

1

Día Mundial contra el Cáncer

**Señoras Ministras y señores Ministros de la
Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país,
Señores ministro de fe,
Señoras y señores,
Nuevas abogadas y nuevos abogados:**

Vuestro logro de obtener el título profesional les traerá un conjunto de desafíos y oportunidades, que deberán enfrentar siendo fieles al compromiso ineludible que ahora asumieron y que marca esta ceremonia: desempeñar leal y honradamente la profesión en todas las áreas en que se desempeñen. Una de ellas puede ser la salud, es por lo cual deseo referirme al “**día mundial contra el cáncer**”, que se conmemora hoy.

Según la Organización Panamericana de la Salud, el cáncer es la segunda causa de muerte en nuestra región. Se estima que 4 millones de personas fueron

2 diagnosticadas en 2020 y 1,4 millones murieron por esta enfermedad¹.

En Chile el panorama es todavía más desalentador. Según el informe de Estadísticas Vitales 2019² del Instituto Nacional de Estadísticas, las patologías asociadas a tumores pasaron a ser la primera causa de muerte del país.

Estas cifras reflejan la incidencia que tiene esta grave enfermedad, tanto en las personas que la padecen, como también en su entorno familiar y la sociedad en general, con repercusiones tanto en el plano personal, de los afectos y en lo económico, que al final pasa a ser lo más angustiante: los altos costos que demanda el financiamiento de su tratamiento.

Estas consecuencias se ven acrecentadas si se considera la relación entre acceso a la salud y nivel de ingresos. En efecto, se ha evidenciado que las atenciones del sector público se destinan al segmento mayoritario de la población que tiene menores ingresos y con una mayor propensión a enfermar en

¹ <https://www.paho.org/es/eventos/dia-mundial-contra-cancer-2022>

² <https://www.ine.cl/prensa/detalle-prensa/2021/12/03/estad%C3%ADsticas-vitales-2019-aumentan-las-muertes-y-los-acuerdos-de-uni%C3%B3n-civil-mientras-que-descienden-los-nacimientos-y-los-matrimonios>

3 general. En tanto, el sector privado atiende a quienes presentan un menor riesgo, pero mayores ingresos y que pueden optar por un sistema privado de salud³. Se trata de una realidad que puede significar un importante grado de inequidad⁴ al momento de acceder a las prestaciones de salud.

Información aportada por el Plan Nacional del Cáncer 2018-2028 señala que es una patología multicausal, en que tiene componentes personales, pero también sociales: nivel educacional, condiciones socioeconómicas, ambiente laboral, contar o no con servicios básicos (agua, energía eléctrica y alcantarillado)⁵, e incluso un estilo de vida saludable y el medioambiente que se habita.

Es por lo anterior que los estados y las organizaciones ambientales se han detenido en

³ MEDINA, S. y KOTTOW, M. (2015). Ética de la protección y ley Ricarte Soto: de heridas y parches. *Revista Chilena de Salud Pública* citado en SEGUEL Andrés y ZÁBALA Ximena (2019) *Enfermedades de Alto Costo, crisis del costo / efectividad y biocidadanías emergentes en Chile*. Estudios Atacameños Arqueología y Antropología Surandinas, N° 62. Disponible en https://www.scielo.cl/pdf/eatacam/n62/0718-1043-eatacam-2019_0015.pdf pp. 326-327.

⁴ SEGUEL A. y ZÁBALA X. (2019) *Enfermedades de Alto Costo, crisis del costo / efectividad y biocidadanías emergentes en Chile*. Estudios Atacameños Arqueología y Antropología Surandinas, N° 62. Disponible en https://www.scielo.cl/pdf/eatacam/n62/0718-1043-eatacam-2019_0015.pdf p. 327.

⁵ MINISTERIO DE SALUD CHILE. Plan Nacional de Cáncer 2018-2020. Disponible en <https://www.gob.cl/plannacionaldecancer/> p.15.

4
desarrollar en general el derecho a la salud y el tratamiento del cáncer en particular.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 establece el derecho a obtener se desarrollen acciones destinadas a mantener y recuperar la salud física y mental.

Para garantizar la plena efectividad de este derecho, el Pacto establece la obligación para los Estados de adoptar una serie de medidas, entre ellas, asegurar la asistencia médica para todas las personas.

A su vez, como es de vuestro conocimiento, la Constitución que nos rige consagra el derecho a la vida (art. 19 N° 1) y la integridad física y psíquica de la persona y el derecho a la protección de la salud (N° 9).

Este último derecho tiene desarrollo normativo en distintas leyes. Así, las principales normas en relación a la patología del cáncer y otras de alto costo son:

5

- La Ley N°19.966, que Establece un Régimen General de Garantías Explicitas en Salud -también conocido como AUGE o GES-⁶;
- La Ley N° 20.850, que "Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo" -conocida como Ley Ricarte Soto-, y
- La Ley N° 21.258, que crea la Ley Nacional del Cáncer.

Como podemos apreciar, nuestro Estado ha ido avanzando en el resguardo de este derecho. Sin embargo, aún hay problemas que persisten.

La jurisprudencia de los tribunales y de esta Corte Suprema ha debido resolver ciertos temas relacionados con las enfermedades de alto costo y el cáncer entre ellas, protegiendo la vida y procurando extenderla en cuanto sea posible. En especial ha desarrollado las siguientes líneas jurisprudenciales:

Procedencia del recurso de protección para reclamar el derecho a la vida cuando es afectado

⁶ MINISTERIO DE SALUD CHILE. Plan Nacional de Cáncer 2018-2020. Disponible en <https://www.gob.cl/plannacionaldecancer/> p. 66.

6
ante la falta de financiamiento de los medicamentos o tratamientos necesarios para afrontar estas graves enfermedades, señalando que:

(...)“el derecho a la protección de la salud es integral y se encuentra correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, como con la igualdad ante la ley y la justicia”⁷.

Financiamiento de medicamentos o tratamientos de alto costo. En efecto, ante la negativa del Estado a otorgar cobertura a medicamentos o tratamientos de alto costo, el máximo tribunal ha estimado tal actuación como arbitraria cuándo está en riesgo la vida de una persona y ello ha sido acreditado mediante certificación o informe de un profesional médico, sosteniendo:

(...)“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

⁷ Corte Suprema. Considerando séptimo sentencia de fecha 26 de marzo de 2021 causa Rol 21.793-2021.

7 *comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona (...)*”.

Es así como, al estar en juego la vida, se ha calificado de arbitrario el actuar de la Administración de negarse a otorgar o financiar un medicamento prescrito por el médico tratante:

“puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal”⁸.

En similar sentido se ha pronunciado cuando es una **institución de salud previsional la que ha negado la cobertura de medicamentos de alto**

⁸ Corte Suprema. Considerando cuarto sentencia de fecha 27 de mayo de 2021 causa Rol 35.636-2021. En este mismo sentido, la Tercera Sala de la Corte Suprema también se ha pronunciado en: Rol 128.766-2020, sentencia de fecha 19 de febrero de 2021; Rol 18.451-2019, sentencia de fecha 13 de agosto de 2019; Rol N° 1.993-2022, sentencia de fecha 26 de enero de 2022; Rol N° 14.580-2021, sentencia de fecha 25 de enero de 2022; Rol N° 52.966-2021, sentencia de fecha 11 de agosto de 2021; Rol N° 32.973-2021, sentencia de fecha 19 de mayo de 2021; Rol N° 144.090-2020, sentencia de fecha 24 de marzo de 2021; Rol N° 138.430-2020, sentencia de fecha 19 de febrero de 2021; Rol N° 24.828-2020, sentencia de fecha 08 de septiembre de 2020; Rol N° 69.806-2020, sentencia de fecha 03 de agosto de 2020; Rol N° 12.323-2019, sentencia de fecha 28 de agosto de 2019; Rol N° 129.209-2020, sentencia de fecha 02 de enero de 2019; Rol N° 25.009-2018, sentencia de fecha 02 de enero de 2019; Rol N° 17.043-2018, sentencia de fecha 06 de noviembre de 2018

8 **costo, cuando la vida de las personas se encuentra en riesgo.**

El fundamento anterior ha dado pié a sostener que la decisión de una Isapre de no proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones de índole administrativo-económico (no encontrarse codificado en el Arancel de FONASA), es un acto arbitrario que

"amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que él sufre y en tal virtud, procede que se adopten 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 las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones

9
pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco".⁹

Por su parte, cuando es **la vida de niños, niñas o adolescentes la que se encuentra comprometida**, la Corte ha considerado que la cobertura de estas enfermedades debe otorgarse, además, atendiendo los compromisos adquiridos en instrumentos de derecho internacional suscritos por el Estado de Chile, como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En este sentido, ha declarado que:

"(...) es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830, de fecha 27 de septiembre de 1.990, dispone: "Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que

⁹ Corte Suprema. Considerandos Quinto y Noveno sentencia de fecha 14 de mayo de 2020, causa Rol 20.767-2020. Esta línea también se mantenido por la Tercera Sala en Rol N° 43.772-2020, sentencia de fecha 24 de junio de 2020; Rol 44.069-2020, sentencia de fecha 22 de junio de 2020; Rol N° 11.197-2020, sentencia de fecha 29 de mayo de 2020; Rol 14.689-2020, sentencia de fecha 30 de marzo de 2020.

ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”(...). “Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos”.¹⁰

Por último, en relación específicamente al **esfuerzo institucional que demanda el tratamiento del cáncer**, la Corte, considerando que uno de los principios que inspiran a la **“Ley Nacional del Cáncer”** es el de la cooperación público - privada y que el cáncer es un problema de salud pública que afecta al sistema de salud y al país en su conjunto, ha sostenido que las ISAPRE deben cooperar con el Estado en esta materia, cumpliendo una labor de

¹⁰ Corte Suprema. Considerandos Octavo y Noveno sentencia de fecha 19 de febrero de 2020 Rol 122.237-2020. En este sentido también en: Rol N° 60.898-2021, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2021; Rol N° 128.766-2020, sentencia de fecha 19 de febrero de 2021; Rol N° 30.287-2020, sentencia de fecha 23 de junio de 2020; Rol N° 63.091-2020, sentencia de fecha 10 de junio de 2020; Rol N° 33.083-2020, sentencia de fecha 15 de mayo de 2020; Rol N° 38.575-2019, sentencia de 28 de enero de 2020; Rol N° 27.591-2019, sentencia de fecha 29 de octubre de 2019

servicio público material. En este sentido, reiterando su jurisprudencia, una reciente sentencia, de 29 de noviembre de 2021 (Rol N° 45.114-2021) dejó establecido:

"Que, sin perjuicio que lo razonado resulta suficiente para acoger el recurso de protección, la condición de salud de la recurrente es un antecedente insoslayable para reforzar la decisión, puesto que la Ley N° 21.258 que Crea la Ley Nacional del Cáncer, establece dentro de los principios que la inspiran: "a) Cooperación: se deberá fomentar la cooperación público privada, intersectorial e interinstitucional". En tanto su reglamento respectivo señala que: "por su incidencia, el cáncer debe ser considerado como un problema de salud pública. Asimismo, por los costos involucrados para abordar dicha enfermedad, es también un importante problema social y económico, con repercusión y costos que afectan a las personas, sus familias y comunidades, así como al sistema de salud y al país en su conjunto. Que, el Ministerio de Salud ha priorizado al cáncer como un problema relevante de salud pública en el país, realizando

*esfuerzos organizados y sostenidos que abarcan desde la prevención hasta los cuidados paliativos”.*¹¹

Nuevas abogadas y nuevos abogados, en el ejercicio profesional deberán enfrentar situaciones tan delicadas, como lo puede ser, la defensa de los intereses de alguna persona que se encuentre ante desafortunadas dificultades de salud y no pueda acceder al vital tratamiento que éstas requieran, por lo cual corresponde que conozcan la ley, pero igualmente jurisprudencia de los tribunales sobre la materia.

Para culminar, me permito hacer extensivas mis felicitaciones a todas aquellas personas que de alguna u otra forma les allanaron el camino para llegar a este momento en que reciben su título profesional.

Bienvenidas y bienvenidos a este gran camino.

Muchas gracias y felicidades.

Sergio Muñoz Gajardo

Presidente Subrogante

¹¹ En este sentido se han pronunciado los siguientes fallos de la Tercera Sala de la Corte Suprema durante el año recién pasado: Rol N° 60.513-2021, sentencia de fecha 09 de noviembre de 2021; Rol N° 39.102-2021, sentencia de fecha 20 de agosto de 2021; Rol N° 47.384-2021, sentencia de fecha 29 de julio de 2021; Rol N° 14.119-2021, sentencia de fecha 14 de julio de 2021; Rol N° 28.967-2021, sentencia de fecha 08 de julio de 2021.

13

(04.02.22)