

Informe N° 26

Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0

— *Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019*



Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0

- El 2019 ingresaron 87 recursos de protección por tratamientos de alto costo.
- La Corte Suprema acogió el 85% de los recursos.
- El costo financiero de las sentencias para el Fisco fue de US\$19.830.216.

Introducción

La judicialización de tratamientos de alto costo adquirió relevancia pública cuando la Corte Suprema ordenó al Estado a financiar uno de los medicamentos más caros del mundo, a saber, el *Spinraza* cuyo valor ascendía a US\$ 750.000 anuales. Rápidamente se cuestionó la intromisión de la Corte Suprema en materias de política pública de salud, y en especial el desconocimiento de la Ley Ricarte Soto, que regula el financiamiento de enfermedades costosas. En ese entonces, el presidente de la tercera sala, Sergio Muñoz, protegió la postura del tribunal mediante una simplificación del problema: la vida está sobre las finanzas públicas¹.

Frente a la inédita jurisprudencia de la Corte Suprema, a inicios de 2019, publicamos el informe *Corte Suprema versus Ricarte Soto*, donde se analizó los alcances éticos y financieros de la judicialización de tratamientos de alto costo vía recurso de protección. Una de las principales conclusiones fue que si bien la judicialización en salud era un fenómeno incipiente –entre 2014 y 2018 se interpusieron sólo 23 recursos de protección–, era posible anticipar una expansión producto de una jurisprudencia consolidada entre la gran mayoría de los ministros de la Corte Suprema.

El presente informe confirma dicha predicción: **durante el año 2019 el número de recursos de protección que solicitaron financiar tratamientos de alto costo aumentó en 6.6 veces respecto al año 2018**. De esta forma, el aumento de causas y sentencias ocurrido durante el año 2019 permite realizar un enfoque más cuantitativo sobre el fenómeno, a diferencia de nuestro informe anterior que era más bien cualitativo. Por tanto, en este trabajo mostraremos los datos asociados a la judicialización de la salud durante el año 2019, desde las siguientes perspectivas: **1)** Ingresos y resultados de los recursos de protección en las cortes de apelaciones y la Corte Suprema. **2)** Votaciones de los ministros en la Corte Suprema, y posturas jurisprudenciales. **3)** Estimación del impacto financiero anual de las sentencias que ordenan al Fisco a costear los tratamientos.

Ingresos y resultados de los recursos de protección sobre medicamentos, año 2019²

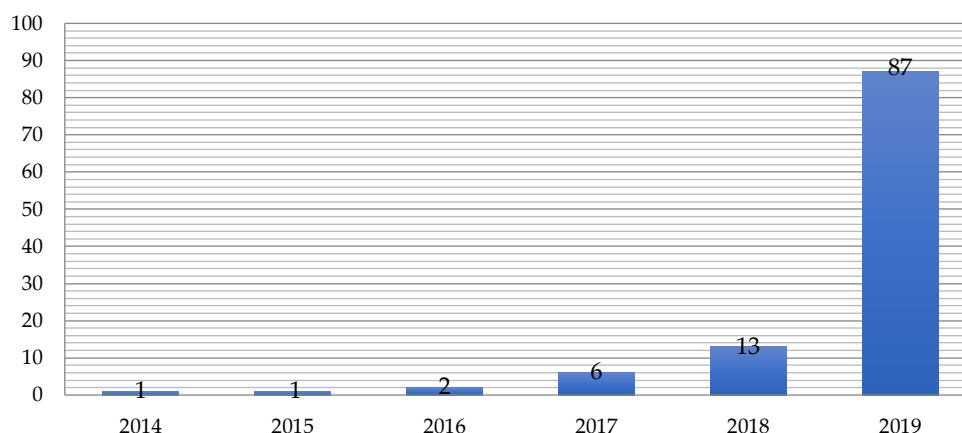
¹ En entrevista publicada el 17 de diciembre de 2018, en El Mercurio, el ministro Muñoz afirmó que: “Si no que deroguen el derecho a la vida, y pongan que lo más importante son las finanzas públicas”.

² Para el procesamiento de datos y elaboración de gráficos se utilizó la información de los recursos de protección sobre tratamientos de alto costo, los cuales fueron obtenidos en el portal de búsqueda de causas del Poder Judicial (<https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>). A su vez los recursos se obtuvieron mediante la búsqueda por los siguientes palabras y frases: “Ministerio de Salud”, “Fonasa”, “Fondo Nacional de Salud”, “Servicio de Salud” y “Hospital”. A su vez, el presente informe no se considera los recursos de protección interpuestos contra ISAPRES para el financiamiento de medicamentos o tratamientos.



El primer dato importante es el abrupto aumento en los ingresos de recursos de protección que requieren financiar tratamientos de alto costo. En efecto, **durante el año 2019 se interpusieron un total de 87 recursos**. El cambio es significativo si consideramos que durante el período 2014-2018 ingresaron sólo un total de 23 recursos (ver gráfico n°1). Otro dato relevante es la expansión en el tipo de tratamientos solicitados. Si durante los años 2017 y 2018, los principales medicamentos requeridos fueron tres (*Soliris*, *Spinraza* y *Vinzimin*), **en cambio el 2019 el universo aumentó a 37 tipos de tratamientos diferentes**.

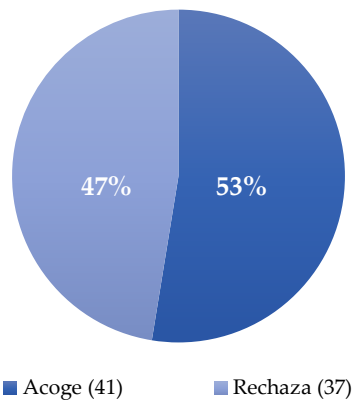
Gráfico n°1: evolución de ingresos de los RP por tratamientos de alto costo, período 2014-2019



Ahora bien, en cuanto al resultado de los RP es necesario distinguir entre las cortes de apelaciones y la Corte Suprema (“CS”). Durante el año 2019 las cortes de apelaciones del país fallaron un total de 78 recursos de protección relativos a tratamiento de alto costo. En términos generales se observa que el 53% de los RP fueron acogidos, mientras que el 47% restante fue rechazado (ver gráfico n°2). Lo interesante de estos resultados es que la jurisprudencia del Máximo Tribunal no ha calado en todos las cortes de apelaciones de igual manera, como veremos la Corte de Apelaciones de Santiago ha sido contraria a conceder el financiamiento.

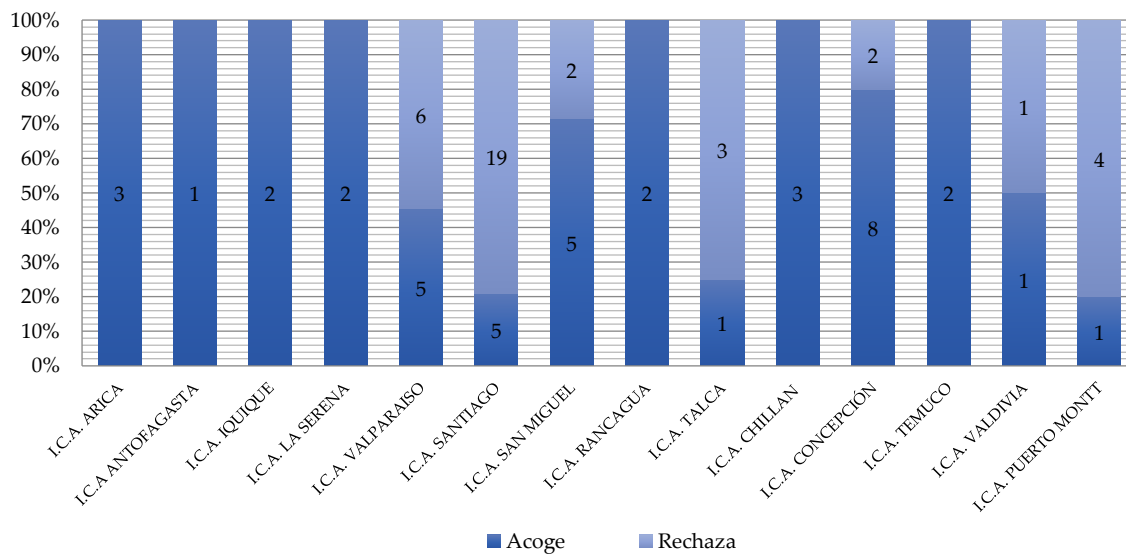


Gráfico n°2: resultados generales de los RP en cortes de apelaciones (2019)



Para un análisis más preciso de lo anterior desagregamos los resultados según las distintas cortes de apelaciones del país (ver gráfico n°3). Por ejemplo, la I.C.A. de Santiago rechazó el 80% de los RP, mientras que en la I.C.A. de Concepción se acogieron el 80% de los casos. En principio, las cortes de apelaciones de regiones serían más propensas a acoger los recursos para costear medicamentos de alto costo, a excepción de las cortes de Talca y Puerto Montt. Sin embargo, las cifras aún son bajas para ver alguna tendencia en regiones.

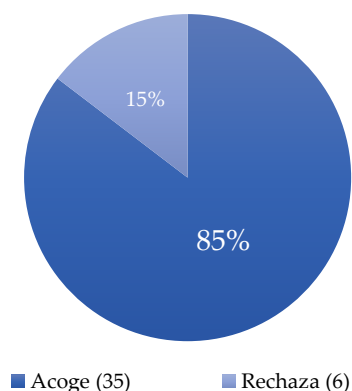
Gráfico n°3: número de RP acogidos/rechazados por corte de apelaciones (2019)





Durante el año 2019 la tercera sala de la Corte Suprema falló un total de 41 recursos de apelación sobre tratamientos de alto costo³. En cuanto a los resultados en el 85% de las veces la CS ordenó al Estado a financiar el tratamiento o medicamento requerido. Por tanto, si quien solicitó el medicamento obtuvo un fallo favorable en la corte de apelación es altamente probable que la Corte Suprema confirme la decisión.

Gráfico n° 4: resultados de los RP en la Corte Suprema (2019)



Votaciones y jurisprudencia de los recursos de protección sobre medicamentos, año 2019

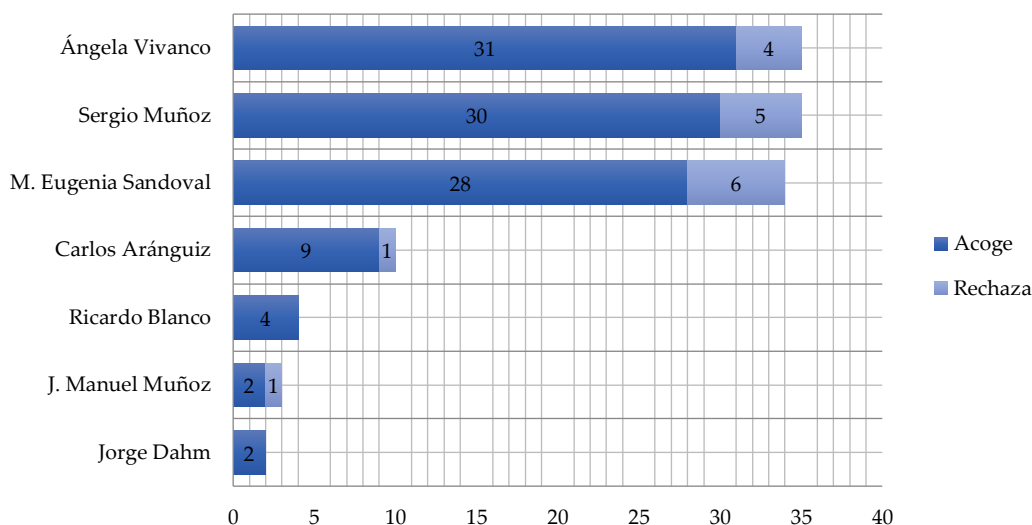
Analizados los ingresos y resultados de los RP, pasamos a mostrar la votación de los ministros de la Corte Suprema. Como muestra el gráfico n°5 los ministros que componen la tercera sala han dado su voto favorable en casi la gran mayoría de las veces para que el Estado financie el tratamiento de alto costo: Carlos Aránguiz un 90%⁴, Ángela Vivanco un 89%, Sergio Muñoz un 86%, y M. Eugenia Sandoval un 82%. Si bien, en la gran mayoría de los casos los ministros de la tercera sala han dado su voto para que el Estado financie el tratamiento, en algunas ocasiones han rechazado el RP, esta situación la veremos más en detalle al estudiar la jurisprudencia.

³ De las 78 sentencias dictadas por las cortes de apelaciones, 56 de éstas fueron apeladas ante la CS. La CS confirmó la decisión de la respectiva I.C.A. el 80% de las veces.

⁴ La diferencia de votación del ministro Aránguiz se debe a que por problemas de salud no ha podido integrar como sus otros pares.

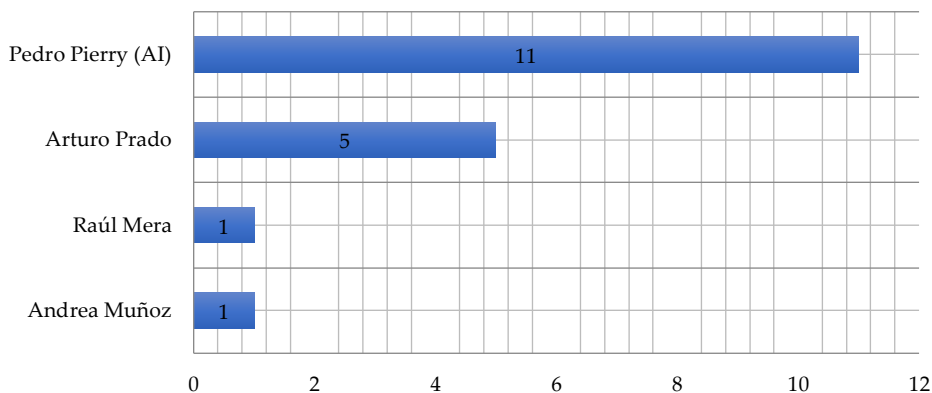


Gráfico n°5: votaciones de mayoría en los RP (2019)



Si bien, la tendencia y postura mayoritaria es ordenar el financiamiento de tratamientos de alto costo, existen votos disidentes en cuanto a desestimar los recursos de protección. En ese sentido, destaca el ministro Arturo Prado –quien abandonó la tercera sala en abril de 2019–. Sin embargo, el mayor disidente ha sido el abogado integrante Pedro Pierry. También se sumó a la disidencia con un voto la ministra Andrea Muñoz (ver gráfico n°6).

Gráfico n°6: votaciones en contra de acoger los RP (2019)



A continuación, señalamos los elementos jurisprudenciales más relevantes, separando por voto de mayoría que acoge, voto de mayoría que rechaza, y votos en contra.



A) Voto de mayoría por acoger: en términos generales la Corte Suprema ha mantenido su postura inicial, en cuanto que el derecho a la vida tiene un rango constitucional superior a las finanzas públicas. Ahora bien, un aspecto a destacar es el considerando tipo, en el cual la tercera sala argumenta que su decisión no interfiere ni define políticas públicas sanitarias.

“Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos(...)

“Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal. Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas. En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie” (Corte Suprema, rol n° 8319 – 2019).

B) Voto mayoría por rechazar: Si bien, la mayoría de las veces la CS acoge los RP, en ciertas oportunidades ha rechazado la solicitud de financiamiento del tratamiento. Los argumentos dados para rechazar han sido principalmente dos: el primero, es que el remedio no cuenta con respaldo clínico sobre su efectividad curativa. El segundo es que en los hechos no está en peligro la vida del recurrente. Este argumento presenta relevancia, porque significa un cierto matiz en la jurisprudencia de la CS, ya que pone un límite a recurrir⁵. En ese sentido, transcribimos la interesante prevención de la ministra Ángela Vivanco.

“Que, informando, la recurrida Ministerio de Salud, en lo pertinente, señala que la Ley N° 20.850 no garantiza el tratamiento para la patología que aqueja al menor de autos, refiere que, al no contar con un efecto clínico relevante en el proceso de evaluación científica, no se continuó con la evaluación en otras etapas para el medicamento referido, lo que da cuenta que la decisión adoptada de no dar financiamiento desde los instrumentos de cobertura en salud se encuentra plenamente justificada y es aplicada por igual respecto de la totalidad de los pacientes del sistema sin distinción” (Corte Suprema, rol n° 25147 – 2019).

“Asimismo, conforme da cuenta lo informado por el médico Ricardo Erazo Torricelli, el niño en favor de quien se recurre se encuentra clínicamente bien y sin signo de progresión de la enfermedad, lo que permite concluir en primer término que el tratamiento que actualmente recibe es eficaz -por ahora- en detener el avance de la enfermedad y en segundo lugar que actualmente su vida no se encuentra en riesgo vital, desvirtuando en consecuencia la vulneración de su derecho a la vida (...) Prevención ministra Ángela

⁵ Para ver esta jurisprudencia se puede consultar la sentencia rol n° 25.161-2018 de la Corte Suprema.



Vivanco: La sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar su cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas en salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas...” (Corte Suprema, rol n° 29215 – 2019).

C) Votos en contra de financiar el medicamento o tratamiento: como señalamos los mayores contradictores de la jurisprudencia mayoritaria por acoger los RP han sido el ministro Arturo Prado, y el abogado integrante Pedro Pierry. En síntesis, sus votos apuntan, por una parte, a que ya existe una normativa que regula el financiamiento de tratamientos de alto costo, y por otro lado que dichas sentencias implican interferir en políticas públicas de salud.

“El fármaco de autos no se encuentra contemplado dentro de los medicamentos que consulta el sistema público de salud. De esta forma el acogimiento del presente recurso supondría preterir las prioridades establecidas y evaluadas por la autoridad respectiva, encargada por ley de su elaboración y de racionalizar su distribución, conforme a un presupuesto previamente establecido. Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en materia de asistencia no pueden pasar por encima de las políticas e instrumentos preestablecidas sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la salud y el cuidado de muchas otras personas, que, probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos sanitarios que se pretende incorporar a través del presente mecanismo” (Voto en contra Arturo Prado, Corte Suprema rol n° 9162 – 2019).

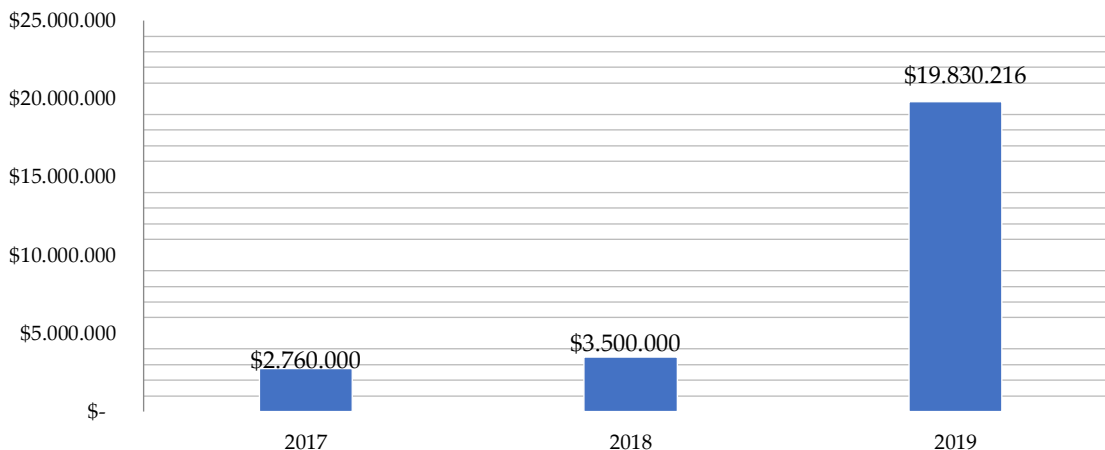
“Que, como primera cuestión, corresponde poner de relieve la inexistencia de controversia en el proceso en torno a que el financiamiento del medicamento en cuestión no está amparado bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas, como pudiera ser algún tipo de seguro, el sistema de Garantías Explícitas de Salud, o la Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud instaurada por la Ley N°20.850, conocida como ley Ricarte Soto. En consecuencia, el Estado ha de responder al requerimiento que se plantea a favor del niño conforme a las normas generales de financiamiento de las prestaciones de salud y dentro de los programas existentes en el sistema público” (Voto en contra abogado integrante Pedro Pierry, Corte Suprema rol n° 19092 – 2019).

Impacto financiero



Durante el año 2019 los tribunales de justicia ordenaron financiar al Estado un total de 41 tratamientos de alto costo por una suma de US\$19.830.216⁶⁶. El aumento es prácticamente exponencial en comparación con los años 2017 y 2018. En efecto, el año 2018 las sentencias por medicamentos de alto costo representaron una suma de US\$ 3.500.000, por tanto, el 2019 dicho valor aumentó 5.7 veces (ver gráfico n°7).

Gráfico N° 7: evolución costo de sentencias en tratamientos de alto costo 2017-2019 (US dólares)



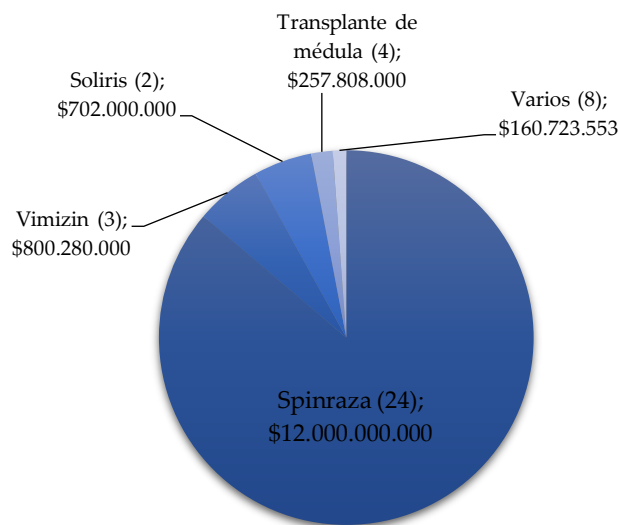
Ahora bien, al desglosar los montos según tipo de medicamentos, se aprecia que la mayor parte está representada por el financiamiento del *Spinraza*. En efecto, de las 41 sentencias firmes que ordenaron costear tratamientos de alto costo, 24 fueron por *Spinraza*, representando un monto total de \$12.000.000.000 de pesos chilenos⁷. Luego siguen 3 casos de *Vimizin* -\$800.280.000 pesos- y 2 casos de *Soliris* -\$702.000.000 pesos- (ver gráfico n°8).

⁶⁶ Para calcular el valor del tratamiento se utilizó los siguientes criterios: 1) El costo del tratamiento se señala en el recurso de protección, o algún escrito o documento aportado en el juicio. 2) Si el costo no figura en el expediente se utilizaron los siguientes criterios: A) Valor referencial anual del tratamiento, o insumo en alguna fuente nacional. 3) Valor referencial del tratamiento anual, o insumo en alguna fuente internacional. Para el valor de dólar se utilizó el valor promedio del 2019 según los datos del SII (obtenido en: http://www.sii.cl/valores_y_fechas/dolar/dolar2019.htm).

⁷ El *Spinraza* es mundialmente famoso por ser de los medicamentos más caros que existe y sirve para el tratamiento de la Síndrome de Atrofia Muscular Espinal (AME). Su primer año de tratamiento tiene un valor de US\$750.000. En un reportaje del The New York Times, publicado en mayo de 2019, dice lo siguiente sobre el *Spinraza*: “*Spinraza*, un medicamento aprobado en 2016 que también trata la atrofia muscular espinal, cuesta 750.000 dólares en el primer año de tratamiento y luego unos 375.000 dólares al año siguiente. Por lo tanto, el costo de una década de tratamiento con *Spinraza* es de más de 4 millones de dólares” (<https://www.nytimes.com/2019/05/24/health/zolgensma-gene-therapy-drug.html>).



Gráfico n°8: distribución de costos según tipo de medicamentos ordenados financiar por la CS, 2019 (pesos chilenos)



Para tener una noción de la magnitud financiera de la judicialización de los tratamientos de alto costo puede ser útil comparar el costo de dichos fallos con el financiamiento establecido por la Ley N° 20.850 -Ley Ricarte Soto- la cual creó y reguló un sistema de protección financiera precisamente para el diagnóstico y tratamientos de alto costo. Para lograr tal objetivo se creó el Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo⁸ (el “Fondo”), cuyo fin es financiar total o parcialmente los diagnósticos o tratamientos garantizados por la Ley 20.850. Durante el año 2019 el Fondo desembolsó un total de \$71.852.000.000 de pesos⁹ para costear los tratamientos y diagnósticos de alto costo de 8.127 beneficiarios¹⁰, lo cual da un monto promedio por beneficiario de \$8.841.146 pesos. Si realizamos el mismo cálculo con los beneficiarios de las sentencias de la Corte Suprema, obtenemos que \$13.920.811.553 pesos son para costear los medicamentos de 41 personas, lo cual da un monto promedio por beneficiario judicial de \$339.531.989 pesos (ver gráfico n°9). **En consecuencia, vía sentencia judicial se destinó un valor 38 veces mayor por recurrente, que un beneficiario promedio de la Ley Ricarte Soto.**

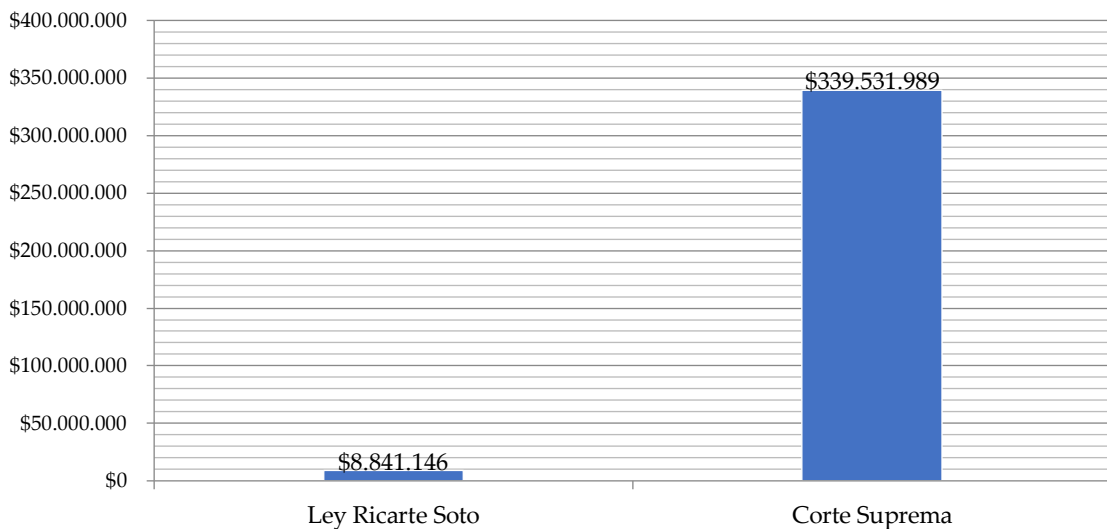
⁸ Para una exposición detallada de los mecanismos de la Ley Ricarte Soto y del Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo, se puede consultar nuestro informe *Corte Suprema versus Ricarte Soto. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo*.

⁹ Información obtenida de los reportes trimestrales publicados por la DIPRES (http://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-23627.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_24532).

¹⁰ Obtenido en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-article-19134.html>



Gráfico n°9: gasto per cápita Ley Ricarte Soto versus Corte Suprema, 2019 (pesos chilenos)



Conclusiones

El año 2019 representa un punto de inflexión para la judicialización de tratamientos de alto costo desde una doble perspectiva. En primer lugar, la cantidad de nuevos ingresos en relación a los años 2017 y 2018 reflejan que el incentivo creado por la Corte para preferir la vía judicial que aquella que dispuso el legislador está rindiendo efectos. Esto es especialmente cierto en el caso del *Spinraza*. En segundo lugar, una jurisprudencia de contornos bastante definidos y compartida por todos los miembros de la tercera sala de la Corte Suprema: si está en peligro la vida, entonces procede conceder el tratamiento.

Sin embargo, la Corte Suprema ha puesto, en principio, un coto a la expansión ilimitada de la judicialización de tratamiento de alto costo al exigir que la vida del recurrente deba necesariamente estar en peligro, es decir, de no recibir el tratamiento significaría la muerte de aquél. Por tanto, la solicitud de medicamentos que únicamente mejoren las condiciones de vida no sería procedente por recurso de protección. Otro aspecto relevante de los desarrollos jurisprudenciales ocurridos durante el 2019 es la mención explícita en las sentencias que el otorgamiento de los medicamentos no es una intromisión en las políticas públicas de salud. Sin embargo, esta declaración de intenciones por parte de la tercera sala, es una evidente falacia performativa, es decir, negar lo que realmente se está haciendo. El ejemplo, más evidente que muestra la intromisión en políticas públicas es la sistemática concesión del remedio *Spinraza*, toda vez dicho medicamento fue sometido a evaluación para ser financiado por la Ley Ricarte Soto y fue rechazado por las respectivas comisiones científicas¹¹. En ese sentido, la I.C.A de Santiago ha mostrado un enorme compromiso con la institucionalidad al rechazar

¹¹ Acta sesión especial para resolución de los recursos de impugnación y decisión final de la recomendación priorizada, 28 de noviembre de 2017 (obtenida en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/08/acta-final-comision-rec.pdf>).



en su gran mayoría los RP de medicamentos de alto costo, lo cual representa un doble valor, debido al difícil dilema humano que representa.

Por último, que en un solo año se hayan dictado 41 sentencia equivalentes a casi veinte millones de dólares reabre con fuerza el dilema de justicia distributiva, que la Corte Suprema ha evadido estos años. En efecto, que la vida está sobre las consideraciones económicas es una forma errada de plantear el problema. **Precisamente como la vida es un bien fundamental es necesario establecer políticamente los criterios más justos para distribuir los recursos en pos de salvar la vida y mejorar la salud de la mayor cantidad de los ciudadanos.** La actual pandemia ha dejado en evidencia el drama entre lo limitado de los recursos y la protección de la vida, sin embargo, a la fecha la tercera sala sigue ordenando, por ejemplo, el financiamiento de medicamentos como el *Brineura*, cuyo valor anual es de US\$486.000¹². Bajo las actuales condiciones la Corte Suprema no puede obviar la pregunta ¿es justo destinar tal monto en sólo una persona, cuando decenas de personas fallecen día a día producto del covid-19?

¹² Sentencia Corte Suprema, rol n° Rol N° 11.195-2020, de fecha 19 de mayo de 2020.