

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil trece.-

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el abogado Marcelo Brunet Bruce, en representación de Sergio Neira Fernández, estudiante de ingeniería en construcción, con domicilio en Portugal 564 departamento 513, comuna de Santiago, recurre de protección a esta Corte por los actos de la Isapre Masvida y en contra del Ministerio de Salud, representados por don Erwin Sariago Rivera y por el ministro don Jaime Mañalic Muxi respectivamente. Respecto del Ministerio de salud, se recurre en forma subsidiaria.

Señala el recurrente que todo empezó a fines del 2006 cuando le diagnosticaron una aplasia medular que se caracteriza por la desaparición total o parcial de los precursores hematopoyéticos en médula ósea, lo que da lugar a una pancitopenia en sangre periférica. Agrega que su perspectiva de recuperación es nula de no mediar que el Estado o Isapre se haga cargo de financiar el medicamento que existe para la enfermedad que padece su representado, esto es, el Soliris o Eculizumab, el que está aprobado por la FDA desde 2007 y permite que las personas que tienen esta enfermedad (HPN) puedan tener una vida completamente normal.

Que su parte presentó una solicitud formal a su Isapre, en la que expresó la necesidad que de acuerdo a su plan, la institución se haga cargo del pago del tratamiento. Lamentablemente, la Isapre respondió negativamente, indicando que no podía acceder a lo solicitado, toda vez que el medicamento "Soliris" es un anticuerpo mononuclear que no se encuentra aprobado por el Instituto de salud pública, por lo tanto se encuentra excluido de cobertura CAEC, haciendo referencia a la circular IF/N°7 de la Superintendencia de Salud.

Que esta decisión negativa constituye una actuación arbitraria e ilegal, por cuanto la omisión referida al aporte solicitado, acarrea como resultado seguro e irremediable, la muerte del enfermo. Que al existir un un pronunciamiento negativo, no existe la posibilidad de renunciar a ella, para solicitar al sistema de salud público que cubra dicho gasto.

En cuanto a las garantías conculcadas, en primer término, se indica el derecho a la vida, conforme al artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Por otra parte, existen otros tratamientos análogos al que su representado solicita, que son actualmente costeados por la Isapre o por el Estado, por lo que no dar igual trato importaría efectuar una distinción de naturaleza injustificada. Que la omisión en que incurre la Isapre, en su omisión de respuesta y de atención, obvia sus responsabilidades conforme a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Por otra parte, se señala como derecho conculcado la igualdad ante la Ley.

Agrega que en defecto de la Institución de salud recurrida, en la negativa de aquella o en la imposibilidad de la misma de poder cubrir la prestación debida, considera su parte que nace una obligación por parte del Ministerio de Salud en orden a satisfacer las prestaciones de salud de su representado. Lo anterior, se funda en el principio de la subsidiariedad, mediante el cual el Estado se encuentra obligado a llevar a cabo ciertas actividades o a la provisión de bienes, toda vez que los particulares sean incapaces de llevarlas a cabo o bien proveérselos de manera autónoma.

Que ni su representado, ni su familia se encuentran en condiciones económicas para proveer la droga a su hijo, en virtud de su alto costo. Ello, trae como consecuencia que sólo el Estado está en condiciones de –y obligado a- proporcionar el referido medicamento.

Pide, tener por interpuesto recurso de protección, acogerlo en todas sus partes, decretando que se deje sin efecto la decisión, ordenando la efectiva protección de los afectados y disponiendo la entrega del medicamento Soliris o Eculizumab, el que fue aprobado por la FDA el 2007; en su defecto, se suministre en forma gratuita un medicamento análogo al anterior que actúe como inhibidor del complemento terminal, específicamente sobre la activación incontrolada del complemento; en subsidio, si la Isapre a la

cual se encuentra afiliado el recurrente, no tuviere posibilidades de adquirir dicho medicamento, se ordene traspasar las fichas del afiliado al Ministerio de salud, ordenándose suministrarle el referido remedio.

Segundo: Que el pronunciamiento de la autoridad judicial que se recaba por esta vía, destinada a poner remedio a la perturbación, amenaza o privación de alguno de los derechos que protege el artículo 20 de la Constitución Política de la República, requiere, por una parte, de una actuación u omisión arbitraria o ilegal de persona o autoridad que lo vulnere y, por la otra, de un sujeto pasivo al que de manera indubitada le asista alguno de los derechos allí establecidos.

Tercero: Que lo reclamado, de acuerdo al tenor del recurso que nos convoca, dice relación con la omisión que se alega por parte de la Isapre Masvida, respecto de la cual el recurrente es afiliado, de proporcionarle el medicamento “Soliris” o “Eculizumab”, toda vez que aquel es portador de una Hemoglobinuria paroxística nocturna, y su ingestión a través de un tratamiento médicamente regulado, le permitiría tener una vida completamente normal, y que por carecer de medios para costear dicho medicamento, le ha significado el estar en muchas ocasiones hospitalizado, lo que ocurre en la actualidad y, que la falta de ingestión del medicamento le podría en definitiva traer consigo la muerte.

Cuarto: Que, a fin de resolver la actuación cautelar que se ha deducido y que dice relación con la falta ya analizada precedentemente, es menester hacer los siguientes alcances que permitirán a esta Corte fundamentar la decisión que se adopte al respecto, teniendo especialmente para ello, la invocación de garantías fundamentales como las invocadas por el recurrente.

Quinto: Que, en nuestro actual sistema de salud, las prestaciones pertinentes deben ser asumidas por instituciones de salud previsional tanto del sector público y privado. La Ley instituye el deber a otorgarle las prestaciones y beneficios a sus afiliados y cargas familiares, obligación que ha de cumplirse siempre y todo caso, teniendo en consideración el íntegro y oportuno resguardo a las garantías constitucionales. Conforme a lo anterior y no obstante

considerar que son entidades privadas, su actuar no puede estar ajeno a principios que informan dichas garantías, como en el presente caso, lo sería la protección del derecho a la vida y la salud, debiendo disponer para sus afiliados, al igual que el sistema público, de determinados programas de salud para casos excepcionales, evitando la discriminación y permitiéndoles el acceso a bienes y servicios científicos y médicos adecuados al caso particular, los que deben tener la característica esencial de ser efectivo para el caso concreto de que se trate.

Sexto: Que la recurrida Isapre Masvida, al negarse a la cobertura del tratamiento de la patología que le aqueja al recurrente, esto es, Hemoglobinuria paroxística nocturna, con argumentos no concluyentes, ni armónicos con el espíritu de los señalados principios, si bien en sí pueden no constituir una infracción, tampoco parece justificable dicha decisión al carecer de todo vínculo con la realidad que afecta a uno de sus afiliados, dejándolo de esta forma huérfano a su suerte.

Que en efecto, si la fundamentación objetiva de la Isapre recurrida ha sido el de no financiar el medicamento apropiado para la dolencia del afiliado y recurrente, por no estar aprobado por el Instituto de Salud Pública, resulta del todo contradictorio con el proceder del sistema público, donde la Central Nacional de Abastecimiento del sistema nacional de servicios de salud del Ministerio de Salud, autoriza la contratación directa de conformidad al artículo 8° de la Ley N° 19.886 y artículo 10 N°7 letra e) del reglamento de la citada ley, con el laboratorio, del mismo medicamento que demanda la recurrida para pacientes del Fondo Nacional de Salud. Que esta decisión evidencia normas y criterios técnicos de eficiencia, que justifican el propósito de financiar a través del sistema público de salud el tratamiento que nos ocupa, conducta de dicho Ministerio que no solo lo valida, sino que privilegia el medicamento y su entrega o financiamiento, todo ello teniendo especialmente presente la necesidad inminente de utilizar un producto farmacéutico determinado por parte de los pacientes que no cuentan con una alternativa farmacéutica, toda vez que médicamente es dicho medicamento el que permite una mejoría sustancial del

paciente y con ello salva su vida, como ocurre en la especie de acuerdo a lo indicado por el médico tratante el recurrente Dr. Pablo Rodríguez Monarca, según consta del informe acompañado a fojas 60.

Séptimo: Que sostener que lo del uso ambulatorio de medicamentos, como fundamento para negarse a la cobertura, constituye una iniquidad, por cuanto los antecedentes que obran en el proceso, permiten inferir que la aplicación del medicamento “Soliris”, se hará absolutamente necesaria la hospitalización del paciente; ello se desprende del informe del médico tratante que informa a esta Corte que el recurrente se encuentra hospitalizado desde hace 1 mes , toda vez que la enfermedad lo tiene permanentemente postrado en cama, debido a que cualquier esfuerzo físico le significa un empeoramiento de su condición clínica.

Octavo: Que en relación a la enfermedad que aqueja al recurrente sr. Neira, resulta del todo decidor lo señalado por el médico tratante a fojas 60, cuando indica que aquel ha experimentado más de treinta hospitalizaciones debido a crisis hemolíticas, siendo las mas graves en noviembre de 2011, circunstancia en la que estuvo internado en la UCI e intermedio aproximadamente un mes y medio, y desde el 30 de agosto del 2012 hasta fines de octubre, período en el cual estuvo 16 días en la UCI sin despertar, con falla renal, edema pulmonar, taquicardias y una trombosis mesentérica, con riesgo vital que superó en todas las ocasiones. Por otra parte, importante resulta recalcar que todas estas situaciones no ocurrirían con la aplicación del medicamento que se exige de la entidad de salud recurrida.

Noveno: Que en consecuencia, resulta arbitraria la conducta del Instituto de Salud Previsional Masvida, de negarle al recurrente la cobertura respectiva, haciendo con su actuar aparente el derecho a la salud y a la vida en definitiva de aquel. Que tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional en uno de sus informes, el derecho va a resultar afectado cuando se lo priva de aquello que es consustancial, de manera que deja de ser reconocible y se impide su libre ejercicio, sometiéndolo a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

Décimo: Que si la discusión que nos convoca parece ser patrimonial y de criterios básicamente economicistas, no se debe olvidar so pena de equivocarnos, que en materia de salud existen principios fundamentales que se deben respetar, tal cual lo hace el sistema de salud pública, adoptando al efecto los resguardos necesarios para recurrir a determinados programas cuando la necesidad lo requiere y de esta forma no se afecten derechos fundamentales, ni se prive a las personas arbitrariamente de un medicamento esencial para gozar del máspreciado bien como es la vida.

Undécimo: Que uno de estos principios constitucionales es el de interdicción a la arbitrariedad, que no solo será aplicable al sector público, sino que resulta pertinente aplicarlo a las instituciones del sector privado, en lo relativo al respeto de las garantías fundamentales, obligándolas a establecer condiciones básicas para su goce y ejercicio, que tenga la condición precisa de ser efectivos, cuestión de la cual un contrato de salud no lo puede eximir y no hacerlo de esta forma, hace evidente su transgresión, cuando se deniega la cobertura a la prestación de una enfermedad excepcional que puede costarle la vida a un ser humano.

Es menester entonces, concluir que consta el acto u omisión denunciada, y los derechos que se dicen vulnerado.

Duodécimo: Que habiéndose decidido por esta Corte acoger la acción cautelar en contra de Isapre Masvida, resulta inoficioso entrar a estudiar la acción en contra del Ministerio de Salud, respecto de quien se dedujo en forma subsidiaria.

Décimo tercero: Que el recurrente invocó por otra parte la garantía constitucional de igualdad ante la Ley, la que hace vale en el hecho que en la actualidad existen otros tratamientos análogos al que su representado solicita, que son actualmente costeados por la Isapre o el Estado y que el no dar igual trato a éste, implicaría una distinción injustificada. En relación a esta garantía, esta Corte estima que no se encuentra conculcada toda vez que, dado el sentido genérico con que la parte considera que se habría violentado el derecho alegado, no permite precisar en que forma se habría incumplido, teniendo además

presente la circunstancia que cada tratamiento, conforme al contrato que el afiliado mantenga con la Isapre respectiva, significará un escenario particular para cada caso.

Y visto además lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, **se acoge**, sin costas, acción interpuesta por el abogado Marcelo Brunet Bruce a fojas 3, en contra de la Institución de Salud Previsional Masvida, debiendo dicha entidad entregar el financiamiento para el tratamiento de la enfermedad que aqueja al recurrente, todo ello de acuerdo con la dosificación y tiempo de tratamiento que se indica en el informe médico de fojas 60.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redactó don Raúl Trincado Dreyse, Fiscal Judicial.

Rol N° 33832-2013.-

Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada por la Ministro señora Jessica González Troncoso y por el Fiscal Judicial señor Raúl Trincado Dreyse.

Autorizado por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a diecinueve de diciembre de dos mil trece, notifique en secretaría por el estado diario la resolución precedente.

