

C.A. de Temuco

Temuco, treinta de julio de dos mil veinte.

VISTOS:

A Folio N° 1, con fecha veintiséis de enero del año dos mil veinte, comparece don Gonzalo Osvaldo Larraín Trujillo, abogado, domiciliado en calle Antonio Varas N° 989, oficina N° 1303, Temuco, en representación del menor **J.G.C.A**, actualmente de 11 años de edad, y de sus padres, don **GONZALO LEONARDO GARCÍA REBOLLEDO** y doña **CAROLINA EUGENIA ADRIAZOLA HENRÍQUEZ**, todos domiciliados en calle Sendero de la Luna N° 901, casa N°14, sector Fundo El Carmen, Temuco, interponiendo protección en contra de la **CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIO DE SALUD**, representada por su Director Nacional don Valentín Alfonso Díaz García, ignora profesión u oficio o quien haga sus veces o le suceda o reemplace, ambos con domicilio en calle José Domingo Cañas N° 2681 de la comuna de Ñuñoa, ciudad de Santiago.

Funda el recurso en que el menor, durante el año 2014 y a los 5 años de edad, fue diagnosticado con Diabetes tipo 1. Dada su condición de insulino-dependiente, y los numerosos episodios de hipoglicemia asintomática que presentaba, fue postulado por su médico tratante Dra. Ethel Codner, en marzo de 2017, para ser beneficiario de la Ley 20.850, mediante la entrega gratuita de un infusor subcutáneo de insulina (Bomba de insulina), que le permitiría mejorar considerablemente su calidad y expectativas de vida, razón por lo que cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la Ley 20.850 y su Protocolo, en octubre de 2018, fue aprobada su inclusión como beneficiario de ésta, por lo que se le entregó una bomba marca Medtronic, modelo Minimed 640G.

Indica que el desempeño de la bomba de insulina no ha estado exento de fallas. La primera de ellas se produjo por un mal funcionamiento del software que la controla. Luego, producto de



una fisura imperceptible a simple vista, mientras el niño se bañaba en la piscina, dejó de funcionar producto del agua que ingresó al dispositivo. Refiere que en ambas ocasiones sus representados siguieron el conducto regular, dando aviso al equipo médico encargado del tratamiento y seguimiento, quienes tramitaron de forma exitosa ante CENABAST el recambio de las bombas que presentaron las fallas indicadas.

Sin embargo, señala que el 04 de diciembre de 2019, en circunstancias de que el niño se encontraba disfrutando de una tarde de piscina, nuevamente su bomba de insulina dejó de funcionar, dando aviso al equipo médico a cargo del tratamiento en la ciudad de Santiago, quienes por medio de la doctora Francisca Riera ingresaron a CENABAST, a través de su O.I.R.S., el reclamo N° 53819, solicitando nuevamente el recambio del dispositivo, negándose injustificadamente la recurrida a reponer la bomba, limitándose a indicar en la respuesta al reclamo que, en virtud de que ya se había procedido a reponer anteriormente el dispositivo por las mismas razones, por lo que no corresponde realizar un nuevo cambio, dejando al menor sin su tratamiento hasta la presentación de este recurso, poniendo en riesgo su vida y su integridad física y psíquica.

Manifiesta que el actuar de la Central de Abastecimiento resulta totalmente arbitrario, ya que, sin estar facultada para ello, ha puesto fin al tratamiento del menor, poniendo en riesgo su vida y su integridad física y psíquica. Es más, indica que la negativa de CENABAST para recambiar la bomba de insulina averiada va en contra de la misión que el mismo Servicio Público declara en su sitio web, agregando que el mismo Protocolo de Bombas de Insulina, contenido en la Ley 20.850, garantiza el recambio del dispositivo. Por ello, considera que CENABAST transgrede la garantía de Protección Financiera de la denominada Ley Ricarte Soto en ambos aspectos: Primero, en cuanto a las prestaciones garantizadas, al denegar injustificadamente el recambio del dispositivo y, segundo, en cuanto a



la garantía de oportunidad, al atentar con su actuar en contra de la continuidad en atención y control del menor J.G.A.

Conforme a lo anterior, el recurrente señala que el actuar arbitrario e ilegal de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud constituye una verdadera amenaza para la vida y la integridad física del menor, toda vez que, bajo el tratamiento tradicional sin bomba de insulina, presentaba episodios de hipoglicemia asintomática e hiperglicemia clínicamente significativas, situación que se revirtió drásticamente con el tratamiento que hoy ilegalmente se le niega por parte de la recurrida, corriendo un serio peligro por el actuar arbitrario de la recurrida, por lo que resulta del todo necesario adoptar todas las medidas conducentes a su efectivo resguardo, toda vez que, producto de la negativa de CENABAST para el recambio de la bomba del menor, ha debido volver al tratamiento tradicional, con todos los riesgos antes descritos, los que justamente se buscaba evitar con su inclusión como beneficiario de la Ley 20.850.

Asimismo, estima vulnerado el derecho de propiedad, puesto que la Ley 20.850 busca asegurar el financiamiento de diagnósticos y tratamientos basados en medicamentos, dispositivos médicos y alimentos de alto costo con efectividad probada, que muchas veces suelen tener costos inalcanzables para las personas y sus familias. En el caso particular, la bomba de insulina utilizada por el menor (Medtronic, modelo Minimed 640G) tiene un precio de mercado que bordea los 5 millones de pesos, valor que, de no acogerse este recurso, deberá ser asumido en su totalidad por sus representados. En consecuencia, el actuar ilegal y arbitrario de la recurrida constituye una amenaza y/o perturbación seria y concreta de su patrimonio, puesto que, la única forma de poder continuar con su tratamiento, sería asumiendo el elevadísimo costo de una nueva bomba.

Por tanto, y previas citas legales, solicita acoger el recurso de protección, disponer las medidas destinadas a restablecer el imperio del derecho, entre las cuales debe incluirse necesariamente la orden de que



la recurrida inmediatamente ponga a disposición de sus representados un nuevo infusor subcutáneo continuo de insulina (bomba de insulina), marca Medtronic, modelo Minimed 640G, con la finalidad de que el menor J.G.A. pueda continuar con su tratamiento, en su calidad de beneficiario de la Ley 20.850, con expresa condena en costas.

Al otrosí la parte recurrente acompaña correo electrónico de fecha 27 de diciembre de 2019; Certificado médico de fecha 25 de enero de 2020, emitido por la doctora Francisca Riera Cassorla, y Protocolo de Bombas de Insulina de la Ley 20.850.

A Folio N° 7, con fecha once de febrero del año dos mil veinte, comparece don Christian Venegas Tudela, Director (S) de **CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIOS DE SALUD**, en representación de la Institución, domiciliados en calle José Domingo Cañas N° 2681, comuna de Ñuñoa, ciudad Santiago, solicitando su rechazo, con costas.

Sostiene que con fecha 04 de septiembre de 2017, Fonasa envía correo solicitando la distribución de la Bomba de Insulina más insumos para el paciente J.G.A., de la cual el 11 de septiembre 2017, se le hace entrega por proveedor Medtronic a la Clínica U. Católica. Refiere que con fecha 18 de diciembre de 2017, se solicita el cambio de bomba, lo que se realiza el 19 de diciembre de ese año. Ello se tramitó a través de un Reclamo OIRS 41955 en Cenabast. En dicha oportunidad el proveedor observó que debía reeducarse al paciente y que el motivo de la falla se debía a que no hubo un buen uso (uso sin reservorio o tapa mal cerrada o defectuosa). Luego indica que, también accionando un reclamo a través de OIRS de Cenabast signado con el 45722, el 10 de diciembre de 2018, se volvió a cambiar la bomba de insulina al paciente el 28 de diciembre de 2018. En aquella oportunidad, desde el mismo centro médico se señala que el usuario no había advertido que la bomba tenía una trizadura y que el menor no se había dado cuenta y se había metido en la piscina. Posteriormente, indica que con fecha 7 de diciembre de 2019, se ingresa un nuevo reclamo, ahora OIRS



QEXXQXNZZX

N°53819 en el cual se le indica que no procede el cambio atendido lo señalado por la enfermera del centro en el cual se atiende, constatado por el especialista de Medtronic, donde la falla nuevamente se produjo por mal uso. Finaliza señalando que pese a que Cenabast ha actuado fundadamente al no acceder al cambio de la bomba de insulina, se ha vuelto a realizar, ya que con fecha 3 de febrero se encontró disponible para su entrega un nuevo dispositivo, el cual fue recepcionado el 6 de febrero de 2020 por los padres del menor, dando así cumplimiento a la orden de no innovar decretada en estos autos.

En relación a la supuesta arbitrariedad de Cenabast, sostiene que se han tomado los resguardos necesarios actuando en tiempo y forma para cumplir los mandatos de la red a través de los mecanismos que la ley le confiere, no visualizándose en su actuar y en lo que le compete falta de servicio alguna. Respecto a la vulneración al 19 N° 1, de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, señala que hasta donde le compete a Cenabast, la bomba de insulina es una alternativa terapéutica a la tradicional que son las inyecciones de insulina, lo que representa un beneficio terapéutico y es de las mejores terapias alternativas disponibles, pero no resulta del todo aceptable que su ausencia coloque en riesgo vital al menor. En cuanto a la vulneración al artículo 19 N° 24, de la Carta Política, afirma que el compromiso es a los recambios, las renovaciones o las mantenciones de los dispositivos médicos señalados, donde el proveedor se hace cargo de cada uno de estos recambios, pero no cuando el daño es externo, con evidentes señales de mal uso, por lo que no vislumbra afectación a garantías fundamentales.

De lo anterior, desprende que es improcedente la interposición de este recurso en contra de la Central, estimando que la negativa de Cenabast se ha ajustado a derecho, dentro de los límites que la ley le permite y las actuaciones han sido todas fundadas y se enmarcan dentro de la esfera de sus atribuciones. Hay una normativa legal y



reglamentaria prevista para la asignación de recursos y un contrato con el proveedor que debemos respetar. El proveedor ha accedido a dicho cambio en tres oportunidades y, al menos dos, claramente referían a temas de trizaduras del equipo, lo cual no está cubierto por su garantía. Hace mención a que el contrato es de suministro y es limitado en su cantidad referencial intentando cubrir todos los casos que sean beneficiados por la ley, siendo FONASA el responsable de proveer los fondos, entendiendo las dificultades por las que deben estar pasando los padres del niño, afirmando que los recursos son limitados. Concluye indicando que tampoco es un derecho que ha entrado per se a su patrimonio, puesto que en el mismo protocolo existen razones para la suspensión y exclusión del tratamiento al amparo de la Ley 20.850, por lo que no constituye un derecho adquirido, sino que hay una revisión cada cierto tiempo del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para acceder al beneficio.

Pide, en definitiva, rechazar el recurso de protección interpuesto por improcedente e infundado, con expresa condena en costas.

Al tercer otrosí, acompaña los siguientes documentos:

1. Documento de aplicabilidad de la garantía para bomba de insulina del Modelo Mini Med 640 G de Medtronic.
2. Correo de 4 de septiembre de 2017 desde FONASA donde se remite la lista de pacientes para distribuirle la bomba de insulina.
3. Carta de 18 de diciembre de 2017.
4. Reclamos recibidos por OIRS N° 41.955, 45.775 y 53.819.
5. Kit de Bienvenida que se entrega al Usuario (manual).
6. Fotografías remitidas por el centro de atención donde se entrega el dispositivo de la red autorizada por ley.
7. Resolución TRA 28/189/2019 Renovación de Nombramiento ADP Christian Venegas T.
8. Decreto N°59/2018 del Ministerio de Salud.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:



PRIMERO: Que el recurso de protección fue incorporado a nuestra legislación como una acción de naturaleza cautelar en beneficio de quien, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufre privación o perturbación en el ejercicio de diversos derechos constitucionales. El ejercicio de esta acción protectora, exige, como presupuesto ineludible una acción u omisión que revista caracteres de ilegal o arbitrario, cuya consecuencia inmediata, origine una situación determinante de privación, amenaza o perturbación para alguno de los derechos constitucionales amparados y contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que en el caso de autos se denuncia como actuación ilegal o arbitraria, la decisión de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud – CENABAST- negarse a la reposición de un infusor subcutáneo continuo de insulina (bomba de insulina), marca Medtronic, modelo Minimed 640G al niño J.G.C.A., de 11 años de edad, diagnosticado con Diabetes Tipo 1, desde el año 2014, impetrando como petición concreta que esta Corte disponga las medidas destinadas para restablecer el imperio del derecho, entre las cuales debe incluirse necesariamente la orden que la recurrida inmediatamente ponga a disposición de sus representados un nuevo infusor subcutáneo, con la finalidad que el menor pueda continuar con su tratamiento, en su calidad de beneficiario de la Ley 20.850.

TERCERO: Que para resolver, es necesario tener presente que es un hecho indubitado que el niño J.G.C.A., fue diagnosticado con Diabetes tipo 1, y que tal como consta en certificado emitido por la Dra. Francisca Riera Cassorla, endocrinóloga pediátrica, se atiende en la RED Salud UC Christus desde el 21 de Julio del 2017, cuando ingresó para postular al beneficio de bomba de insulina con sensor integrado conforme a la Ley 20.850, siendo usuario del infusor subcutáneo continuo de insulina desde el mes de octubre del año 2017.



CUARTO: Que también es un hecho cierto que conforme a los documentos acompañados CENABAST, se ha solicitado por los recurrentes el recambio del dispositivo en otras dos ocasiones antes del plazo estipulado para poder acceder a otro de ese aparato.

En este sentido, en un primer término, con fecha 18 de diciembre de 2017, se pidió el cambio de bomba, lo que se hizo el 19 de diciembre de ese año, tramitado a través de un Reclamo OIRS 41955 en Cenabast, donde consta que se consignó la necesidad de reeducar al paciente, señalándose que el motivo de la falla puede estar asociada a contacto interno del equipo con agua, humedad o alguna partícula que haya ingresado a la bomba estando sin reservorio (tapa de batería mal cerrada o defectosa).

De la misma forma, consta que con fecha 10 de diciembre del año 2018, se efectuó Reclamo N° 45722, en el que se volvió a cambiar la bomba de insulina al paciente el 28 de diciembre de 2018, dando cuenta que el problema con la bomba de insulina surgió al ingresar el menor a una piscina.

QUINTO: Que ahora bien, respecto al tercer evento ocurrido, consta en autos que con fecha 7 de diciembre de 2019, se ingresó un nuevo reclamo (OIRS N°53819), en el cual se da cuenta que el día 04 de diciembre del año 2019, estando el niño en una piscina, la bomba presentó un cese de funcionamiento, presentando una trizadura en la zona posterior, a la altura de la pila, comunicándose por CENABAST la negativa a la reposición, fundado en que *“revisado el caso junto a enfermera del centro correspondiente y debido a que el paciente tiene antecedentes de caso anterior (Reclamo N° 45755), por el mismo motivo (trizadura y luego ser sumergida al agua) no corresponde nuevo cambio”*

SEXTO: Que desde esa perspectiva, si bien es cierto que la decisión de no reposición de la bomba de insulina podría tener un fundamento legal, en relación a la falta de adherencia al tratamiento, en cuanto al cumplimiento del Protocolo del Ministerio de Salud sobre



“Tratamiento basado en la administración de insulina, a través de infusores subcutáneos de insulina (bombas de insulina) para personas con diagnóstico de diabetes tipo 1 inestable severa”, no lo es menos que para adoptar una decisión de tal entidad como es la no reposición del dispositivo, se debe ponderar no solo el mero cumplimiento formal de un protocolo de uso, sino que también las circunstancias particulares del beneficiado como lo es principalmente la edad del paciente y sus circunstancias particulares, lo que en el caso no ha acontecido, apareciendo de esa forma la decisión de la recurrida como arbitraria, desde que la autoridad sanitaria pudo haber adoptado otras medidas más idóneas y proporcionales que derechamente denegar el tratamiento, como lo es disponer la reeducación del paciente y sus padres, con el fin de evitar que se incurran en actos de similares características, en especial en relación con su utilización en una piscina u otras zonas de riesgo de rotura.

SÉPTIMO: Que en este sentido y tal como lo ha sostenido la Excma Corte Suprema en diversos fallos, en el caso sub lite cobra relevancia el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del niño, que dispone que: *“Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*.

En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, más que los criterios meramente de orden formal o económicos, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

OCTAVO: Que por tales razones, la decisión de la parte recurrida de no otorgar la reposición de la bomba de insulina por las



razones ya señaladas aparece como arbitraria y vulneraría la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de las determinación recurrida, se niega el acceso a un tratamiento de mayor eficacia para la patología que sufre el menor, que le permite desarrollarse de una mejor manera en su vida personal, familiar y social, siendo el tratamiento alternativo – el de inyecciones – de una mayor complejidad para ser aplicado a un niño como el de autos, de 11 años de edad.

NOVENO: Que lo anteriormente resuelto no obsta a que en otros casos de poca o nula adherencia reiterada al tratamiento y luego de una reeducación del paciente y su entorno familiar, la autoridad sanitaria pueda adoptar la decisión de suspender el tratamiento, cumpliéndose los Protocolos, teniendo presente el acceso a la salud de otros usuarios, la escasez de los productos y su costo económico.

Que en todo caso, estos sentenciadores tienen presente que el menor no ha visto efectivamente mermada la garantía constitucional establecida en el artículo 19, N°1, de la Constitución Política de la República, puesto que, tal como consta de los antecedentes, la recurrida puesta en conocimiento de la orden de no innovar decretada procedió a instalar nuevamente la bomba de insulina al referido paciente.

Por estas consideraciones y de conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia, se declara:

Que, **SE ACOGE, sin costas,** el recurso de protección interpuesto por don Gonzalo Osvaldo Larraín Trujillo, abogado, en representación del menor **J.G.C.A,** y de sus padres, don **GONZALO LEONARDO GARCÍA REBOLLEDO,** y doña **CAROLINA EUGENIA ADRIAZOLA HENRÍQUEZ,** en contra de la **CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIO DE SALUD,** declarando:



QEXXQXMXZX

I.- Que la recurrida deberá poner a disposición y/o mantener el infusor subcutáneo continuo de insulina (bomba de insulina), marca Medtronic, modelo Minimed 640G, con la finalidad de que el menor J.G.C.A. pueda continuar con su tratamiento, en su calidad de beneficiario de la Ley 20.850.

II.- Que el menor J.G.A, y sus padres deben someterse a un procedimiento de reeducación ante el prestador Hospital Clínico UC., para evitar en el futuro la ocurrencia de eventos como el que provocó la petición de recambio anticipado del aparato referido en el numeral que antecede.

Regístrese.

Redacción de la ministra A. Cecilia Aravena López.

Rol N° Protección-547-2020 (pvb).



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Temuco integrada por los Ministros (as) Julio Cesar Grandon C., Adriana Cecilia Aravena L. y Abogado Integrante Marcelo Eduardo Neculman M. Temuco, treinta de julio de dos mil veinte.

En Temuco, a treinta de julio de dos mil veinte, 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 05 de abril de 2020, 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>