

Santiago, veintiocho de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo, además, presente:

Primero: Que la presente acción constitucional se ha dirigido contra la negativa del Fondo Nacional de Salud Fonasa, del Hospital Dr. Exequiel González Cortés y del Ministerio de Salud, de otorgar el fármaco Nusinersen (Spinraza), indicado para los hijos gemelos del actor, de seis años de edad, quienes padecen de Atrofia Muscular Espinal (AME) tipo IC.

Segundo: Que, al respecto y como ya se ha resuelto por la Corte (en autos rol N° 43250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente 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 rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos. A mayor abundamiento, no puede ser el elemento fundamental para la adopción de este tipo de decisiones por parte de la Administración, toda vez que, tal como lo consigna el artículo 1° de la Constitución



Política de la República, el Estado está al servicio de la persona humana.

Tercero: Que, en el indicado contexto, la decisión de las recurridas consistentes en la negativa a proporcionar aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que aqueja a los hijos del recurrente, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para su sobrevivencia, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo IC que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de los gemelos del actor, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Cuarto: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la recurrida, cimentada en consideraciones de índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a



aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología en cuestión 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.

Quinto: 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, la Corte se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas.



Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de veintiséis de abril último **con declaración** que la cobertura y financiamiento respecto del medicamento Spinraza debe otorgarse para ambos niños mientras los médicos tratantes así lo determinen.

Acordada **contra el voto** de la Ministra señora Muñoz y del abogado integrante señor Pierry, quienes fueron de parecer de revocar el fallo apelado y rechazar el recurso, teniendo en cuenta para ello:

1°) Que los niños en cuyo favor se interpone el recurso, de seis años de edad, padecen de atrofia muscular espinal tipo IC. Se postula en la acción que el único medicamento capaz de paliar los efectos de la enfermedad es uno denominado Spinraza. El costo, según se indica en los antecedentes de autos, alcanza los \$500.000.000 anuales.

2°) Que, al margen de la eficacia médica del tratamiento en cuestión para el cuadro clínico que presentan los niños, que ha sido igualmente cuestionada por las autoridades recurridas, el eje del debate ha girado en torno a si pesa sobre éstas el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento a los pacientes de autos.



Resulta incontestable que el monto a que asciende tal prestación es muy significativo y cabe razonablemente asumir, por ende, que compromete el presupuesto y financiamiento de las entidades que habrán de prestarlo. Adicionalmente, los estudios clínicos que existen acerca de este medicamento no aseguran la curación de la enfermedad en forma objetiva y permanente.

3°) Que, como primera cuestión, corresponde poner de relieve la inexistencia de controversia en el proceso en torno a que el financiamiento del medicamento en cuestión no está amparado bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas, como pudiera ser algún tipo de seguro, el sistema de Garantías Explícitas de Salud, o la Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud instaurada por la Ley N°20.850, conocida como ley Ricarte Soto.

En consecuencia, el Estado ha de responder al requerimiento que se plantea a favor de los niños conforme a las normas generales de financiamiento de las prestaciones de salud y dentro de los programas existentes en el sistema público.

4°) Que, en esa dirección, la Ley N°18.469, en su artículo 4°, instauró un régimen de prestaciones de salud, que fue modificado a través de la Ley N°19.966, con vigencia a partir de 2005, estableciendo un Régimen de



Garantías en Salud. En línea con lo antes señalado, cabe precisar que, como parte de dicho régimen, se incorporó uno de garantías explícitas en salud, las que, según dispone el inciso segundo del artículo 2° de esa última ley, son "(...) constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan".

Las garantías explícitas están conformadas por un conjunto finito y determinado de prestaciones, determinadas conforme a los mecanismos previstos en los artículos 11 y siguientes de la Ley N°19.966. Dentro de ellas, como se señaló, no está incluida la enfermedad que padecen los niños por quienes se recurre de protección.

5°) Que, luego, las prestaciones no previstas en el esquema explícito de garantías, y entre ellas la que motiva la presente acción constitucional, quedan comprendidas en el régimen general de garantías. Las prestaciones incluidas en el régimen general de garantías en salud están reguladas por los artículos 8 y siguientes de la Ley N°18.496 (modificada por la Ley N°19.996, y que corresponde a los artículos 138 y siguientes del 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).

Consisten, en general y según establece el artículo 8 de la Ley N°18.496, en el examen de medicina preventiva, la asistencia médica curativa y la atención odontológica.

6°) Que las directrices generales con arreglo a las cuales se otorgan las prestaciones del régimen general de garantías están contempladas por el artículo 11 de esa misma ley.

Preceptúa el inciso primero de esta norma que: "Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental". Y agrega el inciso segundo que: "Las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados".

7°) Que, como se advierte, resulta determinante para el asunto a decidir la declaración legal en orden a que la Administración sólo puede encontrarse obligada en la medida



que alcancen los recursos físicos y humanos de que disponga, sin desviar recursos en desmedro del universo de prestaciones que cubre el sistema asistencial ya existente. Esta conclusión emerge tanto del texto de la norma transcrita, que esclarece que las prestaciones del régimen general de garantías están limitadas por los recursos disponibles, cuanto de la circunstancia de formar las prestaciones de salud garantizadas, esto es, aquellas a que el individuo tiene -en la terminología tradicional- un derecho subjetivo para demandarlas al Estado, un catálogo cerrado y determinado en los cuerpos reglamentarios pertinentes.

Por tanto, la administración a los pacientes del medicamento Spinraza, puesto en el mercado recientemente, queda supeditada a la disponibilidad de recursos financieros y humanos de las autoridades recurridas. En particular, puede decirse que, en la especie, queda condicionada a la disponibilidad de dinero para adquirir las dosis necesarias a ser administradas a los niños por quienes se deduce la acción.

8°) Que la resolución de esa cuestión se vincula con otros órdenes normativos que, más generalmente, dicen relación con el sentido jurídico mismo del Estado, en función de lo que ha de entenderse por "recursos humanos y financieros disponibles".



9°) Que, en esa dirección, el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución Política de la República dispone: "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 a 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".

Es deber del Estado, entonces, promover el bien común, como lo remarca el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y lo pormenoriza el inciso primero artículo 28 de la misma ley, en los siguientes términos: "Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua".

Es también deber del Estado proteger "(...) el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo", como prescribe el inciso segundo del número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

10°) Que de lo anterior se sigue que, en la administración de los recursos disponibles para atenciones de salud, es ineludible para el Estado propender al bien



común, es decir, a promover, conservar y recuperar la salud de la comunidad toda, considerando el universo de personas susceptibles de ser atendidas, antes que la de uno o más de sus integrantes en particular, respetando, además, el acceso igualitario a las atenciones que esté en condiciones de otorgar, esto es, sin crear parcialmente instancias de privilegio.

11°) Que todo lo dicho no importa, necesariamente, que el medicamento en cuestión no deba ser financiado existiendo las posibilidades reales de hacerlo. Significa, sí, que ello pasa por una ponderación de objetivos y prioridades, en función de costos y recursos disponibles, que es resorte natural de la Administración efectuar conforme a los parámetros antes reseñados. A tal efecto se tiene presente lo señalado por FONASA al evacuar su informe, en el sentido que el medicamento de que se trata, en 2017, fue presentado a evaluación para su incorporación al tercer decreto de la Ley Ricarte Soto (enfermedades de alto costo) debido a que la cartera de salud había recibido 3.275 solicitudes de evaluación en relación a 103 condiciones de salud, entre ellas la Atrofia Muscular Espinal (AME), cuyo tratamiento fue el medicamento Nusinersen (Spinraza) y equipos de asistencia médica de 24 horas, sin pasar la etapa de evaluación según los criterios objetivos establecidos en un procedimiento previamente



creado para así eliminar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones de políticas públicas en materia de financiamiento de tratamiento de alto costo. Hace presente que dicho tratamiento supera con creces la disponibilidad de fondos de la Ley N° 20.850 que es de 9.869 millones de pesos en tanto aquél es de aproximadamente 169.500 millones de pesos.

De esta forma, si se conjuga la excepcional onerosidad del tratamiento médico en cuestión; la disponibilidad restringida de recursos para atender las prestaciones comprendidas en el régimen general de garantías en salud; y el deber de la Administración, correlativo al derecho de las personas, de dispensar un acceso igualitario a las acciones destinadas a la recuperación de la salud, con miras al bien común; se concluye que la conducta de las recurridas no se ha apartado de las leyes ni resulta carente de justificación.

Nada hay en los antecedentes del proceso que permita concluir que la Administración, quebrantando un deber legal, o procediendo por mero voluntarismo, está negando, sin justificación, el tratamiento requerido. Por el contrario, las autoridades sanitarias recurridas han actuado en forma coherente con los principios constitucionales y normativos que las obligan a administrar en forma ecuánime y responsable los recursos públicos



asignados, en particular dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley 20.850, que establece un procedimiento que permite evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia.

12°) Que no se satisfacen, entonces, las exigencias previstas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República para que resulte procedente acceder a la cautela impetrada, motivo por el cual el recurso de protección deducido debió ser desestimado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y la disidencia de sus autores.

Rol N° 12.323-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Andrea Muñoz S. y Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Blanco por estar con feriado legal y la Ministra señora Muñoz Sánchez por estar en comisión de servicios. Santiago, 28 de agosto de 2019.





XDLGMGXGN

En Santiago, a veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

