

San Miguel, a diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece doña Norma Inés Carrasco Matus chilena, casada, pensionada, domiciliada en calle Mauricio Rugendas, N°068, comuna de Talagante, Región Metropolitana, interpone recurso de protección contra del Hospital San Juan de Dios, con domicilio en calle Portales número 3239, comuna de Santiago, Región Metropolitana, representada legalmente por Midori Sawada Tsukame, médico cirujano de igual domicilio, del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, representado legalmente por Francisco Miranda Guerrero, médico, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Alameda Bernardo O'Higgins número 2429, comuna de Santiago, Región Metropolitana y de la Subsecretaría de Redes Asistenciales representada legalmente por Alberto Dougnac Labatu, médico, ambos domiciliados en calle Mac Iver, número 541, comuna de Santiago, Región Metropolitana, por los hechos que pasa a exponer.

Indica que en el año 2016 fue diagnosticada de cáncer de mama HER2, siendo sometida inicialmente a tratamiento de quimioterapia y diversos medicamentos, prescribiéndole en noviembre de 2020 la droga "Trastuzumab Emtansine", medicación de última generación y de alto costo, cuya adquisición fue rechazada por el Ministerio de Salud. Cada ampolla de la referida medicina tiene un costo aproximado de \$4.000.000 y necesita 18 ampollas, para un año de tratamiento.

Expresa que se dirigió a Fonasa, entidad en que le respondieron que la prestación reclamada no se encuentra garantizada para su problema de salud, similar repuesta recibió del hospital recurrido ya que la Subsecretaría de Salud negó la adquisición del mismo.

Refiere que el medicamento del que se trata mejora la supervivencia general de los pacientes con cáncer, sin que se le hayan otorgado razones que justifiquen la negativa de compra de la medicina a pesar que su médico tratante la ha prescrito.



Señala que los recurridos son los responsables de otorgar prestaciones y tratamientos de salud de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 18.469 del año 2004 que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de Prestaciones de salud”, obligación irrenunciable para los hospitales y servicios de salud.

Reclama que el protocolo para el tratamiento con el medicamento en comento señala que el beneficiario debe registrarse de acuerdo con lo señalado en la Ley 20.850 y que el decreto N°2 que determina los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera de Ley N° 20.850, menciona en su N° 9 el tratamiento basado en Trastuzumab para el cáncer de mamas que sobreexpresa el gen HER2, por consiguiente, la cobertura para el otorgamiento del medicamento existe.

Aclara que el objeto de su recurso es reclamar respecto de cada uno de los recurridos para que desplieguen y arbitren los medios, las facultades y atribuciones con que la propia constitución y la ley los ha dotado, con sentido de oportunidad y en aras de su derecho al restablecimiento de la salud, y no reemplazar la gestión gubernamental en estas materias.

Opina que la negativa del hospital recurrido de entregarle la medicación que requiere, constituye un acto arbitrario e ilegal que atenta en contra de sus garantías constitucionales, en específico su derecho a la vida y a la integridad física, en cuanto se le ha negado la entrega del tratamiento que los recurridos se encuentran obligados a prestar de manera eficiente para mantener y salvaguardar el referido derecho.

Agrega que el proceder de las recurridas vulnera su derecho a la protección a la salud, en virtud del cual éstas no pueden retrasar la entrega de tratamientos esgrimiendo argumentos administrativos, económicos o de otra índole, cuando se trata de aquellos necesarios para asegurar la supervivencia y calidad de vida de la persona.

XXVXKZBGRP



Solicita que se ordene otorgarle con cargo a la autoridad sanitaria, el tratamiento farmacológico “Trastuzumab Emtansine”, mientras los médicos tratantes así lo determinen, en las dosis y tiempo que sea necesario y ordenar todas las demás medidas que se estimen pertinentes, con costas.

Segundo: Que informa don Marcelo Andrés Velásquez Bravo, abogado, en representación del Hospital San Juan De Dios, indicando que la recurrente se atiende en dicho recinto. Se refiere latamente al tratamiento que se le ha aplicado a la paciente, indicando que el medicamento sobre el que versa el recurso es una alternativa de quimioterapia paliativa, cuya compra fue rechazada por el Comité de Drogas de Alto Costo del MINSAL, puesto que éste no se utiliza en pacientes que se encuentren en la fase de cáncer en que se encuentra la recurrida, sino en una etapa mayor.

Advierte que el tratamiento que se ha aplicado hasta la fecha a la paciente es el correcto para su diagnóstico y que se realizó la derivación en red de su caso sin que se haya recibido respuesta formal de las instituciones que la conforman, agregando que en enero de 2021 la recurrente efectuó un reclamo en el Hospital pidiendo ayuda para la compra del medicamento en cuestión debido a que el Ministerio de Salud no aprobó la adquisición del mismo, ante ello, se le indicó que debía reingresar una solicitud de financiamiento a fin de que el Ministerio de Salud y la Red Social subsidien la compra del medicamento, sin que aquella haya presentado la documentación actualizada para dicho proceso.

Precisa que la actora ha recibido las debidas atenciones y prestaciones, esto es, el tratamiento correspondiente en virtud de su diagnóstico, el cual ha constado tanto de prestaciones quirúrgicas como farmacológicas y que las medicinas que no se encuentran en su poder son gestionadas mediante la respectiva solicitud de auxilio extraordinario al Ministerio de Salud.

Tercero: Que informan en idénticos términos don Esteban Pérez Morales, abogado, actuando en representación del Servicio de Salud



Metropolitano Occidente y don Jorge Hübner Garretón, abogado, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, quienes se refieren a la planificación sanitaria que supone a distribución priorizada de los recursos físicos y humanos, dentro de la cual, la negativa del financiamiento de tratamientos de alto costo no sólo obedece a una razón puramente económica, sino que a elementos éticos y sanitarios.

Sostienen que cuando se condena al Estado a financiar un medicamento de alto costo fuera de las coberturas legales previstas, se obliga al fisco a adquirirlo para garantizar una prestación, otorgando a los laboratorios la facultad de venderlo a un precio que sólo queda a su arbitrio, interpretando los tribunales además un caso de manera individual sin atender a criterios objetivos y técnicos que posee la autoridad administrativa.

Alegan la improcedencia de la acción deducida puesto que no se verifican los supuestos de la misma. Se refiere a la normativa aplicable en la especie, esto es, el D.F.L 1 de 2005 del Ministerio de Salud, el Sistema de Garantías Explícitas en Salud regulado en la Ley N° 19.966 y el Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo regulado en la Ley N° 20.850 “Ley Ricarte Soto” que procura otorgar garantías relativas al acceso, calidad, oportunidad y protección financiera universal a medicamentos de alto costo. Dichos tratamientos se determinan mediante un decreto supremo del Ministerio de Salud suscrito también por el Ministro de Hacienda, de conformidad al procedimiento establecido en esa ley y en el respectivo reglamento cuando cumplen con ciertas condiciones objetivas, entre ellas, que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9°. Puntualiza que el proceso destinado a determinar los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera es uno de carácter técnico, científico, económico y social a cargo de la Subsecretaría de Salud Pública.

En tal contexto, argumentan que no existe en la especie un acto arbitrario o ilegal, ya que según el informe de efectos deseables y no



deseables del Departamento de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Salud basada en la Evidencia, el efecto de Trastuzumab Emtansina para el tratamiento de segunda línea del cáncer de mama HER2 (+) en este tipo de pacientes es difícil de estimar respecto de la mortalidad a largo plazo, refiriéndose extensamente a los estudios que así lo determinan, de los que concluye que el uso del fármaco en el sistema chileno, que corresponde a uno de menores recursos y con un umbral de pago menor al de los países en cuestión, no sería costo-efectivo, factor económico que impera en la decisión de otorgar financiamiento a un determinado medicamento, donde el motivo de no otorgarlo corresponde a una decisión basada en políticas de salud pública que apuntan a la equidad en la distribución de los recursos.

Se exponen respecto del tratamiento que ha recibido la paciente, quien obtuvo una respuesta negativa por el DAC MINSAL, ya que la medicina que exige sólo se indica para pacientes con cáncer de mama HER 2 positivo, que tras una quimioterapia neo adyuvante con Herceptina y al ser operadas quedaron con enfermedad residual, de manera que la droga no es aprobada para otras indicaciones como en este caso en que la paciente está metastásica y progresa a terapia antiHER2, de manera que pese a la indicación de su médico tratante la afectada ya no reúne los requisitos de inclusión de acuerdo al protocolo clínico de la propia normativa para acceder al medicamento en cuestión. Añade que en todo caso es imprescindible que el médico tratante informe acorde a la evidencia científica disponible, ya que la sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten otorgar su cobertura según ha señalado la última jurisprudencia.

Comentan que los requerimientos del tenor de los que formula la recurrente, al ser acogidos por los tribunales de justicia, alteran la gestión administrativa en la Red Asistencial de forma trascendente puesto que los recursos públicos son limitados y deben disponerse de la forma más eficiente y eficaz posible y contravienen la evidencia científica que se encuentra respaldada por la regulación del sistema



que define estos criterios, el que está dispuesto precisamente para evitar la arbitrariedad en las decisiones, existiendo una normativa legal y reglamentaria que ha sido prevista en cada uno de los aspectos que implica la toma de esta clase de decisiones.

Indican que la recurrente procura en estos autos una declaración o reconocimiento de su pretensión, sin que exista una facultad legal expresa que permita acceder a lo solicitado, ya que ha sido el legislador el que ha previsto una normativa legal y reglamentaria al respecto, lo que no implica que los tribunales de justicia puedan ejecutar una aplicación extensiva de tales disposiciones.

Reiteran que si bien el medicamento requerido por la actora se encuentra garantizado mediante ley Ricarte Soto, la condición actual de la paciente no le permitiría acceder a la cobertura porque no reúne los criterios de inclusión necesarios, porque tampoco el medicamento aseguraría la efectividad del tratamiento, y en cuanto al rechazo del Comité de Drogas de Alto Costo del Ministerio de Salud, esgrime que en el caso de la paciente ésta no reúne condiciones de efectividad suficientes para ser priorizada.

Sostienen que en la especie no se verifica en ningún caso un atentado a la igualdad ante la ley, y que, al contrario, si se ordena el financiamiento de un tratamiento fuera de la cobertura legal, se estarían estableciendo los privilegios y las condiciones diferenciadas entre los pacientes y usuarios del sistema público de salud. En lo relativo al derecho a la salud, declaran que la no cobertura de este medicamento dice relación con la falta de evidencia científica de la tecnología solicitada para el diagnóstico en particular y que sostener la existencia de un derecho a la salud en términos literales resulta inadecuado ya que implicaría un derecho a estar sano, cuestión que resulta impracticable.

En lo tocante al derecho a la vida e integridad física y psíquica arguyen que la ley le ha otorgado a la Subsecretaría la atribución de evaluar los diagnósticos y tratamientos que se incluirán en el régimen general de prestaciones en salud previa evaluación científica,



añadiendo que no procede la cobertura en sede de protección 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.

Consideran que obligar a la Administración Pública por una sentencia judicial a la entrega de un tratamiento de alto costo va en contra de la normativa que determina los diagnósticos y tratamientos de esa clase, en contra de la evidencia científica disponible parámetro en el cual se basan las decisiones de priorización y financiamiento de la autoridad sanitaria, y altera la gestión administrativa en la Red Asistencial sustancialmente debido a que en el más corto plazo debe ejecutar las gestiones para la compra de determinados medicamentos y tratamientos que finalmente pueden dejarse de administrar, producir los efectos adversos prevenidos por la autoridad o bien, que no produzcan la eficacia prevista por los recurrentes. De modo que, la decisión de no entregar cobertura o financiamiento a este tipo de tratamientos no puede ser estimada como ilegal o arbitraria dado que ha sido precisamente el legislador quien ha establecido los mecanismos de cobertura y financiamiento en las acciones del estado vinculadas a las prestaciones de salud.

Concluyen que en ningún caso se verifica una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitrario, que prive, perturbe o amenace los derechos consagrados en la Constitución por lo que no cabe sino rechazar la presente acción constitucional.

Cuarto: Que a requerimiento de esta Corte, emitió informe la doctora Karina Peña Negrete, médico tratante de la actora en el hospital recurrido, quien detalla el tratamiento al que aquella ha sido sometida, del que se desprende que en el “Comité de Mama” de 23 de julio de 2020 se le indica QMT paliativa con TDM1, al que no se puede acceder en ese momento por no estar aprobado por el DAC MINSAL.

Respecto de la medicina en cuestión, el informe expresa que su eficacia como tercera y segunda línea de tratamiento fue demostrada en estudios, con resultados de una significativa sobrevida libre de



progresión y sobrevida a favor del TDM1 de 22,7 versus 15,8 meses. También se asocia con una menor incidencia de eventos adversos, secundarios al tratamiento, detallando el “Estudio fase III Emilia” que evaluó el papel del medicamento en pacientes previamente tratadas con Transtuzamab y taxanos.

Establece que basado en los estudios que analiza el TDM1 es la terapia preferida en segunda y tercera línea de tratamiento tras progresión de la enfermedad al estar en tratamiento con pertuzumab, y finaliza indicando no otorgar el medicamento no representa un peligro inminente a corto plazo (meses), pero se producirá deterioro de la calidad de vida de la paciente con progresión más rápida de la enfermedad neoplásica y disminución de la sobrevida.

Quinto: 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 Republica, 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.

Sexto: Que el asunto que se somete al conocimiento de esta Corte dice relación con la negativa de entregar a la persona por quien se recurre el medicamento denominado “Trastuzumab Emtansine” para la patología que aquella presenta, debiendo determinarse, si dicho proceder fue ilegal o arbitrario y en tal evento, vulneratorio de las garantías protegidas por este medio, sin que se discuta por las recurridas la existencia del padecimiento que presenta la paciente.



Séptimo: Que del mérito de los antecedentes y de las alegaciones efectuadas por las recurridas en sus informes, se depende que resulta un hecho indubitado que la recurrente mantiene la calidad de paciente del hospital recurrido siendo diagnosticada el año 2016 de cáncer de mama HER2, quedando sometida inicialmente a tratamiento de quimioterapia y diversos medicamentos, prescribiéndole su médico tratante en noviembre de 2020 la droga “Trastuzumab Emtansine”, medicación de última generación y de alto costo, cuya adquisición fue rechazada por el Ministerio de Salud, aduciendo que resulta improcedente su financiamiento al no verificarse los presupuestos legales para ello, contemplados en el DFL 1 de 2005, del Ministerio de Salud, Ley 19.966 (GES), y Ley 20.250 (Ricarte Soto).

Octavo: Que, para la resolución del recurso intentado, resulta necesario consignar que el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República prescribe que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Este deber de servicialidad aparece reiterado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 18.575—cuerpo normativo dictado por mandato del artículo 38 de la Carta Fundamental-, el cual agrega que la finalidad de la Administración del Estado es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. En tanto el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política estatuye que: “La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

Noveno: Que, del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por el Ministerio de Salud para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta la recurrente, esto es cáncer de mama cáncer de mama HER2, es de orden administrativo-económico, toda vez que, si bien sostiene, en un primer



momento, que la negativa para no otorgar cobertura estriba en que el medicamento no resulta aprobado para otras indicaciones como en este caso en que la paciente está metastásica y progreso a terapia antiHER2, de manera que pese a la indicación de su médico tratante la afectada ya no reúne los requisitos de inclusión de acuerdo al protocolo clínico de la propia normativa para acceder al medicamento en cuestión, sin agregar mayores antecedentes, agregando que en todo caso resulta imprescindible que el médico tratante informe acorde a la evidencia científica disponible, y por otro lado le corresponde uno de menores recursos primando una relación costo-efectivo, factor económico que impera en la decisión de otorgar financiamiento a un determinado medicamento, donde el motivo de no otorgarlo corresponde a una decisión basada en políticas de salud pública que apuntan a la equidad en la distribución de los recursos.

Décimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la recurrida 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 actora, 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, prescrito por un especialista, que informó que conforme al “Comité de Mama” de 23 de julio de 2020 se le indica QMT paliativa con TDM1, al que no se puede acceder en ese momento por no estar aprobado por el DAC MINSAL para el tratamiento de la patología que ella sufre.

Resultando ineludible para esta Corte adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para adquirir y suministrar el fármaco identificado “Trastuzumab Emtansine” TDM1, mientras los



médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.

Undécimo: Que, asimismo, cabe destacar que según se desprende de las alegaciones de la recurrida Ministerio de Salud descritas en el considerando tercero precedente, resulta contradictorio lo aseverado en cuanto a indicar primero que pese a la indicación de su médico tratante la afectada ya no reúne los requisitos de inclusión de acuerdo al protocolo clínico de la propia normativa para acceder al medicamento en cuestión, para luego señalar que resulta imprescindible que el médico tratante informe acorde a la evidencia científica disponible, informe que en todo caso ya fue incorporado en la tramitación del presente arbitrio, lo que reafirma las conclusiones arriba señaladas; y que va en la línea de lo señalado en estrados por otra de las recurridas, en cuanto a que se requiera del Ministerio de Salud del auxilio extraordinario de recursos financieros para la adquisición del medicamento.

Duodécimo: Que, en consecuencia, y habiendo arribado este tribunal a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo a la recurrente, en tanto pone en serio e inminente riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se acoge**, la acción constitucional deducida por Norma Inés Carrasco Matus en contra del Hospital San Juan de Dios, del Servicio de Salud Metropolitano Occidente y del Ministerio de Salud, quienes deberán otorgar a la recurrente la cobertura y financiamiento respecto del medicamento Trastuzumab Emtasine (TDM-1 o Kadcyła), mientras el médico tratante así lo determine, con el objeto de que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento indicado.

Regístrese y comuníquese en su oportunidad, archívese.

Redacción del ministro Leonardo Varas Herrera.



Rol N° 574-2021-PROT

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por los ministros Roberto Contreras Olivares, Ma. Alejandra Pizarro Soto y Leonardo Varas Herrera.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de San Miguel integrada por los Ministros (as) Roberto Ignacio Contreras O., Maria Alejandra Pizarro S. y Ministro Suplente Leonardo Varas H. San miguel, diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno.

En San miguel, a diecisiete de noviembre 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 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.