

Santiago, a diecinueve de enero de dos mil veintitrés.

A los escritos folios N°s 5758-2023 y 8323-2023: no ha lugar a los alegatos solicitados, y a todo lo demás, téngase presente y a sus antecedentes.

Vistos:

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

Y teniendo en su lugar, y además presente:

Primero: Que el abogado Marcelo Emilio Parodi García, han deducido recurso de protección en favor en favor de la menor de edad A.I.A.C. y en contra del Servicio de Salud Servicio de Salud Metropolitano Oriente, Hospital Luis Calvo Mackenna y Fonasa, por el acto ilegal y arbitrario consistente en no otorgar el fármaco SPINRAZA, pese a que resulta indispensable para que la menor referida recupere su salud y conserve su vida.

Expone que la niña fue diagnosticada como portadora de Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo 3, enfermedad neuromuscular, de carácter genético, que degenera y provoca la pérdida progresiva de las neuronas motoras de la médula espinal, imposibilitando la transmisión de impulsos nerviosos de manera correcta a los músculos, provocando la atrofia de éstos y como consecuencia carecen de la fuerza motriz para controlar la cabeza y el cuello, moverse, comer y respirar.

Subraya que, sin embargo, el costo del tratamiento es muy elevado y que la familia carece de los recursos materiales para adquirir el medicamento que necesita.



Solicita se conmine a los recurridos para realizar las gestiones pertinentes, para la adquisición y suministro dentro del más breve plazo, del fármaco señalado con el objeto que se inicie el tratamiento a favor de la niña señalada en autos.

Segundo: Que por sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago se rechazó la acción constitucional referida, señalando que los recurridos se ciñeron estrictamente a la legislación vigente, careciendo de facultades para otorgar dicha prestación medicamentosa de alto costo, sin disposición legal y reglamentaria que lo autorice. En consecuencia, estiman los sentenciadores, han obrado dentro de un mandato legal, lo que permite descartar desde ya la existencia de alguna arbitrariedad en el actuar de las autoridades recurridas.

Tercero: Que la parte recurrente dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia referida en el considerando precedente, reiterando los argumentos señalados en su libelo y subrayando la existencia de antecedentes acompañados al proceso que confirman el riesgo vital que acecha a la menor en favor de quien se recurre.

Cuarto: Que, se acompañó en autos, un informe médico de fecha 3 de enero del año en curso, suscrito por el médico Ricardo Erazo Torricelli, neurólogo pediatra, que da cuenta de que la niña señalada en autos sufre de Atrofia Muscular Espinal Tipo 3, señalando que: *"Actualmente A. presenta debilidad progresiva de extremidades más significativa en extremidades inferiores por lo cual perdió*



la marcha hace 3 años. No necesita apoyo ventilatorio diurno pero por la progresión de su enfermedad ahora requiere ventilación nocturna con BPAP. Debido al carácter progresivo de la enfermedad de Agustina y al existir un tratamiento modificador del gen de la atrofia muscular espinal de efectividad ampliamente probada, solicito se apruebe el financiamiento de SPINRAZA para tratar a A. y así evitar agravamiento de la enfermedad que culminaría con curso fatal a mediano plazo".

Quinto: 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"*.

Sexto: 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 la menor, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal en las manifestaciones que presenta



la paciente actualmente, consiste en que la enfermedad que aqueja a la niña 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 regularmente los 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 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".

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 la menor recurrente 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° 8.523-2018, N° 2.494-2018 y N° 63.091-2020), 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.

Décimo: Que en el indicado contexto, la decisión de las recurridas consistente en la negativa a proporcionar a la menor de autos aquel fármaco, 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 3 que sufre está presentando manifestaciones que dan cuenta de 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 las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindarle 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”*.

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 de la menor, 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 ésta 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 de la citada 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 a la niña A.I.A.C., 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 diciembre del año dos mil veintidós y, en su lugar, se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido por Marcelo Emilio Parodi García en favor de la niña A.I.A.C., disponiéndose que las recurridas deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras así sea prescrito por el médico respectivo y/o equipo médico tratante, con el objeto que se reinicie en el más breve tiempo el tratamiento de la indicada menor con este medicamento.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro Sr. Matus, quien estuvo por confirmar la sentencia recurrida, por sus propios fundamentos y teniendo además presente:

1° Que en el informe evacuado por el médico tratante de la recurrente ante esta Corte se indica que la paciente "presenta *debilidad progresiva*" y solicita que "apruebe el *financiamiento de SPINRAZA para tratar a A. y así evitar agravamiento de la enfermedad que culminaría con curso*



fatal a mediano plazo", sin expresar que dicho riesgo sea actual e inminente.

2° Que, en tales condiciones, a juicio de este disidente, no existe el hecho que fundamentaría acceder a lo solicitado por la recurrente, pues al negarse el fármaco específicamente requerido, no se perturba, amenaza o priva a la recurrente de su derecho a la vida o a la integridad física o psíquica.

3° En efecto, entiende este disidente que, no existiendo un riesgo vital inminente causado por la omisión de la autoridad que se impugna, no corresponde a los tribunales a través de esta clase de recursos determinar el tratamiento médico idóneo dentro de los disponibles para la mejoría o mantención de la salud de un paciente, facultad que recae en los especialistas a cargo de los prestadores de salud correspondientes, atendidos los medicamentos y recursos de que dispongan.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 162.861-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Matus por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.





HFXXDSPZX

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. Santiago, diecinueve de enero de dos mil veintitrés.

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

