Chirino Oliva, Matías
Isapre Cruz Blanca S.A.
Recurso de Protección
Rol N° 499-2021.-

La Serena, trece de agosto dos mil veintiuno.

Vistos y considerando:

PRIMERO: Que, el día 20 de mayo del presente año, comparecen los abogados Esteban Barra Olivares, Isabel Cholaky Rojas y Francisco Bassi Díaz, en favor del niño **Matías Alexander Chirino Oliva**, interponiendo acción constitucional de protección en contra de **Isapre Cruz Blanca S.A.**, por el acto consistente en la negativa de la recurrida a financiar el medicamento VYONDYS 53 (GOLODIRSÉN) para frenar el avance de su enfermedad consistente en Distrofia Muscular de Duchenne, alegando que dicha negativa vulnera el derecho fundamental a la vida del niño aludido, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política, fundado en los siguientes antecedentes:

Señala que Matías es un niño de actuales 14 años de edad, que desafortunadamente padece de la enfermedad rara, grave y mortal llamada Distrofia Muscular de Duchenne, mutación del exón 53. El único tratamiento disponible para frenar el avance de su padecimiento es la terapia en base a VYONDYS 53 (GOLODIRSEN), el cual ha sido prescrito por su médico tratante. Por lo anterior, su padre, don Marcos Suárez Cavieres, afiliado a la Isapre recurrida, y de quien es carga Matías, realizó una solicitud formal de financiamiento de la terapia requerida por el niño, a principios de marzo. Sin embargo, el 23 de marzo de 2021, la Isapre Cruz Blanca ha respondido, rechazando tal solicitud.

Luego expone acerca de la enfermedad Distrofia Muscular de Duchenne, sus causas, el carácter hereditario y raro de la misma, las fases de la enfermedad, y la gravedad del padecimiento. A continuación, se refiere al tratamiento con VYONDYS 53, y su eficacia.

En cuanto a la situación de Matías, refiere que éste ha sido diagnosticado de Distrofia Muscular de Duchenne, tal como consta en el informe médico emitido por su médico tratante, doña Consuelo Gayoso, neuróloga infantil, en enero

XLZXKGRXVD

del año en curso. Con tal diagnóstico, la médico ha prescrito el uso del medicamento VYONDYS 53.

Agrega que Matías es un niño muy alegre, obediente y tranquilo. Le gustaba mucho salir a jugar y disfrutar del tiempo al aire libre con sus amigos, sin embargo, producto del avance de la enfermedad y la imposibilidad de seguir realizando su vida con normalidad, jugar videojuegos se ha convertido en una de sus actividades favoritas. Sobre esto, el niño con temor piensa en cómo, de no mediar tratamiento oportuno, la enfermedad le impedirá realizar cualquiera de sus actividades preferidas, afectando su vida aún más.

Actualmente Matías se encuentra en una condición depresiva que lo ha afectado considerablemente en su vida cotidiana, ha decaído su rendimiento académico y no quiere participar en ninguna actividad social con sus pares. Durante las noches, no puede conciliar el sueño, llora, debido a que ha perdido independencia y no puede hacer nada por sí solo, lo que lo ha llevado a cuestionar su propia existencia.

Los primeros síntomas de su enfermedad comenzaron en sus primeros años de vida. Su madre fue testigo de las dificultades de Matías al enfrentarse a los distintos hitos propios del crecimiento, tales como el hecho de comenzar a caminar, sentarse o correr.

Como usualmente ocurre con los pacientes DMD, Matías sufrió de dificultades para ponerse de pie y una heterogénea forma de caminar. Sin embargo, no fue hasta los 3 años cuando sufrió una convulsión repentina que fue llevado al médico, donde le hicieron una serie de exámenes para explicar la razón de dicha convulsión. En los análisis de sangre se evidenció una alteración en CK (creatina quinasa) donde su médico tratante derivó a control con alguna neuróloga y con diversos exámenes posteriores se detectó el diagnostico de DMD de Matías.

La madre de Matías describe un avance muy veloz de las dificultades físicas del niño, cuestión que ha sido muy dolorosa para ella y el mismo Matías, ya que, en un corto período de tiempo, él no solo ha ido perdiendo su plena autonomía, sino que también la alegría que lo caracterizaba, debiendo comenzar a asistir a terapia psicológica producto de

XLZXKGRXVD

su baja autoestima y no pudiendo realizar las actividades que efectuaba normalmente.

Matías es sumamente consciente de la enfermedad que sufre, lo que lo tiene inmerso en una tremenda inseguridad y entiende que cada día que pasa sin un tratamiento es una menor probabilidad de poder llevar una vida normal en el futuro. De la misma manera, el niño sabe que, con el avance de los años, la DMD cada vez es más severa en cuanto a su sintomatología, y comprende que en la gran mayoría de los casos ello resulta en la muerte.

Precisamente para evitar aquello, y poder detener las feroces consecuencias de la enfermedad, su médico tratante le ha prescrito tratamiento con VYOYDYS 53, según consta en el certificado médico. Desafortunadamente, el medicamento resulta absolutamente imposible de financiar para la familia, debido a su alto valor. Sin el medicamento prescrito, Matías está condenado a una vida crecientemente más ardua y dolorosa, toda vez que la enfermedad sólo seguirá empeorando, hasta que, eventualmente, una de las complicaciones aparejadas a ella termine con su vida.

Por ello, es que el tratamiento con VYONDYS 53, para el recurrente, es la única esperanza de mejoría y de mayor sobrevivencia. La calidad de vida de Matías, la dignidad con la que pueda vivir dicha vida, y en definitiva, el tiempo por el cual podrá vivirla, dependen del acceso al tratamiento.

En lo que respecta a la negativa de Isapre Cruz Blanca, expone que tras el diagnóstico de su enfermedad y habiéndose prescrito el medicamento correspondiente, el padre de Matías, afiliado a la Isapre recurrida, ha dirigido un requerimiento a la misma, solicitando la cobertura o financiamiento del medicamento denominado VYONDYS 53, conforme a lo prescrito en la receta médica. Este requerimiento ha sido hecho a través de la carta a la Isapre, la cual fue recibida el 6 de abril de 2021. El 20 de abril, Isapre Cruz Blanca efectuó una respuesta formal y definitiva a la solicitud iniciada por el padre de Matías, por medio de la cual se denegó la cobertura del medicamento VYONDYS 53, mientras que la Distrofia Muscular de Duchenne continúa agravándose, afectando la vida del niño.

XLZXKGRXVD

Afirma que la conducta reprochada es arbitraria, y al efecto cita lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en los recursos de protección Rol Nro. 33832-2013, considerando noveno, y Nro. 61.406-2014, considerando duodécimo. Así como lo resuelto por la Corte Suprema, en recurso de protección Rol Nro. 23.161-2018, considerando undécimo.

Además, sostiene que dicha conducta vulnera la garantía del 19 Nro. 1 de la Constitución Política de la República, afirmando que la conexión entre el derecho a la vida y las prestaciones sanitarias es especialmente manifiesta cuandoquiera que la terapia o medicamento en cuestión es la única alternativa que el paciente tiene para sobrevivir, o cuando la denegación del medicamento implica una grave reducción en la expectativa de vida, y al efecto cita lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección Rol Nro. 3.025-2001, considerandos 10° y 11°. Reconoce que no toda enfermedad, ni todo medicamento, pueden ameritar una vulneración al derecho a la vida. En este sentido, y a fin que la falta de financiamiento sanitaria pueda tener el vigor suficiente para conculcar la garantía referida, resulta necesario que la enfermedad sea de una gravedad elevadísima, y que el medicamento sea una alternativa única y de eficacia comprobada, conforme a los criterios aplicados por la Corte Suprema en sus recientes fallos en materia de acceso a medicamentos de alto costo, en recursos de protección Rol Nro. 17.043-2018, considerando 7°, Nro. 7667-2019, considerando 10°, y Nro. 17.043-2018, considerando 11°.

Finalmente, realiza alegaciones en torno a que Matías es un niño de 14 años, por lo que es un sujeto de especial protección de derechos, los cuales, por cierto, no solo se encuentran garantizados en nuestra Constitución Política de la República, sino también en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, cuya suscripción por el Estado de Chile hace imperativa su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Previa cita de normas legales, solicita se acoja la presente acción *"declarando: i. Que se ordene a la Isapre*

XLZXKGRXVD

recurrida a otorgar sin más trámite la cobertura de la terapia VYONDYS 53, prescrita para Matías Chirino por su médico tratante; ii. Decretar las medidas conducentes a evitar que las conductas contra las cuales se recurre se repitan en lo sucesivo, garantizando el respeto efectivo a los derechos señalados, ordenando a las recurridas cesar inmediatamente los actos u omisiones en que han incurrido; iii. Decretar cualquier otra medida de protección tendiente a proteger o cautelar las garantías constitucionales de nuestra representada, cuya vulneración es objeto de este recurso; y iv. Condenar a las recurridas al pago de las costas de esta causa.".

SEGUNDO: Informa la recurrida, por intermedio del abogado Felipe Soto Toro, quien solicita primeramente el rechazo de la acción por ser extemporánea y, en subsidio, se rechace por improcedente.

En cuanto a la alegación de extemporaneidad, sostiene que es pacífico que el 5 de marzo de 2021 el recurrente escribe carta a su representada solicitando otorgar cobertura y financiamiento en un 100% del medicamento "GOLODIRSEN". Dicha solicitud fue respondida, primeramente con una carta emitida por la Isapre con fecha 23 de marzo, la cual solamente hace referencia a la interrogante de si el actor iba a activar la cobertura CAEC, y posteriormente, se responde derechamente la solicitud del recurrente, por carta de 30 de marzo de 2021, la cual dice, en lo pertinente "*Al respecto señalamos que no es posible acceder a su requerimiento, ya que este tipo de prestación no está contemplada en el arancel referencial de la isapre*".

El acto por el cual recurre el actor es la carta de 20 de abril de 2021, la cual no agrega nada diferente a lo informado por la mencionada carta de 30 de marzo del año en curso. Incluso la carta del 20 de abril, dice "*Al respecto y según la carta emitida el pasado 30 de marzo, la que fue enviada a su dirección contractual, informamos que nuestro Comité Técnico Médico ha resuelto no acoger favorablemente su solicitud, relacionada con autorizar una cobertura de excepción para el suministro del mencionado medicamento*"

XLZXKGRXVD

De lo anterior, se concluye que al menos al 30 de marzo de 2021 el recurrente ya tenía conocimiento efectivo del acto que ahora denuncia como arbitrario e ilegal (negativa de la cobertura al medicamento "GOLODIRSEN"), pues en esa fecha se le informó la negativa a su solicitud de cobertura de excepción del medicamento de autos, lo que es corroborado por la propia carta de 20 de abril de 2021.

Sin embargo, la parte recurrente, interpuso la presente acción de protección con fecha 20 de mayo de 2021, superando con creces el plazo fatal de treinta días corridos estipulado en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo de los recursos de protección.

De admitir la tesis de la contraria para el cómputo del plazo de la presente acción constitucional, en donde el recurrente sostiene que interpone su acción constitucional en contra de la misiva de 20 de abril del año en curso, se estaría permitiendo la construcción de plazos artificiales y antojadizos, pues el hecho sustancial objeto del recurso que ahora califica de arbitrario e ilegal (negativa de cobertura de droga "GOLODIRSEN") es el mismo que tiene conocimiento desde al menos el 30 de marzo de 2021, quedando al mero arbitrio del recurrente el cómputo del plazo para recurrir, estableciendo siempre como fecha la que mejor le convenga, puesto que el acto recurrido, es decir la carta de 20 de abril de 2021, no agrega ninguna información sustancial ni diferente a lo que ya conocía desde fines de marzo, dejando sin aplicación la norma que regula el plazo de interposición de las acciones constitucionales de protección dictado por la Excma. Corte Suprema, el cual debe ser realizado de forma objetiva. Al efecto cita lo resuelto por la Corte Suprema en el Rol Nro. 198-2019.

En subsidio evacua informe, y en primer lugar se refiere a la política pública en materia de cobertura de medicamentos, señalando que ella fue 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 que aquella que otorgan los instrumentos dispuestos por la Autoridad.

XLZXKGRXVD

El principal instrumento de política pública lo constituye el Arancel Fonasa en su modalidad de Libre Elección, que determina mediante asignación de códigos las prestaciones que deberán ser cubiertas y la cobertura mínima que le corresponde. Ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 159 del DFL N°1 de Salud. Dicho arancel Fonasa no incluye código para el medicamento solicitado (GOLODIRSEN) de allí que la política pública en salud haya decidido no darle cobertura a esa prestación, lo que deriva en definitiva que no esté cubierta por el plan de salud del cual es beneficiario el recurrente.

De allí que las Condiciones Generales Uniformes del Contrato de Salud Previsional redactadas por la Superintendencia de Salud, contenidas en el Capítulo III Instrumentos Contractuales Compendio de Instrumentos Contractuales que en su ARTÍCULO 14°estipula: las EXCLUSIONES DE COBERTURA: "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."

Por lo demás, recuerda que los medicamentos cuyo uso está autorizado en Chile, es una facultad que le compete al Instituto de Salud Pública, conforme al artículo 96 del Código Sanitario. Además, el Decreto Supremo N° 3 "Aprueba Reglamento Del Sistema Nacional De Control De Los Productos Farmacéuticos De Uso Humano". De lo que concluye que el medicamento de autos que se solicita cobertura de excepción, no tiene siquiera registro en el Instituto de Salud Pública.

También de naturaleza contractual, la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas en Chile, CAEC, y concluye que la droga GOLODIRSEN no califica para el beneficio CAEC, sin dejar de mencionar que la misma no está registrada por el Instituto de Salud Pública, la cual es una de las exclusiones de la cobertura CAEC.

Otra política pública en salud son las Garantías Explícitas En Salud regidas por la Ley 19.966 y Decreto Supremo N° 22 de 2019, y concluye que La enfermedad distrofia muscular de Duchenne (mutación sin sentido) no está dentro de

XLZXKGRXVD

las 85 patologías GES que taxativamente contiene el respectivo decreto que determina las patologías beneficiarias de las Garantías Explicitas en Salud.

Finalmente se encuentra la ley 20.850 ("Ley Ricarte Soto"). Dicha ley crea un sistema de "Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo en Salud", y al efecto concluye que el obligado a otorgar la protección financiera de la ley 20.850 es el FONASA y no las Isapres. El medicamento GOLODIRSEN no se encuentra garantizado por Ley Ricarte Soto.

Por otro lado, en cuanto a los beneficios contractuales del plan complementario de salud, señala que el arancel Fonasa no incluye código para el medicamento GOLODIRSEN, de allí que la política pública en salud haya decidido no darle cobertura a esa prestación, lo que deriva en definitiva que no éste cubierta por el plan de salud del cual es beneficiario el recurrente, como fue informado por carta de 30 de marzo de 2021. Se hace presente que malamente podría contener el Arancel Fonasa en su modalidad libre elección el medicamento de marras, pues el mismo no ha sido aprobado por el Instituto de Salud Pública.

Alega la improcedencia del petitorio de la presente acción constitucional, toda vez que lo que se busca es que al recurrente se le otorgue cobertura total al medicamento GOLODIRSEN, lo que en otras palabras es que la Isapre financie el 100% de dicho medicamento. Lo anterior es una pretensión a todas luces inadmisible por cuanto se busca obligar a una Isapre que otorgue una cobertura, y además del 100%, que va más allá de lo pactado por las partes en el contrato de salud y en la normativa vigente. Ni siquiera el beneficio GES - CAEC, que tiene un deducible, para que empiece a operar, de 30 veces la cotización pactada con tope anual de UF 126, otorga una cobertura de 100%. Además, argumenta en relación a la ausencia de un derecho indubitado o preexistente.

En cuanto a la condición médica del paciente/recurrente, expone que del informe médico que acompaña la recurrente, de fecha 12 de enero de 2021 de la médico Consuelo Gayoso, no se evidencia deterioro clínico del paciente considerando una

XLZXKGRXVD

enfermedad progresiva, que haga pensar en un riesgo vital el no suministro del medicamento. De lo anterior, se concluye que no se puede afirmar que la vida del menor está en riesgo, de no suministrarle el medicamento reclamado. Invoca la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema "del riesgo vital", y al efecto cita lo resuelto en Rol Nro. 28817-2019, y Nro. 1332-2020.

Finalmente, afirma que no hay privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de ninguno de los derechos garantizados por la constitución política, por lo que solicita el rechazo de la acción, con costas.

TERCERO: Que, para que pueda brindarse protección constitucional, es necesario que se haya incurrido en un acto u omisión arbitraria o ilegal que amenace, prive o perturbe alguna de las garantías constitucionales que el Constituyente señala en el artículo 20 de la Carta Política.

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 consecuencia 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.

QUINTO: Que en la especie el acto arbitrario denunciado consiste en la negativa de la Institución de salud a financiar el medicamento VYONDYS53 (GOLODIRSEN), prescrito por la médico tratante para frenar el avance de la enfermedad de su hijo Matías Alexander Chirino Oliva, quien sufre de Distrofia Muscular de Duchenne, negativa que vulnera el derecho fundamental a la vida del niño, pues es la única esperanza de mejoría y de mayor sobrevivencia.

SEXTO: Que en relación a la extemporaneidad alegada, si bien ambas carta de respuestas son similares, no es menos cierto que la segunda objeto de este arbitrio es

XLZXKGRXVD

complementaria de la anterior, por lo que se rechazará esta alegación.

SEPTIMO: Que las respuestas dadas por la Isapre al afiliado no pueden estimarse como arbitrarias e ilegales toda vez que al evacuar su informe ha señalado fundada y claramente los motivos que tuvo para no acceder a la petición del recurrente en orden a financiar el medicamento. En efecto, es un hecho indiscutido que las políticas públicas han establecido cuales son las prestaciones que deben ser cubiertas, acorde a lo previsto en el artículo 159 del DFL N° 1 y una de las principales es el Arancel Fonasa en su modalidad libre elección que constituye un catálogo valorizado que contempla prestaciones de salud clasificadas, codificadas y con sus respectivos valores en que cada prestación se identifica con un código, sin embargo, el medicamento solicitado no tiene tal asignación, lo que deriva que no esté cubierto por el plan de salud del recurrente, como lo asevera el recurrido.

Asimismo la recurrente reconoce que la enfermedad y su tratamiento no están cubiertas por politicas públicas sanitarias ni tampoco le beneficia la Ley 20.850.

Por otra parte, revisando las motivaciones de la carta respuesta de la Isapre, esta señala: "Al respecto y según la carta emitida el pasado 30 de marzo, la que fue enviada a su dirección contractual, informamos que nuestro Comité Técnico Médico ha resuelto no acoger favorablemente su solicitud, relacionada con autorizar una cobertura de excepción para el suministro del mencionado medicamento". Y, en la anterior se hace alusión a las Condiciones Generales del Contrato de Salud Previsional señalando que se configura la situación establecida en el artículo 14, punto (h), que dice relación con la exclusión de los beneficios cuando se trate de: "Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel de la Isapre". En el mismo sentido, el Decreto con Fuerza de Ley número 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, en su artículo 190, establece los casos en que puede excluirse de cobertura, entre ellos: "Todas aquellas prestaciones y

XLZXKGRXVD

medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel (…)".

OCTAVO: Que así las cosas, la decisión de no financiar el medicamento prescrito en los mecanismos extraordinarios de financiamiento previstos por la ley encuentra una justificación razonable de la autoridad y las estipulaciones contenidas en el contrato, lo que conduce a desestimar el recurso por no concurrir una de las exigencias que requiere esta acción constitucional para poder prosperar.

NOVENO: Que en lo que dice relación con que la decisión de la Isapre vulnera el derecho a la vida del menor, de los antecedentes acompañados, especialmente del certificado médico acompañado, no aparece que el menor se encuentre en una situación médica de urgencia, además que el propio arbitrio señala el requerimiento de este fármaco para frenar el avance de la enfermedad y poder detener sus feroces consecuencias que en la gran mayoría de los caos ello resulta en la muerte. En este sentido la Excma. Corte Suprema ha sostenido que si el medicamento prescrito tiene solamente por objetivo evitar un mayor deterioro secundario a su patología y no está destinado a proteger su vida que por ahora no se encuentra en peligro, no vulnera su derecho a la vida.(autos rol 1332-2020, considerando quinto).

Además un apartado del voto de prevención en la referida causa dispone que "la sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar su cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas de salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas."

DECIMO: Que así las cosas y no advirtiéndose vulneración a la garantía indicada en el libelo, este arbitrio será desestimado.

Por estas consideraciones 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,

XLZXKGRXVD

por haber tenido el recurrente motivos plausibles para litigar.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministro señora Maldonado.

Rol N° 499-2021 Protección.-

Marta Silvia Maldonado Navarro
MINISTRO
Fecha: 13/08/2021 13:44:35

Sergio Javier Troncoso Espinoza
MINISTRO
Fecha: 13/08/2021 13:31:00

Pablo Alberto Arriagada Diaz
ABOGADO
Fecha: 13/08/2021 13:55:10

XLZXKGRXVD

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 Abogado Integrante señor Pablo Arriagada Díaz.

En La Serena, a trece de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XLZXKGRXVD

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