Rancagua, treinta de noviembre de dos mil nueve.

Vistos:

A fs. 2 comparece don Marcelo Figueroa Rivera, abogado, domiciliado en Alameda 540-E de Rancagua, por doña Jéssica Moreno Gómez, del mismo domicilio, recurriendo de protección en contra del Fisco de Chile y del Servicio de Salud de la Región de OHiggins, señalando que la actora es portadora de un cáncer mamario que le arrebatará la vida, salvo que se trate con un medicamento denominado Herceptin, que es el único que puede evitar el fatal desenlace. El costo de ese medicamento, sin embargo, es muy alto, de suerte que ella está impedida de solventarlo, de modo que ha solicitado al Servicio de Salud un apoyo económico extraordinario, el que le fue denegado sin mayores razones, lo que constituye una privación y perturbación del derecho a la vida, protegido por el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución Política. Termina solicitando que se acoja el recurso y se ordene a los recurridos financiar por la vía más rápida el medicamento de que se trata, para la actora.

A fs. 15 informa don Guillermo Neale Marín, Abogado Procurador Fiscal, por el Fisco de Chile, señalando que ni en forma personal ni en representación del Fisco ha tenido ninguna intervención en los hechos descritos en el recurso, sino que se trata de un campo reservado a la actuación del Ministerio de Salud y a los Servicios de Salud, estos últimos órganos descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios. De este modo, concluye, ni el Fisco ni su representante, el Consejo de Defensa del Estado, han podido tener parte alguna en la situación reclamada, lo que basta para que a su respecto se deseche el recurso, que, además, no indica qué acto atribuye a este recurrido o ni qué disposiciones legales habría éste infringido.

A fs. 56 informa don Lincoln Danilo Cáceres Silva, abogado, en representación del Servicio de Salud del Libertador Bernardo OHiggins, organismo descentralizado cuyo director es don Marcelo Yévenes Soto, domiciliados todos en Alameda 609 de Rancagua. Solicita el rechazo de la acción por entender que falta la legitimidad pasiva de su representado, ya que quien rechazó los fondos extraordinarios pedidos para solventar el medicamento no fue su organismo, sino el Ministerio de Salud. Explica que las prestaciones de salud que entrega el Servicio recurrido no se financian con recursos propios, sino los aportes que efectúa el Fondo Nacional de Salud, y si el medicamento prescrito por el facultativo tratante no se encuentra en la canasta de los que FONASA debe entregar gratuitamente, es el propio paciente quien debe financiarlo, salvo el otorgamiento de fondos extraordinarios por parte del Ministerio a través del FONASA.

En la especie, el sistema estatal ha entregado a la actora el total financiamiento de sus terapias e intervenciones (prestaciones que el Servicio ha entregado cabalmente), salvo el caso del medicamento Herceptín, que no está dentro de las canastas que fija el FONASA, y por ende el Servicio no puede entregarlo, siendo éste órgano, y no el Servicio recurrido, el que financia los costos de los medicamentos que el Estado entrega gratuitamente, cuando procede. El Servicio de Salud OHiggins, inclusive, añade, solicitó al Ministerio el financiamiento extraordinario, a través del FONASA, para poder proporcionar el Herceptín a la recurrente, petición que le fue denegada, sin que quepa más que hacer al recurrido que informa, dado que, insiste, su función y deber es prestar servicios médicos asistenciales y no financiar tales prestaciones o medicamentos.

Por las mismas razones, sostiene no haber atentado contra el derecho a la vida de la paciente, sino todo lo contrario, haberlo protegido en la medida de sus posibilidades, y concluye señalando que tampoco ha existido de su parte una actuación u omisión ilegal ni arbitraria, por

lo que solicita el rechazo de la acción.

De fs. 77 a 79 corre informe del médico tratante, referente a la necesidad y eficacia del medicamento de que se trata, y a su imposibilidad de reemplazarlo por otra droga.

A fs. 91 y 92 corre informe del Fondo Nacional de Salud, según el cual la droga Herceptin no se encuentra en los listados de los fármacos que a ese Fondo le compete entregar a las pacientes afectadas de cáncer de mama.

Se trajeron los autos en relación

CONSIDERANDO:

1.- Que la omisión reclamada consiste en la negativa de proporcionar a la actora el medicamento Herceptin o Herceptina, única droga recomendada para el tipo de cáncer mamario que aquella presenta, y cuya enfermedad, obviamente mortal, progresará en caso de no recibir el tratamiento prescrito, según ha informado a esta Corte el médico tratante.

2.- Que esa omisión no es atribuible al Servicio de Salud de la Región de OHiggins, organismo con personalidad jurídica propia, que no dispone de la droga y que ha seguido el curso regular para proporcionarla, pidiendo el financiamiento extraordinario al Ministerio de Salud, para proteger así la vida de la Sra. Moreno.

3.- Que, entonces, la omisión de que se trata pertenece en forma exclusiva al Ministerio de Salud, que por consideraciones evidentemente insuficientes no contesta derechamente la petición que se le formula al efecto, dejándose apenas entrever su rechazo, como se aprecia del tenor del ordinario 3935 de 5 de octubre pasado, cuya copia corre a fs. 20, en el que la autoridad ministerial se limita a acusar recibo de la petición hecha por el Servicio de Salud de esta Región, señalando que la cartera ha recibido informes de su Unidad de Cáncer. Se trata, en verdad, de un solo informe, por demás escueto, corriente a fs. 21, que no basta para desvirtuar el mérito del informe del médico tratante, porque lo que interesa no es si la enfermedad que la actora padece es definitivamente curable o no, sea mediante el Herceptin o a través de otro tratamiento, sino qué efectos en la prolongación importante y digna de su vida tiene el medicamento de que se trata, y en ese sentido la importancia capital de la garantía constitucional de que hablamos tiene que llevar a hacer fe de la opinión del facultativo tratante que, además de especialista, es funcionario del Servicio de Salud local, en cuanto nos indica la alta eficacia clínica de la droga, su indicación para tipos de cáncer como el que se trata y su aprobación para estos casos por el Instituto de Salud Pública, sobre todo si la unidad competente del Ministerio de Salud no dice una palabra sobre ninguno de dichos puntos.

4.- Que, en tales condiciones, la negativa tácita de la autoridad ministerial a proporcionar los fondos extraordinarios para que se entregue la droga a la afectada importa, claramente, una arbitrariedad y amenaza directa e inaceptablemente el derecho a la vida de la recurrente, consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

5.- Que si el Servicio de Salud es un ente con personalidad jurídica propia, no ocurre lo mismo con el Ministerio de Salud, autor concreto de la omisión arbitraria, que es una dependencia del Ejecutivo, integrante entonces del Fisco, que a su turno es representado por el Consejo de Defensa del Estado. Luego, la acción, por más que formalmente no resulte perfecta, al dirigirse contra el Fisco, que fue debidamente emplazado y que compareció incluso ante estrados, permite acogerla en contra de éste para que su agente, Ministerio de Salud, cumpla con la protección debida al fundamental derecho amenazado por su omisión. Resulta esto tanto más posible en un recurso esencialmente desformalizado, del cual depende la vida misma de la actora, y sobre todo si en el cuerpo del escrito de fs. 2 a 4 se dice, a fs.3, que se solicitó el apoyo económico extraordinario que es el que reglamentariamente cabe reclamar al Ministerio- el cual fue denegado, con lo que resulta descrita la omisión que se reclama.

6.- Que, por fin, se podrá advertir que la negativa proviene de una autoridad central, con sede en Santiago, pero eso sólo ha podido dilucidarse en la vista misma de la causa, tras conocerse los informes del Servicio de Salud local y del Fondo Nacional de Salud de esta Región, pues únicamente entonces se supo que el medicamento en cuestión fue solicitado por el Servicio al Ministerio, y que Fonasa no lo contempla en su canasta de drogas para el tratamiento de este tipo de cáncer.

La competencia ya estaba asentada en esta Corte por haberse atribuido la omisión, en el recurso, a una autoridad local y por haber dirigido la misma Corte un oficio al Fondo de Salud de la Región, como posible causante del mal, si la droga hubiere estado en sus listados. No cabe alterarla, entonces, a estas alturas, cuando la gravedad del mal de que se trata hace urgente ponerle pronto remedio, sin que ninguna consideración puramente formal pueda preferirse al derecho a la vida de la actora. Todo ello sin perjuicio de que, además, no existe ningún acto administrativo formal que declare el rechazo de los fondos extraordinarios, como se comprueba del tenor del Ordinario de fs. 20. Luego, la negativa es aquí una cuestión fáctica meramente tácita; una pura y simple omisión, concretada en la falta de entrega, en esta ciudad, de los fondos a Fonasa o del medicamento mismo a la recurrente.

Y visto además lo dispuesto por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema Sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Protección, **se acoge el intentado a fs. 2 sólo en cuanto se ordena al Fisco de Chile, a través del Ministerio de Salud, proporcionar por la vía más rápida, directamente, mediante financiamiento extraordinario a FONASA, o mediante la fórmula que estime más eficaz y pronta, el medicamento denominado Herceptin, Herceptín o Herceptina, a doña Jéssica Moreno Gómez, gratuitamente, en las dosis, con la periodicidad y por el tiempo que prescriba su médico tratante. Todo ello sin costas, por haber tenido el Consejo de Defensa del Estado motivo plausible para solicita la denegatoria, vistos los defectos e insuficiencias formales del escrito de fs. 2.**

Se rechaza el mismo recurso en cuanto se dirige contra el Servicio de Salud de la Región de OHiggins, sin costas.

Comuníquese.

Redacción del Ministro Sr. Mera.

Rol N° 835-2009.

*Pronunciada por la **Segunda Sala** de esta Corte de Apelaciones, integrada por los señores Ministros Titulares don Raúl Mera Muñoz, don Carlos Moreno Vega y el Abogado integrante, don Diego Ruidíaz Gómez*

Eliana Rivero Campos
Secretaria Titular

*En Rancagua a treinta de noviembre de dos mil nueve, notifiqué por el **estado diario** la sentencia que antecede.*

Recurso 9291/2009 - Resolución: 140 - Secretaría: UNICA

Santiago, cuatro de enero del año dos mil diez.

No ha lugar a los alegatos solicitados en el primer otrosí de fojas 116.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de treinta de noviembre pasado, escrita a fojas 94.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Carreño y Sra. Araneda, quienes estuvieron por revocar la sentencia recurrida, una vez que fuera desechada su indicación previa de solicitar informe al Ministerio de Salud, considerando para ello lo siguiente:

- 1.- Que no existen antecedentes suficientes que den cuenta de los efectos del medicamento Herceptin para el caso de cáncer mamario metastásico de que padece la recurrente.
- 2.- Que sin la medida que se denegó, no es posible conocer con certeza los motivos por los cuales la autoridad de salud negó el auxilio que le fuera solicitado de manera excepcional.
- 3.- Que en consecuencia, en razón de la falta de los antecedentes antes anotados, los Ministros que disienten no están en condiciones de observar alguna ilegalidad o arbitrariedad en el acto que por esta vía se reprocha.

Regístrese y devuélvase.

Nº9291-2009. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Alberto Chaigneau y Sr. Benito Mauriz. Santiago, 04 de enero de 2010.

Autorizada por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.

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