

San Miguel, veintinueve de abril de dos mil veintiuno.

Vistos:

Comparece don Gabriel Alejandro Zúñiga Aravena, abogado, quien a nombre de doña **Magaly Simpson Molina**, domiciliada en LLico 203, San Joaquín, interpone recurso de protección en contra del Ministerio de Salud, representado por el ministro señor **Óscar Enrique Paris Mancilla**, domiciliados en Mac Iver 541, Santiago; en contra del **Servicio de Salud Metropolitano Sur** y su representante la doctora señora **Carmen Aravena Cerda**, domiciliados en Santa Rosa 3453, San Miguel, Santiago; y, finalmente, en contra del **Hospital Barros Luco Trudeau** y su representante la doctora señora **Gisella Castiglione Veloso**, domiciliados en Gran Avenida José Miguel Carrera 3204, San Miguel.

Sostiene que se incurrió por los recurridos en una acción ilegal y arbitraria a causa de la negación a financiar totalmente el medicamento “*Palbociclib*”, prescrito para el cáncer que aquélla padece al no tener cobertura por las Garantías Explicitas en Salud y cuyo costo aproximado asciende a \$40.991.688.-; ocasionándole afectación de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la integridad psíquica, consagrados en el numeral 1º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, desde el 25 de febrero de 2021, cuando se le comunicó la decisión que reprocha mediante carta respuesta al reclamo N°1406457.

Expone los antecedentes clínicos de la persona por quien recurre, para cuya afección diagnosticada hace 13 años requeriría urgentemente dicho tratamiento, pues no puede financiarlo por cuenta propia atendida su situación socioeconómica, destacando que tiene 70 años. Actualmente, aquélla sufre cáncer de mama metastásico en fase 4 y afectación significativa del esternón. A causa de lo anterior, su oncólogo tratante, don Marco Henríquez, y la junta médica oncológica del Hospital Barros Luco Trudeau, incluidos los doctores don César Catillo y Suraj Samtani, prescribieron Palbociclib considerando los buenos resultados que este medicamento probó tener para el tipo de cáncer sufrido por la paciente y que, prácticamente, no había otra alternativa en su caso.

Advierte, sin embargo, que el Ministerio de Salud negó por omisión y sin razón conocida la entrega de Palbociclib. Por lo anterior, señala que el hijo de la paciente envió en marzo pasado una consulta por oficina de información, reclamos y sugerencias, respondiéndosele que es el ministerio quien aporta un mayor financiamiento al respecto.



Agrega que durante la espera se la sometió a quimioterapia con Gemcitabina, cuyos efectos secundarios deterioraron ostensiblemente su calidad de vida, resultando insuficiente para frenar el avance nocivo del cáncer que la aqueja. A consecuencia de lo anterior, la paciente y su familia recurrieron a la solidaridad de vecinos, junto con endeudarse, para acceder a una primera dosis valorada en más de \$2.000.000.-, estimando se le debería proveer gratuitamente el tratamiento y, por lo tanto, devolver dicho monto.

De tal manera, reprocha ilegalidad en tal denegación, pues transgrediría los deberes estatales de estar al servicio de la persona humana, atendiendo continua y permanentemente sus necesidades, según los artículos 3° de la Ley N° 18.575; 1° del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, en lo relativo a la garantía de acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la persona enferma. En tanto, repara arbitrariedad en aquélla, en la medida que, carecería de fundamentación, sobre todo, atendido el avance y gravedad de la afección que aqueja a la paciente.

Pide en definitiva que, acogándose con costas su acción, se ordene la entrega del medicamento Palbociclib en sus dosis prescritas y la devolución del dinero gastado en la compra de la primera dosis.

La recurrente acompaña a su presentación los siguientes documentos:

1. Respuesta de María Elvira Peñaloza Arce, Subdirectora (s) de gestión de usuarios del Hospital Barros Luco Trudeau, al reclamo Folio N° 1406457.
2. Boleta exenta electrónica número: 3.706.
3. Informe Médico Pacientes Oncológicos para solicitud de auxilios extraordinarios.
4. Correo electrónico de doña Salomé Palacios Salazar.
5. Receta retenida del Dr. Henríquez, en que se prescribe el remedio Palbociclib.

Informa el jefe de la división jurídica del Ministerio de Salud, don Jorge Hübner Garretón; la abogada del Servicio de Salud Metropolitano Sur, doña Patricia Fernández Pincheira, y el abogado del Hospital Barros Luco Trudeau, don Miguel Reyes Henríquez, informan y solicitan el rechazo del recurso de protección. En primer lugar, niegan haber incurrido en un obrar ilegal, arbitrario y lesivo de las garantías fundamentales invocadas atribuible a su respecto, pues si bien les corresponde la planificación sanitaria para una



WFXXUGBHXX

adecuada y armónica distribución de los recursos públicos asignados en la Ley de Presupuestos; ello obedece a criterios objetivos delimitados legalmente con base en criterios técnicos sanitarios, según la evidencia de beneficio para la sobrevivencia o calidad de vida de las personas. En segundo lugar, refieren las coberturas proporcionadas por las Garantías Explícitas en Salud para las afecciones de mayor carga con base en criterios técnico-sanitarios y en observancia a los principios de universalidad y solidaridad, debidamente concordadas con aquéllas brindadas por la Ley N° 20.850 que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, según el proceso de determinación establecido en el Decreto Supremo N°59 de 2015 del Ministerio de Salud, en que no se encuentra la medicación requerida al ser discutible su efectividad y efectos adversos. En tercer lugar, justifican la negativa en la equitativa distribución de los recursos públicos a que se encuentran sujetos y en la que interviendría interfiriendo la judicatura si se acogiera la presente acción, en la medida que involucraría la inversión de aquéllos a fines específicos no previstos.

Finalmente, se incorporó Informe Médico del que era el oncólogo tratante de la recurrente quien, en lo medular, indica alguna evidencia favorable respecto del medicamento Palbociclib, expone que los efectos negativos del mismo no son graves y, de hecho, son muy tratables y que *“la ausencia de administración del fármaco Palbociclib, puede implicar un tiempo más breve en cuánto a la progresión de la enfermedad neoplásica”*.

Se ordenó traer los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que para analizar el asunto planteado por la presente vía, resulta conveniente consignar que el recurso de Protección de Garantías Constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

Se trata, por consiguiente, de una acción de cautela de derechos garantizados a nivel constitucional cuya existencia sea indubitada y que se encuentren conculcados de manera suficiente para provocar la actividad jurisdiccional traducida en la adopción de medidas destinadas a restablecer el imperio de esos derechos amagados o perturbados en su legítimo ejercicio;



Segundo: Que, como se desprende de lo señalado precedentemente, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal, producto del mero capricho de quién incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto;

Tercero: Que para elucidar el problema de que trata esta protección conviene reflexionar en cuanto a si la actuación denunciada es ilegal o arbitraria. A estos efectos es recomendable precisar el significado de las expresiones “ilegal” y “arbitrario” contenidos en el artículo 20 de la Carta Fundamental, para evaluar si el acto recurrido puede ser calificado de tal.

En cuanto a lo ilegal del acto, se debe tener presente que éste lo es si se ha dictado o ejecutado en contravención a las normas que integran el ordenamiento jurídico chileno, esto es, no autorizado por el mismo (si se trata de una acción) o exigido por el mismo (si se trata de una omisión).

La evaluación de legalidad, por tanto, exige contrastar la decisión o el contenido del acto cuestionado con el sistema de normas que integra el Derecho nacional, sean del nivel constitucional, legal o infralegal.

En cuanto a la arbitrariedad, cabe entender que un acto es arbitrario en la medida que es contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

De acuerdo con la doctrina, un acto es arbitrario cuando es injusto, irracional, desproporcionado, caprichoso, o movido por el favoritismo o la odiosidad (José Luis Cea Egaña, Derecho constitucional chileno, tomo II, Ed. Universidad Católica de Chile, 2004, p. 633), y ausencia de fundamento racional o una manifestación del simple capricho del agente (Verdugo, Pfeffer y Nogueira, Derecho constitucional, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2002, p. 339);

Cuarto: Que el objeto de la presente acción de protección dice relación con la negativa y la omisión del Ministerio de Salud, el Servicio de Salud Metropolitano Sur y del Hospital Barros Luco Trudeau de entregar a la actora el medicamento Palbociclib, -en las dosis prescritas (125 mg) y por el tiempo que dure el tratamiento (seis meses)-, debiendo determinarse en consecuencia, si dicho proceder fue ilegal o arbitrario y en ese evento, conculcatorio de las garantías protegidas por este medio.

Quinto: Que, conforme ya se ha reseñado, la recurrente se encuentra actualmente con un diagnóstico de Cáncer de mama en Etapa IV con



metástasis de un tumor importante fuera de la zona mamaria, alojado en el hueso del esternón y algunos otros focos en otras partes esqueleto.

Sexto: Que los recurridos han señalado en sus informes y en la vista de esta acción, resumidamente, lo siguiente: que la decisión de no entregar cobertura o financiamiento a este tipo de medicamentos no puede ser estimado como ilegal o arbitraria, dado que ha sido el legislador quien ha establecido los mecanismos de cobertura y financiamiento en las acciones del estado vinculadas a las prestaciones de salud, marco regulatorio en el cual la Administración ha centrado su acción y ha decidido distribuir los recursos públicos de acuerdo a la asignación que corresponde en la fijación e implementación de políticas públicas de carácter universal y solidaria, no existiendo a este respecto fondos públicos de carácter ilimitado. Agregan que no existe evidencia científica sobre la efectividad del medicamento Palbociclib. En relación a la sobrevida libre de progresión, existe controversia respecto a su valor como predictor de cambio en la sobrevida global a largo plazo en pacientes con cáncer de mama avanzado. Con respecto a la toxicidad, señalan que el medicamento Palbociclib se asocia a más efectos adversos grado 3 - 4. Agregan en sus informes que no es solo el factor económico que impera en la decisión de otorgar financiamiento a un determinado medicamento, sino que, el motivo de no otorgarlo pasa de igual modo por una decisión basada en políticas de salud pública que apuntan a la equidad en la distribución de los recursos y que toman en cuenta la efectividad de un tratamiento, basada en evidencia científica.

Agregan los recurridos que el sistema de salud público chileno tiene, en lo que interesa, tres principales formas de coberturas que serían aplicables al caso.

a) El Régimen General de Prestaciones contenido en el Libro II del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, el que en su artículo primero establece las funciones y atribuciones del Ministerio de Salud: “(...), 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 coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

De esta forma, nuestro sistema de salud público posee un Fondo Nacional de Salud, que es administrado por un servicio de este mismo carácter, que se encarga de financiar, en todo o parte, de acuerdo a las políticas y prioridades de salud para el país que define el Ministerio de Salud



y de conformidad con lo dispuesto en el Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, a través de aportes, pagos directos, convenios u otros medicamentos establecidos mediante resolución para otorgar prestaciones a los beneficiarios en cualquiera de sus modalidades, por los organismos, entidades y personas que pertenezcan o no al Sistema de Salud del país. Luego, el Fondo Nacional de Salud está encargado de asegurar el otorgamiento de las prestaciones en las formas y condiciones establecidas por la ley.

b) El Sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES) contenido en la Ley N° 19.966, la que tiene como objetivo central, proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud, que representan la mayor carga de enfermedad del país. La forma de realizar la evaluación y priorización de la evidencia científica disponible sobre el resultado de estudios epidemiológicos y las investigaciones respecto de las intervenciones para prevenir, tratar o rehabilitar el impacto de estas enfermedades, contenida en los artículos 7° y siguientes del Decreto Supremo N° 121 de 2005 del Ministerio de Salud, que establece el Reglamento para la Elaboración y Determinación de las Garantías Explícitas en Salud.

c) El Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo, contenido en la Ley N° 20.850 -Ley Ricarte Soto-, cuerpo normativo que procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, alimentos y elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos respectivos, garantizando que ellos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia. No obstante, a diferencia de las primeras, la “Ley Ricarte Soto” permite dar financiamiento a tratamiento de alto costo asociados a patologías raras, tratamientos de segunda línea y otras que afectan a un menor número de personas, pero que producen un daño financiero catastrófico a quienes las padecen. Por ello, en el artículo 5° del citado cuerpo normativo dispone que: *“Los tratamientos de alto costo para condiciones específicas de salud con sistema de protección financiera, tales como enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes, serán determinadas a través de un decreto supremo del Ministerio de Salud, suscrito por el Ministro de Hacienda, de conformidad al*



procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento. 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°. 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 tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8°. d) Que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9°.

Séptimo: Que la exclusión de cobertura del medicamento no puede ser considerada ilegal, ya que no existe de parte de los recurridos una infracción a las normas vigentes que regulan esta materia. El medicamento cuya cobertura es solicitada por la presente acción de protección, no se encuentra incluido dentro del Régimen General de Prestaciones de Salud para el tratamiento del cáncer de mamas que padece la recurrente. Tampoco, posee cobertura financiera en el Sistema de Garantías Explícitas de Salud (GES) regulado por la Ley N° 19.966, ni encuentra financiamiento bajo el Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo que crea la Ley N° 20.850, Ley Ricarte Soto. Por lo mismo, la ausencia de cobertura del medicamento PALBOCICLIB, carece de la aptitud y potencialidad necesaria para infringir la garantía constitucional invocada a través de este recurso de protección.

Octavo: Que, igualmente, sostienen que la decisión adoptada no puede ser calificada como arbitraria, producto del mero capricho, sino que obedece a una decisión razonada, tomada en base a criterios objetivos y a evidencia científica. Por lo que, en principio, cabría descartar la arbitrariedad en ella.

Sin embargo, tal aserto debe ser sometido a revisión, pues en estas materias, de particular complejidad, no resulta extraño o infrecuente que, bajo argumentos de objetividad y evidencia científica, se esconda un criterio de carácter economicista, difícilmente compatible con los derechos fundamentales que se alegan como infringidos.

Noveno: Que, al parecer, llevan razón los recurrentes en este punto, pues de los antecedentes acompañados en sus informes fluye que existe – en principio- cierta discusión científica respecto de la efectividad del remedio en cuestión, al punto que la experiencia comparada es dispar respecto de su



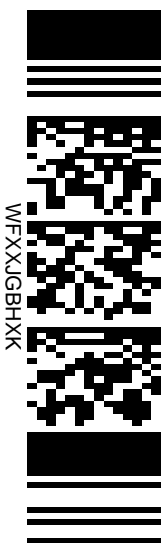
cobertura en los sistemas públicos de salud. De hecho, aparece como discutido y no pacífico que el medicamento Palbociclib tenga efectividad frente a estados de avance del cáncer mamario como los que muestra la paciente *sub iudice*. Todavía más, parte de la literatura entregada sugiere que el remedio tiene mejor expectativa de sobrevivencia global en cuadros de menor avance del cáncer y, en general, cuando no se han generado metástasis en el mismo.

Sin embargo, quedarse con estos antecedentes –que siempre pueden ser cambiantes, interesados o parciales- parece un error. En efecto, se trata de una materia de tal tecnicismo y especificidad que su valoración excede a esta Corte, por lo que no parece ser el camino adecuado para determinar el carácter arbitrario o no de las actuaciones del Estado, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. Resulta necesario, entonces, buscar otra aproximación para resolver el dilema detrás de una acción de protección como la de la especie.

Décimo: Que, sobre esto último, si bien es cierto que el médico tratante recomendó la utilización, como *ultima ratio*, de este remedio en esta fase avanzada de la enfermedad –algo que, por lo demás, no resulta extraño dada la relación paciente/médico que se genera en este tipo de padecimientos, inevitablemente complejos, dolorosos y desgastantes- la cuestión que resulta relevante de resolver es si ello es suficiente para alterar el diseño y determinación de una política pública nacional de prestación de un determinado remedio o de atención de salud pública.

Dicho de otra manera, lo que esta Corte considera prudente preguntarse es, en un caso como el de la especie, si resulta suficiente y determinante –para apreciar una afectación a una garantía fundamental y luego la obligación del Estado de dar la prestación reclamada- la opinión y recomendación del médico tratante, o deviene necesario un mayor apoyo epistémico a esa prescripción médica, que permita avizorar que ella es la mejor opción para la paciente en concreto, incluso contra la opinión de los órganos especializados.

La pregunta que fluye de esto, entonces, es sencilla: ¿Resulta suficiente, tratándose de una enfermedad grave y potencialmente mortal –de aquellas que ponen en riesgo la vida del paciente-, que el médico tratante, en cualquier estado de evolución de la misma y con independencia de su efectividad, prescriba un determinado remedio y que ello sea vinculante para el Estado, de modo que su negativa a financiarlo devenga siempre en una decisión arbitraria?



La respuesta a esta pregunta, a juicio de esta Corte, no resulta en lo absoluto evidente ni pacífica y, por lo mismo, no siendo entonces una cuestión indubitada –que el tratamiento sea el idóneo y necesario en la especie- no puede considerarse que el actuar de las recurridas, de negarse a dar cobertura al remedio Palbociclib, pueda ser considerado como caprichoso.

Undécimo: Que, de hecho, en el caso *sub iudice*, salvo alguna referencia general, en el recurso y en el informe del médico tratante, a una recomendación del Comité de Oncología, lo cierto es que no se acompañó ningún antecedente concreto y específico al respecto que permita confirmar tal aserto, en términos que sea dable considerar que la *lex artis* asociada al tratamiento de esta enfermedad –y en el estado de avance de la misma- sugiera como mejor opción –por sobre la evaluación experta de los organismos estatales, que, por lo demás, devendría en caprichosa- la entrega del remedio solicitado.

Duodécimo: Que, de acuerdo a lo antes expuesto y sin que se advierta vulneración alguna de las garantías fundamentales señaladas en el libelo, el recurso de protección deducido en estos autos deber ser desestimado.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza** el recurso de protección deducido por don Gabriel Alejandro Zúñiga Aravena, en representación de doña Magaly Simpson Molina, en contra del Ministerio de Salud, del Servicio de Salud Metropolitano Sur, y del Hospital Barros Luco Trudeau.

Regístrese y Archívese en su oportunidad.

Redacción del abogado integrante señor Ignacio Castillo Val.

Rol N°296-2021 Protección.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por la Ministro señora Ana Cienfuegos Barros, Fiscal Judicial señora Carla Troncoso Bustamante y Abogado Integrante señor Ignacio Castillo Val. No firma la Ministro señora Cienfuegos, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo, por encontrarse ausente.





WFXXUGBHKK

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de San Miguel integrada por Fiscal Judicial Carla Paz Troncoso B. y Abogado Integrante Ignacio Javier Castillo V. San miguel, veintinueve de abril de dos mil veintiuno.

En San miguel, a veintinueve de abril de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>