

Santiago, veintitrés de junio de dos mil veinte.

Vistos:

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

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

Primero: Que doña Marta Angélica Herrera Muñoz, en representación de su hijo menor de edad, de iniciales G.A.R.H., dedujo recurso de protección en contra del Hospital Clínico San Borja Arriarán, Servicio Metropolitano de Salud Central, y contra el 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 el niño fue diagnosticado en el mes de junio de 2018 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 cuyo diagnóstico en su hijo se tradujo en "Retraso de desarrollo sicomotor Predominio Motor, Síndrome Hipotónico Periférico, Motoneurona Inferior y Multisistémico" y es paciente del Hospital San Borja Arriarán y forma parte del Programa Nacional de Ventilación Mecánica Invasiva en su domicilio.



Señala que con fecha 12 de diciembre del 2018, doña Verónica Sáez Galaz, neuróloga infantil del referido nosocomio y quien participó de la evaluación médica que llevó al diagnóstico del referido niño, le recetó el medicamento Spinraza, con carácter de urgente, lo cual fue ratificado por la neuróloga infantil Sra. Susana Lara, del mismo hospital.

Manifiesta que su parte ha realizado múltiples gestiones, sin resultados favorables y que con fecha 13 de agosto del año pasado, recibió respuesta de Fonasa, 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°20.850, de modo que la institución no cuenta con los recursos para su financiamiento, siendo esta misma respuesta la recibida respecto del Servicio de Salud.

En cuanto al derecho, estima vulneradas las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 1, relativo al derecho a la vida y numeral 9, en cuanto el Estado debe garantizar la ejecución de las acciones de salud que necesita una persona, sea que se presente por una entidad pública o privada y artículo 24 N° 1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, referido al derecho de los niños a recibir atenciones de salud, 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 a los autos se agregaron los informes médicos de las neurólogas infantiles del Hospital San Borja Arriarán, galenas tratantes del niño en favor del que se recurre, quienes coinciden en la prescripción del medicamento Spinraza para su paciente. Doña Susana Lara, precisó que "Existe evidencia suficiente en la literatura que demuestra que el menor podría beneficiarse de la administración de Nusinersen tanto en su función motora, ventilatoria, y secundario a esto podría mejorar su sobrevida a mediano y largo plazo".

Tercero: 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"*.



Cuarto: 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 niño, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que lo aqueja 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.

Quinto: 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*".

Sexto: 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.

Séptimo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos Rol N°s 2494-2018, 27.591-2019, 25685-2019, 19.092-2019 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.



Octavo: Que, en el contexto indicado, la decisión consistente en la negativa a proporcionar el fármaco al paciente, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que lo 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 su sobrevivencia e 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 el tratamiento del niño, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Noveno: 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”.

Décimo: 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.

Undécimo: 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 del niño G.A.R.H., 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.

Duodécimo: 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 tercero: 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 veintiocho de febrero de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, en su lugar, se declara que **se acoge**, sin costas, el recurso de protección deducido por doña Marta Angélica Herrera Muñoz, en representación de su hijo de iniciales G.A.R.H., 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos.

Rol N° 30.287-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Julio Pallavicini M. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pallavicini por estar ausente. Santiago, 23 de junio de 2020.



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

