

C.A. de Santiago

Santiago, once de enero de dos mil veintidós.

Vistos:

Comparece Karem Neubauer Rojas y Marco Antonio Salas Muñoz, abogados, ambos domiciliados en Agustinas 1442, oficina 606, comuna de Santiago, Región Metropolitana, interponiendo Acción de Protección a nombre de donña **Lylia Carolina Orellana Cohen**, divorciada, domiciliada en calle Los Almendros, comuna de Pudahuel, de oficio emprendedora PYME, en contra del **Ministerio de Salud**, como en contra de su representante legal, el Ministro de Salud, don Enrique Paris, ambos domiciliados en calle Mac Iver No 541, a raíz de la respuesta del Ministerio de Salud que consta en copia de correo electrónico de fecha 8 de Junio del año 2021, remitido por la Sra. Priscilla González Romero, Jefe (S) del Departamento manejo integral del Cáncer y otros Tumores del Ministerio de Salud, a la Doctora Karina Peñá, médico tratante de la recurrente, que manifiesta la negativa de la recurrida de entregar el medicamento **ALECTINIB** para el tratamiento del cáncer, lo que amenaza la garantía constitucional del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República.

Solicita se acoja, con costas el recurso en todas sus partes, decretando que se deje sin efecto la decisión antes referida, ordenando la efectiva protección de su parte y disponiendo la entrega del medicamento **ALECTINIB** en la dosis prescrita, asegurando así el restablecimiento del derecho al proteger la vida e integridad física y psíquica de la paciente que adolece de Cáncer Pulmonar Etapa IV.



Expone que la recurrente de 43 años de edad, madre de dos hijas adolescentes, afiliada a FONASA, fue diagnosticada de Cáncer pulmonar en el año 2020 a sus 42 años de edad, el que fue tratado en el Hospital San Juan de Dios, precisando que en el día 25 de agosto del año 2020 la citan para informarle el resultado de la biopsia, el cual arrojó que tenía un CANCER AL PULMON EN ETAPA IV y que las probabilidades de obtener tratamiento en el Hospital serían prácticamente nulas, ya que el Comité rechazaría su caso por la baja probabilidad de recuperación, le recomendaron ir a casa a descansar y preparar todos los aspectos legales en resguardo de sus hijas menores.

Frente a este “desahucio” por parte del Hospital público San Juan de Dios, concurrió a la Clínica Dávila en busca de una segunda opinión, donde fue atendida por la oncóloga Dra. Melgoza, quien la derivó al Centro Bradford Hill, para ver si calificaba en los estudios clínicos destinados a pacientes oncológicos, que no tienen costo alguno para las pacientes.

Indica que a fines de septiembre del año 2020, le informan que no calificó para el estudio y la devuelven con resultado molecular positivo a ALK. Sin embargo la Dra. Melgoza le informó sobre las nuevas drogas para alargar la vida en una etapa IV y mejorar la calidad de vida, razón por la cual inició tratamiento con Crizotinib 250mg c/12 horas con fecha 12-10-20, lo que en un principio mejoró la disnea y la tos; no obstante aquello, en marzo 2021 comienza con síntomas de progresión de la enfermedad que se confirman con TAC realizado en abril del 2021.



Agrega que en el mes de mayo 2021, su estado de salud se agravo, al punto de costarle caminar, realizar movimientos básicos, adquirió un color gris en su piel dada la cianosis por falta de oxígeno, insomnio, dificultad para respirar, mayor sibilancia pulmonar, por lo que solicita otra opinión de un broncopulmonar y éste doctor decide actualizar examen de imágenes, otro TAC CT, realizado el 19 de mayo de 2021, arrojando lo siguiente: “Aumento de tamaño de lesión pulmonar derecha actualmente determinando completa obstrucción de bronquio”

Expone que el día 23 de mayo de 2021, el compromiso pulmonar era mayor, con una saturación que llegó a 55 (SPO2), por lo que tuvo que ser ingresada a Urgencia donde realizan nuevamente estudios radiológicos, que demuestran que el bronquio estaba completamente obstruido y comienza con oxígeno domiciliario de 15 litros. Se informa a la oncóloga y ella inmediatamente emite orden de prescripción del medicamento ALECTINIB. (Doctora oncóloga Dra. Geraldine Melgoza de Clínica Dávila).

Precisa que el día 24 de mayo de 2021, comienza con 8 capsulas diarias, gracias a una caja que le fue donada por un paciente del grupo de cáncer para una semana, así tuvo tiempo de recaudar los \$5.399.439, valor IVA incluido que cuesta su tratamiento para un mes.

Señala que a la semana de estar tomando el ALECTINIB, su condición de salud mejoro considerablemente, su saturación aumento a 90, desaparecieron los ahogos y las sibilancias, disminuyo



el dolor y se redujo el oxígeno a naricera, con solo 2 litros en las noches.

Luego se enviá solicitud al Hospital San Juan de Dios para tramitar continuidad de ALECTINIB en el DAC (Comité de Drogas de Alto Costo) del MINSAL, dado que a las 2 semanas de tratamiento con ALECTINIB, desapareció la tos, el dolor y ya no es oxígeno dependiente.

Indica que a la tercera semana de tratamiento con ALECTINIB lleva una vida prácticamente normal, y con ejercicios suaves de resistencia. En la cuarta semana, ya puede hacer todos los movimientos sin mayor esfuerzo, incluso retomó su trabajo, duerme bien y puede respirar profundamente sin problemas.

Con fecha 8 de Junio de 2021, la oncofoga del Hospital SAN JUAN DE DIOS, la Dra. Peñá le comunica que el Comité DAC mediante respuesta enviada mediante correo electrónico en esta misma fecha, rechazó el medicamento solicitado sin esgrimir argumento alguno.

Estima que los hechos descritos dan cuenta del abandono que sufrió la recurrente por parte del sistema público de salud.

Refiere que que el tratamiento utilizado anteriormente no estaba dando resultado ya que su enfermedad “evidencia progresión”, según señala expresamente en informe médico de fecha 15 de junio del 2021 por su médico Oncofoga Dra. Geraldine Melgoza.



En cuanto al derecho, expone que la negativa del Ministerio de Salud, de proporcionar a la paciente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de la actora.

Hace alusión a los estudios relativos al medicamento, precisando que los pacientes tratados con ALECTINIB vivieron más del doble de tiempo sin que la enfermedad empeorara o regresara, que los pacientes tratados con CRIZOTINIB. ALECTINIB tuvo también mejores resultados en prevenir la diseminación y el crecimiento del cáncer en el cerebro y el sistema nervioso central.

Argumenta que el acto arbitrario e ilegal que afecta los derechos de la paciente Doña LYLIAN CAROLINA ORELLANA COHEN, a cuyo favor se impetra este recurso, consiste en la respuesta del Ministerio de Salud que consta en copia del correo electrónico de fecha 8 de Junio del año 2021, remitido por la Sra. Priscilla Gonzalez Romero, Jefe (S) del Departamento manejo integral del Cáncer y otros Tumores del Ministerio de Salud, remitido a la Doctora Karina Peñã, médico tratante de la recurrente, que señala en lo pertinente, que “para el Cáncer pulmonar ALK (+) en tratamiento de segunda línea con Alectinib iniciado extrasistema, de momento comité DAC no está aprobando uso de ALECTINIB”.



Estima que la arbitrariedad consiste en la ausencia de razón o fundamento para el rechazo del medicamento prescrito, lo que vulnera los derechos de la actora. En efecto, precisa que no existe ningún motivo jurídico expresado en la comunicación referida, que sustente la decisión de no proporcionar el medicamento, sino que el recurrido únicamente se limita a señalar que “*DE MOMENTO COMITE’ DAC NO ESTA’ APROBANDO USO DE ALECTINIB*”

En cuanto a la ilegalidad, refiere que la medida de la recurrida incumple lo establecido en el artículo 1º del DFL No 1/2005, que establece las funciones y atribuciones del Ministerio de Salud: “Artículo 1º.- Al 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.”

Informando el Ministerio de Salud, solicita su íntegro y total rechazo.

Alega improcedencia de la acción constitucional deducida, toda vez que el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad sobre derechos preexistentes e indubitados sean evidentes u ostensibles, atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata, ilegalidad y arbitrariedad, las cuales no se verifican en la especie respecto del Ministerio de Salud.



Expone que el hecho de otorgar cobertura a tratamientos con escasa, baja o moderada evidencia científica sobre su efectividad que además representan un costo económico elevado, provoca una distorsión en la planificación sanitaria como actividad de regulación y priorización de la Administración del Estado, respecto de las cuales ha tenido a la vista al momento de fijar las prioridades en materia de salud pública. En ese sentido con ocasión de la pandemia ocasionada por COVID-19, la Exma. Corte Suprema ha señalado que no es posible alterar las atribuciones de la autoridad sanitaria por la vía del recurso de protección -como en el caso concreto se ha solicitado- puesto que *“debe considerarse que la autoridad administrativa del Estado, cuyo superior es el Presidente de la República, cumple con la función que le es propia a través de los órganos administrativos creados para ello, dentro de los cuales destacan los Ministerios y, en concreto, en materia de salud y salubridad pública, aquello se materializa vía el Ministerio de Salud, según lo prescrito en el artículo 1 de su Ley Orgánica, en cuanto dice que a este “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”. En ese contexto, también aparece del mérito de los antecedentes que la pretensión de la actora es improcedente en el marco de esta acción cautelar, pues derechamente se arroga potestades que el constituyente ha radicado de manera exclusiva en el Poder Ejecutivo (...).”*



Argumenta la falta de una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitraria imputable a las autoridades recurridas, precisando el marco normativo de las principales coberturas del Sistema de Salud Público Chileno.

Al efecto hace referencia al Régimen general de prestaciones contenido en el Libro II del D.F.L 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; El Sistema de Garantías Explícitas en Salud (en adelante, “GES”) regulado en la Ley N° 19.966; El Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo regulado en la Ley N° 20.850 (en adelante, “Ley Ricarte Soto”).

En cuanto a la situación médica de la paciente, indica que actualmente tiene el diagnóstico de cáncer de pulmón etapa IV ALK (+). De acuerdo a los antecedentes en la causa, el Hospital San Juan de Dios, ha brindado todas las intervenciones quirúrgicas y ha dispuesto los tratamientos y acciones requeridos que cuentan con cobertura de acuerdo a las Garantías Explícitas en Salud (GES). Dichas intervenciones médicas han sido efectuadas tanto en la Red del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, así como también, en el extrasistema.

Argumenta que habiéndose consultado con el Comité de Drogas de Alto Costo de esta Secretaría de Estado, que decide la aprobación de algunos medicamentos según criterios clínicos basados en evidencia, precisa que se indicó que el comité oncológico del referido hospital mediante solicitud, aportó los antecedentes médicos



del caso, y el Comité de Drogas de Alto Costo procedió a evaluar el caso, y autorizó en octubre del año 2020 el tratamiento de Crizotinib 250 mg cada 12 horas. De acuerdo a lo señalado en informe de 28 de mayo de 2021, de su médico tratante Karina Penã, recibió el tratamiento durante siete meses, por lo que ante la indicación de Alectinib, la paciente decide iniciar terapia en el extrasistema con financiamiento propio, atendándose en Clínica Daívila. Por su parte, se solicita nuevamente al Comité de Drogas de Alto Costo del Ministerio de Salud, la autorización del tratamiento Alectinib, y en el mes de junio de 2021 se rechaza su solicitud, señalando que de momento dicho tratamiento no se encuentra aprobado ni priorizado dentro de las Drogas Oncológicas de Alto Costo, lo que se ajusta a lo establecido mediante la Resolución Exenta N° 310 de fecha 31 de marzo de 2021, de la Subsecretaría de Salud Pública y el Director Nacional de Fonasa, en el sentido de que solo se encuentra priorizado el tratamiento para cáncer pulmonar ALK (+) en primera línea, y no en segunda línea como lo ha solicitado la paciente, una vez iniciado su tratamiento en el extrasistema, circunstancia que tampoco le atañe a la red de salud pública a este respecto.

Indica que al considerarse solo el criterio de un médico tratante, que no es capaz de fundar en una categoría de evidencia, que tenga mayor calidad, se está adoptando en definitiva una decisión judicial contra la evidencia científica y de la planificación sanitaria.

Agrega que no existe evidencia suficiente respecto al uso de este medicamento. De acuerdo a un informe de evidencia de



Alectinib versus Crizotinib en personas con cáncer de pulmón ALK positivo, del Departamento de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Salud basada en evidencia, de la División de Planificación Sanitaria de la Subsecretaría de Salud Pública, el tratamiento de Alectinib solo reúne evidencia parcial respecto del uso, el cual no es superior a la utilización de Crizotinib.

Indica que las instituciones recurridas no disponen de una discrecionalidad absoluta para autorizar dicho financiamiento –y mucho menos, sin la evidencia científica que pueda justificarlo-.

Finalmente alega la inexistencia de garantías constitucionales vulneradas.

Se ordenó traer los autos en relación y se dispuso la agregación extraordinaria de esta causa.

Considerando:

Primero: El recurso de protección corresponde a una acción constitucional, de naturaleza cautelar, cuya característica predominante es la de estar destinada a proteger el legítimo ejercicio de ciertos derechos fundamentales, frente a menoscabos derivados de acciones u omisiones de carácter ilegal o arbitrario, en que pueden incurrir autoridades o particulares.

Por ende, una condición esencial para su procedencia es la existencia de algún acto –atribuible a un particular o autoridad-, que responda a la cualidad de ilegal o arbitrario;

Segundo: En el caso, no existe controversia respecto de la existencia del acto que se reprocha por esta vía, esto es, la negativa



de la cobertura del medicamento denominado Alectinib, de alto costo, que le fuera prescrito para el tratamiento del cáncer pulmonar grado IV ALK (+) que le afecta, por lo que la cuestión a determinar es si dicho actuar puede ser calificado como ilegal y/o arbitrario;

Tercero: El fundamento de tal negativa, según se aprecia del correo electrónico de fecha 8 de Junio del año 2021, es el siguiente: “para el Cáncer pulmonar ALK (+) en tratamiento de segunda línea con Alectinib iniciado extrasistema, de momento comité DAC no está aprobando uso de ALECTINIB”;

Cuarto: Del análisis de lo expuesto en el recurso por las partes y documentos allegados, no se advierte, que la recurrida haya incurrido en un acto arbitrario ni ilegal, porque la decisión de negar a la recurrente el tratamiento de su enfermedad con el fármaco Alectinib, se basó en primer término en la falta de una real evidencia científica, sin perjuicio que solo se cuenta con el relato de la recurrente e informe de la médico tratante, en orden al progreso obtenido con el cambio del tratamiento inicial y, por otra parte guarda relevancia la existencia de criterios definidos previamente en una normativa legal y reglamentaria, en cuanto a que el citado medicamento no se encuentra determinado para ser financiado en pacientes con cáncer pulmonar en segunda línea, caso de la actora;

Quinto: Es así como se debe tener presente que el Sistema de Protección Financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, (Ley 20.850) es un mecanismo normado y reglado, en que distintas disposiciones legales y reglamentarias establecen los objetivos de tal Sistema, los métodos y procedimientos para seleccionar las condiciones de salud de tratamientos asociados que se



financian, así como los requisitos para acceder a esos tratamientos, por quienes se encuentren afectados por una determinada condición de salud, cuyo diagnóstico o tratamiento es de alto costo;

En tal contexto, los artículos 7° y siguientes de la Ley 20.850 regulan el proceso de evaluación, recomendación priorizada y decisión destinado a determinar los diagnósticos y tratamientos de alto costo con Sistema de Protección Financiera;

Sexto: Existe una detallada, técnica y completa regulación para este sistema de financiamiento estatal, que apunta, por tratarse de una política pública de salud, a evitar precisamente la arbitrariedad en las decisiones; por lo que existe una normativa legal y reglamentaria que ha sido prevista en cada uno de los aspectos que involucra la toma de decisiones en esta importante y delicada asignación de recursos, que no puede ser modificada en el interés individual, de casos que por muy lamentables se presenten, sino cumplen con los requisitos que la normativa legal contempla;

Séptimo: Por lo anterior, existiendo un procedimiento regulado para la incorporación al financiamiento público de tratamientos de alto costo, la respuesta del Ministerio de Salud, no puede considerarse ilegal ni arbitraria, máxime si el citado medicamento, conforme al documento informativo del “Depto. de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y de Salud, Basada en Evidencia”, acompañado por el Ministerio de Salud, da cuenta que los estudios solo atienden a una evidencia parcial, y para pacientes que no han recibido un tratamiento previo, es decir pacientes de primera línea;

Octavo: No resulta 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 incide en el ámbito de las políticas públicas, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello;

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;

Noveno: En definitiva no se advierte por esta Corte la concurrencia de una conducta, acción u omisión arbitraria por parte de la recurrida que pueda afectar a las garantías constitucionales de la recurrente, a saber, "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", puesto que éste derecho dice relación con actos positivos que amanecen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, empero en el caso, la amenaza está dada por la patología que aqueja a la recurrente;

Décimo: Conforme a lo razonado caber rechazar la presente acción cautelar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se **rechaza, sin costas,** el recurso de protección deducido a favor de **Lilian Carolina Orellana Cohen**, en contra del Ministerio de Salud.



Acordada con el voto en contra de la ministro redactora, quien estuvo por acoger el presente recurso, ordenando al Ministerio de Salud la entrega del medicamento, al estimar afectada la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, ya que atendido su alto costo, no le permitirá continuar el tratamiento que le ha sido prescrito y, el cual ha demostrado, según informa la doctora tratante, un real progreso en los síntomas adversos que le aquejaban, lo que incluso le permitió regresar al trabajo, de lo que puede deducirse que su administración propicia una sobrevida superior a la esperada inicialmente, incluso con la expectativa de detener o paralizar la enfermedad.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad archívese.

Redacción de la Ministro Sra. Barrientos Guerrero.

N°Protección-35563-2021.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Omar Antonio Astudillo C., Elsa Barrientos G. y Ministro Suplente Pedro Pablo Advis M. Santiago, once de enero de dos mil veintidós.

En Santiago, a once de enero de dos mil veintidós, 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>.