

Santiago, cuatro de febrero de dos mil veinte.

Al escrito N° 67.153-2019: estése al estado de la causa.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos 5° a 8°, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar además presente:

Primero: Que los señores Melisa Andrea Barrientos Kahler y Cristian Rodrigo Feest Püschel, han interpuesto la presente acción de protección de garantías constitucionales en contra del Servicio Nacional de la Discapacidad y en contra del Ministerio de Salud, al negarle financiamiento al tratamiento de rehabilitación para su hija de 6 años, consistente en un par de prótesis mioeléctricas, basándose únicamente en su alto costo, actuar que califica de arbitrario e ilegal en consideración a los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha adquirido sobre la materia y que priva, perturba y amenaza el derecho a la vida e integridad física y psíquica de su hija, así como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que solicita se ordene a las recurridas hacer efectivo, asegurar y financiar el referido tratamiento.

Explica que su hija nació el 14 de mayo de 2013 con malformación congénita en sus cuatro extremidades, siendo



derivada al Instituto Teletón donde es paciente y ha sido evaluada constantemente durante sus primeros tres años de vida, entidad donde se realizaron intentos por iniciarla en el uso de prótesis cosméticas sin funcionalidad. Luego de complejas intervenciones quirúrgicas, su hija ha logrado tener sus rodillas extendidas en posición fija, pero con una marcha inestable y difícil, circunstancia que impide su rehabilitación mediante el uso de prótesis mecánicas, que son las únicas disponibles dentro de la oferta Estatal y particular de la Teletón. Señalan que esta especial situación médica hace que el único medio de rehabilitación conocido sea la rehabilitación con prótesis de tipo mioeléctricas, procedimiento realizable por una empresa en Chile, Ortopedia Nacional, cuyo valor asciende a \$37.000.000 más IVA, alto costo que no es posible financiar por la familia.

Refieren que la médico tratante de la niña, Dra. Dalia Sepúlveda, a solicitud de SENADIS elaboró un documento en donde explica detalladamente la información que justifica la prescripción del tratamiento de rehabilitación con prótesis mioeléctricas y que en países como Reino Unido, España, Suecia y Canadá, los niños amputados congénitamente de manos son protesados tempranamente con estas prótesis, costeadas por los Estados. Por lo anterior, precisa que está pidiendo al Estado las mencionadas prótesis y el tratamiento respectivo para el futuro, para así asegurar el



respecto a sus derechos reconocidos en el artículo 21 N° 4 de la Ley 20.422, sin tener que recurrir constantemente a la justicia.

Refiere una serie de gestiones que han realizado desde el año 2016 para la obtención de las referidas prótesis. Entre ellos, indica que realizaron un reclamo ante la Contraloría General de la República, con fecha 27 de febrero de 2019 en contra de SENADIS, órgano de control que a través de oficio N° 2.512/2019 instruyó que se les diera respuesta a sus solicitudes, pero sin indicar un plazo para ello, habiendo transcurrido más de tres meses sin recibir respuesta alguna.

Por otra parte, refieren que, a través de Oficio N° 2973 dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitaron se realicen las gestiones para lograr ayuda internacional, desde que habían agotado todas las instancias internas sin éxito, solicitud que fue derivada por interno (OIRS) al Ministerio de Salud con fecha 29 de abril de 2019, la que con fecha 14 de mayo pasado fue rechazada, fundado en que la ayuda técnica solicitada no está dentro de la cartera de prestaciones y el acceso a rehabilitación en el extranjero no está dentro de sus facultades.

Refieren que esta negativa es arbitraria y vulnera los compromisos que el Estado de Chile adquirió cuando suscribió el Convenio de las Naciones Unidas sobre los



Derechos de las Personas con Discapacidad, particularmente el artículo 32 del Decreto 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por lo anterior, solicita que se acoja el recurso disponiendo expresamente que sea gestionado y financiado el tratamiento requerido por su hija, en los términos expuestos.

Segundo: Que el Servicio Nacional de Discapacidad, en adelante SENADIS, informando, sostiene que el 07 de junio de 2019, a través del Ordinario N° 837, dio respuesta a los recurrentes de conformidad a lo instruido por la Contraloría General de la República el 28 de febrero anterior. Además, indica que el presente asunto ya fue resuelto a través de recurso de protección Rol N° 1507-2018 en el que se reconoció que ese Servicio ha actuado dentro de la esfera de sus atribuciones.

Precisa que no se advierte ilegalidad, pues la oferta entregada a los recurrentes en orden a proporcionar un financiamiento parcial por un monto total de \$6.000.000, corresponde al monto máximo establecido en la ley y programas gubernamentales, ampliándose a tecnologías no contempladas a la fecha, respuesta que demuestra que, respecto a la hija de los recurrentes, se ha hecho una excepción positiva al ampliar la cobertura a tecnologías más avanzadas.



Asegura que la obligación establecida en el artículo 21 de la Ley N° 20.422, debe ser cumplida por el Servicio conforme al principio de juridicidad y regirse por las normas relativas al proceso de financiamiento, esto es programas del Estado para obtener financiamiento de ayuda técnica, como el programa Chile Crece Contigo y el Programa Regular y Programa de Seguridades y Oportunidades de SENADIS.

Agrega que no es efectivo que haya existido una falta de respuesta de parte de ese Servicio, desde que se le ha entregado toda la información que se ha podido recopilar con relación a lo señalado por expertos en rehabilitación y dando una respuesta clara sobre la capacidad de financiamiento del Servicio, averiguación que explica las razones de la demora en la respuesta y dado que las instituciones han señalado la necesidad de efectuar una evaluación presencial a la niña por expertos, los recurrentes deben comunicarse con un funcionario del Servicio a fin de coordinar dichas acciones.

Finalmente señala que, actuando dentro de sus atribuciones, puede proponer a los padres las siguientes soluciones:

a) SENADIS podrá realizar excepcionalmente financiamiento parcial de la solicitud, de dos prótesis mioeléctricas por un monto total de \$6.000.000



b) Existe disponibilidad en Chile para la confección de las referidas prótesis, por lo que no resulta necesario realizar la adquisición en España.

c) Coordinar con instituciones públicas o privadas que realicen la rehabilitación a la niña con las prótesis mioeléctrica.

d) Optar por la evaluación de otro tipo de prótesis.

Tercero: Que el Ministerio de Salud, informando el presente recurso de protección, señala que sí ha intervenido en la rehabilitación de la hija de los recurrentes desde el año 2013, a través de los convenios suscritos entre la Sociedad Pro Ayuda del Niño Lisiado (Teletón), los Servicios de Salud y Fonasa, entendiendo la rehabilitación como un proceso integral que comprende las diferentes áreas de desarrollo del ser humano, la que no se agota con las prótesis mioeléctricas solicitadas, sino que involucra todos los aspectos de su vida. Asegura que la hija de los recurrentes ha tenido acceso a todos los recursos que dispone la red desde el momento en que nació, no encontrándose las referidas prótesis dentro de las prestaciones otorgadas por el Estado.

Además, refiere que ese Ministerio no cuenta con los antecedentes suficientes para concluir que la solicitada sea la única alternativa de prótesis posible para la niña, ya que se cuenta con opiniones diversas al respecto. En efecto, el Instituto Teletón solo da cuenta del deseo de



los padres de la niña a ese respecto, no pronunciándose sobre si las mismas fuesen recomendadas, en tanto que el Instituto de Rehabilitación Pedro Aguirre Cerda concluye que en Chile se prefiere el uso de otras prótesis, sin que la niña haya sido evaluada por ninguna de las dos entidades.

Por lo anterior, el Ministerio de Salud recomienda que la niña sea presencialmente evaluada por el Instituto Nacional de Rehabilitación Pedro Aguirre Cerda o por el Instituto Teletón de Santiago, específicamente por la Dra. María José Espinoza, toda vez que dichos centros cuentan con médicos fisiatras, especialistas en medicina física y rehabilitación de extensa experiencia, además de un equipo multidisciplinario, quienes podrán determinar el tratamiento que se debe seguir.

Cuarto: Que, para la decisión de la cuestión debatida, debe tenerse en consideración que la acción de protección constituye la concreción del principio cautelar, o principio protector de las garantías fundamentales, el cual tiene rango constitucional y en cuya virtud los distintos órganos del Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias que permitan a las personas ejercer sus derechos en plenitud, para lo cual se les permite adoptar medidas extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando su ejercicio se vea amenazado, perturbado o amagado por acciones u omisiones de terceros.



Tenemos así que, al constituir el mencionado, un principio deber, impone una obligación a esta Corte de adoptar las medidas conducentes cuando se dan las circunstancias fácticas que así lo exigen.

Quinto: Que las garantías cuya protección se invoca, corresponden a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y la protección a la vida privada, consagradas en el artículo 19 N° 1 y 2 de la Constitución Política de la República, cuyo supuesto de procedencia depende de la constatación de una privación, perturbación o amenaza de los derechos reclamados, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

Sexto: Que, a efectos de resolver la controversia planteada en autos, orienta tener presente lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en lo pertinente, dispone: *"Cooperación internacional. 1. Los Estados Partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención, y tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y*



regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad..”

Por su parte, el artículo 21 de la Ley N° 20.422 que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, establece: *“Las personas con discapacidad tienen derecho a que el proceso de rehabilitación integre y considere la participación de su familia o de quienes las tengan a su cuidado. El proceso de rehabilitación se considerará dentro del desarrollo general de la comunidad. El Estado fomentará preferentemente la rehabilitación con base comunitaria, así como la creación de centros públicos o privados de prevención y rehabilitación integral, como estrategia para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Durante la rehabilitación se prestará asistencia en salud mental, con el propósito que la persona sometida a ella desarrolle al máximo sus capacidades. De ser necesario, dicha asistencia podrá extenderse a la familia”.*

Finalmente, el artículo 62 de la misma Ley, en lo pertinente, señala: *“...Con el propósito de promover la igualdad de oportunidades, inclusión social, participación y accesibilidad de las personas con discapacidad, las funciones del Servicio Nacional de la Discapacidad serán las siguientes: g) Financiar, total o parcialmente, ayudas técnicas y servicios de apoyo requeridos por una persona con discapacidad para mejorar su funcionalidad y autonomía*



personal, considerando dentro de los criterios de priorización el grado de la discapacidad y el nivel socioeconómico del postulante”.

Séptimo: Que, teniendo en consideración lo expuesto por las partes y el mérito de las normas antes transcritas, necesario resulta concluir que el Servicio Nacional de la Discapacidad, si bien, a través de Ord. N° 0837 de fecha 07 de junio del año 2019 entregó una respuesta a los actores, ello sólo ocurrió a instancia de lo que le fuera instruido por la Contraloría General de la República con fecha 28 de febrero del mismo año, decidiendo financiar parcialmente las prótesis mioeléctricas solicitadas, fundado en un informe técnico elaborado por el mismo Servicio, en el que se reconoce la existencia de diferencias significativas en las opiniones técnicas en el uso de tales prótesis en pacientes pediátricos, que la niña cumple con los requisitos de acceso de la línea regular del programa de ayuda y que, atendido su elevado costo, concluye realizar el financiamiento parcial por parte de la SENADIS, sin garantizar que se pueda renovar el financiamiento en los próximos años, todas conclusiones a las que llega reconociendo, al mismo tiempo, la necesidad de evaluar físicamente a la niña, sin hacer mención a otros factores objetivos que permitan corroborar la decisión a las que arriba, en cuanto a la particulares circunstancias de discapacidad que la afectan, todos expuestos en el informe médico extendido por la médico tratante Dra. Dalia Sepúlveda



el 4 de julio de 2017 que las prescribe, no pudiéndose concluir que el referido informe se baste a sí mismo si no ofrece los elementos de juicio necesarios que permitan comprenderlo y entender por qué la niña en cuyo favor se recurre no necesitaba las mismas, por cuanto tal determinación contraría la prescripción de la facultativo que la emite.

Octavo: Que, además, resulta insoslayable reflexionar que, de acuerdo a las normas precedentemente referidas, es posible sostener que las recurridas, con mira a cumplir el mandato legal consistente en resolver las solicitudes presentadas por las personas con discapacidad, pueden recabar los antecedentes que posibiliten adoptar una decisión fundada frente a los requerimientos de los usuarios del sistema, cometido que omitieron en el presente caso, esgrimiendo como único fundamento el significativo costo de las prótesis que requiere la amparada, cuestionando su real utilidad en el proceso de rehabilitación, al tiempo que autorizan su financiamiento parcial, por un exiguo monto con relación al valor total del tratamiento, sin que previamente se la haya examinado por especialistas idóneos que confirmen o descarten la conclusión diagnóstica realizada por su médico tratante.

Noveno: Que, en consecuencia, el actuar de las recurridas no se ajustó a la normativa que regula la materia, al haber entregado una respuesta tardía,



contradictoria en sus propios fundamentos y que no hacerse cargo de estudiar previamente y en forma acabada por un equipo médico especializado, la actual situación de la niña en cuyo favor se recurre, a efectos de determinar la verdadera utilidad de las prótesis mioeléctricas que le fueron prescritas para su rehabilitación, todos elementos que debieron haberse desarrollado con mayor rigurosidad antes de ser resuelto el asunto en materia administrativa, diligencias necesarias a fin de objetivar la decisión y no dejarlo entregado a la simple discreción de las respectivas autoridades recurridas, con el consecuente financiamiento parcial de las prótesis respectivas.

Décimo: Que, en consecuencia, resulta del todo arbitrario rechazar la solicitud de financiamiento de dos prótesis mioeléctricas, prescritas por facultativo tratante, sin una evaluación previa a la niña, simplemente sobre la base de la ponderación de los elementos tenidos a la vista, sin un elemento de juicio complementario de contraste, para así esclarecer frente a la paciente y sus padres cualquier duda, en particular, sometiéndolo a evaluaciones médicas adicionales.

En tales casos, con consecuencias tan definitivas para las personas, es preciso exigir un mínimo de diligencia a la autoridad en quien pesa su actuar de oficio y respeto por los principios de no discriminación, objetividad y exhaustividad en su proceder.



Undécimo: Que, de esta forma, se advierte que el rechazo de financiamiento de dos prótesis mioeléctricas, importa de parte de la autoridad el ejercicio de una facultad de forma meramente potestativa, con desconocimiento de la certeza y seguridad jurídica que a los ciudadanos se les debe, al ejercer sus facultades, en especial, si como en esta materia se ven involucradas garantías especialmente protegidas por el constituyente, como la vida y la salud de las personas. Lo anterior, más aún si fue advertido por los propios recurridos la necesidad que la niña sea evaluada presencialmente por el Instituto Nacional de Rehabilitación Pedro Aguirre Cerda o por el Instituto Teletón de Santiago, los que cuentan con médicos fisiatras, especialistas en medicina física y rehabilitación de extensa experiencia, además de un equipo multidisciplinario, quienes podrán determinar la necesidad del tratamiento que le fuera recomendado a la niña por su médico tratante u otro que se deba seguir igualmente útil para su proceso de rehabilitación.

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 veinte de agosto del año dos mil diecinueve y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección debiendo el Servicio Nacional de la Discapacidad pronunciarse nuevamente



respecto de la solicitud presentada por los recurrentes, previa evaluación de la niña en cuyo favor se recurre por equipo médico idóneo, en el que se deberá hacer especial mención a la utilidad que importa para su proceso de rehabilitación las prótesis mioeléctricas recomendadas, e informando las alternativas de tratamiento que existen en su caso, que garanticen de igual o mejor forma su proceso de rehabilitación, informe que deberá practicarse dentro del plazo de sesenta días, contados desde que los padres recurrentes concurran con su hija a practicarse la referida evaluación, de todo lo cual dará cuenta a la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual deberá observar el oportuno cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia.

Acordado lo anterior con el **voto en contra** del señor Muñoz Pardo, quien fue del parecer de confirmar la sentencia apelada sobre la base de sus propios fundamentos.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz Gajardo.

Regístrese y devuélvase

Rol N° 24.985-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con feriado legal y el Abogado Integrante señor Lagos por estar ausente. Santiago, 04 de febrero de 2020.





CJXRHHDDR

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

