenosa del medicamento Ertapanem.*

En consecuencia, las atenciones recibidas por la beneficiaria en su domicilio no corresponden a una hospitalización domiciliaria, razón por la cual la

administración de los medicamentos indicados debe entenderse de índole ambulatoria.”

Luego, cita la normativa aplicable, para resolver en el numeral 6º: *“En consideración a lo expuesto, la Isapre no está obligada a concurrir con la cobertura del medicamento Zyvox reclamado, salvo que sea administrado en forma hospitalaria.”*

Decisión: Rechazar la petición.

Observaciones: Se mantiene la decisión de rechazar.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 23060-2013	11 de febrero de 2014
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Liliana Escobar Alegría			
Actor: Daniela Soto Maldez			
Demandado: Isapre Consalud S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; circular IF N.º 7 de 2005.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura GES, GES-CAEC; cobertura extracontractual			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre Consalud S.A. niega la cobertura GES y/o GES-CAEC, para los gastos del medicamento Etanercept (Enbrel®) indicado a la demandante, Sra. Daniela Soto Maltez, argumentando que no se encuentra garantizado en el Listado de Prestaciones Específicos ni en la Guía Clínica para el problema de salud Artritis Reumatoide, no obstante, accede a otorgar una cobertura extracontractual equivalente a un 50% con tope de \$280.000 pesos, evaluable cada de 3 meses.			

Fundamentos de la sentencia: Comienza el análisis en el considerando 3º, en el que se señala básicamente, que la demandante padece de Artritis Reumatoide y que el tratamiento con Etanercept (Enbrel) fue prescrito por el médico tratante. Luego, en el considerando 4º, se refiere al medicamento: *“Que, en cuanto al medicamento Enbrel o Etanercept (producto genérico) es un agente biológico que actúa reduciendo los signos, síntomas y retrasa el daño estructural en pacientes con artritis reumatoidea moderada a severamente activa, que han tenido una respuesta inadecuada a 1 o más drogas antirreumáticas que modifican la enfermedad (DMARDs).”*

Luego, señala que la prescripción médica le parece adecuada, así, en el considerando 5º: *“Que, de acuerdo a los antecedentes, este Tribunal Arbitral estima que la indicación de la terapia biológica con Enbrel® en el caso de la paciente, aparece justificada desde el punto de vista sanitario.*

Así lo señalan los médicos tratantes quienes aseguran que con ello lograrán la remisión de la Artritis Reumatoide, agresiva, en una paciente joven, que además presentaba efectos colaterales a la terapia convencional.”

En el considerando siguiente, se refiere a la cobertura GES-CAEC, indicando: 6º *“Que, por otra parte, esta Jueza no comparte lo argumentado por la Isapre demandada, en cuanto a que el citado medicamento no aparece recomendado en la Guía Clínica, puesto que sí lo menciona, por lo que estaría sujeto a la cobertura de la GES-CAEC.”*

En el considerando 7º, se refiere a la CAEC, indicando: *“Que, sin embargo, el Anexo de las Condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, señala que, por regla general, la CAEC no aumenta la cobertura de las prestaciones ambulatorias, salvo aquellas que expresa y explícitamente se indican y regulan en dicho instrumento. En este sentido, dispone que entre las prestaciones ambulatorias, excepcionalmente cubiertas por este beneficio adicional, se encuentra las drogas Inmunosupresoras en caso de trasplantes, las drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia para el tratamiento del*

cáncer y los medicamentos definidos como coadyuvantes o biomoduladores que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia.”

Concluye en el considerando 8º, estableciendo: *“Que, de esta forma, cabe concluir que la droga Enbrel o Etanercept no cumple con los criterios establecidos en la Circular N° 7 para medicamentos ambulatorios, al no tratarse de una droga inmunosupresora, ni aplicada para el tratamiento para el cáncer, por lo que no es susceptible de ser cubierta bajo ese mecanismo de financiamiento.”*

Decisión: Rechazar la demanda.

4. “SEGUNDA” INSTANCIA*

Sentencia: Pese a que la recurrente alega verse afectada en sus derechos fundamentales consagrados en el artículo 19, en su numerales 1 y 9, el Intendente, en el considerando 3º resuelve el recurso sin referirse a dichas garantías, señalando en cambio: *“Que, revisados los antecedentes del caso, y teniendo en consideración las alegaciones de la reclamante, esta Intendencia concluye que debe desestimarse el recurso de reposición deducido, toda vez que no aportó nuevos antecedentes en su recurso que permitan modificar las conclusiones a que arribó previamente este Organismo Fiscalizador, esto, sin entrar a calificar la necesidad del medicamento o el éxito de su resultado”.*

Luego de repetir lo señalado en la sentencia de primera, en relación a que el medicamento no cumple los requisitos de la CAEC para merecer cobertura, señala, en el considerando 6º, lo siguiente: *“Que, en consecuencia, ni el contrato de salud suscrito ni la normativa vigente contemplan la obligación de Consalud de otorgar cobertura al medicamento reclamado, careciendo este Organismo de atribuciones para obligarla a otorgar un financiamiento que vaya más allá de lo que ella ha ofrecido voluntariamente.”*

Decisión: Rechazar el recurso de reposición.

Observaciones: Es inexplicable el raciocinio utilizado, ya que por una parte señala que el medicamento se encuentra en la guía clínica del problema de salud, y por tanto sería susceptible de obtener cobertura GES-CAEC, para luego exigir que además de estar en la guía clínica, el medicamento cumpla los requisitos de

la CAEC; haciendo por tanto, sólo aplicable la cobertura GES-CAEC, para los problemas de salud “cáncer” y en los casos que los medicamentos cumplan lo establecido en la circular IF N.º 7.

Llamativo es también que sea la propia Superintendencia la que señale que carece de las atribuciones para obligar a una Isapre a otorgar cobertura, en circunstancias que puede interpretar y crear reglas sobre la materia, además de poder resolver controversias de cobertura en prudencia y equidad.

*No se trata de una segunda instancia propiamente tal, no obstante, en la instancia de reposición se revisa la sentencia de primera.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 250446-2014	13 de abril de 2015
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Luis Mariano González Feres			
Demandado: Isapre Cruz Blanca S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005, del Minsal; Ley 19.966; DS N.º 4, de 2013, del Minsal.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura GES; Cobertura CAEC; GES-CAEC; cobertura extracontractual.			
3. DESCRIPCIÓN			
<p>Hechos: Isapre niega cobertura GES, GES-CAEC y del plan de salud al medicamento Azacitidina que requiere el demandante para el tratamiento de Leucemia Mieloide Aguda que padece, sin embargo, ofrece cobertura extracontractual.</p> <p>Se tiene presente que dicha patología se encuentra garantizada por las GES, y el medicamento fue indicado por el Dr. Pablo Ramírez de Hematología de la Universidad Católica.</p>			
Fundamentos de la sentencia: En los considerandos 2º a 5º, se transcribe normativa GES, CAEC en contexto de patología GES y artículos referentes a las			

exclusiones de cobertura (art 189 y 190 del DFL 1 de 2005) para, desde el considerando 6º, establecer cuál es la cobertura que correspondería aplicar, así, en el considerando 6º: *“Que, lo precedentemente señalado resulta especialmente relevante a estos efectos, por cuanto este Tribunal ha constatado que, efectivamente, los medicamentos ambulatorios no corresponde a una prestación identificada en los Aranceles de la Modalidad Libre Elección del FONASA, como tampoco se encuentran contenidos en los aranceles de referencia de la Isapre.”*

Prosigue en el considerando 7: *“Que, por su parte, revisado el Listado Específico de Prestaciones Garantizadas para el problema de salud GES del demandante, se pudo establecer que éste no contempla el medicamento Azacitidina, así como tampoco es mencionado en la Guía Clínica respectiva, por lo que no procede su cobertura conforme a dichos beneficios.”* En el considerando 8º por su parte, señala: *“Que, ahora bien, efectuado un análisis de los fines terapéuticos del medicamento cuya cobertura se reclama, se puede concluir que la droga Azacitidina, fue indicada por el médico tratante de un prestador que pertenece a la Red CAEC y GES-CAEC de la Isapre Cruz Blanca S.A., pese a no encontrarse en la canasta de medicamentos para el Problema GES N° 45 -Leucemia en personas de 15 años y más- ni recomendado en la Guía Clínica respectiva.*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la Azacitidina es un citotóxico específico, que actúa sobre las células hematopoyéticas anormales en la médula ósea, produciendo hipometilación del ADN. Su acción citotóxica es ampliamente reconocida y su uso aprobado por la FDA y por el Instituto de Salud Pública de Chile.

En consecuencia, de acuerdo a los criterios sustentados por este Tribunal sobre la materia, que señalan que lo importante es que se trate de medicamentos utilizados en el tratamiento del cáncer, independientemente de su naturaleza o mecanismo de acción, por lo que de conformidad a la jurisprudencia emanada del Tribunal Arbitral, corresponde otorgar al medicamento en cuestión cobertura CAEC.”

Prosigue y señala, en el considerando 9º: *“Que, de lo anterior, se puede concluir que el medicamento Azacitina cae dentro de las causales de excepción de prestaciones ambulatorias para el otorgamiento de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas.”*

Concluye en el considerando siguiente, señalando: *“10. Que, en consecuencia, esta Jueza concluye que la Isapre demandada deberá otorgar la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas -CAEC- al medicamento Azacitidina prescrito al demandante, en el contexto del tratamiento por la Leucemia Mieloide Aguda que padece, previo pago del respectivo deducible.”*

Luego, en el considerando 11º, hace presente la normativa referente al deducible CAEC: *“Que, en este orden de ideas, es importante tener presente que para acceder a la referida cobertura adicional catastrófica, necesariamente debe completarse en forma previa el deducible, esto es, la suma de los copagos correspondientes a un mismo diagnóstico que habrán de ser acumulados para tener derecho al beneficio en cuestión y que es el equivalente a la cantidad de treinta veces la cotización pactada en el plan de salud, por cada beneficiario que lo utilice, con un mínimo de 60 U.F. y un máximo de 126 U.F. para cada enfermedad catastrófica o diagnóstico.”*

Decisión: Acoger parcialmente la demanda.

Observaciones: Es interesante que el criterio de la jurisprudencia arbitral haya ampliado el concepto de medicamento, de uso ambulatorio, que puede ser bonificado por la cobertura catastrófica, no obstante, olvida que la cobertura CAEC, en contexto del tratamiento de una patología GES, comparte el mismo deducible GES, por lo que la sentencia aplica mal la normativa, sin perjuicio de que interpreta la circular IF N.º 7, de 2005, para hacer extensiva la cobertura CAEC a cualquier medicamento que se use para el tratamiento del cáncer.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 100674-2015	3 de diciembre de 2015
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Carlos Gonzalez Larrañaga			
Demandado: Isapre Colmena Golden Cross S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005, del Minsal; Ley 19.966; DS N.º 4, de 2013, del Minsal.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura GES; Cobertura CAEC; GES-CAEC; cobertura extracontractual.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura GES, GES-CAEC y del plan de salud al medicamento Abiraterona: “Zytiga” que requiere el demandante para el tratamiento del cáncer de próstata que padece, sin embargo, ofrece cobertura extracontractual. Se tiene presente que dicha patología se encuentra garantizada por las GES, y el medicamento fue indicado por el médico de la red GES.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de establecer el objeto de la controversia: “cobertura aplicable al medicamento en cuestión” en el considerando 1º, cita la normativa aplicable al caso en el considerando 2º. En el considerando 3º señala			

que no hay controversia respecto a que el demandante mantiene activo una GES y GES-CAEC por la patología N.º 28: cáncer de próstata en personas de 15 años y más.

Luego, en el considerando 4º, señala las razones de la Isapre para negar cobertura, así: *“Que, por su parte, la Aseguradora argumenta su rechazo a otorgar cobertura al medicamento controvertido, en cuanto sostiene, por un lado, que éste no se encuentra contemplado en el listado específico de prestaciones para la patología GES N° 28 que afecta al demandante, lo que lo excluye de dicha cobertura.”*

Por otro lado, sostiene que el medicamento Abiraterona, no se encuentra mencionado en las Guías Clínicas del Ministerio de Salud para la solución de dicho problema de salud, lo que necesariamente, lo excluiría de la cobertura GES-CAEC.”

Luego, en el considerando 5º, da cuenta del estado de salud del demandante: *“Que, los antecedentes médicos acompañados, dan cuenta que se trata de un paciente de 58 años, con antecedentes de Cáncer de Próstata diagnosticado en el año 2007, tratado con Cirugía, Radioterapia, Hormonoterapia (Flutamida y Leuprolide) y Quimioterapia (Docetaxel y Mitoxantrona), con progresión de la enfermedad con metástasis ósea y pulmonar (fs. 40). El comité oncológico de la Clínica Antofagasta indicó tratamiento con Abiraterona (fs.40).”*

Respecto al medicamento en controversia, y su pertinencia terapéutica, indica, en el considerando 6º: *“Que, al respecto, cabe señalar que la Abiraterona es un Antiandrogénico de uso oral, que está indicado para el tratamiento de pacientes con Cáncer de Próstata Metastásico resistente a la castración después del fracaso de la terapia de deprivación androgénica y que han recibido previamente quimioterapia con Docetaxel.*

En el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), se encuentra vigente su registro con el número F-19630/12, siendo reconocido como Antineoplásico.

El Departamento de Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos (FDA) autorizó el uso del medicamento en el mes de abril de 2011.

Su mecanismo de acción es la Inhibición de la 17-a-hidroxilasa C17,20-liasa, una enzima que se expresa en los tejidos tumorales testiculares, adrenales y prostáticos que cataliza la conversión de la Pregnenolona y la Progesterona a sus correspondientes 17-a-hidroxiderivadas y la subsiguiente formación de Dehidroepiandrosterona (DHEA) y Androstenediona, respectivamente, que son los dos andrógenos precursores de la Testosterona.

En consecuencia, la indicación de la terapia con Abiraterona, en el caso del paciente, aparece justificada desde el punto de vista sanitario.”

En los considerandos siguientes, se refiere a la cobertura aplicable, así, en el considerando 7º, se refiere a la cobertura GES: “Que, sin embargo, cabe dejar asentado que el medicamento Abiraterona no se encuentra dentro del Listado de Prestaciones Específico (documento anexo al D.S. N° 4, de 2013, de los Ministerios de Hacienda y Salud) para el problema de salud N° 28 “Cáncer de Próstata en personas de 15 años y más”.

Por lo tanto, de la sola relación de las normas legales citadas precedentemente, en la especie no resulta procedente la aplicación de la protección financiera contemplada en el Régimen de las Garantías Explícitas en Salud para la adquisición del referido medicamento.”

Respecto a la cobertura CAEC en contexto de una GES activa, en el considerando 8º: “Que, en lo que respecta a la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC), la Circular IF/N° 7, de 2005, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, establece que ese beneficio adicional no se aplica a los problemas de salud cubiertos por el Régimen GES, reservándoles una cobertura especial catastrófica denominada GES-CAEC tan sólo para aquellas prestaciones que, pese a no figurar en el citado Listado de Prestaciones Específico, sí aparecen indicadas en las Guías Clínicas del Ministerio de Salud.

A su turno, el Artículo 1, párrafo 3º, de las normas reguladoras de la CAEC, otorga cobertura excepcional a las prestaciones ambulatorias que taxativamente enumera, y que son las siguientes:

a) drogas inmunosupresoras en caso de trasplantes; b) radioterapia; c) drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia para el tratamiento del cáncer; y d) los medicamentos definidos como coadyuvantes o biomodulares que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia que estén considerados en los programas del Ministerio de Salud. “

Continúa en el considerando 9º: “Que, la aplicación estricta de las disposiciones normativas contenidas en la Ley N° 19.966 y en las normas reguladoras del beneficio catastrófico GES-CAEC, determinarían, en principio, que el medicamento en cuestión no debería recibir ninguno de estos beneficios.

Sin embargo, esta Jueza puede advertir que dicha interpretación genera el absurdo de privar al afiliado de acceder a una cobertura financiera mayor frente a un evento catastrófico, por la sola circunstancia que el problema de salud que le afecta ha sido incluido -por mandato de la Autoridad Sanitaria- dentro del Régimen de Garantías Explícitas en Salud, trastocando los fines y objetivos previstos al tiempo de establecer tales beneficios.

En efecto, la instauración del Régimen legal de Garantías Explícitas en Salud tuvo en vista que los beneficiarios de las ISAPRES pudieran acceder a una cobertura financiera mayor para ciertos problemas de salud, al punto que no le cause una catástrofe financiera; mientras que la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) ha tenido siempre la finalidad manifiesta de evitar, también, desgracias financieras para las personas que deben enfrentar enfermedades cuyo tratamiento resulta de alto costo.

En el considerando 10º, establece un principio de interpretación de la normativa: “Que, de este modo, el hecho que una patología, enfermedad o condición de salud se encuentre amparada por el Régimen GES -cuestión que, escapa del arbitrio de las personas no puede constituir una traba para que un beneficiario acceda a

la mayor cobertura que ofrecen los mecanismos contractuales alternativos, pues si así fuera, importaría aplicarle un castigo, y ciertamente jamás fue ese el ánimo del legislador.”

Concluye en los considerandos siguientes: 11º: *“Que, en consecuencia, en conformidad a la normativa citada en el considerando 8º precedente, la cobertura del medicamento que origina la presente controversia, es susceptible de ser financiado a través del beneficio CAEC, toda vez que su mecanismo determina un efecto antineoplásico, indicado para el tratamiento de pacientes con Cáncer de Próstata Metastásico resistente a la castración después del fracaso de la terapia de deprivación androgénica y que han recibido previamente quimioterapia con Docetaxel.*

12º. Que, por lo tanto, a la luz del considerando precedente, y teniendo presente lo expuesto, en cuanto resultaría ilógico que, frente a un caso concreto, la unión de ambas modalidades de financiamiento (esto es GES y CAEC) implique privar y/o disminuir la cobertura financiera a que debería acceder un beneficiario si éste sólo tuviere derecho a la cobertura catastrófica, en prudencia y equidad, ésta Sentenciadora concluye que el medicamento Abiraterona, le cabe cobertura CAEC, conforme al plan de salud pactado, bajo el ítem “Quimioterapia administradas en ciclos”, y prescrito por el prestador Red que para tales efectos designó la Isapre demandada.”

Decisión: Acoger la demanda

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Frente a la Sentencia de primera instancia, se interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado por no presentar nuevos antecedentes, con fecha 25 de abril de 2016. La Isapre apeló, y se resolvió la apelación con fecha 31 de mayo de 2017.

La Isapre funda su recurso en que el medicamento en cuestión no es una droga antineoplásica, sino que es una hormona, por lo que no correspondería cobertura CAEC.

El Superintendente, señala ya en el considerando 8º su decisión de rechazar el recurso: *“Que, revisados los antecedentes del proceso, cabe señalar que éste Sentenciador comparte el razonamiento y las consideraciones de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales para resolver la presente controversia, no existiendo ningún antecedente que no haya sido debidamente ponderado o alguna razón que permita modificar o revertir la decisión del asunto.”*

Posteriormente, da razones y profundiza en el contenido de la sentencia de 1era instancia: *“Que sólo cabe reiterar que tal como indicó la Intendencia de Fondos si bien la terapia con Abiraterona corresponde a una Hormonoterapia, lo cierto es que su efecto, en el contexto de un paciente portador de un Cáncer Prostático Metastásico, es indiscutidamente antineoplásico, no pudiendo obviarse la acción antitumoral de dicho medicamento con evidencia científica de su utilidad como tratamiento hormonal para el Cáncer Prostático Metastásico, cuyo uso ha sido aprobado por la FDA, de modo que se trata de medicamento idóneo, particularmente para ser utilizado cuando han fracasado terapias convencionales. En definitiva, lo relevante a juicio de este Sentenciador es que se trate de medicamentos utilizados en el tratamiento del cáncer, independientemente de su naturaleza o mecanismo de acción, situación que se encuentra expresamente establecida en las normas reguladoras de la CAEC, y que por lo tanto, hace procedente su cobertura.”*

Luego, en el considerando 10º, hace suyo lo dicho en un considerando de la sentencia que resolvió la reposición: *“ Que, además, este Sentenciador comparte íntegramente lo expuesto por el Tribunal de primera instancia en el considerando 6º de la sentencia que rechazó la reposición, que indica: “6º Que, en el caso sub lite, se debe tener presente que el legislador creó la GES, entre otras cosas, con el fin de asegurar una cobertura financiera a los beneficiarios del Sistema Público y Privado de Salud, evitándoles catástrofes económicas a quienes padecen patologías de alto costo, y es claro que la instauración de un sistema diseñado para favorecer a los beneficiarios, no puede restarles derechos que han adquirido*

a través de sus contratos de salud válidamente celebrados con una Institución de Salud Previsional, ni obstaculizarles su acceso a una mejor cobertura obtenida contractualmente.”

Y, asimismo, lo señalado en el considerando 8º: *“Que, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo -no máximo- el Arancel del FONASA para la Modalidad Libre Elección.*

Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsional pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.

En éste contexto, el derecho a la protección de la salud, que, como se sabe, se encuentra consagrado en el artículo 19º N° 9 de nuestra carta fundamental, no puede verse satisfecho con la mera suscripción de un contrato de salud, ya que eso significaría establecer que el medio (el contrato) sería el fin en sí mismo y no el derecho garantizado, a saber, la protección de la salud, que a su vez tiene como fin último, la protección al derecho a la vida.”

Decisión: Se confirma la sentencia apelada

Observaciones: Es muy interesante el fallo, ya que, si bien no lo dice expresamente, en prudencia y equidad, hace aplicable un beneficio que, en propias palabras de la Intendenta, no sería aplicable en función de la normativa vigente. Esto lo hace, interpretando la finalidad de los beneficios, de modo de poder hacerlos aplicables todos.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 100375-2015	1 de marzo de 2016
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Jonatan Marchant Poblete			
Demandado: Isapre Banmédica S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005, del Minsal; Ley 19.966; DS N.º 4, de 2013, del Minsal.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC; GES-CAEC;			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura CAEC y del plan de salud al medicamento Actemra que requiere el demandante para el tratamiento de la artritis reumatoide que padece. Se tiene presente que dicha patología se encuentra garantizada por las GES, y el medicamento fue indicado por el médico de la red GES.			
Fundamentos de la sentencia: En los primeros considerandos, da cuenta del hecho controvertido, de la normativa GES y del DFL 1 de 2005, aplicable, señalando que el medicamento no se encuentra incluido en la canasta GES, y tampoco tiene arancel FONASA por ser un medicamento de uso ambulatorio. En el considerando 5º en tanto, señala el estado de salud de la demandante y la recomendación terapéutica del medicamento: “ <i>Que, conforme a la situación en</i>			

estudio y de los antecedentes tenidos a la vista, podemos señalar que se trata de una paciente de 27 años portadora de Artritis Reumatoide Clásica, con compromiso poliarticular especialmente de manos, en tratamiento con Metotrexato parenteral tolerado hasta 15 mg semanal. Por continuar con sintomatología se le indicó Actemra® 400 mg endovenoso al mes.

La paciente tiene activada las GES por el problema de salud N° 52. “Artritis Reumatoide”.

A su vez señalar que el medicamento denominado Actemra® está indicado para el tratamiento de la Artritis Reumatoide (AR) activa de grado entre moderado y severo en pacientes adultos que han tenido una respuesta inadecuada o intolerancia a un tratamiento previo. Además, el Departamento de Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos (FDA) autorizó el uso del medicamento para el tratamiento de la Artritis Reumatoide el 8 de enero de 2010. El Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), se encuentra vigente su registro con el número B-2102/14, siendo reconocido como un fármaco indicado en el tratamiento de la Artritis Reumatoide Actemra®, es un medicamento biológico, de uso endovenoso, cuyo principio activo es Tocilizumab: un anticuerpo monoclonal recombinante humanizado de las subclase IgG1 de las inmunoglobulinas, dirigido contra el receptor de la Interleucina-6 humana que se une al receptor celular de la Interleucina-6, la que juega un rol importante en la respuesta inmunitaria e interviene en el origen y evolución de enfermedades de tipo autoinmunitaria. Se recomienda que la infusión de Tocilizumab tenga una duración de una hora.”

En el considerando siguiente, se refiere a la cobertura CAEC, así, en el considerando 6°: “Que, de los antecedentes acompañados en autos, se puede llegar a la conclusión que el referido medicamento, no es susceptible de recibir bonificación bajo la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC). Al efecto, la Circular IF/N° 7, de 2005, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, establece en su Artículo I, numeral 6° que dicho beneficio adicional no se aplica a las prestaciones y medicamentos de carácter

ambulatorio no codificados en el Arancel del contrato de salud, con excepción de aquellas señaladas en el párrafo tercero del Artículo I de este documento.

A su vez, el Artículo I, párrafo 3º, dispone que: "Por regla general, este beneficio no aumenta la cobertura de las prestaciones ambulatorias, salvo aquellas que expresa y explícitamente se indican y regulan en este instrumento (...)", para luego establecer que las prestaciones ambulatorias excepcionalmente cubiertas por este beneficio adicional, son las siguientes: a) drogas inmunosupresoras en caso de trasplantes; b) radioterapia; c) drogas citotóxicas aplicadas en ciclos de quimioterapia para el tratamiento del cáncer; y d) los medicamentos definidos como coadyuvantes o biomodulares que se usan antes, durante o después de los ciclos de quimioterapia que estén considerados en los programas del Ministerio de Salud."

En el considerando 7º, señala que sería aplicable la cobertura GES-CAEC: "Que, en la especie, este Tribunal estima que a la indicación de la terapia biológica con Actemra® (Tocilizumab) toda vez que se encuentra recomendada por la Guía Clínica de la Artritis Reumatoide, le cabría la cobertura GES-CAEC por cuanto la terapia biológica contra el receptor de la Interleucina 6 humana, aparece mencionada como una nueva alternativa terapéutica. No obstante, dicha cobertura se aplicará sólo si se da cumplimiento a todas las exigencias impuestas para el otorgamiento del beneficio GES-CAEC, por tratarse de una cobertura directamente relacionada con CAEC, según establece la normativa vigente señalada en lo precedente."

Finalmente, en el considerando 8º, dice que la negativa de la Isapre se ajusta a la normativa vigente: "Que, en consecuencia, después de analizar la totalidad de los antecedentes allegados al proceso, este Tribunal concluye que la Isapre se ha ajustado a la normativa legal, al negar cobertura al medicamento suministrado de forma ambulatoria, no existiendo antecedentes fácticos que hagan a la fecha plausible la demanda del afiliado."

Decisión: Rechazar la demanda.

Observaciones: Es incomprensible que la Intendente señale que sería aplicable la cobertura GES-CAEC, para luego decir que no existen elementos fácticos que hagan plausible la demanda del afiliado, más cuando no profundiza respecto de qué requisitos o exigencias no cumple para acceder al beneficio.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 11288-2016	13 de octubre de 2016
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: María Herreros Freire			
Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; art 19 N.º 1 y 9 de la C. Pol.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Costo de las prestaciones			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Negativa de cobertura a medicamento inmunoglobulina inyectable subcutánea "Hizentra" por ser de uso ambulatorio. La parte demandante refiere que, por el riesgo de shock anafiláctico, el procedimiento mediante infusión requiere de hospitalización, con estricta supervisión clínica, junto con la aplicación de otros medicamentos para atenuar sus efectos colaterales, en cambio el perfeccionado producto inyectable, por el cual pide cobertura, no tiene esos requisitos y tiene menos probabilidades de reacciones alérgicas, manteniendo mucho más estables los niveles de IgG plasmáticos.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de establecer que el plan de salud no contempla cobertura para medicamentos ambulatorios, señala, en el			

considerando 6º: *“Que, de lo que se viene diciendo, se colige que la única vía posible a efectos de otorgar cobertura al producto solicitado es que éste sea bonificado dentro del ítem de “Medicamentos en Hospitalización”, lo que implica necesariamente, la hospitalización del afiliado.*

Al efecto, a entender de esta Magistratura, si el paciente hubiese estado hospitalizado, el medicamento reclamado hubiese sido bonificado según el plan de salud complementario vigente.”

Prosigue en esta línea, señalando en el considerando 7º: *“Que, esta Sentenciadora no puede soslayar el hecho de que se está en presencia de una situación particular, en la que resulta evidente que el riesgo de contraer enfermedades infecciosas al interior de un establecimiento de salud se ve incrementada, dada la alta concentración de gérmenes intrahospitalarios, que como es sabido en el ámbito médico, son aún más resistentes al tratamiento de antibióticos que aquellos que se pueden contraer en la cotidianidad de un ambiente privado convencional, lo cual deja en evidencia el perjuicio que ello conllevaría a la salud del paciente.*

En el mismo orden de ideas, pretender hospitalizar al demandante para que reciba cobertura al tratamiento ambulatorio prescrito, aumenta las probabilidades de complicaciones en su ya deteriorada salud, lo que –a su vez- significará un perjuicio económico para la Aseguradora, al tener que verse obligada a otorgar cobertura no sólo a los costos de varios eventos hospitalarios, sino además, los posibles efectos colaterales de aquello.”

Cierra el argumento de la conveniencia para ambas partes, en el considerando 8º: *“Que, a la luz del criterio económico descrito, proveer al paciente del insumo que necesita, para ser administrado en forma ambulatoria, frente a una hospitalización tradicional, no sólo será más favorable para el afiliado, quien a través del mismo podrá ver mejorada su calidad de vida y su atención médica, sino que además representa desde el punto de vista económico, una manifiesta ventaja para la Isapre.*

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración los costos involucrados en las prestaciones hospitalarias del beneficiario, más aún si se tiene presente que éstas conllevan atenciones por un periodo considerable de tiempo, en razón de las múltiples patologías que padece, e incluyen una cantidad mayor de prestaciones, como por ejemplo, atenciones de enfermería, hotelería y alimentación, las que, cabe señalar, son actualmente financiadas por el afiliado, prestaciones todas que la Aseguradora estaría obligada a financiar en virtud del contrato de salud vigente entre las partes.”

En otra línea argumental, la Intendencia hace presente la vulneración al Derecho a la Vida, así, en el considerando 9º: *“Que, para resolver el caso planteado, este Tribunal no puede dejar de considerar, que el Derecho a la vida, el cual encuentra su consagración en el artículo 19 N° 1, inciso 1 de la Constitución Política de la República, no sólo abarca la existencia o subsistencia, de acuerdo a su sentido natural y obvio, sino también los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica por salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, de manera de proporcionar una extensión de su vivencia con dignidad, y en lo posible, sin sufrimiento.*

Bajo la misma perspectiva, en su sentido pleno, y no sólo biológico, orgánico o vegetativo; pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida, que ella transcurra en un ambiente material y espiritual coherente con la dignidad del ser humano, en otras palabras, el derecho a la vida no es sinónimo de subsistencia inmersa en una atmósfera de riesgo.”

En una nueva línea argumental, establece, en el considerando 10º, lo siguiente: *“Que, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo, -no máximo- el Arancel del FONASA para la Modalidad Libre Elección.*

Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsional pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.”

Retoma el análisis constitucional en el considerando 11º: *“Que, de este modo, atendida la pretensión concreta del demandante, así como la naturaleza de los bienes jurídicos en comento, esto es, el derecho a la vida y el derecho de protección a la salud, ha de tenerse presente que el artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, al asegurar a todas las personas el derecho a la protección a la salud, no sólo garantiza la posibilidad de optar entre un sistema de salud público o privado, sino que obliga al Estado a resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.*

Así las cosas, siendo la igualdad y la dignidad humana el fundamento del derecho a la protección de la salud invocado, sería contrario a las pretensiones de equidad propias del Estado que esta Juez no emitiera pronunciamiento alguno respecto de la cobertura solicitada, pese a la falta de codificación de la misma tanto en el Arancel de la Isapre como en el Arancel de Referencia del Fondo Nacional de Salud; pues, de ser así, no se estaría dando cumplimiento cabal al mandato constitucional de actuar como garante en materia prestacional.”

Luego, establece una máxima: que el derecho a la protección a la salud es erga omnes y de eficacia horizontal, así, en el considerando 12º: *“Que, de esta forma, considerando que el derecho de protección a la salud es un derecho fundamental cuya eficacia es independiente de la existencia o no de una norma que lo regule y que debe ser reconocido de oficio por parte de los servidores públicos, particularmente por los jueces, al encontrarse dicha garantía dotada de una fuerza normativa emanada de la Constitución, es obligación de esta Judicatura –en tanto*

operador gubernamental- velar por su aplicación, cumplimiento, eficacia y no infracción.”

Finaliza este argumento, declarando que su rol es adoptar las medidas necesarias para que se cumpla el mandato constitucional de la protección de la salud, así, en el considerando 13º: *“Que, por consiguiente, a fin de dar cabal cumplimiento del mandato constitucional ya analizado, toca a esta Magistratura adoptar todas las medidas necesarias para otorgarle al paciente una protección integral y una calidad de vida apropiada, atendida su condición de salud, las características de las patología que motivó el suministro del medicamento “Hizentra” - inmunoglobulina humana subcutáneo - y la importancia del mismo para el tratamiento de la patología que le afecta; no hacerlo, a todas luces, implicaría privar de eficacia a las garantías involucradas, pues, toda vez que sea necesario resolver sobre cuestiones que tengan que guarden relación con el derecho a la vida y a la protección a la salud.”(sic)*

A modo de conclusión señala, en el considerando 14º: *“Que, como corolario de todo lo expuesto, si bien la decisión adoptada por la Aseguradora demandada, de no bonificar a la prestación “Hizentra” -inmunoglobulina humana subcutáneo -” brindada al afiliado podría considerarse lícita -toda vez que se trata de una exclusión de cobertura- resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho latamente analizados.*

De este modo, habiéndose examinado la totalidad de los elementos allegados a la presente causa, y siendo ponderados los mismos conforme a las reglas de la sana crítica, a juicio de esta Sentenciadora, no caben dudas de que corresponde que Isapre Fundación, otorgue a dicha prestación bonificación según el Plan de Salud vigente, como si se tratara de una prestación Hospitalaria, considerándose dentro del ítem “Medicamentos en Hospitalización”, dada la excepcionalidad de la situación de salud de la reclamante, y existiendo razones de orden legislativo superior.”

Decisión: Acoger la demanda, ordenando a la Isapre otorgar cobertura hospitalaria al medicamento de uso ambulatorio.

Observaciones: Es un fallo paradigmático, ya que como se puede revisar en las fichas anteriores, la Intendencia de Fondos nunca había querido abordar este tipo de controversias más allá del arancel Fonasa y el de la propia Isapre, limitándose a señalar que no había reproche que hacer ante la negativa de cobertura por parte de las Isapres, no obstante, en esta oportunidad, pareciera que hizo una “lluvia de ideas” para analizar la situación y finalmente ordenar dar cobertura, ya que da argumentos económicos, de orden público, de supremacía constitucional, de principios del derecho (¿?) para luego afirmar que la Isapre actuó lícitamente (sic) al negar cobertura, pero que de todos modos “*resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho latamente analizados*”. Lo que claramente no puede ser, ya que algo no puede ser lícito, pero a la vez objetivamente contraria a las normas de orden constitucional. Es un mal fallo, que se construyó desde la decisión y no desde la argumentación, pero da cuenta de un cambio de criterio: los medicamentos de uso ambulatorio pueden tener cobertura.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 2012912-2015	22 de marzo de 2017
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Juan Belarmino Salgado Herrera			
Demandado: Isapre Fundación			
Procedimiento aplicado: arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptores: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; art 19 N.º 1 y 9 de la C. Pol.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Costos de las prestaciones.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura al medicamento de uso ambulatorio “Humira” que requiere el demandante para el tratamiento de su patología: “espondilitis anquilosante” por ser de uso ambulatorio y no tener arancel de la Isapre.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de fijar el hecho controvertido en el considerando 1º (negativa de cobertura), la Intendente, en el párrafo segundo de dicho considerando, señala que no se encuentra obligado a recibir la causa a prueba <i>“cuando estime que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deban ser acreditados por las partes, pudiendo en caso contrario, fallar derechamente la causa, como ocurrió en la especie.”</i>			

Luego, en el considerando 2º, cita la normativa vigente, expresando la facultad que posee para homologar prestaciones en casos excepcionales, y que posean evidencia científica de su efectividad.

Luego de establecer que el plan de salud no contempla cobertura para medicamentos ambulatorios, señala, en el considerando 6º: *“Que, de lo que se viene diciendo, se colige que la única vía posible a efectos de otorgar cobertura al producto solicitado es que éste sea bonificado dentro del ítem de “Medicamentos en Hospitalización”, lo que implica necesariamente, la hospitalización del afiliado.*

Al efecto, a entender de esta Magistratura, si el paciente hubiese estado hospitalizado, el medicamento reclamado hubiese sido bonificado según el plan de salud complementario vigente.”

Prosigue en esta línea, señalando en el considerando 7º: *“Que, esta Sentenciadora no puede soslayar el hecho de que se está en presencia de una situación particular, en la que resulta evidente que el riesgo de contraer enfermedades infecciosas al interior de un establecimiento de salud se ve incrementada, dada la alta concentración de gérmenes intrahospitalarios, que como es sabido en el ámbito médico, son aún más resistentes al tratamiento de antibióticos que aquellos que se pueden contraer en la cotidianidad de un ambiente privado convencional, lo cual deja en evidencia el perjuicio que ello conllevaría a la salud del paciente.*

En el mismo orden de ideas, pretender hospitalizar al demandante para que reciba cobertura al tratamiento ambulatorio prescrito, aumenta las probabilidades de complicaciones en su ya deteriorada salud, lo que –a su vez- significará un perjuicio económico para la Aseguradora, al tener que verse obligada a otorgar cobertura no sólo a los costos de varios eventos hospitalarios, sino además, los posibles efectos colaterales de aquello.”

Cierra el argumento de la conveniencia para ambas partes, en el considerando 8º: *“Que, a la luz del criterio económico descrito, proveer al paciente del insumo*

que necesita, para ser administrado en forma ambulatoria, frente a una hospitalización tradicional, no sólo será más favorable para el afiliado, quien a través del mismo podrá ver mejorada su calidad de vida y su atención médica, sino que además representa desde el punto de vista económico, una manifiesta ventaja para la Isapre.

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración los costos involucrados en las prestaciones hospitalarias del beneficiario, más aún si se tiene presente que éstas conllevan atenciones por un periodo considerable de tiempo, en razón de las múltiples patologías que padece, e incluyen una cantidad mayor de prestaciones, como por ejemplo, atenciones de enfermería, hotelería y alimentación, las que, cabe señalar, son actualmente financiadas por el afiliado, prestaciones todas que la Aseguradora estaría obligada a financiar en virtud del contrato de salud vigente entre las partes.”

En otra línea argumental, la Intendencia hace presente la vulneración al Derecho a la Vida, así, en el considerando 9º: *“Que, para resolver el caso planteado, este Tribunal no puede dejar de considerar, que el Derecho a la vida, el cual encuentra su consagración en el artículo 19 N° 1, inciso 1 de la Constitución Política de la República, no sólo abarca la existencia o subsistencia, de acuerdo a su sentido natural y obvio, sino también los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica por salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, de manera de proporcionar una extensión de su vivencia con dignidad, y en lo posible, sin sufrimiento.*

Bajo la misma perspectiva, en su sentido pleno, y no sólo biológico, orgánico o vegetativo; pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida, que ella transcurra en un ambiente material y espiritual coherente con la dignidad del ser humano, en otras palabras, el derecho a la vida no es sinónimo de subsistencia inmersa en una atmósfera de riesgo.”

En una nueva línea argumental, establece, en el considerando 10º, lo siguiente: *“Que, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan*

a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo, -no máximo- el Arancel del FONASA para la Modalidad Libre Elección. Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsional pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.”

Retoma el análisis constitucional en el considerando 11º: “Que, de este modo, atendida la pretensión concreta del demandante, así como la naturaleza de los bienes jurídicos en comento, esto es, el derecho a la vida y el derecho de protección a la salud, ha de tenerse presente que el artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, al asegurar a todas las personas el derecho a la protección a la salud, no sólo garantiza la posibilidad de optar entre un sistema de salud público o privado, sino que obliga al Estado a resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Así las cosas, siendo la igualdad y la dignidad humana el fundamento del derecho a la protección de la salud invocado, sería contrario a las pretensiones de equidad propias del Estado que esta Juez no emitiera pronunciamiento alguno respecto de la cobertura solicitada, pese a la falta de codificación de la misma tanto en el Arancel de la Isapre como en el Arancel de Referencia del Fondo Nacional de Salud; pues, de ser así, no se estaría dando cumplimiento cabal al mandato constitucional de actuar como garante en materia prestacional.”

Luego, establece una máxima: que el derecho a la protección a la salud es erga omnes y de eficacia horizontal, así, en el considerando 12º: “Que, de esta forma, considerando que el derecho de protección a la salud es un derecho fundamental

cuya eficacia es independiente de la existencia o no de una norma que lo regule y que debe ser reconocido de oficio por parte de los servidores públicos, particularmente por los jueces, al encontrarse dicha garantía dotada de una fuerza normativa emanada de la Constitución, es obligación de esta Judicatura –en tanto operador gubernamental- velar por su aplicación, cumplimiento, eficacia y no infracción.”

Finaliza este argumento, declarando que su rol es adoptar las medidas necesarias para que se cumpla el mandato constitucional de la protección de la salud, así, en el considerando 13º: *“Que, por consiguiente, a fin de dar cabal cumplimiento del mandato constitucional ya analizado, toca a esta Magistratura adoptar todas las medidas necesarias para otorgarle al paciente una protección integral y una calidad de vida apropiada, atendida su condición de salud, las características de la patología que motivó el suministro del medicamento “Humira®” 40mg subcutáneo-, y la importancia del mismo para el tratamiento de la patología que le afecta; no hacerlo, a todas luces, implicaría privar de eficacia a las garantías involucradas, pues, toda vez que sea necesario resolver sobre cuestiones que tengan que guarden relación con el derecho a la vida y a la protección a la salud.”(sic)*

A modo de conclusión señala, en el considerando 14º: *“Que, como corolario de todo lo expuesto, si bien la decisión adoptada por la Aseguradora demandada, de no bonificar a la prestación “Humira® 40mg subcutáneo” brindada al afiliado podría considerarse lícita -toda vez que se trata de una exclusión de cobertura- resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho latamente analizados.*

De este modo, habiéndose examinado la totalidad de los elementos allegados a la presente causa, y siendo ponderados los mismos conforme a las reglas de la sana crítica, a juicio de esta Sentenciadora, no caben dudas de que corresponde que Isapre Fundación, otorgue a dicha prestación bonificación según el Plan de Salud vigente, como si se tratara de una prestación Hospitalaria, considerándose

dentro del ítem “Medicamentos en Hospitalización”, dada la excepcionalidad de la situación de salud de la reclamante, y existiendo razones de orden legislativo superior.”

Decisión: Acoger la demanda, ordenando cobertura hospitalaria al medicamento de uso ambulatorio.

Observaciones: Igual al fallo en ficha N.º 49.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 2009898-2015	6 de junio de 2017
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Ana Karina Ároz Ceccarelli			
Demandado: Isapre Vida Tres S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Circular IF N.º 7, de 2005; art 19 N.º 1 y 9 de la C. Pol.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC; Ley Ricarte Soto.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura CAEC y del plan de salud al medicamento “Adalimumad” para el tratamiento del Mal de Crohn que padece el demandante, por ser de uso ambulatorio.			
Fundamentos de la sentencia: La Intendenta señala, en el considerando 1º, que no recibirá la causa a prueba, y en los considerandos 2º y 3º, cita normativa del DFL 1, de 2005, del Minsal y de la Circular IF N.º 7, del mismo año. En el considerando 4º, relata el hecho no discutido del padecimiento de la enfermedad del demandante, junto con la prescripción del medicamento en cuestión, para el tratamiento de dicha enfermedad. En el considerando 5º, explica el motivo de la negativa de cobertura por parte de la Isapre, el que se funda principalmente en el			

carácter ambulatorio de la administración del medicamento. El análisis comienza en el considerando 6º, en el que señala: *“Que, el Plan de Salud al que se encuentra adscrita la demandante, PICASSO 1 (fs. 12), establece una cobertura para medicamentos en Hospitalización que va de 70% un 90% sin tope por evento en modalidad preferente a nivel nacional, en el caso de Clínica Dávila, la cobertura es de 90% sin tope por evento. Sin embargo, tratándose de la cobertura para prestaciones ambulatorias, dicho plan no establece bonificación para el ítem “Medicamentos Ambulatorios”.*

Del mismo modo, tampoco existe controversia, en cuanto a que el referido medicamento -que es un tipo de anticuerpo monoclonal identificado como inmunomodulador antiproliferativo- se debe administrar en forma subcutánea a la demandante de manera ambulatoria no encontrándose dentro de aquellas excepciones contempladas en la normativa CAEC.”

Prosigue en el considerando 7º: *“Que, de lo que se viene diciendo, se colige que la única vía posible a efectos de otorgar cobertura al producto solicitado es que éste sea bonificado dentro del ítem de “Medicamentos en Hospitalización”, lo que implica necesariamente, la hospitalización del afiliado.*

Al efecto, a entender de esta Magistratura, si la paciente hubiese estado hospitalizada, el medicamento reclamado hubiese sido bonificado según el plan de salud complementario vigente, y con cobertura CAEC.”

Sigue en esta línea en el considerando siguiente: *“8º. Que, esta Sentenciadora no puede soslayar el hecho de que se está en presencia de una situación particular, en la que resulta evidente que el riesgo de contraer enfermedades infecciosas al interior de un establecimiento de salud se ve incrementada, dada la alta concentración de gérmenes intrahospitalarios, que como es sabido en el ámbito médico, son aún más resistentes al tratamiento de antibióticos que aquellos que se pueden contraer en la cotidianidad de un ambiente privado convencional, lo cual deja en evidencia el perjuicio que ello conllevaría a la salud de la paciente.*

En el mismo orden de ideas, pretender hospitalizar a la demandante para que reciba cobertura al tratamiento ambulatorio prescrito, aumenta las probabilidades de complicaciones en su ya deteriorada salud, lo que –a su vez- significará un perjuicio económico para la Aseguradora, al tener que verse obligada a otorgar cobertura no sólo a los costos de varios eventos hospitalarios, sino además, los posibles efectos colaterales de aquello.”

Luego, y aplicando al parecer una plantilla, reproduce los argumentos ya descritos en las fichas N.º 49 y 50, con la sola excepción de lo indicado en el considerando 17º, en el que se señala que no resulta procedente la cobertura CAEC.

Decisión: Acoger parcialmente la demanda interpuesta en contra de la Isapre Vida Tres, en cuanto ésta deberá otorgar cobertura del plan de salud al medicamento “*Adalimumab*”

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Frente a la Sentencia de primera instancia, se interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado por no presentar nuevos antecedentes, con fecha 8 de junio de 2018. La Isapre alegó impedimento para cumplir la reposición, indicando que con fecha 30 de diciembre de 2016 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto que determina los Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo para condiciones específicas de salud con Protección Financiera de La Ley N.º 20.850 y que dentro de esos diagnósticos se encuentra efectivamente, el tratamiento con Adalimumab, para pacientes con Enfermedad de Crohn grave. Ese impedimento, fue resuelto por la misma Intendente (s), con fecha 6 de septiembre de 2018, simplemente ordenando, en fase de cumplimiento, que se archiven los antecedentes, por cuanto la sentencia resultaría perjudicial para la demandante, pero sin dejar sin efecto la sentencia.

Decisión: Archivar los antecedentes.

Observaciones: Si bien sigue en la línea de las fichas 49º y 50º, es curioso que no se ordene otorgar CAEC, sobre todo porque el contexto del tratamiento es en la RED CAEC, prescrito por un médico de la RED, por lo que, es poco armónica

la solución de dar a este medicamento cobertura del plan, pero a todo el resto del tratamiento cobertura CAEC.

Finalmente, y sin reparar en el acto jurídico que ordena “archivar los antecedentes” sin pronunciarse sobre la sentencia, hubiese sido interesante un pronunciamiento respecto a la operatividad de la cobertura de un medicamento por la Ley Ricarte Soto, con la cobertura CAEC activa.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 1043710-2016	10 de noviembre de 2017
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Erika Nubia Arriagada Retamal			
Demandado: Isapre Masvida S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Ley 19.966, DS N.º 4, de 2013, circular IF N.º 7 de 2005.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura GES; Cobertura CAEC; GES-CAEC; cobertura extracontractual.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura GES, GES-CAEC y del plan de salud al medicamento Cyramza que requiere el demandante para el tratamiento del cáncer gástrico que padece, sin embargo, ofrece cobertura extracontractual. Se tiene presente que dicha patología se encuentra garantizada por las GES, y el medicamento fue indicado por el médico de la red GES.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de citar la normativa aplicable, en el considerando 6º analiza en concreto el caso, señalando: <i>“Que, revisado el listado de prestaciones específicos para la patología sobre la que recae el presente juicio, es posible establecer que, efectivamente, el medicamento “Cyramza”</i>			

(Ramucirumab) no se encuentra comprendido en el mismo, por lo que no procede respecto de ellos la cobertura GES.”

Prosigue en el considerando 7º, señalando: “Que, sin perjuicio de lo anterior y teniendo en consideración lo señalado en el considerando 5º, este Tribunal constató que en las Guías Clínicas elaboradas por el Ministerio de Salud para la patología N° 27 “Cáncer Gástrico”, sí se contempla la utilización del medicamento “Ramucirumab” (“Cyramza”), droga objeto de la controversia de autos, como parte del tratamiento.

Concluye en tanto, en el considerando 8º: “Que, en consecuencia, este Tribunal concluye que corresponde que Isapre Masvida S.A. otorgue la cobertura especial GES-CAEC al medicamento “Ramucirumab” (“Cyramza”), requerido por la demandante, en la medida de que el mismo, si bien no está incluido en la canasta del problema de salud N° 27 “Cáncer Gástrico”, sí se encuentra incluido en el protocolo definido por el Ministerio de Salud para el diagnóstico y tratamiento de esa patología.”

Decisión: Acoger la demanda, debiendo la Isapre otorgar cobertura GES-CAEC al medicamento.

Observaciones: Aquí se aplica correctamente la normativa de la cobertura GES-CAEC, no así en la ficha N.º 45.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 2008215-2016	18 de diciembre de 2017
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Nydia Contardo Guerra			
Actor: Claudia López Grbic			
Demandado: Isapre Masvida S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Ley 20.850			
Tema Principal: Reducción de cobertura extracontractual a medicamento de uso ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura extracontractual; Ley Ricarte Soto			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre rebaja la cobertura extracontractual ofrecida para la compra del medicamento Enbrel, en circunstancias que la demandante se encuentra a la espera de poder ingresar a la Ley Ricarte Soto para la adquisición del medicamento.			
Fundamentos de la sentencia: En el considerando 2º, cita la normativa de la Ley Ricarte Soto, para luego, en el considerando 3º, señalar cómo opera en la práctica el ingreso a ese beneficio, concluyendo, respecto a ese punto, lo expresado en el considerando 4º: “Que, por lo tanto, previo a que se autorice la entrega de la prestación “Enbrel” requerida por la parte demandante, es preciso que el caso y			

los antecedentes del beneficiario sean efectivamente incorporados a la plataforma del Fonasa para su evaluación y tramitación.”

Complementa lo anterior, en el considerando 5º: *“Que, por otra parte, la Circular IF/Nº 252 de la Superintendencia de Salud, dispone que “En conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Nº20.850 (Ley Ricarte Soto), el Fondo Nacional de Salud deberá asegurar la protección financiera para el otorgamiento de los Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo que se contienen en el Decreto Supremo Nº87, de 2015, de los Ministerios de Salud y de Hacienda. Las prestaciones garantizadas para cada condición específica de salud con sistema de protección financiera deberán ser otorgadas por el mencionado Fondo Nacional de Salud, a todos los beneficiarios de los Sistemas Previsionales de Salud de Chile”.*

Luego agrega que *“Sin perjuicio de lo señalado, la incorporación de un tratamiento a la Ley Ricarte Soto no podrá afectar los ya prescritos y financiados a un beneficiario por su sistema previsional de salud, sea su fuente judicial, contractual, extracontractual, o cualquiera otra”.*

Elabora el punto en el considerando 6º: *“Que, de lo señalado en la citada Circular, se desprende que mientras el médico tratante realiza el trámite de incorporar al afiliado a la plataforma informática del Fonasa para la activación de los beneficios de la Ley Ricarte Soto y se define por los órganos competentes si procede la cobertura solicitada, la Isapre no puede dejar sin efecto el o los financiamientos que mantenga vigentes para el o los tratamientos objeto de la solicitud, independientemente de su origen o fuente.*

En el caso en comento, la afiliada, previo al momento de solicitarse su incorporación al beneficio, mantenía activo con la Isapre un financiamiento de carácter extracontractual, consistente en la cobertura de un 80% para el medicamento “Enbrel” (Etanercept).

Posteriormente, la Isapre rebajó el financiamiento a un 70% del valor del medicamento, por tres meses (junio a agosto de 2016), mientras se definía la procedencia del beneficio contemplado en la Ley Ricarte Soto.”

Respecto de la reducción de cobertura, la Intendenta se refiere en el considerando 7º: *“Que, si bien la Isapre redujo el financiamiento extracontractual a un 70% del valor del medicamento, en principio por un período de tres meses (junio a agosto de 2016) mientras se resolvía la incorporación de la demandante al beneficio contemplado en la Ley Ricarte Soto, lo cierto es que la rebaja no es de tal magnitud que haga concluir que la Isapre dejó de cumplir con la prerrogativa indicada en la Circular IF/Nº 252.”*

Profundiza en el considerando 8º: *“Que, en efecto, atendida la especial naturaleza de la cobertura inicialmente otorgada por la Isapre, que consiste en un beneficio no contemplado ni en el contrato ni en la ley (cobertura extracontractual), es preciso realizar una debida ponderación por parte del Tribunal sobre las exigencias que deben observarse por la Institución en la mantención del beneficio a que hace mención la circular IF/Nº 252. En efecto, no hay que perder de vista que la cobertura extracontractual es voluntaria, en que la Isapre actúa esencialmente por mera liberalidad, no existe una obligación anterior de la Isapre para otorgarla y su duración ha sido definida ex-ante, con plazos determinados. Si bien el objeto de la norma es que no se pierda esa cobertura mientras se tramita el otorgamiento de los beneficios ligados a la Ley Ricarte Soto, ello no implica que, en particular respecto de la cobertura extracontractual, ésta se mantenga incólume, sino que exista un principio de mantención del beneficio en condiciones por lo menos similares a las originalmente otorgadas, de modo que no se produzca, en el hecho, una desprotección de la salud del paciente mientras accede a los beneficios legales ya indicados.”*

Concluye el punto anterior en el considerando 9º: *“Que, en consecuencia, este Tribunal concluye que la rebaja de un 80% a un 70% de la cobertura extracontractual para el medicamento “Enbrel” (Etanercept), no es de tal entidad*

que vulnere la norma de la Circular IF/N° 252 y, por lo tanto, no se ha dejado sin protección a la afiliada mientras se gestionaba su incorporación al sistema de protección contemplado en la Ley “Ricarte Soto”, habiendo actuado la Isapre conforme a la normativa vigente.”

En el considerando 10º, señala que esa cobertura deberá mantenerse hasta el ingreso efectivo de la demandante al Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de alto costo.

Decisión: Acoger parcialmente la demanda

Observaciones: Ver Ficha N.º 45. Es interesante que, frente a este caso, no se pondere ningún elemento más que los normativos, como sí se había venido haciendo sobre la materia. Es más, asume que la cobertura extracontractual no tiene por qué mantenerse en los términos que venía siendo dada, siendo lo único relevante, que no se produzca una desprotección de la salud, fijando que la rebaja del 10% no reviste la entidad para vulnerar la normativa. Extraña que la decisión haya sido “acoger parcialmente” en circunstancias que en los hechos se rechazó la demanda.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 150752-2017	8 de febrero de 2018
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Osvaldo Varas Schuda (s)			
Actor: Jorge Enrique Ehremberg Arriagada			
Demandado: Isapre Nueva Masvida S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura Extracontractual			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura a medicamento Humira que requiere el demandante para el tratamiento de la Artritis Psoriásica que padece, esto por encontrarse excluido de cobertura al ser de uso ambulatorio.			
Fundamentos de la sentencia: En el considerando primero, establece el hecho controvertido: la cobertura aplicable al medicamento; y en el considerando 2º, señala que no es necesario recibir la causa a prueba. Luego, cita la normativa aplicable al caso, para, en el considerando 4º, señalar: <i>“Que, en primer término, cabe señalar que el medicamento requerido, no se encuentra contemplado en el Arancel de Referencia obligatorio del Fondo Nacional de Salud”</i> . Luego, en el considerando 5º, señala que analizará si se dan las condiciones para homologar, así, 5º: <i>“Que, sin perjuicio de lo anterior, y atendidas las pretensiones</i>			

y alegaciones de las partes y el mérito de los antecedentes médicos agregados al proceso, corresponde analizar si, en el caso particular de autos, se verifican las condiciones previstas en la ley para la procedencia de la prerrogativa de autorizar la homologación de las prestaciones recientemente descritas.”

En los considerandos siguientes, se analiza en concreto el asunto, así: 6º: “Que, del análisis de los antecedentes médicos adjuntados, permiten señalar que se trata de un paciente que tiene el diagnóstico de Artritis Psoriática desde el año 2004, caracterizada por compromiso articular axial (col lumbar y cervical) y periférico. Inicia tratamiento de primera línea con Metotrexato, Corticoides y Antinflamatorios en dosis ascendentes a pesar de los cual persiste de manera constante con severa rigidez a nivel axial con limitación en actividad diaria severa y signos de anquilosis en imágenes. Por este motivo se decide inicio de terapia Biológica Humira®, lo que permite estabilización de enfermedad de base hasta lograr la remisión.

Para el tratamiento de su patología, el profesional médico tratante que, en la actualidad utilizando Metotrexato 10 mg/semanal asociado a Humira® SC cada 15 días, tratamiento que ha permitido que el paciente no desarrolle secuelas asociadas a enfermedad de base y se mantenga activo laboralmente y que esta situación no sería posible si el tratamiento fuese suspendido (fs. 8 y 12).”

7º: “Que, además, es importante tener presente que el medicamento Humira® (Adalimumab) es un anticuerpo monoclonal (agente biológico) y la dosis recomendada de este medicamento, para pacientes adultos es de 40 mg administrados como dosis única vía inyección subcutánea.

Está registrado en el Instituto de Salud Pública (ISP) bajo el código Reg. ISP N° B-1765/08.”

Concluye en el considerando 8º: “Que, en definitiva, el citado medicamento, aun cuando están prescritos (sic) por un profesional médico y que el paciente no tiene otra alternativa de tratamiento, no sería susceptible de recibir bonificación a través del Plan Complementario, mientras sean administrados en forma ambulatoria.

No ocurre así, si se administrara en forma hospitalaria y cuya cobertura sería, como ocurre con cualquier otro medicamento otorgado en esa modalidad de atención, la prevista para estos casos.”

Finalmente, su decisión se contiene en el considerando 9: “Que, en consecuencia, a juicio de esta Sentenciadora, el medicamento Humira® no es susceptible de ser bonificado y, de acuerdo a las particularidades descritas, no contribuyen a configurar la situación de excepcionalidad que la ley exige para decidir la homologación de la prestación.

A la luz de los antecedentes relacionados, este Tribunal no puede sino concluir que la decisión de la Isapre de excluir de la cobertura establecida en el plan de salud pactado resulta del todo procedente.

Finalmente, el hecho de que la ex Isapre Masvida S.A. haya otorgado una cobertura extracontractual al medicamento requerido, no obliga a la Isapre Nueva Masvida S.A., a actuar de la misma manera, ya que, como se dijo, el Humira® se encuentra excluido de cobertura, y su eventual cobertura de manera extracontractual y voluntaria por una Isapre no constituye un derecho adquirido que deba ampararse por este Tribunal, tal como ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia en la misma materia.”

Decisión: Rechazar la demanda

Observaciones: Cambio de criterio en relación a lo analizado y resuelto en fichas N°s 49 y 50, especialmente esta última, que también se refiere al medicamento “humira”. Este fallo revive criterios del año 2007 (ver fichas N°s 35 y 36 por ejemplo), señalando que los medicamentos de uso ambulatorio, al no tener arancel no merecen bonificación, y que las Isapres se obligan sólo en la medida que así lo quieran.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 650379-2018	12 de noviembre de 2018
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Marcos Puebla Aguirre (s)			
Actor: Ramón Eduardo Leiva Reyes			
Demandado: Isapre Nueva Masvida S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptores: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005; Circular IF N.º 7 de 2005.			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura CAEC; cobertura extracontractual			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre niega cobertura CAEC y del plan de salud a los medicamentos Lenalidomida y Zometa que requiere el demandante para el tratamiento del Mieloma Múltiple que padece, aduciendo que son de administración ambulatoria.			
Fundamentos de la sentencia: En el considerando 1º se establece el hecho controvertido: cobertura que corresponde aplicar a los medicamentos: Zometa y Lanalidomida. En el considerando 2º se cita la normativa CAEC, y desde el considerando 3º comienza el análisis en concreto del caso, así: “3º: <i>Que, que el afiliado mantiene activado el beneficio de la CAEC desde el 7 de agosto de 2017, por el diagnóstico de Mieloma Múltiple.</i> ”			

Su prestador es Oncovida y ha recibido prestaciones en el Hospital Clínico de la Universidad Católica y actualmente en la Clínica Alemana de Valdivia.”

Prosigue en el considerado 4º: “Que, de acuerdo con el Informe Médico del hematólogo tratante, fechado el 7 de agosto de 2018 (fs. 49), el afiliado es un paciente de 58 años de edad, con antecedentes de Hiperplasia Prostática benigna, a quien en julio de 2017 se le diagnosticó un Mieloma Múltiple et IIIA.

Recibió radioterapia y luego quimioterapia por 6 ciclos esquema CYBORD, con buena respuesta al tratamiento.

En marzo de 2018 se efectuó un trasplante de médula ósea, en el Hospital de la Universidad Católica.

En exámenes actuales presenta electroforesis de proteínas negativas con inmunoglobulinas normales, PET SCAN sin captación en masa residual; sin embargo, continúa con inmunofijación positiva y cuantificación de cadenas livianas positivas.

En conclusión, se trata de un paciente con Mieloma Múltiple et IIIA que post trasplante presenta aún inmunofijación positiva; por lo tanto, debe iniciar a la brevedad -según recomendaciones internacionales- mantención con lenalidomida para mejorar su sobrevida global.”

Continúa en el considerando 5º: “Que, el mismo hematólogo tratante, en su Informe de fecha 29 de noviembre de 2017 (fs. 40 y 41), consigna que el paciente requiere tratamiento con altas dosis de bifosfonatos, según normas de tratamiento nacionales e internacionales, para tratar su Mieloma Múltiple et IIIA con extensa masa sacra, indicándole Zometa (ácido zolendrónico) 4 mg., una ampolla ev mensual.”

Prosigue con la descripción de hechos en el considerando 6º: “Que, la Isapre, en carta dirigida al reclamante con fecha 10 de septiembre de 2018 (fs. 52), informa que Lenalidomida es un medicamento que no cumple las condiciones para ser considerado como droga citotóxica ni medicamento coadyuvante o biomodulador; que es de carácter ambulatorio y de administración vía oral, por lo que no puede

ser incluido dentro de la cobertura CAEC, según lo especificado en Circular N°7 del Minsal (sic); finalmente, ofrece cobertura extracontractual, de un 50% del valor del medicamento Adeline, con tope de \$890.800.- por cada ciclo de tratamiento, esto es, por seis meses.

No se existe en el expediente pronunciamiento alguno de la Isapre en relación con el medicamento Zometa indicado al afiliado; no obstante, éste manifiesta que se le niega cobertura CAEC, por ser de administración ambulatoria.”

En el considerando siguiente, comienza con la descripción y análisis del medicamento Lenalidomida: 7°: *“Que, la Lenalidomida es un análogo de la Talidomida, agente antineoplásico, antiangiogénico e inmunomodulador, cuya administración es por vía oral.*

Dicho medicamento inhibe la proliferación de determinadas células hematopoyéticas tumorales; potencia la inmunidad celular mediada por los linfocitos T y por los linfocitos Natural Killer y aumenta el número de células T/NK; inhibe la angiogénesis mediante el bloqueo de la migración y adhesión de células endoteliales y de la formación de micro vasos; aumenta la producción de hemoglobina fetal por las células madre hematopoyéticas CD34+ e inhibe la producción de citosinas pro inflamatorias por los monocitos.

En junio de 2006, la Food and Drug Administration (FDA) de Estados Unidos, otorgó su aprobación a la Lenalidomida cápsulas orales, para su uso en combinación con Dexametasona en pacientes con Mieloma Múltiple que han recibido un tratamiento previo.”

En el considerando 8° es el turno del medicamento Zometa, 8°: *“Que, en cuanto al medicamento Zometa, éste es un bifosfonato cuya acción terapéutica es la inhibición de la reabsorción osteoclástica y su administración está indicada en aquellos pacientes que son portadores de neoplasias malignas avanzadas que afectan al hueso, entre otras indicaciones.*

Por ende, se trata de un agente antineoplásico, administrado por vía intravenosa y en este caso indicado por el médico tratante de la Red CAEC de la Institución,

como si se tratase de una droga citotóxica aplicada en ciclos de quimioterapia para el tratamiento del Cáncer, condición considerada en la citada Circular IF N° 7 de la Superintendencia de Salud.

Cabe señalar que la acción antitumoral del medicamento es indiscutida y, en consecuencia, de acuerdo con los criterios establecidos por este Tribunal sobre la materia, que señalan que lo importante es que se trate de medicamentos utilizados en el tratamiento del Cáncer, independiente de su naturaleza o mecanismo de acción, su administración debe acceder a la CAEC.”

En el considerando 9º, fija el criterio bajo el cual decide: “Que, si bien la Isapre sostiene que la negativa a otorgar esta cobertura, es en cumplimiento de las disposiciones que regulan la CAEC, toda vez que tanto la Lenalidomida como el Zometa no se encontrarían comprendidos entre las excepciones a las prestaciones ambulatorias que la hacen procedente, ello no puede incluir aquellas prestaciones que son necesarias para mantener la vida y salud del paciente, máxime si la prescripción del medicamento fue efectuada por la profesional de la Red CAEC designada por la Isapre.

Dicho de otra forma, carecería absolutamente de sentido no otorgar cobertura a los medicamentos necesario para el paciente, en el contexto de un tratamiento al que está siendo sometido por un Mieloma Múltiple, que está siendo cubierto por la CAEC.”

Indica la decisión en el considerando 10º: “Que, valorados los antecedentes relacionados, resulta prudente acoger la pretensión de la parte demandante, en cuanto Nueva Masvida S.A. deberá otorgar la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas a los medicamentos Lenalidomida y Zometa utilizados para el tratamiento del Cáncer que padece el afiliado.”

Luego, y a mayor abundamiento, da más razones para acoger la demanda, así, en el considerando 11º: “Que, en este orden de ideas, es importante mencionar que no obstante que la CAEC establece que las prestaciones ambulatorias estarán cubiertas cuando correspondan a “drogas citotóxicas aplicadas en ciclo

de quimioterapia para el tratamiento del Cáncer”, cabe indicar que este Tribunal ha señalado en casos similares que: “las normas que regulan los contratos y planes de salud, deben interpretarse con criterio y objetivos sanitarios, por lo que, independientemente, de la forma en que los contratos de salud se refieren a las drogas citotóxicas, lo que es relevante, es que sean fármacos utilizados en el tratamiento del Cáncer”.

Además, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo -no máximo- el Arancel del FONASA para la Modalidad Libre Elección.

Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsional pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.

En este contexto, el derecho a la protección de la salud, que, como se sabe, se encuentra consagrado en el artículo 19° N° 9 de nuestra carta fundamental, no puede verse satisfecho con la mera suscripción de un contrato de salud, ya que eso significaría establecer que el medio (el contrato) sería el fin en sí mismo y no el derecho garantizado, a saber, la protección de la salud, que a su vez tiene como fin último, la protección al derecho a la vida.”

Decisión: Acoger la demanda

Observaciones: Se retoma el criterio, en prudencia y equidad, de justificar la cobertura de medicamentos ambulatorios en razón de la protección de la salud y del derecho a la vida, entendiendo para ello que el contrato de salud es de seguridad social y por tanto su finalidad es asegurar el financiamiento de prestaciones de salud. Parece que la diferencia entre dar cobertura CAEC o la

cobertura a medicamentos en contexto hospitalario, depende de si está activa o no la CAEC.

1. IDENTIFICACIÓN			
Tipo de Acción	Tribunal	Sentencia	Fecha
Administrativa- Arbitral	Intendente de Fondos y Seguros Previsionales	Rol de ingreso N.º 301968-2017	12 de diciembre de 2018
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales: Manuel Rivera Sepúlveda			
Actor: Cristian Alejandro Rebolledo Romero			
Demandado: Isapre Nueva Masvida S.A.			
Procedimiento aplicado: Arbitral			
2. CRITERIOS DE SELECCIÓN			
Descriptor: Isapre; Negativa de cobertura; Medicamento ambulatorio; Arancel Fonasa libre elección.			
Normativa aplicada: art. 189 y 190 del DFL N.º 1 de 2005;			
Tema Principal: Negativa de cobertura medicamento ambulatorio			
Temas Complementarios: Cobertura extracontractual.			
3. DESCRIPCIÓN			
Hechos: Isapre corta la cobertura extracontractual -en el mes de junio de 2017- que venía dando desde el año 2012 al medicamento Enbrel que requiere el demandante para el tratamiento de la patología Espondilitis Anquilosante que padece.			
Fundamentos de la sentencia: Luego de señalar el hecho controvertido, la normativa aplicable y las reglas del contrato de salud relacionadas, señala, en el considerando 6º: <i>“Que, de lo que se viene diciendo, se colige que la única vía posible a efectos de otorgar cobertura al fármaco solicitado, es que éste sea bonificado dentro del ítem de “Medicamentos en Hospitalización”, lo que implica necesariamente, la hospitalización del afiliado.</i>			

Al efecto, entiende esta Magistratura, que si el paciente hubiese estado hospitalizado, el medicamento reclamado hubiese sido bonificado según el plan de salud complementario vigente.”

El intendente fija el injusto en el considerando 7º: señalando: *“Que, en consecuencia, este Juez no puede soslayar el hecho que se está en presencia de una situación particular, y a todas luces de la máxima relevancia, lo cual deja en evidencia el perjuicio que ello conllevaría a la salud del paciente.*

En el mismo orden de ideas, pretender que se hospitalice al demandante para que reciba cobertura al tratamiento ambulatorio prescrito, significará un perjuicio económico para la Aseguradora, al tener que verse obligada a otorgar cobertura a los costos de varios eventos hospitalarios.”

Luego, da cuenta que otorgar cobertura sería ventajoso también para la Isapre, en el considerando 8º: *“Que, a la luz del criterio económico descrito, proveer al paciente del insumo que necesita, para ser administrado en forma ambulatoria, frente a una hospitalización tradicional, no sólo será más favorable para el afiliado, quien a través del mismo podrá ver mejorada su calidad de vida y su atención médica, sino que además representa desde el punto de vista económico, una manifiesta ventaja para la Isapre.”*

En el considerando 9º, señala una aparente inconsistencia, ya que la Isapre voluntariamente había otorgado cobertura a dicho medicamento por casi 5 años: *“Que, asimismo no se puede desatender el hecho de que la Aseguradora ya ha otorgado cobertura al tratamiento del demandante, aun cuando el Enbrel que se le administraban, también se encontraban dentro de la categoría de medicamentos ambulatorios, lo que a juicio de este Sentenciador constituye un contrasentido, toda vez que la negativa de cobertura del medicamento conllevaría una interrupción del tratamiento otorgado al paciente por casi 5 años por la sola circunstancia de no administrarse el medicamento de forma hospitalaria.*

Luego, en el considerando 10º, el Intendente fija el Derecho a la Vida en el centro de la controversia, así: *“Que, para resolver el caso planteado, este Tribunal no*

puede dejar de considerar, que el Derecho a la vida, el cual encuentra su consagración en el artículo 19 N° 1, inciso 1 de la Constitución Política de la República, no sólo abarca la existencia o subsistencia, de acuerdo a su sentido natural y obvio, sino también los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica por salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, de manera de proporcionar una extensión de su vivencia con dignidad, y en lo posible, sin sufrimiento.

Bajo la misma perspectiva, en su sentido pleno, y no sólo biológico, orgánico o vegetativo; pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida, que ella transcurra en un ambiente material y espiritual coherente con la dignidad del ser humano, en otras palabras, el derecho a la vida no es sinónimo de subsistencia inmersa en una atmósfera de riesgo.”

Luego, en el considerando 11º, se refiere al contrato de salud, así: “Que, este Tribunal debe reconocer, al resolver las controversias que se sometan a su jurisdicción, que el contrato de salud previsional se encuentra inserto en el ámbito de la seguridad social, y tiene por objeto asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud que las personas requieran, estableciéndose como un piso mínimo, -no máximo- el Arancel del FONASA para la Modalidad Libre Elección.

Con la idea recientemente expuesta, se procura enfatizar que el fin último del contrato de salud previsional pasaría a ser superfluo si no da solución, justamente, a su razón de ser, esto es, financiar prestaciones de salud a las personas que lo han suscrito, que las necesitan imperiosamente, no por decisión propia, si no por las circunstancias que los afectan.”

En el considerando siguiente, hace referencia al derecho a la protección de la salud: “12. Que, de este modo, atendida la pretensión concreta del demandante, así como la naturaleza de los bienes jurídicos en comento, esto es, el derecho a la vida y el derecho de protección a la salud, ha de tenerse presente que el artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, al asegurar a todas las personas el derecho a la protección a la salud, no sólo garantiza la posibilidad de optar entre

un sistema de salud público o privado, sino que obliga al Estado a resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Así las cosas, siendo la igualdad y la dignidad humana el fundamento del derecho a la protección de la salud invocado, sería contrario a las pretensiones de equidad propias del Estado que este Juez no emitiera pronunciamiento alguno respecto de la cobertura solicitada; pues, de ser así, no se estaría dando cumplimiento cabal al mandato constitucional de actuar como garante en materia prestacional.”

En el considerando 13º, señala estar obligado a reconocer el derecho a la protección de la salud, en tanto “operador gubernamental”: *“Que, de esta forma, considerando que el derecho de protección a la salud es un derecho fundamental cuya eficacia es independiente de la existencia o no de una norma que lo regule y que debe ser reconocido de oficio por parte de los servidores públicos, particularmente por los jueces, al encontrarse dicha garantía dotada de una fuerza normativa emanada de la Constitución, es obligación de esta Judicatura –en tanto operador gubernamental- velar por su aplicación, cumplimiento, eficacia y no infracción.”*

En el considerando siguiente, señala que el derecho fundamental señalado anteriormente, es un mandato que debe cumplir, así: *“14. Que, por consiguiente, a fin de dar cabal cumplimiento del mandato constitucional ya analizado, toca a esta Magistratura adoptar todas las medidas necesarias para otorgarle al paciente una protección integral y una calidad de vida apropiada, atendida su condición de salud, las características de la patología que motivó el suministro del medicamento Enbrel, y la importancia del mismo para el tratamiento de la patología que le afecta; no hacerlo, a todas luces, implicaría privarlo de tal beneficio.”*

En el considerando 15º en tanto, señala que la decisión de negar la cobertura por parte de la Isapre puede considerarse lícito, para posteriormente, comunicar la

decisión del caso: *“Que, como corolario de todo lo expuesto, si bien la decisión adoptada por la Aseguradora demandada, de no bonificar el medicamento Enbrel podría considerarse lícito -toda vez que se trata de una exclusión de cobertura- resulta objetivamente contraria a las normas de orden constitucional y a los principios generales del derecho latamente analizados.*

De este modo, habiéndose examinado la totalidad de los elementos allegados a la presente causa, y siendo ponderados los mismos conforme a las reglas de la sana crítica, a juicio de este Sentenciador, no caben dudas de que corresponde que Isapre Nueva Masvida S.A., otorgue a dicha prestación bonificación según el Plan de Salud vigente, como si se tratara de una prestación Hospitalaria, considerándose dentro del ítem “Medicamentos en Hospitalización”, dada la excepcionalidad de la situación de salud de la parte reclamante, y existiendo razones de orden legislativo superior.”

Decisión: acoger la demanda

4. SEGUNDA INSTANCIA

Sentencia: Frente a la Sentencia de primera instancia, se interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado por no presentar nuevos antecedentes, con fecha 24 de abril de 2019.

Decisión: rechazar el recurso de reposición.

Observaciones: Se repite el criterio visto en las fichas N.º 49 y 50º.