

Santiago, cinco de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos quinto y sexto, los que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que, en estos autos se ha deducido recurso de protección en favor del menor de edad A.D.M.G. de 3 años de edad, en contra del Servicio de Salud Metropolitano Norte, por el acto ilegal y arbitrario consistente en denegar la adquisición y suministro del fármaco SPINRAZA, pese a que resulta indispensable para que el menor referido recupere su salud y conserve su vida.

Segundo: Que, en primer término, es necesario señalar que el Servicio de Salud recurrido, sostuvo la improcedencia de la solicitud en los términos formulados, puesto que, por una parte, la misma se basa en una receta e informe médico que emanan de una institución privada de salud -Clínica de Las Condes-, mientras que, de otro lado, consultado el Hospital Dr. Roberto del Río, dicho recinto informó que si bien proporciona atención médica al niño de autos, lo cierto es que el medicamento no le ha sido prescrito por los facultativos de dicha institución, razón por la cual no procede el suministro del citado fármaco, agregando, además, que el medicamento no forma parte del arsenal del recinto hospitalario, como tampoco se



encuentra financiado por FONASA dado su alto costo, razón por la cual se insta a los recurrentes a solicitar ayuda al Fondo Organización Regional de Acción Social -ORASMI-.

Tercero: Que al respecto cabe señalar que la necesidad de prescripción de los medicamentos por facultativos pertenecientes a la red de salud pública, se relaciona con una cuestión diversa a la que motiva el recurso, vale decir, con la posibilidad de obtener los recursos económicos necesarios para el financiamiento de la prestación médica de que se trate, a través del Auxilio Extraordinario, en razón de no ser solventable por el paciente, además de no estar comprendida en el arancel del Fondo Nacional de Salud, como tampoco disponible en el presupuesto de las entidades del Sistema Nacional de los Servicios de Salud u organismos autónomos.

Sin embargo, cabe señalar que la ayuda proporcionada por el Ministerio de Salud a pacientes FONASA, con un diagnóstico de alto costo no cubierto por otros beneficios, en ningún caso resulta suficiente para financiar el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor A.D.M.G., de manera que, a todas luces la respuesta de la recurrida relativa a no ser la vía correcta para instar por los recursos económicos para el tratamiento de la enfermedad en cuestión, no resulta plausible, en tanto la cobertura del tratamiento que se requiere tampoco se



obtendrá a través del mentado fondo de auxilio extraordinario.

Desde esa misma perspectiva, es necesario destacar que de la respuesta entregada a los recurrentes, es evidente que se esgrimen razones de orden económico para desestimar el financiamiento lo solicitado.

Cuarto: Que, dicho lo anterior, para la resolución del recurso intentado resulta necesario consignar que en el informe neurológico suscrito por la médico especialista en dicha materia Claudia Castiglioni Toledo, reafirma el riesgo para el menor en favor de quien se recurre, en caso de no ser suministrado tal fármaco. En efecto, el informe médico citado da cuenta de que el niño señalado en autos sufre de Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo II, indicando: *"Esta forma de AME es de tipo intermedia en severidad ya que los niños alcanzan a adquirir sedestación, pero no logran caminar. El paciente tiene una clara indicación de tratamiento con spinraza por las consideraciones que detallo: La AME es una enfermedad degenerativa que produce muerte de neuronas motoras en forma progresiva en el tiempo. Sin mediar tratamientos específicos como nusinersen, zolgensma o risdiplam, las neuronas motoras que son las responsables de mantener funcionando adecuadamente la musculatura esquelética, incluida la de la caja torácica y respiratoria, degeneran y mueren. Esta progresión de la*



enfermedad se reflejará en una progresiva debilidad muscular que va afectando la capacidad de movilización voluntaria del paciente, la capacidad de respirar y alimentarse. Todos los pacientes con atrofia muscular espinal, en todos sus tipos 1, 2 o 3 tienen una evolución degenerativa progresiva. Para algunos el deterioro es más rápido y la insuficiencia respiratoria secundaria a la debilidad de la musculatura intercostal es más pronunciada llevando a la muerte del paciente antes de los 2 años de edad en las formas más graves. Las formas intermedias como AME II también tienen afectada su esperanza de vida siendo cercana a un 68.5% a 25 años. El consenso internacional de expertos en AME ha definido esta enfermedad como una urgencia neurológica con el propósito de enfatizar la necesidad de que se considere tratar rápidamente a los pacientes una vez diagnosticados ya que el tiempo de demora en recibir tratamiento se traducirá en menos motoneuronas. La célula neuronal no tiene capacidad de reproducirse, la dotación con la que se nace es la única que tenemos”.

Quinto: 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: "La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

Sexto: Que del examen de los antecedentes, tal como se adelantó, aparece que una de las principales razones esgrimidas por la recurrida 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 al niño no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de esta red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de esta red asistencial, sin que ninguna norma lo habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria.

Séptimo: 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 1990, 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”.

Octavo: 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.

Noveno: Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018 y N° 2494-2018), 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 la recurrida.

Décimo: Que en el indicado contexto, la decisión de la recurrida consistente en la negativa a proporcionar al menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que le 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 del menor A.D.M.G, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo 2 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 esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Undécimo: Que, resulta insoslayable subrayar que la recurrida, al negar la cobertura al medicamento



requerido, no se hace cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindarle al 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"*.

Duodécimo: 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.



Décimo tercero: Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden ha quedado de manifiesto que, con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del menor A.D.M.G., sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la parte recurrente 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 que sufre A.D.M.G. 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 la institución contra la cual se dirige el recurso realice las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento del citado menor con este medicamento.

Décimo cuarto: 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 quinto: Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y



significativo al niño M.P.H.G., 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 seis de octubre de dos mil veinte y, en su lugar, se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido por Tomás Ramírez Hermosilla en favor del niño A.D.M.G, disponiéndose que la recurrida deberá realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras así sea prescrito por el médico respectivo, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento de la indicada menor con este medicamento.

Acordada **contra el voto** del abogado integrante señor Pierry, quien fue de parecer de confirmar el fallo apelado, teniendo en cuenta para ello:

1º) Que el niño en cuyo favor se interpone el recurso, de 3 años de edad, padece de atrofia muscular espinal tipo 2. Se postula en la acción que el único medicamento capaz de paliar los efectos de la enfermedad es uno denominado Spinraza. Conocido es el hecho que el



costo anual del tratamiento es de \$ 641.410.000 aproximado.

2°) Que, al margen de la eficacia médica del tratamiento en cuestión para el cuadro clínico que presenta el niño, que ha sido igualmente cuestionado por la autoridad recurrida, el eje del debate ha girado en torno a si pesa sobre ésta el deber jurídico de adquirir y administrar el referido medicamento al 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 del niño 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 el niño 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: "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: "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".

7º) 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 al paciente del medicamento Spinraza, puesto en el mercado recientemente, queda supeditada a la disponibilidad de recursos financieros y humanos de la autoridad recurrida. En particular, puede decirse que, en la especie, queda condicionada a la disponibilidad de dinero para adquirir las dosis necesarias a ser administradas al niño 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 la recurrida 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, la autoridad sanitaria recurrida ha 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.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la disidencia, su autor.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 4289-2021.



Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y por 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 Sra. Sandoval por haber cesado en funciones y el Abogado Integrante Sr. Pallavicini por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.



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

