

## ARGENTINA

**DIREITO CIVIL DA SAUDE. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. DISCAPACIDAD - DAÑO MORAL - INTERPRETACION DE LA LEY - DERECHO A LA SALUD - DERECHO A LA VIDA.** *Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reintegro de gastos de asistencia médica y daño moral al concluir que el certificado no era más que una prueba adicional de la discapacidad que el niño padecía si la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y de los textos de normas aplicables surge palmariamente la necesidad de presentar dicho certificado o, eventualmente, la documentación que acredite haberlo solicitado a la autoridad competente para expedirlo, máxime cuando no está en juego la salud, la vida o la integridad del niño. -El juez Rosatti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibles (art. 280 CPCCN)-. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; FPO 021000227/2010/CS001; FECHA: 05/09/2017.*

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE/MEIOS DE CONTROLE EM SAÚDE. DIREITO À INFORMAÇÃO SANITARIA. REAL MALICIA - CONSTITUCION NACIONAL - DERECHO A LA SALUD - PERIODISMO - TRATADOS INTERNACIONALES.** *El discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública ya que la protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, art. 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; B. 444. XLIX. RHE; FECHA: 29/08/2017.*

**MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. MEDICAMENTOS. CANNABIS.** *Hace lugar a la medida cautelar solicitada por los padres de un paciente menor de edad con epilepsia y retraso mental leve y ordena a una obra social el suministro de aceite de cannabis -de uso medicinal- como tratamiento adyuvante paliativo de su dolencia. La provisoriedad de una medida favorable al uso medicinal*

*del cannabis como alternativa terapéutica, impone separar las consecuencias de su consumo lúdico ya que el uso de los cannabionoides depende estrictamente del criterio del médico tratante, materia específica sobre la cual el a quo que había rechazado el dictado de la medida- no cuenta con especialidad para contrariarlo sino sólo sobre la base de eufemismos y/o tecnicismos jurídicos que ponen en peligro la salud y la vida de la persona cuyo amparo se requiere judicialmente. En tal sentido, refiere que es indudable que el menor requiere de un pronto remedio o de una acción positiva en términos constitucionales, que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía a una tutela judicial continua y efectiva. CAMARA FEDERAL DE APELACIONES; MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES; SENTENCIA Id SAJ: NV17587; FECHA: 26/06/2017.*

#### **DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. INTEGRALIDADE EM SAUDE.**

*Concede la medida cautelar solicitada por una mujer que padece obesidad mórbida severa asociada a diabetes mellitus tipo II, hipertensión arterial, síndrome depresivo e imposibilidad de movilizarse, y ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires disponer la internación de la accionante en un centro asistencial de atención, perteneciente a su red de efectores de salud o de gestión privada, en el que puedan estabilizarse sus condiciones de salud, y se le suministren los tratamientos, medicación y alimentación adecuada y necesaria a su patología. Señala que los tratados internacionales sobre derechos humanos comprometen al Estado argentino a adoptar las medidas sanitarias y sociales relativas a asistencia médica y que el art. 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 24; CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES; SENTENCIA Id SAJ: NV17633; FECHA: 10/07/2017.*

## **CHILE**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONTROLE JURISDICIONAL DE COMPETÊNCIA TÉCNICA. DECISIÓN DE AUTORIDAD DE SALUD DE NEGAR TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA A PACIENTE ES ILEGAL Y ARBITRARIA, PUES ENFERMEDAD CATASTRÓFICA QUE PADECE SE ENCUENTRA INCORPORADA EN LISTA QUE DA DERECHO A SU COBERTURA Y CUENTA CON HERMANO COMPATIBLE 50%. INEXISTENCIA DE ACTO ILEGAL O ARBITRARIO RESPECTO HOSPITAL RAMÓN BARROS LUCO-TRUDEAU, QUIEN EXPONE QUE DECISIÓN DE REALIZAR TRASPLANTE ES DE EXCLUSIVIDAD ABSOLUTA DE COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA ADULTA, DESESTIMÁNDOSE RECURSO EN SU CONTRA. ALEGACIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA DE SUBCOMISIÓN DE TRASPLANTE RECURRIDA DEBE SER RECHAZADA, PUES REPROCHES APUNTAN MÁS BIEN AL FONDO DE CUESTIÓN DEBATIDA. LEY NO PU EDE AFECTAR EN SU**

ESENCIA DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA, NO PUDIENDO TAMPOCO HACERLO UN ACTO ADMINISTRATIVO, COMO PROTOCOLO DE TRATAMIENTO DE LLA. LEUCEMIA LINFOBLÁSTICA AGUDA B QUE PADECE RECURRENTE SE ENCUENTRA COMPRENDIDA DENTRO DE DENOMINADAS GARANTÍAS EXPLÍCITAS DE SALUD, QUE CONSTITUYEN UN CONJUNTO DE BENEFICIOS GARANTIZADOS POR LEY A PERSONAS AFILIADAS A FONASA E ISAPRES. DEBER DE OTORGÁRSELE A PACIENTE PRESTACIONES DE SALUD TENDIENTES A SUPERAR MAL QUE PADECE, SIN PERJUICIO DE MAYOR O MENOR PORCENTAJE DE COPAGO O CARGO DE PACIENTE O SU FAMILIA. NEGATIVA DE AUTORIDAD RECURRIDA DICE RELACIÓN CON QUE PACIENTE NO CUENTA CON FAMILIAR IDÉNTICO 100% PARA TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA, PERO SÍ CUENTA CON HERMANO COMPATIBLE 50%, SIENDO POSIBLE REALIZAR TRASPLANTE HAPLOIDÉNTICO. DECISIÓN DE AUTORIDAD RECURRIDA AFECTA DERECHO A LA VIDA DE PACIENTE, PUES TRASPLANTE Y ALTERNATIVA PARA ENFRENTAR ENFERMEDAD APARECE DESCARTADO A PESAR DE EXISTIR POSIBILIDADES MÉDICAS QUE LO HACEN PLAUSIBLE. DERECHO A LA VIDA, CONSIDERACIONES DOCTRINALES. RECURSOS: RECURSO DE PROTECCIÓN (ACOGIDO) CONTRA HOSPITAL RAMÓN BARROS LUCO-TRUDEAU Y SUBCOMISIÓN DE TRASPLANTE DE Y MÉDULA ÓSEA ADULTOS DE HOSPITAL DEL SALVADOR, POR NEGATIVA A REALIZAR TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA A RECURRENTE. TEXTOS LEGALES: CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULOS 1 INCISO 4º, 19 NºS 1 Y 26 Y ARTÍCULO 20. LEY Nº 19.966 , ESTABLECE RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN SALUD, ARTÍCULOS 2, 14 Y 24. DECRETO SUPREMO Nº 44 DEL MINISTERIO DE SALUD Y HACIENDA, QUE APRUEBA LAS GARANTÍAS EXPLÍCITAS EN SALUD CORRESPONDIENTES A DIVERSAS ENFERMEDADES. JURISPRUDENCIA: “Que en cuanto al fondo, los hechos a que se refiere este recurso evidencian, indudablemente que la acción cautelar interpuesta en estos autos debe necesariamente entenderse vinculada con el derecho a la vida y a la integridade física y psíquica garantizado en el artículo 19 Nº 1 de la Carta Fundamental.” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 8º, confirmado por la Corte Suprema). “Que conviene recordar lo expuesto por el profesor don José Luis Cea Egaña, en su obra Derecho Constitucional Chileno cuando señala que el derecho a la vida abarca los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica para salvar la existencia de quien padece las enfermedades que la ponen en peligro, o bien, de proporcionarle una extensión de su vivencia con dignidad y, en lo posible, sin sufrimiento, los trasplantes de órganos son, por ende, operaciones cabalmente armónicas con el espíritu y la letra de ese principio constitucional. En su sentido pleno y no sólo biológico, orgánico o vegetativo, pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida cuanto se haga para que ella transcurra en ambiente material y espiritualmente comprendidos, que sean coherentes con la dignidad del ser humano. El derecho a la vida no es, en otras palabras, menesterosidad, en el miedo o en el riesgo (pág. 91, tomo II de la precitada

obra).” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 9º, confirmado por la Corte Suprema). “Que, entonces, si una ley no puede efectuar en su esencia un derecho fundamental como el de la especie; menos puede hacerlo un acto administrativo como el Protocolo Nacional de Tratamiento de LLA que se ha mencionado.” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 11º, confirmado por la Corte Suprema). “Que importa entonces, una ilegalidad la negativa de la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital del Salvador, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, a disponer se le efectúe un trasplante haploidéntico a la paciente mencionada en autos con su hermano compatible, toda vez que todo aquel que padece de una enfermedad catastrófica incorporada en la lista que da derecho a su cobertura conforme la establecido en la Ley N° 19.966, debe otorgársele el tratamiento que permita superar o mitigar la grave enfermedad que padece aquella y, es arbitraria por negársele con argumentos que miran a que no tiene donante familiar idéntico 100% compatible, no obstante que se cuenta con hermano compatible 50%, por lo que puede realizársele un trasplante haploidéntico, como se desprende del informe de fojas 1 y anátesis de fojas 2 y siguiente.” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 13º, confirmado por la Corte Suprema). “Que, en suma se afecta evidentemente con la decisión de la autoridad de salud de negar el trasplante de médula ósea a la joven paciente, el derecho a la vida que tiene por mandato constitucional, como quiera que el mencionado trasplante y que en la alternativa para enfrentar la enfermedad, aparece descartado, a pesar como se adelantó precedentemente que hay posibilidades médicas que lo hacen plausible.” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 14º, confirmado por la Corte Suprema). **MINISTROS:** Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Rosa Del Carmen Egnem S., María Eugenia Sandoval G. y los Abogados (as) Integrantes Jaime Del Carmen Rodríguez E., Jorge Lagos G. **TEXTOS COMPLETOS:** SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES: En Santiago, a doce de mayo de dos mil dieciséis. **VISTOS:** A fojas 6 comparece don Nailah Shaktur Said, abogada, la que actuando en favor de Liliana Rodríguez Gómez y su hija Constanza Lobos Rodríguez, domiciliados en pasaje María Elena, comuna de San Joaquín deduce acción de protección de garantías fundamentales en contra del Hospital Ramón Barros Luco-Trudeau, representado por su Director don Luis Leiva Peña, ambos domiciliados en Gran Avenida José Miguel Carrera N° 3204, comuna de San Miguel y de la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital del Salvador, representada por su Directora doña Andrea Solís Aguirre, ambos domiciliados en Avenida Salvador N° 364, comuna de Providencia, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente solicitando que: se acoja el recurso de protección; se adopten las medidas necesarias para salvar la vida de Constanza Lobos Rodríguez: se ordene al Hospital Barros Luco Trudeau no considerar la decisión de la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital Del Salvador, y se decrete el traslado de la paciente al sistema privado, específicamente al Hospital de la Pontificia Universidad Católica, con el objeto que se le efectúe un trasplante haploidéntico con su hermano compatible; y se cubra el financiamiento del

*mismo. Indica que doña Constanza Lobos Rodríguez, de actuales 23 años de edad, es portadora de leucemia linfoblástica aguda B, Philadelphia Positivo en primera remisión completa con quimioterapia LLa altas dosis e imatinib, expresando que la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital Del Salvador, com fecha 2 de marzo de 2016, efectuó una evaluación de la paciente decretando la imposibilidad de que ésta accediera al Programa Nacional de TPH Adultos, por no contar con un donante familiar idéntico, 100% compatible, por cuanto dicho programa sólo considera los TPH alogénicos. Agrega que además la referida subcomisión no señaló qué otra alternativa existe para salvar la vida de la paciente, haciendo presente que además de los trasplantes TPH alogénicos existen los trasplantes TPH haploidénticos com hermanos 50% compatibles, según lo informado tanto por doctores de la Universidad Católica como de la Universidad de Chile y que en la especie la paciente cuenta con un hermano 50% compatible quien podría ser donante de médula ósea. Añade que el trasplante haploidéntico es la única opción curativa para salvar la vida de Constanza, y que dichos trasplantes se efectúan en el sistema privado de salud, señalando que la paciente se encuentra en estado de que se le efectúe dicho trasplante. Menciona que si los hospitales públicos no cuentan con recursos técnicos pueden comprar las atenciones en el sistema privado, lo que se podría hacer en el caso en comento, especialmente si se considera que hay un hermano compatible, sin que sea necesario recurrir a un banco de célula madre. Manifiesta que el actuar de las recurridas es ilegal y arbitrario ya que el sistema privado ofrece el tratamiento necesario para salvar la vida de la paciente, pero que éstas se niegan a otorgar dicha atención en dicho sistema de salud, vulnerando los derechos y garantías consagradas en los numerales 1, 9 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En cuanto a la enfermedad de Constanza Lobos Rodríguez indica que tras ser atendida insatisfactoriamente por 8 días en el sistema público de salud, no se pudo detectar el mal que la quejaba, con fecha 18 de octubre de 2015, en la Clínica Dávila, y tras la realización de una serie de exámenes se le diagnosticó una leucemia linfoblástica aguda B, Philadelphia Positivo, haciendo presente que su ingreso y tratamiento fue aprobado por la Ley de Urgencias, debiendo empezar su tratamiento en la clínica hasta que el hospital al que pertenece fuese a rescatarla haciendo presente que con fecha 27 de octubre la paciente fue trasladada al Hospital Lucio Córdova donde se inició el proceso de quimioterapia, y que tras 5 quimioterapias la paciente presentó una remisión de la enfermedad, siendo apta para el trasplante. Refiere que en el intertanto se realizaron los exámenes pertinentes a fin de determinar la existencia de algún familiar que pudiese donar médula ósea para Constanza, pero que no se encontraron donantes 100% compatibles, como lo exige el Programa AUGÉ, sin perjuicio que uno de sus hermanos resultó ser 50% compatible. Añade que sin perjuicio de esto, con fecha 2 de marzo de 2016 la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital Del Salvador hizo ver la imposibilidad de que Constanza accediera al Programa Nacional de TPH Adultos, por no contar con un donante familiar idéntico 100% compatible, por cuanto dicho programa sólo considera los TPH alogénicos, agregando que el actuar de las recurridas resulta ilegal y arbitrario toda vez que*

la paciente presenta remisión de la enfermedad, que existen trasplantes haploidénticos, y que existe un Banco Público de células madre en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Menciona que por interconsulta se solicitó informes al Dr. Gastón Figueroa del Hospital Clínico de la Universidad de Chile quien manifestó que la paciente no tiene contraindicaciones para alo-TMO y que éste es la mejor opción de curación para pacientes con este tipo de diagnósticos, y al Dr. Mauricio Sarmiento, Coordinador de Trasplante Hematopéyico quien señaló que según lo conversado en comité de trasplante hay indicación de trasplante con probable hermano haploidéntico, expresando además que los trasplantes haploidéntico presentan grandes ventajas tanto médicas como monetarias, por tener un mayor efecto antileucémico y por no requerir utilizar células madre. Indica que el actuar de las recurridas vulnera las garantías del artículo 19 N°s 1, 9 y 24 de la Constitución. En cuanto al derecho a la vida, éste se vería vulnerado por cuanto las recurridas no otorgan a la paciente la opción de salvar su vida mediante un trasplante haploidéntico, única posibilidad de que siga viviendo, teniendo en consideración que se trata de procedimientos existentes en el sistema privado de salud que pueden ser comprados por el sistema público. Respecto del derecho del artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental alega que éste se vería amagado por cuanto el derecho a la salud abarca de manera fundamental el acceso a la salud, y que en la especie se le está negando a la paciente la única opción de vida por no contar con los medios necesarios en el sistema público de salud. Finalmente añade que se ha vulnerado el derecho de propiedad sobre el acceso a prestaciones médicas sólo por ser afiliada a FONASA. En definitiva pide que: se acoja el recurso de protección; se adopten las medidas necesarias para salvar la vida de Constanza Lobos Rodríguez; que se ordene al Hospital Barros Luco Trudeau no considerar la decisión de la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital Del Salvador, y se decrete el traslado de la paciente al sistema privado, específicamente al Hospital de la Pontificia Universidad Católica, a fin de que se le efectúe un trasplante haploidéntico con su hermano compatible; y que se cubra el financiamiento del mismo. Acompaña los documentos rolantes de fojas 1 a 5. A fojas 23 corre informe del Dr. Luis Leiva Peña, Director del Hospital Barros Luco Trudeau, quien solicita el rechazo del recurso, por no concurrir en la especie los presupuestos fácticos de la acción deducida. Indica que efectivamente la paciente Constanza Lobos Rodríguez de actuales 22 años de edad fue diagnosticada, en la Clínica Dávila, con fecha 19 de octubre de 2015, con una leucemia linfoblástica aguda B, Philadelphia Positivo, ingresando el 27 de diciembre de 2015 al Hospital Lucio Cordova a fin de continuar estudio y tratamiento de la enfermedad. Tras una detallada mención de todos los tratamientos recibidos por la paciente refiere que actualmente ésta se encuentra recuperada de neutropenia, sin necesidad de soporte transfusional en condiciones de alta, agregando que la posibilidad de curación de Constanza es el trasplante de médula ósea, motivo por el cual se estudió a los familiares de ésta concluyendo que uno de sus hermanos tiene 3 locus de 6 locus compatibles, esto es, un halotipo. Añade que lo que se encuentra dentro del programa del Ministerio de Salud es el trasplante halogénico con compatibilidad 100%, y que se envió la solicitud de

*TMO, de acuerdo al Protocolo Nacional de Tratamiento de LLA a la Comisión de Trasplante de Médula del Ministerio de Salud y que dicha comisión informó que la paciente se encuentra imposibilitada de acceder al Programa Nacional de THP de adultos por no contar con donante familiar idéntico, por cuanto programa sólo considera trasplante alogénico. Menciona que en la especie el hospital recurrido no ha incurrido en ninguna actuación u omisión ilegal y/o arbitraria por cuanto se han realizado todos los tratamientos médicos requeridos por la paciente siguiendo los protocolos establecidos, haciendo presente que la decisión de realizar o no el trasplante escapa la esfera de competencias de dicho centro asistencial, siendo una atribución exclusiva de la Comisión de Coordinación de Trasplante de Médula Ósea Adulta, organismo que también ha obrado de acuerdo a los protocolos y programas establecidos. Manifiesta que en caso de haberse aceptado el trasplante éste además no se habría realizado en el Hospital Barros Luco sino que en el Hospital Salvador. En definitiva solicita el rechazo del recurso deducido por no concurrir en la especie los presupuestos fácticos de la acción deducida. Acompaña como fundamento de sus alegaciones los documentos rolantes de fojas 20 a 22. A fojas 30 don Jaime Saavedra, informa al tenor del recurso planteado, en representación de la Subcomisión de Trasplantes del Hospital Salvador dependiente del Servicio De Salud Metropolitano Oriente. Indica que en la especie no se dan los presupuestos fácticos de procedencia de la acción deducida por cuanto el acto en que se funda el recurso no resulta ilegal ni arbitrario ni vulnerador de garantías constitucionales, transcribiendo íntegramente la evaluación de la subcomisión. En cuanto al derecho a la vida refiere que éste en la especie no se ha visto conculcado por cuanto dicho derecho dice relación con que nadie puede atentar en contra de la vida de otro, pero no se encuentra consagrado en el sentido de encontrarse el Estado obligado a realizar cualquier acto destinado a salvar la vida de quien se encuentre aquejado por una enfermedad que pueda provocar la muerte. Agrega que los tribunales de justicia invariablemente han establecido que el peligro a la vida de los recurrentes que deriva de la enfermedad de que padecen, no puede ser atribuida a las autoridades sanitarias y que es la enfermedad la que pone en peligro la vida de la paciente, no el actuar de dichas autoridades. Añade que según consta en el recurso de protección la recurrente está solicitando la realización de un trasplante haploidéntico, haciendo presente que éste no se otorga en el sector público, el que sólo considera trasplantes alogénicos com células del propio paciente o familiares 100% compatibles, señalando que los recurridos lejos de poner en peligro la vida de la paciente han realizado todas las acciones tendientes a su curación, que se encuentran dentro de las posibilidades y planes y programas públicos. Añade que la evaluación de la subcomisión no amenaza la vida de la paciente, sino que simplemente señala que con los antecedentes clínicos ésta no puede acceder a la prestación garantizada por el Estado y que otro tipo de trasplantes no se encuentran comprendidos en el sector público. Expresa que el hecho que se realicen otro tipo de trasplantes en el área privada no puede implicar que se deben costear con fondos públicos dichos tratamientos, haciendo presente que los tratamientos a otorgar se encuentran basados en los criterios del*

*Ministerio de Salud y que sólo se pueden adquirir en el sector privado aquellos que estando obligados a prestar no lo pueden hacer en el sector público. Indica que en consecuencia a la subcomisión sólo le compete determinar si en la especie es factible o no la ejecución del tratamiento incluido dentro de las prestaciones públicas y no establecer otras opciones terapéuticas. Refiere que la existencia o inclusión de una terapia dentro de los garantizados por el Estado no es de competencia de los recurridos, quienes no tienen ningún tipo de autoridad administrativa, haciendo presente que su actuar se funda en un protocolo que tiene por objeto únicamente coordinar los trasplantes y que la determinación de la inclusión de una patología y tratamiento depende de FONASA y de los criterios del Ministerio de Salud, no estando dentro de las facultades de los recurridos obrar más allá de lo que tienen permitido. Señala que a fin de dar cumplimiento a las prestaciones médicas garantizadas, en relación a la leucemia, el Ministerio de Salud estableció una guía que prescribe expresamente que el programa sólo contempla el trasplante autólogo y alogénico de familiar donante idéntico y no aquel solicitado por la recurrente. Menciona que en la especie tampoco se vulnera el derecho consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, por cuanto dicha garantía impone al Estado la obligación de resguardar el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud y el derecho a elegir el sistema de salud que se estime adecuado, no encontrándose contemplada la obligación de costear cualquier tipo de atención que se haya desarrollado en el país, haciendo presente además que tampoco existe una vulneración al derecho de propiedad, por cuanto estando la paciente afiliada a FONASA, ha incorporado a su patrimonio el derecho de recibir las prestaciones aseguradas y no a obtener cualquier clase de prestación que estime procedente. En definitiva solicita que se rechace el recurso de protección deducido, acompañando como documentos fundantes de sus alegaciones los guardados en la custodia N° 92-2016 y aquel de fojas 41 y siguientes. A fojas 44 añade que el Hospital del Salvador al crearse la Comisión Asesora de Trasplante de médula ósea de adultos, el Hospital del Salvador se encontraba implementado la unidad de trasplante hematopoyéticos adultos, constituyéndose a través de este acto, como el centro de referencia nacional para la ejecución de este tipo de procedimientos, supeditado a la evaluación técnica que realice la comisión asesora, de TPH de los candidatos a trasplante de médula ósea solicitados por la red, como da cuenta la parte resolutive de la exenta N° 349/2010 en su numeral 6, allegada a fojas 41 y siguientes, instrumento éste que verifica el vínculo administrativo existente entre la Comisión Asesora de Trasplante de médula Ósea de Adultos y la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, por lo que falta de legitimidad pasiva de los establecimientos recurridos y del Servicio de Salud Metropolitano Oriente. A fojas 50 se trajeron los autos en relación. CONSIDERANDO: Primero: Que el recurso de protección tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho de quien se vea privado, perturbado o amenazado, en el ejercicio legítimo de alguna de las garantías contempladas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Segundo: Que de lo anterior se infiere que es requisito indispensable de la acción de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, o*

*bien arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, consistente en falta de proporción entre los motivos y la finalidad que efectivamente alcanza; acción u omisión que debe provocar alguno de los efectos ya indicados, vulnerando una o más de las garantías protegidas, consideración básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que ha motivado el presente recurso. Tercero: Que en lo tocante al recurrido, Hospital Barros Luco Trudeau, su representante señaló “se han realizado todos los tratamientos médicos que la paciente requiere, siguiendo, además, cada uno de los protocolos establecidos”. En el caso particular la decisión de realizar o no el trasplante escapa de la esfera de competencia de este establecimiento, siendo exclusividad absoluta de la Comisión de Coordinación de Trasplante de Médula Ósea Adulta, la que también ha resuelto en conformidad a los protocolos y programas establecidos. Cuarto: Que, en consecuencia, al no haberse comprobado la existencia de un acto arbitrario e ilegal a su respecto, el recurso debe ser desestimado. Quinto: Que en relación a la recurrida Subcomisión Trasplantes (TPH) Hospital del Salvador, cabe analizar las distintas alegaciones que efectúa al informar. Sexto: Que en primer lugar invoca la falta de legitimidad pasiva de los recurridos y sostiene “la existencia” o inclusión de una terapia especial, como lo sería el trasplante haploidéntico, en el tratamiento de la leucemia no puede ser el motivo para que los organismos demandados Hospital Barros Luco y la Comisión de Coordinación de Trasplante de Médula Ósea, sean obligados a realizar una prestación médica que no se encuentra comprendida entre aquellas que pueden brindar o bien financiar. Vale la pena aclarar en este punto que la recurrida “Subcomisión de Trasplantes (TPH) Hospital del Salvador dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, no es un ente que forme parte del Hospital del Salvador. Así respecto de dicha comisión, la autoridad del establecimiento no tiene absolutamente ningún tipo de potestad administrativa, la comisión es un ente de rango ministerial, cuyo actuar, se rige por un protocolo, y, que tiene por único objetivo, la coordinación de un programa nacional de trasplante [...]”. Séptimo: Que, como se advierte, las alegaciones no son constitutivas de la falta de legitimación pasiva, sino que apuntan al fondo de la cuestión debatida. Siendo así, tan sólo cabe rechazarla. Octavo: Que en cuanto al fondo, los hechos a que se refiere este recurso evidencian, indudablemente que la acción cautelar interpuesta en estos autos debe necesariamente entenderse vinculada con el derecho a la vida y a la integridade física y psíquica garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental. Noveno: Que conviene recordar lo expuesto por el profesor don José Luis Cea Egaña, en su obra Derecho Constitucional Chileno cuando señala que el derecho a la vida abarca los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica para salvar la existencia de quien padece las enfermedades que la ponen en peligro, o bien, de proporcionarle una extensión de su vivencia con dignidad y, en lo posible, sin sufrimiento, los trasplantes de órganos son, por ende, operaciones cabalmente armónicos con el espíritu y la letra de ese principio constitucional. En su sentido pleno y no sólo biológico, orgánico o vegetativo, pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida cuanto se haga para que ella transcurra en ambiente material y espiritualmente comprendidos, que*

sean coherentes con la dignidad del ser humano. El derecho a la vida no es, en otras palabras, menesterosidad, en el miedo o en el riesgo (pág. 91, tomo II de la precitada obra). Décimo: Que cabe considerar que, por una parte el artículo 1° inciso cuarto de la Carta Fundamental dispone claramente que el Estado está al servicio de la persona humana y de otra, útil, resulta tener presente también lo que estatuye el artículo 19 N° 26 de la misma Constitución, el que expresa “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Undécimo: Que, entonces, si una ley no puede efectuar en su esencia un derecho fundamental como el de la especie; menos puede hacerlo un acto administrativo como el Protocolo Nacional de Tratamiento de LLA que se há mencionado. Duodécimo: Que la grave dolencia que padece la joven Constanza Lobos Rodríguez -leucemia linfoblástica aguda B, Philadelphia Positivo, la que se halla remitida completamente con quimioterapia LLA altas dosis o imatinib- se encuentra comprendida en las denominadas Garantías Explícitas en Salud (GES), que constituyen un conjunto de beneficios garantizados por ley a personas afiliadas a Fonasa y a las Isapres. Y, por lo mismo debe otorgárseles las prestaciones de salud tendientes a superar el mal que padece, sin perjuicio del mayor o menor porcentaje de copago a cargo de la paciente o de su familia. Es así, como el artículo 2° de la Ley 19.966 establece, que “Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”. A su vez el artículo 14, prescribe que “se confeccionará un listado de enfermedades y sus prestaciones asociadas, debiendo descartarse de éstas todas aquéllas para las cuales no haya fundamentos de que significan un beneficio para la sobre vida o la calidad de vida de los afectados”. Complementándolo el artículo 24 al disponer que “Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán dar cumplimiento obligatorio a las Garantías Explícitas en Salud que contemple el Régimen que regula esta ley para con sus respectivos beneficiarios”. El cual ha de complementarse con el Decreto N° 44 de 2013 del Ministerio de Salud que contiene el listado específico de las prestaciones. Décimo tercero: Que importa entonces, una ilegalidad la negativa de la Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital del Salvador, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, a disponer se le efectúe un trasplante haploidéntico a la paciente mencionada en autos con su hermano compatible, toda vez que todo aquel que padece de una enfermedad catastrófica incorporada en la lista que da derecho a su cobertura conforme la establecido en la Ley N° 19.966, debe otorgársele el tratamiento que permita superar o mitigar la grave enfermedad que padece aquella y, es arbitraria por negársele con argumentos que miran a que no tiene donante familiar idéntico 100% compatible, no obstante que se cuenta con hermano compatible 50%, por lo que puede realizársele un trasplante haploidéntico, como se desprende del informe de fojas 1 y anánesis de fojas

*2 y siguiente. Décimo cuarto: Que, en suma se afecta evidentemente con la decisión de la autoridad de salud de negar el trasplante de médula ósea a la joven paciente, el derecho a la vida que tiene por mandato constitucional, como quiera que el mencionado trasplante y que en la alternativa para enfrentar la enfermedad, aparece descartado, a pesar como se adelantó precedentemente que hay posibilidades médicas que lo hacen plausible. Por lo reflexionado y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, SE ACOGE el deducido a favor de Liliana Rodríguez Gómez y Constanza Lobos Rodríguez, sólo en cuanto se ordena que la recurrida Subcomisión de Trasplante de Médula Ósea Adultos del Hospital del Salvador, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, deberá disponer el trasplante de médula ósea requerido y disponer los medios necesarios médicos y financieros a objeto de asegurar el derecho a la vida de la segunda de las nombradas. Regístrese, notifíquese, comuníquese de inmediato y archívese en su oportunidad. Redacción de la Ministra señora María Stella Elgarrista Álvarez.- Pronunciado por la Segunda Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por las Ministras señora María Stella Elgarrista Álvarez, señora Sylvia Pizarro Barahona y Fiscal Judicial señora Tita Aránguiz Zúñiga. CORTE SUPREMA; TERCERA SALA; Rol N° 32.877-2016; FECHA: 12/07/2016.*