

ÍNDICE

Presentación

Introducción

CAPÍTULO 1

EL DERECHO DE ACCESO A MEDICAMENTOS: UN ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

A. El acceso a medicamentos como un derecho humano

B. El acceso a medicamentos como política pública

C. Situación actual del acceso a medicamentos en el mundo

D. Dos preguntas relevantes por resolver

- i. ¿La entrega de medicamentos corresponde a la entrega de un nivel máximo sanitario?
- ii. ¿Establece el sistema de salud chileno niveles mínimos y máximos en la entrega de prestaciones?

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DEL DERECHO AL ACCESO A MEDICAMENTOS: PARÁMETROS ÉTICOS, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

A. Parámetros éticos: la dignidad del ser humano y la justicia (distributiva)

- i. La dignidad del ser humano fundamenta la existencia de derechos
- ii. La existencia de los derechos sociales basada en la justicia social

B. Parámetros normativos: la doble dimensión de los derechos fundamentales, la esencialidad y la reserva de lo posible

- i. La doble dimensión de los derechos fundamentales
- ii. El contenido esencial como herramienta de efectividad

iii. La reserva de lo posible y la disponibilidad efectiva de recursos

C. Parámetros jurisprudenciales: los criterios desc aplicados al cuidado sanitario, la exigibilidad y la justiciabilidad

i. Los atributos de los derechos sociales según la Corte IDH

ii. La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales (en especial el derecho a la salud)

a) Aspectos generales

b) Visión desde la doctrina nacional

c) Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la salud

CAPÍTULO 3

EL (REAL) COSTO DE LA SALUD

A. Múltiples necesidades sanitarias frente a recursos escasos

B. El costo de la salud en Chile

i. Cuánto cuesta la salud en nuestro país

ii. La compra de servicios (producción y consumo de atención médica por subsistema)

iii. Ricos vs. pobres: ¿es la escasez de recursos un argumento válido para no proporcionar prestaciones de salud?

C. Críticas al sistema de salud actual

i. El análisis de la gestión pública

ii. El castigo a la pobreza

CAPÍTULO 4

LOS MEDICAMENTOS

A. Los medicamentos: conceptualización y funciones

i. Función Preventiva (Vacunas)

a) Situación nacional de la política vacunatoria: del esfuerzo de la autoridad por incorporarla a la desmantelación total

b) Un país que no previene enfermedades por sí mismo

ii. Función Paliativa

a) La diálisis

b) La triterapia, el exitoso medicamento para el VIH

iii. Función curativa

a) Las enfermedades poco frecuentes o raras y las de alto costo

b) Medicamentos huérfanos: el mercado de los “supermedicamentos” y sus “supercostos”

c) La equidad en la innovación asistencial en las enfermedades raras: el valor social de curar lo caro

B. Institucionalidad de los medicamentos en Chile

CAPÍTULO 5

EL MERCADO DE LOS MEDICAMENTOS: UN BIEN SUJETO A LA OFERTA Y A LA DEMANDA

A. Cómo opera el mercado farmacéutico

i. Un mercado ineficiente y desregulado

ii. La problemática económica de las patentes farmacéuticas

iii. Alternativas eficaces emanadas desde la propia comunidad

B. La legislación nacional sobre fármacos y sus reformas

i. Legislación vigente

ii. Regulación normativa de las compras públicas (una reforma todavía “al debe”)

CAPÍTULO 6

LEY Nº 20.850: UN ANTES Y UN DESPUÉS PARA LA COBERTURA SANITARIA DE LOS CASOS CATASTRÓFICOS

A. Introducción

B. Antecedentes

C. Descripción de la Ley N° 20.850: desde el proyecto hasta su entrada en vigencia

- i. Discusión del Proyecto de Ley
- ii. Descripción de la norma
 - a) Proceso para definir las prestaciones a cubrir por el sistema
 - b) La entrega de las prestaciones
 - c) Financiamiento
 - d) La Comisión Ciudadana de Vigilancia y Control del Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo
 - e) La adquisición de productos sanitarios contemplados en el sistema

D. Evaluación de la Ley Ricarte Soto

- i. La visión desde los sectores involucrados
- ii. Apreciaciones desde la doctrina especializada
- iii. Reflexiones finales

CAPÍTULO 7

CASOS DE RECURSOS DE PROTECCIÓN DE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS RECURRIDAS ANTE LA CORTE SUPREMA

A. Presentación de los casos

B. Fundamentos de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema

- i. Para acoger el Recurso de Protección
 - a) Argumentos de las Cortes de Apelaciones para entregar el fármaco requerido
 - b) Argumentos de la Corte Suprema para entregar el fármaco requerido
- ii. Para rechazar el Recurso de Protección

- a) Argumentos de las Cortes de Apelaciones para negar la entrega del fármaco requerido
- b) Argumentos de la Corte Suprema para negar la entrega del fármaco requerido
- iii. Jurisprudencia más reciente

C. Votos individuales

- i. Previsiones
- ii. Disidencias

D. Réplicas de la autoridad sanitaria

- i. Fonasa
- ii. Minsal
- iii. Informes médicos

CAPÍTULO 8

EL ROL DE LOS JUECES (¿SON LAS DECISIONES DE LA CORTE ACTIVISMO JUDICIAL?)

A. ¿Cuál es el rol de los jueces?

B. Activismo o supremacía judicial

- i. ¿Cuándo se está en presencia de activismo judicial?
- ii. Dos tipos de activismo: monológico y dialógico
 - a) Activismo monológico
 - b) Activismo dialógico

C. La entrega de medicamentos no cubiertos por la ley: ¿es activismo judicial?

D. Consecuencias de la judicialización

- i. Desvío de fondos públicos y desarrollo de políticas no igualitarias
- ii. Pérdida de la prioridad de la salud pública
- iii. Una vía efectiva para “saltarse la fila”

E. La justicia dialógica

- i. Antecedentes
- ii. Aplicaciones de la justicia dialógica
 - a) Como técnica de discrecionalidad hacia la administración sanitaria
 - b) Como deferencia hacia el legislador sanitario
- iii. Dialogismo no es activismo
- iv. ¿Por qué es importante una justicia dialógica?

F. Consideraciones finales

Conclusiones

Bibliografía citada

Normas citadas

Jurisprudencia citada

CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW

PRESENTACIÓN

La calidad de un caso crítico se explica por esa aptitud que en su simpleza cuestiona toda la institucionalidad que le niega una salida. El hecho que una familia recurra a los tribunales para amparar el acceso a un medicamento, respecto del cual depende la integridad física e incluso la vida de sus hijos, solo habla bien de sus padres. Pero, ¿basta ser compasivo y reconocer tal acceso como si fuese una mera omisión legislativa o del Poder Ejecutivo?

La actitud de resolver problemas como éste, dibujados sobre un horizonte de pura voluntad política, nos llevaría a preguntarnos por qué no se había hecho antes. Quizás los supuestos sobre los que reposa este caso son cruciales para que descubramos razones de derecho y de justicia. La relevancia de este caso es que se confronta con leyes precisas que organizaron políticas públicas existentes, vigentes, financiadas, reconocidas por las sociedades médicas y agrupaciones de familiares de personas enfermas en otro sinnúmero de casos críticos.

Sin embargo, la Tercera Sala de la Corte Suprema, a través de un conjunto de sentencias en donde ha perseverado en su criterio, ha terminado por acoger acciones de protección que autorizan financiar medicamentos respecto de enfermedades que la Ley

Ricarte Soto y su reglamento no han aprobado. Esta jurisprudencia fue severamente reprochada por múltiples juristas por introducir criterios materiales en las decisiones judiciales que los lleva a sustituir la voluntad técnica manifestada en la política pública de acceso de medicamentos pero ahora decidida por un juez, razonando de un modo tal que de intérprete de la ley, la olvida en pos de la justicia material del caso (Carlos Peña, “La Corte Suprema y la Justicia del Cadí”, *El Mercurio*, 9 de noviembre de 2018). Los alcances de esa jurisprudencia superaban con largueza esos comentarios específicos de fines del 2018 y del 2019, y estábamos esperando un libro que profundizara una mirada integral sobre todos los aspectos que involucraba esa tendencia jurisdiccional. Bueno, si puede leer estas líneas es porque ese texto crítico ya llegó a escribirse y vaya de qué forma.

Carolina Carreño nos regala una investigación tan profunda como completa. El enfoque reivindica un ejercicio amplio de los derechos sociales y en nombre de los mismos resitúa el eje del debate en torno al problema de acceso a medicamentos no cubiertos en el caso de enfermedades raras o huérfanas y, en ese marco, nos indica que las respuestas institucionales son insuficientes y que la judicialización genera severos problemas de desigualdad.

En esta evolución, la autora identifica el derecho a la salud como aquella aspiración orientada a obtener un rango de bienes y servicios en favor de una o varias personas. Interpretado, se encuentra reconocido directamente en diversos instrumentos internacionales de carácter universal y regional y, como derecho humano, incluye la elaboración de todas aquellas condiciones necesarias para el logro y mantenimiento de la salud quedando sujeto al principio general de interpretación integradora y pro personae, en virtud del cual siempre debe escogerse la interpretación más favorable a la persona humana, de modo que quedan prohibidas todas aquellas interpretaciones meramente literales o restrictivas. En términos generales, se puede decir que en materia del derecho a la salud pesan sobre los Estados obligaciones de cumplimiento inmediato –más allá del carácter progresivo que se atribuye a los derechos sociales– como son respetar, proteger y cumplir.

Pese a la amplitud de esta consideración, la autora destina un conjunto de páginas a matizar los alcances entre un “mínimo sanitario decente” y el “más alto nivel posible de salud en base a los recursos disponibles”. Los criterios DESC (aceptabilidad, adaptabilidad, accesibilidad y calidad) se sitúan como requisitos básicos para el otorgamiento, con igualdad de oportunidades y no discriminación, un acceso a una atención sanitaria que permita una vida digna y saludable. En cambio, los esfuerzos estatales por un mayor nivel quedarían entregados a una combinación de escasez y justicia distributiva. En este contexto, la autora destaca la dimensión sobre el tratamiento internacional de la salud como bien público universal en el contexto de lo indicado en convenciones internacionales, sentencias, declaraciones interpretativas, observaciones generales y opiniones consultivas la que dan por resultado una compleja trama que reconoce el derecho a la salud y el deber estatal de protección. En sus términos, busca “conocer aquella experiencia (puesto que) es importante para dilucidar a qué (a cuánto) está obligada la autoridad de entregar en prestaciones sanitarias (en

base a criterios de razonabilidad y proporcionalidad) y cuánto es lo que estaría efectivamente legitimado el paciente a exigirle. En otras palabras ¿Puede un paciente pedir la compra del medicamento más caro del mundo enunciando como argumento el derecho a la salud incluido en tratados internacionales ratificados por Chile?”. A raíz de estas notas se abordan un conjunto muy amplio de aspectos que son consustanciales a una definición acerca del derecho a la salud. Todos ellos, colaboran a dar cuenta de un marco teórico que es incidental en la profundidad prestacional del derecho a la salud y la estructura de sus obligaciones estatales, así como las responsabilidades individuales. A lo largo de todo el trabajo se contextualiza esta indagación con oportunas notas de prensa que nos recuerdan el tipo de conflicto planteado desde siempre y no como un resultado de un ejercicio puramente académico.

(...)

*GONZALO
DOCTOR
MINISTRO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

*GARCÍA
EN*

*PINO
DERECHO*