

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil diecinueve.

**VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que recurre de protección don Juan Pablo Donoso Krauss, abogado, en representación de Nicolás Antonio Mena Rojas, menor de edad, en contra de Isapre Banmedica y del Ministerio de Salud, por la actuación ilegal y arbitraria en que han incurrido las recurridas consistente en la denegación de cobertura del medicamento Ataluren para la enfermedad denominada Distrofia Muscular de Duchenne, “mutación sin sentido”, (en adelante también DMD) el cual permitiría al menor gozar de un nivel de vida adecuado y con el máximo bienestar que el Estado debe garantizar, junto con la omisión de haber promocionado, implementado y desarrollado el organismo estatal las políticas necesarias para poder suministrar a Nicolás Mena un medicamento del cual depende actualmente su vida.

Refiere que Nicolás Antonio Mena Rojas nació el día 26 de febrero del año 2009 y es oriundo de la localidad de Ovalle. Tuvo un desarrollo fisiológico normal hasta los 2 años y 3 meses aproximadamente, momento en el cual comenzó a manifestar molestias en las piernas, cayéndose muy seguido, mostrando un evidente decaimiento y fatiga. Posteriormente fue derivado a un especialista en distrofias musculares, el médico Ricardo Erazo Torricelli de la Clínica Alemana en Santiago, quien tras realizar una biopsia y estudio genético concluyó que el niño padecía de la enfermedad mencionada. Fue así que con fecha de 18 de febrero de 2016, se determinó que la mutación de la enfermedad de DMD que padece el menor es la “sin sentido”, diagnóstico que se logró a partir de un examen genético realizado por la Organización para la Investigación Genética en Lima, Perú. Hasta ahora, agrega, Nicolás Mena Rojas ha sido tratado sobre la base del cuidado de los síntomas por medios kinesiológicos (asiste al Instituto Teletón Coquimbo), fisioterapéuticos en la Red de Salud UC Christus y con corticoides (Prednisona 20mg/5ml), tratamientos más bien paliativos, ya que no se disponía de una cura -hasta ahora, que existe el medicamento Ataluren- de otro tratamiento específico para la enfermedad de Duchenne.

Plantea que en el mes de junio del año 2018, el Instituto de Salud Pública registró el medicamento Translarna® (cuya denominación común internacional es Ataluren), el cual se encuentra indicado para *“el tratamiento de la distrofia muscular de Duchenne (DMD) debida a una mutación sin sentido en el gen de la distrofina, en pacientes ambulantes a partir de 5 o*



*más años de edad.*” Y fue debido a las evidentes mejoras que presentan los pacientes del Síndrome de Duchenne tras la prescripción de Translarna® que la doctora María de los Ángeles Beytía, quien se desempeña como neuróloga pediátrica en la Red de Salud UC Christus, lo recetó a su parte el 11 de marzo de 2019 mediante la prescripción de una receta e informe médico. Ante esta prescripción hecha por la doctora Beytía, los padres del niño solicitaron a la recurrida Isapre Banmédica una cobertura para este medicamento mediante una carta enviada con fecha de 21 de marzo del presente año, ya que el valor del medicamento supera los \$25.000.000 mensuales, por lo que escapa del alcance económico de la familia y de la gran mayoría de los chilenos. Indica que el 5 de abril de 2019 la familia de Nicolás Mena recibió la respuesta de la recurrida negándole la solicitud realizada, ya que el medicamento sería de carácter ambulatorio no cubierto por el plan de ISAPRE ni por la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, imposibilitando que Nicolás acceda al único tratamiento disponible para su enfermedad. Prosigue señalando las características de la enfermedad de DMD, que se trata de una genética rara causada por mutaciones en el gen que codifica la distrofina, que es una proteína expresada en el músculo esquelético, respiratorio y cardíaco. Es una enfermedad implacablemente progresiva, las complicaciones respiratorias y cardíacas son relativamente frecuentes y, sin una adecuada intervención, llevan al paciente a la muerte a los 19 años en promedio. No existe la cura para la DMD. Los tratamientos que tienen como objetivo la deambulación por el mayor tiempo posible y tratar las complicaciones musculoesqueléticas de la DMD, incluyen corticoesteroides, fisioterapia, actividades leves y cirugías para prevenir o disminuir las contracturas y deformidades de los miembros inferiores.

En cuanto al medicamento Ataluren o Traslarna®, es un tratamiento que tienen el potencial de retardar el deterioro físico y retardar el curso natural de esta enfermedad fatal. Cuenta con registro sanitario en el Instituto de Salud Pública de Chile, indicado para el tratamiento de la distrofia muscular de Duchenne (DMD) debida a una mutación sin sentido en el gen de la distrofina, en pacientes ambulantes a partir de 5 o más años de edad.

En cuanto al acto ilegal y arbitrario de la Isapre, consiste en no otorgar cobertura a la adquisición de dicho medicamento, hecho negativo que se constata con la carta emitida por dicha institución el 5 de abril del presente



año, mediante la cual niega la cobertura del medicamento prescrito y requerido urgentemente por Nicolás Mena. Sostiene que dicha omisión de negar el acceso al medicamento que el niño de diez años requiere con suma urgencia para salvaguardar su vida y condición de salud resulta ilegal y arbitraria. Recalca que en la carta de rechazo no se manifiesta ningún reparo respecto de la idoneidad, eficacia, seguridad y calidad del medicamento solicitado para el tratamiento de la enfermedad de la DMD, siendo el único argumento expresado para negar la cobertura la referencia a que la recurrida no se encuentra obligada a otorgar medicamentos ambulatorios, haciendo alusión al CAEC.

En lo referido al acto reclamado del Ministerio de Salud, consiste en la omisión de haber desarrollado las políticas necesarias para poder suministrar a Nicolás Mena un medicamento del cual depende su vida. Explica que lo único que existe por parte del Ministerio de Salud en este sentido es un *“Informe de Evaluación Científica Basada en la Evidencia Disponible”*, en la que evalúa las denominadas *“ayudas técnicas”* que contribuyan a la rehabilitación del paciente, los cuales consisten en técnicas como fisioterapia, terapia ocupacional, entre otros. Sin perjuicio de esto y pese a identificar la gravedad de la enfermedad y altísimos costos asociados a la misma, concluye informando que *“No se recomienda, por cuanto existe un universo bien identificado de pacientes en el sistema público, donde se evidencia brecha en el recurso de fisiatra, terapeuta ocupacional, psicólogo y asistente social”*, corroborando que incluso existiría una limitación en la red para tratar la enfermedad.

En cuanto al derecho refiere que se han vulnerado las garantías constitucionales contempladas en 19 N°1° de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, ya que sin el medicamento su esperanza de vida puede llegar tan sólo a 10 años más, ya que como se razonó, sin un correcto tratamiento la esperanza de vida llega hasta los 20 años; la del artículo 19 N°2 de la misma Carta, la igualdad ante la ley, toda vez que hoy en día existe cobertura para diversas enfermedades de alto costo, pero no para el caso de la DMD con mutación sin sentido que padece Nicolás Mena, la cual le ha sido negada por la única circunstancia que la administración del medicamento se realiza de forma ambulatoria, esto es, sin necesidad de hospitalización. Asimismo se ha vulnerado el derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 19 N°24 de la



Constitución, debido a que su parte solicita que dé cobertura a partir del contrato que ambas partes han acordado, en otras palabras, que opere el CAEC.

Por todo lo anterior pide acoger el recurso disponiendo que las recurridas deban otorgar al recurrente la prestación consistente en la cobertura del medicamento denominado Ataluren, durante el tiempo que sea menester para el tratamiento de la enfermedad de la que padece, mientras así lo determine su médico tratante, con costas en caso de oposición.

**SEGUNDO:** Que en su informe, el Ministerio de Salud se refiere en primer término a lo dispuesto en la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud y en la Ley N° 20.850, que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo -llamada comúnmente “ley Ricarte Soto”-, además de la consideración de la evidencia científica en la cobertura de los problemas de salud y las intervenciones. En relación al Sistema de Garantías Explícitas en Salud, señala que tiene como objetivo central, proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud que representan la mayor carga de enfermedad del país. Así, a más de una década de su entrada en vigencia, se ha logrado incorporar 80 problemas de salud con garantías explícitas y con un importante impacto sanitario. Para la determinación de la cobertura de las Garantías Explícitas en Salud, y para el cumplimiento de los principios de universalidad y solidaridad, se ha determinado un umbral económico definido desde el Ministerio de Hacienda, pero junto a ello se han fijado criterios técnicos sanitarios, para lo cual se desarrollan estudios y se utilizan los existentes para la priorización y la enumeración jerarquizada de los problemas de salud y las intervenciones asociadas a su resolución, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 7 y siguientes del Decreto Supremo N° 121 de 2005 del Ministerio de Salud, que establece el reglamento para la elaboración y determinación de las Garantías Explícitas en Salud o GES.

Argumenta que para este objeto se utilizan estudios epidemiológicos de carga de enfermedad, tendientes a profundizar el conocimiento de la magnitud y tendencias de las principales causas de muerte y discapacidad en la población, así como las investigaciones respecto de las intervenciones existentes para prevenir, tratar o rehabilitar el impacto de estas enfermedades, evaluando la evidencia científica disponible sobre el resultado



de estas intervenciones. Frente a ello se priorizan los problemas de Salud y las intervenciones asociadas, de acuerdo al grado de evidencia que exista del beneficio para la sobrevivencia o calidad de vida de los afectados, descartándose aquellas para las cuales no existe tal evidencia.

En cuanto a la ley 20.850, que fue publicada el 6 de junio de 2015, se trata de una norma que procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, alimentos y elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos respectivos, garantizando que ellos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia. Plantea que dicha ley establece garantías relativas al acceso, calidad, oportunidad y protección financiera para determinadas prestaciones de salud. No obstante, ello, a diferencia de la primera, esta legislación permite dar financiamiento a tratamientos de alto costo asociados a patologías raras, tratamientos de segunda línea y otras que afectan a un menor número de personas, pero que producen un daño financiero catastrófico a quienes las padecen. Expone que existe todo un proceso de determinación, para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo que se incorporan al Sistema de Protección Financiera que crea la ley 20.850, y que posee las siguientes etapas, a saber: I.- Solicitud de Evaluación; II.- Evaluación; III.- Recomendación Priorizada; y IV.- Decisión. Al respecto, sobre la etapa N° 1, de las “Solicitudes de Evaluación”, cabe señalar que, en conformidad al artículo 3° del Decreto Supremo N° 13 de 2017, del Ministerio de Salud, a través de la página web de ese Ministerio y de la Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias, al 26 de febrero de 2018, se recibieron tales peticiones de conformidad a la Resolución Exenta N° 53 de 17 de enero de 2018 del Ministerio de Salud. Así, por ejemplo, se incorporaron los requerimientos del Congreso Nacional, de los estamentos internos del Ministerio de Salud, de los Organismos Autónomos y también se tomó en cuenta aquellos tratamientos no considerados en los dos Decretos anteriores. Indica que sólo podrán ser objeto de evaluación aquellos diagnósticos y tratamientos cuyo costo, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 8°, sea igual o superior al umbral nacional al que se refiere el artículo 6° de la ley. No obstante, cuando razonablemente no sea posible establecer en esta instancia el valor estimado de un diagnóstico o de un tratamiento, la Subsecretaría de Salud Pública podrá igualmente, por resolución fundada, autorizar el inicio del proceso de evaluación. De esta



misma forma, considerando el límite dispuesto en el inciso tercero del artículo 9° de la ley, no podrán ser objeto de evaluación aquellos diagnósticos y tratamientos cuya proyección del gasto antes de la realización de lo dispuesto en el artículo 17 de este Reglamento, sobre la solicitud de información a proveedores, supere el 110% del fondo disponible que fija el Ministerio de Hacienda.

Luego cita el Informe de intervención no favorable para la condición de salud DMD, la tecnología sanitaria evaluada Ataluren y en particular sobre la evidencia científica disponible. Respecto de la eficacia de los tratamientos, como Ataluren en particular, el test de caminata de 6 minutos logrado por el medicamento reviste un significado clínico que es irrelevante. Al no poseer un efecto clínico relevante, y en conformidad con el Título III De las Evaluaciones Favorables de la Norma Técnica N° 0192 del Ministerio de Salud, sobre el proceso de evaluación científica de la Evidencia establecido en el artículo 7° de la ley N°20.850, no se continuó con la evaluación en las otras etapas para Ataluren.

En segundo término, señala la improcedencia de la presente acción de protección, de la falta de sus presupuestos de procedencia. Conforme a lo planteado, el Ministerio de Salud ha sido quien ha ido incorporando en su política, de forma progresiva, el financiamiento de medicamentos de alto costo y prestaciones de salud asociada, pero en base a criterios objetivos y regulados de manera precisa y detallada. Al respecto, las Resoluciones Exentas N° 840 (que contempla Ataluren) y N° 1.036, ambas de 2018 de la Subsecretaría de Salud Pública, dieron inicio a la evaluación científica basada en la evidencia disponible, para los diagnósticos o tratamientos asociados a condiciones específicas de salud cuya incorporación en el Sistema de Protección Financiera creado por la Ley N° 20.850 ha sido solicitada, las cuales, constituyen actos emanados de autoridad competente que han sido dictadas en el uso de facultades legales. En efecto, agrega, se trata de actos administrativos motivados, que cuentan con una fundamentación racional que se basa en antecedentes objetivos y verificables, ajustados plenamente a la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente.

Por último plantea la no concurrencia de una afectación (expresada en privación, perturbación o amenaza) del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en su artículo 20. En la especie, sostiene que no se verifica en



ningún caso un atentado a la igualdad ante la ley, pues conforme a lo señalado en los apartados previos por parte de esta Secretaría de Estado, el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor Nicolas Mena, esto es Distrofia Muscular de Duchenne o DMD, se trataría con un medicamento denominado Ataluren, sin embargo, la decisión adoptada no responde a una actitud arbitraria o antijurídica, puesto que conforme a lo señalado en los apartados precedentes no se encuentra garantizada por la ley 20.850, de modo que no puede sostenerse que respecto de esta Secretaria de Estado pueda configurarse la vulneración mencionada. Además, debe considerar el sentenciador que la única evidencia disponible (que además es científicamente irrelevante) ha sido financiada por el propio laboratorio que produce y comercializa el medicamento, lo que a todas luces no hace sino graficar que la decisión adoptada de no dar financiamiento desde los instrumentos de cobertura en salud se encuentra plenamente justificada y es aplicada por igual respecto de la totalidad de los pacientes del sistema sin distinción del tipo de seguro de salud que posean.

Por lo anterior, pide tener por evacuado el informe requerido al Ministerio de Salud al tenor de estos autos y previa vista de la causa, decretar su íntegro y total rechazo por las razones y motivos aquí expuestos.

**TERCERO:** Que en su informe la Isapre Banmédica, solicita el rechazo del recurso atendidos los siguientes argumentos:

I.- El recurso es extemporáneo. Expresa que la carta emanada de la Isapre no surgió por iniciativa de Isapre Banmédica S.A., sino que es la respuesta al Reclamo N° BC 551417 presentado por el recurrente, con fecha 21 de marzo de 2019 en el cual solicita la cobertura del medicamento Atularen. Dicho reclamo fue presentado en la agencia de la Isapre ubicada en la ciudad de Coquimbo, el cual fue tramitado conforme la Circular IF N°/ 4 de la Superintendencia de Salud, sobre Reclamos ante Instituciones de Salud Previsional, en razón al conocimiento previo que tenía de la negativa de cobertura del medicamento Atularen. Por ello, queda de manifiesto que la recurrente tenía conocimiento del hecho que ahora señala como agravante, a lo menos desde el día 21 de marzo de 2019, momento en el que presentó el reclamo en la Isapre, adjuntando la orden médica de fecha 11 de marzo de 2019. Así, habiendo sido interpuesto el presente recurso recién con fecha 5 de mayo de 2019, esto es, cuarenta y cinco días después de haber tomado conocimiento del acto que considera como agravante, no queda más que



entender que se ha superado con creces el plazo de 30 días corridos que señala el Auto Acordado del ramo, y por lo mismo, esta acción cautelar resulta extemporánea.

II.- El recurso de protección no es la vía procesal idónea para resolver el asunto debatido. El recurso de protección presenta una naturaleza cautelar y de emergencia y, a través de un procedimiento sumarísimo, busca evitar el daño que se pudiere originar por actos u omisiones ilegales o arbitrarias respecto del legítimo ejercicio de derechos, taxativamente señalados por el constituyente, y que presentan el carácter de indubitados. Sin embargo, en la especie, no existe un derecho indubitado, sino por el contrario, estamos frente a derechos discutidos que dicen relación con una controversia clara: un presunto incumplimiento al principio contractual de la buena fe por parte de mi representada, al no otorgar cobertura al medicamento Ataluren por no contar con Arancel FONASA y ser un medicamento ambulatorio, excluido expresamente en el contrato de salud. Sin perjuicio de la competencia de la justicia civil, el contrato que liga a la recurrente con su parte y la propia ley -artículo 117 del DFL N° 1, de 2005, de Salud- establecen la competencia del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en calidad de árbitro, para resolver las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional y sus cotizantes o beneficiarios.

III. Isapre Banmédica S.A. no ha incurrido en acción u omisión alguna que pueda considerarse ilegal o arbitraria. Manifiesta que Daniel Mena Rojas es afiliado de Isapre Banmédica S.A. desde el año 2015 y, mantiene el Plan de Salud denominado “Total Oro Regional 42/10”, conforme a FUN N° 1623595. En cuanto a la exclusión de cobertura del medicamento Ataluren se debe a que no cuenta con Arancel FONASA. Señala que Isapre Banmédica S.A. no ha efectuado acto ilegal o arbitrario alguno al no otorgar el medicamento requerido por el señor Mena, toda vez que tanto la legislación vigente como el contrato de salud excluye de cobertura a las prestaciones de salud que no cuenten con este Arancel. Cita lo dispuesto en el artículo 159 del DFL N° 1 de 2005, que señala lo siguiente: “Los afiliados, con las excepciones que establece esta ley, deberán contribuir al financiamiento del valor de las prestaciones y atenciones que ellos y los respectivos beneficiarios soliciten y que reciban del Régimen, mediante pago directo, en la proporción y forma que más adelante se indican. El valor de las prestaciones será el que fije el arancel aprobado por los Ministerios de Salud





y de Hacienda a proposición del Fondo Nacional de Salud.” Por su parte, el Contrato Complementario de Salud, en el artículo 1, se encuentra conforme a la legislación citada toda vez que dispone lo siguiente: “ARTICULO 11º: ARANCEL DE PRESTACIONES. El Arancel de Prestaciones es un catálogo valorizado que contempla, a lo menos, todas las prestaciones del Arancel del Fondo Nacional de Salud en su modalidad de libre elección. El arancel será utilizado para determinar las prestaciones comprendidas en el Contrato de Salud y la cobertura que a estas corresponda y será reajustado en la forma y condiciones que señale el Plan de Salud Complementario”. Culmina afirmando que, además, Ataluren es un medicamento ambulatorio, toda vez que es un sachet que se administra vía oral, sin que se requiera hospitalización alguna para su implementación, de manera que resulta aplicable el artículo 190 inciso segundo en su N° 8, del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud señala lo siguiente: “Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo las siguientes: 8.- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189. Sin consentimiento de la Institución de Salud Previsional no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia lo ordene en casos excepcionales y siempre que se trate de prestaciones en que exista evidencia científica de su efectividad. En tales casos, el costo de la prestación para la Institución no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa.

No podrán existir períodos de espera durante los cuales no sean exigibles las prestaciones y beneficios pactados, excepto las correspondientes al embarazo y a enfermedades preexistentes, en los términos señalados en el artículo 189, letra g).”

Por su parte, el Contrato Complementario de Salud, señala en el artículo 14º las exclusiones de cobertura, destacando lo siguiente:

Del Plan de Salud Complementario sólo se excluyen de cobertura las siguientes prestaciones:

“h) Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel de la Isapre. Sin el consentimiento de la Isapre no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia la ordene en casos excepcionales conforme a la Ley 18.933 contenida en el DFL 1 de 2005 de salud.”



Pide tener por evacuado el informe sobre el presente recurso de protección y, con el mérito de lo expuesto en él, rechazarlo en todas sus partes.

**CUARTO:** Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**SEXTO:** Que, entonces, habrá que determinarse si existe alguna ilegalidad en el obrar de las recurridas, esto es, un acto que vaya contra una norma a la que el ordenamiento le de rango legal o, al menos, para estos efectos, reglamentaria, como, precisamente, un Reglamento o una determinada Resolución Administrativa. Respecto del Ministerio de Salud, no se advierte ilegalidad alguna y, en realidad, lo que reprocha el recurrente es que el medicamento en cuestión, Ataluren, no se encuentre cubierto por la ley 20.850, llamada comúnmente “Ricarte Soto”, lo que ciertamente obedece a una política pública que no puede ni debe ser revisada por los Tribunales de Justicia, pues no es nuestra función. No pueden los jueces dar instrucciones a la Administración acerca de cómo deben llevarse a cabo determinadas políticas, y lo que piense cada juez sobre el particular no tiene relevancia, o no debería tenerla, a la hora de resolver la presente acción constitucional. Luego, el asunto de autos no se soluciona, o no debería solucionarse, razonando que el niño recurrente tiene derecho a la vida, pues de eso no hay duda, ni tampoco que el Estado está al servicio de la persona humana, pues de eso tampoco la hay, sino de cómo el Estado lleva a cabo sus políticas públicas en materia de salud y, específicamente, en la labor de financiamiento de tratamientos de alto costo para enfermedades raras.

**SÉPTIMO:** Que la ley 19.966, que crea un Régimen de Garantías en Salud (GES en adelante), tal como lo señala el Ministerio de Salud, tiene como objetivo central proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud que representan la mayor carga de enfermedades del país, habiéndose ya incorporado 80 dolencias con GES,



dolencias entre las que no se encuentra, ciertamente, la DMD, que la misma parte recurrente califica como enfermedad rara o extraña y que afecta a una muy baja cantidad de personas. En todo caso, el Estado, a través de los Ministerios de Hacienda y de Salud, han elaborado criterios técnicos y económicos para priorizar los problemas de salud y sus intervenciones anexas, regulándose todo ello en los artículos 7 y siguientes del D.S. N° 121 de 2005 del Ministerio de Salud. Luego, sin perjuicio que esta legislación no es aplicable al caso *sub judice*, la incorporación o no de una determinada enfermedad en la lista GES obedece a lo que señala la citada ley 19.966 y a su reglamento, es decir, ninguna ilegalidad puede existir, y las decisiones que se adoptan lo son con un criterio técnico, no revisables por la judicatura, descartándose también la posibilidad de arbitrariedad. Luego, nuevamente habrá que concluir que lo que se pide al Poder Judicial es que intervenga donde no le corresponde, donde ni la Constitución Política de la República ni la ley lo autoriza: a definir políticas públicas de salud, a que los jueces determinen cual enfermedad debe estar en la lista GES y cual no, y, claramente, ello no es posible en un Estado de Derecho.

**OCTAVO:** Que la ley 20.850, a diferencia de la 19.966, precisamente permite el financiamiento de tratamientos de alto costo asociados a enfermedades raras, tratamientos de segunda línea y otras que afectan a un menor número de personas pero que producen un daño económico catastrófico a quienes las padecen. Se trata precisamente de enfermedades como la DMD pero, la incorporación de determinados diagnósticos y tratamientos de alto costo al Sistema de Protección Financiera que crea la ley 20.850 se hace a través de un procedimiento reglado en el D.S. N° 59 de 2015 del Ministerio de Salud, resumido en el informe del Ministerio, estableciéndose, respecto de la DMD, después de realizarse una evaluación científica que concluyó que no existe cura para esta enfermedad y el tratamiento se limita a dispositivos de asistencia y al uso de corticoides, que la eficacia de Ataluren, de acuerdo al informe, es irrelevante, constando la parte recurrente sólo con el informe del propio laboratorio que lo fabrica.

**NOVENO:** Que, entonces, la decisión del Estado de no incorporar el Ataluren en los tratamientos protegidos por la ley 20.850 por lógica no puede ser ilegal, pues obedece a los protocolos establecidos en la misma ley y en su Reglamento y, ciertamente, tampoco ha sido obra del mero capricho, pues para adoptar tal decisión se tomaron en cuenta informes científicos, sin que



esta Corte, entonces, pueda rever lo obrado por la Administración, sencillamente porque no es administrador, es juzgador, no crea el Poder Judicial políticas públicas ni le dice al Ejecutivo, sin violentar gravemente la Constitución Política de la República, cuáles deben ser sus prioridades a la hora de adoptarlas y, al efecto, la parte recurrente precisamente ha señalado tanto en su recurso como en estrados que lo que se le imputa al Ministerio de Salud es “la falta de desarrollo de políticas públicas para otorgar este medicamento a su parte”.

**DÉCIMO:** Que, en consecuencia, el recurso, en cuanto se dirige en contra del Ministerio de Salud, debe desestimarse.

**UNDÉCIMO:** Que lo primero que debe consignarse respecto de la acción dirigida en contra de la Isapre Banmédica es que aquella no es extemporánea. En efecto, el recurso es del 4 de mayo de 2019 y la respuesta de la Isapre a la consulta de la parte recurrente respecto al financiamiento del aludido medicamento data del 5 de abril de 2019. Luego, se interpuso dentro del plazo a que se refiere el N° 1° del Auto Acordado de la Corte Suprema 17 de julio de 2015 sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección.

**DUODÉCIMO:** Que aclarado lo anterior, debe concluirse que Isapre Banmédica no ha desplegado ninguna conducta ilegal o arbitraria pues dicha institución está obligada a hacer, respecto de su contratante, todo lo que le ordena la ley y el contrato de salud y ni aquella ni este le imponen el deber de financiar el medicamento Ataluren. En efecto, el medicamento no cuenta con Arancel Fonasa, de lo que no hay duda, y resulta que la letra e) del inciso segundo del artículo 189 del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en relación con el artículo 159 de esta misma normativa, obliga a financiar sólo las prestaciones aranceladas por los Ministerios de Salud y de Hacienda, a proposición del Fondo Nacional de Salud, o que se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 11° del Contrato Complementario de Salud, que norma esta situación de la misma forma que la ley. Y resulta que el medicamento que la recurrente consigna no está contemplado en el arancel Modalidad Libre Elección 2018 de FONASA.

**DECIMOTERCERO:** Que asiste razón también a la Isapre recurrida cuando señala que no está obligada a financiar el medicamento Ataluren, además de la razón anterior, porque se trata de uno de carácter ambulatorio. Se trata, en efecto, según se encarga de señalar la recurrida, de un “sachet” que se administra vía oral sin que se requiera hospitalización. A este



respecto, el inciso segundo del N° 8 del artículo 190 del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud refiere que pueden excluirse los medicamentos de carácter ambulatorios no contemplados en el arancel FONASA, señalándose en el artículo 14° del Contrato Complementario de Salud que quedan excluidas de cobertura los medicamentos ambulatorios no arancelados.

**DECIMOCUARTO:** Que, en todo caso, si lo que se ha pretendido por la parte recurrente es argüir que la Isapre recurrida no ha cumplido sus obligaciones emanadas del contrato de salud o de la ley que se entiende incorporada en él, ha debido deducir demanda ante el juez correspondiente, esto es, aquel señalado en el artículo 117 del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud pues, claramente no tiene aquella un derecho indubitado.

Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza** la acción constitucional deducida en estos antecedentes, sin costas, por haber tenido el recurrente motivos plausibles para litigar.

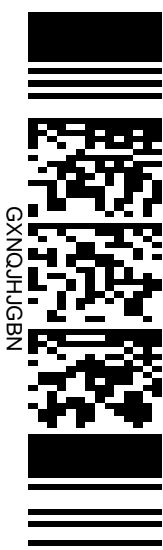
Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese.

**N° 34.483-2019.**

Pronunciada por la **Octava Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el Ministro (S) señor Sergio Padilla Farias y la Abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.





GXNQJHJGBN

Pronunciado por la Octava Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Cristobal Mera M., Ministro Suplente Sergio Enrique Padilla F. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, dieciséis de agosto de dos mil diecinueve.

En Santiago, a dieciséis de agosto de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.