

Santiago, nueve de marzo de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que a fojas 29 y con fecha 3 de Noviembre de 2011, doña MARÍA SUSANA DEL CANTO RODRÍGUEZ, Rut 7.801.493-8, deduce acción constitucional de protección, en contra del MINISTERIO DE SALUD (MINSAL) y del INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER, estimando que estas instituciones ha actuado en forma ilegal y arbitraria, al denegar el otorgamiento del medicamento Herceptina o Herceptín, que le fuera recetado por su médico tratante dentro del proceso curativo – paliativo del cáncer de mama que padece desde Diciembre de 2007.

Indica que ello implica grave privación y perturbación de las garantías constitucionales de los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, amagándose seriamente su derecho a la vida e integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y, en todo caso, el derecho de protección de su salud.

2º) Que especificando sus asertos, la recurrente puntualiza: A) Que el 10 de Diciembre de 2007 fue operada en el Hospital de Rancagua por un cáncer de la mama izquierda, y sometida a quimioterapias entre el 27 de Marzo y el 12 de Junio de 2008. B) Que el 20 de Junio de 2008 ingresó al Instituto Nacional del Cáncer, donde fue beneficiada con el estudio denominado ALTO. C) Entre el 8 de Agosto de 2008 y el 29 de Julio de 2009, fue sometida en el instituto recurrido a un tratamiento con el medicamento Lapatinib, iniciándose un seguimiento a contar del 29 de Julio, y es atendida en forma periódica por el médico oncólogo don Manuel Roberto Torres Ulloa. D) Que hasta el mes de Enero de 2011, su enfermedad no evidenció síntomas ni signos que hicieren necesario otro tratamiento. E) Que el 24 de Enero de 2011 su médico tratante le detectó nódulos pulmonares compatibles con metástasis y, días antes, un foco óseo esternal, por lo cual fue de nuevo sometida a quimioterapias desde el 24 de Febrero al 26 de Julio de 2011, con seis ciclos de taxotere paliativo. F) Atendida la agresividad y rápido avance de la metástasis, que pone en riesgo la vida de la recurrente, con fecha 20 de Abril de 2011. el médico le recetó el medicamento Herceptina Alto, según receta N° 952772, el cual no le ha sido proporcionado, pese a haber hecho todas las gestiones conducentes al efecto, dada la imperiosa necesidad de dicho medicamento. G) Que el cáncer y la metástasis está cubiertos por el sistema G. E. S. sobre soluciones integrales para enfermedades catastróficas, cuyos objetivos sólo pueden cumplirse en la especie con la administración de la Herceptina, único paliativo efectivo en el estado de avance de su enfermedad. H) Que la arbitraria e ilegal negativa se mantiene hasta la fecha, no obstante las numerosas gestiones realizadas a todo nivel, y el inminente riesgo vital de la recurrente. I) Que tal denegación resulta ser abiertamente discriminatoria, en cuanto ella se encuentra dentro de los doscientos casos análogos anuales cuyo financiamiento está establecido por el Ministerio recurrido, sin que se justifique en modo alguno la denegación del medicamento a su respecto.

3º) Que en su informe de fojas 72 y siguientes, con los documentos que rolan de fojas 46 a 71, el Instituto Nacional del Cáncer solicita el rechazo el recurso por estimar no haber incurrido en

discriminación, arbitrariedad ni ilegalidad, atendido el hecho de que la recurrente no es acreedora del medicamento en cuestión, por no cumplir con los requisitos de inclusión del Protocolo de Financiamiento de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, contenido en el Ordinario Nº 1548 de 1º de Junio de 2010, sin perjuicio de lo cual se activó a su respecto, por el Instituto, el procedimiento para su opción de Apoyo Extraordinario: la Jefa del Servicio Social del Instituto inició el 27 de Abril de 2011 las gestiones para obtener financiamiento por parte de la Orasmi (Oficina de Acción Social del Ministerio del Interior) y la Municipalidad de Rancagua.; en tanto que La directora del mismo Instituto, mediante memorando 41 de 4 de Julio de 2011, formuló la solicitud de Auxilio Extraordinario Ministerial al Servicio de Salud Metropolitano Norte.

4º) Que por su parte, en su informe de fojas 76 y siguientes, MINSAL solicita el rechazo del recurso por las siguientes razones: A) Por ser improcedente, en cuanto de acuerdo a la jurisprudencia que cita, la invocación de la garantía constitucional del numeral 1º del artículo 19 de la Carta Fundamental sólo sería valedera tratándose de conductas que en sí mismas pongan en peligro la vida humana, cuyo no sería el caso de autos, en que el peligro de vida deriva de la grave patología (cáncer avanzado) que afecta a la recurrente. B) Que en cuanto a la denegación de prestaciones por exceder su costo la capacidad del organismo público de financiarlas, cuyo es el caso de autos, ello debería ser materia de un juicio de lato conocimiento, y no del arbitrio de protección. C) Que la garantía constitucional del Nº 9 del artículo 19 invocada por la recurrente, sólo se halla establecida por el artículo 20 en lo referido a su inciso final, esto es, la facultad de elegir un sistema de salud, público o privado, la que no se encuentra amagada en el caso sub lite. D) Que se ha proporcionado a la paciente recurrente todas las prestaciones que el sistema Ges (Garantías Explícitas de Salud) establece, y que cubren todo el ciclo de atención: confirmación diagnóstica, tratamiento y seguimiento. E) Que el avanzado estado de desarrollo de su cáncer de mama, en su etapa IV implica que “desafortunadamente ya no tendrá curación como tal, y sólo se prevén tratamientos destinados a paliación de síntomas y, en lo posible, prolongación de la sobrevida”.

5º) Que el hecho de que por mandato del artículo 20 de la Constitución Política de la República, la procedencia del arbitrio tutelar de protección, en lo que se refiere al derecho garantizador de la salud, se encuentre circunscrita sólo al ámbito del inciso final del numeral 9º de su artículo 19 --no siendo por ende viable un recurso fundado sólo en dicha causal-- no puede significar hacer tabla rasa del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la salud de las personas, cuando la acción tutelar se funda también en el numeral 1º de dicho precepto constitucional, por ser inherente e inseparable de la garantía del derecho ciudadano por excelencia, como es el derecho a la vida e integridad de las personas.

Y tampoco podrá olvidarse dicho deber del Estado referente a la salud de la población, a propósito de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, también invocado por la recurrente.

6º) Que en el informe del médico oncólogo tratante de la recurrente, doctor Roberto Torres Ulloa, corriente a fojas 100 y 101, dicho facultativo ha certificado:

A) Que ante la constatación de recidiva metastásica pulmonar, prescribió a la paciente “iniciar quimioterapia paliativa e iniciar Herceptina paliativa en Febrero de 2011”.

B) Que con tal objeto, con fecha 24 de Febrero de 2011, solicitó por escrito la ayuda extraordinaria correspondiente al Ministerio de Salud recurrido, “para financiar Herceptina”.

C) Que iniciado con la misma fecha el tratamiento o procedimiento denominado Taxotere paliativo, se pudo constatar una “mejoría clínica, y reducción en el número y tamaño de los nódulos pulmonares”.

D) Que con fecha 16 de Enero de 2012 se recibe del Ministerio la ayuda financiera extraordinaria para adquirir la Herceptina.

E) Que el fundamento científico que avala el uso de Herceptina en situación metastásica consiste en numerosos estudios clínicos internacionales que demuestran el beneficio en sobrevida.

F) Que por tal motivo, dicho fármaco es recomendado por la FDA y EMEA (agencias regulatorias de USA y Unión Europea), de manera clara y categórica, con nivel de evidencia 1.

G) Que en nuestro país, si bien el medicamento está incorporado en las Guías Clínicas de Cáncer de Mama, aún no es financiada por el Ministerio de Salud recurrido para su uso en situación metastásica, debiendo lamentablemente recurrirse al denominado “auxilio extraordinario” para financiar el tratamiento.

7º) Que ponderados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, especialmente el informe médico referido precedentemente, no contradicho en autos por probanza alguna, para estos sentenciadores resulta ineludible concluir que --contrariamente a lo aseverado por los recurridos-- el fármaco Herceptina, reconocido como paliativo del cáncer de mama, sí resulta trascendente en la etapa metastásica de dicha enfermedad, en cuanto redundante en “beneficio en sobrevida”, esto es, no sólo en cuanto a morigerar los síntomas sino contribuyendo a prolongar la vida de la paciente en cuestión.

En efecto, así lo avalan la autoridad y versación del oncólogo informante ---no sólo no discutida en estrados por los recurridos sino que expresamente reconocida por éstos--- en tanto que, a mayor abundamiento, la efectividad del fármaco en la etapa metastásica del cáncer de mama, ha sido reconocida por las propias autoridades de la salud y de redes sociales, al financiar parcial y ocasionalmente su administración a la paciente recurrente, por la vía de la “ayuda extraordinaria”, mencionada en estrados por los intervinientes y refrendada por el Ordinario 1548 de 1º de Junio de 2010 cuya copia rola a fojas 63.

Ello resulta así de claro, a diferencia de algunas otras situaciones que por su complejidad médica, han sido excluidas del recurso de protección por algunas jurisprudencias.

8º) Que la antedicha convicción no resulta menoscabada por la circunstancia de que, como consta de fojas 63 a 66, la administración del fármaco Trastuzumab --anterior equivalente a la Herceptina-- se haya instaurado sólo para “dar respuesta con intención curativa a un porcentaje de mujeres con cáncer de mama”, señalándose como factor o criterio de exclusión, por su irreversibilidad, el cáncer de mama metastásico E4 que padece la recurrente, en cuanto se trata de una regulación

“por ahora y en una primera etapa”, al 6 de Octubre de 2009, que no descarta la ulterior ampliación de los criterios de inclusión, reconocidamente aplicables también a los estados metastásicos de la dolencia.

9º) Que si bien estos sentenciadores –obviamente– comparten la premisa jurisprudencial de ser la causa basal del riesgo vital, la presencia o preexistencia de la enfermedad y no la eventual acción u omisión de las autoridades de salud, ello no puede significar descartar, en todos los casos y sin mayor análisis, la invocación de la perturbación o amenaza del derecho a la vida e integridad física y psíquica del paciente, para rechazar siempre todo recurso de protección en tal contexto.

Por el contrario, será menester distinguir en cada caso en particular si --dada la existencia de la enfermedad como causa basal del riesgo de vida--- existe o no vulneración de las garantías constitucionales en relación con su tratamiento y medicación, como factor coadyuvante del riesgo vital y, en tal virtud, como fundamento del arbitrio de protección.

10º) Que siendo el cáncer de mama una de las dolencias emblemáticas de la cobertura prioritaria establecida por el sistema del Régimen General de Garantías en Salud, y específicamente del régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES), resulta útil examinar la normativa de la ley 19.966, reguladora de tal sistema, para dilucidar los alcances de la referida cobertura en el caso sub lite, en cuanto a la exigibilidad del financiamiento del fármaco o medicamento en cuestión.

Pues bien, en el artículo 14 de este cuerpo legal se establece que --respecto del listado de enfermedades cubiertas por el sistema GES y sus prestaciones asociadas— sólo deberán descartarse de las prestaciones “todas aquellas para las cuales no haya fundamentos de que significan un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados”.

Y ello, obviamente, sólo puede significar que cuando la prestación sí importa un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados, no puede ser descartable sólo porque sea “paliativa” y no “curativa”, ni por el avanzado estado de la enfermedad.

Dicho de otra manera, el factor o criterio de exclusión no radica en la circunstancia de que la prestación del medicamento sea sólo paliativa y no necesariamente curativa en los eventos de cáncer avanzado y aún terminal, como se ha sostenido en autos por los recurridos, sino que deberemos entender procedente su administración y su financiamiento siempre y cuando redunden en “un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida” de la paciente recurrente, cuestión que se ha reconocido en autos por el MINSAL recurrido, según se ha expresado en el literal E) del Considerando 4º) del presente fallo, y como lo ha dictaminado el informe del médico tratante, según se indica en su Considerando 6º).

11º) Que así establecido lo anterior, y atendido el mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la vida y la salud de las personas, resulta ser que el Ministerio recurrido no ha cumplido a cabalidad con su obligación en el caso sub lite, según sus propios parámetros especificados a fojas 81 en su informe, cuando a propósito del medicamento Herceptina manifiesta a esta Corte que “el empleo del mismo en el sistema público de salud debe sujetarse a los criterios transcritos, según

los cuales se concede a aquellas pacientes a las que podrá producir un beneficio, y no se recomienda en aquellos casos en que no producirá un beneficio, que son los criterios de exclusión ya señalados”.

12º) Que, ciertamente, la denegación de un medicamento que es reconocidamente apto y sirve para prolongar la sobrevivencia y, en todo caso, para mejorar la calidad de vida de la paciente en cuestión, resulta ser atentatoria contra la garantía constitucional del numeral 1º del artículo 19, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de ésta, en cuanto su privación redundaría en la aceleración del eventual desenlace fatal de su enfermedad y en dolorosa desmejora de su calidad de vida, al carecer del paliativo medicamentoso prescrito por su médico tratante.

Y dicha denegación, como ya se ha dicho desprovista de justificación médica ni legal, resulta ser necesariamente configurativa de arbitrariedad.

13º) Que así las cosas, la denegación del medicamento prescrito resulta ser –también– atentatoria contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en cuanto importa una inaceptable discriminación en perjuicio de la recurrente, privada del beneficio que a sus iguales corresponde y debe corresponder según todos los parámetros precedentemente analizados.

Por estas consideraciones, y en virtud de lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado dictado por la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la materia, se declara que se acoge el recurso de protección deducido a fojas 29 por doña MARÍA SUSANA DEL CANTO RODRÍGUEZ, debiendo los recurridos Instituto Nacional del Cáncer y Ministerio de Salud (MINSAL) financiar y proporcionar a la recurrente el medicamento denominado Herceptina o Herceptín, por todo el tiempo que corresponda según la prescripción de su médico tratante.

Regístrese, comuníquese y, oportunamente, archívense los autos.

Nº 21.331- 2011.

Redacción del Abogado Integrante señor Antonio Barra Rojas.

Pronunciada por la Segunda Sala de Verano de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la Ministra señora Adelita Inés Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante señor Antonio Barra Rojas.