

MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO EN LA JURISPRUDENCIA DE 2020. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PROBLEMA DE LA DIFUMINACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

JOSEFA ECHEVERRÍA LAVÍN¹

RESUMEN. Este trabajo tiene por objeto analizar una muestra de treinta sentencias dictadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema durante el año 2020, conociendo recursos de protección interpuestos en materia de medicamentos de alto costo (Ley Ricarte Soto N°20.085). En términos generales, se busca identificar los principales criterios esgrimidos por el máximo tribunal para acoger y rechazar tales acciones, para luego analizar estos criterios a la luz de la problemática de la constante excepción a la vigencia de las leyes a pretexto de la defensa de amplios e indeterminados principios y derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE. Medicamentos de alto costo, Ley Ricarte Soto, equidad, sustentabilidad, progresividad.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del conflicto. 3. Análisis de sentencias. 3.1. Sentencias por acoger. 3.2. Voto disidente de Pierry. 3.3. Sentencias por rechazar. 3.4. Comentario.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace un par de años, específicamente desde el 2017², el tema de financiamiento de medicamentos de alto costo pasó a tomar protagonismo en la jurisprudencia nacional, y el 2020 no fue la excepción. Año tras año, aumentan las sentencias judiciales que obligan a la Administración del Estado a dar cobertura a tratamientos que no se encuentran reconocidos legalmente y que no cuentan con el debido presupuesto.

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster Derecho Administrativo Universidad de Los Andes.

² CS rol N°43.250-2017

Ante esta realidad empírica, se analizan un total de treinta sentencias, con el objeto de determinar los criterios que fue construyendo y ratificando la sala constitucional para acoger o rechazar tales recursos.

Así, se constata desde un principio que el criterio determinante construido por la Corte tiene que ver con la existencia o no de un riesgo vital en el recurrente. En este sentido, para la tercera sala existe un deber de financiar el medicamento o tratamiento de alto costo específico que se solicita, porque cuando está en riesgo el derecho a la vida, el Estado no debe invocar limitaciones presupuestarias, y en la práctica como se verá, ningún tipo de limitación.

En este sentido, al enfrentarnos a las sentencias de medicamentos nos encontramos ante casos en que la norma que están usando los tribunales para decidir un conflicto es la Constitución y no las leyes dictadas por el Poder Legislativo. Pero, ¿tiene realmente la Constitución la vocación de ser ley decisoria *litis*? ¿Cualquier pasaje de la Constitución puede ser utilizado como decisoria *litis* sin importar su especificidad?

Lo que proponemos a continuación es un análisis de las sentencias de medicamentos de alto costo desde la perspectiva de la comprensión de la ley como fuente del derecho, y los problemas que trae aparejado para el sistema democrático la aplicación directa por los jueces de la Constitución como norma decisoria *litis*.

2. CONTEXTO NORMATIVO DEL CONFLICTO

El año 2015 se publicó la Ley N°20.850³ (“Ley Ricarte Soto”), que creó un sistema de protección financiera para diagnóstico y tratamientos de alto costo.

Consta en la historia de dicha ley, que desde sus orígenes tuvo como objeto complementar el sistema existente de salud con un programa que se hiciera cargo de “*la necesidad de abordar los problemas de salud que, sin implicar una importante carga de enfermedad, requieren de tratamientos que resultan económicamente catastróficos para las personas*”⁴. De esta manera, se buscó dar una respuesta al financiamiento de enfermedades raras o poco frecuentes no cubiertas por el Régimen de Garantías de Salud (Ley N°19.966 de 2014 que modificó la Ley N°18.469 del año 1985), y el de Garantías Explícitas de Salud comprendido en el primero, ni por ningún otro tipo de seguro o sistema de salud vigente.

³ D.O. 06/06/2015.

⁴ Historia de la Ley N°20.850 (06/06/2015), Primer Trámite Constitucional, Mensaje Presidencial (09/01/2015), p.4.

En el mensaje del Ejecutivo que dio inicio a la tramitación del proyecto de ley, se señalaron un total de ocho principios fundantes de este nuevo sistema, a saber: universalidad; participación; transparencia; equidad; sustentabilidad; progresividad; protección ante el riesgo financiero y seguridad de los pacientes. De estos ocho principios, específicamente la equidad, progresividad y sustentabilidad destacan como relevantes en cuanto a la configuración de una política pública financieramente responsable.

Así, se explica la *equidad* como:

(...) un imperativo del sistema que se propone, y ha sido reconocido como uno de los valores rectores de los sistemas de salud en la mayoría de los países del mundo. En tal sentido, la evaluación de tecnologías sanitarias surge como una política o proceso que apoya la toma de decisiones en salud en base a la evidencia científica, descansando principalmente en la eficacia, efectividad y costo-efectividad de las intervenciones sanitarias. Esto permitirá en el sistema de protección financiera de tratamientos de alto costo entregar certezas de cómo los procesos serán abordados, superando las desigualdades que afectan la salud de las personas⁵.

Luego, la *sustentabilidad* tiene que ver con entender el “sistema de salud, como parte de un sistema mayor de seguridad social, -que- debe avanzar en la protección e inclusión social de personas afectadas por diversas enfermedades, entregando soluciones compatibles con la realidad económica que vive el país”⁶.

Por último, la *progresividad*:

(...) consiste en establecer la posibilidad de cambiar un tratamiento por otro de mayor utilidad a través de una evaluación técnica de nuevas terapias, con el objeto de mejorar la calidad de vida de los pacientes. Asimismo, implica la inclusión de los tratamientos de manera paulatina, considerando principalmente dos factores: uno, la disponibilidad de los recursos en materia de salud. El otro, tiene a la salud como un derecho colectivo. Es así, que en el diseño de la cobertura se debe considerar que el uso de cada recurso adicional, implica una decisión de otorgar protección a un individuo por sobre otro. La manera de priorización por parte del Estado debe encontrarse enmarcada en principios universales, velando por la máxima protección y acceso a la salud de las personas, entendidas colectivamente⁷.

⁵ Historia de la Ley N°20.850 (06/06/2015), Primer Trámite Constitucional, Mensaje Presidencial (09/01/2015), p.6 (el destacado es nuestro).

⁶ Historia de la Ley N°20.850 (06/06/2015), Primer Trámite Constitucional, Mensaje Presidencial (09/01/2015), p.6.

⁷ Historia de la Ley N°20.850 (06/06/2015), Primer Trámite Constitucional, Mensaje Presidencial (09/01/2015), p.6 (el destacado es nuestro).

Luego, fueron estos principios los que estuvieron presentes en la discusión parlamentaria y en las decisiones que ahí se tomaron para la configuración del sistema.

Así entonces, la Ley N°20.850 crea este sistema de protección financiera tanto para los diagnósticos de alto costo, como también para aquellos tratamientos de alto costo necesarios para las enfermedades que declare el Ministerio de Salud a través de un Decreto Supremo (art. 5°). Define la ley como de *alto costo* a todos aquellos diagnósticos que por su valor impiden el acceso al tratamiento, o bien, aquellos que impactan catastróficamente en el gasto de los pacientes.

Las patologías y tratamientos garantizados deben ser cubiertas por el Fondo Nacional de Salud, el que se encuentra obligado a asegurar el otorgamiento de las prestaciones a los beneficiados en conformidad a la ley. Así, el otorgamiento de las prestaciones y la protección financiera se entienden constitutivos de derechos para los beneficiarios reclamables ante este Fondo y las otras autoridades competentes.

El Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de alto costo se regula en los artículos 19 y siguientes de la Ley N°20.850, y constituye el mecanismo presupuestario elegido por la Ley Ricarte Soto para el financiamiento total o parcial de las patologías incluidas por el Decreto Supremo. Este Fondo se compone de diferentes fuentes de recursos, a saber: (1) aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien millones de pesos; (2) donaciones, herencias y legados que se hagan al Ministerio de Hacienda; (3) aportes de Cooperación Internacional; y, (4) la rentabilidad e intereses que genere la inversión de los propios recursos del Fondo⁸. Luego, se traspasarán al Fondo Nacional de Salud los recursos necesarios para cubrir los diferentes tratamientos y el monto destinado será el equivalente al costo de estos.

Destaca, además, que la configuración del Fondo apunta a una auto-sustentabilidad del mismo. Por ejemplo, se establece que el conjunto de tratamientos financiados nunca puede superar el 80% de los recursos anuales de que dispone⁹, en resguardo de la estabilidad como un elemento vital para la operatividad del sistema¹⁰.

Además, la ley contempló la creación de una “*Comisión Ciudadana de Vigilancia y Control del sistema de protección financiera para diagnóstico y tratamiento de alto costo*” (título VII, artículos 22 y siguientes). La Comisión

⁸ Ley N°20.850, artículo 20.

⁹ Inciso 3ro del artículo 9° de la Ley N°20.850

¹⁰ En este sentido ver: Observatorio judicial (2019): “Informe: Corte Suprema versus Ricarte Soto, Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, disponible en: <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/> [última revisión 10/07/2021].

tiene por objeto realizar un monitoreo constante del uso de los recursos e implementación correcta de la política de salud. La labor de vigilancia la realiza en conjunto con un sistema de información que permite la trazabilidad y transparencia del gasto y del otorgamiento de las prestaciones.

Cabe destacar que el sistema se caracteriza por una cobertura de carácter universal, que recordemos, fue uno de los pilares inspiradores del proyecto y que se expresa en dos sentidos. Primero, en lo relativo a la cobertura, asegurando el costo total del diagnóstico o tratamiento. Y, en segundo lugar, respecto a los beneficiarios, abarcando a todo aquel que padezca alguna de las patologías cubiertas, 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 señala que serán determinados a través de un decreto supremo del Ministerio de Salud, suscrito también por el Ministerio de Hacienda, en conformidad con el procedimiento regulado en la misma ley y el reglamento. Luego, sólo serán financiados por la Ley Ricarte Soto aquellos tratamientos o diagnósticos incorporados en el Decreto Supremo.

Ahora bien, será necesario que se cumplan una serie de estrictos requisitos de carácter copulativo para que un diagnóstico o tratamiento sea incorporado al Decreto. Así, se lee en el inciso segundo del artículo 5° que:

Sólo podrán incorporarse a este decreto los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cumplan con las siguientes condiciones copulativas: a) Que el costo de los diagnósticos o tratamientos sea igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo 6° [umbral de costo catastrófico]¹¹; b) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una favorable evaluación científica de la evidencia, conforme al artículo 7°; c) Que los diagnósticos y los tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° [Comisión de Recomendación Priorizada de la Subsecretaría de Salud Pública]; d) Que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9°.

¹¹ Artículo 6°.- De la determinación del umbral. Los Ministerios de Salud y de Hacienda, cada tres años mediante decreto supremo, fijarán el umbral nacional de costo anual para determinar si un diagnóstico o un tratamiento es de alto costo, tomando en cuenta el cuarenta por ciento de los ingresos familiares anuales promedio una vez cubiertos los gastos básicos de subsistencia, conforme al reglamento.

Los antecedentes tenidos a la vista y los fundamentos para determinar el umbral serán públicos y formarán parte del decreto referido en el inciso primero.

Luego, existe un procedimiento de carácter estricto y reglado para proceder a incorporar una enfermedad al sistema de financiamiento de alto costo. A grandes rasgos, el procedimiento abarca una etapa de inicio, otra de evaluación, pasando por la de recomendación para terminar en la decisión final. Se describirán a continuación estas etapas, refiriéndonos con mayor detalle a los dos últimas, puesto que éstas tienen especial relevancia para el entendimiento del conflicto.

- i. Inicio del procedimiento: el artículo 7° de la Ley dispone que el procedimiento de evaluación se iniciará de oficio por el MINSAL.
- ii. Evaluación: el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, realiza una evaluación científica basada en la evidencia disponible para el diagnóstico o tratamiento de una condición específica de salud. En el inicio del proceso de evaluación, la Subsecretaría tomará especialmente en cuenta las opiniones y recomendaciones de diagnóstico o tratamientos a evaluar, que hagan sus comisiones técnicas asesoras y las agrupaciones de pacientes¹². Con todo, sólo podrán ser objeto de evaluación aquellos tratamientos y diagnósticos que cumplan con lo dispuesto en la letra a) del artículo 5°, a saber, que el costo del tratamiento sea igual o superior al umbral del costo catastrófico. En los casos en que el valor no se pueda determinar en esta instancia, la Subsecretaría, por resolución fundada, podrá autorizar el inicio del proceso de evaluación. Resulta importante tener en cuenta que la evaluación científica que realiza la autoridad de salud en esta etapa es muy completa y rigurosa, abarcando tanto aspectos técnicos, como éticos. Por ejemplo, el inciso 5° del artículo 7° dispone que:

“La evaluación del respectivo diagnóstico o tratamiento deberá comprender, a lo menos, la eficacia y efectividad relativas; la seguridad, la evaluación económica, la implementación, la evaluación de las condiciones de pago a través del mecanismo de riesgo compartido, el impacto presupuestario, los efectos en las redes asistenciales teniendo a la vista el informe elaborado al efecto por esta Subsecretaría-, las alternativas disponibles si existen, precio máximo industrial, las repercusiones éticas, jurídicas y sociales y el alcance y plazo de revisión de la evaluación, todo conforme a la norma técnica que al efecto dicte la Subsecretaría de Salud Pública”.

Además, el artículo agrega una norma de justicia distributiva que debe considerar la autoridad al momento de evaluar, disponiendo

¹² Que deben estar inscritas de conformidad al artículo 30 de la misma Ley.

que “La evaluación considerará que las garantías de las que trata esta ley serán las mismas para todos sus beneficiarios, pero sobre la base de esta evaluación podrán ser diferentes para una misma prestación, conforme a criterios clínicos generales de carácter de efectividad terapéutica, tales como enfermedad, edad u otras variables objetivas que sean pertinentes”¹³.

Por último, el proceso de evaluación terminará con la elaboración de un informe, que será público, pero no recurrible. En caso de informe favorable se seguirá con la siguiente etapa.

- iii. Proceso de elaboración de recomendación priorizada: esta etapa es regulada en el artículo 8° de la ley, y consiste en que la evaluación técnica de la evidencia será analizada, priorizada y recomendada al Ministerio de Salud y Hacienda, sobre la base del valor científico, económico y social que el tratamiento importe.
 - a) El proceso estará a cargo de la Subsecretaría de Salud Pública, que constituirá una Comisión de Recomendación Priorizada, y que será creada por resolución del MINSAL. La Comisión estará conformada por un total de 12 miembros de reconocida idoneidad en los campos de la medicina, salud pública, economía, bioética, derecho sanitario, expertos en fármacos, elementos de uso médico y alimentos, que serán elegidos por el MINSAL previa convocatoria pública. Además, se contempla la participación de la sociedad civil en esta instancia, a través de dos representantes de las agrupaciones científicas de pacientes (artículo 30).
 - b) Cabe subrayar que la conformación de la Comisión en cuanto a la idoneidad de sus miembros, expresa una vez más que el espíritu de la Ley Ricarte Soto de ponderar no sólo criterios científicos o sanitarios, sino también, éticos y sociales¹⁴.
 - c) Es más, el inciso tercero del artículo 8° ordena a la Comisión deliberar, sobre la base de los elementos de valor científico, económico y social, respecto a la pertinencia de inclusión de los tratamientos al decreto respecto. Por último, la recomendación deberá contener la propuesta de contenido y el plazo de

¹³ Inciso 8° del artículo 7° de la Ley N°20.850.

¹⁴ En este sentido ver: Observatorio judicial (2019): “Informe: Corte Suprema versus Ricarte Soto, Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, disponible en: <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/> [última revisión 10/07/2021].

revisión de la decisión. De lo obrado, la Comisión levantará un acta pública que será impugnable por cualquier interesado ante la misma entidad.

- iv. Decisión Final: por último, el artículo 9° de la ley, establece que los ministros de Salud y Hacienda, en base a los informes de evaluación y recomendación, decidirán sobre los diagnósticos y tratamientos de alto costo que serán cubiertos por el sistema. La determinación de los ministros se hará por Decreto Supremo fundado, en el que se establecerá además el plazo y contenido de la revisión de la decisión. Además, se contempla que, para efectos de la dictación del Decreto Supremo, la Dirección de Presupuestos de Hacienda deberá elaborar estudios respecto de la sustentabilidad financiera del Fondo, los que serán públicos y servirán de base para la decisión.

Finalmente, el Decreto Supremo que apruebe la inclusión de diagnósticos y tratamientos de alto costo y sus modificaciones, entrará en vigencia el primer día del sexto mes siguiente al de su publicación, salvo que existan circunstancias calificadas para que entren en vigencia antes, y que consten en el decreto respectivo.

Esta descripción sintetizada del sistema tiene por objeto evidenciar el nivel de complejidad con que el legislador configuró las políticas públicas de salud referidas al diagnóstico y tratamientos de alto costo. Tal como se dijo anteriormente, en las distintas etapas y requisitos que se establecen en la norma, se constata que el legislador tuvo por objeto no sólo evaluar criterios científicos y económicos, sino también que las decisiones se tomaran considerando criterios sociales y éticos.

3. ANÁLISIS SENTENCIAS

Tal como se adelantó, a partir de una muestra de 30 sentencias pronunciadas por la tercera sala de la Corte Suprema durante el año 2020, relativas a medicamentos de alto costo, se identificarán diferentes criterios en base a los cuales el máximo tribunal estuvo por acoger o rechazar los recursos de protección interpuestos.

Para terminar este acápite, se expondrán los argumentos del voto de minoría del abogado integrante Pedro Pierry, y de quienes han seguido su postura.

3.1. Sentencias por acoger

3.1.1. Medicamento que se reclama fue incluido por Decreto Supremo al listado de prestaciones GES¹⁵

Este primer criterio corresponde a casos en que los servicios públicos de salud han negado el suministro de fármacos como “Lenalidomia” (prescrito para tratar la enfermedad Mieloma Múltiple IgA Kapp) y “Pazopanib” (cáncer renal), por corresponder a medicamento de alto costo que no han sido contemplados en los programas vigentes de acuerdo a las indicaciones del MINSAL y la Ley N°20.850. Se suma a lo anterior el hecho de no contar la autoridad respectiva con recursos financieros extraordinarios para cubrir la costosa solicitud del afectado.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones correspondiente rechaza el recurso, estimando que el servicio se ha ajustado a la legalidad. Lo anterior, puesto que al momento de dictar el acto administrativo la recurrida no se encontraba habilitada para dispensar recursos respecto del financiamiento de una enfermedad no priorizada por la autoridad sanitaria. Así entonces, sostiene que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incidiría en las políticas públicas.

Hasta aquí, pareciera que estamos ante casos típicos de recursos de protección de medicamentos de alto costo, pero una vez que la sentencia es apelada, la Corte Suprema revoca el fallo acogiendo el requerimiento, en base a que el medicamento se debe financiar por estar contemplado en el programa GES.

Argumenta el máximo tribunal que:

- i. El medicamento en cuestión se encuentra contemplado como alternativa de tratamiento en el “Informe de Evaluación Científica basada en la Evidencia Disponible” elaborada por el MINSAL para efectos de lo dispuesto en la Ley N°20.850.
- ii. Es el hecho público y notorio que la enfermedad fue agregada por Decreto Supremo al Plan de Garantías Explícitas en Salud (AUGE)¹⁶, “de modo que quienes lo padecen cuentan desde entonces con garantías relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones

¹⁵ Sentencias Corte Suprema: Rol N°33641-2019 (06/01/2020) y Rol N°1262-2020 (13/04/2020).

¹⁶ En todas las sentencias se refiere al Decreto Supremo N°22 de 1/10/ 2019 [D.O fecha: 7/09/2019].

asociadas al conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señala el referido decreto”¹⁷.

- iii. Encontrarse el fármaco en cuestión dentro del Listado de Prestaciones Específicas GES para el tratamiento de la enfermedad.

Luego, en estos casos, la Corte afirma un actuar arbitrario e ilegal por parte de la autoridad que negó el financiamiento, toda vez que el tratamiento se encuentra expresamente contemplado como prestación cubierta en el sistema GES, motivo por el cual existe una obligación legal a financiar la prestación requerida. Agregando que: “(...) En tales circunstancias se afecta ilícitamente la garantía de igualdad ante la ley del recurrente, dado que en similares circunstancias otras personas accederán al beneficio que ahora a él se le desconoce”¹⁸.

Con todo, es importante evidenciar que en estos casos se detecta un problema de temporalidad, puesto que, tanto la solicitud del medicamento a la autoridad sanitaria, como la negativa de esta última, datan de fecha anterior a la dictación del Decreto Supremo que autorizó la prestación del fármaco. Es más, los recursos también fueron interpuestos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa.

Luego, cabe preguntarse ¿fue realmente arbitraria e ilegal la decisión de la autoridad de salud si al momento de pronunciar el acto administrativo impugnado no existía ninguna norma que lo habilitara a actuar en sentido contrario?

Para efectos prácticos, ahondar en la respuesta a esta pregunta sólo podría ser relevante en casos en que la negativa de la prestación del fármaco al solicitante no signifique un riesgo vital, puesto que, y como se analizará a continuación, en las hipótesis en que este riesgo se presenta, a la Corte le es indiferente la normativa, tanto legal, como reglamentaria vigente al respecto.

3.1.2. Segundo criterio: negativa de financiamiento del medicamento por consideraciones simplemente presupuestarias afecta el derecho a la vida

Para analizar este segundo criterio, que corresponde a la mayoría de los casos en que la Corte ordena el financiamiento del medicamento, se hará la distinción respecto a si el afectado es mayor o menor de edad. Lo anterior, en razón a que, pese a que la lógica argumental en ambas hipótesis es la misma, en el segundo caso se agrega un razonamiento referido al cumplimiento de tratados internacionales suscritos por Chile.

¹⁷ Rol N°33641-2019, c. 6°;

¹⁸ CS rol N°33.641-2019, c. 7°.

3.1.2.1. Negativa de financiamiento de medicamento indispensable para un paciente constituye un acto arbitrario que pone en riesgo Derecho a la Vida (Afectado mayor de edad)¹⁹

Los recursos acogidos por la Corte Suprema tienen que ver con medicamentos como Palbociclib²⁰; Cetuximab²¹; Ribociclib²², entre otros.

En síntesis, en todas estas causas, el recurrente interpone un recurso de protección en contra del rechazo por parte del servicio público de salud o autoridad respectiva (hospital; FONASA; Servicio de Salud respectivo, MINSAL) de financiar un medicamento de alto costo prescrito por su médico tratante. Solicitan, en definitiva, que se acoja la acción por constituir la decisión impugnada una amenaza en contra del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución. Para estos efectos, se acompaña un informe médico que da cuenta de la necesidad vital de suministrar el medicamento en cuestión.

Por su parte, el servicio o autoridad recurrida evacua los informes defendiendo la legalidad y razonabilidad de su decisión, y los argumentos esgrimidos comúnmente al efecto se pueden resumir en los siguientes:

- i. Un argumento de carácter procesal es la extemporaneidad en la interposición del recurso²³. Este razonamiento es rechazado, puesto que la Corte entiende (o bien, confirma el criterio del tribunal *a quo*), que el acto administrativo que niega el tratamiento tiene efectos permanentes en el tiempo, luego, la interposición de la acción de protección no se encuentra sujeta a plazo alguno²⁴.

¹⁹ SCS rol: N°38.849-2019 (02/01/2020); N°24.871-2020 (18/03/2020); N°33.189-2020 (05/05/2020); N°62.668-2020 (03/06/2020); N°69.806-2020 (03/08/2020); N°62.945-2020 (10/08/2020); N°24.828-2020 (08/09/2020); N°119.288-2020 (08/10/2020).

²⁰ Medicamento del laboratorio Pfizer, prescrito para el cáncer de mama en etapa IV.

²¹ Medicamento recetado para tratamiento de cáncer de colon en etapa avanzada.

²² Medicamento prescrito para el tratamiento del cáncer de mama.

²³ 30 días corridos, contados desde el acto u omisión arbitraria e ilegal, art. 1° Excm. Corte Suprema, Acta N° 94-2015, publicada el 28 de agosto de 2015, que dicta el Texto Refundido del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, modificado por el Acta N° 173-2018, publicado el 5 de octubre de 2018.

²⁴ “(...) la negativa en el financiamiento del medicamento de nombre PALBOCICLIB de 125 mg., corresponde a una decisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo y dada su persistencia, no resulta atendible argumentar que tal actuación se agote nicamente en la emisión del informe social de fecha 22 de julio de 2019 para entender que han transcurrido así el plazo de 30 días corridos que contempla el respectivo Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección al día de interposición de esta acción, esto es, al 23 de agosto de 2019, de lo que se sigue que, siendo una decisión que se mantiene indefinidamente ó afectando las garantías constitucionales de la paciente recurrente, tal alegación de extemporaneidad de la misma, deber ser desestimada por estos sentenciadores”. En: Sentencia ICA de Santiago, rol N°73984-2019, c. 5°, confirmada por SCS rol N°38849-2019(02/01/2020).

- ii. El acto administrativo impugnado se fundamenta en un marco normativo que regula en forma detallada la incorporación a la cobertura de medicamentos de alto costo.
- iii. En los casos en que la solicitud se ha derivado al Comité de Drogas de Alto Costo del MINSAL: el recurrido sostiene que la entidad habría resuelto rechazar el suministro del fármaco por no cumplir el paciente con los requisitos previos establecidos por ley para su otorgamiento, en muchos casos el carácter de irremediable de la enfermedad²⁵.
- iv. Que el fármaco no ha sido incorporado a la cobertura de la Ley N°20.850 por razones técnicas y científicas. En este punto la autoridad rechaza la imputación de un actuar ilegal o arbitrario, puesto que si bien existió un razonamiento económico que apunta a la equidad de la distribución de los recursos, éste se complementa con un criterio científico relativo a la efectividad del tratamiento según los estudios disponibles.
Respecto a este argumento, llama la atención un razonamiento recurrente expuesto en los fallos en cuanto a sostener que el rechazo de las solicitudes por razones científicas, vale decir, por efectividad empírica del fármaco reclamado, “carece de justificación racional, en primer lugar, porque es una realidad que, con el paso de tiempo y los avances científicos, cada año se registran y validan nuevos medicamentos, más precisos y eficientes (...)”²⁶.
- v. En los informes respectivos, la autoridad de salud constata que pese a rechazar la solicitud ha entregado una alternativa terapéutica²⁷.
- vi. Se alega también, que en caso de financiarse el fármaco, se incurriría en una injusticia para todos aquellos pacientes que necesitan la droga,

²⁵ Por ejemplo: Sentencia CS rol N°24871-2018, en que confirmó la sentencia 15.149-2019 de la ICA de San Miguel, en que, pese a que no fue controvertido el estado terminal del enfermo, se acogió el recurso y se ordenó el suministro del fármaco.

²⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol N°34773-2020, c. 6°, confirmada por SCS rol N°119288-2020 (08/10/2020). En el mismo sentido: SCS rol N°11.195-2020 (19/05/2020): Décimo Quinto: “(...) es necesario señalar que los constantes avances mundiales del conocimiento científico provocan cambios acelerados en los tratamientos médicos, dando lugar a la aplicación de nuevos medicamentos y terapias cuya existencia puede resultar desconocida para la institucionalidad nacional, como el Instituto de Salud Pública, pero no así para los médicos tratantes (...) En mérito de lo razonado, el hecho que el referido medicamento este en proceso de ser registrado al momento de la solicitud en el Instituto de Salud Pública, no es un argumento para negar la cobertura respectiva (...)”.

²⁷ Por ejemplo: en la Causa rol N°119288-2020, se constata que se rechazó la solicitud de incorporar el fármaco RIBOCICLIB al programa de medicamentos de alto costo, sosteniendo que la droga que ha sido priorizada para los pacientes en la condición del recurrente era FULVESTRANT.

por lo mismo existe un procedimiento reglado con criterios objetivos con el fin de evitar decisiones arbitrarias.

- vii. Por último, la autoridad evidencia una realidad empírica de escasos recursos. A este respecto se sostiene que la decisión sobre la materia es una facultad propia de la Administración del Estado, la que ha centrado su acción y ha decidido distribuir los recursos públicos de acuerdo a la asignación que corresponde en la implementación de políticas públicas de carácter universal y solidaria, atendido la limitada disponibilidad de medios.

Luego, en resumen, los argumentos de la autoridad recurrida se pueden resumir en; i) legalmente no se encuentran habilitados para proveer el tratamiento solicitado; ii) carecen de presupuesto; y, iii) no existe evidencia científica suficiente que respalde la efectividad curativa del tratamiento.

En términos generales, la Tercera Sala de la Corte Suprema durante el año 2020, confirmando o revocando las sentencias apeladas, acogió los recursos de protección interpuestos. El criterio sostenido en forma reiterada obedece a que la negativa de entrega de medicamento por parte de la autoridad de salud en base a razones económicas constituye un acto arbitrario e ilegal si producto de esa decisión se infiere un daño grave y significativo a la vida del recurrente. En otras palabras, según el Máximo Tribunal, cuando está en riesgo el derecho a la vida, el Estado no debe invocar limitaciones presupuestarias.

Noveno: Que, tal como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos roles N°s. 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018, 17.043-2018, 33.189-2020 y 18.451-2019, entre otros), 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 nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.

En este orden de consideraciones, no se puede soslayar que, conforme al principio de supremacía constitucional, ella prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos –como las Leyes N°s. 18.469 y 19.966 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija un texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763 de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469.

De allí que, conforme reza el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política, sus preceptos son obligatorios para los titulares o

integrantes de los órganos de Estado, incluida por cierto esta Magistratura. Si el rol de esta Corte es velar por la aplicación de las garantías constitucionales y de los derechos esenciales que emanan de la persona humana, ella no puede excusarse de otorgar la cautela urgente que le es requerida si el derecho a la vida se ve amenazado. Negarse a hacerlo bajo el pretexto de que normas de inferior jerarquía se lo impiden, importa desconocer que la Constitución Política de la República es la norma jurídica a la cual el resto del ordenamiento jurídico se debe someter (...).

***El caso en cuestión dice relación con la aplicación directa de la Constitución Política, no con el modelamiento de políticas públicas*²⁸.**

*Duodécimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto **arbitrario que amenaza** —y, en estricto rigor, pone en riesgo— el derecho a la vida de la señora (...), quien no se encuentra en condiciones de adquirirlo. Siendo ello así, la determinación impugnada en autos no permite a la paciente el acceso a dicho fármaco, **único y exclusivo**, prescrito por un especialista, para el tratamiento de la patología que ella sufre*²⁹.

3.1.2.2. Criterio: la obligación del Estado de financiar el medicamento de alto costo (único y exclusivo) en casos en que el afectado sea un menor de edad emana de TTII suscritos y vigentes³⁰

En primer lugar, del análisis de las sentencias estudiadas se concluye que la mayoría de los fallos por acoger tienen por objeto el suministro del medicamento *Spiranza*, prescrito para el tratamiento de la enfermedad denominada “Atrofia Muscular” de tipo “I” y “II”. Además del medicamento indicado, una de las sentencias estudiadas acogió el recurso interpuesto respecto al tratamiento de reemplazo enzimático “Cerliponase Alfa Intratecal” prescrito para la mortal y rara enfermedad denominada “Lipofuscinosis Neuronal Cerroidea Tipo” o “CLN2”³¹.

²⁸ SCS rol N°69806-2020 (03/08/2020) c. 9°.

²⁹ SCS rol N°69806-2020 (03/08/2020) c. 10°.

³⁰ SCS: rol N°31.858-2019 (07/01/2020); N°33.329-2019 (08/01/2020); N°38.575-2019 (28/01/2020); N°43.904-2020 (04/05/2020); N°33.083-2020 (15/05/2020); N°11.195-2020 (19/05/2020); N°63.091-2020 (10/06/2020); N°30.287-2020 (23/06/2020); N°79.302-2020 (14/08/2020).

³¹ SCS causa rol N°11.195-2020 (19/05/2020). Según lo dispuesto en los antecedentes, el valor aproximado del tratamiento es de USD. \$27.000 cada dos semanas, es decir un promedio de USD. 486.000 al año.

En estos casos, si bien los argumentos de la recurrente como de la recurrida son básicamente los mismos que los anteriores, la Corte al fundar su pronunciamiento sostiene la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión en base a las siguientes consideraciones:

Sexto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por las recurridas para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta el menor, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que aqueja al niño no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de la red asistencial, sin que ninguna norma habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria;

*Séptimo: Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N°830 de fecha 27 de septiembre de 1.990 dispone **“Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”;***

*Octavo: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta **obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.***

Noveno: 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 N°27.591-2019 entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y 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 la recurrida (...)*³².

No deja de llamar la atención que en algunos de estos fallos la Corte califica como ilegal la omisión del servicio de salud de ofrecer un tratamiento alternativo al rechazar la solicitud de Spiranza. Esto, pese a que, y tal como se vio en los casos anteriores, cuando la autoridad lo hace, el acto impugnado no deja de ser considerado ilegal. Luego, en la consideración de un tratamiento alternativo no se juega la verdadera legalidad del acto.

*Décimo: Que, resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindar a la paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: "Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones"*³³.

3.1.3. Conclusión del análisis de las sentencias por acoger

Del análisis de las sentencias comentadas es posible sostener que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal mantuvo durante el año 2020 un criterio uniforme respecto a que la autoridad sanitaria no puede negar el financiamiento de un medicamento de alto costo por razones de índole económicas si es que se encuentra en riesgo el derecho a la vida del recurrente.

Con todo, la razón más determinante desde el punto de vista jurídico para acoger los recursos interpuestos tiene que ver con que la Corte aboga la aplicación directa de la Constitución por aplicación del principio de Supremacía Constitucional emanado del art. 6° de la misma. A su vez, en los casos en que el afectado es un menor de edad, la Corte afirma que el Estado de Chile se encuentra compelido a

³² SCS rol N°38575-2019 (28/01/2020).

³³ SCS rol N°33083-2020 (15/05/2020).

la prestación del medicamento requerido por los tratados internacionales suscritos relativos al resguardo del principio de “*interés superior del niño*”.

Así entonces, la Corte Suprema mantiene una postura constate, en cuanto a que el derecho a la vida tiene un rango constitucional superior a las finanzas públicas, y, por ende, prima por sobre cualquier otra disposición, sea legal o reglamentaria.

Cabe destacar que en todas estas sentencias se agrega un considerando tipo, en el que la Corte se preocupa de advertir que su decisión no interfiere ni define en caso alguno las políticas públicas sanitarias dictadas por la autoridad competente.

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 pronuncie³⁴.

3.2. Voto disidente de Pierry³⁵

Durante el año 2020, el mayor contradictor de acoger los recursos de protección en la materia fue el abogado integrante de la tercera sala, Pedro

³⁴ SCS rol N°38575-20189 (28/01/2020), c. 14. Este considerando se repite en todas las sentencias que se han analizado hasta el momento.

³⁵ Voto disidente ministro Pierry: Rol N°31. 858-2019 (07/01/2020); N°43.904-2020 (04/05/2020); N°33.189-2020 (05/05/2020); N°33.083-2020 (15/05/2020); N°11.195-2020 (19/05/2020); N°63.091-2020 (10/06/2020); N°69.806-2020 (03/08/2020); N°79.302-2020 (14/08/2020); N°119.288-2020 (08/10/2020).

Pierry. En su oportunidad, adhirieron también a su tesis el ministro suplente Raúl Mera³⁶, la ministra Alejandra Muñoz³⁷ y el también abogado integrante Leopoldo Llanos³⁸.

En un voto tipo de doce considerandos, los ministros y abogados integrantes disidentes, esbozaron sus razones para no concurrir a la mayoría. En primer lugar, advirtieron que los medicamentos solicitados no se encuentran amparados bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas (Ges; Ley N°20.850 u otro tipo de seguro). Luego, el Estado debe responder a tales requerimientos en conformidad a las normas generales de financiamiento de las prestaciones de salud y dentro de los programas existentes en el sistema público (art. 8° y siguientes de la Ley N°18.469 modificada por la Ley N°19.966). En esta línea, y dado que, según lo afirmó el administrativista, no existe un derecho subjetivo por parte del afectado a las prestaciones del régimen general de salud, estas sólo pueden ser exigidas a la Administración en la medida que haya recursos suficientes al efecto.

En este sentido:

*7°) Que, como se advierte, resulta determinante para el asunto a decidir la declaración legal en orden a que la Administración sólo puede encontrarse obligada en la medida que alcancen los recursos físicos y humanos de que disponga, sin desviar recursos en desmedro del universo de prestaciones que cubre el sistema asistencial ya existente. Esta conclusión emerge tanto del texto de la norma transcrita, que esclarece que las prestaciones del régimen general de garantías están limitadas por los recursos disponibles, cuanto, de la circunstancia de formar las prestaciones de salud garantizadas, esto es, aquellas a que el individuo tiene -en la terminología tradicional- un derecho subjetivo para demandarlas al Estado, un catálogo cerrado y determinado en los cuerpos reglamentarios pertinentes (...)*³⁹.

El profesor de derecho administrativo abarca el conflicto desde el sentido jurídico del Estado, argumentando cómo la limitación de “recursos humanos y financieros disponibles” corresponde a una materialización, y no una contradicción, de los principios constitucionales de servicialidad y bien común. A este respecto, argumenta:

³⁶ SCS rol N°31.858-2019 (07/01/2020).

³⁷ SCS rol N°33.329-2019 (08/01/2020).

³⁸ SCS rol N°33.083-2019 (15/05/2020). En esta causa, ambos abogados integrantes, Pierry y Llanos, estuvieron por confirmar el fallo apelado, y por tanto rechazar el recurso de protección, sin embargo, no fundamentaron su voto de minoría.

³⁹ SCS rol N°31.858-2019 (06/01/2020), voto de minoría, considerando 7°.

10°) *Que de lo anterior se sigue que, en la administración de los recursos disponibles para atenciones de salud, es ineludible para el Estado propender al bien común, es decir, a promover, conservar y recuperar la salud de la comunidad toda, considerando el universo de personas susceptibles de ser atendidas, antes que la de uno o más de sus integrantes en particular, respetando, además, el acceso igualitario a las atenciones que esté en condiciones de otorgar, esto es, sin crear parcialmente instancias de privilegio.*

11°) *Que todo lo dicho no importa, necesariamente, que el medicamento en cuestión no deba ser financiado existiendo las posibilidades reales de hacerlo. Significa, sí, que ello pasa por una ponderación de objetivos y prioridades, en función de costos y recursos disponibles, que es resorte natural de la Administración efectuar conforme a los parámetros antes reseñados.*

De esta forma, si se conjuga la excepcional onerosidad del tratamiento médico en cuestión; la disponibilidad restringida de recursos para atender las prestaciones comprendidas en el régimen general de garantías en salud; y el deber de la Administración, correlativo al derecho de las personas, de dispensar un acceso igualitario a las acciones destinadas a la recuperación de la salud, con miras al bien común; se concluye que la conducta de las recurridas no se ha apartado de las leyes ni resulta carente de justificación. (...)»⁴⁰.

Finalmente, la minoría rechaza la existencia de un acto arbitrario o ilegal por parte de la recurrida, presupuesto básico para acoger una protección;

(...) Nada hay en los antecedentes del proceso que permita concluir que la Administración, quebrantando un deber legal, o procediendo por mero voluntarismo, está negando, sin justificación, el tratamiento requerido. Por el contrario, las autoridades sanitarias recurridas han actuado en forma coherente con los principios constitucionales y normativos que las obligan a administrar en forma ecuánime y responsable los recursos públicos asignados, en particular dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley 20.850, que establece un procedimiento que permite evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia⁴¹.

⁴⁰ SCS rol N°31.858-2019 (06/01/2020), voto de minoría, considerando 11°.

⁴¹ SCS rol N°31.858-2019 (06/01/2020), voto de minoría, considerando 11° (el destacado es nuestro)

En resumen, su voto apunta a que, por una parte, existe una normativa que regula el financiamiento de tratamientos de alto costo, y, por otra, que obligar a la Administración a financiar y suministrar el medicamento solicitado implica interferir en políticas públicas de salud. Se agrega a este segundo criterio, el hecho de haber sido definidas dichas políticas públicas por la autoridad competente de acuerdo a principios constitucionales tales como el de servicialidad, bien común e igualdad ante la ley.

3.3 Sentencias por rechazar

3.3.1. Criterio: no procede financiamiento de medicamento de alto costo en casos en que se ha acreditado que no existe riesgo vital para el afectado⁴²

La Sala Constitucional el año 2020 estuvo por rechazar aquellas acciones en que se solicitaba un remedio de alto costo que, según lo informado por el médico tratante y el recurrido organismo, sólo servía para mejorar las condiciones de salud, no siendo indispensable para la sobrevivencia⁴³.

Este criterio general se ve complementado por otros, por ejemplo:

- i. No se advierte un actuar ilegal ni arbitrario de la recurrida, pues éstas al evacuar sus respectivos informes han explicitado fundada y claramente los motivos que les impiden acceder a otorgar la cobertura al medicamento requerido por el recurrente.
- ii. Según lo informado por el médico tratante, la enfermedad no tiene cura y los tratamientos existentes sólo están dirigidos a mitigar los efectos de la misma, no encontrándose aún el paciente en riesgo vital⁴⁴.
- iii. Se desconocen datos precisos respecto a si el medicamento puede o no modificar el riesgo vital que aún no se materializa⁴⁵.
- iv. Existen otras alternativas terapéuticas, cuya aptitud y efectividad no ha sido desvirtuada en autos⁴⁶.

⁴² SCS: rol N°26.187-2019 (29/01/2020), mayor de edad, medicamento Spinraza; N°28.817-2019 (29/01/2020) menor de edad, medicamento Spinraza; N°27.674-2019 (29/01/2020) mayor de edad, medicamento Olaparib para el cancer de ovarios etapa III; N°36.569-2019 (19/02/2020) menor de edad, medicamento Spinraza; Rol N°1.332-2020 (14/04/2020), menor de edad, Spinraza; N°41.248-2019 (30/04/2020) menores de edad, medicamento Spinraza; N°20.737-2020 (27/05/2020) menor de edad, medicamento Spinraza.

⁴³ Cabe señalar que, casi la totalidad de las causas analizadas en que la Corte rechazó la acción de protección fue de pacientes menores de edad, en que el medicamento solicitado era Spinraza.

⁴⁴ SCS rol N°20.737-2020 (27/05/2020); CS rol N°1.332-2020 (14/04/2020).

⁴⁵ SCS rol N°41.248-2019 (30/04/2020).

⁴⁶ SCS rol N°20.737-2020 (27/05/2020).

Así, concluye la Corte que en aquellos casos en que el medicamento de alto costo que se solicita no tiene por objeto principal proteger la vida sino un mejoramiento de la salud, se debe rechazar la acción. Lo anterior, toda vez que el paciente no se encuentra en peligro vital, sea por la fase en que se encuentra la enfermedad, o bien, por sus características. Luego, no se configura una vulneración al derecho a la vida que permita acceder a lo solicitado.

3.3.2. La prevención de la Ministra Vivanco en los fallos por rechazar⁴⁷

En la mayoría de los fallos en que el Máximo Tribunal rechaza las acciones de protección de medicamentos de alto costo por falta de riesgo vital, la Ministra Angélica Vivanco desarrolla una prevención, que ya a estas alturas se puede calificar como “tipo”. En ésta, Vivanco explica que al no haberse constatado en autos un riesgo vital del solicitante, no corresponde en sede de protección acoger la acción. Lo más relevante para lo que se analizará en el próximo acápite de este trabajo, tiene que ver con que la ministra reconoce que en estos casos la decisión pasa por una ponderación de oportunidad y, por ende, de política pública, que de entrometerse la Corte se estaría excediendo de sus competencias.

Se lee en la prevención:

Acordado con la prevención de la ministra Vivanco, quien considera importante destacar lo siguiente (...)

1.- La ausencia de cobertura del sistema de salud respecto de medicamentos de altos costos, para pacientes que padecen enfermedades como la del menor de autos, ha motivado de parte de esta Corte la necesidad de un estudio acerca de la necesidad vital de tales medicamentos, cuando se solicita su cobertura a través de la acción de protección, dado que, precisamente, la garantía esencial invocada como vulnerada es el derecho a la vida.

2.- 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 estas.

⁴⁷ SCS rol N°20.737-2020 (27/05/2020); Rol N°41248-2019 (30/04/2020); Rol N°1332-2020 (14/04/2020); Rol N°27.674-2019 (29/01/2020); N°28.817-2019 (29/01/2020); rol N°26.187-2019 (29/01/2020).

3.- De allí que sea de especial importancia no solo la orden del médico tratante, sino también su informe acerca de las razones por las cuales se efectúa dicha indicación y una evaluación de los posibles efectos adversos que la ausencia de suministro podría producir en el menor. Dado que, en este caso, no se visualiza que corra riesgo la vida del afectado, ello imposibilita a otorgarle una prestación que el sistema vigente no le concede⁴⁸.

3.4. Comentario

Sin duda alguna, las decisiones analizadas representan un conflicto que aborda un complejo dilema humano, que en ningún caso es posible obviar. Con todo, la crítica que se intentará fundar a la jurisprudencia ya analizada, tiene que ver con la forma poco rigurosa con la que se ha abordado el problema. Esto, puesto que, se ha llevado la argumentación a una simplificación extrema, al entender el conflicto como una mera confrontación entre el resguardo de las finanzas públicas con un derecho constitucional absoluto a la vida, obviando las implicancias democráticas y éticas que estas decisiones conllevan.

Este reduccionismo argumental no sólo ha quedado en evidencia en los fallos que han ordenado el financiamiento de los medicamentos, sino también en declaraciones públicas hechas por los mismos ministros integrantes en distintos medios de comunicación. Así, un ejemplo fueron las palabras del ministro Sergio Muñoz, que respondiendo a las críticas espetó: “que deroguen -de la Constitución- el derecho a la vida y pongan que lo más importante es el equilibrio de las finanzas públicas”⁴⁹. En el mismo sentido, la ministra Vivanco en una entrevista reciente sostuvo que: “(...) como jueces no podemos, viendo que una persona recurre a nosotros, decirle, mire, como no hay fondos, muérase”⁵⁰.

De esta forma, al simplificar el conflicto a una pugna entre el derecho a la vida y las finanzas públicas, el máximo tribunal omite afrontar en sus sentencias, o bien, hacerlo con la debida profundidad que lo amerita, una arista que es de vital importancia y que dice relación con el diseño institucional democrático, que implica la separación de funciones y el valor de la ley como fuente del derecho.

⁴⁸ SCS rol N°20.737-2020 (27/05/2020), el destacado es nuestro.

⁴⁹ Diario El Mercurio, 17/12/2018 (edición impresa).

⁵⁰ La Tercera, 05/10/2019 (edición Impresa).

3.4.1. Existencia de un complejo sistema normativo que regula el conflicto

De las sentencias analizadas, queda claro que lo que hace la sala constitucional de la Corte Suprema al acoger los recursos es, lisa y llanamente, obviar las leyes sobre financiamiento de prestaciones médicas de alto costo. Esto, debido a que a la tercera sala no le parece que la aplicación de estas leyes sea conforme a los principios y derechos prescritos por la Constitución, pues, según el criterio de sus integrantes, las reglas establecidas por el Congreso en esta materia estarían sustentadas en meros criterios económicos, los que no pueden prevalecer por sobre la vida del recurrente. Pero este afán por perseguir una justicia material en el caso concreto, implica una completa indiferencia al valor de los acuerdos democráticos y, a las decisiones de política pública mediante estos adoptadas.

Ha sido el Congreso, la institución democrática representativa por antonomasia, la que, ante una realidad empírica de escasez de recursos, y en resguardo de la justicia distributiva, diseñó un complejo sistema para determinar los medicamentos que pueden ser proporcionados por el Estado y bajo qué circunstancias. Tal como se constató al estudiar la historia de la ley en cuestión, si bien el legislador tuvo en consideración factores económicos, que dicen relación con criterios de responsabilidad fiscal, no se limitó sólo a estos al momento de configurar la ley. Así, se creó un sistema en que la priorización de los recursos se estructuró también bajo los principios de justicia y equidad, estableciendo un proceso transparente, deliberativo y participativo, cuyas decisiones se fundan en razones éticas y científicas, características que lo dotan de una alta legitimidad.

Se agrega a lo anterior, el hecho que, en un sistema democrático, los roles de cada uno de los poderes públicos están específicamente asignados. En este sentido, los principios y reglas necesarios para solucionar los problemas de justicia distributiva que conlleva la escasez de recursos para satisfacer las necesidades públicas “(...) en una sociedad democrática tienen que acordarse en el Congreso, porque en él se ponderan -moral y técnicamente- las distintas visiones, intereses y necesidades de una sociedad (...)”⁵¹.

Luego, si el Poder Legislativo, en forma democrática y representativa, decidió que la solución a los problemas relativos a diagnósticos y tratamientos de alto costo debían ser conducidos según lo dispuesto en la Ley Ricarte Soto,

⁵¹ Observatorio judicial (2019): “Informe: Corte Suprema versus Ricarte Soto, Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, disponible en: <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/> [última revisión 10/07/2021].

cabe preguntarse, ¿son realmente legítimas las decisiones en que la Corte deja de lado tales criterios en razón de la aplicación directa de la Constitución fundada en un irrestricto principio de supremacía constitucional?

3.4.2. La cuestionada aplicación directa de la constitución

Tal como se constató anteriormente, la razón jurídica más relevante para acoger los recursos tiene que ver con una aplicación directa de la Constitución.

El Máximo Tribunal sostiene que, al estar el derecho a la vida consagrado en la Carta Fundamental, que ostenta el más alto rango dentro del ordenamiento, éste debe prevalecer respecto a lo prescrito en los cuerpos normativos aplicables al conflicto. Por consiguiente, atendida esta máxima de la Constitución como norma de aplicación directa, de nada servirá a la recurrida continuar alegando la existencia de leyes que regulan detalladamente el acceso a medicamentos de alto costo. Lo anterior, puesto que, bajo la concepción de la Corte, el texto constitucional siempre prevalecerá como norma decisoria *litis*, aun cuando existan claras leyes dictadas al efecto.

En otras palabras, la perspectiva desde la que esta vez se propone analizar el conflicto, dice relación con la comprensión de las fuentes del derecho, la Constitución como norma decisoria *litis*, y la evolución de ley en el sistema jurídico chileno⁵².

A. Breve análisis del rol de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho

En términos generales, y notoriamente superficiales para una temática de tal envergadura, la doctrina identifica, entre otros, dos momentos en la historia jurídica del derecho común.

El primero de ellos corresponde al modelo legalista tradicional, desarrollado desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Esta etapa se caracteriza por el apogeo de la ley como la disposición normativa más importante y fundamento del Estado Derecho. Prima en este período la corriente positivista decimonónica, que concebía el derecho como lo contenido en la ley, expresión de una voluntad general e infalible que se canalizaba a través del

⁵² Rojas Chamaca, Julio (2020): “Peso de la ley y eficacia directa de la Constitución: evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: *Dikaion*, N°1, vol. 29, pp 202-225.

Poder Legislativo⁵³. Para esta doctrina, el conjunto de leyes conforma un sistema coherente, completo-falto de lagunas- y claro en su interpretación literal. Luego, el juez debía limitarse a ser “boca de la ley” mediante la aplicación de un método silogístico o de encaje de los hechos a la solución dada por el legislador, excluyendo cualquier tipo discrecionalidad.

Posteriormente, y según lo explica el profesor Fernando Atria, la segunda etapa se denomina “neoconstitucionalismo”, y se puede definir como:

(...) una corriente de pensamiento que enfatiza el surgimiento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, de una diferente comprensión de la dignidad de la legislación y su relación con la constitución; diferente, en particular, de la comprensión del positivismo del siglo XIX. Mientras esta última, como heredera de la Revolución Francesa, era legalistas en el sentido de defender la supremacía del legislador, el neo-constitucionalismo defiende la supremacía de la constitución. Como consecuencia, <<la legislación, por primera vez en los tiempos modernos está subordinada a un nivel legal superior establecido por la constitución>> (Zagrebelski, 1995:34)⁵⁴.

Para Atria, esta nueva corriente del derecho incluye también la redacción de normas constitucionales en términos amplios, “que hacen referencia a principios morales” y enfatiza que “esos principios constitucionales son normas aplicables como las leyes ordinarias, y han de ser interpretadas a través de un proceso de ponderación y balance en vez de subsunción de casos individuales en casos genéricos solucionados por normas generales (...)”⁵⁵.

Así, entonces, esta nueva etapa significó una reestructuración de la tradicional forma de comprender las fuentes del derecho, pasando a gozar la Constitución de fuerza normativa y eficacia directa. En otras palabras, bajo el neoconstitucionalismo la supremacía constitucional “se traduce en una progresiva superación del valor tradicional e histórico de la ley, que transforma la constitución en la fuente preferente del ordenamiento”⁵⁶.

⁵³ Ver: Vigo, Rodolfo (2012): “Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”, en: Prudentia Iuris, N°74, pp.57-78.

⁵⁴ Atria Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons.), pp, 67-68. Así, esta segunda etapa, se caracteriza principalmente por “la fuerza normativa de la constitución y su eficacia directa, con la consiguiente aplicación y obligatoriedad para todos los órganos y sujetos que conviven en el Estado. Se evidencia una evolución en el sistema de fuentes del derecho que se traduce en una progresiva superación del valor tradicional e histórico de la ley, que transforma la constitución en la fuente preferente del ordenamiento” Rojas Chamaca, Julio (2020): “Peso de la ley y eficacia directa de la Constitución: evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: Dikaion, N°1, vol. 29, p. 207-208.

⁵⁵ Atria Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 68.

⁵⁶ Atria Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 68.

Aun cuando el estudio de los factores que identifica la doctrina como causas del cambio de paradigma excede el propósito de este trabajo, sí se puede advertir que estos son múltiples y diversos. Se identifican, por ejemplo, una reacción al positivismo jurídico del siglo XIX, caracterizado por un rígido formalismo que llevó a buscar una manera de limitar jurídicamente el poder político y garantizar derechos fundamentales, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial⁵⁷, y la decreciente desconfianza en el legislador.

Ahora bien, la constatación del desplazamiento de la ley como fuente primordial a causa del nuevo rol jurídico de la Constitución, responde a un factor clave para la comprensión de la actividad jurisdiccional, sobre todo en materia de derechos fundamentales.

Quienes critican esta corriente, sostienen que el neoconstitucionalismo ha llevado a “una concepción del derecho guiada por un pluralismo de principios y a una ciencia del derecho líquida o flexible. El resultado es que los jueces (y la ciencia del derecho) ya no son sirvientes de la ley, sino que tienen un deber más fundamental con la Constitución. En cumplimiento de ese deber fundamental el juez debe erigirse en juez del legislador”⁵⁸.

En otras palabras, la ley pasó a ser entendida como meras proposiciones normativas, “*que informan al juez de cual es en principio la correcta solución del caso, y que, por consiguiente siempre pueden ser falsas descripciones del derecho (cuando el juez crea que infringen o no respetan derechos constitucionales, fundamentales, humanos, etc.), siempre sujeta la última palabra de este (...) como una cuestión de derecho, en el sentido que la función judicial ya no está subordinada a la legislación pero sí a su propia <<lectura moral>> de la constitución (...)*”⁵⁹.

Así, en términos prácticos, la eficacia directa de la Constitución:

*“(...) ha generado una consecuencia insospechada si se compara con el modelo anterior: una sostenida creación judicial de derechos al clamor de la defensa de la Constitución. Si antes los tribunales ordinarios solo debían aplicar la ley, hoy para cumplir su cometido de resolver una contienda aplican todas las fuentes formales, lo que incluye a la Constitución por ser una norma jurídica directamente aplicable”*⁶⁰.

⁵⁷ Ver: Alterio, Ana: (2015) “Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales” Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30047442.pdf>, pp. 29-30.

⁵⁸ Atria Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 68.

⁵⁹ Atria Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons), p. 73

⁶⁰ Rojas Chamaca, Julio (2020): “Peso de la ley y eficacia directa de la Constitución: evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: *Dikaion*, N°1, vol. 29, pp. 216-217.

Luego, la Constitución entendida como norma decisoria *litis*, supone necesariamente que “*la aplicación del derecho en la actualidad comporte cierto activismo judicial. Es sabido que la interpretación del derecho no es una actividad mecánica, que, una vez expuestos los hechos, en este nuevo escenario los jueces ordinarios pueden invocar la Constitución para resolver un conflicto si se afecta un derecho fundamental*”⁶¹.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿es esta la vocación real de una Constitución? ¿Puede la Constitución usarse como norma decisoria a los conflictos aun en los casos en que existe ley dictada al efecto? ¿Se identifica algún limite o condición para una aplicación directa de la Carta Fundamental?

B. Excepción de la vigencia de la ley a pretexto de principios constitucionales

A este respecto, el académico español, Díaz Picazo, al proponer una respuesta al problema sobre los casos en que un tribunal de justicia puede aplicar en forma directa la Constitución afirma que:

(...) se producirá una aplicación directa de la Constitución en todos aquellos casos en que el ciudadano titular de los derechos y legitimado para recabar su protección, recabe esta protección en el procedimiento específicamente establecido para ello. Sin embargo, para que la Constitución sea aplicable directamente será necesario además que el legislador no haya hecho uso de la potestad que se le reconoce en el artículo 53.⁶² para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando, por supuesto, su contenido esencial⁶³. Agregando: “*una actuación contra legem es gravemente subversiva. Si la ley es inconstitucional que caiga por inconstitucionalidad y que la haga caer quien pueda hacerlo, pero introducir manipulaciones en leyes vigentes por mucho que se pretenda acomodarlas me parece especialmente grave*”⁶⁴.

⁶¹ Rojas Chamaca, Julio (2020): “Peso de la ley y eficacia directa de la Constitución: evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: *Dikaion*, N°1, vol. 29, pp. 217.

⁶² Constitución española, artículo 53, N°1: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁶³ Díez Picazo, Luis (1985): “Constitución, Ley, Juez”, en: *Revista española de Derecho Constitucional*, N°15, vol. 5, pp. 19-20

⁶⁴ DIEZ PICAZO, Luis (1985): “Constitución, Ley, Juez”, en: *Revista española de Derecho Constitucional*, N°15, vol. 5, p. 21.

Así las cosas, y siguiendo la tesis de Diez Picazo, la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales, en los casos en que existe una ley vigente que resuelve el conflicto, implica en la práctica la falta de deferencia del juez hacia el legislador, quien es el legitimado, como representante del pueblo, para dictar las reglas que rigen la sociedad.

A su vez, el fenómeno de desconocimiento de la ley, y por tanto de “derogación tácita” de la misma, va de la mano con la actividad creadora de derecho por parte del juez.

Este “derecho judicial” se materializa en aquellos pronunciamientos en *“que no solo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley. Son, por decirlo así, praeter legem y en algunos supuestos incluso contra legem (...)”*⁶⁵. Cuestión que efectivamente sucede en los casos analizados, sobre todo si se tiene en consideración que los distintos criterios que ha ido creando la tercera sala para acoger o rechazar los recursos en materia de medicamentos (e.g. existencia o no de riesgo vital) no cuentan con sustento legal alguno.

Luego, la ya conceptualizada indiferencia del juez a la dignidad y valor de la ley, y su consecuencial actividad creadora del derecho, resultan en la práctica gravemente atentatorias contra el sistema democrático, el cual se funda, entre otras premisas, en la separación de poderes. Esto en tanto a que al final del día, poco importarán las decisiones legislativas que se adopten, si existirán jueces que sustituirán las funciones del legislador, arrogándose atribuciones que no le han sido dadas.

En palabras del profesor Luis Cordero, las decisiones de este tipo *“(...) ocultan en una aparente promoción de la dignidad humana y del interés colectivo, encierran finalmente un cierto desprecio por la regulación democrática y de alguna manera transforma la decisión judicial en una imposición autoritaria, no en una persuasión racional que justifica el derecho y la decisión del caso concreto”*⁶⁶.

Con todo, se debe hacer la salvedad, que el escenario sería distinto a falta de ley que regulara el conflicto, hipótesis en que la Corte, en virtud del principio constitucional de inexcusabilidad, tendría obligación de llenar el vacío normativo configurando criterios al efecto.

En definitiva, en este comentario no se pretende ignorar el valor de la Constitución, ni la discrecionalidad del juez, menos aún, el control de constitucionalidad

⁶⁵ DIEZ PICAZO, Luis (1985): “Constitución, Ley, Juez”, en: Revista española de Derecho Constitucional, N°15, vol. 5, p. 22.

⁶⁶ Cordero hace referencia al activismo judicial de las decisiones de la Corte Suprema en materia ambiental. En: CORDERO VEGA (2020): El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia (Santiago, Ed. Der), p.63.

de las leyes. Lo que se busca plantear es el problema, identificado en las sentencias analizadas, de difuminación del sistema de fuentes del derecho y su jerarquía producto de una hiper constitucionalización del mismo, que ha llevado a la Carta Fundamental a ser considerada la única fuente del derecho.

Así, se advierte que hoy cualquier norma infra constitucional será válida en la práctica, solo si, a criterio del juez que resuelve el asunto, esta es compatible con lo dispuesto en la Constitución.

La gravedad de este asunto radica en que, para excepcionar la aplicación de una norma legal clara, los jueces están usando una cláusula constitucional de contenido amplio e indeterminado, que, como tal, puede ser interpretada de forma libre y servirá para justificar cualquier decisión contra legem. En otras palabras, el juez siempre va a poder encontrar un artículo de la Constitución, que, interpretado de acuerdo a sus concepciones morales, le sea útil para fundar postura, muchas veces antagónica a lo regulado por el legislador.

Con todo, se reitera que, esto no tiene que ver con el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional de normas infra constitucionales, sino con jueces ordinarios que dejan de aplicar normas legales que han sido admitidas, reconocidas y sancionadas, en su caso, por quien tiene la competencia de controlar su constitucionalidad. Luego, el escenario identificado no es de control de constitucionalidad, sino que es de una constante excepción a leyes en nombre de la constitución.

Todo esto, nos lleva a constatar que, en las causas sobre medicamentos de alto costo, lo relevante será la concepción moral del juez respecto al rol que le cabe al Estado en el derecho a la vida, lo que determinará su opinión sobre la Ley Ricarte Soto, en cuanto política pública, y por tanto su aplicación como ley decisoria litis, dictando fallos activistas que, a fin de cuentas, provocan un grave daño al sistema democrático.

4. CONCLUSIONES

1. La Ley 20.850 (“Ricarte Soto”), fue publicada en 2015 y creó un complejo sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo. Consta de la historia de la misma, que desde sus orígenes tuvo por objeto dar respuesta a la problemática de manera integral; configurando principios claves para la conformación de una política pública fiscalmente responsable (Equidad, Sustentabilidad y Progresividad) con aspectos éticos y sociales.

2. Así, se constata que el procedimiento administrativo que consagra la Ley para dar lugar al financiamiento de un medicamento de alto costo, se estructura en una serie de etapas en las cuales se van ponderando criterios científicos, económicos, técnicos y éticos.
3. A partir de una muestra de treinta sentencias pronunciadas por la Corte Suprema durante el año 2020 relativas a medicamentos del alto costo que no han sido integrados al sistema mediante la Ley Ricarte Soto, se identifican los criterios asentados por la sala constitucional.
4. En cuanto a las sentencias por acoger los recursos de protección, se identifican dos motivos. El primero de ellos, y menos relevante, se dio en los casos en que el medicamento fue integrado al sistema con posterioridad al acto administrativo que rechazó la solicitud, incluso con posterioridad a la interposición del recurso. Acá se advierte un problema en cuanto a si realmente se dan los presupuestos para calificar el actuar de la administración como arbitratoria e ilegal, siendo que al momento de su dictación no existía norma o ley habilitante alguna. Con todo, y como se verá a partir del segundo criterio, abordar problemática solo podría llegar a ser relevante en los casos en que no hubiese riesgo vital del recurrente.
5. El segundo criterio, tiene que ver con los casos en que existe riesgo vital para el paciente (recurrente) de negársele el medicamento. Acá la Corte sostiene que existe deber del Estado de financiar medicamento de alto costo (fármaco único y exclusivo) cuando está en riesgo el derecho a la vida. Luego, no es admisible que la Administración invoque limitaciones presupuestarias o económicas si está comprometida la vida, y de hacerlo incurre en una arbitrariedad.
6. En las sentencias en que por quien se recurre es un menor de edad, al deber constitucional del Estado de resguardar el derecho a la vida (ante vulneraciones o amenazas acción u omisión), se suma la obligación asumida por el Estado de Chile mediante suscripción de tratados internacionales de dar atención preferente a los derechos que protejan la infancia.
7. Con todo, durante el año 2020, destacó el voto de minoría por rechazar del administrativista Pedro Pierry, en las causas que se desempeñó como abogado integrante. En síntesis, sus votos apuntaron al respeto a la normativa que regula el financiamiento de los medicamentos de alto costo y a que el voto de la mayoría implica interferir en políticas públicas de salud.
8. La Corte estuvo por rechazar los recursos en que no se constató por informe del médico tratante un riesgo a la vida del paciente. Al no existir entonces riesgo vital, la decisión corresponde un problema de política pública en cuanto designación de recursos. En estos fallos destaca la prevención de la ministra Ángela Vivanco.

9. Por último, el comentario a las sentencias y criterios sostenidos por la Tercera Sala, tienen que ver con la razón jurídicamente determinante para acoger las acciones y dejar sin efecto la Ley N°20.280, esto es la aplicación directa de la constitución. A partir de esto, se constata que el problema difuminación de la ley como fuente del derecho viene desde la segunda mitad del siglo XIX con el surgimiento del Neoconstitucionalismo, en el que la Carta Fundamental pasó a ser la fuente preferente del ordenamiento.
10. Así entonces, a partir de una exposición doctrinaria, se identifica el problema democrático que significa para el Estado de Derecho el desplazamiento de la ley como fuente del derecho en aquellos casos en que la excepción la hace un juez ordinario (no el tribunal especializado en un procedimiento de control), a pretexto de confrontarla con una norma constitucional amplia y vaga, que al final del día sirve de pretexto para que el juez se convierta en un creador, y activista, de lo que según sus concepciones morales es lo justo para la solución del caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALTERIO, Ana: (2015) “Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales” Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30047442.pdf>.
- ATRIA Fernando (2016): “La Forma del Derecho” (Madrid, Ed. Marcial Pons).
- CORDERO VEGA (2020): “El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia” (Santiago, Ed. Der).
- DIEZ PICAZO, Luis (1985): “Constitución, Ley, Juez”, en: Revista española de Derecho Constitucional, N°15, vol. 5, pp.9-23.
- ROJAS CHAMACA, Julio (2020): “Peso de la ley y eficacia directa de la Constitución: evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: *Dikaion*, N°1, vol. 29, pp. 202-225.
- OBSERVATORIO JUDICIAL (2019): “Informe: Corte Suprema versus Ricarte Soto, Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>
- VIGO, Rodolfo (2012): “Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”, en: *Prudentia Iuris*, N°74, pp.57-78.