

Santiago, quince de mayo de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos noveno y duodécimo a décimo sexto, que se eliminan.

Y teniendo, en su lugar y, además, presente:

Primero: Que el abogado Tomás Ramírez Herмосilla dedujo recurso de protección en favor de la menor A.P.J.G., de dos años de edad, en contra del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), por el acto ilegal y arbitrario consistente en negar el financiamiento necesario para la adquisición del medicamento llamado Spinraza, pese a que resulta indispensable para que éste recupere su salud y conserve su vida.

Expone que la niña fue diagnosticada como portador de Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo II, enfermedad neuromuscular, de carácter genético, la cual se caracteriza por una debilidad muscular y atrofia de éstos, que avanza de manera progresiva y le impide caminar, sentarse y controlar los movimientos de su cabeza, como asimismo puede llegar a afectar la respiración y la deglución.

Señala que con fecha 2 de octubre de 2019 la recurrida responde una carta enviada por la madre de la paciente, indicando que se trata de un medicamento que no está contemplado en el marco de los programas que han sido incorporados de acuerdo a las indicaciones del Ministerio



de Salud, como tampoco por la Ley N°20.860, de modo que la institución no cuenta con los recursos para su financiamiento.

Estima que el actuar de la recurrida vulnera los derechos del artículo 19 N°1 y 2 de la Constitución Política de la República, razón por la cual solicita que se le ordene realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco, con el objeto de iniciar en el más breve plazo el tratamiento de la paciente.

Segundo: Que el arbitrio anterior se acumuló con aquel interpuesto por el abogado Ignacio Sapiain Martínez, también en favor de la niña A.P.J.G., en contra del el Fondo Nacional de Salud y, además, del Hospital Luis Calvo Mackenna y el Servicio de Salud Metropolitano Oriente.

Respecto de estos últimos, expone que el día 23 de septiembre de 2019, el Hospital referido respondió el requerimiento del medicamento, señalando que no estaba disponible en su arsenal. Por otro lado, el Servicio de Salud, mediante carta fechada el 25 del mismo mes y año, informa que el fármaco no goza de cobertura de la Ley N°20.850, actuaciones que se suman a la respuesta de Fonasa, de fecha 2 de octubre.

Tercero: Que el informe médico evacuado por la profesional tratante, la Neuropediatra Claudia Castiglioni, de 9 de abril de 2020, luego de explicar en qué consiste la



Atrofia Muscular Espinal tipo 2, para cuyo tratamiento se requiere el fármaco Spinraza, único disponible en Chile, afirma que, sin mediar su administración, las neuronas motoras, responsables de mantener funcionando adecuadamente la musculatura, degeneran y mueren, lo cual se traduce en una progresiva debilidad muscular que afecta la capacidad de movilización y de respiración del paciente.

Añade que todos los pacientes con AME tienen una evolución degenerativa progresiva, para algunos el deterioro es más rápido y la insuficiencia respiratoria secundaria a la debilidad muscular intercostal es más pronunciada, llevando a la muerte antes de los 2 años de edad.

Cuarto: Que, para la resolución del recurso intentado, resulta necesario consignar que la Constitución Política de la Republica prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1°, que *"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 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"*, en tanto el N° 1 de su artículo 19 estatuye que: *"La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona"*.



Quinto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por las recurridas para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta el menor, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que aqueja a la niña no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de la red asistencial, sin que ninguna norma habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria.

Sexto: Que, en relación a lo establecido precedentemente, 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 ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*".

Séptimo: 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. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

Octavo: Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018 y N° 27.591-2019 entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y 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 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 las recurridas.



Noveno: Que en el contexto indicado, la decisión consistente en la negativa a proporcionar el fármaco a la paciente, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja, 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 la sobrevivencia de la menor, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo II que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal en los niños, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como necesaria para la vida de la niña, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Décimo: Que, resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindar a la paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, que Fija 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”.

Undécimo: Que, establecido lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo 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 del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Duodécimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de las recurridas a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la niña A.P.J.G., sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que sus padres no se encuentran en condiciones de adquirirlo, lo cual se traduce en que se impide a la paciente el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo para el tratamiento de la patología que 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 dirigen los recursos realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento con este medicamento.

Décimo tercero: 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 Suprema 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.

En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo a la paciente ya individualizada, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado, motivo por el que se revocará el fallo de primer grado en los términos que se dirá.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de cinco de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, en su lugar, se declara que **se acogen** los recursos de protección deducidos por los abogados Tomás Ramírez Hermosilla e Ignacio Sapiain Martínez, ambos en favor de la menor A.P.J.G., disponiéndose que las



recurridas deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en un breve tiempo el tratamiento de la indicada menor con este medicamento.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Llanos y del Abogado Integrante señor Pierry, quienes fueron de parecer de confirmar el fallo apelado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pallavicini.

Rol N° 33.083-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A., y Sr. Julio Pallavicini M. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pierry por estar ausente. Santiago, 15 de mayo de 2020.



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

