

Barra Olivares, Esteban
Isapre Cruz Blanca S.A.
Recurso de Protección
Rol N° 189-2021.-

La Serena, catorce de junio de dos mil veintiuno.

Visto y considerando

Primero: Que con fecha 22 de abril del año en curso, comparecen **Esteban Barra Olivares, Francisco Bassi Díaz e Isabel Cholaky Rojas**, abogados, interponiendo acción constitucional de protección **en favor del niño Ignacio Andrés Alfaro Fernández**, chileno, cédula nacional de identidad número 23.009.996-0, todos domiciliados en calle Magdalena 140, oficina 2301, Las Condes, y en contra de Isapre Cruz Blanca S.A., RUT 96.501.450-0, representada legalmente por Francisco Amutio García, por el acto consistente en negarse a otorgar cobertura a un medicamento de alto costo que el niño requeriría para prolongar su expectativa de vida. Como garantía vulnerada indican aquella contenida en el numeral 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Exponen los recurrentes que el niño, de actuales 11 años de edad, padece una enfermedad inusual, de carácter grave y mortal, denominada Distrofia Muscular de Duchenne, para la que únicamente existe un tratamiento en base al medicamento Atalureno, que le ha sido prescrito por su médico tratante. Señalan que por lo anterior su padre, de quien es carga en la Isapre recurrida, ha solicitado formalmente a ésta última que financie el medicamento, petición que fue rechazada por la recurrida el día 23 de marzo de 2021. Detallan latamente la enfermedad que padece el niño, la que en síntesis se caracteriza por la debilidad muscular progresiva, y que cuenta con un pronóstico de sobrevida no superior a tres décadas. Manifiestan que su carácter raro no es baladí, toda vez que en la práctica implica que la enfermedad y su tratamiento no están cubiertos por las políticas públicas sanitarias, por cuanto éstas utilizan la prevalencia poblacional como criterio de asignación de recursos, cuestión que acontecería con las Garantías Explícitas en Salud. En cuanto al medicamento cuyo financiamiento requieren, explican que conforme a la literatura médica que acompañan, su efecto consiste en retardar el curso de la enfermedad, y arguyen que



la calidad de vida del niño, la dignidad con que pueda vivirla, y el tiempo por el cual podrá vivirla, dependen del acceso al tratamiento. Indican que en el contexto de causa anterior, el niño pudo acceder al fármaco durante seis meses, en los cuales habría experimentado una mejora evidente.

Sostienen que el financiamiento del fármaco fue requerido por el padre del niño, quien lo mantiene como carga, a la Isapre recurrida a la que el padre se encuentra afiliado, mediante carta enviada y recepcionada por aquella el 3 de marzo del año en curso, siendo contestada negativamente aquella misiva el día 23 de marzo. Afirman que la actuación de la recurrida es arbitraria, al poner en riesgo la vida del paciente y evitar la maximización de su derecho a la salud, lo que sería reconocido en casos similares por la jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia que citan en su recurso. Aseveran que la conducta de la recurrida atenta contra el derecho a la vida del niño, el cual incluiría el derecho a recibir lo mínimo indispensable para vivir, y el derecho a la protección de salud. Esgrimen que el derecho a la vida se relaciona íntimamente con el acceso a medicamentos, en particular casos como el presente, en que el fármaco es la única alternativa de eficacia comprobada, contra una enfermedad sumamente grave. Hacen presente además, que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los niños tienen derecho intrínseco a la vida, y los Estados deben garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo, además de reconocerles el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

Previas citas de derecho, solicitan acoger la acción intentada, y en definitiva ordenar a la recurrida otorgar sin más trámite el fármaco prescrito al niño, con costas.

En apoyo de su pretensión, acompañan al recurso 1. Informe de Prescripción Médica emitido por el Dr. Raúl Escobar, de fecha 5 de enero de 2021. 2. Copia de la carta enviada a Isapre Cruz Blanca por parte de Nelson Alfaro, solicitando el financiamiento del medicamento para su hija; 3. Copia de recepción de timbre de recepción de solicitud por parte de Isapre Cruz Blanca, que notifica solicitud de financiamiento, con fecha 3 de marzo de 2021. 4. Copia de



respuesta a solicitud por parte de Isapre Cruz Blanca, denegando cobertura de TRANSLARNA, de fecha 23 de marzo de 2021; 5. Informe de Intervenciones no favorables de 2018 sobre Aplicación de ATALURENO en casos de Distrofia Muscular de Duchenne. 6. Informe de evaluación científica de Distrofia Muscular de Duchenne. 7. Ficha técnica de TRANSLARNA efectuada por la Agencia Médica Europea (EMA). 8. Informe de TRANSLARNA sobre eficacia en la Distrofia Muscular de Duchenne, efectuado por la Agencia Médica Europea (EMA). 9. Informe de posicionamiento terapéutico de TRANSLARNA para la Distrofia Muscular de Duchenne efectuado por la Agencia de Medicamentos y Productos Sanitarios de España. 10. Informe de PTC Therapeutics sobre eficacia a largo plazo de TRANSLARNA para la DMD. 11. Informe de PTC Therapeutics sobre Registro STRIDE sobre eficacia de TRANSLARNA. 12. Folleto informativo de TRANSLARNA efectuado por el Instituto de Salud Pública de Chile. 13. Copia del registro del medicamento TRANSLARNA por parte del ISP. 14. Artículo científico, Sobrevida de pacientes con distrofia muscular de Duchenne, escrito por Pamela San Martín P., Fresia Solís F. y Gabriel Cavada Ch. 15. Artículo científico, Distrofia muscular de Duchenne, Presentación Clínica, escrito por Francisco Cammarata-Scalisi, Nolis Camacho, Jorge Alvarado y María Angelina Lacruz-Rengel. 16. Artículo científico, Distrofia muscular de duchenne. Perspectivas desde la rehabilitación, escrito por Diego M. Chaustre R. y Willington Chona S. 17. Artículo científico, Distrofia Muscular de Duchenne (Revisión Bibliográfica), escrito por Manfred Baumgartner y Daniel Arguëlló Ruiz. 18. Artículo científico, Distrofia Muscular de Duchenne y Becker. Una visión molecular, escrito por Claudia Silva, Dora Janeth Fonseca, Heide Mateus, Nora Contreras y Carlos Restrepo. 19. Artículo científico, Avances en el tratamiento de la Distrofia Muscular de Duchenne, escrito por Carlos Ortez, Daniel Natera de Benito, Laura Carrera García, Jessica Expósito, Gregorio Nolasco y Andrés Nascimiento.

Segundo: Que informando la recurrida solicita el rechazo de la acción con costas. Alega en primer lugar la extemporaneidad de la acción intentada fundado en que el día 26 de julio de 2019 fue interpuesto en favor del niño recurso



idéntico al de estos autos, el que fue rechazado por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 64117, siendo aquella resolución confirmada por la Excma. Corte Suprema el día 27 de mayo de 2020. Indica que en esa oportunidad sostuvo la recurrente que el acto impugnado consistía en "carta de la recurrida Isapre Cruz Blanca a través de la cual se le niega la cobertura a Ignacio, fue emitida con fecha de 28 de junio de 2019", motivos por los cuales cabe entender que la recurrente ha tenido conocimiento del acto que estima ilegal y arbitrario desde el 26 de julio del año 2019, excediéndose con creces el plazo previsto en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, sin que resulte admisible que la contraria se haga de un plazo artificial, al tratarse de exactamente el mismo hecho en que basó su acción anterior.

En subsidio de su anterior alegación, explica que la cobertura de medicamentos corresponde a una política pública diseñada por el Gobierno en base a una serie de instrumentos, respecto de los cuales a la Isapre le cabe solo una actividad supletoria, en cuanto, a través del contrato de salud previsional, puede otorgar una cobertura mayor a aquella que otorgan los instrumentos dispuestos por la Autoridad. Puntualiza que el principal instrumento de política pública lo constituye el Arancel Fonasa en su modalidad Libre Elección que determina las prestaciones que deberán ser cubiertas y la cobertura mínima que le corresponde. Señala que el arancel Fonasa vigente no incluye código para el medicamento ambulatorio Ataluren, lo que significa que ha sido una de decisión de política pública no otorgar cobertura a ese fármaco, lo que conlleva que el plan de salud del actor tampoco la contenga, toda vez que conforme al artículo 14 de las Condiciones Generales Uniformes del Contrato de Salud Previsional de la Superintendencia de Salud "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.". Afirma que el medicamento Atalureno es de administración oral ambulatoria



(sobres que se diluyen en agua o comida), de modo que conforme a la disposición precitada se encuentra excluido de cobertura. Prosigue indicando que el fármaco aludido también se encuentra excluido de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC), debido a su carácter de medicamento ambulatorio no codificado en el arancel del contrato de salud, conforme establecen las "Condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas en Chile". Referente a las Garantías Explícitas en Salud, manifiesta que la enfermedad distrofia muscular de Duchenne (mutación sin sentido) no está dentro de las 85 patologías GES que taxativamente contiene el decreto que determina las patologías beneficiarias de las Garantías Explícitas en Salud. Finalmente, en cuanto a la Ley N° 20.850, explica que el obligado a otorgar protección financiera al alero de sus disposiciones es FONASA y no las Isapres, y agrega que el fármaco en cuestión no se encuentra garantizado por esta ley, de acuerdo a Informe de intervenciones no favorables 2018 Condición de Salud: Distrofia Muscular de Duchenne Tecnología Sanitaria Evaluada: Ataluren", en que se concluye que el fármaco no presenta efectos clínicos relevantes por lo cual se desestima su cobertura. Alega que el petitorio del recurso es improcedente dado que lo que pretendería el actor es que se le otorgue cobertura total fármaco, lo que excedería los términos del contrato de salud y la normativa vigente, y observa que el informe médico acompañado al recurso no daría cuenta de deterioro clínico que haga presumible una situación de riesgo vital derivada de no suministrar el medicamento. Controvierte, finalmente, que la decisión de la Isapre pueda ser tildada de ilegal o arbitraria al fundarse en la normativa sectorial y contractual pertinente.

Acompaña a su informe 1. Ebook de causa rol 64117-2019 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago caratulada "ALFARO/SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD REGION BIOBÍO". 2. Carta de Isapre de fecha 23 de marzo de 2021. 3. Informe de intervenciones no favorables 2018, Condición de Salud: Distrofia Muscular de Duchenne, del Ministerio de Salud. 4. Ficha del medicamento ataluren. 5. Antecedentes



contractuales y plan de salud de recurrente. 6. Condiciones Generales Uniformes Del Contrato de Salud.

Tercero: Que la acción constitucional de protección de garantías constitucionales contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el libre 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 al afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio

Cuarto: Que en forma previa a conocer del fondo del recurso intentado corresponde pronunciarse respecto a la extemporaneidad alegada por la recurrida.

Quinto: Que del tenor del recurso, y de los antecedentes a aquel acompañados, se advierte que en julio del año 2019 se interpuso acción de protección en favor del niño de estos autos, ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando el financiamiento del fármaco Translarna a la Isapre recurrida correspondiente a los autos rol 64.117-2019, habiendo emitido además, pronunciamiento la Excm. Corte Suprema en relación a la causa el día 27 de mayo de 2020. Lo anterior, fluye claramente del tenor de la misiva enviada a la Isapre recurrida en que se lee en forma textual que *"fecha 27 de mayo de 2020, el máximo tribunal rechazó la acción impetrada, sosteniendo, como principal razón para fundar su negativa, que el paciente se encontraba en un buen estado de salud. Pues bien, desde tal fallo a la fecha, ha existido un notoro (sic) empeoramiento de la salud de mi hijo, lo cual crea una nueva circunstancia de hecho respecto a la que se encontraba al momento de la interposición del primer recurso. Adicionalmente, ha de notarse que atendida la especial naturaleza del recurso de protección, el efecto de sus sentencias firmes es de cosa juzgada formal, y no sustancial. En tal sentido, la presente solicitud se funda en circunstancias de hecho diferentes a las existentes al momento de realizar la previa solicitud de financiamiento y judicialización del caso. En concreto, aquello que ha*



cambiado es el estado de salud del paciente, lo cual fue la principal consideración del máximo tribunal para rechazar el recurso.”.

Lo anterior es concordante, con el mérito del E-book acompañado por la recurrida a su informe.

Sexto: Que de lo anteriormente consignado, se desprende que el fundamento por el cual la recurrente pretende renovar la posibilidad de accionar de protección, esta vez ante distinta Corte de Apelaciones, estriba en que existiría una merma relevante del estado de salud del niño entre la tramitación del primer recurso intentado y el presente.

Séptimo: Que ninguno de los antecedentes acompañados permite sostener que efectivamente haya existido un cambio en las circunstancias de salud del niño en los términos que pretenden los recurrentes. En efecto, el único antecedente médico del niño que se ha acompañado consiste en Informe de Prescripción Médica emitido por el Dr. Raúl Escobar, de fecha 5 de enero de 2021, en el que expresa el facultativo que el niño es portador de una distrofia muscular de Duchenne, explica en que consiste aquella patología, y referente a la situación del niño, solamente refiere que el uso de Ataluren es lo más adecuado para él. De este modo, no es posible extraer de aquel informe la conclusión en que los recurrentes apoyan su pretensión de obtener nuevamente un pronunciamiento jurisdiccional sobre la materia. La anterior consideración conlleva necesariamente desestimar el presente arbitrio, sin que sea procedente a esta Corte emitir nuevamente un pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto, al haber aquel sido fallado en causa diversa.

Octavo: Que conforme se viene razonando, no habiéndose acreditado un cambio de circunstancias como el que se alude en la carta remitida a la Isapre recurrida, y no pudiendo sino estimarse que los hechos en que se fundamenta la acción han sido conocidos por los actores a lo menos desde la fecha de interposición de su primer arbitrio el día 26 de julio de 2019, la acción intentada en estos autos deberá ser desestimada por extemporánea al haber transcurrido con creces el plazo previsto en el N°1 del Auto Acordado sobre



Tramitación y Fallo de Recursos de Protección de Garantías
Constitucionales

Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de Recursos de Protección de Garantías Constitucionales, **SE RECHAZA**, sin costas, la acción de protección interpuesta por Esteban Barra Olivares, Francisco Bassi Díaz e Isabel Cholaky Rojas en favor del niño Ignacio Andrés Alfaro Fernández, y en contra de Isapre Cruz Blanca S.A

Comuníquese, regístrese y archívese, en su oportunidad
Rol N° 189 - 2021 (Protección).-



Pronunciado por la Segunda Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena integrada por los Ministros Titulares señora Marta Maldonado Navarro, señor Sergio Troncoso Espinoza y el Ministro Suplente señor Juan Carlos Espinosa Rojas.

En La Serena, a catorce de junio de dos mil veintiuno, 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 04 de abril de 2021, 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>