

Arica, treinta de marzo de dos mil veintidós.

VISTO:

Comparece Walter Orellana Castillo, en favor de **ALFONSO CARLOS GUERRA PINCHEIRA**, y deduce acción de protección de garantías constitucionales en contra de la **SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE ARICA Y PARINACOTA**, denunciando como acto ilegal y arbitrario el Ordinario N°79, de 2 de febrero del año en curso, que ordena de egreso del recurrente del Hogar “Divino Amanecer” dentro del plazo de veinte días hábiles, con vulneración de la garantía establecida en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Señala que el 7 de septiembre de 2021, el Juzgado de Familia de Arica ordenó el ingreso del recurrente al Hogar “Divino Amanecer”, ubicado en Avenida Concepción N°3818. Posteriormente, el 11 de noviembre de 2021 se realizó una audiencia para tratar el caso del recurrente, en que la magistrada informó que no puede decidir su egreso o permanencia en el Hogar, dado que él tiene derecho a decidir donde permanecer. Luego, refiere que don Alfonso Guerra le manifestó a la Directora del Hogar que quería permanecer indefinidamente en el establecimiento.

Continúa señalando que el 2 de febrero del año en curso, el Servicio recurrido solicitó el egreso del recurrente en un plazo máximo de veinte días, sin considerar la condición de discapacidad del señor Guerra, ni lo señalado por la magistrada en la audiencia de 11 de noviembre de 2021.

Solicita que se acoja el recurso, declarando que debe restablecerse el imperio del derecho.

Dando cumplimiento a lo ordenado por esta Corte, el Juzgado de Familia de Arica remitió los antecedentes relacionados con don Alfonso Carlos Guerra Pincheira, en particular, el E-Book de la causa RIT F-1012-2021.

Posteriormente, se hizo parte en este recurso doña Evelyn Javiera Mejías Araya, abogada ejecutora del Programa de Acceso a la Justicia para las personas con discapacidad del Convenio entre la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Arica y Parinacota y el Servicio Nacional de la Discapacidad.

Destaca que el recurrente no cuenta con apoyo familiar y depende estrictamente de otra persona para la satisfacción de sus necesidades básicas, además de ser cuadripléjico y poseer numerosos diagnósticos de salud, como cuadriplejia flácida, vejiga neuropática flácida, trastornos respiratorios, dolor crónico intratable, trastornos del sueño, trastornos del sistema nervioso central, dispepsia, trastorno de ansiedad, gastritis crónica y desnutrición calórica proteica.



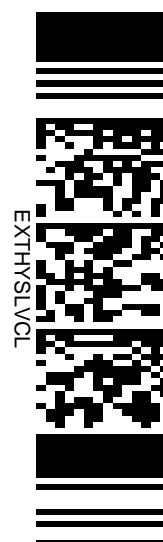
Señala que previo a ingresar al Hogar Divino Amanecer en septiembre de 2021, don Alfonso Guerra vivía solo en el inmueble de su propiedad y tenía contratada a una cuidadora. Además, lograba subsistir gracias a la labor de un Carabinero que de vez en cuando pasaba por su domicilio a verificar su estado de salud. Sin embargo, con el transcurso del tiempo comenzó a tener problemas con la persona contratada para cuidarlo, quien no era constante en el cumplimiento de sus funciones. Aquello provocó que existían días en que no recibía alimentación, no podía manejar su sonda Foley (catéter urinario permanente, el cual debe ser supervisado de forma constante), además de no tener ayuda para lograr cambios posturales para prevenir las escaras, e incluso hubo ocasiones en que el equipo del programa postrados del CESFAM Eugenio Petrucelli, encontró a esta persona sin ningún tipo de supervisión ni alimentación, y en un grave riesgo para su salud. Por tal motivo, el CESFAM inició la causa RIT F-1012-2021, tramitada ante el Juzgado de Familia de Arica, alertando sobre el grave estado de salud y social del recurrente y solicitando su ingreso a un hogar, sugiriendo el Hogar Divino Amanecer.

Manifiesta que en la audiencia preparatoria de 27 de agosto de 2021, se acogió el requerimiento, al encontrarse don Alfonso Guerra Pincheira en una situación de alta vulnerabilidad de riesgo vital, ordenándose el ingreso a la Residencia Divino Amanecer, pese a no contar con la calidad de adulto mayor, “teniendo para ello únicamente presente la grave situación de salud que le aqueja”.

Añade que si bien don Alfonso Guerra no es adulto mayor, se encuentra en una posición de indefensión y riesgo inminente si no es atendido como corresponde en una instancia protegida, y actualmente no existe un establecimiento destinado exclusivamente a personas con discapacidad física y dependencia severa menores de 60 años, destacando que el Estado de Chile no ha proporcionado una solución concreta, oportuna y eficaz para este grupo vulnerable de personas.

Indica que habiendo transcurrido un mes desde el ingreso del Sr. Alfonso al Hogar Divino Amanecer, la Directora del establecimiento informó que el recurrente necesita exclusivamente de una persona para atenderlo y que tal lugar no cuenta con disponibilidad de personal para su atención exclusiva, por lo que solicitó al Tribunal de Familia su egreso, procediendo el Tribunal a citar a audiencia para el 11 de noviembre de 2021.

En dicha audiencia, el CESFAM se opuso al egreso, invocando un riesgo a la vida del paciente, mientras que don Alfonso pedía tener la libertad de decidir permanecer en el Hogar o volver a su casa cuando existieran las condiciones



adecuadas y seguras de hacerlo. Finalmente, se resolvió que por norma administrativa, al tener 54 años, don Alfonso no posee la calidad de adulto mayor; no obstante, teniendo especialmente presente que era su voluntad el mantenerse en la Residencia, la Jueza resolvió que carece de facultades para pronunciarse respecto de egresos, reingresos y formas de cuidados que debe tener don Alfonso, debiendo ser resueltos tales asuntos con las autoridades administrativas que correspondan.

Menciona que, para alivianar la carga manifestada por el Hogar “Divino Amanecer”, se contrató a un cuidador particular exclusivo para el recurrente, que es pagado mediante un beneficio del programa “Tránsito a la Vida Independiente”, otorgado por el Servicio Nacional de la Discapacidad, y que tiene una vigencia hasta el mes de mayo del presente año. Este cuidador solamente está disponible desde las 08:00 horas hasta las 16:00 horas, facilitando y permitiendo no contratar a un segundo cuidador destinado a la jornada de la noche.

Destaca que todos los meses en que ha estado en el Hogar, don Alfonso ha pagado la mensualidad que se cobra, empezando en el mes de septiembre de 2021 con una mensualidad de \$400.000, la que actualmente asciende a \$600.000.

Precisa que la medida de egreso del señor Guerra, no permite visualizar a alguna persona que apoye la logística de habilitar el inmueble de su propiedad, ni que asuma la responsabilidad de contratar cuidadores particulares. Refiere que el señor Walter Orellana, quien dedujo el presente recurso, es un amigo de don Alfonso que caritativamente lo ha ayudado dentro de lo posible, pero que se ve imposibilitado de asumir toda la responsabilidad que conlleva su cuidado.

Asevera que la autoridad de salud, previo a ordenar el egreso, debió analizar la situación de vulnerabilidad de una persona con dependencia severa y los riesgos que implica exigir la salida del Hogar. Previamente, no se coordinó una instancia efectiva para dar solución a la situación del señor Guerra y asegurar su bienestar, ya sea promoviendo la solución el mismo SEREMI como autoridad administrativa, o mediante la coordinación con otras autoridades competentes.

Manifiesta que aparece claramente demostrada una amenaza actual al derecho a la vida e integridad psíquica y física de la víctima, garantizado en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, la que se produce en razón de la orden arbitraria de dar egreso del Hogar Divino Amanecer, y una omisión al no realizar ningún “ajuste razonable o necesario” según lo establecido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N°20.422, ya que no se gestionó ninguna coordinación con otra institución o



autoridad del Estado que permita entregar otra alternativa similar para resguardar la vida e integridad de don Alfonso.

Solicita a esta Corte adoptar todo tipo de medidas orientadas a restablecer el imperio del derecho y ordenar a la recurrida dejar sin efecto o paralizar la medida de egreso, permitiendo que el Hogar Divino Amanecer siga suministrando el servicio y la atención requerida para el afectado; que se ordene al SEREMI de Salud de Arica y Parinacota que entregue una solución o propuesta para el bienestar del afectado, ya sea que la solución la proponga el mismo Servicio o la coordine junto con otros organismos, instituciones y autoridades administrativas, con la finalidad de entregar una solución que garantice los derechos de la víctima; y que se ordene al SEREMI de Salud de Arica y Parinacota adoptar medidas de formación y capacitación en lo referente a las obligaciones del Estado de Chile en materia de los derechos de las personas con discapacidad, a fin de impedir que se vuelvan a cometer vulneraciones de derechos como las del presente caso.

En su oportunidad, evacuó informe el Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región de Arica y Parinacota, solicitando el rechazo del recurso. Señala que el recurrente tiene 54 años de edad y que ingresó al Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores -ELEAM- “Divino Amanecer” el 7 de septiembre de 2021, amparado en una orden del Juzgado de Familia dictada en causa RIT F-1012-2021 que dispuso su ingreso en dicho establecimiento, y permaneciendo en él hasta la fecha.

Sostiene que si bien el recurrente es una persona con discapacidad severa, cuyos diagnósticos fueron explicitados e informados a la Unidad de Profesiones Médicas y Farmacia de la SEREMI por la Administradora del ELEAM, quien dio cuenta de que se trata de una persona que no se encuentra en condiciones de realizar por sí mismo las actividades básicas de higiene personal, alimentación, desplazamiento, además de no contar con red de apoyo familiar, no es un adulto mayor de acuerdo a la definición establecida en el Decreto N°14 de 2010 del Ministerio de Salud, que regula el funcionamiento de los ELEAM, cuyo artículo segundo dispone que “Establecimiento de larga estadía para adultos mayores o ELEAM, es aquel en que residen personas de 60 años o más que, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados que allí reciben (...)”.

Refiere que tratándose de una persona postrada, como es el caso del recurrente, de acuerdo al informe de 15 de marzo de 2022, emitido por la Administradora del establecimiento, su sola atención ocupa al personal del ELEAM de lunes a sábado, por aproximadamente cuatro horas y veinte minutos, y los domingo, por cuatro horas, todo lo cual resta tiempo a dicho personal para otorgar



a los adultos mayores residentes los cuidados y atención que requieren y que deben garantizárseles.

Por otra parte, sostiene que el artículo 9° letra a) del Código Sanitario le impone a la autoridad sanitaria “Velar por el cumplimiento de las disposiciones de este Código y de los reglamentos e instrucciones que los complementen y sancionar a los infractores”, y que entre los reglamentos que la disposición menciona se encuentra aquel que rige la instalación y funcionamiento de los ELEM.

Asimismo, indica que funcionarios de la SEREMI de Salud se reunieron el pasado 15 de marzo con el Director Regional de SENADIS y otros profesionales, con el fin de analizar la situación del recurrente y su estadía en el ELEM, adoptándose dos acuerdos. El primero, que desde SENADIS se remitirán los antecedentes del caso al Jefe del Departamento de Autonomía y Dependencia, para que oriente las acciones a seguir; y el segundo, la realización de una nueva reunión, convocando a otros actores, tales como el SEREMI de Desarrollo Social, la Municipalidad de Arica, entre otros.

En cuanto al egreso del recurrente del ELEM, indica que resulta evidente por su condición de vulnerabilidad que se requiere de un plazo prudencial que le permita ser reubicado en otro lugar que provea los cuidados y atención que necesita; sin embargo, la SEREMI de Salud no posee atribuciones que le permitan solucionar la situación, sino únicamente conceder un plazo mayor para ello.

Argumenta que la SEREMI de Salud no ha procedido arbitrariamente al solicitar el egreso del recurrente del ELEM, pues sólo se ha limitado a actuar conforme lo establecido en el Código Sanitario y el Reglamento que rige a dichos establecimientos. Por lo anterior, descarta la vulneración de garantías constitucionales del recurrente, y en cuanto a la factibilidad de promover una solución al caso, indica que a la autoridad no le está permitido dadas sus facultades y competencias, por lo que solicita el rechazo del recurso.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de protección contemplado en la Carta Fundamental, existe con el propósito de cautelar debidamente los derechos fundamentales de rango constitucional, para lo cual prevé que cualquier persona por sí o a favor de un tercero puede recurrir ante el órgano jurisdiccional para su amparo, cuando estos derechos sean amagados por actos arbitrarios o ilegales de terceros, debiendo la Corte de Apelaciones respectiva adoptar las medidas conducentes para restablecer el orden jurídico quebrantado, si de los



antecedentes proporcionados se establece que existe lesión a los derechos constitucionales de quien recurre.

Que, en la especie, cabe analizar si el actuar de la recurrida fue arbitrario o ilegal, y establecido esto, si se ha vulnerado alguna de las garantías protegidas por este arbitrio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil, o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha planteado.

TERCERO: Que, el acto considerado por el recurrente como ilegal y arbitrario corresponde al Ordinario N°79, de 2 de febrero de 2022, dictado por la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Arica y Parinacota, que ordenó el egreso de don Alfonso Carlos Guerra Pincheira del Establecimiento de Larga Estadía para Adultos Mayores -ELEAM- “Nuevo Amanecer”, dentro del plazo de veinte días hábiles, lo que amenaza su integridad física y psíquica, atendida su discapacidad y dependencia.

Por su parte, el Servicio recurrido argumenta que el acto impugnado carece de ilegalidad o arbitrariedad, teniendo en consideración que si bien el recurrente manifiesta discapacidad física, en los ELEAM únicamente residen personas de 60 años o más que, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados, en circunstancias que el recurrente tiene 54 años, por lo que el Servicio ha dado cumplimiento a la labor fiscalizadora que le ha encomendado la Ley.

CUARTO: Que, el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que su propósito es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*. La misma norma precisa que *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*.

Luego, el artículo 2° de la Convención establece que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá *“cualquier distinción, exclusión o restricción*



por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

A su turno, la citada Convención en el mismo artículo 2° dispone que por “ajustes razonables” se entenderán *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.*

Dentro de las obligaciones a las que se comprometió Chile como Estado Parte de la Convención, se destacan en su artículo 4°: *“a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.”.*

En relación a la igualdad y no discriminación, la Convención en análisis establece en su artículo 5° que: *“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.*

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”.

QUINTO: Que, el artículo 6° de la Ley N°20.422, que Establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con

Discapacidad, define a la discriminación como *“Toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.”*.

A su turno, el servicio de apoyo es definido como *“Toda prestación de acciones de asistencia, intermediación o cuidado, requerida por una persona con discapacidad para realizar las actividades de la vida diaria o participar en el entorno social, económico, laboral, educacional, cultural o político, superar barreras de movilidad o comunicación, todo ello, en condiciones de mayor autonomía funcional.”*.

Por su parte, la Ley en comento en el mismo artículo, define a la dependencia como *“El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de una o más deficiencias de causa física, mental o sensorial, ligadas a la falta o pérdida de autonomía, requieren de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades esenciales de la vida.”*.

Asimismo, el artículo 8° prescribe que *“Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso”*, definiendo a los ajustes necesarios como *“las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.”*.

SEXTO: Que, es un hecho no discutido, reconocido por el Servicio recurrido y refrendado con los antecedentes acompañados, que don Alfonso Carlos Guerra Pincheira es una persona con discapacidad física severa, que requiere de cuidados y asistencia permanentes para satisfacer sus necesidades básicas, atendidas las patologías que presenta, por lo que se encuentra en una situación de dependencia en los términos definidos por el artículo 6° de la Ley N°20.422.

SÉPTIMO: Que, con el mérito de los antecedentes expuestos y el tenor de la normativa nacional e internacional reseñada, cabe concluir que el Servicio recurrido ha incurrido en una actuación arbitraria e ilegal al dictar el Ordinario N°79, de 2 de febrero de 2022, acto administrativo que ordena el egreso de don Alfonso Guerra Pincheira del ELEAM “Nuevo Amanecer” dentro del plazo de veinte días hábiles, teniendo en consideración que el acto se fundamenta únicamente en no poseer la calidad de adulto mayor por no tener sesenta años de

EXTHSLVCL



edad o más, sin realizar análisis alguno sobre la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra por su discapacidad física y dependencia, y sin haber agotado las coordinaciones necesarias con otros organismos públicos o privados a fin de garantizar un egreso seguro del mencionado ELEAM, lo que importa una vulneración a lo dispuesto no sólo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N°20.422, sino también al deber de fundamentación establecido en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley N°19.880, y al deber de coordinación de los Órganos de la Administración del Estado, previsto en el artículo 5° de la Ley N° 18.575.

Por otra parte, la aplicación pura y simple del rango etario establecido en el Decreto N°14 del año 2010, del Ministerio de Salud, que regula el funcionamiento de los ELEAM, para fundar la decisión de egreso, sin atender a la totalidad de la normativa que prevé el ordenamiento jurídico sobre la materia, torna a la decisión impugnada en arbitraria, al carecer de la razonabilidad necesaria que el presente caso amerita, por lo que deviene en discriminatoria en los términos previstos en el artículo 6° de la Ley N°20.422, al no considerar ni haber dispuesto los servicios de apoyo definidos en la misma norma, ni los ajustes razonables que prevé la Convención citada en su artículo segundo y el artículo 8° de la Ley N°20.422.

OCTAVO: Que, finalmente, se constata que el actuar ilegal y arbitrario del Servicio recurrido amenaza el derecho a la integridad física y psíquica del recurrente, al verse expuesto a una situación de desprotección y abandono inminente en caso de ejecutarse el acto impugnado, dadas sus especiales necesidades de atención y cuidado, lo que habilita a esta Corte para adoptar las medidas necesarias para poner pronto remedio a la situación planteada, según se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se resuelve:

I.- Que **SE ACOGE** el recurso de protección interpuesto en favor de Alfonso Carlos Guerra Pincheira, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Arica y Parinacota, sólo en cuanto se ordena la permanencia del recurrente en el Hogar “Divino Amanecer”, en tanto no pueda ser trasladado a otro establecimiento que garantice los cuidados que requiere, y se ordena al Servicio recurrido que deberá realizar con celeridad las coordinaciones y gestiones intersectoriales pertinentes, en especial con el Servicio Nacional de Discapacidad de esta Región, con la finalidad de otorgar al recurrente una solución definitiva que permita atender y asegurar sus necesidades y cuidados, debiendo dar cuenta a



esta Corte dentro del plazo de treinta días del avance en las referidas gestiones, contados desde que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada.

II.- Que se deja sin efecto la orden de no innovar decretada. **Comuníquese.**
Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 202-2022 Protección.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Arica integrada por Ministro Presidente Marcelo Eduardo Urzua P. y los Ministros (as) Maria Veronica Quiroz F., Mauricio Danilo Silva P. Arica, treinta de marzo de dos mil veintidós.

En Arica, a treinta de marzo de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

