

Santiago, diecinueve de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce únicamente la parte expositiva de la sentencia en alzada, suprimiéndose los demás considerandos.

Y teniendo en su lugar, y además presente:

Primero: Que doña Catalina Isabel Guzmán López ha deducido recurso de protección en favor de su hija menor de edad A.A.H.G. de 14 años de edad y en contra del Servicio de Salud Servicio de Salud Metropolitano Central, Hospital Clínica San Borja Arriarán y Fonasa, por el acto ilegal y arbitrario consistente en denegar la adquisición y suministro del fármaco Trikafta, pese a que resulta indispensable para que la menor referida recupere su salud y conserve su vida.

Expone que la niña padece una variante genética especial de la enfermedad fibrosis quística, la que se caracteriza por un trastorno hereditario que provoca graves daños en los pulmones, el aparato digestivo y en otros órganos del cuerpo generando infecciones, dolor crónico y complicaciones multisistémicas.

Agrega que el médico tratante, en febrero del año 2020, prescribió el medicamento Trikafta (combinación de tres componentes activos), autorizado por la FDA como una terapia avanzada para mayores de 12 años toda vez que mejora considerablemente la esperanza de vida del paciente y su calidad de vida, sin embargo que el costo del tratamiento es altísimo, alcanzando un valor aproximado mensual de \$19.720.000.



Solicita se conmine a los recurridos suministrar, dentro del más breve plazo, el 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 no han quebrantado un deber legal, pues no se han apartado del marco normativo que regula la cobertura y financiamiento de las prestaciones de salud por parte del Estado, como tampoco están negando sin justificación y por un mero voluntarismo el tratamiento reclamado.

Tercero: Que la recurrente dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia referida en el considerando precedente, reiterando los argumentos señalados en su libelo y enfatizando que el tratamiento médico fue prescrito por dos médicos (del sector público) con altísima especialidad en el conocimiento de la enfermedad, que conocen a la paciente desde su nacimiento (hace 14 años) y han realizado su tratamiento durante toda su vida, lo que avala el criterio profesional de éstos al disponer el tratamiento referido.

Cuarto: Que el informe médico complementario de fecha 27 de noviembre de 2020 suscrito por la médico tratante Dra. Hortensia Barrientos, broncopulmonar infantil del Hospital recurrido quien señala: *"el resultado final (de la enfermedad que aqueja a la menor) es el desarrollo de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, compromiso*



sinusual, insuficiencia pancreática exocrina, desnutrición secundaria e infertilidad. Algunos pacientes desarrollan diabetes, pancreatitis recurrente, osteoporosis, artropatía, compromiso renal y cáncer digestivo", agrega que en octubre del año pasado le detectaron una bacteria en el pulmón cuyo efecto que le acelera el deterioro de la función pulmonar en forma progresiva disminuyendo su *sobrevida y concluye diciendo: "No usar Trikafta en ella significa mantener el pronóstico de vida de pacientes con Fribrosis Quística en Chile que actualmente es en promedio de 27 años, el cual claramente puede mejorar con el uso de este medicamento".*

Quinto: Que, para la resolución del recurso interpuesto, 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 con un desenlace mortal prematuro, 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 dicha 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 y que carece de evidencia científica respecto de su efectividad.

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 los menores. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren a 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, 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 y 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 la recurrida.

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 A.A.H.G., así como para su integridad física, considerando que la fibrosis quística que sufre es una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de progresivo deterioro y que ocasiona una muerte prematura 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 de similares efectos pueden brindarle a la paciente, actuar que se torna en ilegal 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, que dispone que: *"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, sin perjuicio que lo razonado es suficiente para fundar la decisión de esta Corte, es necesario enfatizar que el hecho que la citada medicina no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) el 21 de octubre de 2019 para tratar la patología que afecta a la niña en favor de quien se recurre.

Décimo tercero: 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 Cuarto: 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 sobrevida e integridad física de la menor A.A.H.G., sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, han 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.A.H.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 Trikafta, 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 Quinto: 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, 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 Sexto: 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.A.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 diecisiete de septiembre de dos mil veinte y, en su lugar, se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido por Catalina Isabel Guzmán López, en favor de su hija menor de edad A.A.H.G., disponiéndose que las recurridas deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Trikafta, mientras así sea



prescrito por la 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:

1°) Que la niña en cuyo favor se interpone el recurso, de 14 años de edad, padece de fibrosis quística. Se postula en la acción que el único medicamento capaz de paliar los efectos de la enfermedad es uno denominado Trikafta. Conocido es el hecho que el costo mensual del tratamiento es de \$ 19.720.000 aproximado.

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 éstas 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.



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 Trikafta, 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 de la Ministra señora Sandoval y de la disidencia su autor.

Rol N° 128.766-2020.

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., Sra. Adelita Ravanales A. y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros señor Muñoz por estar con feriado legal y señora Sandoval por haber cesado en sus funciones.





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

