



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**RIESGOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL
DERECHO DE ACCESO A LOS MEDICAMENTOS**

**Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y
sociales**

Autora: Valeria Leticia Campos Soto

Profesor Guía: José Miguel Valdivia Olivares

Santiago, Chile

2022

“¿Por qué iba a sorprenderme? La oenegé de Bluhm mantiene un riguroso interés profesional por la distribución de medicamentos en el tercer mundo. Los medicamentos son el escándalo de África. Si algo denota la indiferencia occidental al sufrimiento africano, es la lamentable escasez de medicamentos adecuados, así como los abusivos precios que vienen cobrando las empresas farmacéuticas en los últimos treinta años.”

El jardinero fiel

AGRADECIMIENTOS

A los profesores Luis Cordero y Raúl Letelier por inspirarme a comenzar un camino por el Derecho Administrativo. Al profesor José Miguel Valdivia por su compromiso y paciencia.

A mis amigos de la universidad, sobre todo a Nicolás, por su constante apoyo y por las valiosas conversaciones que fueron un aporte decisivo para este trabajo.

A mis amigos Alejandro, Felipe y Joaquín por brindarme siempre su cariño y amistad, que fueron fundamentales estos últimos meses.

A mi familia, y especialmente a mi mamá. Sin su ayuda no habría logrado terminar este proyecto.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
I. JURISPRUDENCIA CHILENA.....	8
A. TIPOS DE CASOS	9
B. MECANISMOS PROCESALES.....	14
C. DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO	19
1. <i>Derecho a la vida</i>	19
2. <i>Igualdad ante la ley</i>	21
3. <i>Derecho de protección a la salud</i>	23
4. <i>Derecho de propiedad</i>	23
5. <i>Otros derechos</i>	24
II. EL DERECHO DE ACCESO A MEDICAMENTOS.....	26
A. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE ACCESO A MEDICAMENTOS?	27
1. <i>Derecho a la vida</i>	28
2. <i>Derecho a la salud</i>	31
3. <i>Derecho de acceso a los medicamentos</i>	36
B. RECONOCIMIENTO POSITIVO	38
1. <i>Derecho internacional</i>	38
2. <i>Derecho comparado</i>	42
3. <i>Derecho nacional</i>	46
C. LEY RICARTE SOTO	52
1. <i>Antecedentes</i>	53
2. <i>Estructura de la Ley</i>	54
3. <i>Consecuencias de la ley Ricarte Soto</i>	59
III. RIESGOS	62
A. <i>ALCANCES PREVIOS</i>	65
B. <i>RIESGOS</i>	69
1. <i>Riesgo médico</i>	69
2. <i>Riesgos sobre las finanzas</i>	73
3. <i>Igualdad ante la ley</i>	80
IV. PROPUESTAS.....	88
A. EN MATERIA DE LITIGIOS	88
B. POLÍTICAS PÚBLICAS	89
1. <i>Financiamiento</i>	90
2. <i>Producción nacional</i>	92
3. <i>Nuevos organismos</i>	93
4. <i>Mayor conocimiento científico</i>	93
5. <i>Prescripción y uso racional de medicamentos</i>	95
6. <i>Regulación de precios</i>	97

C. DEBATE NACIONAL.....	104
CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	110
JURISPRUDENCIA.....	121
ANEXO.....	122

RESUMEN

La judicialización del derecho de acceso a medicamentos de alto costo al margen de la Ley Ricarte Soto ha aumentado significativamente en los últimos años. Sin embargo, no es un fenómeno novedoso en Latinoamérica. Así, países como Colombia y Brasil también han enfrentado esta situación.

Es por esta razón que la presente memoria tiene por objetivo estudiar el problema de la judicialización de los medicamentos de alto costo, para dar cuenta de los efectos que puede provocar. Para ello se analizarán los casos que han llegado a tribunales, examinando sus elementos en común. Luego se buscará determinar en qué consiste el derecho de acceso de a medicamentos y a qué está obligado el Estado. Posteriormente se explicarán cuáles son los riesgos que puede generar la judicialización del acceso a medicamentos. Finalmente se explorarán algunas propuestas que ha ofrecido la experiencia comparada para solucionar esta problemática.

INTRODUCCIÓN

Las enfermedades raras o poco frecuentes han adquirido relevancia pública durante el último tiempo. Por una parte, este tipo de patologías se caracterizan por ser crónicas, degenerativas y asociadas a una disminución significativa en las expectativas de vida¹. Por otra parte, afectan a un porcentaje relativamente bajo de la población, por lo que los laboratorios tienen pocos incentivos para generar medicamentos que las traten. Esto trae como consecuencia que no haya muchos tratamientos disponibles, y las opciones que existen suelen tener precios excesivamente elevados.

Para hacerse cargo de esta problemática, se creó la ley 20.850 que “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos” (en adelante, indistintamente la “Ley”, la cual fue publicada en el año 2015. Los diagnósticos y tratamientos se financian a través del Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo. Este fondo se financia mediante aportes fiscales anuales (hasta 100.000 millones de pesos), donaciones, aportes mediante mecanismos de cooperación internacional y la rentabilidad que genere la inversión de los recursos. En septiembre de 2018 el Fondo ascendía a la suma de 179.570 millones de pesos. A diciembre del año siguiente, ya había aumentado a 199.487 millones de pesos².

Para que los tratamientos cuenten con protección financiera deben: i) tener un costo igual o superior al umbral señalado por la Ley, ii) haber sido objeto de una evaluación científica de evidencia favorable, iii) haber sido recomendados por la Comisión de Recomendación Priorizada, y iv) haber decidido su incorporación teniendo en consideración los estudios de la Dirección de Presupuestos sobre sustentabilidad financiera. Cumplidas estas condiciones copulativas, será un Decreto Supremo del Ministerio de Salud, suscrito por el Ministerio de Hacienda, el que determinará cuáles

¹ MEDINA, S. y KOTTOW, M. 2015. Ética de la protección y ley Ricarte Soto: de heridas y parches. Revista Chilena de Salud Pública 19(3), 308p.

² DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS. 2011. Informe trimestral. Fondo para Diagnósticos y tratamientos de alto costo. [en línea] Chile <https://www.dipres.gob.cl/598/articles-264041_doc_pdf.pdf> [consulta: 19 de julio de 2022].

tratamientos serán financiados. En la actualidad, la Ley contempla 27 enfermedades, cuyos diagnósticos y tratamientos son cubiertos en su totalidad.

Esto supuso una gran ayuda para las familias que debían soportar el alto precio de los medicamentos. Sin embargo, aún había enfermedades no cubiertas por la Ley. Las personas que padecían estas enfermedades acudían a los Servicios de Salud para solicitar que se les otorgaran los medicamentos, pero al no estar incluidos en la Ley, el Estado no podía acceder a su petición.

Es por esto que las familias comenzaron a presentar recursos de protección, alegando que se veía vulnerado el derecho a la vida y el derecho a la salud (aun cuando este último, salvo por su inciso final, no se encuentra contemplado en el artículo 20 de la Constitución³). Y, si bien las cortes de apelaciones entendían que no había un actuar ilegal o arbitrario por parte del Estado, la Corte Suprema estimó que efectivamente se ponía en peligro el derecho a la vida de los recurrentes, y que no podían invocarse argumentos de índole económica. Como resultado, la Corte ordenó a la Administración suministrar dichos medicamentos.

En un inicio, ingresaban pocos recursos de protección. Durante el 2017 se presentaron 6 recursos. Pero el año siguiente aumentó a 13 y el 2019 ya se habían interpuesto un total de 87 recursos de protección.

Y si bien sigue siendo una cantidad pequeña de casos, el dinero que se ha debido destinar para costear estos fallos no es menor.

Para ilustrar mejor esto, cabe hacer presente que desde marzo de 2016 hasta septiembre de 2018, el Fondo desembolsó un total de 122.504 millones de pesos en el financiamiento de tratamientos y diagnósticos de alto costo cubiertos por la Ley Ricarte

³ Artículo 20º: “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.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Soto⁴. Ahora bien, durante los años 2017, 2018 y 2019, la Corte Suprema acogió gran parte de los recursos de protección, obligando al Estado a financiar tratamientos de alto costo no contemplados en la Ley 20.850. Tomando en cuenta el valor anual promedio de los medicamentos, resulta que el 2017 los fallos significaron un gasto anual de \$US 2.760.000. El año 2018 la cifra llegó a un total de \$US 3.500.000. Y sólo durante el año 2019 los tribunales ordenaron al Estado financiar 41 tratamientos de alto costo por una suma de US\$19.830.216⁵.

El costo de estas sentencias puede significar un potencial peligro para la estabilidad financiera del Fondo. Esto se explica mejor si se comparan las cifras de la aplicación de la Ley y las del costo de los fallos antes mencionados. Así, durante el año 2019 el Fondo de la Ley 20.850 gastó 71.852.000.000 de pesos para costear los diagnósticos y tratamientos de alto costo de 8.127 pacientes. Esto da un gasto promedio de 8.841.146 de pesos por beneficiario. Ahora bien, si se analizan las sentencias del mismo año, el resultado es que se desembolsaron 13.920.811.553 pesos para costear los medicamentos de 41 personas, lo cual da un promedio de 339.531.989 pesos por paciente. Esto significa que por vía judicial se destinó un valor 38 veces mayor por recurrente que un beneficiario promedio de la Ley Ricarte Soto⁶.

Lo anterior da cuenta de una situación que puede llegar a ser muy problemática. Por ello, el objetivo de esta tesis consiste en explorar cuáles son los riesgos que puede generar el fenómeno de la judicialización del derecho de acceso a medicamentos de alto costo.

Para ello, en una primera parte se analizarán los casos que han llegado a tribunales, examinando sus elementos en común. Además, se examinarán los mecanismos procesales a través de los cuales se han canalizado los reclamos por prestaciones sanitarias y las garantías constitucionales que fundan los recursos de protección.

⁴ OBSERVATORIO JUDICIAL. 2019. Corte Suprema versus Ley Ricarte Soto. [en línea] Chile <<https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>> [consulta: 19 de julio de 2022]

⁵ OBSERVATORIO JUDICIAL. 2020. Informe N° 26. Corte Suprema versus Ley Ricarte Soto 2.0. [en línea] Chile <<https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/06/Informe-N°26-Corte-Suprema-vs-Ricarte-Soto-2.pdf>> [consulta: 19 de julio de 2022]

⁶ OBSERVATORIO JUDICIAL. 2020. Informe N° 26. Corte Suprema versus Ley Ricarte Soto 2.0. [en línea] Chile <<https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/06/Informe-N°26-Corte-Suprema-vs-Ricarte-Soto-2.pdf>> [consulta: 19 de julio de 2022]

En segundo lugar, se buscará obtener un concepto del derecho de acceso a medicamentos a partir de este análisis, el cual será complementado con el estudio de doctrina y de informes de organismos nacionales e internacionales. Además, se examinará cómo se ha reconocido este derecho en la legislación chilena y comparada.

En tercer lugar, se realizará una explicación del funcionamiento de la Ley Ricarte Soto, para comprender de forma acabada el sistema de ingreso de medicamentos al listado y su financiamiento.

Una vez explicados todos estos elementos y habiéndose aclarado el sistema y funcionamiento de la Ley Ricarte Soto, se pretende determinar cuáles son los riesgos que puede provocar la judicialización del derecho de acceso a los medicamentos.

En último lugar, se mencionarán algunas propuestas que han formulado los organismos internacionales y otros países con experiencia en la judicialización de este derecho, con el fin de remediar esta situación. La mayoría de ellas guarda relación con las políticas públicas en las que deberían enfocarse los gobiernos, destacando como una de las soluciones más efectiva la fijación de precios máximos.

Antes de finalizar esta parte es útil analizar la forma en que se consagra el derecho a la salud en el proyecto de nueva Constitución. Si bien este tema no será tratado en la investigación, se espera que la reflexión sirva para enfocar el problema en el futuro.

Así, el artículo 44 establece que:

- “1. Toda persona tiene derecho a la salud y al bienestar integral, incluyendo sus dimensiones física y mental.*
- 2. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan.*
- 3. El Estado debe proveer las condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de la salud, considerando en todas sus decisiones el impacto de las determinantes sociales y ambientales sobre la salud de la población.*
- 4. Corresponde exclusivamente al Estado la función y rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas.*

5. *El Sistema Nacional de Salud es de carácter universal, público e integrado. Se rige por los principios de equidad, solidaridad, interculturalidad, pertinencia territorial, desconcentración, eficacia, calidad, oportunidad, enfoque de género, progresividad y no discriminación.*
6. *Asimismo, reconoce, protege e integra las prácticas y conocimientos de los pueblos y naciones indígenas, así como a quienes las imparten, conforme a esta Constitución y la ley.*
7. *El Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado por prestadores públicos y privados. La ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan integrarse a este Sistema.*
8. *Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud.*
9. *El Sistema Nacional de Salud es financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema.*
10. *El Sistema Nacional de Salud incorpora acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e inclusión. La atención primaria constituye la base de este sistema y se promueve la participación de las comunidades en las políticas de salud y las condiciones para su ejercicio efectivo.*
11. *El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.”.*

Un primer elemento a considerar es que, a diferencia del artículo 19 N°9 de la Constitución de 1980, este artículo contempla muchos más componentes del derecho a la salud. Por una parte, el artículo abarca tanto la salud como el bienestar integral, incluyendo las dimensiones física y mental, con lo cual se acerca bastante a la definición otorgada por la Organización Mundial de la Salud.

Ahora bien, el precepto no consagra expresamente el derecho de acceso a medicamentos – más allá de las referencias a las medicinas de los pueblos indígenas –

como sí lo hacen otras constituciones que se examinarán más adelante. Sin embargo, en principio, esto no sería algo problemático. El profesor Lovera aclara que mencionar el derecho de acceso a medicamentos podría ser demasiado específico para una constitución. Lo verdaderamente relevante es que las prestaciones sociales requieren respuestas estructurales. El litigio sólo ofrece respuestas individuales. Por ello, la preocupación debería quedar recogida en obligaciones al Estado, por ejemplo, en políticas equitativas de prevención o recuperación de la salud⁷.

En ese sentido, es posible notar que el artículo construye un deber del Estado mucho más robusto. Por ejemplo, propone la creación de un Sistema Nacional de Salud, de carácter universal, público e integrado, lo cual fortalece el rol público del servicio. Esto no implica el fin de las prestaciones privadas. El artículo es claro en señalar que el Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado tanto por prestadores públicos como privados. Esto es relevante si se tiene en cuenta que para otorgar protección financiera a los beneficiarios de la Ley Ricarte Soto, el Fondo Nacional de Salud debe contar con una Red de Prestadores compuesta por prestadores públicos y privados.

Además, Valentina Fajreldin sostiene que las normas podrían beneficiar de forma directa a las personas en la medida que habrán una mayor oferta de prestaciones, lo que permitirá un acceso más rápido⁸.

Otro elemento a considerar es que el artículo se enfoca en el principio de la solidaridad, lo cual se traduce en que hay un solo fondo con todas las cotizaciones, y aunque se reúnan distintas cantidades de acuerdo con los porcentajes diferenciales de los/las chilenos/as que ganan diferente, todos pueden cubrir sus necesidades de manera igualitaria. En ese sentido, Marcos Vergara señala que el texto constitucional apunta a conformar un modelo más justo y equitativo⁹.

⁷ LOVERA, D. 2020. Seminario: Derechos sociales y Constitución: la experiencia comparada y lecciones para Chile: 27 de noviembre de 2020. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho.

⁸ MORENO, V. 2022. “Derecho a la salud ¿Cómo se implementará el nuevo Sistema Nacional de Salud consagrado en la nueva Constitución?”. [en línea] Universidad de Chile. 17 de junio de 2022. <<https://www.uchile.cl/noticias/187471/el-nuevo-sistema-nacional-de-salud-en-la-propuesta-de-constitucion>> [consulta: 19 de julio de 2022].

⁹ MORENO, V. 2022. “Derecho a la salud ¿Cómo se implementará el nuevo Sistema Nacional de Salud consagrado en la nueva Constitución?”. [en línea] Universidad de Chile. 17 de junio de 2022. <<https://www.uchile.cl/noticias/187471/el-nuevo-sistema-nacional-de-salud-en-la-propuesta-de-constitucion>> [consulta: 19 de julio de 2022].

Otro punto es que el artículo menciona la obligación de mantener programas de salud mental y aumentar progresivamente su financiamiento. Evidentemente la norma no especifica en qué enfermedades se gastará ni cuánto aumentará el presupuesto, pero esto es normal, ya que, como menciona Juan Carlos Said, las necesidades sanitarias varían año a año y la asignación debe realizarse con criterios técnicos. Así, enfermedades que fueron importantes en una época, han dejado de serlo. Estas rigideces no son necesarias si se tiene un sistema de salud enfocado en la solidaridad y en las urgencias del país¹⁰. Esto podría ayudar a la inclusión de nuevos diagnósticos y tratamientos.

Como se puede notar, la discusión sobre el derecho a la salud y el acceso a medicamentos es muy delicada, ya que involucra consideraciones de justicia distributiva que afectan a todo el país. Para salvar la vida y mejorar la salud de la mayor cantidad de personas se requiere establecer criterios justos que permitan distribuir de forma adecuada los recursos. En este sentido las decisiones judiciales no logran solucionar el problema de fondo, sino que desvirtúan las responsabilidades del poder ejecutivo en el diseño del presupuesto y en la previsión del gasto público.

Es por esto que la judicialización del acceso a medicamentos debe ser aprovechada como una forma de exponer la relevancia de este problema.

¹⁰ SAID, J.C. 2022. “Salud en la nueva Constitución: un paso en la dirección correcta” [en línea] Cooperativa. 14 de junio de 2022. <<https://opinion.cooperativa.cl/opinion/salud/salud-en-la-nueva-constitucion-un-paso-en-la-direccion-correcta/2022-06-14/163255.html> [consulta: 19 de julio de 2022].

I. JURISPRUDENCIA CHILENA

La judicialización del derecho de acceso a medicamentos en Chile es un fenómeno reciente que puede datarse (al menos) desde fines de la década de 1990. Uno de los primeros recursos de protección en la jurisprudencia nacional sobre esta materia data del año 1999; en este recurso José Gabriel Sierra Banda, un joven de 25 años con VIH, exigió al Hospital San José adquirir el medicamento “triterapia”, ya que era necesario para seguir con vida¹¹. Posteriormente, la judicialización ha evolucionado, en la medida en que se iban desarrollando nuevas necesidades y, a su vez, descubriendo nuevos tratamientos médicos. Durante la primera década del año 2000 este fenómeno se enfocó en los tratamientos de diálisis, los cuales buscaban aumentar la calidad de vida de los pacientes.

Antes de que se publicara la Ley de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud (Ley Ricarte Soto), el comportamiento de los tribunales respecto al acceso a medicamentos de alto costo se podía resumir de la siguiente forma. Las cortes de apelaciones acogían los recursos de protección presentados tanto contra el Ministerio de Salud, Fonasa o los respectivos Servicios de Salud como contra las Isapres. Sus fallos se fundaban en la protección del derecho a la vida, el cual no podía ser vulnerado por razones económicas. Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema revocaba los fallos de primera instancia, desarrollando un criterio uniforme: se revocaba si el medicamento no estaba en las guías clínicas o protocolos del Ministerio de Salud, y si no se había demostrado su efectividad en la curación de la enfermedad¹².

Esto último es lo que más llama la atención, ya que contrasta radicalmente con la forma en la que la Corte ha estado resolviendo estos casos en los últimos años.

En junio del año 2015 se promulgó la Ley Ricarte Soto que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo.

Entre los años 2017 y 2018 comenzaron a presentarse recursos de protección relacionados con medicamentos para “enfermedades raras” no contempladas en esta ley.

¹¹ ZÚÑIGA, A. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. Revista Estudios constitucionales 9(1), 44p.

¹² JIMÉNEZ, J. et al. 2012. Acceso a medicamentos de alto costo y enfermedades de baja frecuencia. En: SEMINARIO: Medicamentos de alto costo. Políticas para un mejor acceso: 22 de junio de 2012. Santiago, Pontificia Universidad Católica, Escuela de Medicina, Departamento de Salud Pública. 2011, 14p.

Uno de los casos más relevante fue “Díaz Hernández, Daniela contra Fondo Nacional de Salud y otros”. La Corte Suprema estimó que no debieran invocarse consideraciones de índole económicas cuando estaba comprometido el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de una persona¹³. Este fallo dio lugar a un notorio aumento en los recursos de protección interpuestos con el objetivo de obtener medicamentos y/o tratamientos de alto costo.

Desde el primer fallo sobre esta materia (julio del 2017) hasta octubre del año 2019, la Corte Suprema ha resuelto, al menos, 47 casos¹⁴. De ellos, 38 han sido acogidos y 9 sentencias han desestimado estos recursos.

En esta primera parte del trabajo se analizarán los tipos de casos o las situaciones de hecho que dan lugar a que los tribunales fallen de la forma en la que lo están haciendo. La tendencia de los tribunales, en general, ha sido acoger los recursos de protección, con un voto de minoría y ordenando a la Administración otorgar el medicamento solicitado.

A. TIPOS DE CASOS

En los casos de medicamentos que han llegado a tribunales en los últimos años es posible identificar varios elementos en común. Estas similitudes se manifiestan tanto en los antecedentes que llevan a la interposición del recurso, como en los argumentos esgrimidos al momento de resolverlo.

En la mayoría de los casos tenemos cinco elementos comunes¹⁵. En primer lugar, se trata de casos de personas expuestas a un riesgo vital grave. Es decir, si no reciben el tratamiento que solicitan, las probabilidades de morir son altas o se afecta gravemente la integridad física de la persona.

¹³ CORTE SUPREMA. Sentencia 6 de noviembre de 2018, Rol 17.043-2018. Considerando octavo.

¹⁴ Ver anexo.

¹⁵ CNN Chile: Luis Cordero ante derechos de prestación sanitaria: “La Corte Suprema aseguró que no puede primar el coste económico por sobre el derecho a la vida”, entrevistado por Fernando Paulsen. 2018 [en línea]. <https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/luis-cordero-ante-derechos-de-prestacion-sanitaria-la-corte-suprema-aseguro-que-no-se-puede-primar-el-coste-economico-por-sobre-el-derecho-a-la-vida_20181108/> [consulta: 6 de febrero de 2022].

En segundo lugar, el acceso a los medicamentos solicitados resulta prácticamente imposible para los recurrentes, debido al alto precio, por una parte, y, por otra parte, a que se trata de remedios únicos. El alto precio generalmente se debe al sistema de investigación de nuevos medicamentos. Este sistema inicia con un financiamiento a la investigación otorgado principalmente por la industria farmacéutica. El descubrimiento de medicamentos permite otorgar la patente por la invención del remedio por al menos 20 años, conforme al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). De esta forma, el tratado funciona como un incentivo a la investigación médica. Sin embargo, el resultado de este monopolio son precios excesivamente altos, los cuales vuelven los medicamentos inasequibles para la mayoría de las personas¹⁶.

En tercer lugar, se trata de medicamentos y/o tratamientos que se exigen por haber una recomendación médica que los sustenta. Sin embargo, los medicamentos no siempre cuentan con evidencia suficiente que asegure su efectividad. Esto se explica porque, en muchos casos, los tratamientos de este tipo de enfermedades son terapias más bien experimentales¹⁷. Éste es uno de los factores que hace que los tratamientos no estén cubiertos por la Ley Ricarte Soto.

En cuarto lugar, en todos estos casos hay un administrador de los fondos públicos que se ha negado a entregar los medicamentos solicitados por no tener el dinero suficiente para hacerlo. En los casos que se analizan, el administrador de fondos públicos corresponde a Fonasa, aunque también el Ministerio de Salud administra un fondo de auxilio. También se ha recurrido en contra de las Isapres.

Como último elemento tenemos que, en una parte importante de estos casos, las personas por quienes se interponen los recursos de protección son niños y niñas. Esto hace que la situación sea aún más preocupante.

Lo anterior implica que no estamos frente a una hipótesis donde la Corte Suprema diga que cualquier persona tiene derecho a que acojan su recurso de protección. Por el contrario, la Corte Suprema estaría acogiendo estos recursos por la suma de los elementos

¹⁶ Véase: BARDAZANO, G., et al. 2017. Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema. Montevideo: Udelar. 30-31pp., y MEDINA, S. y KOTTOW, M. 2015. Ética de la protección y Ley Ricarte Soto. Revista Chilena de Salud Pública 19(3), 308p.

¹⁷ SEGUEL, A. y ZABALA, X. 2019. Enfermedades de alto costo, crisis del costo / efectividad y biocidadanías emergentes en Chile. Revista Estudios Atacameños 1(62), 329p.

antes señalados. Así lo ha explicado la ministra Ángela Vivanco al indicar que “lo que sí hacemos, sin hacer un catastro, es decir que vamos a poner barreras en el sentido de que no todo aquel al que no se le da un medicamento implica que lo va a obtener por esta vía, sino que aquel que efectivamente esté en las condiciones extremas”¹⁸. Esto coincide con lo resuelto en fallos recientes 25.147-2019 y 29.215-2019, en los que se rechazó el recurso por cuanto la vida de los recurrentes no se encontraba en riesgo vital.

De esta forma, si el alto costo de los medicamentos debiera funcionar como un disuasivo para la Corte Suprema, aquí prima la situación de vitalidad extrema y la prestación sanitaria única, lo cual lleva a que los recursos sean acogidos. En cambio, cuando quien reclama tiene un tratamiento o medicamento alternativo disponible, la Corte Suprema rechaza los recursos de protección. En esos casos la Corte no interviene en la decisión administrativa de no acceder a la prestación de los medicamentos. En ese sentido, la ministra Vivanco ha declarado que “para obtener ese beneficio se debe pedir por la vía del recurso de protección y demostrar, no solamente que hace falta el medicamento, sino que no hay otra alternativa para el paciente y que, además, está arriesgando la vida. O sea, no es que nosotros vamos otorgando la generalidad de todos los medicamentos”¹⁹.

En los fallos de la Corte Suprema también es posible encontrar argumentos comunes a los diferentes casos.

En los recursos de protección que son acogidos se apela a una gran variedad de razones. Por una parte, uno de los argumentos más reiterado por los ministros de la Corte Suprema señala que no es posible invocar consideraciones de índole económica cuando lo que está en juego es la vida de una persona. Esta idea se muestra claramente en la sentencia Rol 25.009-2018:

[...]El único elemento que impide proporcionar este medicamento, como lo indicó la autoridad en su informe, son de carácter económico y presupuestario.

¹⁸ TORO, I. 2019. La pugna judicial por los medicamentos de alto costo. [en línea] La Tercera en Internet. 5 de octubre, 2019. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/la-pugna-judicial-los-medicamentos-alto-costo/848893/>> [consulta: 06 de febrero de 2022].

¹⁹ TORO, I. y TORO, P. 2019. Ángela Vivanco, ministra Corte Suprema: "No puede ser que el mensaje sea que por falta de recursos usted deba morir". [en línea] La Tercera en Internet. 5 de octubre, 2019. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/angela-vivanco-ministra-corte-suprema-no-puede-mensaje-sea-falta-recursos-usted-deba-morirse/848946/>> [consulta: 06 de febrero de 2022].

Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos Rol N° 43.250-2017, N° 8.523-2018, N° 2.494- 2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente 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 recurridos²⁰.

Por otra parte, se ha señalado enfáticamente que el hecho de acoger estos recursos no supone una intromisión en las facultades y deberes de la Administración en lo que respecta al diseño e implementación de políticas públicas. En ese sentido, ha reconocido que esa labor escapa de las atribuciones de la Corte, por cuanto corresponde a una función de otros órganos del Estado. Así también, la Corte ha afirmado que sólo está disponiendo la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar los derechos garantizados en la Constitución y que, por tanto, el hecho de acoger un recurso no alcanza a afectar las políticas públicas.

Un último argumento al que se recurre es a la obligación que tiene el Estado de proteger la salud de los niños, niñas y adolescentes. Este argumento se fundamenta en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece la obligación de asegurar el disfrute del más alto nivel de salud de niños, niñas y adolescentes. Esto implica, por un lado, que el Estado debe asegurar que ningún niño sea privado de los servicios sanitarios y, por otro lado, que no se puede invocar la falta de evidencia para negarle el acceso a las prestaciones sanitarias.

Estas razones son las que sustentan los votos de mayoría en gran parte de las sentencias. Los ministros que generalmente tienden a emitir votos favorables en este tipo de recursos son el ministro Sergio Muñoz y las ministras María Eugenia Sandoval y Ángela Vivanco.

Respecto a los votos de prevención y votos disidente, se han esgrimido diferentes argumentos.

²⁰ CORTE SUPREMA. Sentencia 2 de enero de 2019, Rol 25.009-2018. Considerandos séptimo y octavo.

Uno de ellos indica que la decisión de Fonasa no es ilegal ya que no cuenta con los recursos financieros para cubrir enfermedades que están fuera de los programas de la Ley Ricarte Soto. Si Fonasa los financiara, estaría creando un privilegio en favor de esas personas.

Un segundo argumento tiene que ver con la falta o inexistencia del medicamento recetado. En algunos casos, el remedio no se encuentra disponible en el país, por lo que acoger el recurso implicaría omitir la priorización que se ha hecho en la ley. En los casos en que el medicamento no existe en el país, el abogado integrante Pedro Pierry entiende que no pueden desviarse recursos en desmedro de las prestaciones que sí están cubiertas en el sistema.

En otros casos, se ha estimado que el Estado ha ofrecido una prestación médica que satisface el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución. No cabría, entonces, reputar la actuación como ilegal.

Por último, también se ha hecho referencia al efecto que puede llegar a producir el acoger el recurso de protección, respecto de las demás personas que requieren una atención sanitaria. Así lo ha manifestado el ministro Arturo Prado en la causa Rol 20.672-2018, cuyo voto de prevención señala que

[...] el acogimiento del recurso supondría pasar por encima de las prioridades establecidas por la autoridad de Salud, encargada por ley de su elaboración y de racionalizar su distribución, conforme a un presupuesto. Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en cuanto a la asistencia no pueden pasar a llevar las políticas preestablecidas sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que, probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo²¹.

En este sentido se han pronunciado el ministro Arturo Prado y los abogados integrantes Pedro Pierry y Álvaro Quintanilla.

²¹ CORTE SUPREMA. Sentencia 27 de diciembre de 2018, Rol 20.672-2018. Voto de prevención.

B. MECANISMOS PROCESALES

Si hay algo que caracteriza a estos reclamos por prestaciones sanitarias, es que todos se han canalizado a través del mismo mecanismo procesal: el recurso de protección. No resulta extraño que se haya optado por esta opción.

Para recordar, el recurso de protección es “una acción judicial de naturaleza cautelar destinada a amparar el ejercicio de derechos fundamentales”²². En cuanto a la legitimación activa, cualquier persona titular de los derechos fundamentales señalados en el artículo 20 de la Constitución puede presentar la acción, incluso un tercero. A su vez, ésta puede ser interpuesta contra cualquier persona, ya sea natural o jurídica, pública o privada. Por otra parte, debe probarse que ha habido una acción u omisión, la que debe ser ilegal o arbitraria, y que ha provocado la amenaza, privación o perturbación de alguna de las garantías contempladas en el artículo 20.

En cuanto al fondo, el recurso de protección resulta una acción judicial ideal ya que tiene como objetivo tutelar el ejercicio de derechos fundamentales. Los recurrentes estiman que a través de la negación a la entrega de los medicamentos solicitados vulneraría el derecho a la vida. Estas peticiones también se fundamentan en el derecho a la igualdad ante la ley, la salud y la propiedad. El derecho a la vida, al ser uno de aquellos contemplados en el artículo 20 de la Constitución, permite recurrir de protección para solicitar el tratamiento. Más adelante se profundizará sobre cuál es el derecho efectivamente afectado.

Sin embargo, hay otras razones que han llevado a utilizar el recurso de protección como vía de impugnación de decisiones administrativas. Alejandro Vergara explica que “ante la falta de una jurisdicción especializada, cada vez que un particular enfrenta con la Administración y no es posible recurrir a las otras vías de reclamos existentes, la vía de acción más utilizada, desde su creación en 1976-1980, es el *recurso de protección*”²³. Así, una de las razones prácticas que lleva a usar este recurso guarda relación con el hecho de que la aplicación de este recurso es extraordinariamente amplia. Este mecanismo “por

²² VALDIVIA, J. M. 2018. Manual de derecho administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch. 410p.

²³ VERGARA, A. 2011. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En: ARANCIBIA, J. MARTÍNEZ, J. y ROMERO, A. (Coordinadores). Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública. Universidad de los Andes. Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 37-63pp.

una parte, está establecido en beneficio de toda persona en contra de cualquier otra (tanto privada como pública). Por otra, los derechos fundamentales que está destinado a amparar han recibido una interpretación extensiva en la jurisprudencia [...] abarcando un sinnúmero de problemas prácticos. Estas características han permitido su uso intensivo como acción contencioso administrativa en los más variados ámbitos de actividad estatal”²⁴. Otra característica de gran importancia es el breve período del proceso de esta acción, en comparación con los años que puede demorar un proceso civil ordinario. Además, hay que tener en cuenta que actualmente se exige sólo una mención de los hechos que pueden vulnerar las garantías del artículo 20, a diferencia de la exigencia de fundamentación suficiente que existía antes de la modificación del auto acordado²⁵.

No obstante, diferentes autores han criticado el uso excesivo del recurso de protección para impugnar cualquier acto administrativo.

Andrés Bordalí afirma que el recurso de protección, tal como está planteado hoy en día, “actúa violando dos pilares fundamentales del Estado de Derecho como lo son el debido proceso y el principio de responsabilidad”²⁶. Juan Carlos Ferrada repara en que la celeridad de este proceso podría producir un riesgo de denegación de justicia al suprimir el derecho a defensa del recurrido²⁷. En el mismo sentido, José Miguel Valdivia señala que mediante un mecanismo cautelar adecuado podría obtenerse un resultado similar al de recurso de protección, sin necesidad de invocar derechos fundamentales ni correr el riesgo de vulgarizar la forma en que se les está concibiendo. Agrega que, debido a la estructura de este mecanismo, el debate resulta en extremo concentrado, lo cual no lo hace adecuado para canalizar discusiones complejas²⁸.

Respecto al carácter especializado de la Administración, Francisco Zúñiga explica que “el recurso de protección no es la vía procesal idónea para impugnar decisiones administrativas adoptadas con sujeción a una competencia y procedimiento tasados de

²⁴ VALDIVIA, J. M. 2018. op. cit., 410p.

²⁵ BERMÚDEZ, J. 2010. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?. Revista de Derecho (Valdivia) 23(1), 112-113pp.

²⁶ BORDALÍ, A. 2006. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho (Valdivia) 19(2), 122p.

²⁷ FERRADA, J. C., BORDALÍ, A. y CAZOR, K. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho (Valdivia) 14(1), 74p.

²⁸ VALDIVIA, J. M. 2018. op. cit., 424-425pp.

órganos técnicos de la Administración del Estado”²⁹. Advierte también, que el control jurídico tiende a pecar de cierto activismo judicial, y que encuentra en el recurso de protección el sucedáneo anómalo del contencioso administrativo³⁰.

Como se ha visto, el recurso de protección es el mecanismo procesal por excelencia para impugnar decisiones administrativas y ha sido el único mecanismo que se ha utilizado en los casos de acceso a medicamentos. Aun así, se explorarán otras dos opciones que podrían utilizarse para reclamar estas demandas.

La primera opción es la vía civil. Una acción que puede llegar a ser muy útil es la acción de daño contingente. De acuerdo al artículo 2333 del Código Civil, esta acción procede en aquellos casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas determinadas o indeterminadas. Que el daño sea contingente significa que puede o no suceder. El daño puede ser de cualquier naturaleza, es decir, ser tanto material como moral. En los casos analizados, el daño que puede acaecer es la muerte del paciente. Para ello, deben existir indicios que permitan temer que se produzca el daño. La información médica disponible respecto a la efectividad del medicamento, así como la alta probabilidad de muerte por tratarse de una enfermedad catastrófica pueden constituir buenos indicios. También deberá probarse la imprudencia o negligencia del Estado, la que puede consistir en una acción o en una omisión.

En este caso, la decisión de no entregar los medicamentos puede dar lugar a una omisión negligente, considerando la consecuencia que esto puede llegar a producir. Por otra parte, el legitimado pasivo debe estar en condiciones de prevenirlo, lo cual es relevante si se tiene en cuenta que el Estado “asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud”. Acoger la demanda implica que el juez impondrá las medidas destinadas a prevenir el riesgo, siendo posible ordenar a la Administración la entrega periódica de los fármacos. Por último, se estima que el procedimiento aplicable es el juicio sumario, debido a que la acción requiere una tramitación rápida³¹. Sin embargo, es

²⁹ ZÚÑIGA, F. 2007. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte* 14(2), 134p.

³⁰ ZÚÑIGA, F. 2008. El control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. *Revista Ius et Praxis* 14(2), 281p.

³¹ DÍEZ, J. L. 2016. La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1(46), 136-149pp.

evidente que la tramitación no es más rápida que la del recurso de protección, lo que podría explicar que no se haya utilizado esta alternativa.

La acción antes referida tiene un fin preventivo, pero si el daño ya se produjo (el paciente muere), evidentemente ya no resulta útil. En tales circunstancias, la opción es demandar la responsabilidad médica por falta de servicio. En materia de medicamentos, se producen más errores de los que se piensa, pero no son muchos los casos que llegan a tribunales. Así, para demandar al Estado por falta de servicio debe imputársele una actuación negligente. En los casos estudiados por el profesor Cárdenas, los supuestos corresponden a

a) la administración del medicamento equivocado de acuerdo al estado de salud o condiciones del paciente y

b) la aplicación inapropiada del medicamento³².

No obstante, en el caso Gómez Cortés con Servicio de Salud Atacama³³, el Servicio fue condenado a pagar una indemnización de \$30.000.000 por daño moral. Éste se habría producido debido a que el Servicio de Salud carecía del medicamento requerido para la recuperación del paciente, lo que provocó la muerte del niño, y por ello su madre demandó al Servicio.

También se ha indicado como otra hipótesis de *falta de servicio* aquella en que la “falta” del órgano se configure por infracción a reglamentos de gestión y dotación del Servicio³⁴. De acuerdo al artículo 16 del Reglamento de Hospitales y Clínicas (Decreto Supremo N° 161/1982) existe un catálogo de prestaciones y su incumplimiento negligente constituirá hipótesis de falta de servicio. Una de esas prestaciones justamente consiste en disponer, como mínimo, de *medicamentos de urgencia*. Ahora bien, es discutible qué puede entenderse por medicamentos de urgencia. Sobre este tema se profundizará en el siguiente capítulo.

La otra opción es declarar la inconstitucionalidad de la Ley Ricarte Soto. El principal argumento de los recursos de protección consiste en que la denegación a la

³² CÁRDENAS, H. y MORENO, J. 2011. Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta servicio. Santiago, Legal Publishing Chile. 104p.

³³ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. Sentencia 9 de julio de 2010, Rol 21-2010.

³⁴ CÁRDENAS, H. y MORENO, J. op. cit. 135p.

entrega de los medicamentos vulneraría el derecho a la vida y el derecho a la salud. La no entrega de los medicamentos está condicionada al hecho de que las patologías que requieren esos remedios no están contempladas dentro de la Ley Ricarte Soto. No obstante, la decisión de no entregar los medicamentos puede provocar la muerte o el deterioro en la salud del paciente. Así, se podría plantear que la Ley Ricarte Soto sería contraria a la garantía del derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud. Esto podría llevar a pensar que la norma es inconstitucional. Entonces procedería recurrir al Tribunal Constitucional, presentando un requerimiento de inaplicabilidad para un caso en concreto. Una vez acogido el requerimiento, podría requerirse la inconstitucionalidad de la norma, de manera que sea expulsada del ordenamiento jurídico.

También es posible declarar una inconstitucionalidad parcial. Esto quiere decir que no se elimine toda la Ley, sino sólo los requisitos que ésta impone para incluir las patologías dentro de aquellas que se financiarán. Así, al ser tan exigente los requisitos podrían resultar contrarios al numeral 19 N° 1 y 9, al impedir que pacientes accedan a los tratamientos que requieren, poniendo en riesgo su vida y salud.

Para declarar la inaplicabilidad y, posteriormente, la inconstitucionalidad, se requiere una gestión pendiente. Ésta puede consistir en un recurso de protección o las demandas civiles antes señaladas. Sin embargo, parece ser más favorable el recurso de protección. Las inaplicabilidades, en general, demoran más años de los que puede tener un paciente que sufre de una enfermedad catastrófica sin los medicamentos. Es por esto, que se recomienda recurrir de protección, y solicitar como orden de no innovar la administración de los medicamentos. La orden puede pedir la suspensión de la decisión administrativa, fundándose en la urgencia que requiere la actuación para evitar el perjuicio inminente a la vida, a la integridad física y psíquica, y a la salud del paciente³⁵. De esta forma, este recurso servirá como gestión pendiente del requerimiento de inaplicabilidad. El requerimiento puede solicitar la suspensión del procedimiento del recurso, para que no se falle antes de resolverse la inaplicabilidad. Así, puede asegurarse que la Corte no pueda fundamentar su rechazo en la Ley Ricarte Soto. Incluso si no consiguiera que la Corte Suprema acoja el recurso, la decisión favorable a la inaplicabilidad basta para requerir la inconstitucionalidad de la Ley. En cualquier caso, el último año, el período de tramitación de inaplicabilidades ha disminuido

³⁵ Así se ha solicitado en los recursos de protección 7.484-2019, 7.667-2019, 8.319-2019 y 17.600-2019.

considerablemente, por lo que podría no ser necesaria la orden de no innovar. No obstante, en situaciones de enfermedades catastróficas, esta disminución puede no ser suficiente.

Como se ve, los mecanismos señalados suelen tomar varios años en resolverse, a diferencia del recurso de protección que, por su carácter de urgencia, se resuelve en unos meses. Así, debido a las razones expuestas anteriormente y la especial circunstancia en que se encuentra el recurrente (de vida o muerte, o al menos de un rápido deterioro de su salud), la vía por la que se ha optado en todos los casos analizados ha sido la acción de protección.

C. DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO

En los recursos de protección analizados, se puede constatar que no siempre se fundan en los mismos derechos afectados. Esto es importante ya que, en el año 2010, Alejandra Zúñiga advertía una jurisprudencia desordenada e incoherente en esta materia. En efecto, señaló que cuando el recurrido es un particular se estimaba que se vulneraba el derecho a la vida. En cambio, si el ente involucrado es el Estado, sólo se estaba ante la violación del derecho a la protección de la salud³⁶.

Es por ello que, a continuación, se presentan los derechos que han servido de fundamento a los recursos de protección del período estudiado.

1. Derecho a la vida

Todos los recursos se han fundamentado en el numeral 1° del artículo 19, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Como se indicó

³⁶ ZÚÑIGA, A. 2010. Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE. *Revista de Derecho (Valdivia)* 23(2), 125p.

anteriormente, un factor relevante que lleva a la Corte Suprema a acoger los recursos es el estado de extrema gravedad en la que se encuentran los recurrentes³⁷.

Normalmente la petición del medicamento se funda en la prescripción de un médico, el cual estima, en su calidad de experto, que es la única forma de salvar la vida de la persona. Por ello, al estar sin tratamiento producto de la decisión administrativa, se pone en riesgo su vida. En estos casos, estamos frente a la vulneración del derecho a la vida propiamente tal.

En otros casos, la situación del recurrente no es de vida o muerte, pero sí lo suficientemente severa como para deteriorar su salud. El argumento aquí es que la no entrega de medicamentos puede afectar su integridad física. Más claramente, se señala que la negativa de Fonasa a cubrir el tratamiento “perjudica la integridad física de la recurrente, pues cada día que transcurre sin medicación, su cuerpo se va dañando de forma progresiva e irrecuperable”³⁸.

En cuanto a la integridad psíquica, la vulneración va aparejada con el daño emocional que puede provocar el no tratamiento de la enfermedad. Así, se indica que la medida adoptada por Fonasa estaría “perjudicando su integridad síquica al ser testigo de cómo su cuerpo y vida se van agotando mientras que el Estado de Chile, otorgan a otros pacientes igual que ella la misma medicación que requiere”³⁹.

En los casos en que se argumenta el riesgo de la vida del paciente, como en aquellos en que se invoca la integridad física y psíquica, se está entendiendo el derecho a la vida en los términos de Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Estos autores señalan que “el derecho a la vida representa, entonces la facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad

³⁷ Al consistir en enfermedades raras y graves, no hay muchos medicamentos conocidos ni disponibles para tratarlas. Lo primero implica que la investigación científica no ha encontrado suficientes opciones. Esto puede deberse a que, al tratarse de enfermedades poco frecuentes, no ha habido un buen incentivo a la investigación en esa materia, o bien, a que la solución de tratamiento simplemente es muy difícil de hallar. De esto se sigue que no existan muchos tratamientos disponibles, porque al haber pocas opciones y al existir un monopolio respecto de esas opciones por el ADPIC, los precios son excesivamente elevados.

³⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 12 de junio de 2017, Rol 16.155-2017. Visto primero.

³⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 12 de junio de 2017, Rol 15.477-2017. Visto primero.

sustancial propio del hombre. No sólo, pues en su dimensión biológica, en la integridad física, sino que también en lo psíquico”⁴⁰.

2. Igualdad ante la ley

Otro argumento que sustenta este tipo de recursos es la lesión el derecho a la igualdad ante la ley. Los recurrentes suelen alegar que en la decisión de no entregar el medicamento hay una discriminación arbitraria. Esta discriminación se da de dos formas.

En un caso, la discriminación se produce respecto de las otras personas a las que el Estado sí les entrega el remedio que el recurrente también necesita. Para acreditar esta situación, el recurrente argumenta que el Ministerio de Salud habría accedido a la solicitud de cobertura de tratamiento. Esto se manifestaría en el envío que hizo la institución de la “Indicación de Terapia de Reemplazo Enzimático” y la posterior coordinación para el despacho del medicamento. Estos hechos darían cuenta de la intención del Estado de amparar económicamente al recurrente. Por ello estima que el Ministerio de Salud no pudo desconocer su propia manifestación de voluntad y modificarla arbitrariamente atendiendo a la falta de fondos. Si el programa de Fonasa buscaba financiar el tratamiento, el Estado debía permitir el ingreso de quienes padecen la enfermedad. Fonasa por su parte, explicó que, debido a la falta de fondos, debían abocarse a financiar la continuidad de los tratamientos de los pacientes del programa, por lo cual no era posible ingresar nuevos pacientes⁴¹.

Cabe preguntarse si estamos frente a personas en una misma situación a quienes no se les otorga lo mismo. Por una parte, se trata de pacientes que padecen una misma enfermedad. Por otra parte, la igualdad entre las personas para acceder al tratamiento podría consistir en encontrarse dentro del programa, en cuyo caso no se estaría vulnerando el derecho de igualdad ante la ley.

⁴⁰ VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA, H. 2005. Derecho Constitucional. Tomo I. 2º Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 199p.

⁴¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 12 de junio de 2017, Rol 16.155-2017.

La segunda forma de discriminación que se ha alegado corresponde a la situación económica. El argumento consiste en que se afecta a la igualdad ante la ley, por cuanto el poder acceder al medicamento o no estaría condicionado por la capacidad económica de cada uno. Por ello, la situación socioeconómica y la enfermedad de la que padece el recurrente no justifica privar, perturbar ni amenazar sus derechos⁴².

Es interesante tener presente que en los recursos se señala que los recurrentes son niños y niñas y que, por esta razón, se trata de sujetos vulnerables. Pero esta vulnerabilidad no se alega como fundamento de la afectación del derecho de igualdad ante la ley⁴³. Alejandra Zúñiga advertía que podríamos estar frente a una discriminación por parte de la Administración al no garantizar a todos el mínimo sanitario. Especialmente si la cobertura se restringía en razón de circunstancias como la **edad**, el sexo o el lugar de residencia⁴⁴ (énfasis añadido).

La misma idea existe a nivel internacional. Alicia Ely Yamin aclara que, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, el trato diferenciado en acceso a medicamentos en la práctica será invalidado casi con toda seguridad si la negativa está basada en un “estatus prohibido”. En Chile se habla de “categorías sospechosas” y entre estas razones prohibidas se encuentran la raza, color, sexo, religión, opinión política o de otro tipo, nacionalidad, origen, estrato económico, nacimiento o *cualquier otra condición social*, como la homosexualidad⁴⁵. Esto explica que en los primeros casos en los cuales se exigía prestaciones sanitarias, se argumentaba que había una infracción a la igualdad ante la ley debido a que los recurrentes eran personas con VIH. El argumento era que al tratarse de personas con VIH estábamos frente a un grupo especialmente vulnerable, al cual no puede discriminarse⁴⁶.

⁴² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 14 de octubre de 2019, Rol 68.243-2019.

⁴³ Sobre la obligación de los Estados de garantizar a individuos y grupos desaventajados el acceso a medicamentos, véase: HUNT, P. y KHOSLA, R. El derecho humano a los medicamentos. 2008. Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos 5(8), 101-118pp.

⁴⁴ ZÚÑIGA, A. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. op. cit. 55-56pp.

⁴⁵ YAMIN, A. E. 2003. Not just a tragedy: Access to medications as a Right Under International Law. Boston University International Law Journal 21(2), 350p.

⁴⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Informe N° 29/01. Caso 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez y Otros [en línea] El Salvador <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/ElSalvador12.249.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

3. Derecho de protección a la salud

Otro de los argumentos que se repite en los recursos de protección es que la decisión de las instituciones de salud de negarse a otorgar los remedios implicaría una vulneración del derecho a la salud, contemplado en el artículo 19 N° 9. Claramente este tipo de afectación se relaciona con el derecho a la vida y a la integridad física. En efecto, la falta del tratamiento adecuado puede provocar un grave daño a la salud. Sobre este numeral hay que hacer dos apreciaciones.

La primera es que este numeral garantiza el derecho a la protección de la salud, mas no el derecho a la salud. Esta redacción se debe a que resulta materialmente imposible asegurar la salud de todas las personas. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, según la Organización Mundial de la Salud, la salud corresponde al “estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁴⁷.

En segundo lugar, el artículo 20 contempla sólo el inciso final del numeral 9°, esto es, “el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. Esto significa que, si bien el Estado tiene como misión propender al bien común, formalmente no es posible interponer la acción de protección fundado en otro inciso del numeral noveno que no sea el final. De todas maneras, el argumento del recurrente respecto a este derecho consiste en que “se vulnera su derecho a la protección de la salud, al incumplirse el mandato constitucional por los recurridos, al impedirse su acceso a un justo tratamiento medicamentoso”⁴⁸.

4. Derecho de propiedad

En otras ocasiones se ha argumentado que se vulnera el derecho de propiedad. En estos casos, se trata de personas a quienes se les estaba otorgando el tratamiento y que,

⁴⁷ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

⁴⁸ CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. Sentencia 26 de agosto de 2017, Rol 558-2017. Visto primero.

por diversas razones, la institución de salud decide no continuar entregándoselo. El recurrente alegó que “debemos entender necesariamente que tengo un derecho adquirido respecto a la entrega de los medicamentos toda vez que han sido entregados antes por el hospital y no han variado las circunstancias que llevaron a los médicos del Hospital a entregar dichos medicamentos y ordenar la realización del tratamiento”⁴⁹.

Igualmente se ha señalado que, aun cuando no se ha otorgado el remedio antes, por haberse manifestado la clara intención de financiar el tratamiento, se consolidaría una situación jurídica. Por esta razón, el derecho ingresaría al patrimonio del recurrente de forma permanente, pudiendo el titular exigir el cumplimiento de la obligación.

5. Otros derechos

En menor cantidad, los recursos han tenido como fundamento, además de las garantías antes mencionadas, otros tres derechos.

En tres recursos se alegó la afectación del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Por otra parte, durante el año 2019, dos recursos invocaron el artículo 19 N° 22, indicando que la actividad administrativa conllevaba una vulneración al derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica. En un caso, se apeló al derecho al honor del paciente y la familia que se podría haber visto afectada.

Desafortunadamente, los recursos se limitaron a mencionar los numerales, sin profundizar en la forma en la que la Administración vulneró dichas garantías constitucionales.

Así, en el 100% de los casos, se ha abogado por la afectación del derecho a la vida, pero también en otros recursos se han fundamentado en la vulneración de dos o más de los derechos mencionados anteriormente. El derecho a la vida, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad se encuentran incluidos en el artículo 20, por lo que respecto de ellos es posible presentar una acción de protección. Por el contrario, el

⁴⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Recurso de Protección Rol 34.517-2018.

numeral 9º en su dimensión de garantizar el derecho a la salud propiamente tal, queda fuera de este recurso. Sin embargo, pareciera ser que justamente lo que está detrás de estos recursos es el derecho a la salud. En efecto, uno de los componentes del derecho a la salud tradicionalmente ha sido el derecho de acceso a los medicamentos.

El derecho a la salud siempre ha sido un tema complicado por tratarse de un derecho social. Los derechos sociales involucran recursos económicos y, por ello, la decisión de cuánto se garantiza de cada uno suele estar condicionada a la capacidad económica del Estado. Se ha entendido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud – y, por ende, de acceso a los medicamentos – está sujeto a la realización progresiva y a la disponibilidad de recursos, en concordancia con el artículo 2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁰. Esto no quiere decir que los Estados puedan excusarse de cumplir cualquier obligación en materia de medicamentos por razones económicas, pero sobre este punto se profundizará en el siguiente capítulo.

De todas maneras, es necesario adelantar que es incorrecto decir que la protección a la salud no sea un derecho por tener como objeto bienes escasos. El profesor Fernando Atria señala que el que dice eso “está diciendo que como no es posible dar satisfacción plena a todos, entonces nadie tiene derecho a nada. Esto es una confusión. Del hecho de que dadas las restricciones materiales no pueda darse satisfacción plena a todos no se sigue que nadie entonces tenga ese derecho, sino que los recursos escasos han de distribuirse entre todos los que tienen derecho de modo que todos reciban la mayor satisfacción posible [...] Que la educación o la salud sean un derecho no implica que todos han de recibir lo mismo, sino que el criterio de distribución de las prestaciones respectivas ha de ser un criterio que descansa en el reconocimiento de la igualdad de todos”⁵¹.

⁵⁰ HUNT, P. y KHOSLA, R. 2008. El derecho humano a los medicamentos. Sur Revista internacional de derechos humanos 5(8), 106p.

⁵¹ ATRIA, F. 2014. Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público. Santiago, LOM Ediciones. 60-61pp.

II. EL DERECHO DE ACCESO A MEDICAMENTOS

Como se advierte a la luz de la jurisprudencia analizada en el primer capítulo, la pretensión de entrega de medicamentos se sustenta en diferentes derechos constitucionales. Éstos son el derecho a la vida, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la salud y el derecho de propiedad.

El derecho a la igualdad ante la ley está relacionado con una discriminación arbitraria respecto de los pacientes a quienes sí se les otorga el medicamento, por una parte, y respecto de quienes tienen una mejor situación económica para acceder a ellos, por la otra.

El derecho de propiedad fundamenta los recursos cuando se estima que hay un derecho adquirido. Este derecho adquirido procedía de un tratamiento ya otorgado al recurrente. Pero también se considera que hay un derecho adquirido cuando la autoridad mostraba una clara intención de financiar dicho tratamiento.

A pesar de que estos dos derechos son enunciados reiteradamente en los recursos, el fondo de ellos pareciera no estar allí. Más bien, la entrega de los medicamentos se relaciona íntimamente, o con el derecho a la vida, o con el derecho a la salud.

Por un lado, en los casos de extrema gravedad, la decisión de no entregar los medicamentos pone en riesgo la vida del recurrente, por lo que se estaría vulnerando esta garantía constitucional.

Por otro lado, el hecho de no tener acceso a los medicamentos evidentemente perjudica la salud del paciente. Lo anterior resulta especialmente complicado en este tipo de enfermedades, ya que se caracterizan por atacar de una forma muy agresiva el estado físico de las personas. Esto conlleva un rápido deterioro en la salud de los recurrentes. Esta segunda parte busca explorar si efectivamente existe un derecho de acceso a medicamentos y en qué consiste. Para ello se pretende dilucidar si forma parte del derecho a la vida o del derecho a la salud. Lo anterior permitirá determinar si la noción de derecho de acceso a medicamentos coincide con lo exigido por los recurrentes y con la manera en que han formulado esta pretensión.

A. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE ACCESO A MEDICAMENTOS?

Un elemento preliminar para tener en cuenta es la relación entre los derechos humanos y el acceso a medicamentos. El concepto de derechos humanos tiene su base en la condición del hombre como especie. Su fundamento se encuentra en que el hombre puede razonar y comunicarse con un lenguaje, siendo la vida lo más preciado del ser humano, junto con su dignidad y su libertad para decidir lo que hace con ella. La vida y su dignidad están muy ligadas con la salud y con las opciones de empleo de medicamentos para poder conservarla⁵². Esto explica que el acceso a medicamentos sea tratado como un tema de derechos humanos.

En febrero de 2015 se celebraba en Ginebra el Foro Social, organizado por la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este foro giró en torno al acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y mental. Allí, Marthin Khor, director ejecutivo del Centro del Sur, calificó el acceso a los medicamentos como uno de los conceptos básicos del disfrute de los derechos a la salud y a la vida.

A su vez, la doctora Schiavon advirtió que garantizar el acceso a instalaciones de salud (lo que tradicionalmente se conoce como tratamientos) era esencial para garantizar el ejercicio de los derechos humanos, incluidos el derecho a la salud y a la vida⁵³.

Desde la doctrina, tanto nacional como comparada, se han esbozado diferentes conceptos que permiten comprender el alcance del acceso a medicamentos desde el enfoque del derecho a la vida y el derecho a la salud.

⁵² ÁLVAREZ-FALCONÍ, P. 2009. Derechos humanos en política de medicamentos: perfiles fundamentales. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 26(4), 563-564pp.

⁵³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2015. Acceso a los medicamentos en el contexto del derecho a la salud [en línea] Ginebra <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/OHCHR_2015-Access_medicines_ES_WEB.pdf> [consulta: 06 de febrero de 2022].

1. Derecho a la vida

Para considerar que el derecho de acceso a medicamentos forma parte del derecho a la vida es necesario comprender qué significa tener derecho a la vida. La profesora Alejandra Zúñiga, citando a Judith Jarvis Thomson, explica que este derecho puede entenderse fundamentalmente de tres maneras.

En primer lugar, como un derecho que supone una obligación tanto negativa como positiva. Esto significa, por una parte, el derecho a no ser privado de la vida –a que nadie me mate– y, por otra, el derecho a recibir al menos lo mínimo indispensable para sobrevivir.

En segundo lugar, algunos interpretan el derecho a la vida de modo más estricto y sostienen que éste no incluye el derecho a recibir algo por parte del Estado, sino que supone únicamente el derecho a que nadie atente contra mi vida.

Por último, se sostiene que esa obligación de abstención admite excepciones como la legítima defensa o la pena de muerte, de manera que tenemos derecho tan sólo a que nadie nos prive *arbitraria* o injustamente de la vida⁵⁴. Esta última interpretación es la posición mayoritaria en la doctrina nacional.

No obstante, en ciertas situaciones el acceso a medicamentos y a tratamientos resulta imprescindible para garantizar la vida de las personas. Una muestra de este tipo de situaciones son los casos analizados en el capítulo anterior. Allí el estado de extrema gravedad en el que se encontraban los pacientes volvía indispensable la entrega de los remedios para mantenerlos con vida. Es aquí donde cobra relevancia la primera interpretación, ya que permite considerar que el acceso a los medicamentos está contemplado en el derecho a la vida. En efecto, dentro de la obligación positiva del Estado de asegurar ese “mínimo indispensable para sobrevivir” se pueden incluir aquellos remedios que permiten mantener la vida de las personas enfermas.

A pesar de que esta manera de comprender el derecho a la vida no es compartida por toda la doctrina ni por la jurisprudencia, desde la perspectiva de derechos humanos

⁵⁴ ZÚÑIGA, A. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria. op. cit. 38p.

se argumenta que el derecho a la vida debiera ser entendido como un derecho prioritario. Esto implica que es un derecho que no admite, al momento de legitimar su supresión, la invocación de consideraciones de carácter económico o político⁵⁵. Este razonamiento es similar al utilizado en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema para acoger los recursos de protección.

Lo anterior muestra que la concepción tradicional del derecho a la vida se ha ido expandiendo. Este fenómeno no sólo ha ocurrido en Chile. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos comentó que existe una tendencia a considerar el derecho a la vida como un concepto más amplio y general. El derecho a la vida se caracteriza por ser el fundamento jurídico de todos los demás derechos, pero también por formar parte integrante de todos los derechos que son esenciales para garantizar el acceso de todos los seres humanos a todos los bienes. Lo anterior incluye la posesión legal de dichos bienes, que son necesarios para el desarrollo de su existencia material, moral y espiritual⁵⁶. A su vez, en el año 2003, Alicia Ely Yamin daba cuenta de que el derecho a la vida se había ido incrementando y estaba siendo interpretado ampliamente, aplicándolo en casos relacionados con acceso a medicamentos⁵⁷.

La idea de la jerarquización del derecho a la vida por sobre los otros derechos fundamentales también ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁸. En el fallo Rol N° 325 sobre Restricción de Vehículos, el Tribunal era categórico al decir que el derecho a la vida humana y a la integridad física y síquica era “el derecho máspreciado de los asegurados por nuestro Código Político”⁵⁹.

A pesar de la expansión de la que ha gozado esta garantía, como todos los derechos fundamentales, el derecho a la vida también tiene limitaciones. La más importante para efectos de este trabajo es la limitación fáctica: la situación presupuestaria del Estado. Al respecto, Hugo Tórtora analiza que, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia, la situación presupuestaria del Estado ha llegado a constituirse en una virtual limitación

⁵⁵ *Ibíd.* 40p.

⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1994. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993. [en línea] Nicaragua <<http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.IVe.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022].

⁵⁷ YAMIN, A. E. 2003. *op. cit.* 330p.

⁵⁸ TÓRTORA, H. 2005. El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: Aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración. *Revista Estudios Constitucionales* 3(2), 213p.

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 26 de junio de 2001, Rol 325. Considerando cuarenta y seis.

“fáctica”. “A pesar de reconocerse este derecho, en muchas ocasiones, las Cortes han rechazado algunas Acciones de Protección por considerar que, si bien el reclamante tiene derecho a la vida, no es posible protegerla siempre, en atención a los problemas económicos del Fisco”⁶⁰. Esta limitación ha hecho que se rechacen recursos de protección porque no puede calificarse de arbitraria la negativa de prestar servicios sanitarios cuando el Servicio de Salud no dispone de los medios para la atención que se solicita. Tampoco puede considerarse ilegal o contraria a derecho esta negativa cuando es la ley la que condiciona el otorgamiento de las prestaciones a los recursos profesionales, técnicos y administrativos disponibles⁶¹.

La importancia de los recursos disponibles como limitación al derecho a la vida recuerda a la idea de progresividad en los derechos sociales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.1 señala que los Estados están obligados a adoptar las medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en él. Esto es así porque tradicionalmente se ha entendido que este tipo de derechos se caracterizan por involucrar obligaciones positivas por parte del Estado⁶². Si se exigiera el cumplimiento de todas las obligaciones, sin atender a los recursos financieros, los Estados probablemente se negarían a suscribir el Pacto.

La Comisión Interamericana advirtió la relación entre el derecho a la vida y este tipo de derechos. Así, señaló que “los derechos relacionados con la vida y la integridad deben ir acompañados de mejoras paralelas en el nivel de vida de la población, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, cuya aplicación debe ser una prioridad para el Estado”⁶³. Uno de los derechos sociales más relevantes es el derecho a la salud.

En razón de lo anterior, en la sección siguiente se abordará el acceso a medicamentos desde la perspectiva del derecho a la salud.

⁶⁰ TÓRTORA, H. op. cit. 226p.

⁶¹ CORTE SUPREMA. Sentencia 29 de enero de 1988, Rol 11.820. Considerando décimo.

⁶² Si bien los derechos sociales requieren recursos para su cumplimiento, los derechos civiles y políticos también los requieren. Por otra parte, al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, económicos y culturales también requieren obligaciones negativas por parte del estado. Sobre este tema véase: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2004. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Editorial Trotta. 19-47pp.

⁶³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1992. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991 [en línea] Guatemala <<http://www.cidh.org/annualrep/91span/cap.IVc.guatemala.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022].

2. Derecho a la salud

En los fallos analizados por Tórtora, los tribunales seguían aquella doctrina que señala que no era posible reclamar el derecho a la vida cuando había problemas de insuficiencias presupuestarias de los Servicios de Salud. Agregan que esos casos se relacionarían más bien con el derecho a la salud que con el derecho a la vida propiamente tal⁶⁴.

Mientras que el derecho a la vida tiene por objeto tutelar la integridad física y moral de la persona, el derecho a la salud se basa en el valor de la igualdad referida a la existencia de condiciones de vida y acceso a bienes materiales.

La principal diferencia entre el derecho a la vida y el derecho a la salud es que el primero consiste en un derecho civil mientras que el segundo es un derecho social. La mirada tradicional entiende que en los derechos sociales la obligación del Estado es prestacional, donde su exigibilidad está condicionada la existencia de recursos apropiados para su satisfacción.

Si vemos el derecho de acceso a los medicamentos como un componente del derecho a la salud y, por tanto, como un derecho social, adquiere sentido la discusión sobre la falta de recursos como fundamento para rechazar la entrega de remedios y tratamientos.

Como se adelantó, la salud ha sido definida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Por tanto, el derecho a la salud se relaciona con el deber del Estado para procurar conservar la vida y salud de las personas. Por esto, y desde la constitución de la Organización Mundial de la Salud, se han emitido documentos referidos a este derecho, que obligan a los Estados a generar condiciones a fin de que los habitantes puedan alcanzar el derecho fundamental de la salud⁶⁵.

Sin embargo, no es evidente cuáles son estas obligaciones del Estado, por lo que es útil repasar el alcance del derecho a la salud. Por una parte, Robert Nozick rechaza la

⁶⁴ TÓRTORA, H. op. cit. 239p.

⁶⁵ ÁLVAREZ-FALCONÍ, P. op. cit. 569p.

existencia de derechos de prestación, argumentando que las concepciones amplias de igualdad pondrían limitaciones inadmisibles a la libertad⁶⁶. R. M. Sade sostiene que el cuidado sanitario no es un derecho o privilegio, sino un servicio que ofrecen los médicos a quienes quieran (o puedan) pagar por él. Al contrario de lo que postulan estos autores, Norman Daniels comprende la importancia del derecho a la salud, fundado en el principio de la justa igualdad de oportunidades. Es por esto que el Estado debiera garantizar a todos un mínimo sanitario que se ocupe de las desigualdades en el funcionamiento normal, fruto de las enfermedades y discapacidades. Entonces, el contenido del derecho a la salud se caracteriza por depender de los recursos disponibles, asegurando un mínimo decente (ya que no pueden agotarse todos los recursos en cuidado sanitario) y limitándose al servicio más básico necesario para entregar una atención sanitaria adecuada capaz de asegurar una vida decente y tolerable⁶⁷.

Por su parte, Julio Alvear analiza las diversas concepciones de la protección a la salud en la doctrina nacional⁶⁸.

- i) La protección de la salud como derecho social integral. Humberto Nogueira Alcalá sostiene que los derechos sociales generan cotas de obligación para el Estado, las que, en su conjunto, permiten atribuirle fuerza normativa directa y aplicabilidad inmediata. Las obligaciones se manifiestan en políticas de salud, facultades de prestación, derecho al mínimo vital o derecho a elegir el sistema de salud. Aquí, el derecho es justiciable en cuanto a su contenido mínimo.
- ii) La protección de la salud como derecho social justiciable. Rodolfo Figueroa entiende que, ante la parsimonia de los gobiernos, es papel de los jueces imponer la realización concreta del derecho a la salud, reasignando, a su modo, los recursos públicos. No se afectarían las decisiones presupuestarias por cuanto sólo se las está sometiendo a un control racional en orden a la vigencia universal de los derechos fundamentales.

⁶⁶ Nozick afirma que la sola existencia de impuestos con fines redistributivos y la obligación de compartir los talentos con los demás es lo mismo que “obligarle a entregar parte de su cuerpo en una especie de donación obligada de órganos”. Véase: NOZICK, Robert. 1973. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basic Books. 206p.

⁶⁷ ZÚÑIGA, A. 2011. Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral de derecho a la protección de la salud. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 18(55), 194-203pp.

⁶⁸ ALVEAR, J. 2013. Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social *plurivalente* en el marco de una economía *social* de mercado. *Revista Ius et Praxis* 19(2), 143-150pp.

- iii) La protección de la salud como derecho social prestacional de eficacia inmediata. Alejandra Zúñiga indica que el derecho a la protección de la salud es primordialmente un derecho prestacional, inmediatamente exigible y no programático, al menos en su núcleo mínimo, por lo que se puede hablar de un derecho al “mínimo sanitario decente”.
- iv) La protección de la salud como derecho social prestacional no justiciable. José Ignacio Martínez señala que se trata de un derecho social de prestación, dado que su satisfacción se realiza efectivamente a través de prestaciones concretas. Pero en sede constitucional no puede hablarse de un derecho justiciable, dado que no está garantizado por el recurso de protección. Se trata de derechos de configuración legal, que no se bastan a sí mismos, teniendo como obvio límite legislativo la capacidad financiera del Estado.
- v) La protección de la salud como derecho social plurivalente. La propuesta de Julio Alvear integra en la noción de derechos sociales distintos elementos jurídicos –derechos, libertades, deberes estatales–. Éstos están determinados en mayor o menor medida por la capacidad política y económica del Estado y de la sociedad civil, en orden a satisfacer las condiciones de una vida digna para una población histórica concreta.

La mayoría de estas opiniones comprende la importancia de la disponibilidad de recursos de los Estados, lo que impide poder satisfacer todas las necesidades de cada persona. Esto es de suma importancia, ya que el Estado no sólo debe cubrir las necesidades sanitarias, sino una gran variedad de otras carencias. Entonces, como no es posible satisfacer cada necesidad, es necesario decidir cuáles serán cubiertas por el Estado y cuáles no. Constanza Salgado advierte que el derecho a la salud exige un protocolo público de especificación de las condiciones de necesidad médica que dan acceso a las prestaciones de salud, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades⁶⁹.

Ángel Puyol alerta sobre la importancia de esta decisión, ya que detrás de ella hay una elección moral a favor de dedicar más recursos a otros ámbitos o intereses sociales.

⁶⁹ SALGADO, C. 2015. Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 22(1), 415p.

En el caso de la sanidad pública, esa elección puede ayudar a favorecer la inversión pública en educación, defensa, infraestructuras, o favorecer el consumo privado con el ahorro de impuestos⁷⁰.

Los países más desarrollados tienden a gastar sobre un 10% de su PIB en materia de salud⁷¹. Esto se debe a que las autoridades entienden que la salud –a diferencia de otros gastos sociales como vivienda o educación– es un problema público que no puede “dosificarse”, siendo éticamente complicado distribuir las prestaciones en base únicamente a los aportes de cada individuo⁷². El año 2017 el gasto en salud en Chile correspondía aproximadamente al 8,1% del PIB⁷³.

En los últimos años esto ha cobrado mayor relevancia porque cada vez tenemos más avances médicos, pero a un costo muy elevado⁷⁴. Allí se hace necesario establecer criterios de justicia para la distribución de recursos limitados⁷⁵.

Los criterios de justicia sanitaria suelen ser:

- i) la aleatoriedad (los pacientes son elegidos para ser beneficiarios de algún recurso por medio de la lotería);
- ii) el mérito (los pacientes son elegidos en base a alguna característica no relacionada con su estatus sanitario, como su educación o medios económicos);
- iii) orden de presentación (el primero en llegar es el primero en ser atendido);

⁷⁰ PUYOL, A. 2009. Ética y priorización en las listas de espera de la sanidad. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas 1(18), 33p.

⁷¹ En EEUU el gasto sanitario nacional per cápita es el más alto del mundo (16,2% del PIB para el año 2007), pero 47 millones de personas no están asegurados y 25 millones poseen una cobertura insuficiente. Véase: ZÚÑIGA, A. 2011. Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 18(55): 191-211.

⁷² URRIOLOA, R. 2011. Indicadores macroeconómicos de salud. *En*: URRIOLOA, R., comp.; SUÁREZ, J.; MADRID, S.; et al. *Economía y salud: aportes y experiencias en América Latina*. Santiago, OPS/OMS. 109p.

⁷³ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN SALUD. 2018. Información del Instituto de Políticas Públicas en Salud [en línea] <<http://www.ipsuss.cl/ipsuss/estadisticas-e-indicadores/gasto-en-salud-de-chile-y-ocde-pib/2018-08-29/173510.html>> [consulta 6 de febrero de 2022]

⁷⁴ Esta preocupación se manifestó en el foro “Judicialización del derecho a la salud y el acceso a medicamentos de alto impacto financiero” en El Salvador. A su vez, Germán Velásquez, consejero especial para Salud y Desarrollo del Centro Sur advirtió sobre el problema de los sistemas de salud que debían soportar el aumento del costo de reembolso de nuevos medicamentos. Véase: VELÁSQUEZ, G. 2011. El acceso global a los medicamentos en el contexto internacional actual. *Revista Biomédica* 31(2), 1p.

⁷⁵ PUYOL, A. op. cit. 30-31pp.

iv) necesidad médica⁷⁶.

John Harris observó que “donde no podemos salvarlos a todos, debemos seleccionar a aquellos quienes no serán salvados en una forma que no muestre una preferencia injusta”⁷⁷. Esto es justo lo que se busca con las formas de justicia antes señaladas.

Además de estos criterios, en las discusiones sobre el derecho a la salud se han estipulado algunas bases que deben caracterizar a un sistema de salud basado en derechos. Estos principios son la no discriminación, la justicia social (solidaridad), el derecho o titularidad y el rechazo a un enfoque basado totalmente en el mercado⁷⁸.

Establecidos los criterios de adjudicación y los principios del sistema de salud, queda por determinar el contenido del derecho a la salud. Comprendiendo que el reconocimiento del derecho a la salud está sujeto a limitaciones de recursos y a una realización progresiva⁷⁹, los autores tienden a coincidir en que el Estado debe garantizar un derecho mínimo sanitario. En este sentido, Alejandra Zúñiga y Pablo de Lora hablan de un “derecho mínimo sanitario”. Este mínimo sanitario debe cubrir las “necesidades básicas”, evitando aquellos daños severos que cualquiera, en cualquier lugar, sufriría sin remedio⁸⁰.

En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos ha reconocido que la cobertura sanitaria universal implica que todas las personas tengan acceso, sin discriminación alguna a una serie de servicios de salud *esenciales y necesarios*⁸¹.

Toebes identificó bienes y servicios mínimos de salud que deberían constituir las obligaciones básicas o mínimas del derecho a la salud⁸². Bajo esta idea ha trabajado la

⁷⁶ ZÚÑIGA, A. 2012. Un modelo de adjudicación de recursos sanitarios para Chile. *Acta Bioethica* 18(2), 226- 227pp.

⁷⁷ HARRIS, J. 1987. QALYfying the value of life. *Journal of medical ethics* 13(3), 122p.

⁷⁸ YAMIN, A. E. 2010. The Right to Health: Assessing How Far the Discourse Has Evolved Internationally and within the United States. *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting* 104(1), 16p.

⁷⁹ HUNT, P. y KHOSLA, R. op. cit. 106p.

⁸⁰ DE LORA, P. y ZÚÑIGA, A. 2009. El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Madrid, Iustel. 174p.

⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. AG. 2016. El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [en línea] <<https://apps.who.int/medicinedocs/documents/s22479es/s22479es.pdf>> [consulta: 9 marzo 2020]

⁸² PEREHUDOFF, K. 2008. Health, human rights & national constitutions. Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam. 4p.

Organización Mundial de la Salud, quien ha estipulado un contenido de asistencia sanitaria obligatorio para todos los Estados, sean cuales sean sus circunstancias particulares. Este mínimo incluye, entre otras cosas, la provisión de drogas esenciales⁸³. O lo que es lo mismo, la provisión de medicamentos.

3. Derecho de acceso a los medicamentos

Que la entrega de medicamentos esté incluida dentro del contenido mínimo del derecho a la salud no es casual. Los medicamentos y tratamientos son la manifestación más clara de los bienes y servicios de los que hablaba Toebes. Esto permite afirmar que el derecho de acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁸⁴.

El derecho de acceso a medicamentos se traduce en que el Estado garantice a los ciudadanos el acceso a los medicamentos para mantener o recuperar la salud, para modificar funciones o coadyuvar en el diagnóstico⁸⁵. Este derecho tiene tres implicancias principales. Primero, la discusión sobre los principios legales debe llevar a procesos políticos en base al compromiso. En segundo lugar, las políticas sanitarias nacionales deben estar en línea con los principios de no discriminación y preocupación por las personas pobres y desaventajadas. La tercera implicancia consiste en garantizar que se apliquen todos los aspectos del enfoque basado en los derechos humanos⁸⁶.

Por su parte, la accesibilidad de los medicamentos se manifiesta de varias formas. Deben ser accesibles en todas partes del país, ser económicamente asequibles, ser accesibles sin discriminación basada en argumentos prohibidos y, por último, debe existir información confiable respecto a los medicamentos.

Pero esta garantía ¿es respecto de todos los medicamentos? ¿Puedo exigirle al Estado cualquier tratamiento? Como ya se advirtió, los recursos son escasos y deben ser

⁸³ DE LORA, P. y ZÚÑIGA, A. op. cit. 182p.

⁸⁴ HUNT, P. y KHOSLA, R. op. cit. 102p.

⁸⁵ ÁLVAREZ-FALCONÍ, P. op. cit. 568p.

⁸⁶ HOGERZEIL, H. V. 2006. Essential medicines and human rights: what can they learn from each other?. Bulletin of the World Health Organization 84(5), 371-372pp.

distribuidos adecuadamente. Además de esto, existen diversos obstáculos que impiden el acceso a medicamentos. Entre ellos están las leyes de propiedad intelectual, la falta de financiamiento, los sistemas de salud débiles, la pobreza, la desigualdad y la discriminación⁸⁷.

Entonces, ¿cuáles medicamentos se deben garantizar? El consenso está en que los medicamentos que se garantizan son aquellos considerados como esenciales. Y así se afirma que el derecho a los medicamentos esenciales es el componente del derecho a la salud⁸⁸. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, los medicamentos esenciales son aquellos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población. Los medicamentos esenciales deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad⁸⁹.

No obstante, esto no permite determinar qué necesidades son consideradas prioritarias ni cuáles medicamentos son calificados como esenciales y, por tanto, exigibles. La forma de seleccionarlos es teniendo en cuenta el predominio de la enfermedad, la evidencia en cuanto a la eficacia de los medicamentos, la seguridad y a la relación costo – beneficio⁹⁰.

A la luz de estos criterios, la Organización Mundial de la Salud elaboró una lista modelo con los medicamentos considerados como esenciales⁹¹. Sin embargo, cada país tiene el deber de definir cuáles son sus propios medicamentos esenciales, dependiendo de las enfermedades predominantes y de los recursos de los que disponga.

Habiendo establecido esto, resulta necesario examinar cuáles son los medicamentos esenciales que ha seleccionado Chile. Esto permitirá determinar si es

⁸⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2015. op. cit. 10p. Actualmente son 2.000 millones de personas las que no tienen acceso regular a medicamentos esenciales.

⁸⁸ MARKS, S. P. 2006. Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health. En: CLAPHAM, A. y ROBINSON, M. (Eds.) Realizing the Right to Health. Zurich, Rüfer& Rub, the Swiss HumanRights Book Series. 82p.

⁸⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2001. Actualizar y difundir la Lista Modelo de Medicamentos Esenciales de la OMS: El camino adelante. Ginebra, Suiza: OMS/EDM.

⁹⁰ HOGERZEIL, H. loc. cit.

⁹¹ La Lista Modelo de Medicamentos Esenciales (Ed. 21^o) de la Organización Mundial de la Salud del año 2019 está disponible en <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/325771/WHO-MVP-EMP-IAU-2019.06-eng.pdf?ua=1>> [consulta: 6 de febrero de 2022].

procedente lo que han exigido los recurrentes. Para ello, se realizará un análisis de la normativa en materia sanitaria.

B. RECONOCIMIENTO POSITIVO

El contenido que inicialmente constituía el derecho a la salud y, por tanto, el derecho de acceso a medicamentos, ha ido en creciente aumento. Esto tiene su explicación en la idea de progresividad de los derechos sociales. La expansión del derecho de acceso a medicamentos ha provocado que las obligaciones de los Estados aumenten de forma paulatina.

Para determinar los deberes que ha contraído el Estado en esta materia se analizará el reconocimiento de este derecho a nivel internacional. Se pondrá especial énfasis en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile.

Posteriormente, se estudiará la forma en la que otros países se han hecho cargo de esas obligaciones. Para ello el interés está enfocado en el derecho comparado.

Finalmente, se examinará el reconocimiento que ha hecho Chile del acceso a medicamentos y la evolución que ha tenido en la normativa nacional, tanto a nivel constitucional como legislativo.

1. Derecho internacional

Durante el año 2010, Alicia Ely Yamin advertía que en la última década había habido un progreso a nivel internacional sobre la evolución y elucidación de normas relativas al derecho a la salud, así como también derechos que sustentan factores sociales determinantes de la salud⁹².

⁹² YAMIN, A. E. 2010. *The Right to Health: Assessing How Far the Discourse Has Evolved Internationally and within the United States*. op. cit. 14p.

La proliferación de instrumentos internacionales que incluyen el derecho a la salud impacta en el derecho de acceso a medicamentos. A través de éstos, los Estados se comprometen a garantizar diferentes aspectos de este derecho. S. Katrina Perehudoff ordena los principales instrumentos internacionales en que se incluye el derecho a la salud y, por ende, el derecho de acceso a medicamentos⁹³.

Por una parte, está la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su artículo 25 establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por los países que constituyeron la Organización de las Naciones Unidas en 1948. Entre estos países se encontraba Chile.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966 estipuló las obligaciones de los Estados Parte de las Naciones Unidas a comprometerse con el más alto nivel posible de salud. El artículo 12 del Pacto señala que los Estados Parte reconocen este derecho y luego enumera las vías para alcanzar la realización del mismo. La letra d) contempla el derecho de acceso a instalaciones, bienes y servicios. Este derecho conlleva la creación de condiciones que aseguren a todos la atención médica en caso de enfermedad⁹⁴. El Pacto fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpretó que el derecho a la salud significaba que los Estados Parte tienen un deber de prevenir costos excesivamente altos para acceder a medicamentos esenciales⁹⁵.

⁹³ PEREFUDOFF, K. op. cit. 1-7pp.

⁹⁴ Stephen Marks señala que el acceso a los medicamentos esenciales también puede ser afirmado como un derecho humano sobre la base, no sólo del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sino también de otros dos derechos establecidos en el Pacto. Se trata, por un lado, del derecho “a la protección de los intereses morales y materiales que correspondan a toda producción científica, literaria o artística” del artículo 15.1.c. Por otro lado, se basaría en el derecho “a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”, conforme al artículo 15.1.b. Véase: MARKS, S. P. 2006. Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health. En: CLAPHAM, A. y ROBINSON, M. (eds.) Realizing the Right to Health. Zurich, Rüfer & Rub, the Swiss Human Rights Book Series. 89p.

⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2005. The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author. [en línea] Ginebra <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQcMZjyZlUmZS43h49u0CNAuJlJwgfzCL8JQ1SHYTZH6jsZteqZOpBtECZh96hyNh%2F%2FHW6g3fYyiDXsSgaAmIP%2BP>> [consulta: 6 de febrero de 2022].

En 1986, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Este documento establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho al desarrollo y garantizar, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, como los servicios de salud. De los 159 miembros participantes a voto, 146 Estados votaron favorablemente al documento, incluyendo a Chile⁹⁶.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) junto con la Organización Mundial de la Salud promovieron la Declaración de Alma Ata en 1987, la que enfatiza el valor y la necesidad de avanzar en la atención primaria de salud universal. El contenido de la atención primaria de salud incluye el suministro de medicamentos esenciales.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) reafirma la importancia de satisfacer las necesidades únicas de salud de las mujeres y de proporcionarles servicios de salud iguales a los de los hombres. El Estado de Chile ratificó esta convención el 7 de diciembre de 1989.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe la atención de las necesidades de los niños en todos los aspectos del derecho a la salud. En el artículo 24 específicamente se refiere a la obligación de asegurar la provisión de la asistencia médica necesaria y el cuidado de la salud de todos los niños, con énfasis en el desarrollo de la atención primaria de salud. Este convenio internacional fue ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que entró en vigor el 7 de abril de 1948, definió el derecho a la salud de toda persona como “el disfrute del más alto nivel posible de salud física y salud mental”. Como se adelantó, el “más alto nivel posible” depende de los recursos disponibles, pero también de las condiciones biológicas y socioeconómicas individuales. Así se aclaró en el Comentario General 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud en la Sesión del Comité de Derechos

⁹⁶ CENTRE EUROPE – TIERS MONDE. 2007. El derecho al desarrollo [en línea] Ginebra <<https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Derecho-al-desarrollo.pdf>> [consulta: 6 de febrero de 2022].

Económicos, Sociales y Culturales del año 2000. Chile pasó a ser parte de la Organización Mundial de la Salud el 15 de octubre de 1948.

En el año 1977 se creó la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud. Más de 150 países utilizan esta lista para determinar los medicamentos que mejor se adaptan a su contexto y prioridades en materia de salud, y poder así compilar su propia lista de medicamentos⁹⁷. En esta lista se han seleccionado 577 medicinas y 107 equivalentes terapéuticos. Sin embargo, no se encuentran medicamentos como Spinraza y Zolgensma, que son los solicitados en los recursos de protección revisados en el capítulo anterior.

Por último, en el año 2016 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU discutió sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. En la sesión 32° se trató el tema de acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En dicha sesión se reconoció que el acceso a los medicamentos es uno de los elementos fundamentales para lograr, de forma progresiva, la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Luego destacó la responsabilidad que tienen los Estados de garantizar el acceso de todas las personas a medicamentos. Particularmente se refiere a medicamentos esenciales, buscando que éstos sean asequibles, seguros, eficaces y de calidad.

En razón de lo anterior, el Consejo insta a los Estados a promover el acceso a los medicamentos, así como a adoptar las medidas para aplicar políticas y planes que prevengan y traten enfermedades no transmisibles. Así también, exhorta a la comunidad internacional a ayudar a los países en desarrollo para promover la plena efectividad del derecho a la salud, a través del acceso a medicamentos⁹⁸.

Estos avances, en términos de normativa, han incentivado a los Estados a garantizar el derecho de acceso a medicamentos en sus respectivas legislaciones.

⁹⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. La OMS publica la versión digital de su Lista Modelo de Medicamentos Esenciales. [en línea] <https://www.who.int/es/news/item/27-02-2020-who-launch-e-eml> [consulta: 6 de febrero de 2022]

⁹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. AG. op. cit. 3-4pp.

2. Derecho comparado

Como ya se señaló, los instrumentos de derecho internacional instan a los países al cumplimiento de diversas obligaciones. Las obligaciones internacionales son incluidas en el derecho interno de los Estados. A continuación, se examinará la forma en que algunos países han incorporado el derecho de acceso a medicamentos en sus constituciones y su influencia en la creación de políticas públicas.

i. Constituciones

El año 2008, S. Katrina Perhudoff estudió la perspectiva global del derecho a la salud, analizando 186 constituciones⁹⁹.

Sin embargo, en ese entonces las constituciones que incluían a los medicamentos lo hacían de una forma más bien indirecta. En cambio, en los últimos años, países latinoamericanos han propuesto fórmulas novedosas, llegando a señalar que el acceso a medicamentos esenciales es parte del derecho a la salud integral.

A continuación, se analizarán las constituciones de Ecuador, Bolivia, República Dominicana y Paraguay, quienes consagran directamente el derecho de acceso a medicamentos.

La Constitución de Ecuador de 2008 señala como un derecho de las personas con discapacidad la provisión de medicamentos, indicando que:

Artículo 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

⁹⁹ PERHUDOFF, K. op. cit. 19-29pp.

*1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la **provisión de medicamentos de forma gratuita**, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida. (énfasis añadido)*

Por su parte, la Constitución de Bolivia de 2009 en el apartado sobre Derecho a la Salud y a la Seguridad Social (Sección II) asegura que el Estado garantizará el acceso de la población a los medicamentos, señalando que:

Artículo 41.

- I. El Estado **garantizará el acceso de la población a los medicamentos.***
- II. El Estado priorizará los medicamentos genéricos a través del fomento de su producción interna y, en su caso, determinará su importación.*
- III. El derecho a acceder a los medicamentos no podrá ser restringido por los derechos de propiedad intelectual y comercialización, y contemplará estándares de calidad y primera generación. (énfasis añadido)*

En el caso de República Dominicana, la Constitución de 2010 especifica que el derecho a la salud integral implica el deber del Estado de asegurar el acceso a medicamentos de calidad.

Artículo 61.- Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia:

*1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, **asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica** y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;*

2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables;

combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales. (énfasis añadido)

Por último, la Constitución de Paraguay (1992, reformada el año 2011), en su artículo 72 consagra como un deber del Estado el facilitar el acceso a medicamentos esenciales.

*Artículo 72.- DEL CONTROL DE CALIDAD. El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo **facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales.** (énfasis añadido)*

El hecho de que en las constituciones se consagre o no el derecho de acceso a medicamentos puede incidir en el tipo de políticas públicas que diseñe cada país. Así, la Constitución de República Dominicana es clara en señalar que el Estado garantizará el ejercicio de este tipo de derechos sociales mediante legislaciones y políticas públicas.

La forma en que el Estado decide consagrar este derecho puede facilitar que, ante un caso de incumplimiento, los titulares puedan acudir a tribunales a exigir el derecho de acceso a medicamentos.

ii. Políticas públicas

En el punto anterior se analizó cómo diversas constituciones consagraban el derecho de acceso a medicamentos. En ellas, algunos Estados agregaban el deber de materializar el ejercicio de derechos económicos y sociales a través de políticas públicas, como es el caso de República Dominicana.

Resulta interesante comparar cómo algunos países latinoamericanos se han hecho cargo de esto. Para ello se analizarán países en que el derecho a la salud está altamente judicializado, como lo es el caso de México, Argentina, Brasil y Colombia.

En México, de acuerdo a la Constitución, el derecho a la salud comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de enfermedades. Esto hace que las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos tengan la obligación de suministrar dichos medicamentos¹⁰⁰. Para ello existe el Consejo de Salubridad General, regulado en la Ley General de Salud, el cual emite las regulaciones basándose en la Evaluación Técnica Sanitaria (Etesa). Los medicamentos a ser incluidos también son evaluados con base a criterios de Etesa por los seguros públicos que integran el Sistema Nacional de Salud de México. Este servicio precisamente es el que garantiza el derecho a la protección de la salud consagrado en la Constitución¹⁰¹.

En el caso de Argentina, su Constitución no consagra la entrega de medicamentos, sino sólo la protección de la salud (al igual que el sistema chileno). Como explica Verónica Gotlieb, “Argentina es un país de organización federal, cuyo sistema de salud se estructura a partir de tres sub-sistemas: el público (financiado y provisto por estructuras nacionales, provinciales y municipales), el privado (organizado a través de entidades de medicina prepaga) y la seguridad social (financiado por obras sociales sindicales, provinciales y nacionales y provisto por efectores propios o del sector privado)”¹⁰².

En base a esto, la legislación argentina creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud. Este seguro busca proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, tendientes a garantizar a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva¹⁰³. Actualmente, la mayor parte de los reclamos guardan relación con enfermedades cuyas prestaciones están incluidas dentro del Plan Médico Obligatorio y que, por lo tanto, están garantizados por la ley¹⁰⁴.

En el sistema brasileño, con el fin de garantizar el derecho a la salud consagrado en la Constitución, se creó el Sistema Único de Saúde y la Comisión Nacional de

¹⁰⁰ CARPIZO, J. 2012. Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 45(135), 1088p.

¹⁰¹ CÁRDENAS, J. L. 2018. Algunas reflexiones sobre judicialización y acceso a medicamentos: el caso de Brasil y México. En: BECERRA, M. y MARTÍNEZ, R. Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 278-279pp.

¹⁰² GOTLIEB, V., YAVICH, N. y BÁSCOLO, E. 2016. Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. *Cadernos de Saúde Pública* 32(1), 2p.

¹⁰³ CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. 2002. Derechos Humanos en Argentina Informe 2002. Buenos Aires, Siglo XXI Editores. 346-353pp.

¹⁰⁴ CLÉRICO, L. y VITA, L. 2018. Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. *Derecho y Ciencias Sociales* 1(18), 224p.

Incorporación de Tecnologías no SUS (Conicet). Así, Conicet asesora al Ministerio de Salud de Brasil sobre la incorporación, exclusión o modificación de nuevos medicamentos¹⁰⁵.

En Colombia, la legislación promueve el uso de medicamentos genéricos y obliga a su uso dentro del sistema de salud, permitiendo un amplio desarrollo del mercado y una reducción significativa en los costos. Además, se estableció un manual de medicamentos para el Plan Obligatorio de Salud (POS), el cual contempla los remedios a los cuales la población tiene acceso y que están cubiertos por los servicios de salud¹⁰⁶.

La forma en que se establezca el derecho a la salud y el acceso a medicamentos es importante porque repercute en la judicialización del acceso a medicamentos.

3. Derecho nacional

Habiendo mostrado cómo algunos países de la región consagran el derecho al acceso a medicamentos en sus constituciones y legislaciones, queda por examinar la forma en la que Chile ha abordado este derecho.

En Chile los tres grandes hitos en materia de salud son el artículo 19 N° 9 en la Constitución, el llamado Plan Auge y la Ley Ricarte Soto. El contenido del derecho de protección a la salud ha evolucionado progresivamente desde el año 1980 hasta el día de hoy.

En un inicio, la Constitución de 1980 establecía el principio de protección a la salud, en conformidad con el estándar de la Organización Mundial de la Salud. Posteriormente, el Plan Auge permitió determinar el contenido esencial de este derecho, explicitando las patologías que debían ser cubiertas por el Estado. Finalmente, con la Ley Ricarte Soto se amplió el contenido del derecho a la salud, abarcando enfermedades poco

¹⁰⁵ CÁRDENAS, J. L. op. cit. 275p.

¹⁰⁶ MACHADO, J. E. y MONCADA, J. C. 2012. Evolución del consumo de medicamentos de alto costo en Colombia. Revista Panamericana de Salud Pública 31(4), 284p.

frecuentes cuyos tratamientos implica un alto costo. A continuación, se explicará este desarrollo más detalladamente.

En 1980, la Constitución estableció los derechos y deberes constitucionales en el capítulo III. El artículo 19 N° 9 señala que:

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.

De acuerdo al artículo 20, este último inciso es el único aspecto del derecho que puede protegerse a través del recurso de protección. Alejandra Zúñiga sostiene que, desde el punto de vista constitucional, la atención sanitaria se contemplaba sólo como un derecho negativo, el cual consistía en la mera libertad de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud. El constituyente priorizó la capacidad de pago por sobre la necesidad de atención médica.

Las normas que reglamentaban y desarrollaban el derecho a la protección de la salud, antes de la Reforma AUGE, garantizaban la entrega de prestaciones mínimas en forma exclusiva para salvaguardar la vida. Ejemplo de esto lo son la Ley N° 18.469 que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud” y su modificación por la Ley N° 19.650, del año 1999. Estas normas establecieron para todos los centros médicos del país la prohibición de exigir dinero, cheques y otros instrumentos financieros para avalar el pago o condicionar de cualquier otra forma una atención médica de urgencia. En los demás casos, la regla era la prestación del servicio de forma limitada.

En efecto, el artículo 11 de la Ley N° 18.469 señala que las prestaciones “se concederán por estos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan”¹⁰⁷.

Después de una década de políticas sanitarias orientadas a la recuperación del sistema público de salud post dictadura, se comenzó a discutir un proyecto de reformas más profundas, basado en el concepto de que la salud es un bien social y un derecho humano esencial.

Así, el año 2004 se creó la Ley N° 19.966, mejor conocida como Ley AUGE (Acceso Universal con Garantías Explícitas). La Ley establece un Régimen de Garantías en Salud. El Régimen de Garantías, a su vez, se sustenta en un Plan Universal de Salud que debe ser obligatoriamente provisto a todos los afiliados y beneficiarios del régimen de salud común, tanto del seguro público como de los seguros privados. Este régimen recoge tres dimensiones del derecho a la salud: universalidad, integralidad y totalidad. La universalidad significa que cubre a toda la población chilena y extranjera residente en el territorio nacional. La integralidad, por su parte, implica que el régimen integra todas las enfermedades o condiciones de salud, considerando además sus distintas fases de evolución clínica. Por último, la totalidad comprende a todas las acciones o prestaciones asociadas al ciclo de salud-enfermedad. Todo ello, considerando la realidad de los recursos disponibles y la búsqueda de alternativas costo-efectivas, requeridas para mejorar progresivamente el nivel de salud, que permitan alcanzar los objetivos sanitarios del país, y resguarde los principios de equidad y solidaridad¹⁰⁸.

Para Alejandra Zúñiga, el Plan AUGE proporciona el contenido específico y mínimo del derecho constitucional de protección de la salud. Este contenido mínimo consistiría en las garantías explícitas contempladas para un conjunto priorizado de prestaciones de salud en términos de acceso, calidad, oportunidad y costo. La Ley establece un estándar básico para la atención de salud de las enfermedades prioritarias, lo

¹⁰⁷ ZÚÑIGA, A. 2010. Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE. op. cit. 124p.

¹⁰⁸ MADRID, S. 2011. El plan AUGE y la reforma en Chile. En: URRIOLA, R., comp., SUÁREZ, J., MADRID, S., et al. Economía y salud: aportes y experiencias en América Latina. Santiago, OPS/OMS. 189-190pp.

cual constituye el núcleo del derecho constitucional a la salud reconocido por la Carta Fundamental¹⁰⁹.

En el mismo sentido, Sandra Madrid explica que la Reforma Sanitaria buscó compensar las deficiencias de la carta constitucional, la que no explicita en qué consiste el derecho a la protección de la salud. Para ello el plan realiza una priorización sanitaria. En efecto, el establecimiento de las garantías explícitas es el resultado de un proceso de priorización sanitaria que no sólo es producto de la visión técnica, sino que también del debate y consenso social¹¹⁰.

A pesar de la importancia que tuvo esta ley en la reforma a la salud, se le formularon diversas críticas. Por una parte, las Guías Clínicas establecidas restringieron arbitrariamente el acceso a una atención de salud con el fin de permitir a la autoridad aumentar el número de enfermedades cubiertas. Esto significa que en Chile no existe aquello que constituye una demanda imprescindible desde la óptica de las teorías de la justicia y de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud: “un mínimo sanitario decente universal”¹¹¹.

Por otra parte, el modelo AUGE se basa en el racionamiento por exclusión –y no en el racionamiento por directrices–. El racionamiento por directrices supone especificar directrices para, fundamentalmente, administrar las listas de espera. En cambio, el racionamiento por exclusión es rechazado en la gran mayoría de los países desarrollados, porque es un mecanismo abiertamente discriminatorio de pacientes¹¹². Estas discriminaciones son en base a la edad, lugar de residencia o estatus sanitario.

Alvear también hace un estudio de la legislación nacional para determinar si los chilenos están facultados a exigir prestaciones médicas concretas garantizadas por el Estado. Asimismo, analiza cuál es su alcance en relación con los medicamentos¹¹³.

En primer lugar, está el Decreto con Fuerza Ley N° 1 del Ministerio de Salud del 24 de diciembre de 2006. Su artículo 131 incluye en el derecho constitucional a la

¹⁰⁹ ZÚÑIGA, A. 2010. op. cit. 127p.

¹¹⁰ MADRID, S. op. cit. 189-193pp.

¹¹¹ ZÚÑIGA, A. 2011. Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos. Acta Bioethica 17(1), 78p.

¹¹² ZÚÑIGA, A. 2012. op. cit. 226p.

¹¹³ ALVEAR, J. op. cit. 152-153pp.

protección de la salud, un derecho afirmativo a exigir servicios y prestaciones. Éstas consistirían en el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y rehabilitación de la salud. El acceso universal se singulariza en las siguientes normas del decreto antes referido. Por un lado, los artículos 141 y 141 bis establecen el derecho a la atención de urgencia, en una institución pública o privada, no sujeta a condicionamientos o restricciones previas de carácter económico. Por su parte, los artículos 138 y 141 se refieren al derecho de recibir del Régimen General de Garantías de Salud un conjunto de prestaciones médicas y los recursos sanitarios específicos, respectivamente. El artículo 132 agrega que la eventual falta de capacidad de pago no permite negar la atención a quienes la requieren.

En segundo lugar, la ley N° 19.966 define las Garantías Explícitas de Salud como derechos para los beneficiarios. 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.

Siguiendo a Zúñiga, Alvear concluye que, de la legislación enunciada, se desprende que la protección de la salud en Chile incluye derechos – exigencias para acceder a prestaciones determinadas en forma y tiempo. Y que se traduce, como lo ha señalado Zúñiga, en el derecho a exigir un estándar mínimo de atención de salud, garantizado por el Estado, particularmente tratándose de enfermedades prioritarias (artículo 14 Ley N° 19.966).

Otra norma relacionada con esta temática es la Ley 20.584. Esta ley regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Uno de los derechos que se establecen en la ley son aquellos relacionados a los medicamentos e insumos¹¹⁴. El párrafo tercero, que trata sobre el derecho a la atención preferente para personas mayores de 60 años y personas con discapacidad, incluye la prescripción y dispensación de medicamentos. Las medidas que debe adoptar el prestador son la entrega de número para la dispensación de medicamentos en la farmacia, así como la dispensación de los medicamentos en la farmacia.

¹¹⁴ IBARRA, C. 2015. Análisis sistemático de la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 61. 87p.

Durante el año 2010 apareció otro elemento importante en cuanto a acceso a medicamentos de alto costo: el Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud. Este fondo permite otorgar aportes en el financiamiento de prestaciones complejas. El Fondo se contempló en la ley de Presupuestos del año 2011, según el que se destinarían \$1.100 millones a dicho Fondo. El Fondo fue un beneficio extraordinario para el financiamiento de prestaciones complejas, de carácter parcial en relación al costo de la prestación¹¹⁵.

Un último elemento al que hay que hacer mención es al Formulario Nacional de Medicamentos. El Formulario existe en Chile desde 1969 y tiene como objetivo asegurar el acceso a los medicamentos mediante un sistema en permanente actualización que racionaliza el arsenal terapéutico a medicamentos útiles para el tratamiento de enfermedades prevalentes.

Esta innovadora medida no pasó inadvertida y en 1977 la Organización Mundial de la Salud publicó el primer listado de medicamentos esenciales. Sin embargo, este objetivo se desvaneció debido a las políticas de libre mercado impuestas para reactivar la economía.

No fue hasta el año 2004 que el Estado volvió a poner sobre la mesa el tema del acceso a medicamentos de calidad¹¹⁶. En el decreto 264/03 del Ministerio de Salud, el artículo 1º define al Formulario Nacional de Medicamentos como “el documento oficial de la República de Chile que contiene la nómina seleccionada de **productos farmacéuticos indispensables** para una eficiente terapéutica sustentada en la realidad epidemiológica del país y la evidencia científica, cuya calidad debe ser garantizada”. (énfasis añadido)

Gonzalo Ramos advierte que, en Chile, “en términos legales y operativos se ha acuñado el concepto de medicamentos indispensables, entendiéndose incorporado en este término el concepto de **medicamentos esenciales**, pero adicionando además aquellos medicamentos que, derivado de situaciones de priorización sanitaria, tales como el

¹¹⁵ JIMÉNEZ, J. et al. op. cit. 51p.

¹¹⁶ COLEGIO DE QUÍMICOS FARMACÉUTICOS Y BIOQUÍMICOS DE CHILE. Ley de Fármacos y la necesidad de un Formulario Nacional. [en línea] <<https://www.colegiofarmaceutico.cl/index.php/noticias-regionales/27-regional-concepcion/1804-ley-de-farmacos-y-la-necesidad-de-un-formulario-nacional>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

criterio de enfermedades no atendidas, programas especiales de salud pública o impacto sanitario, son requeridos al interior de los sistemas de salud” (énfasis añadido)¹¹⁷.

Durante el año 2014 se promulgó la Ley N° 20.724, más conocida como Ley Fármacos. Esta ley modifica el Código Sanitario y señala que el Ministerio de Salud será la institución encargada de velar por el acceso de la población a medicamentos, para posteriormente agregar que este órgano aprobará el Formulario Nacional de Medicamentos (artículo 94 Código Sanitario). Esto es de suma relevancia ya que el Formulario Nacional de Medicamentos explicitaría la obligación del Estado respecto a qué medicamentos esenciales debe otorgar. Entre los medicamentos del formulario no se encuentran, por ejemplo, Spinraza y Zolgensma, que son aquellos solicitados en los recursos de protección.

Finalmente, en el año 2015 se creó la ley 20.850 que aborda los diagnósticos y tratamientos de alto costo. Esta ley es mejor conocida como la Ley Ricarte Soto.

C. LEY RICARTE SOTO

Como ya se podrá advertir, los casos analizados en el primer capítulo tienen su origen en la problemática del acceso a medicamentos. En efecto, los recurrentes tienen en común que padecen enfermedades cuyos tratamientos tienen un alto costo. Estos tratamientos incluyen alimentos, elementos de uso médico y medicamentos.

No obstante, la Administración se ha negado a entregar estos medicamentos. La razón de esta decisión es que las patologías que sufren los pacientes no están contempladas en la ley y, por ende, sus tratamientos no están cubiertos por el sistema de salud.

Otro elemento a considerar es que las enfermedades que padecen los recurrentes son de aquellas denominadas como “enfermedades raras”. Este tipo de enfermedades se

¹¹⁷ RAMOS G. y OLIVARES G. 2010. Manual de Selección de Medicamentos: Metodología para la Selección de Medicamentos de Formularios y Arsenales Farmacoterapéuticos de los Establecimientos e Salud. 2º Ed. Santiago, Ministerio de Salud de Chile. 8p.

caracterizan por ser poco frecuentes y porque sus tratamientos requieren medicamentos de alto costo.

En la legislación chilena, la protección a la salud se garantiza en diversas leyes, pero la norma que se ha hecho cargo de las enfermedades de baja frecuencia es la Ley Ricarte Soto.

1. Antecedentes

El antecedente directo de la Ley es la influencia del periodista Luis Ricarte Soto Gallegos, quien padecía cáncer al pulmón. En mayo de 2013, Ricarte Soto convocó a una “marcha para los enfermos”, con lo que buscaba expresar el descontento por el alto costo de los medicamentos y tratamientos médicos¹¹⁸. En el discurso del 21 de mayo de 2014, la expresidenta Michelle Bachelet anunció la creación del Fondo Nacional de Medicamentos de Alto Costo. Este fondo se crearía a través de una ley que llevaría el nombre del periodista.

Es así como esta ley responde, entre otras cosas, al problema presentado por las “enfermedades raras”. Dichas enfermedades corresponden a un grupo amplio de patologías diversas que habitualmente se reconocen como enfermedades con incidencia menor a 5 por 10 mil habitantes. Además, estas patologías se caracterizan por ser crónicas, degenerativas, debilitantes y asociadas a una disminución significativa en las expectativas de vida¹¹⁹.

Debido a que estas enfermedades afectan a un porcentaje menor de la población, se dice que estas enfermedades se vuelven “huérfanas”, dado que no hay incentivos para el desarrollo de tratamientos farmacológicos adecuados, lo que deriva en el alto costo de los fármacos¹²⁰.

¹¹⁸ALVARADO, J. C. 2013. Miles de personas llevaron a cabo la 'Marcha de los enfermos' en varias ciudades del país. [en línea] Bío-bío Chile. 4 de mayo, 2013. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/2013/05/04/centenares-de-personas-llevaron-a-cabo-la-marcha-de-los-enfermos-en-varias-ciudades-del-pais.shtml>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

¹¹⁹MEDINA, S. y KOTTOW, M. op. cit. 308p.

¹²⁰Ídem.

El alto costo¹²¹ impide que las personas puedan acceder a los tratamientos. Antes de la creación de la Ley, Jorge Jiménez definió estos medicamentos de alto costo como “aquellos que exceden las cifras habituales de los fármacos comunes y generan un gasto elevado a las personas y los seguros que las cubren”¹²². Y, según el mismo autor, en Chile un medicamento de alto costo vendría a ser “aquel cuyo precio de compra se sitúa por encima de los dos ingresos anuales de un hogar”¹²³.

El proyecto de ley no estuvo exento de críticas. Carolina Velasco indicó que el déficit más relevante se refería a la falta de transparencia, objetividad y participación del proceso de definición de los tratamientos a ser financiados por el Fondo. Para subsanarlas propuso una serie de medidas, donde destacan la definición de los criterios para determinar los tratamientos que serán financiados y el mejoramiento en la objetividad del proceso de evaluación científica¹²⁴.

2. Estructura de la Ley

Así es como nace la Ley 20.850 que “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos”. La ley está compuesta por 34 artículos, distribuidos en nueve títulos y tres disposiciones transitorias.

El objeto de la Ley, de acuerdo al artículo primero, es crear un Sistema de Protección Financiera para otorgar diagnósticos y tratamientos de alto costo.

El Sistema de Protección Financiera es definido como el “conjunto ordenado de prestaciones y derechos en virtud del cual el Fondo Nacional de Salud se encuentra obligado a asegurar el otorgamiento de la confirmación diagnóstica y los tratamientos de alto costo a los beneficiarios” (artículo 2º). El otorgamiento de las prestaciones no

¹²¹ Desde el ámbito internacional no hay un consenso sobre qué significa que un medicamento sea de alto costo. Véase: BARDAZANO, G., et al. 2017. Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema. Montevideo, Udelar. 19-22pp.

¹²² JIMÉNEZ, J. et al. op. cit. 11p.

¹²³ JIMÉNEZ, J. et al. op. cit. 25p.

¹²⁴ VELASCO, C. 2015. Proyecto de Ley “Ricarte Soto”: Las definiciones que faltan. Centro de Estudios Públicos 1(397), 1-8pp.

contempladas en este sistema de protección se registrará conforme a las normas del Sistema Previsional de Salud del beneficiario (artículo 13).

A su vez, la Protección Financiera consiste en “aquella constituida por la cobertura del valor total de las prestaciones de la confirmación diagnóstica y los tratamientos de alto costo respecto de todos los beneficiarios de esta ley” (artículo 2°).

El artículo primero aclara que el Fondo Nacional de Salud deberá asegurar dicha protección financiera a todos los beneficiarios de los sistemas previsionales de salud de Chile. Para ello contará con una Red de Prestadores compuesta por los prestadores de salud, públicos o privados, aprobados por el Ministerio de Salud para el otorgamiento de las prestaciones contempladas en la Ley (artículo 2°). Además, los prestadores requieren estar acreditados en la Superintendencia de Salud y deberán suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud (artículo 13).

Respecto al financiamiento de los diagnósticos y tratamientos, éste se hará a través del Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo con Sistema de Protección Financiera (artículo 19). El Fondo se financiará mediante aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien mil millones de pesos, así como también con donaciones, aportes de la cooperación internacional y la rentabilidad que genere la inversión de los recursos. Los recursos para el financiamiento del Fondo estarán contemplados en la partida presupuestaria del Tesoro Público (artículo 20).

En cuanto a los diagnósticos y tratamientos que financiará la Ley Ricarte Soto, serán aquellos determinados por los decretos supremos del Ministerio de Salud y Hacienda.

En primer lugar, el tratamiento de alto costo es definido como aquel “constituido por medicamentos, alimentos o elementos de uso médico asociados a enfermedades o condiciones de salud y por las prestaciones indispensables para su confirmación diagnóstica y seguimiento, que por su costo impiden el acceso a éstos o accediendo, impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios” (artículo 2°). Para determinar cuándo un diagnóstico o un tratamiento impacta de forma catastrófica se establecerá un umbral.

La Ley define el umbral como “el monto sobre el cual se considera que un diagnóstico o un tratamiento es de alto costo. Para establecer este umbral, se tendrá en cuenta el cuarenta por ciento de los ingresos familiares anuales promedio” (artículo 2°). El umbral será fijado cada tres años, tomando en cuenta el cuarenta por ciento de los ingresos familiares anuales promedio, una vez cubiertos los gastos básicos de subsistencia¹²⁵. Los antecedentes y fundamentos para determinar dicho umbral serán públicos (artículo 6°).

Luego, un Decreto Supremo del Ministerio de Salud, suscrito también por el Ministerio de Hacienda, determinará cuáles tratamientos contarán con protección financiera (artículo 5°). Para poder contar con esta protección, los tratamientos deben cumplir con cuatro condiciones copulativas:

- a) Que el costo de los diagnósticos o tratamientos sea igual o superior al umbral.
- b) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una evaluación científica de evidencia favorable.
- c) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido recomendados por la Comisión de Recomendación Priorizada.
- d) Que se haya decidido su incorporación teniendo en consideración los estudios de la Dirección de Presupuestos sobre sustentabilidad financiera.

La determinación y revisión de los diagnósticos y tratamientos se iniciará de oficio por el Ministerio de Salud, que, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, realizará la evaluación científica, basándose en la evidencia disponible. Para realizar el proceso de evaluación, se tomarán en cuenta las opiniones y recomendaciones formuladas por las comisiones técnicas asesoras y las agrupaciones de pacientes. Además, la evaluación debe comprender la eficacia y efectividad de los tratamientos, la seguridad, el impacto presupuestario, entre otros criterios. Este proceso debe regirse por normas éticas y de transparencia (artículo 7°).

Para la decisión de los diagnósticos y tratamientos, la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda elaborará estudios respecto de la sustentabilidad financiera del Fondo. El conjunto de tratamientos deberá tener un costo anual igual o inferior al

¹²⁵ De acuerdo al Decreto Supremo N°86 de 2018, de los Ministerios de Salud y Hacienda, el umbral corresponde a un monto de \$3.011.381 (tres millones once mil trescientos ochenta y un pesos).

ochenta por ciento del valor esperado al primero de enero del año siguiente a la dictación del decreto. Si se supera este porcentaje, el nuevo decreto sólo podrá incluir los diagnósticos y tratamientos anteriores (artículo 9°).

El decreto debe contener una nómina de los diagnósticos, medicamentos, alimentos y elementos de uso médico. Además, debe indicar las enfermedades asociadas a cada uno de ellos (artículo 9°). La protección financiera de dichos diagnósticos y tratamientos tendrá una vigencia de tres años, pudiendo prorrogarse por otros tres años (artículo 10°).

El Decreto Supremo N° 13 de 2017 aprobó el reglamento que establece el proceso destinado a determinar los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera. Así, el primer Decreto Supremo es el N° 87 de 2015, el cual incorporó 11 patologías. Luego se dictaron los Decretos Supremos N° 50 de 2016 y N° 74 de 2017. El más reciente es el Decreto Supremo N° 2 de 2019, el cual actualiza la lista de tratamientos, contemplando un total de 27 patologías.

El otorgamiento de los tratamientos incorporados al Sistema de protección Financiera para Tratamientos de Alto Costo es obligatorio. En caso de incumplimiento, el afectado o quien lo represente podrá reclamar ante la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de la Superintendencia de Salud (artículo 13).

A su vez, la Ley consagra la continuidad de los tratamientos incorporados al sistema de protección financiera. Si el Código Sanitario suspende o prohíbe la autorización para la distribución o comercialización de un producto, Fonasa no estará obligado a entregarlo. En caso de no existir otra alternativa en el mercado chileno, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), excepcionalmente, podrá importarlos y distribuirlos (artículo 15). Por otra parte, la distribución de productos sanitarios no podrá suspenderse voluntariamente, a menos que esta decisión se base en el conocimiento de que el producto puede causar daños a la salud de la población (artículo 16).

Los medicamentos para tratar las patologías los adquirirá Cenabast (artículo 31) y serán financiados por Fonasa (artículo 32).

Además de la Cenabast y Fonasa, hay otros órganos que permiten la implementación de la Ley Ricarte Soto. Así, la Ley crea la Comisión de Recomendación Priorizada y la Comisión Ciudadana de Vigilancia y Control.

La Comisión de Recomendación Priorizada está encargada de analizar y priorizar la evidencia en base al valor científico, económico y social. Además, debe deliberar sobre la pertinencia de la inclusión de los tratamientos. No obstante, esta presentación no es vinculante para el Estado. Esta comisión estará conformada por miembros de reconocida idoneidad en las áreas de medicina, salud pública, economía, bioética, derecho sanitario, así como también, expertos en fármacos, elementos de uso médico y alimentos. La sociedad civil también tendrá dos representantes en ella (artículo 8°).

Por su parte, a la Comisión Ciudadana de Vigilancia y Control le corresponde asesorar a los ministros de Salud y de Hacienda, a través del monitoreo del funcionamiento del Sistema y de la elaboración de recomendaciones (artículo 22). La comisión emitirá un informe anual que contenga los resultados y conclusiones de sus observaciones y la formulación de recomendaciones (artículo 25). Para ello, Fonasa deberá implementar un sistema de información el cual permita el seguimiento, monitoreo y control del otorgamiento de las prestaciones contempladas en el Sistema, así como el gasto ejecutado en ellas (artículo 27). La comisión la componen representantes de asociaciones de pacientes, de asociaciones científicas, de facultades de medicina y cuatro expertos del área de la salud designados por el Ministro de Salud (artículo 22).

Finalmente, algunos aspectos interesantes de la Ley son la situación de los pacientes que participan de los estudios clínicos de los fármacos, y el mecanismo operativo por el cual los pacientes acceden al financiamiento de la patología contemplada en el Sistema de Protección Financiera.

Por un lado, los pacientes pueden participar de ensayos clínicos respecto a la efectividad de un fármaco. Aquellos que se hayan sujeto a dichos ensayos, tendrán derecho a la continuidad gratuita de los tratamientos recibidos conforme al protocolo de estudio, aun cuando éste haya finalizado y mientras subsista su utilidad terapéutica. Este derecho será por parte del titular de la autorización especial para uso provisional para fines de investigación o del titular del registro (artículo 17). El incumplimiento a esta norma se registrará por las disposiciones contenidas en el Libro Décimo del Código Sanitario

y serán conocidas y resueltas por la autoridad sanitaria respectiva. Asimismo, los titulares de las autorizaciones o de los registros, responderán de los perjuicios que causen por esta infracción a los pacientes, prestadores y a Fonasa (artículo 18).

Por otro lado, en cuanto a la forma de acceder al beneficio, la plataforma de Fonasa para Seguimiento del paciente establece el mecanismo desde que éste sospecha de la enfermedad hasta que recibe el tratamiento.

En primer lugar, el paciente o el médico tratante tiene la sospecha fundada de que el paciente podría sufrir una patología que puede requerir un medicamento o tratamiento de alto costo. En la plataforma, el especialista tratante debe ingresar la solicitud, completando el “Formulario de Sospecha Fundada”, o el “Formulario de Solicitud de Tratamiento”, si el diagnóstico es evidente, para que sea aprobado por el comité de expertos clínicos. El médico especialista debe estar certificado en la Superintendencia con la especialidad relacionada a la patología.

Luego, el centro evaluador confirma o rechaza la sospecha, o el comité de expertos confirma o descarta la solicitud de tratamiento. Posteriormente, el médico comunica al paciente la decisión del centro o comité y le entrega las indicaciones para que inicie su tratamiento. El médico tratante y/o Fonasa le informarán al paciente sobre los centros aprobados para su tratamiento y seguimiento. En estas etapas se realizarán los controles y evaluaciones definidos por el protocolo respectivo. Todo este procedimiento quedará registrado en la plataforma de Fonasa¹²⁶.

3. Consecuencias de la ley Ricarte Soto

Actualmente, la Ley contempla 27 enfermedades, cuyos diagnósticos y tratamientos son cubiertos en su totalidad.

¹²⁶ LLACH, E. 2016. ¿Cómo opera la Ley Ricarte Soto?, entrevistada para El Estetoscopio, Magazine de la Sociedad Chilena de Pediatría. [en línea]. Chile <<https://www.sochipe.cl/subidos/revista1/docs/1478557646-EE%20N88%20-%20FINAL.pdf>> [consulta: 16 agosto 2020]

Jiménez de la Jara señaló que es un deber no marginar, pero también es un deber la optimización de los resultados. Ambas posturas deben equilibrarse¹²⁷. Este parece ser justamente el objetivo de la ley. En efecto, la norma busca proteger financieramente a aquellos que padecen las denominadas enfermedades raras, pero al mismo tiempo, y para optimizar dicha protección, cuenta con un exigente procedimiento para incluir los tratamientos en ella. De esta forma, asegura el buen uso de los recursos financieros, pero también la calidad y eficacia de los tratamientos otorgados.

Lo anterior explica que haya una buena cantidad de diagnósticos, tratamientos y medicamentos no incluidos en la Ley. La página web del Ministerio de Salud cuenta con un formulario para solicitar la incorporación de exámenes diagnósticos, medicamentos, elementos de uso médico o alimentos al Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la Ley sólo cubre 27 patologías, ya que los ministerios han estimado que sus tratamientos cumplen con los requisitos médicos exigidos.

Como afirmaba Alejandra Zúñiga, se podría entender que el contenido esencial del derecho de protección a la salud lo conforma el Plan Auge. Pero en relación con la progresividad de los derechos sociales, esta protección ha aumentado gracias a la creación Ley Ricarte Soto. Entonces, el Estado está obligado a garantizar, en materia sanitaria, lo dispuesto por estas normas.

Es por esta razón que la Administración ha rechazado la entrega de medicamentos para tratar enfermedades que no están en la Ley. En efecto, los recurrentes alegan que la decisión administrativa es ilegal y arbitraria. Sin embargo, es cuestionable que esto realmente sea así.

Por una parte, la respuesta de la Administración se fundamenta en el hecho de que las patologías no están contempladas en la Ley, por lo cual no puede entregar dichos medicamentos.

Por otra parte, también resulta cuestionable la arbitrariedad, ya que el hecho de que esas patologías no estén incluidas tiene como base una serie de criterios médicos y financieros, los cuales buscan hacer la mejor elección. Entendiendo que la

¹²⁷ JIMÉNEZ, J. op. cit. 12p.

Administración no puede cubrir todas las enfermedades –porque éstas son infinitas–, debe elegir de la mejor manera posible. Y en el caso de enfermedades de baja frecuencia, cuyo tratamiento conlleva un alto costo, la ley Ricarte Soto ha sido la solución.

Así, de acuerdo a la información entregada por el Ministerio de Salud, en mayo del 2019 existían 15.030 personas beneficiadas por esta Ley. Dicho número podría haber aumentado significativamente debido a que en julio del mismo año se incluyeron nueve enfermedades más, con lo cual el Ministerio estima que se sumarían otros 4.186 beneficiarios.

Del análisis realizado, cabe concluir que existe un derecho de acceso a medicamentos. El contenido de este derecho está conformado por los medicamentos seleccionados por cada país, normalmente en base al modelo de lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

En el caso del Estado de Chile, el contenido de este derecho está dado, principalmente, por lo dispuesto en el artículo 19 N° 9 de la Constitución, el Plan Auge, el Formulario Nacional de Medicamentos y la Ley Ricarte Soto. Esto es lo que el Estado está obligado a garantizar y a otorgar.

III. RIESGOS

El desarrollo de la Ley Ricarte Soto no ha sido sencillo. Las leyes enfocadas en temáticas sanitarias implican el manejo de una serie de elementos que pueden llegar a ser muy técnicos. Un buen ejemplo de lo anterior es el procedimiento para el ingreso de los medicamentos, el cual exige un complejo conocimiento científico para poder evaluarlos adecuadamente. En este tipo de casos el creador de la norma prefiere delegar esta tarea en quien posee *mejor* información¹²⁸.

La Administración está mejor equipada para enfrentarse con problemas así de complejos porque cuenta con el personal especializado y con la experiencia para ello¹²⁹. Pero, además, cada año se hallan nuevas enfermedades que puede ser necesario cubrir. Y, afortunadamente, también se van creando nuevos medicamentos capaces de lidiar con ellas. Resulta necesario que quien decida la incorporación de los medicamentos goce de una cierta flexibilidad para poder considerar las circunstancias concretas. Situación que generalmente no puede ser prevista ni anticipada por la ley¹³⁰.

Teniendo todas estas circunstancias en consideración, la ley enuncia los términos generales del sistema financiero que tratará las enfermedades catastróficas, pero la Administración deberá determinar qué patologías efectivamente serán cubiertas. De esta forma, es dicha atribución legal la que legitima a la Administración para elegir la “correcta” de entre las diversas soluciones posibles¹³¹. Esta facultad que otorga la ley para tomar decisiones corresponde a una *potestad discrecional* de la Administración. Así, la ley legitima a la Administración para decidir, pero también legitima la decisión que ésta tome¹³².

Esta potestad no corresponde a una libertad total de decisión, sino que la Administración debe decidir dentro de los márgenes que otorga la ley. Así también, su

¹²⁸ TAPIA, J. y CORDERO, L. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. Estudios Públicos 1(139), 26p.

¹²⁹ CORDERO, L. 2015. Lecciones de derecho administrativo. Santiago, Legal Publishing Chile. 632p.

¹³⁰ ATRIA, F. 2016. La forma del derecho. Madrid, Marcial Pons. 192p.

¹³¹ PAREJO, L. 1993. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid, Tecnos, 120p.

¹³² VALDÉS, J. 2017. El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 66p.

actuación está limitada por principios jurídicos fundamentales del ordenamiento, donde uno de los que adquiere mayor relevancia es la prohibición de arbitrariedad¹³³. Esto quiere decir que las decisiones administrativas deben estar fundadas razonablemente.

En este caso, el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, evalúa las enfermedades sugeridas por la población, considerando la efectividad y el impacto presupuestario de los tratamientos. Esto demuestra que la Administración actúa sometida a la norma jurídica, lo que no es otra cosa que la aplicación del conocido principio de legalidad¹³⁴.

Todo lo anterior da cuenta de que el mayor conocimiento técnico y la flexibilidad que la caracterizan, le permite decidir de una manera más eficiente de la que podría hacerlo la ley. De esta forma, los formuladores de políticas reclaman una mayor legitimación y competencia técnica de la que otros órganos pueden reclamar para sí¹³⁵.

A diferencia del legislador y la Administración que crean derecho, el objetivo de la jurisdicción radica en aplicarlo¹³⁶. Por esta razón la decisión tomada por la Administración debe ser especialmente considerada por los jueces, al momento de revisarlas. Esto no significa que las decisiones administrativas no puedan ni deban ser controladas, sino que la aproximación que realiza el juez es distinta¹³⁷. Este respeto que debe tener el juez respecto de la decisión administrativa se conoce como *deferencia*. Su justificación viene dada por el hecho de que el proceso de creación de la regla no es enteramente reproducible en el contexto del ejercicio de la potestad jurisdiccional propia del juez¹³⁸. En el proceso judicial el juez no puede considerar todos los elementos que la Administración evaluó para tomar su decisión – y aún menos en un recurso de protección cuya tramitación es tan breve –.

¹³³ CASSAGNE, J. C. 2009. La discrecionalidad administrativa. Foro jurídico 1(9), 91p.

¹³⁴ GUZMÁN, L. 2001. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 26p.

¹³⁵ VERMEULE, A. 2018. La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al estado administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch. 23p.

¹³⁶ BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista Chilena de Derecho 33(1), 20p.

¹³⁷ VALDÉS, J. op. cit. 56p.

¹³⁸ PAREJO, L. op. cit. 126p.

Entonces ¿cómo puede controlar el juez? La forma en la que el juez mide la actividad administrativa es teniendo como parámetro de referencia la legalidad¹³⁹. Dado que al juez le corresponde aplicar el derecho, el examen que debe realizar es la conformidad de la actuación administrativa a la norma. En este sentido, el juez controlará – e incluso podrá anular – cuando los actos administrativos violen los requisitos establecidos para su validez¹⁴⁰. En resumen, al juez no le corresponde decidir lo que es mejor, sino si la decisión de la Administración se ajusta a la ley. De esta forma, si la decisión se ajusta a la ley, el juez no puede sustituirla¹⁴¹.

Sin embargo, los jueces no están siendo particularmente deferentes respecto de las decisiones de la Administración en materia de medicamentos. Como se revisó en el primer capítulo, los fallos, en su mayoría, resultaron en sentencias de condena. Esto quiere decir que se ordena a la Administración la realización de una determinada conducta¹⁴². Esa conducta es la de otorgar los fármacos que originalmente fueron negados por no estar contemplados en la Ley 20.850.

Esto no resulta inesperado si se tiene en cuenta que en el recurso de protección el grado de deferencia es prácticamente nulo¹⁴³. Esta situación puede explicarse por el hecho de que el recurso de protección representa un modelo de justicia administrativo subjetivo, en el cual predomina la preocupación por los derechos subjetivos y no tanto por la legalidad del acto¹⁴⁴.

No obstante, como se señaló previamente, el papel de los jueces consiste en revisar, no en decidir¹⁴⁵. Ponderar el interés público a partir de un análisis de costes y beneficios es una tarea que le corresponde a la Administración, no al juez¹⁴⁶. En este sentido, Pantoja advierte que la facultad anulatoria de los tribunales del Poder Judicial sobre las decisiones administrativas puede resultar peligrosa, en tanto que esos tribunales

¹³⁹ VALDIVIA, J. M. 2017. Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo. En SCHOPF, A. y MARÍN, J. C. (Eds.) Lo público y lo privado en el derecho. Santiago, Legal Publishing Chile. 385p.

¹⁴⁰ PIERRY, P. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 1(8), 165p.

¹⁴¹ GUZMÁN, L. op. cit. 138-145pp.

¹⁴² HUERGO, A. 2000. Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo. Navarra, Aranzandi. 51p.

¹⁴³ VALDÉS, J. op. cit. 123p.

¹⁴⁴ FERRADA, J. C. 2012. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. Revista de Derecho (Valdivia) 25(1), 117-119pp.

¹⁴⁵ VERMEULE, Adrian. op. cit., p. 18.

¹⁴⁶ SAAVEDRA, R. 2011. Discrecionalidad administrativa. Santiago, Legal Publishing Chile. 154p.

podrían convertirse en los administradores del gobierno¹⁴⁷. Así, cuando la Corte Suprema otorga medicamentos de alto costo para enfermedades no contempladas, está destinando recursos escasos, lo cual debería ser definido por el Ministerio de Salud.

La determinación de qué medicamentos serán financiados con recursos públicos involucra un asunto de justicia distributiva. Por esto, es problemático que sean los tribunales quienes intenten resolverlo.

El fenómeno de la judicialización del derecho de acceso a medicamentos puede provocar diferentes riesgos, los cuales impactan en la seguridad médica de los pacientes, las finanzas públicas y la igualdad ante la ley. Si bien la judicialización del derecho de acceso a medicamentos de alto costo puede tener una serie de efectos negativos que se estudiarán a continuación, es necesario hacer un alcance antes.

A. ALCANCES PREVIOS

Los riesgos de la judicialización del acceso a medicamentos se pueden ver agravados por diferentes incentivos perversos. Un incentivo perverso consiste en aquel incentivo que genera un efecto no esperado, una consecuencia no intencionada, que termina agravando el problema que se esperaba corregir, neutralizar o minimizar¹⁴⁸.

De esta manera, los incentivos perversos pueden influir en las decisiones de los agentes del mercado de medicamentos produciendo resultados no intencionados, e incluso contrarios al interés inicial. Si se tienen en cuenta los antecedentes del mercado farmacéutico chileno, esta situación es especialmente preocupante.

Por una parte, existen graves problemas de concentración económica y de ausencia de competencia suficiente. En Chile destacan tres importantes cadenas de farmacias que ostentan un relevante poder de mercado al concentrar el 95% de las ventas

¹⁴⁷ PANTOJA, R. 2007. La Inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En: CISNEROS, G., FERNÁNDEZ, J., y LÓPEZ, M. (Coords.) Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. 399p.

¹⁴⁸ COVARRUBIAS, I. Políticas perversas e incentivos perversos. [en línea] <<http://covarrubias.eumed.net/politicas-perversas-e-incentivos-perversos/>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

del país. Además, estas mismas cadenas de farmacias controlan algunos laboratorios y distribuidoras de medicamentos, generando así el incentivo de favorecer sus propios productos.

Por otra parte, existen problemas en cuanto a la ausencia de información relevante para conocer las razones del alto valor o del incremento del precio final de los remedios. A esto se le suma la falta de transparencia en la información sobre el precio, calidad y efectividad de los fármacos^{149 150 151}.

De esta forma, la judicialización del derecho de acceso a medicamentos, sumado al contexto del mercado chileno de medicamentos podría provocar incentivos perversos en los actores que intervienen en este escenario.

En primer lugar, los médicos podrían verse incentivados a prescribir medicamentos que no están disponibles o que no son accesibles para el paciente, sabiendo que si éste recurre a tribunales, el juez ordenará al Estado otorgarlo, pese a que el fármaco no esté contemplado en la ley. Incluso, Alicia Ely Yamin advierte que a menudo se presentan demandas cuyas terapias resultan en extremo costosas, pero los beneficios son marginales, lo cual se explica por la información asimétrica que existe entre el experto y el paciente¹⁵².

¹⁴⁹ ALVEAR, J. op. cit. 134-137pp.

¹⁵⁰ Durante la sesión N° 13 de la Comisión investigadora del rol de los organismos públicos respecto de la adquisición de medicamentos y del acceso a ellos por parte de la población, se analizó la Ley 20.850 a un año de su promulgación. En ella se reparó en el hecho de que existían estudios respecto a comportamientos que se acercaban mucho a las conductas monopólicas, por lo que se propusieron ciertas indicaciones a la denominada Ley de Fármacos. Es por esto que la principal tónica de las indicaciones al proyecto de ley guardaba relación con aumentar los grados de transparencia en el mercado. Véase: COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. 2016. Sesión 13ª. [en línea] <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=24038&prmTIPO=ACTACOMISION>> [consulta: 9 marzo 2020]

¹⁵¹ Esta situación no es exclusiva de Chile. Uno de los factores que tiende a dificultar la implementación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, son las prácticas anticompetitivas. Véase: ALLARD, R. 2015. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica* 21(1).

¹⁵² YAMIN, A. E. 2011. Power, suffering, and courts: reflections on promotion health rights through judicialization. En: YAMIN, A. E. y GLOPPEN, S. (Eds) *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?*. Cambridge, Harvard University Press. 356p.

En segundo lugar, también podría existir un incentivo perverso para los laboratorios que proveen los medicamentos. Los laboratorios pueden preferir producir medicamentos más rentables que eficaces, si se tiene en cuenta que aproximadamente el 90% de la investigación y desarrollo de los medicamentos es financiada por la industria farmacéutica¹⁵³. Y teniendo en cuenta los antecedentes de concentración económica en Chile, la industria farmacéutica podría optar por aumentar el precio de dichos fármacos.

Además, Yamin explica que las compañías farmacéuticas están promoviendo activamente el litigio en diferentes países por dos razones: para expandir el mercado de sus medicamentos patentados y para fomentar el litigio por medicamentos patentados en lugar de genéricos incluidos en los esquemas nacionales¹⁵⁴.

Ante este tipo de situaciones, la Organización Panamericana de la Salud señala que la industria debería ser parte de la solución y no agravar el problema por su interés en obtener beneficios comerciales¹⁵⁵.

Otro actor que se puede ver enfrentado a incentivos perversos son los prestadores de salud habilitados para otorgar seguridad sanitaria a la población, como lo son las clínicas.

El incentivo perverso al que pueden verse enfrentados los prestadores de salud guarda relación con la probidad, ya que la Comisión Investigadora, durante la sesión N° 13, informó que algunos prestadores de salud privados no quisieron cumplir con los requisitos exigidos, como el de informar los beneficios que éstos tuvieran con laboratorios, y el de realizar la declaración de conflicto de interés que existiese, especialmente en el ámbito de la investigación. Ambas situaciones dificultaron la implementación de la Ley Ricarte Soto. Finalmente, el primero se eliminó, mientras que

¹⁵³ ALLARD, R. 2015. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica* 21(1), 89p.

¹⁵⁴ YAMIN, A. E. 2011. op. cit. 50p.

¹⁵⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. 2009. El acceso a los medicamentos de alto costo en las Américas: contexto, desafíos y perspectivas (Serie técnica No. 1. Medicamentos esenciales, acceso, e innovación. Washington DC, OPS. 15p.

respecto del segundo quedó establecido que la comisión de evaluación de prestadores juzgaría y establecería si un conflicto de interés era contrario al interés público¹⁵⁶.

En cuarto lugar, las empresas aseguradoras también podrían tener conflictos de interés. Esto se debe a que cuentan con comités técnico – científicos que aprueban algunos medicamentos. Estas empresas podrían aprovecharse de la judicialización, ya que en el caso de Colombia, Machado y Moncada detectaron un incremento en el número de pacientes que acceden a medicamentos de alto costo. Este aumento es de un 1166% y de 847% del valor facturado para el período 2005-2010. El incremento de usuarios y facturación resulta una consecuencia de las recomendaciones de los comités técnico – científicos de las aseguradoras, a pesar de que los medicamentos no se encuentran dentro del listado del Plan Obligatorio¹⁵⁷.

Finalmente, algunas críticas apuntan a una actividad conjunta entre farmacéuticas, médicos y jueces, ya que estarían realizando alianzas perversas provocando una “corrupción simulada judicialmente”. Esta alianza tiende a conceder los fármacos caros a los pacientes. Así, algunos laboratorios han proveído incentivos financieros a médicos particulares para usar medicamentos de marca en lugar de genéricos, los cuales posteriormente serán concedidos por los jueces¹⁵⁸. Lo anterior coincide con tres estudios, los cuales encontraron una concentración de las demandas en la prescripción de medicamentos en un grupo pequeño de médicos y abogados¹⁵⁹.

Por todo lo anterior, hay que tener en consideración que los incentivos antes señalados pueden agravar los riesgos que produce la judicialización del derecho de acceso a medicamentos de alto costo que se expondrán a continuación.

¹⁵⁶ COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. 2016. Sesión 13ª. [en línea] Chile <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=24038&prmTIPO=ACTACOMISION>> 8p. [consulta: 9 marzo 2020].

¹⁵⁷ BARDAZANO, G., et al. 2017. Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema. Montevideo, Udelar. 76p.

¹⁵⁸ YAMIN, A. E. y PARRA-VERA, O. 2010. Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates. *Hastings international and comparative law review* 33(2), 112p.

¹⁵⁹ REVEIZ, L., et al. 2013. Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura. *Revista Panamericana de Salud Pública* 33(2), 215p.

B. RIESGOS

Como se señaló, la elección respecto de cuáles medicamentos serán financiados por el Estado es un asunto de justicia distributiva. Por esto, es problemático que sean los tribunales quienes intenten solucionarlo, ya que este fenómeno puede tener como consecuencia los siguientes riesgos.

1. Riesgo médico

Debido a que las enfermedades requieren de medicamentos costosos, la ley debe escoger apropiadamente qué tratamientos serán cubiertos. Ésta es una de las principales características de las denominadas “enfermedades raras”. En efecto, Seguel y Zabala indican que se trata de enfermedades de difícil delimitación diagnóstica, escasa prevalencia y alto costo financiero¹⁶⁰.

Ante este escenario, la Administración debe decidir qué tratamientos va a financiar. Y para ello, un elemento que resulta de suma relevancia es la eficacia probada que tenga ese tratamiento. Con ello se asegura que las personas tengan una alta probabilidad de mejora y, por tanto, que los recursos fiscales están siendo bien utilizados. Ésta no es sino la misión de la Administración: distribuir los recursos de la mejor forma posible para asegurar el bienestar de la población.

Por esta razón, expertos en el tema de los medicamentos de alto costo han establecido los pasos que se deben seguir para seleccionarlos. El primero de ellos consiste en definir claramente la enfermedad, planteando un esquema fisiopatológico y determinando cuál es el sitio de acción y el papel que cumple el medicamento en dicho esquema. En segundo lugar, se debe determinar qué se pretende lograr con el fármaco, es decir, cuál es el objetivo terapéutico deseado. El siguiente paso es hallar datos probatorios de que el nuevo medicamento cumple – o no – con el objetivo deseado. Por último, se debe verificar que los resultados logrados con el nuevo fármaco sean claramente más eficaces que los de tratamientos ya disponibles en el mercado¹⁶¹.

¹⁶⁰ SEGUEL, A. y ZABALA, X. op. cit. 327p.

¹⁶¹ MARÍN, G. y POLACH, M. A. 2011. Medicamentos de alto costo: análisis y propuestas para los países del Mercosur. Revista Panamericana de Salud Pública 30(2), 169p.

En el caso chileno, el ex Subsecretario de Salud Pública, Jaime Burrows, explicó a la Comisión Investigadora la forma en la que la Ley Ricarte Soto selecciona las prestaciones que se incorporan a la Ley, las cuales se pueden explicar en las siguientes etapas:

- i. En primer lugar, los tratamientos deben sobrepasar el umbral de alto costo.
- ii. En segundo lugar, se recolecta información respecto de los tratamientos propuestos mediante la evidencia de la efectividad y el conocimiento que se tiene de esos problemas en el Ministerio de Salud, Fonasa y los Servicios de Salud. Para ello existen diversos organismos, entre los que se encuentra la Comisión de Enfermedades Raras o Poco Frecuentes. Ésta se encarga de realizar el análisis de la evidencia científica para tener certeza de que los tratamientos son realmente efectivos y en qué situaciones serían efectivos y aplicables.
- iii. Luego, se analiza la información disponible respecto a los costos y precios.
- iv. Posteriormente, se realiza una evaluación de la evidencia, aplicando los criterios de efectividad y de calidad, para lo cual se solicitan opiniones de expertos. Además, se lleva a cabo el análisis de factibilidad del tratamiento.
- v. Finalmente, se decide la incorporación de éste, teniendo a la vista el impacto en el presupuesto del fondo de la Ley, en las redes asistenciales y la elaboración de los protocolos¹⁶².

En ese sentido, el ex subsecretario advierte que los tratamientos “no sólo deben ser de alto costo, sino, también, de efectividad probada”¹⁶³. De lo anterior resulta forzoso concluir que la efectividad científica es uno de los pilares de la Ley. Esto es fundamental, ya que, en muchos casos, los tratamientos consisten en terapias más bien experimentales que no tienen la consistencia de la evidencia. Esto es un problema para la asignación de recursos económicos y los costos que representan estas enfermedades¹⁶⁴.

¹⁶² COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. op. cit. 5-7pp.

¹⁶³ *Ibíd.* op. cit. p. 2.

¹⁶⁴ SEGUEL, A. y ZABALA, X. op. cit. 329p.

Lo anterior es consistente con las múltiples barreras de acceso que se presentan en materia de medicamentos de alto costo. Entre los más relevantes se encuentran los problemas de disponibilidad, así como las limitaciones en los servicios de salud y en la asequibilidad¹⁶⁵. Estos problemas también se explican por el alto valor de los tratamientos, cuyo costo no sólo afecta a los prestadores de servicios sanitarios, sino también a los pacientes que deben pagar por ellos.

Por esta razón, la decisión de los tratamientos que serán incluidos debe ser la más adecuada. Esto permite invertir en buenos medicamentos, lo cual es congruente con los estándares de derechos humanos que exigen al Estado regulaciones eficaces de medicamentos para garantizar la seguridad, eficiencia y calidad de los medicamentos disponibles¹⁶⁶. Este estándar podría resultar contradictorio con la idea de que la incerteza científica no puede operar en perjuicio del paciente, con el fin de que reciba la mejor alternativa terapéutica disponible. Sin embargo, el principio de todas maneras requiere que la alternativa asegure la integridad y la calidad de vida del paciente¹⁶⁷.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, la judicialización en el acceso a medicamentos puede provocar que algunos médicos sean incentivados a prescribir fármacos cuyos beneficios no estén probados, pero que son rentables económicamente. En ese sentido, se produce un riesgo médico para el paciente. En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el derecho a la salud se protege en sentido negativo cuando no se suministra un medicamento que no ha comprobado su eficacia, seguridad y eficiencia. De lo contrario, se estaría poniendo en riesgo la salud de las personas y, de esa manera, violentando el derecho humano a la salud¹⁶⁸.

La falta de eficacia de los medicamentos se demuestra también al momento de incorporar tratamientos por parte de la Administración. En el caso brasileño, la judicialización incentivó la incorporación de nuevas tecnologías de forma acrítica, influenciado por las grandes industrias farmacéuticas. Incluso, se observó que algunas

¹⁶⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. op. cit. 9-10pp.

¹⁶⁶ HUNT, P. y KHOSLA, R. op. cit. 109p.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ-FALCONÍ, P. op. cit. 570- 571pp.

¹⁶⁸ CÁRDENAS, J. L. op. cit. 292p.

solicitudes no encontraban respaldo científico, pero sí el respaldo de intereses mercantiles de la industria farmacéutica¹⁶⁹.

En el ámbito judicial, la situación no parece ser distinta. El precedente del Supremo Tribunal Federal de Brasil es que el Estado brasileño debe rescatar a cualquier paciente cuya vida dependa de un tratamiento, independiente si están todavía en fase experimental¹⁷⁰. A su vez, en el año 2014, Norheim y Wilson seleccionaron casos al azar sobre acceso a medicamentos en Costa Rica. De ellos, en el 70% de los casos se ordenaba proveer fármacos con baja prioridad o experimentales, con beneficios marginales para los pacientes¹⁷¹. Una posible explicación es que, cuando los tribunales están inundados de casos individuales, a menudo no cuentan con pruebas fácilmente disponibles sobre la eficacia en función de los costos, o carecen de buenos procedimientos para evaluarlos junto con otras consideraciones relativas a los derechos¹⁷².

Sin embargo, esto puede ser sumamente perjudicial para los pacientes. Los tratamientos, al no gozar de una eficacia comprobada, podrían arriesgar la salud de los pacientes. O incluso, su vida. Es por esto que las instituciones construyen guías y protocolos de prescripción, con el fin de intentar asegurar que la utilización de estos medicamentos tenga un beneficio adecuado¹⁷³.

Roberto Iunes resume esta situación señalando que algunas sentencias judiciales han favorecido sistemáticamente el concepto del médico tratante por sobre la opinión de los expertos clínicos y de los protocolos clínicos de la autoridad sanitaria. Este posicionamiento plantearía tres riesgos principales.

El primero es que podría obligar al sistema a suministrar medicamentos y/o servicios para los que no hay pruebas de su eficacia clínica. Esta observación coincide con los fallos de los tribunales latinoamericanos.

¹⁶⁹ DE SOUZA, R, et al. 2016. El acceso a las acciones y servicios del Sistema Único de Salud en la perspectiva de la judicialización. *Revista Latino-Americana de Enfermagem* 24(1), 4p.

¹⁷⁰ LAMPREA, E. 2017. The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective. *Annual Review of Law and Social Science* 13(1), 444p.

¹⁷¹ LAMPREA, E. 2017. op. cit. 442p.

¹⁷² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2010. How does litigation affect health financing? (Technical Brief Series Brief No. 15). [en línea] <<https://www.cmi.no/publications/file/3928-how-does-litigation-affect-health-financing.pdf>> 2p. [consulta: 6 de febrero de 2022]

¹⁷³ BARDAZANO, G., et al. op. cit. 56p.

Por otra parte, la opinión médica podría estar sesgada debido a un conflicto de interés por parte del médico tratante. Sobre este riesgo ya se profundizó en el punto anterior, referido a los incentivos perversos.

Finalmente, la limitada capacidad técnica de los tribunales podría llevar a decisiones subóptimas para la sociedad en su conjunto, dado el costo de oportunidad de no entregar otros servicios¹⁷⁴.

Por esta razón, a continuación, se expondrá sobre el impacto que las decisiones judiciales puedan tener en el presupuesto, y cómo esto afecta al resto de la población.

2. Riesgos sobre las finanzas

Holmes y Sunstein señalan algo que no siempre se tiene en cuenta. “A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero”¹⁷⁵. Cada vez que la Administración toma la decisión de otorgar un determinado derecho, éste le cuesta dinero al Estado. El derecho a la salud requiere financiar medicamentos y elementos de uso médico para el tratamiento de enfermedades. Ahora bien, si se trata de enfermedades catastróficas, estos medicamentos resultan mucho más costosos.

Los recursos financieros que permiten satisfacer necesidades colectivas, como la salud, se pueden obtener “fundamentalmente de dos vías: de la estimación de los ingresos y gastos de la Administración del Estado o por la fuente del endeudamiento”¹⁷⁶. En general, los recursos de que dispone el Estado para invertir en estas necesidades colectivas provienen de los impuestos de los contribuyentes. Esto permite ver que los derechos son

¹⁷⁴ CUBILLOS, L., et al. 2012. Universal health coverage and litigation in Latin America. *Journal of Health Organization and Management* 26(3), 402p.

¹⁷⁵ HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. 2011 *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI. 194p.

¹⁷⁶ PALLAVICINI, J. 2011. El principio de Legalidad del Gasto Público en materia financiera. *En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Anuario de Derecho Público N° 2011*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. 211p.

bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual¹⁷⁷.

Para determinar qué necesidades serán garantizadas y cubiertas por el Estado, la Administración debe tomar una decisión de justicia distributiva, es decir, definir cómo serán distribuidos los recursos limitados de que dispone. Este ejercicio supone decisiones de no proveer ciertos servicios¹⁷⁸, ya que el Estado no puede satisfacer todas las necesidades. Esto incluye las necesidades médicas.

Debido a la importancia que tiene este tipo de decisiones – ya que repercute en el bienestar de todas las personas – los gastos públicos que se realizan son autorizados anualmente mediante la Ley de Presupuestos del Sector Público¹⁷⁹. Cabe recordar que quienes administran bienes y recursos públicos deben gestionarlos con estricta sujeción a la normativa que regula la materia¹⁸⁰, con el fin de evitar la malversación de éste. Esto permite evitar arbitrariedades al momento de decidir cómo se gastan los recursos públicos.

Como se adelantó, lo anterior no es sino la manifestación singular del principio de legalidad que rige al derecho público.

La historia de la Ley 20.850 muestra su relación con la Ley de Presupuestos. Durante la tramitación del proyecto de ley se presentó un informe financiero. En él se señaló que, para cumplir con el propósito de la Ley, el proyecto creó el Fondo en el Tesoro Público. El Fondo se financiaría, aparte de la dotación presupuestaria, con donaciones, herencias y legados, aportes de cooperación internacional y con la rentabilidad del mismo.

El impacto de la Ley Ricarte Soto sobre el Presupuesto Fiscal estaba constituido por el aporte fiscal al Fondo y por los gastos que permiten la operación de los Servicios Públicos involucrados en la administración del Sistema. El aporte fiscal al Fondo era de 30.000 millones de dólares para el año de entrada en vigencia del primer decreto que determinaba los tratamientos de alto–costo incluidos en el Sistema. Posteriormente, este

¹⁷⁷ HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. op. cit. 69p.

¹⁷⁸ DANIELS, N., et al. 2015. Role of the Courts in the Progressive Realization of the right to Health: between the Threat and the Promise of Judicialization in Mexico. *Health Systems & Reform* 1(3), 231p.

¹⁷⁹ PALLAVICINI, Julio. op. cit., 213p.

¹⁸⁰ PALLAVICINI, Julio. op. cit., 230p.

monto aumentaría a 50.000 millones de dólares para el segundo año, y a 100.000 millones de dólares para el tercer año. En cuanto a los gastos operacionales, el año anterior a la entrada en vigencia del decreto referido se desembolsarían 1.079,5 millones de dólares. En los años siguientes, este gasto disminuye a 933 millones de dólares¹⁸¹.

El año 2019, las glosas de la Ley de Presupuesto destinaron 83.973.840 miles de pesos a la Ley 20.850. La indicación señaló que “los recursos sólo podrían utilizarse para financiar la compra o reembolso de medicamentos, alimentos o elementos de uso médico asociados a enfermedades o condiciones de salud, y las prestaciones indispensables para su confirmación diagnóstica y seguimiento, cubiertas por la Ley 20.850, que crea un sistema de protección financiero para diagnósticos y tratamientos de alto costo”. Agrega que los medicamentos, alimentos o elementos de uso médico pueden ser adquiridos a través de Cenabast, con cargo al Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo. Por último, mandata a Fonasa a informar trimestralmente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre la ejecución de dichos recursos, así como el número de beneficiarios, sustentabilidad del Fondo y los decretos por los cuales se autorice el exceso de los recursos¹⁸².

Todo esto resulta en extremo relevante si se tiene en cuenta que la Ley 20.850 busca hacerse cargo de enfermedades catastróficas que requieren de tratamientos costosos. De esta forma, la Ley toma en cuenta el impacto financiero que tienen estas enfermedades en las familias¹⁸³.

Éste es un conocido problema de los medicamentos de alto costo: el creciente gasto para el Estado, los hospitales y los pacientes, debido a la incorporación de nuevos y más caros medicamentos a la cobertura de los sistemas de salud¹⁸⁴. Así, el acelerado incremento de los medicamentos de alto costo que serán cubiertos por el Estado conlleva,

¹⁸¹ Historia de la ley 20.850 que Crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y Rinde Homenaje Póstumo a Don Luis Ricarte Soto Gallegos, 31p.

¹⁸² MINISTERIO DE SALUD. 2019. Ley de Presupuesto 2019. Partida 16 [en línea] Chile <<http://bibliotecadigital.dipres.gob.cl/bitstream/handle/11626/16567/SALUD.pdf?sequence=30&isAllowed=y>> 264p. [consulta: 9 marzo 2020]

¹⁸³ Historia de la Ley 20.850 que Crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y Rinde Homenaje Póstumo a Don Luis Ricarte Soto Gallegos, 8-9pp.

¹⁸⁴ BARDAZANO, G., et al. op. cit. 76p.

además de los beneficios para la salud de las personas que los necesitan, una carga económica bastante pesada para el sistema sanitario del país¹⁸⁵.

A esto se suma la crisis en el financiamiento de la sanidad. La crisis es provocada por el enorme progreso científico, sumado al envejecimiento de la población y a las nuevas enfermedades. Como resultado, se ha producido “el aumento de los costos sanitarios a un punto difícilmente soportable por los presupuestos de los sistemas racionales”¹⁸⁶. Entonces resulta fundamental buscar el equilibrio entre la primacía del bienestar del paciente y la promoción de la justicia en el sistema de salud, lo cual implica la distribución equilibrada de los recursos¹⁸⁷. Lo anterior permite explicar que la Ley ponga especial énfasis en la importancia de considerar el monto de los tratamientos al momento de incluirlo en el Sistema de Protección Financiera¹⁸⁸.

Así, se demuestra lo complicado que es distribuir los recursos sanitarios de forma adecuada, y la judicialización del acceso a medicamentos sólo lo estaría dificultando aún más.

Claudio Michellon señala que, en contextos de carencia endémica de recursos, garantizar a tantos cuantos tengan problemas graves de salud un derecho social oponible al gobierno al mejor tratamiento médico disponible tendría un substancial impacto sobre las cuentas públicas. Hacerlo acabaría por otorgar a los jueces una competencia jurídica para decidir sobre el destino de una parte considerable de los recursos públicos¹⁸⁹. Y esto puede resultar sumamente perjudicial ya que la Administración ha distribuido los recursos existentes teniendo en cuenta una serie de elementos técnicos.

Pero los tribunales, al momento de fallar, no están en una posición para hacer un juicio comparativo sobre los costos de oportunidad en la forma que el Sistema de Salud lo hace¹⁹⁰. Los tribunales no están en la mejor posición para distribuir recursos escasos

¹⁸⁵ MACHADO, J. y MONCADA, J. C. op. cit. 284p.

¹⁸⁶ ZÚÑIGA, A. 2011. Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral de derecho a la protección de la salud. op. cit. 206p.

¹⁸⁷ VÉLEZ-ARANGO, A. 2009. El derecho a la salud: políticas públicas y percepción de actores y grupos de población. Del papel a la realidad. Manizales 2008. Hacia la promoción de la Salud 14(1), 80p.

¹⁸⁸ COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. op. cit. 12p.

¹⁸⁹ MICHELLON, C. Jr. 2004. Derechos sociales y la dignidad de la igualdad. (Introducción). Discusiones 1(4), 7-8pp.

¹⁹⁰ DANIELS, N., et al. loc. cit.

porque los tribunales, en la medida en que razonen como tales, es decir, sobre la base de derechos subjetivos, no son instituciones aptas para implementar una repartición verdaderamente igualitaria de bienes como la salud¹⁹¹.

Es por esto que se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales¹⁹². Al fin y al cabo, ésta es la labor de la Administración. En ese sentido, Hogerzeil admite que “los recursos son limitados y no encuentro ninguna razón para interferir con la asignación realizada por quienes están mejor equipados que yo para hacer frente a las agobiantes decisiones que hubo que tomar en este caso”¹⁹³.

Ante estas críticas, muchos jueces locales que trabajan en casos de derechos a la salud han argumentado que están respondiendo a las fallas del Estado en el suministro de los medicamentos necesarios¹⁹⁴. La respuesta puede ser acertada en la medida en que en los países de altos ingresos con sistemas de salud pública (típicamente los países nórdicos) los litigios sobre derecho a la salud son prácticamente inexistentes. Por el contrario, en los países con ingresos medios y con esquemas de privatización en la prestación de asistencia sanitaria, hay más posibilidades de encontrar un alto volumen de litigios sobre derecho a la salud¹⁹⁵.

A pesar de ello, un creciente número de estudios asegura que la judicialización del derecho a la salud explota financieramente el sistema de salud, pero es incapaz de transformarlo¹⁹⁶.

¹⁹¹ MICHELLON, C. Jr. op. cit. 10p.

¹⁹² CARPIZO, J. op. cit. 1095p.

¹⁹³ HOGERZEIL, H., et al. 2006. Is Access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts?. *The Lancet* 368(1), 310p.

¹⁹⁴ BIEHL, J. 2016. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova* 1(98), 97p.

¹⁹⁵ LAMPREA, E. 2017. op. cit. 6p.

¹⁹⁶ ANDIA, T. y LAMPREA, E. 2019. Is the judicialization of health care bad for equity?. A scopy review. *International Journal for Equity in Health* 18(61), 2p.

En el escenario chileno, las decisiones de la Corte Suprema envuelven una intervención en la distribución del gasto público, “cerrando la vista a que siempre son escasos los recursos presupuestarios, como nos ocurre en nuestras propias vidas”¹⁹⁷.

El impacto de este tipo de decisiones puede afectar gravemente las finanzas públicas y una revisión de la situación de otros países puede dar cuenta de este riesgo.

En cuanto a la cantidad de casos en Brasil, en el 2011 se presentaron 240 mil acciones judiciales, de una población de 197.500.000 de personas, aproximadamente. Para el año 2014, donde Brasil ya contaba con 202.700.000 de habitantes, el número de acciones judiciales se incrementó a 392 mil, lo cual representa un aumento del 62%¹⁹⁸. Sólo en Sao Paulo, que contaba con 41.100.000 de habitantes en 2006, hubo 2.927 acciones judiciales registradas en el Sistema de Control Jurídico durante ese año, mientras que, en la provincia de Buenos Aires (3.000.000 habitantes aproximadamente), los pedidos anuales de medicamentos de alto costo también excedieron las 2.000 solicitudes en el mismo año¹⁹⁹. El impacto en el presupuesto para poder solventar los medicamentos que las sentencias judiciales ordenan cubrir al Estado de Brasil ha ido de 235 mil dólares en 2005, a 67 millones de dólares en 2010. A su vez, entre 2003 y 2011, el monto agregado alcanzó los 150 millones de dólares²⁰⁰.

En Sao Paulo, los gastos en medicamentos provocados por litigios ascendieron al 25% del presupuesto para medicamentos, y al 4,3% del presupuesto total para la salud, en 2008²⁰¹. En cuanto a medicamentos excepcionales, Sao Paulo ha gastado 380 millones de pesos, lo que representa un 50% del presupuesto para este tipo de medicamentos²⁰². Otro caso relevante es el de Tuharao. En el año 2013 Tuharao tenía un presupuesto de 270,288 dólares para invertir en materia sanitaria. El gasto en sentencias judiciales fue de 280,467 dólares²⁰³.

¹⁹⁷ BARROS, E. 2019. Rumbos jurisprudenciales muy riesgosos. [en línea] El Mercurio en Internet. 11 de octubre, 2019. <<https://digital.elmercurio.com/2019/10/11/A/UU3M6TAC#zoom=page-width>> [consulta: 9 marzo 2020]

¹⁹⁸ CÁRDENAS, J. L. op. cit. 285p.

¹⁹⁹ MARÍN, G. y POLACH, M. A. op. cit. 168p.

²⁰⁰ CÁRDENAS, J. L. loc. cit.

²⁰¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. How does litigation affect health financing? (Technical Brief Series Brief No. 15). op. cit. 1p.

²⁰² CUBILLOS, L., et al. op. cit. 395p.

²⁰³ NUNES, L., et al. 2019. (Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil. *International Journal for Equity in Health* 18(1) 6p.

En Colombia, el incremento en la judicialización también ha repercutido de forma considerable en el gasto público. Entre los años 2003 y 2009, el crecimiento anual promedio en el valor de los reembolsos por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud fue de un 68%, alcanzando a un 0,5% del producto interno bruto del país. Entre los años 2005 y 2010 el valor facturado por medicamentos de alto costo creció en un 847%²⁰⁴.

En el caso argentino, durante 1998, el programa de salud experimentó un significativo aumento en la asignación de recursos. Los recursos destinados pasaron de 19 millones de dólares a 70 millones de dólares²⁰⁵.

Es interesante tener en consideración la situación que han enfrentado estos países ya que los efectos que ha tenido la judicialización en ellos podrían replicarse en Chile. Observar estos notorios impactos muestra que la judicialización lleva a resoluciones que pueden desvirtuar las responsabilidades del poder ejecutivo en el diseño del presupuesto y en la previsión del gasto público.

No obstante, la ministra de la Corte Suprema Ángela Vivanco considera que “en el caso chileno se trata de grupos reducidos de personas, por lo que es poco probable que darles las prestaciones vaya a hacer quebrar el sistema de salud”²⁰⁶.

Sin embargo, es útil examinar la situación en que la judicialización termine por agotar el Fondo que financia los tratamientos de la Ley Ricarte Soto.

La Ley permite gastar hasta un 80% del Fondo. Al respecto, Burrows explica que esta disposición busca tener un “colchón” ante eventualidades de que los precios suban, o que la demanda hubiera sido estimada demasiado por debajo de lo solicitado. Por ello, la Ley exige calcular lo que se va a gastar con el 80% de lo disponible²⁰⁷.

²⁰⁴ REVEIZ, L., et al. op. cit. 213-214pp.

²⁰⁵ BERGALLO, P. 2011. Courts and social change: lessons from the struggle to universalize Access to hiv/aids treatment in Argentina. Texas Law Review 89(7), 1630p.

²⁰⁶ TORO, I. y TORO, P. Ángela Vivanco, ministra Corte Suprema: "No puede ser que el mensaje sea que por falta de recursos usted deba morirse". [en línea] La Tercera en Internet. 5 de octubre, 2019. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/angela-vivanco-ministra-corte-suprema-no-puede-mensaje-sea-falta-recursos-usted-deba-morirse/848946/>> [consulta: 06 de febrero de 2022].

²⁰⁷ COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. op. cit. 10p.

Ahora bien, en caso de que la judicialización impacte de manera grave, Yamin y Maestad aclaran que hay diferentes formas de financiar los costos provocados por el litigio. La evidencia indica que los costos se financian a través de la reasignación presupuestaria, el aumento de los ingresos adicionales o reduciendo las ineficiencias²⁰⁸.

En el caso chileno, si las decisiones judiciales terminan por sobrepasar el monto del Fondo, lo más probable es que se reasignarán los recursos. Así ocurre en otros organismos administrativos. Para ello, el dinero puede ser obtenido de otros fondos o, incluso, de otros ministerios.

El hecho de reasignar los recursos públicos permitirá acatar las sentencias y otorgar los medicamentos ordenados. Pero también conlleva la disminución del presupuesto de otros servicios públicos, lo cual puede afectar a la sociedad, impactando en la igualdad de las personas.

3. Igualdad ante la ley

Para conseguir que la Administración otorgue medicamentos no incluidos en los decretos de la Ley Ricarte Soto, las personas han recurrido a la vía judicial. Esto significa que se ha judicializado un derecho social como lo es el derecho a la salud.

La judicialización de los derechos sociales, si bien beneficia al recurrente, puede llegar a ser problemática. En efecto, se beneficia a la persona individual, pero se deja de lado el hecho de que se trata de un derecho social. A través de este tipo de judicialización, el derecho “se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes. *Lo que llega al tribunal no es un derecho social, sino una demanda privada*”²⁰⁹. Esto sucede porque los tribunales sólo miran el caso en particular.

²⁰⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2010. How does litigation affect health financing? (Technical Brief Series Brief No. 15). op. cit. 1p.

²⁰⁹ ATRIA, F. 2004. ¿Existen derechos sociales?. Discusiones 1(4), 46p.

Esta actitud puede ser inofensiva cuando se exige una indemnización a otro particular, pero no lo es cuando exigimos al Estado una prestación que afecta a los demás.

Lo que aquí se produce es una tensión entre la satisfacción de la dimensión individual del derecho a la salud y su dimensión colectiva. En algunas circunstancias el litigio puede ayudar a la promoción del derecho a la salud en la sociedad y volver más justo el sistema de atención²¹⁰. Pero en otros casos, la judicialización puede intensificar la inequidad. García y Verdugo explican que, al tratarse de casos difíciles, los jueces frecuentemente carecen de toda la información relevante y sus decisiones pueden llegar a tener consecuencias no intencionadas²¹¹. Por esta razón, es importante que los jueces sean conscientes del impacto que tienen sus decisiones.

En Argentina, un estudio que analiza el litigio judicial y el derecho a la salud da cuenta de que las sentencias tienden a ser favorables al demandante. Sin embargo, éstas no tienen consideraciones que beneficien a otros afectados por el sistema de salud²¹². Y es que este tipo de demandas – o recursos – siempre tienen como demandante a una única persona. Por esto, habilitar la instancia judicial y obtener una decisión no es suficiente, cuando se quiere solucionar prácticas institucionales que exceden a las partes que participan en el caso²¹³.

En el resto de América Latina, en general, la situación no ha sido diferente. La mayoría de los litigios afecta sólo a un demandante y no necesariamente a la población entera²¹⁴. Por el contrario, en países como Sudáfrica, la judicialización ha estado encabezada por organizaciones que actúan de manera colectiva. Estas organizaciones se han enfocado en exigir recursos judiciales estructurales que pusieran en tela de juicio los derechos de propiedad que limitaban el acceso a medicamentos contra el VIH/SIDA²¹⁵.

Y no es sólo que no beneficie al total de la población, la que ve disminuido los recursos escasos de que dispone la Administración para alcanzar al mayor número de

²¹⁰ BARDAZANO, Gianella, et al. op. cit., pp. 97-102.

²¹¹ GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S. 2013. Activismo judicial en Chile ¿hacia el gobierno de los jueces?. Santiago, Ediciones LYD. 40p.

²¹² GOTLIEB, V., YAVICH, N. y BÁSCOLO, E. op. cit. 7p.

²¹³ BELSKI, M. 2010. La judicialización de la política: el litigio estructural en materia educativa, posibilidades y obstáculos. Propuesta Educativa. 1(33), 32p.

²¹⁴ CUBILLOS, L., et al. loc. cit.

²¹⁵ ANDIA, T. y LAMPREA, E. loc. cit.

personas y cubrir sus necesidades. Sino que también, se crea una falsa expectativa en otros pacientes. En los casos de medicamentos de alto costo, se crea la ilusión de que todos los ciudadanos que tengan una enfermedad cuyo medicamento cueste cantidades excesivas, podrán recurrir a la justicia y obtenerlo. Y esto no es así, porque los medicamentos son obtenidos de los mismos fondos, por lo que en algún momento se van a agotar²¹⁶.

Como se ve, la judicialización puede producir una situación de desigualdad. De acuerdo con Andia y Lamprea, la desigualdad en materia de salud consiste en las diferencias en el acceso a la atención de la salud, que resultan de los arreglos institucionales, los cuales son potencialmente evitables o remediables²¹⁷. El problema de la judicialización es que es un procedimiento inequitativo, porque prospera sólo para los que acuden a él, y en la práctica hay diferentes barreras que lo impiden. El desconocimiento de la posibilidad de acudir, la falta de asesoría legal y la dificultad de los procedimientos y los términos jurídicos hacen que la vía judicial no sea una posibilidad para todos²¹⁸. En Colombia, por ejemplo, esta desigualdad en el acceso a los tribunales amenazó con intensificar las desigualdades en la atención de la salud que se observaban en el sistema de salud²¹⁹.

Esto es relevante, ya que los litigantes suelen ser personas con condiciones socioeconómicas más favorables, capaces de tener un mayor acceso al poder judicial²²⁰. En ese sentido, “el instrumento compensatorio no representa una protección efectiva para pobres y clases desaventajadas, todo los cuales ni siquiera acceden a las vías judiciales salvo cuando sus casos tienen la forma de un “buen negocio” para algún abogado que busca una suculenta cuota Litis”²²¹.

²¹⁶ CARBONELL, F. 2019. Seminario: Constitución y aplicación judicial ¿Razones jurídicas o políticas?: 28 de agosto de 2019. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho.

²¹⁷ ANDIA, T. y LAMPREA, E. loc. cit..

²¹⁸ VÉLEZ-ARANGO, A. y GONZÁLEZ-LÓPEZ, J. 2015. El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia- España. Revista Facultad Nacional de Salud Pública 33(1), 129p.

²¹⁹ DANIELS, N., et al. op. cit. 232p.

²²⁰ DE SOUZA, R., et al. loc. cit.

²²¹ LETELIER, R. 2012. A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes. En: La falta de servicio. Santiago, Thomson Reuters. 14-15pp.

Entonces ocurre que los limitados recursos que debieran ir a toda la población son reasignados en favor de individuos privilegiados, dañando la equidad. Joao Biehl caracteriza esta situación como una suerte de “Robin Hood en reversa”, el cual toma de los pobres para dárselo a quienes pueden pagar por un buen abogado²²². Así ocurrió en Brasil, donde el desempeño judicial no podía alcanzar y beneficiar a los ciudadanos que vivían en los municipios donde las intervenciones del Estado eran más necesarias²²³.

Sin embargo, esto no es pacífico en toda Latinoamérica. En el caso de Buenos Aires, el perfil predominante no es el de las personas de altos recursos, cuyas sentencias destacan la situación de vulnerabilidad económica de los actores²²⁴.

No obstante, en el caso de los medicamentos, un estudio demuestra que son los acomodados los que demandan, accediendo a medicamentos de alto costo que no están dentro de los formularios del gobierno²²⁵.

Por otra parte, la desigualdad se manifiesta en otro efecto. La judicialización impacta de forma importante en los fondos destinados a tratamientos médicos. Esto puede afectar a personas cuyos medicamentos están contemplados en la Ley Ricarte Soto, pero no podrían ser financiados, porque los recursos han sido utilizados para cumplir las sentencias judiciales.



Gráfico realizado por el Observatorio Judicial

²²² BIEHL, J., et al. 2016. The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil. *Health and Human Rights Journal* 218(1), 210p.

²²³ NUNES, L., et al. op. cit. 46p.

²²⁴ CLÉRICO, L. y VITA, L.. op. cit. 229p.

²²⁵ ANDIA, T. y LAMPREA, E. loc. cit.

A esta situación se le denomina “salto de fila”. El salto de fila significa entonces que, producto de la concesión masiva de medidas cautelares que otorgan medicamentos o tratamientos, se desordenan las prioridades establecidas. El efecto de este fenómeno es que se produce un cambio *ad hoc* de fondos hacia los pacientes litigantes²²⁶. La propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos admite que el derecho a la atención médica de urgencia no significa dar prioridad al tratamiento de enfermedades terminales respecto de otros tratamientos médicos²²⁷.

Ahora bien, ya se advirtió que el alto costo de los medicamentos que se solicitan tiene un impacto en los fondos disponibles para este tipo de tratamientos. Es por esta razón que, en caso de agotamiento del Fondo, la Administración puede requerir que se destine una mayor cantidad de recursos a fin de poder cumplir con las decisiones judiciales. Y una reasignación implica que se arrebatarán recursos a otras áreas, disminuyendo sus presupuestos.

Esto no es de extrañar si se tiene en cuenta que durante el año 2019, el ex ministro de Hacienda, Felipe Larraín, se refirió a la creación de un Seguro para Enfermedades Catastróficas. Para este seguro, los recursos se obtendrían, principalmente, de los recursos disponibles y de reasignaciones. Éstas últimas aportarían 440 millones de dólares y “vendrán de aquellos ministerios peor evaluados”, según indicó Felipe Larraín.

García y Verdugo advierten que el activismo judicial puede traer costos sociales al invadir competencias técnicas. Uno de estos costos consiste en el gran impacto que los casos de salud generan en las políticas públicas²²⁸. Y entonces cabe preguntarse ¿por qué razón los jueces, que se concentran estrictamente en el caso que tienen delante, pueden decidir que el dinero de los contribuyentes se use para pagar compensaciones y daños en lugar de destinarse, por ejemplo, a textos escolares, gastos de policía o programas de alimentación infantil?²²⁹.

²²⁶ POYANCO, R. y ROMERO, C. 2015. El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿los jueces como héroes de la justicia social? Revista Internacional Consinter de Direito 1(1), 166p.

²²⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2010. Guía de aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos de la salud para el poder judicial. [en línea] Ginebra <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryGuide_SP.pdf> 26p. [consulta: 6 febrero de 2022].

²²⁸ GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S.. op. cit. 39p.

²²⁹ HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. op. cit. 44p.

Producto de los litigios, los países se quedan con planes de beneficios que no proporcionan los procesos participativos y los criterios técnicos que legitimarían las prioridades elegidas²³⁰. La Ley Ricarte Soto se caracteriza por contar con representantes de agrupaciones de pacientes para la Comisión de Recomendación Priorizada, los cuales debaten sobre los tratamientos propuestos por la ciudadanía. Destinar recursos públicos para cubrir lo exigido por sentencias judiciales no considera la opinión de la población, disminuyendo su legitimidad.

Incluso puede ocurrir que las enfermedades que las sentencias ordenan financiar no sean las que más lo necesiten realmente, sino sólo las de quienes han podido acudir a tribunales. En ese sentido, la judicialización termina por generar menos eficiencia y resultados menos equitativos, afectando la priorización e impactando en los grupos menos privilegiados²³¹.

Como se ha podido demostrar, las sentencias no siempre suelen ser suficientes para solucionar fallas en el sistema de salud. En efecto, las decisiones judiciales están interfiriendo negativamente en la implementación de decisiones técnicamente eficientes y políticamente viables. Con ello sólo se consigue incrementar aún más la judicialización de la salud²³².

Sin embargo, es necesario destacar que, en algunos países, las decisiones judiciales sí han tenido impactos positivos. En Argentina, Verónica Gotlieb revela que la judicialización ha traído un efecto simbólico, el cual consiste en contribuir a que el sistema de salud ingrese a la agenda pública²³³.

Un ejemplo notable de lo anterior es el fallo 760/2008 en Colombia. Durante el año 2008 se presentaron más de 142.000 denuncias de violaciones de los derechos de salud ante los tribunales. La mayoría se refería a bienes y servicios que deberían haber sido proporcionados por las organizaciones para el mantenimiento de la salud (HMO, por sus siglas en inglés) de conformidad con el Plan Obligatorio de Salud. En ese fallo, la

²³⁰ CUBILLOS, L., et al. op. cit. 393p.

²³¹ BERGALLO, P. op. cit. 1640-1641pp.

²³² GUERRA, K. y QUINTAL, C. 2018. The judicialization of access to medication in Belo Horizonte: an equity issue. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 8(3), 223p.

²³² YAMIN, A. E. 2011. op. cit. 228p.

²³³ GOTLIEB, V., YAVICH, N. y BÁSCOLO, E. op. cit. 8p.

Corte Constitucional de Colombia seleccionó veintidós tutelas para ilustrar los problemas estructurales del sistema de salud que habían llevado al uso excesivo de la tutela. La Corte afirmó que era necesario un enfoque estructural porque los órganos de gobierno responsables de la regulación del sistema de salud no habían adoptado decisiones que garantizaran el derecho a la salud sin tener que recurrir a la tutela.

Esto logró que la Administración creara un órgano técnico para regular los cuidados en virtud del Plan Obligatorio de Salud, así como también aquellos que no están en él. Dicho órgano determinaría la necesidad médica en lugar de dejar esas decisiones en manos de los médicos tratantes. Los pagos por “servicios excepcionales” – aquellos fuera del Plan – sólo se podrían realizar cuando el peticionario demostrara una falta absoluta de recursos²³⁴.

En Estados Unidos, Alicia Ely Yamin argumenta que en muchos países los juicios están teniendo un impacto real en la vida de millones de personas. No sólo en los propios litigantes, sino también en otros grupos de personas, lo cual se debe a los cambios en las políticas²³⁵.

En la experiencia latinoamericana, Hogerzeil revela que el lobby activo, así como casos de litigios importantes son capaces de forzar al gobierno a incluir medicamentos. En 1997, el lobby llevó a una reforma legal por la que los antirretrovirales se añadieron a la lista oficial de medicamentos de Colombia²³⁶. No obstante, Cavallaro y Erin Brewer insisten en que es importante comprender que son los movimientos sociales y no los abogados de derechos humanos quienes deberían liderar el diseño de las estrategias de cambio social²³⁷. En los casos de lobby, efectivamente fueron las organizaciones no gubernamentales quienes lograron las reformas en Colombia y Argentina.

Todo esto permite concluir que resulta esencial la aproximación y el diálogo institucional entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, bajo pena de reforzar las inequidades²³⁸. Sólo mediante la creación y el fortalecimiento de un mejor sistema

²³⁴ YAMIN, A. E. y PARRA-VERA, O. op. cit. 106-123pp.

²³⁵ YAMIN, A. E. 2010. *The Right to Health: Assessing How Far the Discourse Has Evolved Internationally and within the United States*. op. cit. 15p.

²³⁶ HOGERZEIL, H., et al. op. cit. 309p.

²³⁷ CAVALLARO, J. y BREWER, S. E. 2008. La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos* 5(8), 91p.

²³⁸ GUERRA, K. y QUINTAL, C. op. cit. 232p.

sanitario se podrá garantizar a los individuos y poblaciones el derecho al más alto nivel posible de salud²³⁹.

²³⁹ YAMIN, A. E. 2010. Hacia una rendición de cuentas transformadora: aplicando un enfoque de derechos humanos para satisfacer las obligaciones en relación a la salud materna. Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos 7(12), 119p.

IV. PROPUESTAS

Como último objetivo, se busca mencionar algunas propuestas que se han formulado con el fin de solucionar el problema a mediano y largo plazo.

En los capítulos anteriores se ha confirmado que la judicialización del derecho de acceso a medicamentos puede tener consecuencias que van más allá de la mera entrega del medicamento. Algunas consecuencias son positivas, como lo es el efecto simbólico que han traído las decisiones judiciales, logrando que la problemática del sistema de salud ingrese a la agenda pública.

Sin embargo, la judicialización también ha traído efectos negativos. Entre ellos se encuentran el riesgo médico que provoca la falta de evidencia científica en algunos medicamentos, el impacto en el presupuesto nacional y los problemas de igualdad que se derivan de él.

Ante esta situación de potenciales riesgos que pueden producirse en Chile, es que a continuación se presentarán algunas propuestas para mitigar el problema a largo plazo. La judicialización de la salud lleva algunos años de ventaja en otros países de Latinoamérica, por lo que se considerarán especialmente estas ideas.

A. EN MATERIA DE LITIGIOS

En primer lugar están los jueces, quienes deben seguir decidiendo sobre estos temas. La Organización Panamericana de la Salud advierte que es importante diferenciar entre aquellos casos en los cuales se requiere al Estado hacer efectivo el acceso a medicamentos esenciales para salvaguardar la vida y dignidad humana, y aquellos en los que se solicita al tribunal que obligue al Estado a proporcionar medicamentos específicos para dolencias concretas, habitualmente de alto costo y bajo protección de patente. Esto debido a que en el segundo grupo de casos se detectó “la participación de actores

exógenos que asocian las demandas legítimas de pacientes y familiares con agendas de tipo comercial”²⁴⁰.

Por otra parte, los litigios suelen ser eficaces al momento de solicitar la entrega de medicamentos. Pero su incremento exponencial hace que el Poder Judicial participe en la definición y redefinición de las políticas de salud. Este hecho da cuenta de que es necesario aumentar el financiamiento público de la salud, de una manera eficiente y sustentable, para evitar que los jueces incidan de manera negativa en la sostenibilidad financiera del sistema de salud²⁴¹.

B. POLÍTICAS PÚBLICAS

Aquí es donde entran a escena los gobiernos. El deber que tienen los gobiernos de realizar políticas eficaces es esencialmente relevante si se tiene en cuenta que el derecho a la salud puede ser promovido y protegido sin acudir a los tribunales, a través del diseño de buenas políticas²⁴². Así, los gobiernos tienen el deber de intentar otorgar salud al mayor número de personas posibles. Son ellos quienes tienen la misión de hacer las mejores políticas públicas para solucionar los complejos dilemas del derecho a la salud. “Las personas enfermas deben recibir el mejor tratamiento médico posible y no son responsables, en principio, por los costos económicos que puedan derivarse para el sistema de salud. Son, por el contrario, los gobiernos nacionales y los hacedores de políticas públicas quienes deben llegar a respuestas creativas para solucionar los complejos dilemas del derecho a la salud”²⁴³.

“El acceso a los medicamentos es parte fundamental de toda política farmacéutica, y por extensión, uno de los pilares fundamentales de las políticas de salud pública”²⁴⁴. Ocuparse de los medicamentos de alto costo es especialmente difícil debido a los reducidos niveles de cobertura y fragilidad financiera de los sistemas de salud, pero principalmente a la concesión al innovador de derechos exclusivos temporales amparados

²⁴⁰ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. op. cit. 24p.

²⁴¹ PINZÓN-FLÓREZ, C., et al. 2016. Priorización de estrategias para el abordaje de la judicialización en salud en América Latina y el Caribe. *Revista de Saúde Pública* 50(56), 2p.

²⁴² HUNT, P. y KHOSLA, R. op. cit. 113p.

²⁴³ LAMPREA, E. 2016. El núcleo esencial del derecho a la salud. *En*: ALVIAR, H., LEMAITRE, J. y PERAFÁN, B. (Eds.) *Constitución y Democracia en Movimiento*. Colombia, Ediciones Uniandes. 366p.

²⁴⁴ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. op. cit., p. 3.

en el sistema de patentes, que están concebidos como vehículo para el estímulo de la innovación²⁴⁵.

Entonces, para abordar adecuadamente la cobertura universal de salud, la Organización Panamericana de la Salud señala que cada país debe avanzar en al menos tres dimensiones: ampliar los servicios prioritarios, incluir a más personas y reducir los pagos directos de bolsillo. Para lograrlo se recomienda a los países tener en cuenta las siguientes consideraciones orientadoras:

- Por un lado, la distribución debe ser justa, lo que significa que la cobertura debe basarse en la necesidad, y debe darse prioridad a las políticas que beneficien a los grupos en peor situación. Se considera que están en peor situación los grupos de bajos ingresos, poblaciones rurales y otros grupos desfavorecidos en cuanto a la cobertura de servicios sanitarios.
- Por otro lado, se deben clasificar los servicios según su prioridad, teniendo en cuenta la costo – efectividad.
- Por último, las contribuciones al sistema de salud deben basarse en la capacidad de pago y no en la necesidad²⁴⁶.

1. Financiamiento

Para conseguir financiar los servicios sanitarios, se propone que sea mediante impuestos generales. En efecto, los sistemas sanitarios financiados con este tipo de impuestos tienden a ser progresivos y, por lo mismo, equitativos, lo cual permite construir un modelo de adjudicación de recursos sanitarios justo²⁴⁷. Esto contribuye a reducir los pagos directos de bolsillo y avanzar hacia la cobertura universal de salud²⁴⁸.

²⁴⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. loc cit.

²⁴⁶ VOORHOEVE, A., et al. 2015. Cómo tomar decisiones justas en el camino hacia la cobertura universal de salud. Informe final del Grupo Consultivo de la Organización Mundial de la Salud sobre la Equidad y Cobertura Universal de Salud. Washington, Organización Panamericana de la Salud. 5-9pp.

²⁴⁷ ZÚÑIGA, A. 2012. op. cit. 225p.

²⁴⁸ VOORHOEVE, A., et al. op. cit. 6p.

Otra forma de financiar los fondos sanitarios es mediante el establecimiento de impuestos a ciertos ítemes como el tabaco, el alcohol²⁴⁹ o los tickets de avión. Así, Stephen Marks explica que la UNITAID utiliza el producto de un impuesto de solidaridad sobre los billetes de avión para comprar medicamentos y diagnósticos para el VIH/SIDA, el paludismo y la tuberculosis²⁵⁰.

En cuanto a la administración y financiamiento del Fondo de la Ley Ricarte Soto, el informe de la “Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Régimen Jurídico para el Sistema Privado de Salud” menciona tres alternativas. En primer lugar, señala que la entidad administradora del Fondo sea independiente de los aseguradores. En este caso, los aseguradores corresponden a Fonasa y a las Isapres. Esta sugerencia tiene como objetivo garantizar la imparcialidad. En segundo lugar, se recomienda que las aseguradoras aporten también al financiamiento del Fondo. Por último, se sugiere que se cuente con la participación de la sociedad²⁵¹.

Ahora bien, hay que recordar que la Ley Ricarte Soto establece un límite de cien mil millones de pesos en cuanto a los aportes fiscales anuales que puede hacerse al Fondo, los cuales son contemplados en la partida presupuestaria del Tesoro Público. Es por esto que, si efectivamente se logran llevar a cabo las medidas señaladas anteriormente, y se decide destinar más dinero al Fondo de la Ley Ricarte Soto, sería necesario modificar el artículo 20 de la Ley, ya sea aumentando el límite del monto, o eliminándolo derechamente.

Así, estas medidas permitirían aumentar la suma de dinero con la que cuenta el Fondo para financiar los tratamientos de alto costo, con lo cual se podrán costear enfermedades no contempladas en los actuales Decretos Supremos, incluyendo nuevos medicamentos.

²⁴⁹ GOIC, C. y CENTRO DE INTELIGENCIA COLECTIVA DEL MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. 2019. Ley Nacional del Cáncer Colab. Plataforma de participación ciudadana. Informe de resultados. [en línea] Chile <<https://gist.cl/wp-content/uploads/2019/06/Informe-Chile.pdf>> [consulta: 10 marzo 2020]

²⁵⁰ MARKS, S. P. op. cit. 93p.

²⁵¹ VELASCO, C. op. cit. 7p.

2. Producción nacional

Otra forma de solucionar el problema del financiamiento al alto costo de los medicamentos es a través de la fabricación nacional de los fármacos. La fabricación nacional ayuda a facilitar el acceso a medicamentos.

En el Mercosur, Brasil es un ejemplo de ello, contando con 27 plantas que fabrican medicamentos. La mayoría de las plantas cuentan con una muy alta capacidad de producción. Sin embargo, la producción está enfocada en medicamentos esenciales y no en medicamentos de alto costo²⁵².

En el caso chileno la producción nacional de medicamentos podría realizarse de dos formas.

Una primera opción es a través de la creación de una empresa pública. Las empresas públicas son aquellas creadas por ley, las del Estado y las sociedades en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o designa a la mayoría de los miembros de su directorio. Estas empresas tienen como función cubrir sectores vitales para el país, como la infraestructura, empresas sanitarias, transporte terrestre urbano e interurbano y servicios productivos como la minería y la agricultura, entre otras²⁵³.

En Chile actualmente no hay muchas empresas de este tipo, y las que hay, están enfocadas en sectores como la minería o el transporte. Pero podría crearse una empresa pública encargada de la producción de aquellos medicamentos de alto costo que la gente más requiere, y que cuenten con la suficiente evidencia científica respecto de su efectividad.

La otra opción es que sean los laboratorios públicos quienes fabriquen dichos medicamentos. Para ello, claramente es necesario que se destine más dinero a los laboratorios del sector público. De esta forma, los laboratorios producirían aquellos medicamentos que los pacientes que padecen enfermedades raras necesitan.

²⁵² MARÍN, G. y POLACH, M. A. op. cit. 171-172pp.

²⁵³ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO. Empresas públicas. [en línea] <<https://www.cmfc Chile.cl/educa/621/w3-propertyvalue-1066.html>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

3. Nuevos organismos

Se ha discutido la necesidad de crear nuevos organismos que puedan facilitar y mejorar la forma de abordar las temáticas sanitarias.

Así, por una parte, se evalúa la creación de una agencia evaluadora de medicamentos y tecnologías. Ha sido objeto de debate la relación que debe tener esta agencia con el ministerio de salud pública.

Por otra parte, una propuesta recurrente es la creación de una comisión técnica. Esta comisión tiene como fin asesorar con información sólida²⁵⁴. En Irlanda, una comisión con experiencia en materia médica, legal, regulatoria y administrativa provee recomendaciones a la implementación de las decisiones judiciales. A su vez, en Colombia, la Corte Constitucional estableció un grupo técnico e independiente con voluntarios expertos, para implementar la fase de la decisión estructural en el sistema de salud de la decisión T-760/08²⁵⁵.

4. Mayor conocimiento científico

En relación con lo anterior, se hace énfasis en la necesidad de mayor conocimiento en cuanto a los nuevos tratamientos y también en cuanto a su eficacia. Ésta evidentemente es una solución a largo plazo. Sin embargo, desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Organización Mundial de la Salud se han propuesto algunas medidas para avanzar en esta dirección.

²⁵⁴ BARDAZANO, G., et al. loc. cit.

²⁵⁵ YAMIN, A. E. y DUGER, A. 2016. Adjudicating Health- Related Rights: Proposed Considerations for the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and Other Supra-National Tribunals. *Chicago Journal International Law* 17(1), 113-118pp.

Para obtener medicamentos que sean eficaces combatiendo las patologías de los pacientes, es importante fomentar la investigación científica. La investigación puede permitir el descubrimiento de nuevos medicamentos. Para ello, el Estado debería invertir en investigación universitaria. La investigación puede ser fortalecida a través de becas de investigación²⁵⁶.

Otra recomendación que se ha hecho a los Estados es la de fortalecer los sistemas de seguimiento post – administración de medicamentos de alto costo. Esto implica una tarea de monitoreo y evaluación de los recursos, la cobertura y los resultados en materia de salud²⁵⁷. Esto permite sistematizar la evolución y los resultados clínicos del uso del medicamento²⁵⁸.

En esta misma línea, Gianella Bardazano propone que, junto con monitorear los avances, es necesario la actualización permanente de los formularios terapéuticos de medicamentos. En ese sentido, los vertiginosos cambios en la evidencia científica sobre los beneficios y riesgos de los medicamentos, vuelven imperativo el registro aquellos que son más eficaces y de los nuevos que se van creando²⁵⁹. Para esto, resulta imprescindible el seguimiento señalado anteriormente.

Lo anterior es sumamente relevante si se tiene en cuenta que durante el año 2021 Chile redujo el presupuesto que estaba destinado a ciencia, tecnología e innovación. Lo cual es, a lo menos, curioso, considerando que el país se encontraba atravesando una pandemia en la que la investigación científica fue fundamental. Si históricamente Chile sub-invertía en estas tres áreas, el proyecto de ley de presupuestos para el año 2021 pretende invertir una cantidad de dinero similar a la que destinaba en el año 2014²⁶⁰.

Debido a esta rebaja, el programa más afectado fueron las Becas Chile, las cuales financian estudios de maestrías y doctorados en el extranjero. En el año 2020 fue necesario redirigir la mitad de los recursos de Becas Chile a programas de contingencia para combatir la crisis sanitaria. Sin embargo, el Ministerio buscó proteger la continuidad

²⁵⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2015. op. cit. 22-28pp.

²⁵⁷ VOORHOEVE, A., et al. op. cit. 52p.

²⁵⁸ BARDAZANO, G., et al. op. cit. 117p.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ CIPER. Presupuesto de ciencia, tecnología e innovación: miopía sin tratamiento. [en línea] <<https://www.ciperchile.cl/2020/10/17/presupuesto-de-ciencia-tecnologia-e-innovacion-miopia-sin-tratamiento/>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

de algunos programas como Basal, Fondef o Milenio, que permiten crear centros dedicados a áreas específicas de investigación con financiamiento a largo plazo²⁶¹.

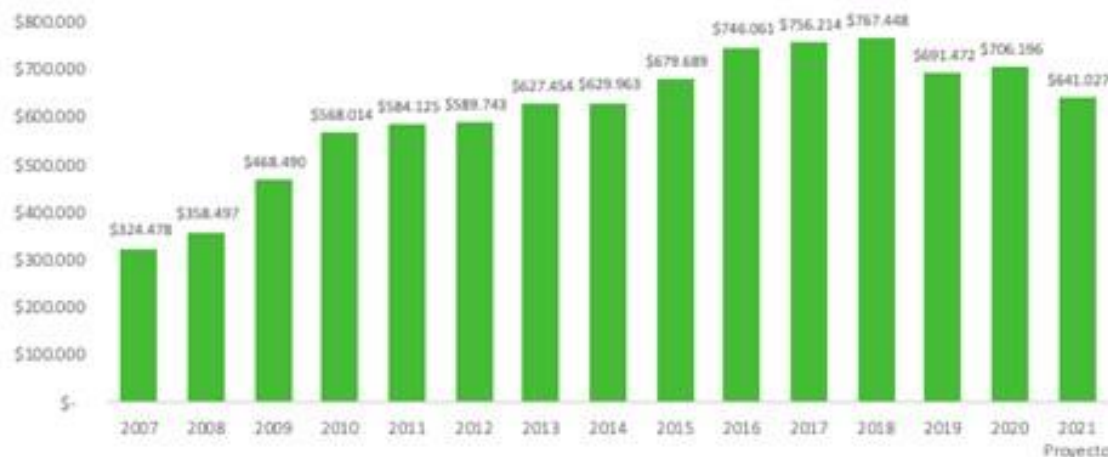


Gráfico realizado por Ciperchile

Por esta razón, si bien la producción de mayor conocimiento es una solución a largo plazo, debe ser especialmente tenida en consideración, ya que actualmente Chile está destinando menos recursos a la ciencia, lo cual puede afectar a la investigación de nuevos tratamientos y medicamentos para enfrentar enfermedades raras.

5. Prescripción y uso racional de medicamentos

Junto con el mayor conocimiento científico, es necesario usar correctamente los fármacos. Para ello, se propone fortalecer una adecuada prescripción médica y fomentar el uso racional de medicamentos.

²⁶¹ SCIDEVNET. Presupuesto para ciencia en Chile disminuiría en 2021. [en línea] <<https://www.scidev.net/america-latina/news/presupuesto-para-ciencia-en-chile-disminuiria-en-2021/>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

En cuanto a la actuación de los médicos, se recomienda formarlos continuamente en diferentes aspectos. Éstos incluyen actividades de educación en prescripción, relación clínica, comunicación entre médico y paciente, y humanización de la medicina. Además, se sugiere que los médicos prescriptores deberían incorporar la declaración de conflicto de interés al acto de prescripción²⁶².

En cuanto a los medicamentos, se recomienda la realización de intervenciones para promover el uso racional de éstos.

El uso racional de medicamentos consiste en que los pacientes reciban la medicación adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis correspondientes a sus requisitos individuales, durante un período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad. Entre las intervenciones que promueven este uso racional se encuentran el establecimiento de directrices clínicas, la dictación de cursos de farmacoterapia, la educación médica a los profesionales y la educación al público sobre medicinas²⁶³.

Chile cuenta con una Política Nacional de Medicamentos que incluye el uso racional de éstos, así como la medicación responsable. Así, esta política señala que se debe “Asegurar la disponibilidad y acceso a toda la población a los medicamentos indispensables contenidos en el Formulario Nacional, de eficacia y calidad garantizada, seguros, de costo accesible y cuyo uso racional lleva a conseguir los máximos beneficios tanto en la salud de las personas como en el control del gasto que ellos representan”²⁶⁴.

En resumen, esta medida busca educar a la gente sobre el buen uso de medicamentos, tanto a profesionales de la salud como a los pacientes que los consumen.

²⁶² BARDAZANO, G., et al. op. cit. 120p.

²⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2012. Promoción del uso racional de medicamentos: componentes centrales. Perspectivas Políticas sobre medicamentos de la OMS 1(5), 3p.

²⁶⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. 2013. El Mercado de Medicamentos en Chile [en línea] Chile <<https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Boletin-Mercado-de-Medicamentos.pdf>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

6. Regulación de precios

Por último, diversos autores coinciden en que una de las medidas más efectivas es la regulación de precios. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales interpreta el derecho a la salud como el deber que tienen los Estados Parte de prevenir costos excesivamente altos para acceder a medicinas esenciales²⁶⁵. Esto cobra mayor relevancia tratándose de medicamentos de alto costo.

En este punto es necesario recordar el impacto que ha tenido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. El Acuerdo, busca hacerse cargo de las patentes de los medicamentos. Sin embargo, tras aplicarse el ADPIC en Malasia, los precios aumentaron en un 28% entre 1996 y 2005. Cerca de 2.000 millones de personas no tenían acceso a medicamentos y el principal obstáculo era el alto precio. Por eso se hizo necesario conciliar las obligaciones de derechos humanos con las leyes sobre inversión y comercio internacional²⁶⁶.

Una solución a este problema, como ya se puede adivinar, es la regulación de los precios de los medicamentos de alto costo.

La regulación de precios de los medicamentos requiere de un mercado regulado, el cual sea capaz de descartar lo inútil, no presionar hacia un uso irracional e innecesario en algunas áreas, y concentrar los esfuerzos en las que presentan mayor atraso, mejor impacto y menos dedicación por razones de mercado²⁶⁷.

Para garantizar el acceso a los medicamentos de alto costo y a la vez sostener los sistemas financieros, los Estados deben tener a la vista tres elementos. En primer lugar, deben cumplir con los tratados internacionales y respetar la propiedad intelectual. En segundo lugar, los Estados deben informarse sobre la situación en otros países, buscar y

²⁶⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. 2006. General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant). [en línea] <<https://www.refworld.org/docid/441543594.html>> [consulta: 2 de febrero de 2022]

²⁶⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2015. op. cit. 16p.

²⁶⁷ BARDAZANO, G., et al. op. cit. 116p.

compartir buenas prácticas. Por último, los países deben coordinar los protocolos de cobertura y compras conjuntas²⁶⁸.

Esto da cuenta de que la cooperación entre países puede ser muy útil. Los países que hacen alianzas entre sí son capaces de realizar mejores convenios con empresas nacionales o internacionales. La “negociación conjunta de precios” resulta una estrategia prometedora porque los precios de los medicamentos de alto costo son fijados de manera diferencial a cada destinatario, aprovechándose de la asimetría de información entre los compradores y la fragmentación de la demanda²⁶⁹.

Por esta razón, existen países donde los gobiernos han destinado un fuerte apoyo en la selección de los medicamentos que se van a comercializar o distribuir, donde existe la protocolización de los tratamientos y hay regulación de precios. Entre estos países se encuentran Inglaterra, España, Francia, Canadá, Australia, Suecia y Portugal²⁷⁰. A su vez, hay múltiples países que usan “Price Caps” para sus compras farmacéuticas, lo que significa que la autoridad sanitaria fija un precio máximo. Este precio se determina en referencia a precios internacionales de determinados países²⁷¹. Ésta es la política de algunos países de Europa, lo cual permite una mayor accesibilidad de los pacientes²⁷².

Así por ejemplo, en el caso de Argentina, durante la crisis sanitaria que se produjo en el año 2001, el gobierno utilizó principalmente dos leyes para enfrentar la situación. La Ley de Defensa de la Competencia permitió al gobierno multar las conductas especulativas. Por otra parte, la Ley de Abastecimiento habilitó la intervención del Estado para asegurar el nivel estándar de distribución de medicamentos. En ese contexto, el decreto 486/02 facultó al Ministro de Salud para reglamentar la implementación de listados de precios de referencia, así como la prescripción de medicamentos bajo la modalidad de nombre genérico y su sustitución por profesionales farmacéuticos²⁷³.

Ahora hay que examinar si la fijación de precios es una medida viable en Chile. Una parte de la doctrina ha entendido que la Constitución de 1980 limitó la regulación de

²⁶⁸ MARÍN, G. y POLACH, M. A. op. cit. 170p.

²⁶⁹ *Ibíd.* op. cit. 171p.

²⁷⁰ JIMÉNEZ, J., et al. op. cit. 26p.

²⁷¹ CIPER. Abriendo las cajas negras en las millonarias compras de medicamentos que hace el Estado. [en línea] <https://ciperchile.cl/2019/10/31/abriendo-las-cajas-negras-en-las-millonarias-compras-de-medicamentos-que-hace-el-estado/#_ftn1> [consulta: 10 marzo 2020]

²⁷² JIMÉNEZ, J., et al. loc. cit.

²⁷³ CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. op. cit. 335-351pp.

precios a aquellos bienes y servicios en cuyos mercados no se dieran condiciones de competencia, permitiendo así la competencia de precios²⁷⁴. Esto se debe a que la Constitución consagra el derecho a *desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen* (artículo 19 N° 21). Lo anterior se conoce como “libertad de empresa” o “libertad económica”. La libertad de empresa comprende tres sub-libertades, como son la libertad de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación. En este caso, la libertad de contratación considera que el empresario tiene la facultad de elegir proveedores y clientes, fijando de consuno el **precio de las transacciones**, incluyendo las condiciones laborales y fijación de salarios²⁷⁵. (énfasis añadido)

Por otra parte, la Carta Magna también garantiza el derecho de propiedad en el artículo 19 N° 24. El ámbito del derecho de propiedad incluye la libertad para fijar los precios de los bienes respecto de los cuales se tenga propiedad, como atributo esencial del dominio²⁷⁶. Además, es necesario recordar que la protección también es respecto de la propiedad industrial, consagrada en el artículo 19 N° 25. Este derecho protege patentes de invención, modelos y procesos tecnológicos²⁷⁷.

Relacionado con la fijación de precios, ésta debe sujetarse al principio constitucional de igualdad y no discriminación (artículo 19 N° 2), en la medida que la Constitución garantiza la no discriminación arbitraria en el trato que otorga el Estado a los particulares, imponiendo la exigencia de una ley para conceder determinados beneficios en favor de algún sector, actividad o zona geográfica. Asimismo, sólo la ley puede entregar a un particular el ejercicio de una actividad monopólica, siempre que dicho beneficio no se oponga a lo dispuesto al artículo 19 N° 22²⁷⁸.

Teniendo esto en consideración, es posible colegir que la fijación de precios máximos de medicamentos puede llegar a limitar diversos derechos, como lo son el

²⁷⁴ PAREDES R. 1997. Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile. Revista Perspectivas 1(1), 49 y ss pp.

²⁷⁵ DE JUAN, O. 1984. La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 154-155pp.

²⁷⁶ AGÜERO, F. 2018. Informe en Derecho: Límites constitucionales a la fijación de precios de medicamentos. [en línea] Chile <https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_199/bibliografia/> 37p. [consulta: 6 de febrero de 2022]

²⁷⁷ *Ibíd.* 48p.

²⁷⁸ *Ibíd.* 55p.

derecho a desarrollar una actividad económica, el derecho de propiedad y el derecho a la no discriminación arbitraria. Por lo tanto, en la medida que una regulación de este tipo tiene impacto sobre uno o más de los derechos anteriormente mencionados, es dable concluir que la fijación de precios debe ser materia de ley (artículo 19 N° 26).

Por lo anterior, a pesar de que la fijación de precios es una de las medidas más efectivas en la experiencia comparada, en Chile sería difícil de implementar.

Además, hay que tener en cuenta cómo es el mercado de medicamentos en el caso chileno. En el mercado de medicamentos, si bien hay una cierta regulación en algunos aspectos administrativos, no existe regulación en cuanto a los precios de fármacos. El ingreso de medicamentos sí está regulado, así como también existe un registro de los laboratorios que fabrican remedios, sin embargo no hay una regulación más avanzada de los aspectos económicos.

La fijación de precios o tarifas requiere de un procedimiento regulado a través de la ley por implicar una limitación a los derechos anteriormente mencionados²⁷⁹. Y luego, es necesario un procedimiento administrativo tarifario, el cual comprende una sucesión de múltiples actos trámite de instrucción y preparatorios, dictámenes de comisiones e informes emanados de la Administración, según sea el caso, así como también antecedentes allegados por particulares, debiendo cumplir los plazos contemplados en las leyes²⁸⁰. Sin embargo, tradicionalmente se considera que la fijación de precios procede en situaciones de monopolio, donde la declaración del servicio o bien sujeto a regulación de precios es materia de una declaración expresa contenida en la ley, como es el caso de la Ley de Servicios de Gas o la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios²⁸¹. En ese sentido, los procedimientos tarifarios en el caso chileno son más bien excepcionales, lo cual dificulta la fijación de precios de los medicamentos.

Por otra parte, cabe recordar que Chile tiene pocas empresas públicas, y que las existentes están enfocadas en otros sectores, como lo son la minería, la infraestructura y el transporte. Por lo que, en la actualidad, no hay empresas públicas que se encarguen de fabricar medicamentos.

²⁷⁹ *Ibíd.* 15p.

²⁸⁰ *Ibíd.* 62p.

²⁸¹ *Ibíd.* 9p.

Por todo esto, a pesar de ser una de las medidas más efectivas en el derecho comparado, no tiene una viabilidad alta en el caso chileno, ya que actualmente no se cuenta con las potestades para fijar precios en materia de medicamentos, como sí lo hacen los otros países. En Chile sólo se han fijado precios máximos en unos pocos mercados, por lo que regular los precios de fármacos podría ser considerado asistémico.

Ahora bien, el 2015 se presentó el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias. En noviembre de 2019 se discutió la regulación de precios de los medicamentos. Luego de la discusión, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados determinó la incorporación del artículo 101 ter, el cual indica que

Un decreto supremo contendrá las directrices necesarias para la regulación del precio de los productos farmacéuticos.

La regulación del precio de cada producto farmacéutico tendrá como objetivo principal el garantizar que toda la población tenga acceso a los medicamentos, alimentos y elementos de uso médico que requieran, en virtud de su consideración de bienes esenciales para el interés general de la nación y la salubridad pública. Dicha determinación deberá ajustarse a los siguientes criterios:

- a) Prevenir la inaccesibilidad económica o financiera a los productos farmacéuticos.*
- b) Prevenir la explotación abusiva por parte de un actor en la cadena productiva, de distribución o venta, o de un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, o cualquier abuso semejante²⁸².*

Sin embargo, el 21 de enero de 2020 el Senado rechazó esta modificación.

En agosto de 2019 se aprobó en general el proyecto que regula los medicamentos bioequivalentes. Este proyecto incluye normas orientadas a entregar mayor información sobre los precios de los medicamentos, para permitir su comparación. Por otra parte,

²⁸² COMISIÓN DE SALUD DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2015. Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos genéricos y evitar integración vertical de laboratorios y farmacias. [en línea] Chile <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=47284&prmTIPO=INFORMECOMISION>> [consulta: 10 marzo 2020]

plantea la creación de un Observatorio Nacional de Medicamentos, el cual tiene como objetivo asesorar técnicamente al Ministerio de Salud en la coordinación, observación y registro de información sobre el uso y precios de medicamentos²⁸³.

A inicios de octubre de 2019 el Presidente Sebastián Piñera presentó una Política Nacional de Medicamentos. Esta propuesta contemplaba 30 medidas para mejorar la disponibilidad de medicamentos, disminuir el gasto de bolsillo de las familias y asegurar la calidad de los productos farmacéuticos. En este paquete de medidas, dos de ellas están directamente relacionadas con los precios. Una de ellas es el comparador de precios de medicamentos, el cual está disponible desde noviembre en la página web de Hospital Digital. La otra medida es la creación de un Observatorio Internacional de Precios a cargo del Hospital Digital²⁸⁴. A la fecha, no se tiene información sobre su implementación.

Posteriormente, el Ministro de Salud señaló estar llegando “al convencimiento de que la única manera va a ser fijar precios”, respecto a la materia de medicamentos. Para ello, el proyecto de ley contemplaría una fijación de los valores para aquellos medicamentos que suponen un costo más alto para las familias²⁸⁵. Asimismo, el Ministro considera que el organismo fiscalizador es la Fiscalía Nacional Económica y que se debe construir una institucionalidad dentro de la Agencia Nacional de Medicamentos que comprenda el Observatorio Internacional de Precios. Teniendo esta información a la vista, se determinará cuál es el precio máximo que se puede cobrar por cada medicamento, independientemente de que pudiera subirse el precio de acuerdo al Índice de Precios del Consumidor o al cambio que se produzca en el mercado²⁸⁶.

Como último punto, la regulación de medicamentos también se puede dar en otros ámbitos. Por ejemplo, el Estado regula la demanda cuando se compra con recursos públicos aquellos medicamentos que pertenecen a un listado definido o cuando las

²⁸³ CÁMARA DE DIPUTADOS. 2019 Aprueban en general proyecto que regula medicamentos bioequivalentes. [en línea] <https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=137710> [consulta: 10 marzo 2020]

²⁸⁴ MINISTERIO DE SALUD. 2019. Presidente Piñera presenta Política Nacional de Medicamentos: “No vamos a seguir permitiendo abusos en contra de los chilenos”. [en línea] <<https://www.minsal.cl/presidente-pinera-presenta-politica-nacional-de-medicamentos-no-vamos-a-seguir-permitiendo-abusos-en-contra-de-los-chilenos/>> [consulta: 10 marzo 2020]

²⁸⁵ BATARCE, C. y VARGAS, F. 2019. La propuesta de Mañalich al control de precios de medicamentos suma apoyos. [en línea] Pauta en Internet. 24 de octubre, 2019. <<https://www.pauta.cl/nacional/la-propuesta-de-manalich-al-control-de-precios-de-medicamentos-suma-apoyos>> [consulta: 10 marzo 2020]

²⁸⁶ OLIVARES, E. 2019. Ministro de Salud sobre los medicamentos: “La única manera va a ser fijar precios”. [en línea] <<https://www.pauta.cl/nacional/ministro-jaime-manalich-fijacion-precios-medicamentos-observatorio>> [consulta: 10 marzo 2020]

prescripciones ambulatorias se ajustan a otro listado específico basado en evidencias científicas. Por otro lado, el Estado puede ejercer cierta influencia sobre el mercado en la medida que obliga a los financiadores institucionales a cubrir un conjunto explícito de medicamentos para cada categoría o banda terapéutica²⁸⁷.

En el caso chileno hay dos instituciones que juegan un rol relevante. Éstas son la Central Nacional de Abastecimiento y las Farmacias Populares.

Cenabast tiene como rol fundamental el abastecer de fármacos e insumos médicos al sector público de salud. Cenabast tiene como objetivo proveer de medicamentos, equipos, instrumental y demás elementos o insumos necesarios para la ejecución de acciones de salud a los organismos y personas que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud (artículo 1° del Reglamento de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Decreto). Para ello se encarga de gestionar los procesos de compra mandatados por el Ministerio de Salud, Subsecretaría de Redes Asistenciales, Subsecretaría de Salud Pública, Fondo Nacional de Salud, Servicios de Salud, Municipalidades y Corporaciones Municipales. Los compradores del sistema de salud deben pagar directamente a los proveedores y éstos deben recibir el precio de la compra y gestionar el bodegaje y la entrega de los medicamentos e insumos²⁸⁸. En el caso de la Ley Ricarte Soto, el artículo 31 señala que Cenabast será la entidad encargada de adquirir los productos sanitarios necesarios para el otorgamiento de las prestaciones cubiertas por este Sistema de Protección Financiera. Así, la Central de Abastecimiento es mandatada por ley para adquirir el 100% de los medicamentos, insumos y dispositivos médicos para tratar los problemas de salud de la Ricarte Soto²⁸⁹.

En cuanto a las Farmacias Populares, éstas nacen como una iniciativa para poder adquirir medicamentos a un mejor precio. La primera Farmacia Popular fue inaugurada en la comuna de Recoleta. Fue tal el impacto de este proyecto, que más de cien municipios han implementado una Farmacia Popular en sus comunas, logrando traspasar a los

²⁸⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. op. cit. 24p.

²⁸⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Estudio de Mercado sobre Medicamentos. [en línea] Chile <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/11/Informe_preliminar.pdf> 189p. [consulta: 6 de febrero de 2022]

²⁸⁹ CENABAST. Cenabast asegura disponibilidad de medicamentos para enfermedades de alto costo enmarcadas en la ley Ricarte Soto. [en línea] <<https://www.cenabast.cl/cenabast-asegura-disponibilidad-de-medicamentos-para-enfermedades-de-alto-costo-enmarcadas-en-la-ley-ricarte-soto/>> [consulta: 6 de febrero de 2022]

usuarios finales los medicamentos a precios menores²⁹⁰. En ese sentido, las Farmacias Populares han sabido proporcionar una solución respecto al acceso de medicamentos. Sin embargo, los medicamentos ofrecidos por estas farmacias tienden a ser aquellos relacionados con enfermedades crónicas que aquejan a un número alto de habitantes de cada comuna. Por lo que los fármacos que combaten enfermedades raras, como lo son los medicamentos Spinraza y Zolgensma no se encuentran actualmente dentro de la oferta de las farmacias populares²⁹¹.

C. DEBATE NACIONAL

Habiendo considerado todas las propuestas de políticas públicas, lo más importante parece ser promover un debate nacional al respecto. Un debate de este tipo permite considerar las propuestas disponibles, así como también la opinión que tenga la población. La Corte Constitucional de Colombia, sugirió que las decisiones judiciales deben ser respetuosas del proceso de debate público, de toma de decisión y de implementación de políticas. Todos estos elementos son los que caracterizan a una democracia²⁹².

En efecto, hay pacientes afectados por la problemática de medicamentos, pero la forma de lograr acuerdos es a través de un enfoque general que considere el conjunto de la sociedad, donde la opinión pública es absolutamente necesaria²⁹³.

Es por esto que la judicialización del acceso a medicamentos debe ser aprovechado como una forma de exponer la relevancia de este problema. Y así, un adecuado debate nacional puede dar con la solución más beneficiosa.

²⁹⁰ RAMÍREZ, P. 2018. Descripción de farmacias populares: intermediación y precios. Tesis para optar al Grado de Magíster en Políticas Públicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios. 6p.

²⁹¹ La Información se encuentra disponible en la plataforma virtual de la Asociación Chilena de Farmacias Populares <<https://www.achifarpchile.cl/categoria-producto/medicamentos/>>

²⁹² YAMIN, A. E. y DUGER, A.. op. cit. 107-108pp.

²⁹³ BARDAZANO, G., et al. op. cit. 57p.

CONCLUSIONES

Durante los últimos años, la jurisprudencia se ha enfrentado a un interesante fenómeno: la judicialización de los medicamentos de alto costo.

Fallos de la década de 1990 dan cuenta de los primeros recursos en los que se solicitaban tratamientos médicos. En ellos, el objeto del litigio lo constituían aquellos remedios capaces de combatir el VIH, como es el caso del medicamento “triterapia”.

Posteriormente, la judicialización evolucionó, en la medida en que se iban desarrollando nuevas necesidades y, a su vez, descubriendo nuevos tratamientos médicos. Durante la primera década del año 2000 la judicialización se enfocó en los tratamientos de diálisis, los cuales buscaban aumentar la calidad de vida de los pacientes.

En los años recientes, los casos se han enfocado en las enfermedades catastróficas. Antes de la Ley Ricarte Soto, la Corte Suprema revocaba los fallos, rechazando la entrega de medicamentos cuando éstos no se encontraban en guías clínicas o protocolos del Ministerio de Salud. En el año 2015 se promulgó la Ley Ricarte Soto, la que otorga financiamiento a ciertas enfermedades catastróficas. Estas enfermedades son seleccionadas mediante criterios técnicos por las autoridades administrativas.

Sin embargo, a partir del año 2017 ha aumentado la cantidad de recursos de protección que se presentan solicitando tratamientos fuera de la cobertura definida por los decretos del Ministerio de Salud al amparo de la Ley Ricarte Soto. Los casos, en general, son similares entre sí. En ellos se trata de pacientes jóvenes (niños y niñas) expuestos a un riesgo vital, cuyas enfermedades requieren de medicamentos de alto costo. La entrega de los medicamentos es exigida a Fonasa y al Ministerio de Salud, a pesar de que no siempre cuentan con evidencia médica que asegure su efectividad.

Todos estos casos se han presentado mediante recursos de protección, invocándose el derecho a la vida, de igualdad ante a la ley, de propiedad, y a la salud. Las sentencias suelen coincidir en el resultado: la petición es otorgada, porque la vida es más importante que cualquier otra consideración, incluso la financiera. Algunas veces, los fallos presentan votos de minoría que apelan a la capacidad financiera del Estado y al hecho de que las enfermedades no están en los programas de la Ley.

Los fallos que aquí se han referido se enmarcan en el contexto del derecho de acceso a medicamentos. Este derecho se relaciona con el derecho a la vida y a la salud. Este último, en algunas interpretaciones, conlleva la entrega de remedios y tratamientos, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos de los Estados. Es por ello que la entrega de medicamentos forma parte del contenido mínimo del derecho a la salud.

En ese sentido, el derecho de acceso a medicamentos consiste en un ámbito más específico del derecho a la salud. En efecto, se traduce en que el Estado garantice a sus ciudadanos el acceso a los medicamentos, con el fin de mantener o recuperar la salud, modificar funciones o coadyuvar en el diagnóstico. Sin embargo, el Estado no puede garantizar todos los medicamentos. Por ello, se ha determinado que deben garantizarse los medicamentos esenciales, que son aquellos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población.

Las necesidades sanitarias prioritarias varían y deben ser establecidas en cada país, de conformidad con los instrumentos internacionales. A pesar de ello, sólo 4 países incluyen la provisión de medicamentos esenciales en sus constituciones de forma directa. La mayoría sólo consagra el derecho a la salud. Éste es el caso del sistema jurídico chileno, cuya Constitución asegura el derecho a la protección de la salud. Las prestaciones sanitarias que se entregarán, son desarrolladas en leyes como la 19.650, 19.966, 20.584 y la Ley 20.850, mejor conocida como Ley Ricarte Soto.

La Ley Ricarte Soto aborda los diagnósticos y tratamientos de alto costo requeridos por enfermedades catastróficas. Es decir, se trata de enfermedades poco frecuentes y que implican medicamentos que generan un gasto elevado para los pacientes. La Ley ofrece protección financiera para cubrir el valor de las prestaciones sanitarias. Los tratamientos a ser cubiertos deberán cumplir con cuatro condiciones. Éstas son: i) que tengan un costo igual o superior al umbral; ii) que hayan sido objeto de una evaluación científica de evidencia favorable; iii) que hayan sido recomendados por la Comisión de Recomendación Priorizada y iv) que se hayan considerado los informes sobre sustentabilidad financiera.

Debido al conocimiento médico y financiero que requiere esta decisión, será el Ministerio de Salud quien determine y revise los diagnósticos y tratamientos a cubrir. Este proceso incluye evaluaciones científicas a cargo de la Subsecretaría de Salud

Pública, para lo cual considerarán las opiniones expuestas por las comisiones técnicas asesoras y las agrupaciones de pacientes. La evaluación se enfocará en la eficacia y efectividad de los tratamientos, así como en la seguridad y el impacto presupuestario.

Esto demuestra que la determinación de los medicamentos a financiar requiere de un conocimiento sumamente específico. Es por esto, que la Ley confía esta responsabilidad al Ministerio de Salud. Así, el Ministerio goza de discrecionalidad para seleccionar las enfermedades cuyos tratamientos serán cubiertos por el Estado. Esta decisión no es sencilla, ya que deberán priorizarse enfermedades y tratamientos, por sobre otros que también son necesarios para algunas personas. Para escoger bien, la Administración debe usar el conocimiento técnico, la información y los recursos que posee, con el fin de beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles.

Lo complejo de esta elección explica que se espere de los tribunales un respeto en favor de la decisión administrativa. Especialmente si se tiene en cuenta que el juez no goza de la legitimidad, flexibilidad y experiencia que caracterizan a la Administración. Por esta razón, el juez evalúa la actuación administrativa en base al estándar de legalidad.

Pero en los casos referidos, los jueces no están siendo deferentes. Por el contrario, han otorgado los medicamentos, a pesar de que las enfermedades no son cubiertas por la Ley Ricarte Soto. Esta situación prolongada en el tiempo puede provocar diferentes riesgos, capaces de impactar en el sistema público y afectar al resto de la población.

La continua judicialización puede llegar a incentivar a los médicos a prescribir medicamentos más caros, aunque no sean los más efectivos. Esto puede ser promovido por las retribuciones monetarias que les ofrece la industria farmacéutica. Así también, los laboratorios farmacéuticos pueden coludirse, aumentando el precio de los medicamentos, como lo demuestran los antecedentes del mercado farmacéutico chileno. Por su parte, los prestadores de salud pueden enfrentar problemas de probidad, priorizando sus beneficios económicos y no el beneficio médico de los pacientes. Una situación similar se da en el caso de las empresas aseguradoras, cuyos comités técnico-científicos prefieren aprobar los medicamentos costosos que les reportan mayores ganancias. Los abogados también pueden actuar conjuntamente con las farmacéuticas y doctores, creando un nicho de demandas judiciales.

El interés económico que predomina por sobre el de los pacientes puede resultar en prescripciones poco beneficiosas desde el punto de vista médico. Estas prescripciones pueden recomendar tratamientos incapaces de combatir las enfermedades, o incluso, de agravarlas, produciendo un riesgo médico para los pacientes. Esto se explica por la asimetría de información, que beneficia a quien prescribe. Pero también, la falta de eficacia se manifiesta en el ámbito de la Administración. Las solicitudes de incorporación de tratamientos demuestran que se trata de medicamentos que carecen de respaldo científico, pero sí tienen un evidente interés mercantil. En el aspecto judicial, los fallos de tribunales latinoamericanos tienden ordenar la entrega de medicamentos con beneficios marginales para los pacientes.

Este tipo de decisiones puede llevar a soluciones poco eficientes para la sociedad. La Administración debe seleccionar las enfermedades que se cubrirán y a través de qué tratamientos. Pero los fármacos que los jueces mandatan a entregar no están en los decretos y tienen costos elevados, por lo que generan un impacto en las finanzas públicas. Colombia y Brasil son los principales ejemplos de esta situación. La intervención de los jueces en la distribución del gasto público podría llegar a agotar el Fondo de la Ley Ricarte Soto.

Para cumplir con lo ordenado por los fallos deben utilizarse los recursos disponibles en el Fondo. Así, los recurrentes pueden obtener los tratamientos que requieren. Pero esta situación sólo beneficia a quien puede acudir a la instancia judicial y no a todos quienes padecen la misma enfermedad. Esta situación crea la falsa ilusión de que todos los pacientes que acudan a la vía judicial podrán obtener los medicamentos que necesitan. Sin embargo, los recursos del Fondo no son infinitos, por lo que no podrán financiarse todos los tratamientos de alto costo.

Esto es aún más problemático si se tiene en cuenta que quienes pueden conseguir un abogado generalmente son personas de un nivel socioeconómico más bien alto. La natural consecuencia es que quienes acceden a los tratamientos por la vía judicial, perjudican a las personas desaventajadas, por cuanto los recursos públicos se distribuyen en favor de los primeros. Por otra parte, la judicialización hace que los recursos del Fondo sean utilizados para costear enfermedades no cubiertas por la Ley, afectando a los pacientes cuyas patologías sí están consideradas en ella. Así, los pacientes que padecen de enfermedades que deberían ser financiadas potencialmente, no lo serán por haber

destinado el presupuesto a pagar tratamientos que, en ocasiones, no cuentan con la suficiente evidencia científica. Ahora bien, la continua judicialización en el acceso a medicamentos incluso puede requerir obtener recursos de otras fondos o ministerios, produciendo resultados poco equitativos. De esta forma, la judicialización termina por crear situaciones de desigualdad, intensificando las que ya existen en los sistemas sanitarios.

Para remediar esta situación, organismos internacionales y otros países con experiencia en la judicialización de este derecho han ofrecido algunas propuestas. La mayoría de ellas guarda relación con las políticas públicas en las que deberían enfocarse los gobiernos. Entre ellas se encuentran la producción nacional de medicamentos, la creación de nuevos organismos y el incentivo al desarrollo de conocimiento científico. Sin embargo, una de las soluciones más efectiva es la regulación de los precios. El hecho de que las enfermedades requieran tratamientos tan costosos, es causado, en buena medida, porque son los propios laboratorios quienes imponen los precios. Es por esto que el establecimiento de precios máximos puede combatir este problema, permitiendo que las personas tengan acceso a los medicamentos. A esta conclusión también han llegado algunas autoridades nacionales.

Finalmente, cabe reconocer que la judicialización del derecho de acceso a medicamentos ha permitido sacar a la luz las falencias del sistema sanitario. Por ello, hay que aprovechar esta oportunidad y promover un debate nacional que cuente con la participación de los diferentes sectores de la población. Ésta es la única forma de mejorar la falta de acceso a medicamentos y encontrar la solución más adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGÜERO, F. 2018. Informe en Derecho: Límites constitucionales a la fijación de precios de medicamentos. [en línea] Chile <https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_199/bibliografia/> [consulta: 6 de febrero de 2022]
2. ALLARD, R. 2015. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica* 21(1): 83-91.
3. ÁLVAREZ-FALCONÍ, P. 2009. Derechos humanos en política de medicamentos: perfiles fundamentales. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 26(4): 563-572.
4. ALVEAR, J. 2013. Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social plurivalente en el marco de una economía social de mercado. *Revista Ius et Praxis* 19(2): 123-178.
5. ANDIA, T. y LAMPREA, E. 2019. Is the judicialization of health care bad for equity?. A scopy review. *International Journal for Equity in Health* 18(61): 1-12.
6. ATRIA, F. 2004. ¿Existen derechos sociales?. *Discusiones* 1(4): 15-59.
7. ATRIA, F. 2014. Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público. Santiago, LOM Ediciones.
8. ATRIA, F. 2016. La forma del derecho. Madrid, Marcial Pons.
9. BARDAZANO, G., et al. 2017. Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema. Montevideo, Udelar.
10. BELSKI, M. 2010. La judicialización de la política: el litigio estructural en materia educativa, posibilidades y obstáculos. *Propuesta Educativa*. 1(33): 29-34.
11. BERGALLO, P. 2011. Courts and social change: lessons from the struggle to univerlize Access to hiv/aids treatment in Argentina. *Texas Law Review* 89(7): 1611-1641.
12. BERMÚDEZ, J. 2010. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?. *Revista de Derecho (Valdivia)* 23(1): 103-123.
13. BIEHL, J. 2016. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova* 1(98): 77-105.

14. BIEHL, J., et al. 2016. The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil. *Health and Human Rights Journal* 218(1): 209-220.
15. BORDALÍ, A. 2006. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)* 19(2): 205-228.
16. BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho* 33(1): 17-36.
17. CARBONELL, F. 2019. Seminario: Constitución y aplicación judicial ¿Razones jurídicas o políticas?: 28 de agosto de 2019. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho.
18. CÁRDENAS, H. y MORENO, J. 2011. Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Santiago, Legal Publishing Chile.
19. CÁRDENAS, J. L. 2018. Algunas reflexiones sobre judicialización y acceso a medicamentos: el caso de Brasil y México. En: BECERRA, M. y MARTÍNEZ, R. *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 269-297.
20. CARPIZO, J. 2012. Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 45(135): 1079-1110.
21. CASSAGNE, J. C. 2009. La discrecionalidad administrativa. *Foro jurídico* 1(9): 82-91.
22. CAVALLARO, J. y BREWER, S. E. 2008. La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos* 5(8): 85-99.
23. CENTRE EUROPE – TIERS MONDE. 2007. El derecho al desarrollo [en línea] Ginebra <<https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Derecho-al-desarrollo.pdf>> [consulta: 6 de febrero de 2022]
24. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. 2002. *Derechos Humanos en Argentina Informe 2002*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
25. CLÉRICO, L. y VITA, L. 2018. Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. *Derecho y Ciencias Sociales* 1(18): 219-233.
26. COMISIÓN DE SALUD DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2015. Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos genéricos y evitar integración vertical de

- laboratorios y farmacias. [en línea] Chile
 <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=47284&prmTIPO=INFORMECOMISION>> [consulta: 10 marzo 2020]
27. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1992. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991 [en línea] Guatemala
 <<http://www.cidh.org/annualrep/91span/cap.IVc.guatemala.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
28. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1994. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993. [en línea] Nicaragua <<http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.IVe.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
29. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Informe N° 29/01. Caso 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez y Otros [en línea] El Salvador
 <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/ElSalvador12.249.htm>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
30. COMISIÓN INVESTIGADORA DEL ROL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS Y DEL ACCESO A ELLOS POR PARTE DE LA POBLACIÓN. 2016. Sesión 13ª. [en línea] Chile
 <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=24038&prmTIPO=ACTACOMISION>> [consulta: 9 marzo 2020].
31. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2005. The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the autor. [en línea] Ginebra
 <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcMZjyZIUmZS43h49u0CNAuJIjwgfzCL8JQ1SHYTZH6jsZteqZOpBtECZh96hyNh%2F%2FHW6g3fYyiDXsSgaAmIP%2BP>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
32. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. 2006. General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests

- Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant). [en línea] <<https://www.refworld.org/docid/441543594.html>> [consulta: 2 de febrero de 2022]
33. CORDERO, L. 2015. Lecciones de derecho administrativo. Santiago, Legal Publishing Chile.
 34. CUBILLOS, L., et al. 2012. Universal health coverage and litigation in Latin America. *Journal of Health Organization and Management* 26(3): 390-406.
 35. DANIELS, N., et al. 2015. Role of the Courts in the Progressive Realization of the right to Health: between the Threat and the Promise of Judicialization in Mexico. *Health Systems & Reform* 1(3): 229-234.
 36. DE JUAN, O. 1984. La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
 37. DE LORA, P. y ZÚÑIGA, A. 2009. El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Madrid, Iustel.
 38. DE SOUZA, R, et al. 2016. El acceso a las acciones y servicios del Sistema Único de Salud en la perspectiva de la judicialización. *Revista Latino-Americana de Enfermagem* 24(1): 1-7.
 39. DÍEZ, J. L. 2016. La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1(46): 133-153.
 40. DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS. 2011. Informe trimestral. Fondo para Diagnósticos y tratamientos de alto costo. [en línea] Chile <https://www.dipres.gob.cl/598/articles-264041_doc_pdf.pdf> [consulta: 19 de julio de 2022]
 41. FERRADA, J. C. 2012. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho* 25(1):103-126.
 42. FERRADA, J. C., BORDALÍ, A. y CAZOR, K. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho (Valdivia)* 14(1): 67-81.

43. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2019. Estudio de Mercado sobre Medicamentos. [en línea] Chile <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/11/Informe_preliminar.pdf> [consulta: 6 de febrero de 2022].
44. GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S. 2013. Activismo judicial en Chile ¿hacia el gobierno de los jueces?. Santiago, Ediciones LYD.
45. GOIC, C. y CENTRO DE INTELIGENCIA COLECTIVA DEL MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. 2019. Ley Nacional del Cáncer Colab. Plataforma de participación ciudadana. Informe de resultados. [en línea] Chile <<https://gist.cl/wp-content/uploads/2019/06/Informe-Chile.pdf>> [consulta: 10 marzo 2020].
46. GOTLIEB, V., YAVICH, N. y BÁSCOLO, E. 2016. Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. *Cadernos de Saúde Pública* 32(1): 1-12.
47. GUERRA, K. y QUINTAL, C. 2018. The judicialization of access to medication in Belo Horizonte: an equity issue. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 8(3): 213-236.
48. GUZMÁN, L. 2001. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
49. HARRIS, J. 1987. QALYfying the value of life. *Journal of medical ethics* 13(3): 117-123.
50. HOGERZEIL, H. V. 2006. Essential medicines and human rights: what can they learn from each other?. *Bulletin of the World Health Organization* 84(5): 371-375.
51. HOGERZEIL, H., et al. 2006. Is Access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts?. *The Lancet* 368(1): 305-311.
52. HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. 2011 El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.
53. HUERGO, A. 2000. Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo. Navarra, Aranzandi.
54. HUNT, P. y KHOSLA, R. 2008. El derecho humano a los medicamentos. *Sur Revista internacional de derechos humanos* 5(8): 101-119.

55. IBARRA, C. 2015. Análisis sistemático de la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 61.
56. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN SALUD. 2018. Información del Instituto de Políticas Públicas en Salud [en línea] <<http://www.ipsuss.cl/ipsuss/estadisticas-e-indicadores/gasto-en-salud-de-chile-y-ocde-pib/2018-08-29/173510.html>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
57. JIMÉNEZ, Jorge, et al. 2012. Acceso a medicamentos de alto costo y enfermedades de baja frecuencia. En: SEMINARIO: Medicamentos de alto costo. Políticas para un mejor acceso: 22 de junio de 2012. Santiago, Pontificia Universidad Católica, Escuela de Medicina, Departamento de Salud Pública. 2011, pp. 65.
58. LAMPREA, E. 2016. El núcleo esencial del derecho a la salud. En: ALVIAR, H., LEMAITRE, J. y PERAFÁN, B. (Eds.) Constitución y Democracia en Movimiento. Colombia, Ediciones Uniandes.
59. LAMPREA, E. 2017. The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective. *Annual Review of Law and Social Science* 13(1): 431-449.
60. LETELIER, R. 2012. A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes. En: La falta de servicio. Santiago, Thomson Reuters. pp. 1-26.
61. MACHADO, J. E. y MONCADA, J. C. 2012. Evolución del consumo de medicamentos de alto costo en Colombia. *Revista Panamericana de Salud Pública* 31(4): 283-291.
62. MADRID, S. 2011. El plan AUGE y la reforma en Chile. En: URRIOLOA, R., comp., SUÁREZ, J., MADRID, S., et al. Economía y salud: aportes y experiencias en América Latina. Santiago, OPS/OMS. pp. 189-200.
63. MARÍN, G. y POLACH, M. A. 2011. Medicamentos de alto costo: análisis y propuestas para los países del Mercosur. *Revista Panamericana de Salud Pública* 30(2): 167-176.
64. MARKS, S. P. 2006. Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health. En: CLAPHAM, A. y ROBINSON, M. (Eds.) *Realizing the Right to Health*. Zurich, Rüfer& Rub, the Swiss HumanRights Book Series.
65. MEDINA, S. y KOTTOW, M. 2015. Ética de la protección y ley Ricarte Soto: de heridas y parches. *Revista Chilena de Salud Pública* 19(3): 305-312.

66. MICHELLON, C. Jr. 2004. Derechos sociales y la dignidad de la igualdad. (Introducción). *Discusiones* 1(4): 7-13.
67. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. 2013. El Mercado de Medicamentos en Chile [en línea] Chile <<https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Boletin-Mercado-de-Medicamentos.pdf>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
68. NUNES, L., et al. 2019. (Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil. *International Journal for Equity in Health* 18(1):1-8.
69. OBSERVATORIO JUDICIAL. 2020. Informe N° 26. Corte Suprema versus Ley Ricarte Soto 2.0. [en línea] Chile < <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/06/Informe-N°26-Corte-Suprema-vs-Ricarte-Soto-2.pdf>> [consulta: 19 de julio de 2022]
70. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2010. Guía de aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos de la salud para el poder judicial. [en línea] Ginebra <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryGuide_SP.pdf> [consulta: 6 febrero de 2022].
71. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 2015. Acceso a los medicamentos en el contexto del derecho a la salud [en línea] Ginebra <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/OHCHR_2015-Access_medicines_ES_WEB.pdf> [consulta: 06 de febrero de 2022].
72. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. AG. 2016. El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [en línea] <<https://apps.who.int/medicinedocs/documents/s22479es/s22479es.pdf>> [consulta: 9 marzo 2020].
73. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2001. Actualizar y difundir la Lista Modelo de Medicamentos Esenciales de la OMS: El camino adelante. Ginebra, Suiza: OMS/EDM.
74. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2010. How does litigation affect health financing? (Technical Brief Series Brief No. 15). [en línea]

- <https://www.cmi.no/publications/file/3928-how-does-litigation-affect-health-financing.pdf>> [consulta: 6 de febrero de 2022].
75. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2012. Promoción del uso racional de medicamentos: componentes centrales. Perspectivas Políticas sobre medicamentos de la OMS 1(5): 1-6.
 76. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. 2009. El acceso a los medicamentos de alto costo en las Américas: contexto, desafíos y perspectivas (Serie técnica No. 1. Medicamentos esenciales, acceso, e innovación. Washington DC, OPS.
 77. PALLAVICINI, J. 2011. El principio de Legalidad del Gasto Público en materia financiera. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Anuario de Derecho Público N° 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 209-230.
 78. PANTOJA, R. 2007. La Inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En: CISNEROS, G., FERNÁNDEZ, J., y LÓPEZ, M. (Coords) Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 381-424.
 79. PAREDES R. 1997. Políticas de Competencia en Países sin Tradición de Mercado: el Caso de Chile. Revista Perspectivas 1(1): 45-66.
 80. PAREJO, L. 1993. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid, Tecnos.
 81. PEREHUDOFF, K. 2008. Health, human rights & national constitutions. Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam.
 82. PIERRY, P. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 1(8): 161-183.
 83. PINZÓN-FLÓREZ, C., et al. 2016. Priorización de estrategias para el abordaje de la judicialización en salud en América Latina y el Caribe. Revista de Saúde Pública 50(56): 1-14.
 84. POYANCO, R. y ROMERO, C. 2015. El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿los jueces como héroes de la justicia social? Revista Internacional Consinter de Direito 1(1): 149-172.
 85. PUYOL, A. 2009. Ética y priorización en las listas de espera de la sanidad. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas 1(18): 29-47.

86. RAMÍREZ, P. 2018. Descripción de farmacias populares: intermediación y precios. Tesis para optar al Grado de Magíster en Políticas Públicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios.
87. RAMOS G. y OLIVARES G. 2010. Manual de Selección de Medicamentos: Metodología para la Selección de Medicamentos de Formularios y Arsenales Farmacoterapéuticos de los Establecimientos e Salud. 2º Ed. Santiago, Ministerio de Salud de Chile.
88. REVEIZ, L., et al. 2013. Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura. *Revista Panamericana de Salud Pública* 33(2): 213-222.
89. SAAVEDRA, R. 2011. Discrecionalidad administrativa. Santiago, Legal Publishing Chile.
90. SALGADO, C. 2015. Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 22(1): 401-432.
91. SEGUEL, A. y ZABALA, X. 2019. Enfermedades de alto costo, crisis del costo / efectividad y biociudadanías emergentes en Chile. *Revista Estudios Atacameños* 1(62): 325-337.
92. TAPIA, J. y CORDERO, L. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. *Estudios Públicos* 1(139): 7-65.
93. TÓRTORA, H. 2005. El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: Aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración. *Revista Estudios Constitucionales* 3(2): 199-247.
94. URRIOLOA, R. 2011. Indicadores macroeconómicos de salud. En: URRIOLOA, R., comp.; SUÁREZ, J.; MADRID, S.; et al. *Economía y salud: aportes y experiencias en América Latina*. Santiago, OPS/OMS: 105-116.
95. VALDÉS, J. 2017. El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
96. VALDIVIA, J. M. 2017. Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo. En SCHOPF, A. y MARÍN, J. C. (Eds.) *Lo público y lo privado en el derecho*. Santiago, Legal Publishing Chile. pp. 349-431.

97. VALDIVIA, J. M. 2018. Manual de derecho administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch.
98. VELASCO, C. 2015. Proyecto de Ley “Ricarte Soto”: Las definiciones que faltan. Centro de Estudios Públicos 1(397): 1-14.
99. VÉLEZ-ARANGO, A. 2009. El derecho a la salud: políticas públicas y percepción de actores y grupos de población. Del papel a la realidad. Manizales 2008. *Hacia la promoción de la Salud* 14(1): 68-92.
100. VÉLEZ-ARANGO, A. y GONZÁLEZ-LÓPEZ, J. 2015. El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia-España. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* 33(1): 121-131.
101. VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA, H. 2005. Derecho Constitucional. Tomo I. 2º Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
102. VERGARA, A. 2011. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En: ARANCIBIA, J. MARTÍNEZ, J. y ROMERO, A. (Coords.). *Litigación Pública*, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública. Universidad de los Andes. Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters. pp. 37-63.
103. VERMEULE, A. 2018. La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al estado administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch. 23p.
104. VOORHOEVE, A., et al. 2015. Cómo tomar decisiones justas en el camino hacia la cobertura universal de salud. Informe final del Grupo Consultivo de la Organización Mundial de la Salud sobre la Equidad y Cobertura Universal de Salud. Washington, Organización Panamericana de la Salud.
105. YAMIN, A. E. 2003. Not just a tragedy: Access to medications as a Right Under International Law. *Boston University International Law Journal* 21(2): 325-371.
106. YAMIN, A. E. 2010. Hacia una rendición de cuentas transformadora: aplicando un enfoque de derechos humanos para satisfacer las obligaciones en relación a la salud materna. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos* 7(12): 99-127.
107. YAMIN, A. E. 2010. The Right to Health: Assessing How Far the Discourse Has Evolved Internationally and within the United States. *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting* 104(1): 14-17.

108. YAMIN, A. E. 2011. Power, suffering, and courts: reflections on promotion health rights through judicialization. En: YAMIN, A. E. y GLOPPEN, S. Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?. Cambridge, Harvard University Press: 333-372.
109. YAMIN, A. E. y DUGER, A. 2016. Adjudicating Health- Related Rights: Proposed Considerations for the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and Other Supra-National Tribunals. *Chicago Journal International Law* 17(1): 80-120.
110. YAMIN, A. E. y PARRA-VERA, O. 2010. Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates. *Hastings international and comparative law review* 33(2): 101-129.
111. ZÚÑIGA, A. 2010. Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE. *Revista de Derecho (Valdivia)* 23(2): 113-130.
112. ZÚÑIGA, A. 2011. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. *Revista Estudios constitucionales* 9(1): 37-64.
113. ZÚÑIGA, A. 2011. Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos. *Acta Bioethica* 17(1): 73-84.
114. ZÚÑIGA, A. 2011. Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral de derecho a la protección de la salud. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 18(55): 191-211.
115. ZÚÑIGA, A. 2012. Un modelo de adjudicación de recursos sanitarios para Chile. *Acta Bioethica* 18(2): 221-230.
116. ZÚÑIGA, F. 2007. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte* 14(2): 131-157.
117. ZÚÑIGA, F. 2008. El control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. *Revista Ius et Praxis* 14(2): 271-307.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. Sentencia 9 de julio de 2010, Rol 21-2010.
2. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 12 de junio de 2017, Rol 16.155-2017.
3. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 12 de junio de 2017, Rol 15.477-2017.
4. CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. Sentencia 26 de agosto de 2017, Rol 558-2017.
5. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Recurso de Protección Rol 34.517-2018.
6. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 14 de octubre de 2019, Rol 68.243-2019.
7. CORTE SUPREMA. Sentencia 29 de enero de 1988, Rol 11.820.
8. CORTE SUPREMA. Sentencia 6 de noviembre de 2018, Rol 17.043-2018.
9. CORTE SUPREMA. Sentencia 27 de diciembre de 2018, Rol 20.672-2018.
10. CORTE SUPREMA. Sentencia 2 de enero de 2019, Rol 25.009-2018.
11. CORTE SUPREMA. Sentencia 10 de junio de 2019, Rol 8.319-2019.
12. CORTE SUPREMA. Sentencia 1 de julio de 2019, Rol 7.484-2019.
13. CORTE SUPREMA. Sentencia 3 de julio de 2019, Rol 17.600-2019.
14. CORTE SUPREMA. Sentencia 11 de julio de 2019, Rol 7.667-2019.
15. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 26 de junio de 2001, Rol 325.

ANEXO

N°	Rol	Recurrido	Derecho afectado	Resultado
1	34.540-2017	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
2	34.601-2017	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
3	38.590-2017	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud de Magallanes y Hospital Clínico de Magallanes	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
4	43.250-2017	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, Hospital Sótero del Río	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
5	45.080-2017	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
6	45.300-2017	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
7	25-2018	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Rechaza
8	27-2018	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Rechaza
9	2.494-2018	Fonasa y Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente	Art. 19 n°1, 2 y 3	Acoge
10	8.523-2018	Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 9	Acoge
11	16.867-2018	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 9	Acoge
12	17.043-2018	Fonasa, Ministerio de Salud y Servicio de Salud de Concepción	Art. 19 n°1 y 2	Acoge

13	20.672-2018	Hospital San Borja Arriarán	Art. 19 n°1, 9 y 24	Rechaza
14	22.960-2018	Fonasa y Hospital Las Higueras de Talcahuano	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
15	25.009-2018	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
16	25.161-2018	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
17	32.675-2018	Ministerio de Salud, Seremi de Salud, Servicio de Salud de Magallanes y Hospital Luis Calvo Mackenna	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
18	32.825-2018	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud Talcahuano y Hospital Las Higueras de Talcahuano	Art. 19 n°1, 2, 9 y 24	Acoge
19	1.317-2019	Fonasa	Art. 19 n°1, 2 y 24	Rechaza
20	2.588-2019	Fonasa, Servicio de Metropolitano de Salud Sur Oriente, Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
21	2.702-2019	Dirección de Previsión de Carabineros de Chile	Art. 19 n°1	Acoge
22	3.874-2019	Fonasa, Servicio de Salud de Concepción y Hospital Guillermo Grant Benavente	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
23	4.651-2019	Ministerio de Salud	Art. 19 n°1, 2 y 22	Acoge
24	5.180-2019	Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 9	Acoge
25	5.183-2019	Fonasa, Servicio de Salud de Concepción y Hospital Guillermo Grant Benavente	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
26	7.214-2019	Fonasa, Servicio de Salud de Concepción y Hospital Guillermo Grant Benavente	Art. 19 n°1, 2 y 9	Acoge
27	7.238-2019	Servicio de Salud Metropolitano Oriente,	Art. 19 n°1 y 2	Acoge

		Comité Técnico de la Subsecretaría de Redes Asistenciales y Hospital del Salvador		
28	7.484-2019	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
29	7.667-2019	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
30	7.710-2019	Fonasa y Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena de Temuco	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
31	8.319-2019	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
32	9.162-2019	Ministerio de Salud	Art. 19 n°1, 2 y 22	Acoge
33	11.093-2019	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud de Rancagua y Hospital Regional de Rancagua	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
34	11.489-2019	Fonasa	Art. 19 n°1	Acoge
35	12.323-2019	Fonasa y Hospital Dr. Exequiel González Cortés	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
36	14.428-2019	Fonasa, Ministerio de Salud, Hospital del Salvador, Nephrocare Chile S.A.	Art. 19 n°1, 2, 3 y 9	Rechaza
37	16.166-2019	Fonasa, Ministerio de Salud de Maule, Seremi de Salud y Hospital de Talca	Art. 19 n°1 y 2	Rechaza
38	16.976-2019	Servicio de Salud Metropolitano Sur	Art. 19 n°1, 2 y 3	Acoge
39	17.600-2019	Servicio de Salud Valparaíso San Antonio, Subsecretaría de Redes Asistenciales y Hospital Carlos Van Buren	Art. 19 n°1, 2 y 4	Acoge
40	18.449-2019	Hospital San Juan de Dios	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
41	18.451-2019	Ministerio de Salud, Servicio de Salud Metropolitano	Art. 19 n°1	Acoge

		Occidente y Hospital San Juan de Dios		
42	19.092-2019	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota y Hospital San Martín de Quillota	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
43	25.147-2019	Ministerio de Salud Chile	Art. 19 n°1, 2 y 24	Rechaza
44	25.230-2019	Servicio de Salud O'Higgins y Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
45	25.685-2019	Fonasa	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
46	27.015-2019	Fonasa, Ministerio de Salud, Servicio de Salud Araucanía Sur y Hospital Regional Hernán Henríquez Aravena	Art. 19 n°1 y 2	Acoge
47	29.215-2019	Fonasa y Ministerio de Salud	Art. 19 n°1, 2 y 24	Rechaza

