

Santiago, siete de enero de dos mil veinte.

Vistos y teniendo, además, presente:

Primero: Que la presente acción constitucional se ha dirigido contra la negativa del Fondo Nacional de Salud, de otorgar el fármaco Nusinersen (Spinraza), indicado para la hija de los recurrentes de diez meses de edad, quien padece de Atrofia Muscular Espinal (AME) tipo I, llamada también Forma Infantil (y que corresponde al 50-60% de los casos de AME).

Segundo: Que, al respecto, y como ya lo ha resuelto esta 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 presupuestario o económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión de contenido financiero, no pueden 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, de manera que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos. Es más, no se puede olvidar que tratándose de menores, los tratados internacionales suscritos por Chile lo obligan a dar una atención preferente a los derechos que protegen la infancia. 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 inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el Estado está al servicio de la persona humana. Es importante destacar que la Carta Fundamental impone a todos los órganos del Estado, y no solo a la Administración del Estado, otorgar cautela al derecho a la vida, el derecho de los derechos, como se le ha llamado. Por ello, este deber es exigible también a esta Corte.

Tercero: Que el medicamento solicitado es el único que se encuentra internacionalmente validado para ser comercializado, siendo que otros dos productos se encuentran recién en etapa de investigación. Que, en este entendido, resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento, puede brindarle a la paciente. Este actuar se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 2005, del Ministerio de Salud, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de Las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: *"Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de*



promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

Cuarto: 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 la menor en favor de quien se recurre, aparece como ilegal y 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 I que sufre es una enfermedad mortal en los menores y, de hecho, es la causa genérica más frecuente de mortalidad infantil. Ella 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 la niña, como surge de los antecedentes agregados a la causa. Es más, en caso de no recibir tratamiento los menores de un año que sufren la AME tipo I, que es la variante que afecta a la menor en cuyo nombre se acciona, en un 80% de los casos fallecen antes de cumplir dos años.



Quinto: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de las recurridas, fundada en consideraciones de índole económica, se ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la familia de la paciente 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.

Sexto: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde al ineludible ejercicio de las atribuciones propias de este tribunal, en respuesta a una acción cautelar, y ella no pretende, de modo alguno, definir la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función propia del Presidente de la República en colaboración con los Ministros de 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, adoptar aquellas



providencias que a su juicio sean necesarias 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 veinticinco de octubre último.

Acordada **contra el voto** del Ministro (S) señor Mera 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 la niña en cuyo favor se interpone el recurso, de 10 meses de edad, padece de atrofia muscular espinal tipo I. Se postula en la acción que el único medicamento capaz de paliar los efectos de la enfermedad es uno denominado Nusinersen conocido también como Spinraza.

2°) Que, al margen de la eficacia médica del tratamiento en cuestión para el cuadro clínico que presenta la niña, que ha sido igualmente cuestionada por las autoridades recurridas, el eje del debate ha girado en



torno a si pesa sobre las autoridades recurridas el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento a la paciente.

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 la niña 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 padece la niña por quien 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 la paciente 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 la niña por quien 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.

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 del abogado integrante señor Pallavicini y la disidencia de sus autores.

Rol N° 31.858-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., y Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Raúl Mera M., y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A., y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar con permiso y el Ministro señor Mera por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 07 de enero de 2020.





FTMHNSXXX

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

