

Informe N°15

Corte Suprema versus Ricarte Soto

— *Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo*



Corte Suprema versus Ricarte Soto

Introducción

El presente informe busca reflexionar sobre la judicialización de la salud en Chile. Lo anterior es un fenómeno altamente complejo, por lo que en este trabajo lo abordaremos desde la perspectiva del financiamiento de remedios y tratamientos de alto costo. La razón es que durante el año 2018 la Corte Suprema, en varias oportunidades, ordenó al Estado a financiar el medicamento *Spinraza*, uno de los tratamientos más caros del mundo¹. Ante el cuestionamiento de la opinión pública, la Corte Suprema defendió su decisión, en cuanto que la protección al derecho a la vida prima sobre cualquier consideración presupuestaria. Incluso, ante la crítica de las sentencias, el ministro Sergio Muñoz espetó: “que deroguen [de la Constitución] el derecho a la vida y pongan que lo más importante es el equilibrio de las finanzas públicas”.²

Ahora bien, esta contraposición entre derecho a la vida y finanzas públicas plantean una serie de preguntas: ¿es el derecho a la vida un absoluto frente a consideraciones presupuestarias? ¿o más bien el planteamiento, vida versus finanzas, oculta un profundo problema de justicia distributiva? Estas preguntas son ineludibles para la judicialización de la salud. De esta manera, una mirada detenida sobre la actividad de la Corte Suprema en materia de financiamiento de remedios y tratamientos de alto costo, nos dará algunas luces para plantear los cuestionamientos éticos y consecuencias políticas que surgen cuando la Corte Suprema ordena redirigir fondos públicos en el plano de la salud pública.

Para lograr nuestro objetivo, el presente estudio se divide en los siguientes apartados: primero, describir la legislación aplicable; segundo analizar los fallos y el comportamiento de la Corte Suprema en la materia; tercero, tematizar los conflictos éticos y presupuestarios que implican las sentencias del Máximo Tribunal; cuarto hacer una evaluación -en base a los puntos expuestos- sobre la reciente jurisprudencia de la Corte en políticas públicas de salud. Por último, la muestra utilizada abarca las sentencias dictadas desde el año 2017 a la fecha, en que se resolvieron recursos de protección que solicitaron el financiamiento de tratamientos sanitarios de alto costo que no estaban cubiertos por la Ley Ricarte Soto.

¹ <https://www.nytimes.com/2016/12/30/business/spinraza-price.html>.

² Entrevista a Sergio Muñoz en revista *El Mercurio Legal*, edición diciembre de 2018.



Marco normativo

LEY RICARTE SOTO

A diferencia de otros países de Latinoamérica, Chile cuenta con un sistema normativo que regula el apoyo financiero estatal para costear tratamientos de salud cuyos costos son catastróficos para el paciente. En efecto, el 16 de noviembre de 2015, entró a regir la Ley 20.850, o Ley Ricarte Soto³, la cual creó y reguló un sistema de protección financiera para el *diagnóstico y tratamientos* de alto costo. Este sistema es de cobertura universal, en un doble sentido: primero, en cuanto cobertura, ya que financia el 100% del diagnóstico o medicamento. Segundo, desde la perspectiva del beneficiario, ya que basta con tener alguna de las patologías, cubiertas por la ley, para ser acreedor de la protección financiera, siendo irrelevante el sistema previsional de salud o la situación socioeconómica del paciente.

Respecto a las patologías y tratamientos garantizados, el artículo 5° de la ley establece que sólo se financiará los medicamentos o diagnósticos de alto costo que estén recogidos en un decreto supremo firmado por los ministros de Salud y de Hacienda⁴. Por tanto, si el tratamiento o diagnóstico no está incorporado en el decreto supremo, entonces la Ley Ricarte Soto no lo cubrirá. Actualmente se financia el diagnóstico y tratamiento de 18 enfermedades, a modo de ejemplo: Esclerosis Múltiple, Enfermedad de Crohn, Diabetes tipo 1 inestable severa y tumores neuroendocrinos.

Para que un diagnóstico o tratamiento esté garantizado por Ley Ricarte Soto, se deben cumplir una serie de procedimientos y requisitos establecido en el artículo 5° de la ley: A) Que el costo del tratamiento sea igual o superior al umbral de costo catastrófico⁵. B) Que el tratamiento hayan sido objeto de una favorable evaluación científica. C) Que el tratamiento haya sido sugerido por la Comisión de Recomendación Priorizada de la Subsecretaría de Salud Pública. D) Que los ministros de Salud y Hacienda, mediante un decreto fundado, decidan incorporar el tratamiento al sistema de protección financiero de la Ley Ricarte Soto.

Conforme a la ley, el proceso de incorporación es el siguiente: solicitud, evaluación, recomendación y decisión final. La solicitud formal para incorporar nuevas tecnologías sanitarias, puede provenir de cualquier persona, además la normativa agrega que las opiniones y recomendaciones de diagnósticos o tratamientos que efectúen las comisiones técnicas del MINSAL, y las agrupaciones de pacientes⁶ serán consideradas con especial atención.

³ En homenaje al periodista Luis Ricarte Soto quien falleció de cáncer y fue un promotor ante la opinión pública de contar con un sistema estatal de apoyo frente a tratamientos y medicamentos de alto costo.

⁴ Decreto supremo N°50, de fecha 31 de diciembre de 2016, del MINSAL.

⁵ Conforme al artículo 6°, el *umbral* es una fórmula fijada por reglamento que sirve para calcular cuándo una enfermedad es de "alto costo". Actualmente está regulado en el decreto supremo N° 80, del 23 de octubre de 2015, del Ministerio de Salud, el cual indica que el valor del Umbral Nacional de Costo Anual es de \$2.418.399.

⁶ Reguladas en el artículo 30 de la Ley 20.850.



Debido a su importancia, para el presente informe, nos referiremos a los requisitos C) y D).

Cómo dijimos anteriormente, para que un tratamiento o diagnóstico de alto costo sea amparado por la Ley Ricarte Soto, debe someterse a un doble proceso: primero, ser evaluado científicamente y, luego ser recomendado a los ministerios de Salud y Hacienda⁷.

El artículo 7º de la ley regula el proceso de evaluación científica. La institución a cargo de dicho procedimiento es la Subsecretaría de Salud Pública, la cual debe estudiar y analizar la evidencia científica que de certeza y respalde la efectividad del tratamiento asociado a una patología específica. Finalizada la evaluación, se confecciona un informe que determina de manera favorable o negativa el tratamiento. En caso de ser favorable, la solicitud de incorporación ingresa a la etapa de recomendación priorizada.

Ahora bien, es importante destacar que la evaluación que efectúa la Subsecretaría de Salud Pública es muy completa y rigurosa. En efecto, para confeccionar el informe final se deben ponderar en total 11 factores, los cuales se agrupan en cuatro temáticas: 1) eficacia médica del tratamiento; 2) costo del tratamiento; 3) costos de implementación en el sistema de salud, 4) repercusiones éticas, jurídicas y sociales del tratamiento⁸. Que la evaluación científica abarque aspecto, tanto técnicos, como éticos adquiere gran importancia, según veremos, para enjuiciar la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Por su parte, el artículo 8º de la Ley Ricarte Soto regula el mecanismo de recomendación priorizada, el cual tiene como fin analizar, priorizar y recomendar a los Ministros de Salud y Hacienda, los diagnósticos y tratamientos de alto costo que se deben incorporar al sistema de protección financiera. Para ello se utiliza el informe elaborado en la etapa de evaluación, donde consta el valor científico, económico y social del tratamiento. El proceso de *recomendación* está a cargo de la "Comisión de Recomendación Priorizada", la cual debe conformarse por 12 miembros de reconocida idoneidad en los campos de la medicina, la salud pública, la economía, la bioética, el derecho sanitario y expertos en fármacos. Una vez más, la composición de la Comisión de Recomendación Priorizada muestra el espíritu de la Ley Ricarte Soto de ponderar en la balanza no sólo criterios sanitarios, sino también éticos y sociales.

Por último, el artículo 9º de la Ley 20.850 ordena que en base a los informes de evaluación y de recomendación, los ministros de Salud y Hacienda, tomaran la decisión final sobre los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cubrirá la Ley Ricarte Soto. La protección por regla general entra en vigencia al sexto mes de publicado el decreto en el Diario Oficial, salvo que circunstancias calificadas ameriten un plazo menor.

⁷ Ambos procesos se encuentran regulados de manera pormenorizada en el Reglamento N° 13 del MINSAL, publicado el 10 de julio de 2017.

⁸ 1) Eficacia y efectividad relativas. 2) Seguridad. 3) Alternativas disponibles si existieren. 4) Evaluación económica. 5) Condiciones de pago a través del mecanismo de riesgo compartido. 6) Precio máximo industrial. 7) Impacto presupuestario. 8) Implementación. 9) Efectos en las redes asistenciales. 10) Repercusiones éticas, jurídicas y sociales. 11) Alcance y plazo de revisión de la evaluación.



Los desarrollos normativos que acabamos de exponer muestran con claridad lo complejo y delicadas que son las políticas públicas en salud. En efecto, en ellas se entrelazan dificultades técnicas, sociales y éticas. Lo anterior se agrava en el caso de la Ley Ricarte Soto, ya que ésta implica un alto presupuesto dirigido a un reducido grupo de personas. Por ejemplo, mientras el presupuesto promedio anual fiscal de un afiliado de FONANSA es de \$504.240, el monto promedio de un beneficiario de la Ley Ricarte Soto es de \$15.581.296⁹. Es decir, un 31 veces más. Por esta razón es que la Ley 20.850 establece rigurosos mecanismos para la incorporación de tratamientos, puesto que decisiones ligeras, que no consideren detenidamente factores sociales, éticos y científicos pueden generar graves perjuicios e injusticias en el acceso a la salud por parte de la población general.

FONDO DE TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO

Antes de analizar las implicancias de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, es necesario referirse al mecanismo presupuestario que posibilita la existencia de la Ley de Ricarte Soto. El artículo 12 de la ley creó el Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo¹⁰ (el “Fondo”), cuyo fin es financiar total o parcialmente los diagnósticos o tratamientos garantizados por la Ley 20.850. Acorde con el último informe trimestral elaborado por la DIPRES, en septiembre de 2018, el fondo ascendía a la suma de \$179.570 (millones).

En cuanto a la naturaleza del Fondo, este es un fondo mancomunado de recursos, que se compone por: 1) aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien mil millones de pesos. 2) donaciones, herencias y legados. 3) aportes internacionales. 4) la rentabilidad e intereses que genere la inversión de los propios recursos del Fondo. Este sistema de financiamiento en políticas públicas de salud es una novedad en Chile, puesto que el objetivo es que el Fondo sea autosustentable, por tanto, la estabilidad del mismo es vital para su operatividad. Por esta razón, la Ley Ricarte Soto establece que el conjunto de tratamientos nunca puede superar el 80% de los recursos anuales que dispone el Fondo (ver artículo 9º).

A continuación, graficamos los gastos en que ha incurrido el Fondo para financiar tratamientos de alto costo desde marzo de 2016 hasta septiembre de 2018¹¹. Durante ese período, el Fondo ha desembolsado un

⁹ La comparación se hizo en base los ingresos asignados por Ley de Presupuesto de 2018 (http://www.dipres.gob.cl/597/articles-172496_doc_pdf.pdf) a FONASA (\$7.022.266.294.000) y a la Ley Ricarte Soto (\$105.937.232.000). Luego el monto fue dividido por el total de beneficiarios respectivos de FONASA (13.926.475) y la Ley Ricarte Soto (6.799).

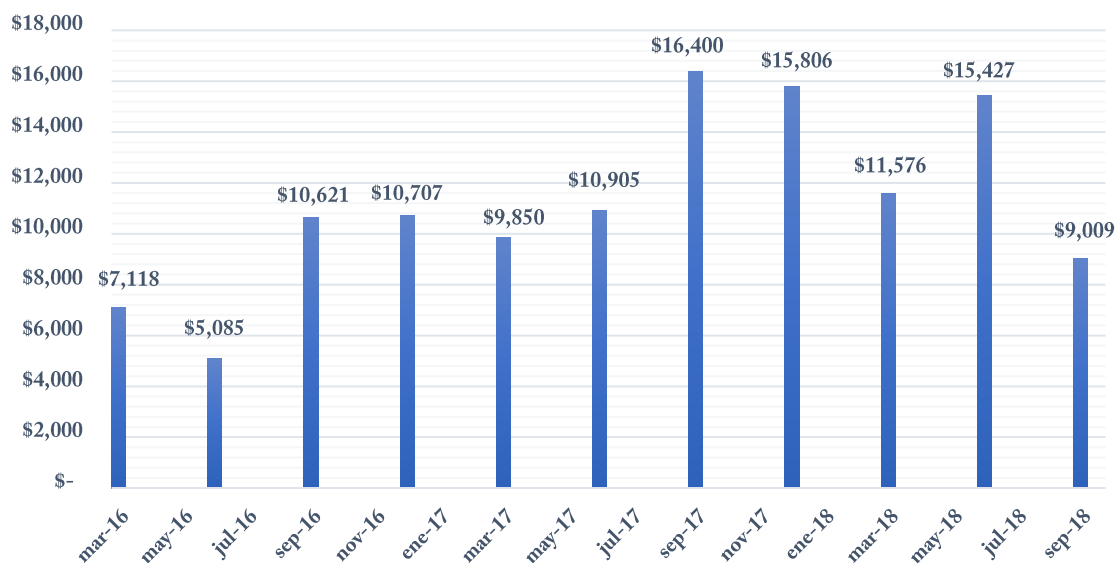
¹⁰ El funcionamiento del Fondo está regulado en el Decreto N° 1.618 del 27 de octubre de 2015 del Ministerio Hacienda.

¹¹ El gráfico fue elaborado según los datos entregados por la DIPRES en su Reporte Trimestral del Fondo para Diagnostico y Tratamientos de Alto Costo. Obtenido en: http://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-23627.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_24043



total de \$122.504 millones de pesos en el financiamiento de tratamientos y diagnósticos de alto costo cubiertos por la Ley Ricarte Soto (gráfico N° 1).

Gráfico N°1: Retiros Fondo período 2016-2018 (millones).



Fallos y votaciones

Pasamos ahora a analizar las sentencias dictadas por la Corte Suprema durante los años 2017, 2018 y 2019 en las cuales se obligó al Estado a financiar tratamientos de alto costo, que no estaban garantizados por la Ley Ricarte Soto. En total son 15 causas¹², las cuales presentan los siguientes elementos comunes: 1) El mecanismo judicial utilizado para solicitar el financiamiento del medicamento es el recurso de protección, que es un mecanismo expedito y desformalizado. 2) El principal argumento del recurrente es que la negativa del Estado a financiar el tratamiento vulnera el derecho a la vida (art. 19, N° 1 de la Constitución). 3) La defensa de FONOSA y el MINSAL estriba, por lo general, en tres razones: legalmente no están habilitados a financiar el tratamiento, carecen de presupuesto, y no existe evidencia científica sobre la eficacia curativa del tratamiento. 4) Por último, la Corte Suprema acoge el recurso argumentando que el derecho a la vida es un absoluto que prima sobre consideraciones presupuestarias.

¹² Para obtener las sentencias se buscaron las palabras “Ministerio de Salud”, “Servicio de Salud” y “Hospital”, en el buscador de causas de la Corte Suprema (<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>).



JUICIOS SOBRE TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO

A continuación, presentamos una tabla que da cuenta de las causas falladas durante los años 2017, 2018 y 2019 por la tercera sala de la Corte Suprema. En ésta se detalla, el rol, resultado del recurso (favorable o adverso), fecha de la sentencia, tratamiento a financiar, la patología y el costo anual promedio del medicamento en dólares¹³.

Tabla 1. Detalle juicios financiamiento de tratamientos de alto costo período 2017-2018.

¹³ La obtención del valor de los medicamentos se obtuvo por la búsqueda en Google del medicamento bajo el nombre comercial: *Vinzimin* (<https://www.empr.com/vimizim/drug/23280/>). *Soliris* (<https://www.acsh.org/news/2017/05/27/why-soliris-most-expensive-drug-us-11333>). *Spinraza* (<https://www.reuters.com/article/us-biogen-britain-spinraza/biogens-pricey-muscle-drug-spinraza-too-costly-for-britain-idUSKBN1KY2DH>). *Brinaeura* (<https://www.raredr.com/news/fda-approves-batten-disease-drug>).



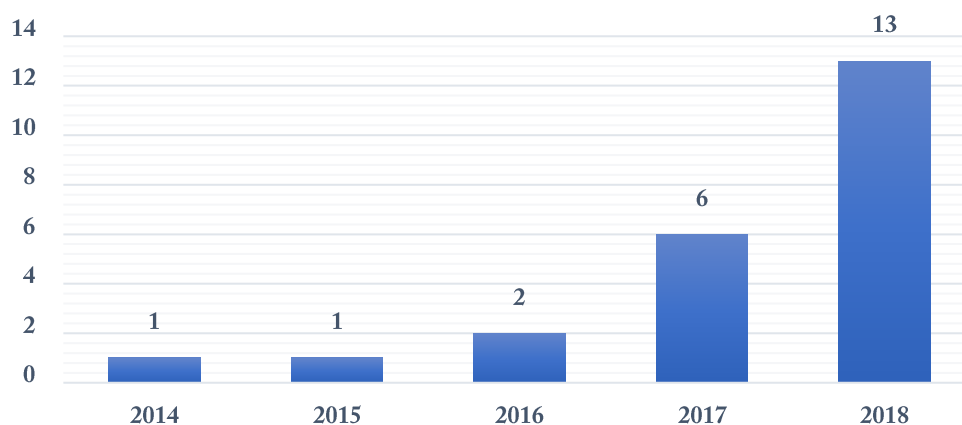
Nº	ROL	RESULTADO Y FECHA SENTENCIA	TRATAMIENTO / EFERMEDAD	VALOR (US/Año)
1	34.540 - 2017	Acoge (27 de julio de 2017)	<i>Vimizim</i> / Enfermedad de Morquio.	US \$380.000 por año
2	34.601 - 2017	Acoge (27 de julio de 2017)	<i>Vimizim</i> / Enfermedad de Morquio.	US \$380.000 por año
3	38.590 - 2017	Acoge (20 de septiembre de 2017)	<i>Soliris</i> / Hemoglobinuria paroxística nocturna.	US \$500.000 por año
4	43.250 - 2017	Acoge (29 de diciembre de 2017)	<i>Soliris</i> / Síndrome hemolítico urémico.	US \$500.000 por año
5	45.080 - 2017	Acoge (16 de abril de 2018)	<i>Soliris</i> / Síndrome hemolítico urémico.	US \$500.000 por año
6	45.300 - 2017	Acoge (16 de abril de 2018)	<i>Soliris</i> / Síndrome hemolítico urémico.	US \$500.000 por año
7	27 - 2018	Rechaza (19 de abril de 2018)	<i>Vimizim</i> / Enfermedad de Morquio.	US \$380.000 por año
8	25 - 2018	Rechaza (19 de abril de 2018)	<i>Vimizim</i> / Enfermedad de Morquio.	US \$380.000 por año
9	2.494 - 2018	Acoge (27 de febrero de 2018)	<i>Spinraza</i> / Atrofia muscular tipo I.	US \$750.000 por año
10	8.523 - 2018	Acoge (19 de junio 2018)	<i>Soliris</i> / Síndrome hemolítico urémico.	US \$750.000 por año
11	16.867 - 2018	Acoge (8 de agosto de 2018)	<i>Soliris</i> / Insuficiencia renal crónica.	US \$500.000 por año
12	17.043 - 2018	Acoge (6 de noviembre de 2018)	<i>Spinraza</i> / Atrofia muscular tipo I	US \$750.000 por año
13	22.960 - 2018	Acoge (28 de noviembre de 2018)	<i>Spinraza</i> / Atrofia muscular tipo II.	US \$750.000 por año
14	20.672-2018	Rechaza (27 de diciembre de 2018)	<i>Enzalutamida</i> / <i>Cáncer de próstata.</i>	US \$129.000 por año
15	25.009-2018	Acoge (2 de enero de 2019)	<i>Spinraza</i> / Atrofia muscular tipo II.	US \$750.000 por año
16 ¹⁴	25.161-2018	Acoge (4 de febrero de 2018)	<i>Brinaeura</i> / Lipofuscinosis Neuronal	US \$486.000 por año

¹⁴ Bajo este número, realmente hay cuatro causas, las que fueron acumuladas en una sola, porque los recurrentes solicitaban el mismo medicamento y por las mismas razones. Las causas respectivas son: rol nº 28.752-2018, rol nº 28.752-2018, rol nº 30.539-2018, rol nº 30.540-2018.



El primer aspecto a considerar es la evolución en la cantidad de ingresos de nuevos casos en los últimos cinco años. Las cifras son claras en mostrar un aumento en la interposición de nuevos recursos de protección. Es posible que el progresivo conocimiento, por parte de la población, sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, favorable a conceder el tratamiento, esté incentivando a los ciudadanos a obtener el financiamiento médico por la vía judicial, que sin lugar a dudas es más expedito y fácil de obtener, que por la exigente vía administrativa que regula la Ley Ricarte Soto. Ahora bien, con cifras tan pequeñas es difícil hacer predicciones, sin embargo, es innegable la fuerte alza que ocurre entre los años 2017-2018 (gráfico N° 2).

Gráfico N° 2: Evolución ingresos 2014-2018

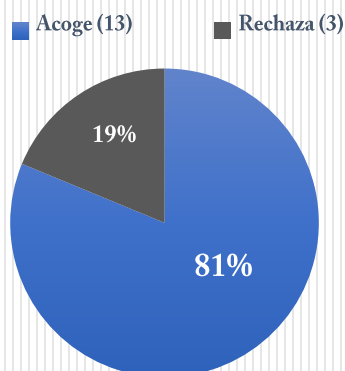


Desde la perspectiva de los resultados, hasta ahora los números muestran una alta probabilidad de ganar. En efecto, si analizamos las sentencias dictadas durante los años 2017, 2018 y 2019 en el 81% de los casos ganó el solicitante del tratamiento (gráfico N° 3). Si bien el número de casos es reducido, la Corte Suprema ha desarrollado una jurisprudencia bastante definida: si el derecho a la vida está en peligro, entonces se concede el tratamiento de alto costo. Incluso desde la perspectiva de la evidencia científica sobre la efectividad del medicamento, a la Corte Suprema le basta con la prescripción del médico tratante que consta en la receta médica¹⁵.

¹⁵ Corte Suprema, rol n° 16.867 – 2018, 8 de agosto de 2018: “Que de lo antes razonado es posible concluir que la negativa de la recurrida, es arbitraria porque con dicha decisión ha puesto en riesgo la vida de la menor, pues el medicamento ha sido prescrito como necesario para asegurar la vida de la menor, derecho que como se ha señalado, en forma precedente, protege un bien jurídico superior y que tiene preeminencia por sobre cualquier otro derecho o bien jurídico protegido”.



Gráfico N° 3: Resultados 2017-2019



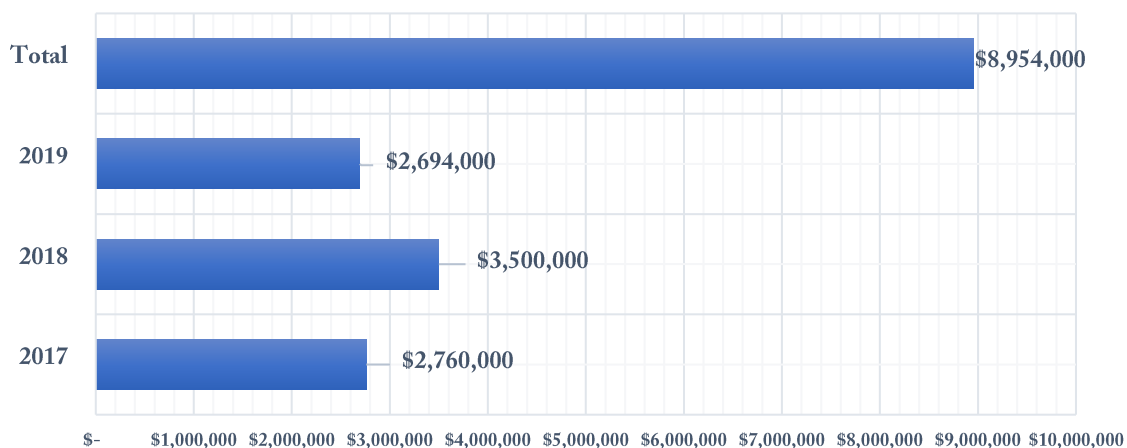
Por último, en aproximadamente un año y medio, la Corte Suprema ordeno financiar los siguientes medicamentos, y cuyos valores anuales son: 1) *Vimizim*, \$US 380.000 por año (2 veces). 2) *Soliris*, \$US 500.000 por año (6 veces). 3) *Spinraza*, \$US 750.000 por año (4 veces). 4) *Brinaeura*, \$US 486.000 por año (4 veces). Ahora bien, conocer con precisión el impacto fiscal de dichas sentencias resulta complejo de determinar. En efecto, en las sentencias no se establece el tiempo que dura el tratamiento y la intensidad del mismo (por ejemplo, número de dosis).

Sin embargo, lo anterior no obsta realizar una estimación del valor de dichas sentencias. Para ello hemos tomado el valor anual promedio del tratamiento y proyectado su valor en el año en que se condenó al Estado a financiarlo. De lo anterior, resulta que durante el año 2017 los fallos en cuestión significaron un gasto anual estimado de \$US 2.760.000. Mientras que, el año 2018 la cifra aumentó 1,2 veces, llegando a un total de \$US 3.500.000. Lo más preocupante, que sólo en enero de 2019 las cifras casi igualan al total de los montos del 2017. Por tanto, a la fecha las 13 sentencias de la Corte Suprema han significado, al menos, un gasto fiscal estimado en \$US 8.954.000 (gráfico N°4), lo cual traducido en pesos chilenos asciende a la suma de 6.097.674.000 de pesos¹⁶. Un análisis de las consecuencias de este monto la haremos en el apartado “Impacto financiero y problemas éticos”.

¹⁶ Se tomo como referencia el promedio del valor del dólar de diciembre de 2018: 681 pesos chilenos. Obtenido en: http://www.sii.cl/valores_y_fechas/dolar/dolar2018.htm.



Gráfico N° 4: Costo anual 2017, 2018 y 2019 (US dólares)



JURISPRUDENCIA, POSTURA MAYORITARIA Y VOTO DISIDENTE

Para comprender la posición de la Corte Suprema es necesario hacer una distinción: primero, respecto a los ministros y abogados integrantes que han prestado su voto favorable, y luego una mirada en específico a los ministros y abogados integrantes que han votado en contra de los recursos de protección. De los actuales 20 ministros que conforman la Corte Suprema, al menos 11 de ellos y 7 abogados integrantes han prestado, en alguna oportunidad, **su voto favorable** para condenar al Estado a financiar un tratamiento de alto costo (gráfico N° 5). A continuación, citamos un extracto de una de las sentencias, que representa muy bien el núcleo de la postura que la Corte Suprema ha definido en los dos últimos años:

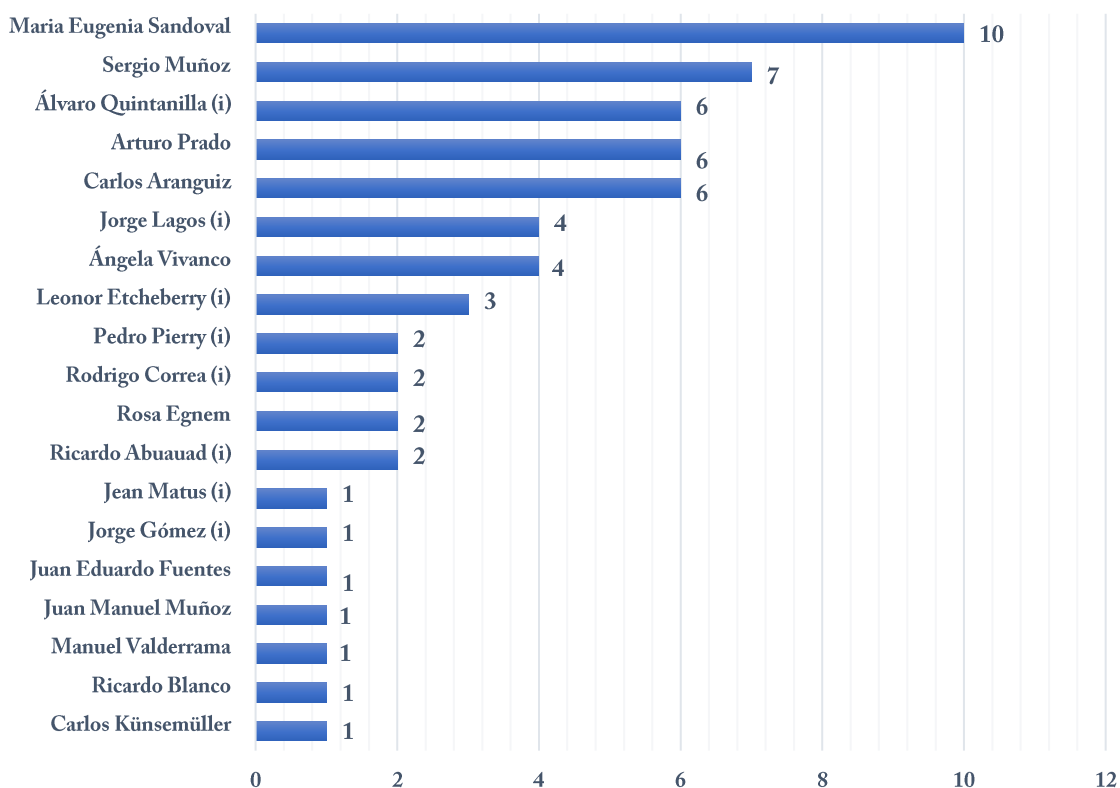
El único elemento que impide proporcionar este medicamento, como lo indicó la autoridad en su informe, son de carácter económico y presupuestario (...) Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a 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.¹⁷

¹⁷ Corte Suprema, rol N° 25.009 – 2018, sentencia dictada el 2 de enero de 2019.



La jurisprudencia en cuestión no hace mayores matices o consideraciones: el derecho a la vida es un absoluto para el Estado, donde las consideraciones presupuestarias son irrelevantes¹⁸. En las tres causas rechazadas, dos de ellas fue, porque el recurso se presentó fuera de plazo. Como veremos más adelante los razonamientos de la Corte presenta serios problemas éticos, que en ningún momento los ministros abordan en las 13 sentencias en que concedieron los medicamentos de alto costo.

Gráfico N° 5: Votos favorables de ministros y abogados integrantes (i)



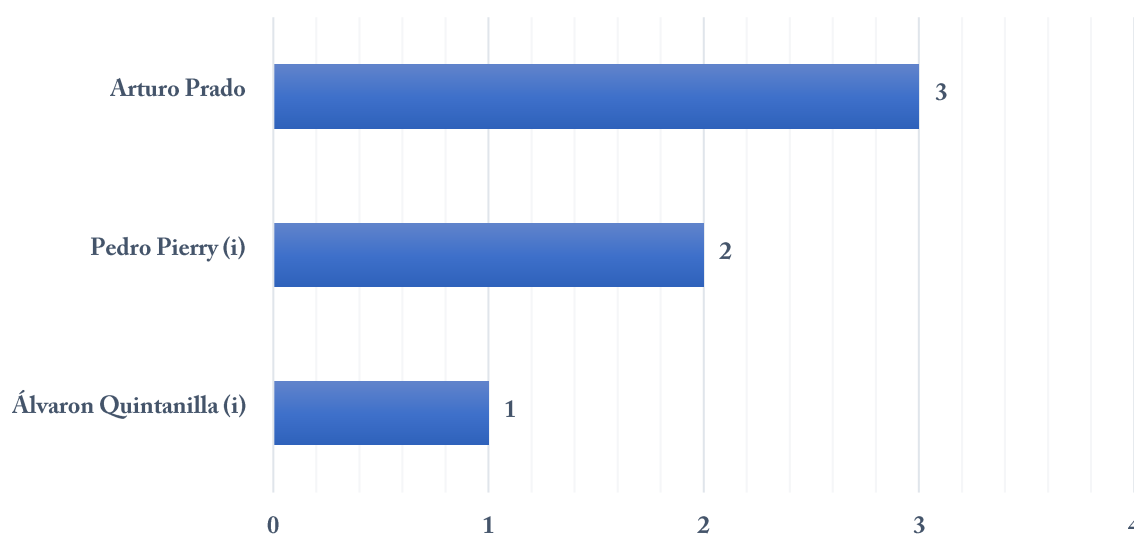
Respecto a la **postura disidente**, ésta comenzó en noviembre de 2018, bajo el liderazgo del ministro Arturo Prado. Si bien, la postura de Prado es única dentro de los ministros titulares de la tercera sala, su postura encuentra apoyo en abogados integrantes, tales como Pedro Pierry y Álvaro Quintanilla (gráfico N° 6). Por ejemplo, en la causa 20.672-2018, los tres conformaron mayoría y rechazaron un recurso de protección que solicitaba el financiamiento del medicamento *Enzalutamida*. A continuación, citamos la postura disidente de Prado, porque a nuestro juicio es la jurídicamente correcta. Su argumento central es:

¹⁸ En las causas 25-2018 y 27-2018, donde los recursos fueron rechazados, la razón fue que ingresaron fuera del plazo, es decir, por razones formales.



“de modo 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 mecanismo.”¹⁹

Gráfico N° 6: Votos en contra ministros y abogados integrantes (i)



Impacto financiero, dificultades éticas y políticas

A continuación, y en base a la información que hemos analizado más arriba, evaluaremos críticamente la jurisprudencia de la Corte Suprema bajo una doble perspectiva: primero, desde el impacto financiero que implica para la Ley Ricarte Soto, y luego desde las consecuencias éticas y políticas que significan dichas sentencias.

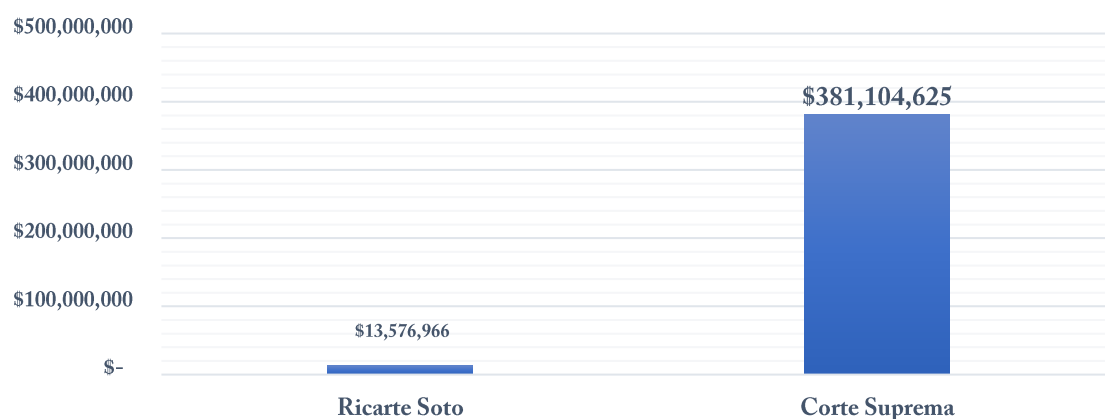
IMPACTO FINANCIERO

¹⁹ Corte Suprema, 20672-2018, 27 de diciembre de 2018. Prevención del ministro Arturo Prado.



Si analizamos el impacto financiero desde una perspectiva “costo en relación a personas beneficiadas”, obtenemos que las sentencias significan un potencial peligro, muy severo, para la estabilidad financiera del Fondo. Como anotamos, durante el período junio de 2017 a diciembre de 2018 el Fondo gastó 92.310 millones de pesos, destinados a beneficiar a 6.799 pacientes²⁰, lo cual significa un gasto promedio de 13.576.966 de pesos por paciente. Si realizamos el mismo cálculo para las sentencias obtenemos que, por igual período, se gastaron 6.097 millones de pesos destinados a 16 personas, lo cual da un gasto promedio de 381.104.625 millones de pesos por paciente (gráfico N° 7). En consecuencia, vía sentencia judicial se destinó un valor 28 veces mayor por paciente, que un beneficiario promedio de la Ley Ricarte Soto.

Gráfico N° 7: Gasto per cápita Ricarte Soto vs Corte Suprema



Un dato relevante para comprender estas cifras es que precisamente el remedio *Soliris*, el cual la Corte Suprema ordenó financiar *6 veces*, fue rechazado el año 2017 por la Subsecretaría de Salud Pública en el proceso de evaluación científica, porque su valor superaba las posibilidades financieras del Fondo²¹.

Lo anterior, muestra lo peligroso de la judicialización, porque incentiva a recurrir a aquellos pacientes cuyos tratamientos son rechazados por la vía administrativa, debido a su exorbitante costo. Lo anterior, produce que la Corte ordene financiar precisamente aquellos medicamentos que ponen en peligro la estabilidad de la Ley Ricarte Soto. La comparativa realizada muestra con claridad lo anterior: durante el mismo período los fallos

²⁰ El número de beneficiarios de la Ley Ricarte Soto, consta en una presentación del MINSAL de 13 de octubre de 2017, titulada *Experiencia chilena en el abordaje de la judicialización del acceso a medicamentos*. Obtenida en:

http://instituciones.msp.gob.ec/images/Documentos/Foro_Judicializacion_de_la_Salud/Ponencia_Eduardo_Alvarez.pdf

²¹ Resoluciones exentas 1.062, 1276, 1535, de 2017 de Subsecretaría de Salud Pública



de la Corte Suprema implicaron un financiamiento 29 veces mayor, que el paciente promedio de la Ley Ricarte Soto.

En síntesis, 1) el aumento en la interposición de nuevos recursos de protección; 2) un jurisprudencia definida y apoyada por, al menos la mitad de los ministros de la Corte Suprema; y 3) sentencias con un impacto financiero que, en términos relativos, es altamente peligroso para la viabilidad del Fondo, son elementos que en su conjunto evidencian lo potencialmente dañina que puede ser la judicialización de tratamientos de alto costo para las políticas públicas de salud.

PROBLEMAS ÉTICOS Y POLÍTICOS

En un trabajo de esta naturaleza es imposible abordar todas las aristas éticas, consecuencias políticas e implicancias constitucionales²², que surgen de las sentencias analizadas. En efecto, el caso es delicado y complejo, porque está en riesgo el derecho a la vida. Incluso podríamos decir, que dichos casos revisten el carácter de una aporía moral, en efecto, sea cual sea la decisión, aquella tendrá consecuencias indeseadas moralmente. En virtud de lo anterior, nace para los jueces la exigencia de una rigurosa argumentación que pondere los valores en juegos y fundamente las consecuencias derivadas de la decisión judicial.

Sin embargo, las sentencias de la Corte Suprema en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo, carecen del estándar de argumentación que exige el caso. En efecto, para los ministros adherentes a la jurisprudencia mayoritaria, basta con expresar que el derecho a la vida es un absoluto que se impone ante cualquier consideración de índole presupuestaria. Esta superficial contraposición soslaya los reales conflictos éticos y políticos que están entrañados, y que todo juez debiese afrontarlos en su sentencia, así la ciudadanía podrá evaluar la legitimidad de la decisión. A continuación, presentamos tres aristas problemáticas que están implícitas en la jurisprudencia aludida: arista institucional, arista de equidad, y arista de incentivos perversos.

1. La arista institucional, dice relación con el respeto de la Corte Suprema a los acuerdos democráticos. Al ser los recursos sociales limitados surgen difíciles problemas de justicia distributiva, sobre en todo en políticas de salud que los bienes a cuidar son la vida y salud de los ciudadanos. Es claro que en una sociedad democrática la decisión de cuáles son los principios y la reglas que deben guiar dicha distribución, tienen que acordarse en el Congreso, porque en él se ponderan -moral y técnicamente- las distintas visiones, intereses y necesidades de una sociedad. En consecuencia, cuando el Poder Judicial atenta contra los acuerdos ciudadanos de manera reiterada, ello distorsiona la división de poderes, con lo cual, muchas veces, se fuerza

²² Respecto a la discusión constitucional existen al menos dos problemas: el primero, dice respecto a si la protección al derecho a la vida es de carácter positivo o negativo, o ambos. El segundo problema, dice relación con la conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en la protección constitucional. Para tener una visión sobre estos problemas ver el artículo de Alejandra Zúñiga sobre *El derecho a la vida y el derecho a la protección la salud en la constitución: una relación necesaria*, en la Revista de estudios constitucionales. 2011. Pp. 37-64.



al poder ejecutivo y al legislativo a modificar las políticas que han sido acordada por todos. Por tanto, la pregunta es: si todos hemos acordado que la decisión más justa es la Ley Ricarte Soto, entonces ¿bajo qué principios la Corte decide no respetar lo que todos, con esfuerzo, hemos acordado como justo?²³

2. Con la arista de la equidad, aludimos a uno de los principales problemas en la judicialización de la salud: la casuística, es decir, que al momento de fallar los jueces no consideran los impactos adversos que sus sentencias, en globalidad, provocan en el sistema público de salud, lo cual lesiona el derecho a la vida y la salud de terceros. Esto es una consecuencia de no respetar las leyes sanitarias y las políticas públicas de salud. En efecto, las soluciones legislativas y los diseños técnicos son un complejo entramado que intenta equilibrar los diferentes intereses y derechos en tensión.

Por tanto, cuando los jueces no acatan dichas soluciones en pos de “hacer justicia”, terminan cometiendo mayores inequidades. Este fenómeno ha sido ampliamente estudiado, por ejemplo, en el informe *Protección social en América Latina: la desigualdad en el banquillo* de la CEPAL, señala que la judicialización de la salud ha mostrado que: “las soluciones colectivas o estructurales, que trascienden los casos concretos, ofrecen un potencial mayor respecto a la hora de proteger el derecho a la salud”²⁴. Mientras que “una práctica de judicialización que, a su vez, puede entrañar altos costos, tener en ocasiones un sustento técnico cuestionable y no ser equitativa”²⁵.

En el caso concreto de la Ley Ricarte Soto, a la fecha existe un total de 638 solicitudes para incluir nuevos tratamientos al sistema de protección financiera que están a la espera de ser evaluados²⁶. No parece equitativo que, por la vía judicial, se salte los requisitos legales, y se favorezca a unos pocos, en desmedro de aquellos ciudadanos que sí respetaron los acuerdos democráticos, y se sometieron al proceso administrativo que contempla la Ley 20.850, el que presenta altos estándares de exigencia -científica, económica y ética-.

3. Por último, y relacionado con el punto anterior, existe numerosa evidencia sobre los incentivos negativos que genera la judicialización de tratamientos de alto costo. Por ejemplo, hay evidencia²⁷ que indican como a raíz de fallos judiciales compañías farmacéuticas presionan a los médicos a prescribir medicamentos caros²⁸.

²³ Pensamos que la situación sería distinta si no existiera una ley que regulase el problema, en efecto a falta de acuerdo la Corte Suprema tendría que llenar el vacío.

²⁴SOJO, ANA: *Protección social en América Latina: la desigualdad en el banquillo*. P. 193. Obtenido en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41105/6/S1600819_es.pdf

²⁵ Ibid. P. 193.

²⁶<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/03/LISTADO-DE-SOLICITUDES-DE-INCORPORACION-DE-DIAGNOSTICOS-Y-TRATAMIENTOS-LEY-RICARTE-SOTO.pdf>

²⁷ Yamin, A. E. (2011), “Powe, suffering and courts: reflections on promoting health rights through judicialization”, *Litigation Health Rights. ¿Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press.

²⁸ Ibid. P. 195.



Ligado a lo anterior y como informa el estudio de la CEPAL: “Tras una comparación internacional realizada hace algunos años, se llegó a la inquietante conclusión de que la mayoría de los medicamentos obtenidos mediante litigación en el Brasil, Costa Rica y Colombia parecían tener una baja eficacia en función de los costos y, en ocasiones externadamente baja”²⁹.

Conclusiones

A lo largo del presente informe hemos analizado los mecanismos legales y financieros que contempla la Ley Ricarte Soto para financiar tratamientos médicos de alto costo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema, que hemos estudiado, se alza como un potencial peligro para el correcto funcionamiento de la Ley 20.850. En efecto: 1) Un incipiente, pero abrupto aumento en la interposición de recursos de protección contra FONASA y el MINSAL. 2) Un impacto financiero, en términos relativos, relevante. 3) Una jurisprudencia definida y compartida por, al menos, la mitad de los ministros de la Corte Suprema, la cual es contraria a los mecanismos y fines de la ley Ricarte Soto, son signos que conjugados alertan sobre los riesgos de la judicialización de la salud: en el caso poner en jaque la Ley Ricarte Soto.

Si bien, el drama de decidir sobre el financiamiento de un medicamento del cual depende la vida de un ser humano es una aporía moral, es imperante que los jueces eleven el estándar argumentativo de sus sentencias y consideren las profundas implicancias políticas y éticas que hemos denunciado.

²⁹ Ibid. P. 195.