

Santiago, quince de enero de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos 7° (Séptimo) y 8° (Octavo), y 11° (Undécimo) a 17° (Décimo séptimo) que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar y además, presente:

Primero: Que se ha deducido acción constitucional por don Francisco Escalona en favor de su padre, en contra del Ministerio de Salud (Minsal) y del Fondo Nacional de Salud (Fonasa) por no otorgarle el medicamento enzalutamida prescrito para tratar el cáncer de próstata que lo aqueja, diagnosticado en el año 2013, toda vez que dicha negativa lo tiene sin tratamiento médico desde mediados del mes de junio de 2020, lo que constituye un acto arbitrario e ilegal que vulnera su derecho a la vida e integridad física y psíquica consagrado en el artículo 19 N° 1 la Constitución Política de la República, y las garantías de igualdad y de salud contenidas en los numerales 2 y 9 de la misma disposición.

Segundo: Que la sentencia apelada para rechazar la acción constitucional interpuesta, respecto de Fonasa, resuelve que este organismo no tuvo injerencia en la adopción de la decisión del Comité de Drogas de Alto Costo del Minsal en orden al cambio del medicamento suministrado al paciente. En cuanto al Minsal, sostiene



que no existe ningún antecedente médico que respalde la conveniencia científica del medicamento que fuere negado por el Comité de Drogas de Alto Costo, presupuesto de sumo relevante en orden a poder establecer el real y verdadero beneficio para el tratamiento del protegido, por el contrario, del Informe Médico, más bien se desprende, que dado el progreso irreversible de la enfermedad, la esperanza de revertir la patología que lo afecta resulta inviable, siendo así, como en la actualidad se encuentra con paliativos para el dolor, luego de haber intentado una mejoría con radioterapia y, la administración del medicamento de primera línea llamado abiraterona.

Añadieron que los documentos acompañados por el recurrente, demostrarían que el paciente ya no tiene más opciones de tratamiento, y al parecer indican "etapa IV".

Por otra parte, el hecho que no se encuentre incorporado, al día de hoy, el aludido fármaco, en alguno de los mecanismos de financiamiento que contempla nuestro sistema de salud público ni esté priorizado, se ajusta a la normativa legal y reglamentaria que, en lo concerniente al financiamiento expreso de los medicamentos de alto costo, el que prevé una serie de requisitos, condiciones y etapas sucesivas, todo con arreglo a parámetros objetivos y técnicos, en que la



evidencia científica que apoye su eficacia ocupa un rol importante.

Tercero: Que la recurrente, en su apelación, reitera los argumentos expuestos al deducir la acción constitucional y señala que en cuanto a la falta de evidencia científica respecto de la efectividad del medicamento, ello no es efectivo porque se trata de un medicamento reconocido y autorizado en Chile y recomendado por médicos especialistas del Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción, establecimiento de reconocido prestigio respecto de los profesionales que laboran en él vinculados además con la docencia universitaria.

Subraya que tanto el informe del Minsal como el de Fonasa expresamente reconocen el carácter económico y excluyente de la situación arbitraria e ilegal, de otorgar el fármaco al paciente al fundarse en los recursos presupuestarios y en la forma eficiente de gestionar los recursos.

También pone de relieve la contradicción de señalar que el paciente no tiene más opciones cuando justamente su opción es el tratamiento con el medicamento enzalutamida, pareciendo que más bien el problema es la edad del paciente y la fase de su enfermedad, lo que no haría económicamente viable dicho gasto.



Finalmente, subraya que la negativa lo que hace en los hechos es negar el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del paciente, quien está sin tratamiento por más de seis meses, lo que ha aumentado el riesgo para su vida.

Cuarto: Que la recurrente acompañó a los autos documentos denominados Informes Contrareferencia, Oncología Adulto del Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benavente, cuya legitimidad no ha sido discutida en autos por las recurridas. En ellos se lee claramente el diagnóstico de cáncer a la próstata metastásico hormono refractario, tratado con abiraterona y Docetaxel con progresión ósea y recaída bioquímica. En estos cuatro informes, se advierte que el equipo oncológico que atiende al paciente en el Hospital referido, estudió y discutió otra línea de tratamiento por la falla presentada post abiraterona, prescribiendo el uso del medicamento enzalutamida, previo los trámites administrativos ante el Comité de Drogas de Alto Costo del Minsal.

Estos informes, señalan también que no obstante el progreso de la enfermedad del paciente, se encuentra "actualmente en buenas condiciones generales" (mayo de 2020) y "sin más opciones de tratamiento en HCRC". Asimismo aparejó al proceso el informe médico del doctor Fernando Ibieta, uno de los mismos médicos que aparecen



en el pie de firma de los anteriores informes, emitido el 6 de agosto de 2020 quien da cuenta del diagnóstico, tratamiento y evolución del paciente señor Escalona Parra, quien ratifica la prescripción de la enzalutamida como tercera línea de tratamiento, la cual fue solicitada al Minsal, tras la falla de la abiraterona y de Docetaxel.

Quinto: Que, en primer término cabe dejar asentado que la patología que padece el protegido es aquella signada como Problema N° 28 el Decreto Supremo N° 22 de 2019 del Ministerio de Salud, esto es, cáncer de próstata en personas de 15 años o más; y dentro de ella, se encuentra asegurada la hormonoterapia y la prestación de quimioterapia para hormono refractarios. Si bien el fármaco cuya cobertura reclama el compareciente, no figura dentro de aquellos reseñados para el tratamiento de la patología en el Listado de Prestaciones Específicas, no es menos cierto que la enzalutamida, prescrita como última opción de tratamiento para el actor, es una droga que se reconoce en la Guía Clínica Auge de Cáncer de Próstata del Minsal, de noviembre del año 2015, dentro del apartado de los "Nuevos Fármacos Hormonales" después de la abiraterona, expresándose que "reduce el crecimiento tumoral de las células prostáticas y puede provocar la muerte de las células cancerosas y la regresión del tumor"; añade la guía que "ha demostrado



efectividad tanto post quimioterapia con docetaxel, como en pacientes metastásicos con progresión luego de hormonoterapia de primera línea previa a la quimioterapia. En el setting post quimioterapia, la terapia con enzalutamida mejoró la sobrevida global vs placebo". Más adelante, señala en la página 58 dentro de las recomendaciones en cáncer de próstata resistente a la castración (caso del recurrente) se indica que en pacientes con cáncer de próstata resistente a la castración metastásicos, se recomienda -con Nivel A- la administración de quimioterapia en base a docetaxel, enzalutamida, abiraterona o radium.

Sexto: Que, en el caso del protegido, el medicamento abiraterona no dio los resultados esperados, coincidiendo el equipo oncológico del Hospital Regional de Concepción, que la única opción posible de tratamiento, en el estadio de la enfermedad que aqueja al protegido, es la enzalutamida, que de acuerdo a la Guía citada en el motivo precedente, permite mejorar la sobrevida general de los pacientes con el mismo diagnóstico.

Séptimo: Que, establecido lo anterior, es preciso señalar 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".

Octavo: 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, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento enzalutamida no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, siendo uno de aquellos sugeridos para ello, encontrándose en espera de ingresar al procedimiento regulado por ley, el que cuenta con



etapas sucesivas entre sí con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública.

Noveno: Que, tal como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos roles N°s. 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018, 17.043-2018, 33.189-2020, 18.451-2019 y 129.213-2020, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.

En este orden de consideraciones, no se puede soslayar que conforme al principio de supremacía constitucional, ella prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos -como las Leyes N°s. 18.469 y 19.966 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija un texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763 de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469.

De allí que, conforme reza el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política, sus preceptos son obligatorios para los titulares o integrantes de los



órganos de Estado, incluida por cierto esta Magistratura. Si el rol de esta Corte es velar por la aplicación de las garantías constitucionales y de los derechos esenciales que emanan de la persona humana, ella no puede excusarse de otorgar la cautela urgente que le es requerida si el derecho a la vida se ve amenazado. Negarse a hacerlo bajo el pretexto de que normas de inferior jerarquía se lo impiden, importa desconocer que la Constitución Política de la República es la norma jurídica a la cual el resto del ordenamiento jurídico se debe someter.

El caso en cuestión dice relación con la aplicación directa de la Constitución Política, no con el modelamiento de políticas públicas.

Décimo: Que, sin perjuicio de lo precedentemente reflexionado, es pertinente agregar que la patología del señor Escalona Parra es una de aquellas que cuentan con la Garantía Explícita de Salud y que la circunstancia de no estar en la canasta de prestaciones específicas no puede obstar a los razonado, pues la misma Guía del Minsal reconoce el efecto de sobrevida del remedio y un Comité Oncológico lo ha prescrito como única opción, por lo que la negativa cuestionada impide cumplir efectivamente con la garantía de acceso y protección financiera establecida en el Régimen General de Garantías de Salud, puesto que brindarle al paciente un tratamiento incompleto no lo encaminará de modo alguno en el



restablecimiento de su salud o al menos a una extensión de su sobrevida.

Undécimo: Que, con estos antecedentes, la negativa del Minsal, de proporcionar al padre del recurrente la cobertura solicitada del medicamento prescrito para tratar la patología que lo aqueja, carece de razonabilidad y coherencia, más aún cuando ha sido el Comité Oncológico del prestador público de salud el que ha propuesto la referida terapia, circunstancia que vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 n° 2 y 24 de la Carta Política, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de éste, así como para su integridad física, considerando que la patología que lo afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.

Asimismo, teniendo presente que Fonasa se ha adherido a la negativa en su informe por razones similares a las entregadas por el Minsal, siendo dicho fondo el que debe financiar el medicamento, el recurso será acogido también a su respecto.

Duodécimo: Que, conforme a lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una



acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que esa misma disposición enumera, facultando a los Tribunales Superiores de Justicia a adoptar las medidas de resguardo o providencias que resulten necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Décimo tercero: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de las recurridas a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del padre del recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstas han incurrido en un acto arbitrario que amenaza -y, en estricto rigor, pone en riesgo- el derecho a la vida del protegido, quien no se encuentra en condiciones de adquirirlo.

Siendo ello así, la determinación impugnada en autos no permite al paciente el acceso a dicho fármaco, único y exclusivo, prescrito por un especialista, para el tratamiento de la patología que él sufre.

En tal virtud, resulta 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 ambas recurridas realicen las gestiones pertinentes para adquirir y suministrar el fármaco identificado como enzalutamida, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento del protegido, con este medicamento.

Décimo cuarto: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.

Por el contrario, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, la Corte Suprema se encuentra obligada a aplicar la Carta Fundamental -cuestión que es propia y de la esencia de la actividad jurisdiccional- y a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias para salvaguardar los derechos garantizados por la Constitución Política. Esta Corte no se encuentra en condiciones de modelar las políticas públicas en materia sanitaria, ni cómo debe emplearse el presupuesto público



en dicho sector -ni mucho menos pretende hacerlo-, pues, como es bien sabido, su jurisprudencia ha sido consistente en señalar que ello es una cuestión que compete a la Administración activa.

En otras palabras, en sede de protección, esta Corte debe velar por la efectiva cautela de los derechos garantizados por el artículo 20 de la Carta Política, cuestión que dice relación con la aplicación del ordenamiento jurídico y no con el diseño de las políticas públicas del sector salud.

Décimo quinto: Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo al protegido, en tanto pone en serio e inminente riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de nueve de diciembre del año dos mil veinte, sólo en cuanto se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido en estos autos en contra del Ministerio de Salud y de Fonasa, quienes deberán otorgar al padre del recurrente la cobertura y financiamiento respecto del medicamento enzalutamida, mientras los médicos tratantes así lo



determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento indicado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Quintanilla.

Rol N°154.769-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E., y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. Santiago, 15 de enero de 2021.



En Santiago, a quince de enero de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

