

Santiago, treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

Deduca recurso de protección don Luis Zárate Arce, jubilado, en contra del Ministerio de Salud (en adelante el MINSAL) y del Hospital Clínico San Borja Arriarán (en lo que sigue el Hospital) por el acto que estima ilegal y arbitrario y vulnerador de las garantías consagradas en el N° 1, N° 2, N° 9 y N 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, consistente en la negativa de continuar otorgándole el fármaco Votrient 400 miligramos.

Señala que es paciente oncológico del Hospital Clínico San Borja Arriarán desde enero de 2015 ya que padece cáncer renal, enfermedad que no se encuentra incorporada dentro de las Garantías Explícitas en Salud (GES) ni en la Ley N° 20.850 (Ley Ricarte Soto).

Dice que, como consecuencia de la enfermedad, fue sometido a una nefrectomía de su riñón izquierdo, contando actualmente solamente con el otro. Así, desde marzo de 2015, ha seguido un tratamiento permanente con el fármaco Pazopanib sin lactosa (cuyo nombre comercial es Votrient) debiendo tomar 800 miligramos al día, siendo este medicamento la única posibilidad que tiene para permanecer con vida. Agrega que el costo anual del medicamento es de \$15.305.928.

Manifiesta que, al ser tal costo inalcanzable para él, pues es jubilado y está afiliado a FONASA, tuvo que recurrir al MINSAL, el cual le otorgó seis veces auxilio extraordinario para la compra del medicamento (desde abril de 2015 a marzo de 2019).

Sostiene que el acto en contra del cual recurre tiene su origen cuando concurre a las dependencias del Hospital para tramitar una nueva solicitud de auxilio extraordinario, la que fue denegada porque el MINSAL habría indicado que no se seguiría entregando el referido auxilio extraordinario. En virtud de eso, el recurrente acude al MINSAL, institución en la cual le confirman la información y le señalan que esta negativa tendría su origen en el Decreto Exento N° 109 del MINSAL en el que se señalaría que se excluyen del aporte los tratamientos permanentes.

Expresa que el acto sería arbitrario debido a que carece de justificación razonable, más aun considerando que las recurridas ya habían gestionado para él el auxilio extraordinario del medicamento con anterioridad.

Agrega que la conducta ha de relacionarse con la teoría de los actos propios, pues el hecho que las recurridas gestionaran, aprobaran y entregaran el



auxilio extraordinario para financiar el medicamento implicaría que no pueden actuar en contrario a dicha conducta con posterioridad.

En cuanto a la ilegalidad, el acto contraviene el artículo 1 y 6 de la Carta Fundamental así como la Ley N° 20.584 en su artículo 2 y el DFL N° 1 del MINSAL en su artículo 4.

Adiciona que, aún en el escenario en que las recurridas justificaren su actuar como legal en relación a la existencia del Decreto Exento N° 109, la omisión sería arbitraria e ilegal fundada en la supremacía constitucional y en atención a numerosa jurisprudencia que ha indicado que el derecho a la vida es absoluto, estando fuera de consideraciones presupuestarias (ROL 394-2019 de la ICA de Iquique).

Respecto de las prerrogativas constitucionales afectadas, expresa que se están amenazando y perturbando los siguientes derechos:

1.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (N° 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental) por la amenaza que implica la negativa de entregar el auxilio extraordinario que permite la obtención del fármaco sin el cual está en riesgo su bienestar físico y vida y su integridad psíquica por el temor, malestar mental y espiritual que le ha causado la noticia. Agrega que el derecho a la vida es absoluto, indisponible, estando fuera de consideraciones presupuestarias, como lo ha indicado la jurisprudencia (8523-2018 de la CS, 294-2018 de la ICA de Iquique, 3874-2019 de la CS).

2.- la igualdad ante la ley (N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental) que implica la prohibición de discriminación ya que se produciría una discriminación en su contra, al generarse una diferenciación que carece de justificación razonable entre él y los pacientes que sufren de cáncer renal, pero que cuentan con los medios económicos para costear el tratamiento y respecto de los otros pacientes que, no contando con los medios privados para costear el tratamiento, reciben el auxilio extraordinario del MINSAL.

3.- El derecho a la protección de la salud (N° 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental) ya que, si bien no goza de protección directa del artículo 20 de la Carta Fundamental, sería susceptible de protección al existir una coordinación constitucional entre el derecho a la vida, la integridad física y psíquica y la salud, y porque es posible una interpretación en que el derecho a la protección de la salud goce de cautela en la supremacía constitucional y el principio de juridicidad.



4.- El derecho a la propiedad (N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental) porque se habría producido una vulneración a la faz incorporal de la propiedad del recurrente toda vez que éste es propietario de su derecho a ser beneficiado de los servicios y tratamientos de la red asistencial, específicamente del derecho a gozar del auxilio extraordinario. Lo anterior se vería reforzado porque el recurrente ha visto asentado su derecho en su patrimonio al haber recibido el auxilio extraordinario 6 veces antes.

Finalmente, solicita:

a.- Que se le otorgue la prestación consistente en el financiamiento y entrega del fármaco Votrient 400 miligramos (Pazopanib sin lactosa) durante el tiempo que sea necesario para su tratamiento mientras así lo prescriba su médico tratante.

b.- Que, mientras no sea incluido el cáncer renal a la cobertura AUGE (GES), que se le gestione y entregue el auxilio extraordinario.

c.- En subsidio, que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho de los derechos conculcados.

Todo ello con expresa condena en costas.

Acompaña los documentos siguientes:

1.- Informe médico pacientes con cáncer para solicitud de auxilio extraordinario.

2.- Certificado médico expedido por el doctor Cesar Castillo Santa María.

3.- Cotización del medicamento Votrient 400 miligramos (Pazopanib sin lactosa).

4.- Auxilios extraordinarios N° 20150130, N° 20160473, N° 20180053 y N° 20190016.

5.- Informes y exámenes del centro de medicina nuclear y PET/CL de los años 2014, 2016, 2017 y 2018.

6.- Norma técnica N° 0202 del MISAL de Fondo de Apoyo Económico de Auxilio Extraordinario.

7.- Informe de evaluación científica basada en le evidencia disponible para cáncer renal metastásico de MINSAL.

Al informar, el Hospital solicita el rechazo del recurso, con costas, diciendo que ha adoptado todas las medidas, dentro de sus atribuciones para gestionar el auxilio extraordinario requerido por el recurrente y que, de conformidad con lo previsto por el Decreto Exento N° 109 del Ministerio de Salud, sólo le correspondería gestionar el auxilio extraordinario, siendo resorte



exclusivo del MINSAL, otorgar o no, conforme a los criterios definidos por la normativa, el financiamiento con cargo al Fondo de Auxilio Extraordinario.

Indica que no existe en la especie acto administrativo alguno que pueda ser impugnado en esta sede cautelar, y a todo evento, ninguna actuación material del Hospital que pudiera ser calificada de arbitraria ni ilegal, toda vez que se habrían adoptado todas las medidas para la tramitación de los auxilios extraordinarios solicitados por el recurrente, individualizando las veces que se ha concedido.

Concluye que, de acogerse la acción constitucional, se pasaría por encima de las prioridades y en general de las políticas definidas por la autoridad de salud, por vía judicial, lo que resulta inadmisibile, y que importaría una discriminación arbitraria respecto de otros pacientes que se encuentran a la espera de financiamiento por la vía del Auxilio Extraordinario y que no han podido judicializar su situación.

Por su lado, el MINSAL informa pidiendo el rechazo del recurso, con costas, señalando que, en síntesis, que no hay una acción u omisión, ilegal o arbitraria por su parte.

Refiere que el MINSAL ha ido incorporando en su política, de forma progresiva, el financiamiento de medicamentos de alto costo y prestaciones de salud asociadas, pero en base a criterios objetivos y regulados de manera precisa y detallada. Al respecto, las resoluciones Exentas N°840 y 1036 de 2018 y de la Subsecretaría de Salud Pública, dieron inicio a la evaluación científica basada en la evidencia disponible, para los diagnósticos o tratamientos asociados a condiciones específicas de salud cuya incorporación en el Sistema de Protección Financiera creado por la Ley N°20.850 ha sido solicitada; las cuales, constituyen actos emanados de autoridad competente que han sido dictadas en el uso de facultades legales.

Dice que esto se ha materializado en el cuarto decreto de la Ley Ricarte Soto que se acompaña.

Explica que se trata de actos administrativos motivados, que cuentan con una fundamentación racional que se basa en antecedentes objetivos y verificables ajustados plenamente a la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente.

Agrega que, para que el medicamento “Pazopanib” fuese objeto de la etapa de “Evaluación”, debía, a lo menos, constar dentro del sistema como alguna de las enfermedades o patologías cuya protección financiera poseyera



cobertura universal, en conformidad a la Ley N°20.850, conocida como la Ley Ricarte Soto.

En lo que atañe a que el medicamento, indica que ha sido entregado de conformidad al Fondo de Auxilio Extraordinario, indica que ello es efectivo, conforme al cuadro que acompaña, donde consta la entrega para los años 2015, 2016, 2018 y 2019, con costos que fluctúan entre \$1.651.126 y \$4.000.000.

Explica que durante el año 2018, el protocolo de Auxilio Extraordinario tuvo modificaciones, por lo cual las ayudas entregadas a los pacientes que solicitaban esta forma de financiamiento excepcional, asociado a un fondo acotado y que administra el Gabinete del Ministro de Salud, en Decreto Exento N° 109, de 12 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba la Norma General Técnica N° 202, que establece el Protocolo de procedimiento para presentación de solicitudes de Auxilio Extraordinario, que dispone:

“De acuerdo a las definiciones del punto 2.4; Criterios de no Admisibilidad en la Asignación de Aportes, Se considera no admisible el financiamiento en las siguientes situaciones o solicitudes:

14. No se aprobarán ayudas ni solicitudes para usuarios que hayan sido beneficiados en años anteriores por el mismo tratamiento”

Advierte que esto ratifica que la autoridad, al momento de adoptar la decisión de entregar financiamiento con cargo al Fondo de Auxilio Extraordinario, lo que ha hecho es establecer criterios técnicos y de oportunidad, pues el fondo es limitado y existe una gran cantidad de solicitudes que no pueden ser financiadas dada la priorización que establece el propio protocolo al efecto.

Así, manifiesta que el hecho de que se haya entregado el medicamento en años anteriores, no implica la idea de que deba seguir siendo entregado de forma permanente, pues como se ha entregado en la respuesta al usuario o paciente, el Fondo de Auxilio Extraordinario ha dejado de entregar recursos a tratamientos de carácter permanente que se encuentra sin cobertura en el sistema, y a partir del año 2020 dejará de entregar medicamentos definitivamente por esta vía.

Señala que el hecho de que se haya otorgado financiamiento en el mes de marzo del año 2019 obedeció a que otro usuario falleció, por lo dicho presupuesto fue reasignado y sirvió de apoyo a la solicitud del señor Zárate.



Estima que tampoco hay una afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución.

Sostiene que no se vulnera la igualdad ante la ley y puntualiza que el recurrente no señala en forma precisa la forma en que se afecta esta garantía.

Aduce que no se vulnera el derecho a la protección de la salud, ya que el único inciso que está incluido en el recurso de protección no aplica a esta situación, al tratarse de la libre elección del sistema de salud.

Refiere que no se vulnera el derecho a la vida y a la integridad del recurrente porque se requieren actos positivos y lo que amenaza es la patología que sufre, no su actuación.

Y teniendo presente:

Primero: Que, según aparece de los antecedentes, aquello que se pretende por el actor es que se declare por esta Corte que la negativa de los recurridos a continuar proporcionándole el fármaco “Votrient” de 400 miligramos, no obstante que así ya lo había hecho con anterioridad,

Segundo: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, constituye una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que esa misma disposición enumera, mediante la adopción de las medidas de resguardo que se estimen conducentes ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, dificulte o amague ese ejercicio.

Tercero: Que, ahora bien, el eje del debate ha girado en torno a si pesa sobre las autoridades recurridas el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento al paciente, resultando evidente que el monto a que asciende tal prestación es muy significativo y cabe razonablemente asumir, por ende, que compromete el presupuesto y financiamiento de las entidades que habrán de prestarlo.

Cuarto: Que, como primera cuestión, corresponde poner de relieve la inexistencia de controversia en el proceso en torno a que el financiamiento del medicamento en cuestión no está amparado bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas, como pudiera ser algún tipo de seguro, el sistema de Garantías Explícitas de Salud, o la Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud instaurada por la Ley N° 20.850, conocida como ley Ricarte Soto, sino lo es con cargo al Fondo de Apoyo Económico de Auxilio Extraordinario, regulado en el Decreto Exento N° 109 de 12 de octubre



de 2018 del MINSAL que aprobó la norma técnica N° 0202 y que tiene por objeto priorizar vez, por nivel de demanda y montos solicitados

La gran cantidad de solicitudes de aportes de alto costo, atendido que el fondo es reducido.

Quinto: Que, como resulta de lo anterior, 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.

Por tanto, la administración al paciente del medicamento de que se trata queda supeditada a la disponibilidad de recursos financieros y humanos de las autoridades recurridas. En particular, puede decirse que, en la especie, queda condicionada a la disponibilidad de dinero para adquirir las dosis necesarias a ser administradas al actor.

Sexto: Que la resolución de esa cuestión se vincula con otros órdenes normativos que, más generalmente, dicen relación con el sentido jurídico mismo del Estado, en función de lo que ha de entenderse por "recursos humanos y financieros disponibles".

Séptimo: Que, en este sentido, el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución Política de la República dispone: "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 a 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".

Así, es deber del Estado promover el bien común, como lo remarca el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y lo pormenoriza el inciso primero artículo 28 de la misma ley, en los siguientes términos: "Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua", constituyendo también su deber proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo", como prescribe el inciso segundo del número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Octavo: 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.

Noveno: 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.

Tal es el predicamento que ha guiado a las recurridas, quienes han denegado la solicitud presentada por el recurrente al procedimiento antes indicado a lo establecido en el punto 2.4 N° 14 de las normas técnicas antes señaladas, llamado “Criterios de no Admisibilidad en la Asignación de Aportes”, donde se dispone que no es admisible la financiación de las ayudas y solicitudes para usuarios que hayan sido beneficiados en años anteriores por el mismo tratamiento, cuyo res el caso del recurrente, sin que pueda advertirse un actuar en contrario al asumir el costo del referido fármaco en un período posterior, al obedecer dicha actuación a una momentánea disposición de fondos.

Por el contrario, 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.

Antes bien, 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 normativa antes referida, 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 materia.



Décimo: Que, en consecuencia, no se reúnen las condiciones previstas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República para que resulte procedente acceder a la cautela impetrada, motivo por el cual el recurso de protección deducido debió ser desestimado.

Por tales consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema que regula esta clase de acciones, se declara que **se desestima** el recurso de protección deducido en estos autos don Luis Zárate Arce, sin costas.

Acordada con el voto en contra del ministro titular señor Poblete, quien estuvo por acoger el arbitrio intentado, en virtud de los siguientes razonamientos:

1° Que la actuación arbitraria e ilegal que se atribuye a las recurridas consiste en la negativa a otorgar cobertura del tratamiento médico que le fue recetado a la recurrente, referida al suministro del medicamento "Votrient" de 400 miligramos, sin mayor consideración al estado de salud que presenta el recurrente y pese a haberse demostrado su utilidad y eficiencia, señalando que las garantías constitucionales afectadas son las consagradas entre otras, en el artículo 19 de la Carta Fundamental, numerales 1° y 2°, referidos a su derecho a la vida y la integridad física y psíquica como a su igualdad de derechos.

2° Que, de los antecedentes expuestos y documentos acompañados se tiene por acreditado que el actor requiere el señalado fármaco, fundándose la negativa a la cobertura en motivaciones meramente económicas lo que reviste caracteres de arbitrariedad, puesto que la recurrida no sopesa adecuadamente los antecedentes del paciente que se encuentra padeciendo esta enfermedad, y que con el uso de este medicamento puede hacer una vida completamente diferente.

3° Que, no se duda respecto que el elemento económico debe considerarse en diversas decisiones de las autoridades públicas, pero no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar y asegurar la vida de una persona, en los términos del N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto, constituyendo su actuación, una amenaza el referido derecho constitucional del actor, pues tal decisión la priva, en la práctica, del acceso al mismo, atendido que la medicina que le ha sido prescrita para asegurar su sobrevivencia.



4° Que, por los motivos expuestos, este disidente considera que las razones otorgadas por la recurrida para negar el tratamiento, no encuentran justificación y las acciones de protección y promoción de la salud del recurrente, resultan las únicas necesarias para favorecer la mejor calidad de vida, dentro de lo posible, por lo que -en su concepto- se impone como indispensable acoger el arbitrio procesal deducido a su favor, sopesando que de por medio está el asegurar el derecho a la vida del actor, el que se ve afectado y amenazado al negarle sin justificación los medios necesarios para lograr una sobrevida, como es, en este caso, la compra del remedio ya referido.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°Protección-58281-2019

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez e integrada por el Ministro (I) señor Pedro Advis Moncada y por el Abogado Integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.



Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Antonio Poblete M., Ministro Suplente Pedro Pablo Advis M. y Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Z. Santiago, treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a treinta de diciembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



KPFXKLGXKS

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 08 de septiembre de 2019, 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>