

CHILE- Sentencia 1

CORTE DE APELACIONES

RECURSO 651-2010

La Serena, 10 de noviembre de 2010.

VISTOS:

A fojas 12 comparece doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno, empleada dependiente, domiciliada en calle Dominga Santa María N°111, Andacollo, e interpone recurso de protección en contra del Hospital San Juan de Dios, de La Serena, representado por su Director don Luis Marín Campusano, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en Av. Balmaceda N°916, La Serena y en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), representado por su Director Regional Centro Norte don Antonio Eguren Barrales, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en calle Eduardo de La Barra N°346, La Serena, por los actos arbitrarios e ilegales en que han incurrido y que vulnerarían sus garantías constitucionales, consistente en la no entrega de los medicamentos necesarios para su tratamiento de quimioterapia desde el día 30 de julio de dos mil diez.

Sostiene que se encuentra afiliada a FONASA y que actualmente padece de Cáncer Ovárico, según informe de fecha 20 de febrero de 2007, siendo sometida a terapia sin que desapareciera la enfermedad, por lo que fue derivada a tratamiento al Hospital de La Serena, comenzando su tratamiento con fecha 29 de marzo del presente año, administrándosele dosis de Carboplatino y Ciclofosfamida, medicamentos que se caracterizan por su alto costo, el que le resulta inalcanzable, en particular el principal medicamento denominado Gemzar, cuyo organismo tolera.

Agrega que en principio el Hospital de La Serena, le otorgó los medicamentos necesarios para su tratamiento y que aproximadamente con fecha 12 de julio del año en curso la doctora Ninette Blanchard le indicó que el medicamento Gemzar, principal insumo de su tratamiento de quimioterapia, no le sería dado, ni tampoco el Hospital lo iba a traer, decisión que obedecía a un cambio de criterio del Hospital, lo que se vio agravado cuando el día 30 de julio último, al concurrir a buscar el resto de los medicamentos, se le indicó que no se estaba entregando ningún medicamento para personas enfermas de cáncer, sin darle ninguna explicación, ni comunicado oficial, decisión que pone en riesgo su vida y salud.

Manifiesta que las conductas señaladas vulneran su derecho contemplado en el artículo 19 N°1 de La Constitución Política de la República, así como su numeral 2°, en el sentido de que ninguna autoridad puede establecer diferencias arbitrarias, todo ello en relación con el artículo 5 de la mencionada Carta Fundamental, Decreto Supremo N°326 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por otra parte, sostiene FONASA, como servicio público, presta un servicio a la salud de la comunidad y debe velar por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo expuesto, resultando arbitraria e ilegal la privación de medicamentos sufrida por el recurrente, solicita acoger la presente acción, ordenando la proporción inmediata del medicamento Gemzar y todos aquellos prescritos por los médicos tratantes, a objeto de continuar su tratamiento, con costas.

Acompaña antecedente en que funda su acción.

A fojas 28, evacua informe Sergio Ansieta, abogado, en representación del Servicio de Salud Coquimbo- Hospital de La Serena-, solicitando el rechazo del presente recurso por carecer de fundamentos al no existir acto ilegal o arbitrario que atente contra las garantías constitucionales.

Indica que la recurrente es paciente de ese centro y que padece cáncer de ovario avanzado, que no ha sido posible curar, pese a las diversas terapias a las que ha sido sometida, sin que en ningún momento haya quedado sin recibir los medicamentos que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud recomiendan como primera línea de terapia, a saber, Carboplatino y Ciclofosfamida.

Manifiesta que el medicamento Gemzar, con su compuesto Gemcitabina, no figura dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto (PANDA) para el tratamiento del cáncer de ovario y que no ha existido cambio de medicamento o discontinuidad en la entrega de medicamentos, pues nunca ha recibido Gemcitabina de parte del Hospital.

Que, así expuestos los hechos, sostiene, resultaría improcedente obligar al Hospital a comprar un medicamento no reconocido como terapia y sin contar, además, con financiamiento, sin que ésta sea la vía idónea para modificar los protocolos.

Finaliza su informe señalando que no existe ningún acto ilegal o arbitrario y solicita se rechace el recurso en todas sus partes.

Acompaña antecedentes en que funda su informe.

A fojas 43, evacua informe Antonio Eguren Barrales, en representación de la Dirección Regional Centro Norte del Fondo Nacional de Salud, persona jurídica de derecho público creada por Decreto Ley N°2763, domiciliados en Eduardo de La Barra N°346, La Serena y solicita el rechazo del presente recurso.

Indica que no se han vulnerado las garantías constitucionales de los N°1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ni ninguna otra disposición legal o reglamentaria, toda vez que, no es efectivo que arbitrariamente la recurrida haya dejado de otorgar un medicamento que le corresponda ya que si bien la recurrente fue tratada en el Hospital de La Serena, se le dio otros medicamentos que están en el PANDA, pero no el Gemzar, debiendo la recurrida financiar sólo medicamentos que se encuentren en el Protocolo y guías clínicas, de otra manera no es posible transferir recursos a los establecimientos, ya que FONASA como todo ente público actúa de acuerdo al principio de legalidad. Agrega, además, que el mencionado medicamento, registra escasa información sobre su efectividad en cáncer de ovario, motivos por los que solicita el rechazo de la presente acción.

A fojas 46 se traen los autos en relación.

A fojas 50 para mejor resolver se solicitó informe al Servicio de Oncología del Hospital de La Serena, el que se evacuo a fojas 53.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

SEGUNDO: Que como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio que tenga la naturaleza jurídica de aquéllas a que se refiere el artículo 1° del Código Civil, aplicable al caso concreto, en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera; o bien, arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza; y que, enseguida provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, contrariando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que se ha propuesto en el presente caso.

TERCERO: Que, en estos autos, se ha reclamado como ilegal o arbitrario el acto de los recurridos, Hospital de La Serena representado por su director don Luis Marín Campusano y Fondo Nacional de Salud representado por su Director Regional Centro Norte don Antonio Eguren Barrales, de privar a doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno de los medicamentos necesarios para su tratamiento de quimioterapia contra el cáncer ovárico que le afecta; sostiene, que en un principio el Hospital de La Serena le otorgó los medicamentos necesarios para su tratamiento, sin embargo, el 12 de julio del año en curso la Dra. Ninette Blanchard le indicó que no se le iba a entregar el medicamento Gezmar porque el Hospital, por un cambio de criterio, no lo iba a traer, y que el día 30 de julio último, al ir a retirar sus medicamentos, no le fue entregado sin ninguna explicación, decisión que pone en riesgo su vida y salud. La recurrente estima que dichas conductas vulneran su derecho a la vida y a su integridad física y síquica contemplada en el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República y su garantía de igualdad ante la ley, establecido en el numeral 2° del artículo 19 antes citado, disposiciones relacionadas con los artículos 5° y 9° de la Carta Fundamental y el Decreto Supremo N° 326 del Ministerio de relaciones Exteriores que promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.

CUARTO: Que, el abogado Sergio Ansieta Calderón, informando en representación del Hospital de La Serena, sostiene que el recurso carece de fundamentos de hecho y de derecho, pues no existe acto ilegal o arbitrario que atente en contra de la garantía constitucional invocada, y debe ser rechazado. Expone, que en ningún momento la paciente ha quedado sin recibir los medicamentos que las guías clínicas del Ministerio de Salud recomiendan como primera línea de terapia, esto es,

Carboplatino y Ciclofosfamida, y que el medicamento Gemzar, con su compuesto activo Gemcitabina, no figura dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto (PANDA) para el tratamiento del cáncer de ovario y que, tampoco, ha existido un cambio de medicamento o una discontinuidad en su entrega, pues nunca ha recibido Gemcitabina de parte del Hospital. Concluye señalando, que no resulta procedente obligar al Hospital a comprar un medicamento que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud no reconocen como terapia para el tratamiento del cáncer de ovario, agregado al hecho que el Hospital no cuenta con un financiamiento ilimitado por parte del asegurador público, FONASA, por lo que no es posible destinar recursos para un tratamiento que no aparece en principio justificado desde el punto de vista de los protocolos y guías clínicas del Ministerio de Salud.

QUINTO: Que a foja 43, don Antonio Eguren Barrales informa en representación de la recurrida, Dirección Regional Centro Norte del Fondo Nacional de Salud, señalando que no se han vulnerado las garantías constitucionales de los N° 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ni ninguna otra disposición legal o reglamentaria, toda vez que, no es efectivo que arbitrariamente la recurrida haya dejado de otorgar un medicamento que le corresponda, ya que si bien la recurrente fue tratada en el Hospital de La Serena, se le dio otros medicamentos que están en el PANDA, pero no el Gemzar, debiendo la recurrida financiar sólo medicamentos que se encuentren en el Protocolo y guías clínicas, de otra manera no es posible transferir recursos a los establecimientos, ya que FONASA como todo ente público actúa de acuerdo al principio de legalidad. Agrega, además, que existe escasa información sobre la efectividad de tal medicamento en cáncer de ovario, motivos por los que solicita el rechazo de la presente acción.

SEXTO: Que de lo expuesto por la recurrente, de lo informado por los recurridos y de los antecedentes allegados a los autos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, en especial informe anatomopatológico, datado el 20 de febrero de 2007, informe de Ecotomografía Ginecológica de fecha 22 de diciembre de 2009, memorando n° 808/10 Unidad de Farmacia y ficha clínica, se logran establecer los siguientes hechos que, por lo demás, no han sido controvertidos en autos: a) que la recurrente doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno padece de un cáncer ovárico y por ello ha sido sometida a diversas intervenciones y tratamientos, calificándose su enfermedad como avanzada en Etapa IV; b) que con fecha 29 de marzo de 2010 inició su tratamiento de quimioterapia en la Unidad de Quimioterapia del Hospital de La Serena, habiéndose efectuado sesiones mensuales los días 29 de marzo, 23 de abril y 25 de mayo del año en curso; c) que en dichas sesiones se le ha administrado los medicamentos Carboplatino y Ciclofosfamida; d) que el medicamento "Gemzar" no se encuentra dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto; y e) que las únicas drogas entregadas a la recurrente por la Unidad de Farmacia del Hospital de la Serena, desde Enero de 1997 a Agosto de 2010 han sido el Carboplatino y Ciclofosfamida.

SÉPTIMO: Que es preciso tener presente que el Fondo Nacional de Salud, FONASA, recurrido de autos, constituye un servicio público que presta un servicio de salud a la comunidad, y por ende, debe cumplir el mandato constitucional contemplado en los números 1 y 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la protección de la salud.


OCTAVO: Que para la resolución del recurso es preciso establecer que si para el tratamiento de quimioterapia se le ha prescrito y en su caso, entregado a la recurrente Moreno, el fármaco Gemcitabina (nombre genérico) o Gemzar (nombre comercial), toda vez que, consta de autos que se le han proporcionado los demás medicamentos requeridos para su tratamiento, conforme lo

informado por la jefa de Unidad de Farmacia del Hospital de La Serena, mediante oficio de fecha 17 de agosto de 2010 y lo afirmado por las partes en estrados.

NOVENO: Que en este orden, de la historia y evolución clínica cuya ficha se acompaña a estos antecedentes, se constata que el día 12 de marzo de 2010, la Dra. Blanchard consigna: que "se analiza caso clínico determinándose el siguiente protocolo. Carboplatino 750 día 1 y Gemcitabina 2200 días 1 y 8. Dres. Morales y Blanchard; posteriormente, el día 24 de marzo de 2010, existe un timbre que dice "COMITÉ y luego se consigna que "En base a que se trata de tumor sensible se plantea darle Carboplatino + Ciclofosfamida. En caso de no responder por 3 ciclos, se solicitará la compra de Genocitabina" Dres. Huidobro-Vacarezza. Morales-Blanchard- . Luego, el día 2 de junio de 2010, bajo el timbre COMITÉ se anota: Se analiza caso por presentar paciente reacción alérgica severa a Carboplatino c/ compromiso respiratorio. Dado a que no se describe reacción cruzada al Cisplatino se decide continuar terapia con Cisplatino mas Ciclofosfamida o Genocitabina. El día 2 de Junio se le indica el octavo ciclo Cisplatino mas Genotén o Gemcitabina; el día 24 de junio se consigna que se está tramitando compra de Gemcitabina a través del hospital. El 1 de Agosto de 2010 se señala que no se hizo el tercer ciclo indicado por Dra. Blanchard (\$), esto es, Cisplatino mas el Genotén. El 13 de agosto nuevamente se señala que ha habido progresión de enfermedad y que no ha recibido Gemcitabina.

A su vez, el informe médico extendido por la Dra. Ninette Blanchard, agregado a fojas 35, luego de relatar la historia de la enfermedad de la recurrente, indica que se analizó el caso en equipo oncológico con Dra. Morales, decidiéndose que el mejor esquema, de acuerdo con la literatura actual de medicina basada en evidencia que ha encontrado tasas de respuesta de 20 a 30% y con sobrevida promedio de 6 meses, se definió asociar a Carboplatino la Gemcitabina.

DÉCIMO: Que así las cosas, de los elementos de convicción analizados precedentemente, en especial, teniendo presente que con posterioridad a la interposición de este recurso, y específicamente, de la ficha clínica, se constata que el día 13 de agosto pasado, la paciente presenta una progresión de la enfermedad con cansancio, dolor abdominal alto, angustiada por su situación, oportunidad en que se dejó constancia que no ha recibido gemcitabina y considerando que según informe del Servicio de Oncología del Hospital de La Serena, agregado a fojas 53 para mejor resolver , éste se encuentra indicado para el cáncer epitelial de ovario en ciertas condiciones y en el informe de fojas 35 se señala que le fue prescrito a la recurrente al analizar el caso en el equipo oncológico asociándolo a carboplatino y teniendo presente, además que, según información contenida en el sitio del Instituto Nacional del Cáncer de EEUU, la gemcitabina es un medicamento indicado para tratar el cáncer de ovario en estado avanzado, junto con otros medicamentos, antecedentes apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, estos sentenciadores logran la convicción que a la paciente Elba Moreno, una comisión médica, le prescribió para su tratamiento de quimioterapia el uso del medicamento Gemcitabina, droga cuyo nombre comercial es Gemzar, como asimismo que dicho fármaco, no obstante haberle sido prescrito, atendida su condición médica, no le ha sido entregado por el organismo de salud.


UNDÉCIMO: Que para resolver el presente recurso es preciso además considerar que acorde a lo dispuesto en el artículo 8 letra b) de la Ley n° 18.469 , que regula el ejercicio del derecho a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, precepto cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante el DFL N° 1 del año 2005, los beneficiarios del sistema de salud pública tendrán derecho a recibir del Régimen General de Garantías en Salud "asistencia médica curativa, que incluye consulta, exámenes y procedimientos quirúrgicos, hospitalización y atención..., tratamientos, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional de

Salud, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan". Norma que se complementa con lo prescrito por el artículo 2° de la misma ley, que señala" Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Salud no podrán negar atención a quienes lo requieran".

DUODÉCIMO: Que, acorde a lo prescrito precedentemente, los elementos de juicio allegados a los autos por la demandante de protección y los antecedentes constatados por el tribunal, resultan suficientes para formar convicción en orden a tener por establecido, en forma fehaciente, la existencia de actos destinados a conculcar o amenazar su derecho a la vida y que se le atribuyen al recurrido, toda vez que de las normas citadas en el fundamento precedente, se infiere que la entrega de medicamentos constituye una de las formas previstas por dicha ley para materializar a los ciudadanos el acceso a la salud, de modo que ha incurrido en una omisión ilegal y arbitraria toda vez que, existiendo un deber jurídico de actuar lo ha incumplido, sin que exista una justificación racional que legitime tal conducta ,pues la circunstancia que la droga no se encuentre dentro del protocolo PANDA, ni en las Guías Clínicas del Ministerio de Salud, como se señala en el informe de fojas 53, no es razón suficiente para tal omisión, considerando el principio de supremacía constitucional de los incisos 1° y 2° del artículo 6° de la Carta Fundamental ; de modo que, frente a los padecimientos de la paciente y especialmente considerando que fue prescrita por los profesionales especialistas del centro asistencial, se afecta su derecho a la integridad física y síquica, toda vez que le impide un tratamiento adecuado causándole pesadumbre, vulnerándose con ello la garantía del numeral primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

DECIMOTERCERO: Que asimismo, la recurrente sostiene que tal conducta, configura una infracción al principio de igualdad, sin embargo, no existen en la causa antecedentes que demuestren que hubiere recibido un trato diferente al de otras personas aquejados con similar enfermedad, motivo por el cual no es posible tener por acreditada vulneración a dicha garantía del inciso segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, acorde a los razonado , la negativa de los recurridos configura una vulneración de la garantía constitucional contemplada en el número 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, por tanto, procede acoger el recurso .

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 N° 1°de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales , SE ACOGE, sin costas, el recurso de protección interpuesto por doña Elba Moreno Moreno y por ende , los recurridos deberán proporcionarle a doña Elba Moreno Moreno el medicamento "GEMCITABINA" para los efectos del tratamiento de quimioterapia , en los términos en que le fue prescrito.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Redacción de la ministro titular doña Marta Maldonado Navarro.
Rol N° 651-2010 (Prot.)- CORTE SUPREMA
Recurso 8902/2010
Santiago, veintiséis de enero del año dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo duodécimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que conforme al mérito del proceso ha quedado asentado que el medicamento GEMZAR, compuesto gemcitabina, fue prescrito por el médico de la recurrente, la Dra. Blanchard y el equipo médico oncológico del Hospital de La Serena, atendido el estado de salud de la actora y la evolución de su enfermedad; y que además dicho medicamento jamás le fue otorgado por el Hospital San Juan de Dios de La Serena, el que sí cumplió con la entrega de drogas antineoplásicas que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud recomiendan para el tratamiento que requiere, de acuerdo a las prescripciones de sus médicos tratantes.

SEGUNDO: Que se ha discutido por esta vía cautelar la pertinencia y eficacia del uso del medicamento GEMZAR y su compuesto Gemcitabina en el tratamiento médico de la actora, sin haberse arribado a un consenso sobre tales materias.

TERCERO: Que la prescripción del referido medicamento ha obedecido a que las drogas que se le han suministrado a la paciente no sólo no han sido eficaces para el tratamiento del cáncer ovárico que la aqueja, sino que además la actora ha presentado reacción alérgica al carboplatino y que el tumor es resistente al platino, lo que se desprende de las anotaciones practicadas en la ficha clínica que se acompañó a estos antecedentes.

Las recurridas han informado que el compuesto gemcitabina sólo se encuentra considerado en el Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas del Adulto del Ministerio de Salud para el tratamiento del cáncer de mama metastático y no para el ovárico, omisión que explican por la falta de evidencia científica sobre la procedencia de su utilización. Sin embargo, el Memorándum N° 104 del Servicio de Salud de Coquimbo que suscribe el Dr. Patricio Huidobro, Médico Jefe de la Unidad de Oncología del Hospital de La Serena, que se lee a fojas 53, da cuenta de que en la literatura internacional su aplicación sí está considerada, entre otras, para el cáncer epitelial de ovario.

CUARTO: Que con posterioridad a la dictación del fallo en alzada la recurrida acompañó un informe, a fojas 69, emitido el 12 de noviembre último y suscrito por el médico tratante de la actora, Dra. Ninette Blanchard y el Médico Jefe de la Unidad de Oncología del Hospital de La Serena, Dr. Patricio Huidobro, donde se expone una mejoría de salud de la actora, según una nueva evaluación médica a la que se sometió en el Hospital de la Universidad Católica el 31 de agosto de 2010, por lo que el equipo médico del Hospital San Juan de Dios de La Serena ha concluido que “administrar quimioterapia empeoraría su calidad de vida”. Por su parte, la recurrente agregó, de fojas 87 a 90, exámenes e informes médicos referidos a la evolución de la enfermedad, entre los cuales se contiene el resultado de una ecografía practicada el 8 de noviembre último que da cuenta de una progresión de los signos de una carcinomatosis peritoneal en comparación al examen practicado el 31 de agosto de 2010.

QUINTO: Que, en conclusión, es incuestionable que el tratamiento suministrado a la actora conforme a los Protocolos y Guías Médicas del Ministerio de Salud no ha impedido la progresión del cáncer de que padece y el agravamiento de su condición de salud, lo que hace razonable el planteamiento de suministrarle, en el caso específico de que se trata, el medicamento solicitado.

Y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de diez de noviembre último, escrita a fojas 59 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol Nº 8.902-2010. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los Ministro señora Araneda y señor Brito por estar en comisión de servicios la primera y con permiso el segundo. Santiago, 26 de enero de 2011.

Autorizada por la Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiséis de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.