

# GACETA JURÍDICA

## DIRECTOR

MARIO VERDUGO MARINKOVIC

## SUBDIRECTOR

DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA

## DIRECTORES DE ÁREA

ROLANDO PANTOJA BAUZÁ  
Derecho Público

CARLOS PIZARRO WILSON  
Derecho Civil

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA  
Derecho Penal

FRANCISCO TAPIA GUERRERO  
Derecho del Trabajo

RODRIGO UGALDE PRIETO  
Derecho Tributario

RAFAEL GÓMEZ BALMACEDA  
Derecho Comercial

## COLABORADORES PERMANENTES

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA  
*(Prof. Derecho Constitucional  
U. Católica de Chile)*

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER  
*(Prof. Derecho Penal U. de Chile)*

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA  
*(Prof. Derecho Constitucional Universidad de  
Chile)*

EMILIO PFEFFER URQUIAGA  
*(Prof. Derecho Constitucional U. Diego Portales  
y U. Central)*

HUGO PEREIRA ANABALÓN  
*(Prof. Derecho Procesal U. de Chile)*

ARTURO PRADO PUGA  
*(Prof. Derecho Comercial U. de Chile)*

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ  
*(Prof. Derecho Constitucional U. de Valpo.)*

ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN  
*(Prof. Derecho Constitucional U. Católica)*

EDUARDO SOTO KLOSS  
*(Decano de la Facultad de Derecho de la Universi-  
dad Santo Tomás)*

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ  
*(Director ejecutivo del Centro de Estudios Consti-  
tucionales de la Universidad de Talca)*

## EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE: HACIA UN ROL MÁS ACTIVO Y ESTRUCTURAL DEL ESTADO EN EL ASEGURAMIENTO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL

RICARDO BARRETTO DE ANDRADE<sup>1</sup>  
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD FEDERAL DE BAHÍA  
INTERNACIONALISTA POR EL CENTRO UNIVERSITARIO JORGE AMADO

JAIME R. GALLEGOS ZÚÑIGA<sup>2</sup>  
PROFESOR INVITADO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

*Desde la promulgación de la Constitución de 1980, el Estado de Chile ha jugado un rol subsidiario a la hora de garantizar los derechos económicos y sociales, en particular, respecto al derecho a la salud.*

*En los últimos años, ha crecido –sin embargo– la percepción, tanto en los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Constitucional, de que el Estado debe asumir un rol protagónico en este tema. En tal sentido, este estudio hace un análisis de la evolución de las distintas acciones estatales tendientes a garantizar este derecho, destacando la actuación jurisdiccional ordinaria y constitucional que han buscado asegurar su cumplimiento. Aquellas acciones pueden implicar intervenciones o incluso innovaciones en las políticas públicas del sector. De ahí que con este análisis, se busque exponer, de manera razonada, cuáles son los roles y desafíos pendientes de los distintos Poderes del Estado chileno en esta materia, de frente al siglo XXI.*

### I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD

Frente a un nunca consensuado rol y tamaño que debe tener el Estado<sup>3</sup> dentro de nuestra economía, se han establecido diferentes propuestas y políticas públicas respecto al rol de éste en materia de salud.

Uno de los principales cambios que se implementaron en Chile a partir de la década de los ochentas, tuvo lugar con la creación de un subsistema de Isapres (Instituciones de

<sup>1</sup> Candidato a magíster en Derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia. En pasantía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Corte Suprema y en el Tribunal Constitucional de Chile, en el marco del Programa Teixeira de Freitas, del Foro de Cortes Supremas del MERCOSUR (barretodeandrade@gmail.com).

<sup>2</sup> Abogado, Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile, Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España (Pto Nono N° 1, Providencia. (jgallegos@derecho.uchile.cl).

<sup>3</sup> ILLANES BENÍTEZ, Fernando. "Política Económica y Desarrollo", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979. Pp. 307-310.; HAINDL, Erik. Chile y su desarrollo económico en el siglo XX. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 2007.

Salud Previsional), entidades privadas, encargadas de captar las cotizaciones de salud, para luego cofinanciar los gastos de hospitalización y atenciones de salud de los afiliados al sistema, manteniendo un sistema paralelo al público, que quedaría en manos de Fonasa (Fondo Nacional de Salud), sucesor o continuador de Sermena, antiguo Servicio Nacional de Salud, que vio mermado enormemente el gasto público invertido allí<sup>4</sup>.

En particular, en materia de salud, una de las grandes transformaciones que introdujo el gobierno militar tuvo lugar a través de la dictación del decreto ley N° 2763 de 1979, que crea el Sistema Nacional de Servicios de Salud<sup>5</sup>, unidades descentralizadas encargadas de administrar y canalizar los recursos financieros en estas materias, buscando flexibilizar el uso de los recursos disponibles, reforma que luego se profundiza en 1981, al entregar a las municipalidades la gestión en la atención primaria de salud.

Además, ese mismo año, a través del D.F.L. N° 3, se crean las ya mencionadas Isapres, encargadas de ofrecer seguros de salud, ya sea prestando directamente los servicios de salud a los cotizantes del sistema o a través del pago en otros organismos especializados.

Con posterioridad se dicta la ley N° 18.469 de 1985, que uniforma las prestaciones en materia de salud<sup>6</sup>, a la luz de la nueva institucionalidad creada con las modificaciones introducidas en la legislación. *“Esta modificación normativa eliminó las diferencias entre obreros y empleados, es decir, entre régimen de salud y calidad previsional. Estableció un aporte financiero de acuerdo a la capacidad económica de pago con acceso libre e igualitario a las acciones de salud y a la elección del sistema de atención. También traspasó el otorgamiento de préstamos médicos desde las antiguas Cajas de Previsión al Fondo Nacional de Salud”*<sup>7</sup>.

Luego, en marzo de 1990, se dicta la Ley N° 18.933, que crea la Superintendencia del ramo (Superintendencia de Isapres, hoy Superintendencia de Salud), que regula la permanencia de los contratos de salud celebrados con las Isapres.

Todo lo anterior, bajo un marco constitucional bastante limitado, habida consideración de que si bien se contempla en el artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas el derecho a la salud, tácitamente tal derecho queda excluido del mecanismo procesal contemplado a nivel constitucional, esto es, de la acción de protección ante los tribunales de justicia, al no estar comprendido dentro de los numerales consignados en el artículo 20 de nuestra Carta Política. Aquella situación

<sup>4</sup> FRENCH-DAVIS, Ricardo. “Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Tres décadas de política económica en Chile”. 3ª ed. JC Sáez Editor, Santiago de Chile, 2003. 313 pp.

<sup>5</sup> El que fusiona los antiguos Sistema Nacional de Salud y el Servicio Médico Nacional (SERMENA)

<sup>6</sup> Refiriéndose al sistema previo a estas reformas Ernesto Miranda (MIRANDA, Ernesto. “Descentralización y privatización del sistema de salud chileno”. En: *Revista de Estudios Públicos* N° 39, 1990, p. 6) señala: “Los obreros y empleados accedían a sistemas distintos en cuanto a la captación y administración del financiamiento, así como también al otorgamiento de las prestaciones de salud, con fuertes diferencias en las cotizaciones requeridas y las bonificaciones percibidas. Alrededor de un 20 por ciento de la población no cotizaba para salud y estaba sólo cubierto para las urgencias. Las entidades administrativas y proveedoras de los beneficios eran centralizadas, jerarquizadas y burocratizadas, con una administración ineficiente y lenta para reaccionar. Las opciones de las personas para elegir entre profesionales y establecimientos eran reducidas. El sistema de salud era predominantemente estatal”.

<sup>7</sup> MIRANDA, Ernesto. *Ibid.* P. 12.

condujo a que tradicionalmente se entendiera que por esta vía sólo se protege la libertad para elegir a cual subsistema (público o privado) acceder, pero no las prestaciones materiales que permitan hacer efectivo este derecho económico y social.

En este escenario, terminado el gobierno militar, las autoridades de la Concertación de Partidos por la Democracia se preocuparon de atender las numerosas necesidades sociales no satisfechas del todo durante los años de administración castrense<sup>8</sup>, lo que se pudo llevar a cabo dado el marco de bonanza económica que a su vez, es menester señalarlo, se pudo construir en base a las reformas estructurales introducidas en los años anteriores.

En los propios sectores de la gobernante Concertación de Partidos por la Democracia, se sabía que las necesarias reformas en materia de salud eran un tema sensible<sup>9</sup>, habida consideración de su relevancia social, los fuertes gremios involucrados y las diferentes percepciones que aún, dentro de ese bloque, había sobre este tema; diagnóstico que también compartían otros sectores políticos, que asimismo hacían un llamado a modificar el régimen de salud, dadas las deficiencias que éste presentaba, proponiendo que la reforma estuviese inspirada en criterios de eficiencia, libertad individual y equidad<sup>10</sup>.

Durante la década de los noventa hubo un considerable aumento<sup>11</sup> en gasto social<sup>12</sup>, de aquellos “cuyos efectos tardan en sentirse”, los que se tradujeron en servicios gratuitos entregados por el Estado en áreas tales como salud<sup>13</sup> y educación, enfocados principalmente en los quintiles más pobres, y que plantearon nuevos desafíos, ya que ahora no sólo se necesitaba concebir y ejecutar programas que sólo importaran un aumento del volumen de los servicios prestados, sino que además se requería que tales servicios fueran cualitativamente mejores<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> En el Estado de Hacienda Pública, en 1992, se exponía: “Los servicios sociales básicos constituían, probablemente, una de las áreas más deficitarias de la política social al asumir la actual Administración. Tras varias décadas de desarrollo extensivo de la educación, la salud y la vivienda, en que se alcanzaron algunos grados de cobertura, las reducciones del gasto público condujeron a la acumulación de un grave déficit en viviendas y una fuerte reducción del gasto en los servicios de educación y salud disponibles para la inmensa mayoría de los chilenos” (MINISTERIO DE HACIENDA, Estado de Hacienda Pública, 1992. P. 63).

<sup>9</sup> FOXLEY, Alejandro. “Chile en la encrucijada. Claves para un camino real y posible”, Editorial Grijalbo, Santiago de Chile, 2001. P. 27.

<sup>10</sup> OYARZO, César. “La mezcla pública-privada: Una reforma pendiente en el sector salud”. En: *Revista Estudios Públicos*, N° 55, 1994, p. 146.

<sup>11</sup> CELEDÓN, Carmen, LEIVA, Francisco, ZULETA, Gustavo. “Modelos alternativos de organización de la salud. Hacia un esquema solidario de salud”. En: *Colección de Estudios CIEPLAN*, N° 44, 1996, p. 106.

<sup>12</sup> El gasto público en salud se incrementó un 33% entre 1990 y 1992, destinándolos a remuneraciones e infraestructura, entre otros ítemes.

<sup>13</sup> En esta línea, en 1992 se produjo un aumento de las remuneraciones de los profesionales de servicios de la salud que trabajaban en el sector público, tendiente a mejorar sus condiciones y también evitar la “huida” de éstos hacia el sector privado

<sup>14</sup> FRENCH-DAVIS, Ricardo. Op. cit. P. 326.

Lamentablemente, muchas veces el manejo de estos nuevos recursos no fue eficiente<sup>15</sup>, por lo que se repetían múltiples problemas relacionados con una inadecuada gestión de los recursos<sup>16</sup>.

En este escenario, ya en 1994 se postulaba<sup>17</sup> que era deber del Estado adoptar medidas concretas en aras de mejorar y garantizar el derecho a la protección en salud<sup>18</sup>, asumiendo como suyos los roles de:

- i) Asegurar la disponibilidad de financiamiento para los más vulnerables.
- ii) Asegurar una atención de salud aceptable y accesible.
- iii) Financiar las acciones de salud con características de bienes públicos.
- iv) Planificar y regular en forma global los servicios.

Las políticas públicas en materia de salud debían perseguir la eficiencia y la equidad; eficiencia en el manejo de los recursos, ya sea públicos o privados, maximizando la calidad del servicio y la satisfacción del usuario, y la equidad, tendiente a garantizar a todas las personas, independiente de su condición económica, un conjunto de prestaciones de salud adecuadas frente a las diferentes patologías<sup>19</sup>.

Pues bien, una de las políticas públicas que decidió afrontar con mayor fuerza el Presidente Lagos al iniciar su gobierno, dijo relación con la implementación de un controvertido, en su momento, Plan AUGE, que confería a sus beneficiarios cobertura y garantías explícitas frente a determinadas patologías, dada la constatación de la situación de desprotección en que se hallaban las personas ante tales contingencias.

En la discusión de tal proyecto, uno de los puntos que generó mayor controversia dijo relación con el origen del financiamiento para tales modificaciones en la cobertura de salud, ya que un sector estimó que de utilizarse los fondos obtenidos de las cotizaciones del 7% en salud de los propios particulares, en los hechos se estaría llevando a cabo una verdadera expropiación, palabra que tanto alarma generaba por las remembranzas a lo vivido en Chile durante los setenta<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> FOXLEY, Alejandro. Op. cit. P. 145.

<sup>16</sup> Un estudio de la CEPAL de la época (JARAMILLO, Iván, MOLINA, Cleofe, SALAS, Álvaro. "Las reformas sociales en acción: Salud". En: *Serie Políticas Sociales*, N° 15, 1996, P. 18) señalaba como elemento característico del modelo chileno de salud la insatisfacción del usuario, que afectaba tanto al subsistema público como al privado. En el primero relativo al trato personal, uso de tecnologías obsoletas e insuficientes condiciones de hotelería, mientras que en el subsector privado las críticas apuntaban a la falta de transparencia en los contratos celebrados, las expectativas incumplidas al exigir los beneficios del sistema, como también los tiempos reales de espera en atención ambulatoria.

<sup>17</sup> OYARZO, César. Op. cit. P. 151.

<sup>18</sup> Ahora bien, aun cuando los índices distaban en mucho de ser satisfactorios, no se puede desconocer el avance que evidenciaba el país en otros aspectos, como en materia de mortalidad infantil y aumento considerable de la esperanza de vida, que permitieron y permiten colocar a Chile en lugares de liderazgo en estos tópicos dentro de la región.

<sup>19</sup> CELEDÓN, Carmen, LEIVA, Francisco, ZULETA, Gustavo. Op. cit. pp. 95-96.

<sup>20</sup> Para una mirada sobre los procesos políticos que condujeron a la aprobación del Plan AUGE: LENZ, Rony. "Proceso político de la reforma AUGE de salud en Chile: algunas lecciones para América Latina". En: *Colección de Estudios CIEPLAN*, N° 38, 2007; CELEDÓN, C. y ORELLANA, R. "Gobernancia y participación ciudadana en la reforma de salud en Chile". En: *Colección de Estudios CIEPLAN*, N° 17, 2003.

El Plan Auge definitivamente fue aprobado, y los resultados que ha demostrado son positivos, ya que se han traducido en una mayor protección para los sujetos afectados por las patologías allí establecidas. Este régimen contempla un conjunto de programas, enfermedades o condiciones de salud con Garantías Explícitas en Salud en materia de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, elaboradas por el Ministerio de Salud<sup>21</sup>.

A través de esta reforma se buscó otorgar prestaciones estándares en materia de salud, tanto para los usuarios del subsistema público, que son la gran mayoría, como para los usuarios del subsistema privado; todo lo anterior, en mérito a políticas sanitarias equivalentes. En esta tarea, el Estado cobra un rol fundamental, controlando y coordinando ambos sistemas<sup>22</sup>.

Son muchos los desafíos en la materia que quedan pendientes, mas, la dictación de la ley N° 19.966 de 2004, sobre garantías explícitas en materia de salud, puede mirarse como un paso importante en la cobertura de este derecho<sup>23</sup>, que a su vez procura cumplir el mandato constitucional (artículo 19, N° 9) y los compromisos internacionales asumidos por Chile en materia de derechos económicos y sociales<sup>24</sup>.

## 2. LA EVOLUCIÓN DEL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL ASEGURAMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD

Desde la promulgación de la Constitución de 1980 hasta inicios de los años 2000, la jurisprudencia del Poder Judicial fue marcada por la concepción prácticamente unánime, de que el derecho a la salud era garantizado por medio de las políticas públicas, las cuales eran de exclusiva responsabilidad del Ejecutivo en la implementación de la legislación aprobada por el Congreso Nacional.

<sup>21</sup> Sobre este punto se ha sostenido por Drago (DRAGO, Marcelo. "La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos". En: *Serie Políticas Sociales CEPAL*, N° 121, 2006, p. 8) que: "(...) la reforma establece una política enfocada desde una perspectiva de derechos. Instaura un mecanismo de priorización sanitaria mediante el reconocimiento de derechos. Pone a las personas en el centro de las políticas, las empodera, establece una rendición de cuentas que toma la forma de exigibilidad legal, promueve el cumplimiento universal del derecho de un modo específico y mejora la equidad, aunque no termina con la inequidad derivada de la dualidad del sistema".

<sup>22</sup> JORDÁN, Tomás. "Ley N° 19.966, que Crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la Perspectiva de los Derechos Humanos". En: *Anuario de Derechos Humanos*, del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005. P. 102.

<sup>23</sup> Entre los valores que inspiran esta reforma en el Mensaje de aquel proyecto de ley se señaló: el "Derecho a la salud. Para el Gobierno, la salud es un derecho de las personas. Esto significa que toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, debe contar con un mecanismo de protección social y con acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar situaciones de enfermedad, y a la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del país.

*Para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles.*

*Equidad en salud. La equidad en salud es un imperativo moral que está en la raíz de la voluntad de reformar".*

<sup>24</sup> JORDÁN, Tomás. Op. cit. pp. 100, 101, 106.

Sin embargo, a partir de una serie de fallos, los tribunales empezaron a asumir una intervención moderada, incluso en la evaluación del mérito de las políticas de salud, utilizando como fundamento indirecto de dicha intervención, los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica, en mérito al estrecho margen dado por la acción de protección para el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

Hoy, en general, se encuentra sentado el criterio de que tal intervención en políticas de salud por parte del Poder Judicial es lícita, aun cuando se discute el fundamento directo o indirecto que conferiría tales competencias.

## 2.1. FASE DE NO INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD.

La concepción tradicional del sistema procesal chileno en cuanto al marco restringido de la acción de protección, impedía a los tribunales superiores de justicia aceptar que se invocare el derecho a la salud de manera directa para fundamentar esta acción, aun cuando se haya concebido de manera expresa como un derecho fundamental en la Constitución. Se sostenía que este derecho era de naturaleza programática<sup>25</sup>, cuya concretización dependería de la formulación e implementación de políticas públicas por parte del Ejecutivo<sup>26</sup>.

Esta concepción comienza a variar a raíz de un rol preponderante que comienzan a desarrollar las Cortes de Apelaciones, en particular la Corte de Apelaciones de Santiago, que en agosto de 2001 ordenó a los servicios de salud y al Ministerio de Salud la entrega de tratamientos antirretrovirales requeridos para sujetos aquejados de sida<sup>27</sup>. En aquel pronunciamiento, la Corte consideró vulnerado el derecho a la vida de los recurrentes, el cual tendría un carácter “absoluto” y estaría “*al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial*”, rechazando el argumento de la Administración de falta o escasez de recursos financieros para eximirse de tal responsabilidad.

La Corte Suprema, sin embargo, revocó esta sentencia de la Corte de Apelaciones, rechazando la acción de protección deducida<sup>28</sup>, fundamentada en que la cuestión sometida a su conocimiento correspondería “*a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones (...) habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se disponga para ello*”.

Agregó, asimismo, que –por el contrario de hacer justicia– la sentencia de la Corte de Apelaciones podría acarrear en sí misma discriminaciones arbitrarias, por cuanto los

<sup>25</sup> ROJAS, Gonzalo et al (ed.). “Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz”, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996. P. 148.

<sup>26</sup> Para un amplio e interesante análisis sobre las diversas interpretaciones del contenido de los derechos económicos y sociales, entre los cuales está el derecho a la salud, véase: DANZINGER CELIS, Gabriel. “Los Derechos Económicos Sociales y Culturales en la interpretación constitucional chilena”. En: *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 1, 2007, pp. 43-74.

<sup>27</sup> Causa Rol N° 3.025/2001, pronunciada el 28 de agosto de 2001 por la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>28</sup> Causa Rol N° 3.599/2001, pronunciada el 9 de octubre de 2001 por la Corte Suprema.

recurrentes serían privilegiados “*por la sola circunstancia de haber acudido a solicitar amparo constitucional por la presente vía, y porque para establecer un criterio adecuado en dicho otorgamiento es menester tener a la vista no sólo los antecedentes relativos a los que buscan protección en el presente proceso, sino a todos los enfermos del grave mal que a éstos afecta y que no están en condiciones de tratarse de manera particular, por sus propios medios, cuestiones que solamente pueden y deben manejar las referidas autoridades del sector Salud (...)*”.

El eje central de este fallo de la Corte Suprema consistía en la percepción de que las políticas públicas eran materias propias de la competencia de las autoridades administrativas del Estado y no podían ser objeto de apreciación judicial, excepto en los casos en que se vulneraren o violaren la igualdad de los ciudadanos ante la ley<sup>29</sup>.

Bajo este criterio jurisprudencial, aun cuando hubo impulsos amplios por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud por medio de la intervención en políticas públicas, la Corte Suprema no aceptó esta intervención, ni siquiera para asegurar el derecho a la vida y a la integridad física. Además, se sostuvo reiteradamente que no se podía invocar el derecho a la salud, para efectos de fundamentar una acción de protección<sup>30</sup>.

## 2.2. LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA COMO FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD.

En 2008, la Corte de Apelaciones de Talca acogió una acción de protección deducida por una paciente aquejada de diabetes que requería de un tratamiento adecuado, el cual había sido denegado por el sistema de salud, aun cuando la diabetes era una de las patologías incluidas en el catálogo contemplado por el Plan AUGE<sup>31</sup>. El Centro de Salud y el Servicio de Salud demandados sostenían que no eran responsables por la prestación requerida, de acuerdo con las normas de dicho Plan de salud. Asimismo, sostenían que la paciente no había pasado por el servicio público de atención primaria, procedimiento que para el caso concreto la habilitaría para poder obtener las garantías explícitas de salud de este Plan.

En sus fundamentos, la sentencia consideró que en razón al derecho a la vida, “*el Estado debe propender en todo momento y circunstancia procurar a preservar la salud de sus habitantes, suministrándole aquellos medicamentos que resultan trascendentes para aquellas*

<sup>29</sup> Sostuvo aquel fallo: “Ataño a las autoridades de salud llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado, acorde con los medios de que se disponga para ello y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía”.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, Causas Roles N° 1705/2000, N° 1825/2000 y N° 1905/2000, pronunciadas el 20 de abril de 2000 por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmadas por la Suprema Corte el 13 de diciembre del mismo año. Al juzgar diversos recursos acumulados, la Corte se manifestó en estos términos: “(...) el peligro a la vida de los recurrentes deriva de la enfermedad de que, lamentablemente, padecen pero no de las autoridades sanitarias; lo que sí procedería es examinar si tales eventuales inconductas podrían afectar el derecho a la protección de la salud, considerado en el número 9° del citado precepto constitucional, no obstante tal derecho no aparece amparado por el artículo 20 de la Ley Fundamental, que se refiere sólo al inciso final del precepto. Por ende, por esta vía no podrían prosperar ninguno de tales recursos”.

<sup>31</sup> Causa Rol N° 405/2008, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca el 15 de julio de 2008.

*patologías, como lo es la diabetes mellitus que, asociadas a otras alteraciones clínicas, ponen en riesgo cierto la salud y la vida de uno de sus habitantes, como acontece en la especie con la recurrente de autos”.*

Esta sentencia, al hacer una conexión entre los derechos a la vida y a la salud, estableció para el Estado la obligación genérica, y por tanto incondicional, de proveer los medicamentos necesarios para preservar estos derechos fundamentales. Además, no obstante considerar que la legislación contempla mecanismos de acceso a garantías de salud mediante ciertos procedimientos administrativos provistos por FONASA y las ISAPRES, eso no es óbice, precisó, para que *“otros órganos del Estado, como acontece con los recurridos, también deben adoptar conductas pro-activas con el propósito directo de asistir a la recurrente a la brevedad para incorporarla al sistema de Garantía Explícita de Acceso”.*

Este es un interesante análisis, porque al tiempo que toma en cuenta la estructuración de las políticas públicas en salud también considera los derechos en cuestión desde una perspectiva amplia u holística, al afirmar que es *“el Estado de Chile su principal garante, de manera que en este contexto, todas las instituciones de salud del sistema público están llamadas a cumplir con dicho mandato, más aún cuando la recurrente por su precaria condición de salud no puede valerse por sí misma”.*

Sometido el asunto al conocimiento de la Corte Suprema<sup>32</sup>, tales consideraciones formuladas por la Corte de Apelaciones de Talca fueron eliminadas, y el máximo Tribunal rechazó la acción deducida, puesto que consideró que las autoridades de salud no procedieron arbitraria o ilegalmente, ya que habrían seguido *“estrictamente a los procedimientos establecidos en la ley para enfrentar los requerimientos de atención de salud que ha hecho la paciente”*, razón por la cual sería *“innecesario emitir pronunciamiento respecto de las garantías constitucionales invocadas por la recurrente”*. Como se puede ver, a través de este fallo, la Corte Suprema demarca como límites para la actuación judicial, el campo de las políticas públicas formuladas y aprobadas por la ley.

Otra cuestión más problemática aún, puede tener lugar cuando las prestaciones de salud que son requeridas judicialmente no están contempladas en ninguna política pública. Tal situación se verificó en una acción judicial en la que se requería de un tratamiento para combatir el *síndrome de Hunter*, una enfermedad rara<sup>33</sup>, de costosa atención, que no estaba protegida por las garantías explícitas de salud<sup>34</sup>. La Corte de Apelaciones consideró que

<sup>32</sup> Causa Rol N° 5.108/2008, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 27 de octubre de 2008.

<sup>33</sup> La Federación Española de Enfermedades Raras se refiere a ellas señalando: “Las enfermedades raras son aquellas que tienen una baja incidencia en la población. Para ser considerada como rara, cada enfermedad específica sólo puede afectar a un número limitado de personas. Concretamente, cuando afecta a menos de 5 de cada 10.000 habitantes.”. ENFERMEDADES RARAS (en línea) <[http://www.enfermedades-raras.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=222&Itemid=129](http://www.enfermedades-raras.org/index.php?option=com_content&view=article&id=222&Itemid=129)> [consulta: 28 junio 2011]

<sup>34</sup> Causa Rol N° 6.691/2009, pronunciada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 2 de septiembre de 2009, íntegramente confirmada por la Corte Suprema (Causa Rol N° 6894/2009) dos meses después, al juzgar una acción que cuestionaba el aumento del precio del plan de salud por una Isapre, esa misma sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dio lugar a lo solicitado sólo en parte (en cuanto al aumento del precio base del plan), con el voto disidente (por impedir también el aumento de precios por factores etarios) del Ministro Villarroel, para quien, la relación entre el ciudadano y su ISAPRE no es una mera relación privada. Para este estudio, todavía, más relevantes

el tratamiento contra esta enfermedad, al no estar asegurado mediante la política pública específica (Plan AUGE), estaría entre aquellos comprendidos en el Régimen General de Garantías de Salud, y por tanto sujeto a lo establecido por el art. 141 inciso segundo del DFL N° 1 de 2005, según el cual esas prestaciones “se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan”<sup>35</sup>.

De este modo, limitándose estricta y exclusivamente a las prioridades fijadas por las políticas públicas existentes, la Corte de Apelaciones de Santiago entendió que “no resulta ilegal o arbitrario tampoco el que el Ministerio haya impulsado la incorporación de algunas terapias que en un comienzo tuvieron financiamiento parcial desde el Fondo de Auxilio Extraordinario y que esto se haya traducido en tratamientos para ciertas enfermedades lisosomales, pero que no comprenda aun la(s) sufrida(s) por aquellas personas por las que se recurre, porque la normativa exige priorizar para la determinación de las políticas de salud, y lo propio ocurre con la inclusión de enfermedades en el sistema AUGE (ley N° 19.966)”.

Dado que la Corte Suprema confirmó esta sentencia por unanimidad, reconoció, en este caso, una discrecionalidad casi absoluta a las autoridades del Ejecutivo para manejar las políticas públicas de salud y sus prioridades, sin que tales decisiones pasaran siquiera por el control del Poder Legislativo, ya que el artículo 11 de la Ley N° 19.966, de 2004, otorgó al Ministerio de Salud la facultad exclusiva de elaborar y aprobar, mediante decreto supremo, la lista de garantías explícitas de salud incluidas en el Plan AUGE. En otras palabras, decidió que el ejercicio de esas atribuciones –incluir o no una enfermedad y las razones de esa decisión– no estaban sujeta a un control de mérito alguno, tampoco por el Poder Judicial, ni siquiera para asegurar el goce de los derechos fundamentales<sup>36</sup>.

---

son las consideraciones formuladas respecto al derecho a la salud: “(...) el derecho a la salud consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental constituye uno de los pilares de la acción social del Estado en provecho y en protección de la salud de sus habitantes. (...) al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la misma Constitución, en cuanto este último establece que la Carta garantiza a todas las personas 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”(Causa Rol N° 200/2009, pronunciada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 29 de octubre de 2009).

<sup>35</sup> Con esos mismos argumentos, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (Causa Rol N° 31/2010, del 31 de mayo de 2010), la cual había establecido “la obligación del Estado de Chile de proporcionar todos los medios que sean necesarios para proteger” el derecho a la vida de una paciente que necesitaba de un trasplante de intestino. En ese caso, la Corte Suprema señaló que “(...) no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo (...) habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello (...) Que, por consiguiente, la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela” (Causa Rol N° 4396/2010, pronunciada por la Tercera Sala el 21 de septiembre de 2010).

<sup>36</sup> Obsérvese en este sentido una interesante acción en virtud de la cual se requería de un procedimiento quirúrgico para armonizar el sexo anatómico a la identidad sexual. Constatando que éste es un “problema de política de salud pública de magnitud” para lo cual no existía un programa público de atención, la Corte de Apelaciones de Valparaíso dio lugar a la pretensión deducida utilizando como fundamentos sólo los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (Causa Rol N° 105/2008, del 26 de diciembre de 2008). La Corte Suprema, sin embargo, más allá de eliminar de la

Pocos meses después, otra Sala de la misma Corte de Apelaciones de Santiago conoció una acción de protección por la cual se requería de Fonasa un medicamento denominado “*Herceptin*”, de alto costo<sup>37</sup>. La dolencia que padecía la recurrente (cáncer de mama) estaba incluida en el Plan AUGE, pero la droga más adecuada para su caso, prescrita por el médico del sistema público de salud, no estaba contemplada en la guía clínica (o protocolo) que orienta a los profesionales de la salud en el marco de esa política pública. La paciente, entonces, solicitó financiamiento por el Fondo Extraordinario del Ministerio de Salud, el que fue denegado.

La sentencia de la Corte comienza haciendo una referencia al artículo 5º de la Constitución, que señala que es deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales se encuentran los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud. Resaltó, además, que si bien la esencia del derecho a la protección de salud no se encuentra amparada por la acción de protección, éste constituye “*un derecho garantizado a todas las personas por la Carta Primera, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia*”.

Agrega en el considerando décimo primero, que Fonasa, “*como servicio público presta un servicio de salud a la comunidad, por lo que un eventual afán de lucro o de autofinanciamiento, no puede llegar a constituir un objetivo*” y que aquel Fondo “*debe velar por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N° 1 y 9, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la protección de la salud, resaltando los perentorios términos y contenido de esta última disposición constitucional*”<sup>38</sup>.

Más adelante, en el considerando decimosegundo, la Corte menciona el “*deber del Estado de Chile en materia de salud*” y su obligación de “*efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, indepen-*

---

sentencia recurrida algunos fundamentos relativos al control judicial de políticas públicas de salud, para rechazar la pretensión utilizó los mismos argumentos –contrarios a ese control– que había utilizado en juicios casi diez años antes (ver la ya analizada Causa Rol N° 3.599/2001, pronunciada el 09 de octubre de 2001), por ejemplo: a) que se trata de un “problema de salud pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones”; b) que la cirugía requerida “no se encuentra incorporada en el Régimen General de Garantías de Salud instituido en la Ley N° 19.966 (...), no pudiendo exigirse al sistema público dicha prestación”; c) que “la decisión de los recurridos no puede ser tachada de ilegal o arbitraria, puesto que se ajusta plenamente a nuestro ordenamiento jurídico sanitario”; y d) por fin, que “atañe a las autoridades del ramo llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado, en armonía con los medios que se tengan para ello y con otros parámetros que no resulta conducente desentrañar por esta vía” (Causa Rol N° 1.314/2009, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, el 20 de abril de 2009).

<sup>37</sup> Causa Rol N° 7766/2009, pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el 24 de noviembre de 2009 y confirmada por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 28 de enero de 2010 (Rol N° 9.317/2009).

<sup>38</sup> El Tribunal sienta la relevancia constitucional del derecho a la protección de salud, al mismo tiempo que – haciendo algo poco común en nuestra jurisprudencia – resalta que la Carta Fundamental consagra el “principio de la supremacía constitucional sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo, lo que impide absolutamente que normas de inferior jerarquía a la Constitución, pudieran dejar sin aplicación una garantía que ella ampara y reconoce”.

diente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer”, lo que importaría para el Estado “proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento”. Por ende, entendiendo vulneradas las garantías constitucionales contenidas en el art. 19 N° 1 (vida e integridad) y N° 9 (salud), determinó que FONASA prestase el tratamiento requerido, debiendo para ello “requerir su financiamiento al Ministerio de Salud a través del Fondo de Auxilio destinado al efecto”.

Al conocer este caso, la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida, eliminando, no obstante, del considerando decimosegundo las expresiones “en materia de salud” y “protección de la salud”.

Lo primero que resalta en este fallo, es la resistencia de la Corte Suprema en abordar el derecho a la protección en salud como un derecho subjetivo constitucional exigible judicialmente. La Corte, entretanto, no eliminó las consideraciones respecto a ese derecho, formuladas tanto en la parte considerativa (considerando decimoprimer), como resolutive de la sentencia recurrida, lo que puede revelar una tendencia de cambio, aunque incipiente, en los criterios jurisprudenciales.

Además de ello, este fallo es paradigmático, porque con él la Corte Suprema ratificó la intervención judicial en materia de políticas públicas en salud. Si antes el Poder Judicial rechazaba intervenir para asegurar un tratamiento de salud no incluido dentro del sistema AUGE, ahora –ante una patología contemplada en el sistema– intervino para sostener que, independientemente a lo contenido en el protocolo clínico de la política, el tratamiento prescrito por el médico tratante debe ser proporcionado por el Estado, ya sea por la vía ordinaria del AUGE o mediante el financiamiento extraordinario del Ministerio de Salud.

Como se desprende de los fallos comentados, los tribunales de justicia se enfrentaron a diferentes supuestos. En un caso, no existía una política pública para tal enfermedad; en cambio, en el recientemente expuesto, la política existe, pero el Poder Judicial va más allá, reconociendo la posibilidad de intervenir en sus criterios, es decir, en su mérito<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua determinó que Fonasa debe entregar un medicamento no cubierto por el Plan AUGE, a un paciente que sufría de cáncer renal. La Corte destacó que: “la Constitución Política garantiza el derecho a la salud de las personas, obligación que deben garantizar y cumplir todos los entes estatales (...)” y aunque Fonasa no disponga de los recursos necesarios, debe buscar el financiamiento por los medios adecuados y conocidos por la propia institución, pues, además, “ningún reglamento puede empinarse por sobre la Constitución, que obliga al Estado y a sus agentes a proteger la vida y la salud de la recurrente”. En ese caso, el Tribunal reconoció la relevancia del derecho a la salud, pero –para no entrar en el debate acerca de la procedencia de la acción de protección en esa materia– agregó también el derecho a la vida como fundamento de su decisión (Causa Rol N° 135/2009, pronunciada el 31 de marzo de 2009, por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua). La sentencia fue íntegramente confirmada por la Corte Suprema (Causa Rol N° 2499/2009, pronunciada el 1 de junio de 2009 por la Tercera Sala de la Corte Suprema). También se pronunció en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena (Causa Rol N° 651/2010, del 10 de noviembre de 2010), que otorgó tratamiento contra el cáncer de ovario, el que no figuraba en el Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto para esa dolencia. La Corte Suprema, a pesar de eliminar algunos fundamentos respecto al derecho a la salud y la supremacía de las normas constitucionales, confirmó la sentencia recurrida, ratificando –con base al derecho a la vida– el control judicial de omisiones administrativas en materia de salud pública (Causa Rol N° 8.902/2010, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, el 26 de enero de 2011).

Es interesante hacer notar que en ese mismo período, entre los años 2009 y 2010, la Corte Suprema había adoptado decisiones oscilantes y a veces contradictorias respecto a la (im) posibilidad de controlar judicialmente las políticas públicas de salud; y en los casos en que se estimaba competente para pronunciarse sobre estas materias, utilizaba fundamentos dispares. En noviembre de 2009, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un pedido de tratamiento que había sido negado por el Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud, entendió que se estaba vulnerando el derecho a la vida del recurrente, utilizando sólo ese fundamento para ordenar que fuese otorgada la prestación de salud, la que debía ser financiada por el Ministerio de Salud, a través del referido Fondo Extraordinario<sup>40</sup>.

Puesto en conocimiento de la Corte Suprema<sup>41</sup>, el caso fue resuelto mediante una sentencia técnicamente fundamentada en el parecer de expertos, que condujo a la revocación de la sentencia de la Corte de Apelaciones, denegando el tratamiento requerido. Independientemente de las circunstancias específicas relativas al caso concreto, conviene destacar algunos argumentos jurídicos en los cuales se basó la sentencia: a) que “*no todos los derechos esenciales garantizados en el artículo 19 de la Constitución Política son protegibles mediante el mecanismo cautelar consagrado por su artículo 20*”; b) que “*el derecho a obtener prestaciones de salud (...) con base en la precitada disposición constitucional, no es susceptible de resguardarse o asegurarse por medio de la acción de amparo formulada en autos*”; c) que, en cuanto a la invocada violación o menoscabo al derecho a la igualdad ante la ley “*no existen en el expediente elementos de juicio*”, y d) que, en relación al derecho a la vida, la amenaza que tenía lugar “*no resulta atribuible, en los términos establecidos por el artículo 20 de la Constitución Política, a la conducta del Ministerio de Salud, sino que está causada por la patología incurable (...)*”.

Este último argumento está presente en diversas decisiones –tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema– como una posible reacción a la estrategia de accionar por una prestación de salud utilizando como fundamento los derechos constitucionales a la vida y a la integridad física y/o psíquica (art. 19 N° 1), los cuales –a diferencia del derecho a la salud– encuentran expresa justiciabilidad por medio de la acción de protección (art. 20). Los derechos contenidos en el numeral primero del artículo 19, todavía han sido utilizados como fundamento para la concesión de prestaciones de salud por diferentes tribunales<sup>42</sup>.

En este contexto, se puede concluir que las Cortes de Apelaciones han contribuido al debate acerca del control judicial de políticas de salud, lo que se ha manifestado a través de diversos ejemplos expuestos a lo largo de este estudio, contenidos en sentencias que

<sup>40</sup> Causa Rol N° 8.826/2009, pronunciada el 10 de noviembre de 2009, por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>41</sup> Causa Rol N° 8.513/2009, dictada el 16 de diciembre de 2009 por la Tercera Sala de la Corte Suprema.

<sup>42</sup> En ese sentido: Causa Rol N° 405/2008, pronunciada el 15 de julio de 2008 por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Talca; Causa Rol N° 835/2009, pronunciada el 30 de noviembre de 2009 por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua; Causa Rol N° 31/2010, pronunciada el 31 de mayo de 2010 por la Corte de Apelaciones de Concepción, etc.

habiendo establecido este control, han sido confirmadas por la Corte Suprema con –apenas– algunas supresiones de contenido, generalmente relativas al derecho a la salud.

Por otro lado, al cotejar las decisiones adoptadas en muchos casos semejantes, resulta evidente que la Corte Suprema no ha seguido en esta materia una posición firme y uniforme, mas parece auspicioso que no obstante algunas vacilaciones, ese Tribunal haya caminado en la dirección de reconocer, a lo menos, algún papel del Poder Judicial en la garantía del derecho fundamental a la salud, sea por vía directa o por medio de otros derechos, como los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica. A diferencia de lo que ocurría hace un par de años, ahora estos temas están permanentemente puestos en el debate judicial del país.

### 2.3. LA POSICIÓN MÁS RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA

En una decisión reciente<sup>43</sup>, la Corte Suprema dio un paso importante en lo que se refiere a la justiciabilidad de las políticas públicas de salud. Por primera vez, la Corte reconoció la posibilidad de garantizar el derecho a la salud, en su esencia, por la estrecha vía contemplada por la acción de protección<sup>44</sup>.

En este caso, la acción constitucional fue promovida por Don José Vivanco Gabarito ante la Corte de Apelaciones de Temuco<sup>45</sup>, contra el Hospital Dr. Hernán Henríquez de esa ciudad. Sostuvo el recurrente que por una ruptura de meniscos en una de sus rodillas, se encontraba hacía casi un año en lista de espera para ser operado, y que fue informado por el referido Hospital que su cirugía no podría tener lugar por “*no estar la resolución de esa patología declarada en la cartera de servicios del hospital*”. Solicitó, por lo tanto, fuera acogida su acción para obligar al recurrido a que otorgase dicha prestación de salud según garantiza el art. 19 N° 9 de la Constitución.

El Hospital recurrido, además de la previsible defensa de no poseer los recursos técnicos y humanos suficientes para hacer frente a la gran demanda de cirugías, argumentó que las transformaciones legislativas que introdujeron las Garantías Explícitas de Salud (Plan AUGE) tenían establecidas “*otras prioridades*” para aquella unidad de salud, prioridades cuyo incumplimiento de plazos acarrearía la obligación del propio Hospital de solventar, a sus expensas y en otro establecimiento de salud, las prestaciones contempladas expresamente en el Plan AUGE, que no fueren cumplidas en tiempo y forma.

<sup>43</sup> Causa Rol N° 1.324/2010, pronunciada el 25 de febrero de 2010 por la Sala de Verano de la Corte Suprema.

<sup>44</sup> En esto sentido, la Causa Rol N° 6.799/2009, donde la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la prestación de salud requerida utilizando también el derecho a la salud como fundamento: “8° - (...) la negativa por parte de la recurrida a otorgar la cobertura al tratamiento oncológico al recurrente ha sido arbitraria y conculca la garantía contemplada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, desde que, en fin, la protección a la salud del afectado se ve amenazada al no poder disponer de un tratamiento de la enfermedad de que padece, conclusión que hace procedente la acción cautelar intentada, la que, por consiguiente, será acogida”. La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero no sin antes eliminar justamente el considerando octavo de su referencia al derecho a la salud (Causa Rol N° 7.358/2009).

<sup>45</sup> Causa Rol N° 1.686/2009, pronunciada el 28 de enero de 2010 por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Como se puede ver, este último argumento esgrimido por el Hospital, revela, entrelíneas, la estrategia más común de defensa en estos casos: remitir el problema concreto puesto a conocimiento judicial a un plano abstracto, precisamente al plano de una política pública de salud formulada e implementada por el Poder Ejecutivo. Con esta estrategia se pretende encuadrar la discusión judicial, limitándola, pues, como es de público conocimiento, la posición tradicional del Poder Judicial, en situaciones como éstas, ha sido la de considerar inadmisibles su intervención en materia de políticas públicas.

Conforme a lo que era de esperarse, la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que la Constitución sólo protege con la acción de protección los derechos y garantías taxativamente contenidos en su art. 20, entre los cuales no se encontraba consultado el derecho a la salud (art. 19 N° 9), por lo que declaró inadmisibles la acción deducida.

Tal negativa del Poder Judicial para acoger pretensiones sobre salud mediante la acción de protección, tiene una consecuencia directa: la constatación de que la presencia de este derecho de matriz social en la Constitución chilena no pasaría de ser una 'promesa constitucional', ya que su no observancia no acarrearía sanción alguna para los órganos ejecutivos y legislativos responsables, así como tampoco se aseguraría al ciudadano el derecho de accionar ante el Poder Judicial para hacer efectiva esta garantía. Aun cuando inquietante, esta posición del Poder Judicial era previsible y esperada, porque conserva una lectura tradicionalmente literal del texto constitucional, seguida no sólo por los órganos judiciales, sino que también por una buena parte de la doctrina patria<sup>46</sup>.

Por eso, esta posición de la Corte Suprema sorprendió, justamente por innovar en la materia. Al comienzo, la sentencia eliminó dos de los fundamentos del fallo recurrido, justamente los que mencionaban una supuesta imposibilidad de utilizar la acción de protección para asegurar el derecho a la salud.

Luego, la Corte señaló que "*el derecho a la protección de la salud goza de tutela normativa*", pues la Constitución, en su artículo 19, "*contempla normas de resguardo de la salud y otros aspectos relacionados y necesarios para su desarrollo eficaz*". Más adelante, aun reconociendo que "*la acción cautelar contemplada en el artículo 20 sólo se ha limitado a la tutela del inciso final de la disposición citada, es decir, el derecho de las personas a escoger un sistema de acceso a la salud, sea éste público o privado*", el fallo termina explicitando un nuevo criterio jurisprudencial, al consignar que los primeros incisos del número nueve del artículo 19 de la Carta Fundamental "*establecen criterios normativos rectores que el constituyente entrega al Estado, lo cual lleva a interpretar de modo extensivo la garantía constitucional*".

La Corte concluye sosteniendo: "*En efecto, por tratarse de una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social, es el Estado el llamado a garantizar el Derecho a la Protección de la Salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ello la definición de salud*".

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo: "(...) podemos concluir que el derecho a la protección de la salud como derecho social programático hace muy difícil su protección jurisdiccional, por lo cual una de las formas en las que el Estado puede cumplir con el mandato Constitucional es a través de la implementación de políticas de Salud Pública (...)". GARAY Uíloa, Graciela e ILLANES Riquelme, Antonia. Tutela constitucional del derecho a la protección a la salud y su repercusión en la salud pública. Tesis. (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2008. 258 h.

*dada por la Organización Mundial de la Salud: ‘máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales’. También es obligación del Estado, no sólo regular el Sistema de Salud, sino principalmente, ser proveedor de mismo y, a través de la generación de Políticas de Salud, administrar sus recursos”.*

Como se percibe, el máximo Tribunal reconoció expresamente el carácter fundamental de los derechos sociales, en especial del derecho a la salud, al mismo tiempo que atribuyó al Estado el deber constitucional no sólo de regular el Sistema de Salud con una perspectiva estrictamente liberal, sino que, responsabilizándolo por la efectiva formulación de políticas públicas y la aplicación de recursos en el sector, dado que lo entiende como un protagonista indispensable para garantizar ese derecho.

La sentencia va más allá. Insinúa que la garantía formal de “*libre contratación*” o de libre elección del sistema de salud no sería suficiente para asegurar derechos en la práctica, resaltando que tanto en la Constitución como en la legislación infraconstitucional<sup>47</sup> “*se ha resguardado la salud tanto desde la perspectiva de la libre contratación cuanto del acceso igualitario a las acciones tendientes a la recuperación de la misma*”. Esto es, sin duda, un expresivo avance en la interpretación de la Constitución, incorporando a la perspectiva liberal clásica la noción de democracia material o substantiva<sup>48</sup>, pues, ¿de qué serviría la garantía formal de derechos de libertad cuando no se poseen las condiciones materiales imprescindibles para su ejercicio?

En otras palabras, en lo que respecta al derecho a la salud en un Estado social de Derecho: ¿sería suficiente asegurar a los ciudadanos la simple “*libertad de escoger*” entre los sistemas de salud disponibles? La Corte Suprema respondió diciendo que no.

Y fue más allá. De modo pionero, la Excma. Corte evaluó críticamente el mérito de una política pública de salud, realizando el control judicial del Plan AUGE. En el caso concreto, la Corte constató que la enfermedad que el actor padecía, de hecho no estaba contemplada en la política pública formulada por el Ministerio de Salud, lo que en principio la excluiría de las garantías de acceso, oportunidad (plazos reducidos) y protección financiera (financiamiento parcial) para solucionar su problema de salud.

Al analizar, entonces, el decreto supremo del Ministerio de Salud N° 44, de 31 de enero de 2007 –el cual había establecido las garantías explícitas en relación a las enfermedades que seleccionó– la Corte Suprema se valió de su artículo 41, que cubre el tratamiento de artrosis, para, por medio de una interesante construcción jurídica, garantizar el derecho del recurrente por medio de una analogía.

La decisión consignó que el referido artículo había aprobado “*el Tratamiento Médico de enfermedades distintas que tienen distintas eteologías, pero con pronóstico morfológico y*

<sup>47</sup> En este sentido, el artículo primero de la Ley N° 18.469 – que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

<sup>48</sup> Para una profundización en este tema, véase: FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta. Madrid, 2006.

*clínico común, entre ellas las que afectan ligamentos*". Este razonamiento es la primera intervención que el fallo hizo en el mérito de la política pública en tela (Plan AUGE). Por analogía —ya que la artrosis no parecía ser la causa de la lesión en las rodillas del recurrente— amplió el espectro de la política pública, para asegurar el derecho a la salud invocado.

Además, el mencionado artículo 41, si bien se refería a la artrosis, restringía la cobertura de garantías al tratamiento médico a personas mayores de cincuenta y cinco años. Sobre ese aspecto, la Corte, en una segunda intervención en la política pública, decidió que una persona no puede estar sin recibir atención médica por tener una edad inferior a la establecida en las normas sanitarias, pues ello significaría *"un daño a su integridad, no sólo física sino psicológica y a su dignidad como ser humano, protegida en el artículo 1 de la Constitución Política"*.

Por ende, la Corte refuerza la argumentación del fallo utilizando como fundamentos para dar cabida y procedencia a la acción de protección, más allá del derecho a la salud, los derechos constitucionales a la igualdad (art. 19 N° 2) de todas las personas de someterse a un tratamiento médico prescrito; y a la vida e integridad física y psíquica (art. 19 N° 1), una vez que la actuación del recurrente, al retardar la prestación requerida, dificultaría *"el restablecimiento de la salud del recurrente de protección, afectando su integridad física y psíquica"*.

Con estos fundamentos, la Corte Suprema revocó la sentencia del Tribunal de origen, declarando acogida la acción de protección y ordenando al Hospital recurrido a *"priorizar dentro de las patologías de la misma naturaleza, el caso del recurrente, considerando, además, el tiempo transcurrido desde la fecha en que fue incluido en lista de espera"*.

Esta sentencia —aun cuando constituye un cambio de criterio jurisprudencial— fue dictada por la Sala de Verano de la Corte Suprema, cuya formación *ad hoc* es bastante distinta de la habitual composición de Ministros de la Tercera Sala de aquella Corte, competente para conocer materias de índole constitucional.

De ahí que el 6 de abril de 2010, a menos de dos meses de dictado aquel innovador fallo, la Tercera Sala expresó un razonamiento abiertamente contrario a lo señalado por la Sala de Verano, restaurando de ese modo el criterio anteriormente sostenido por sus Ministros, ahora, en todo caso, con el voto disidente del Ministro Haroldo Brito<sup>49</sup>, quien no sólo había sido miembro de la Sala de Verano, sino que también había sido el Ministro encargado de redactar aquel innovador fallo.

---

<sup>49</sup> En su voto disidente, el Ministro Haroldo Brito, reiterando los argumentos expuestos en la Sala de Verano, volvió a consignar que "el derecho a la protección de la salud goza de tutela normativa" y que la garantía constitucional de tutela del derecho a la salud debe ser interpretada extensivamente porque se trataría de "una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social" garantizar "el Derecho a la Protección de la Salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ello la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud: ¿máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales?". De igual modo, tal como fuera resuelto en el fallo anterior, el Ministro buscó hacer referencia también a los derechos constitucionales a la vida y a la integridad física y al derecho a la igualdad de ser sometido a un tratamiento médico prescrito.

En la sentencia que restaura el criterio jurisprudencial tradicional de la Corte<sup>50</sup>, la mayoría de los Ministros entendieron que el tratamiento de salud requerido, al no estar previsto en la lista taxativa del Plan AUGE, no podía ser asegurado por el Poder Judicial por medio de los mecanismos de garantías especiales del referido Plan. Ese análisis, en la medida que se limita a una subsunción entre la petición de la recurrente y las normas que regulan las garantías explícitas de salud, rechaza cualquier posibilidad de intervenir en el mérito de la política pública.

Además, también la mayoría de la Sala, ratificó la tesis de que “*el derecho a obtener prestaciones de salud (...) sobre la base de las disposiciones constitucionales (...) no es susceptible de resguardarse por medio de la acción de cautela formulada [acción de protección]*”.

De lo expuesto se percibe que, no obstante que inicialmente se había aprobado un cambio en la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema en lo referente a la intervención del Poder Judicial en materia de políticas públicas, para asegurar un Derecho de orden social, esa tesis jurídica, expresada por la Sala de Verano, no fue mantenida por la mayoría de los miembros de la Sala Constitucional del máximo Tribunal.

### 3. EL ROL ASUMIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD.

En Chile, como ya se ha mencionado, se ha configurado un sistema de salud dual, en que actúa un subsistema público y un subsistema privado. En el primero se encuentra afiliado el sector mayoritario de la población; en el segundo, sólo aproximadamente un cuarto de ésta. Se caracteriza porque el subsistema público está integrado las personas de más escasos recursos y aquellas mayores a 65 años, mientras que el subsistema privado lo integran las personas de mayores ingresos<sup>51</sup>.

El Poder Judicial ha conocido acciones de protección, promovidas tanto en contra de las Isapres (subsistema privado), como en contra Fonasa; los sistemas de salud y contra los órganos administrativos responsables de la salud, con una mirada más general, como el Ministerio de la Salud (subsistema público)<sup>52</sup>. En cambio, al Tribunal Constitucional sólo se le han sometido controversias propias del subsistema privado, en cuyo conocimiento, en todo caso, este Tribunal ha tomado en consideración deberes del Estado y no sólo de los particulares, para efectos de fundamentar sus decisiones, interviniendo, por ende, aunque de manera parcial, en las políticas públicas.

Los dos subsistemas, en efecto, son parte de un sistema integral de políticas en materia de salud y no pueden ser analizados de forma aislada. Algo de eso se puede colegir de los controvertidos fallos del Tribunal Constitucional que se han referido a la “tabla de

<sup>50</sup> Causa Rol N° 1447/2010, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, el 6 de abril de 2010.

<sup>51</sup> CELEDÓN, Carmer, LEIVA, Francisco, ZULETA, Gustavo. Op. cit. pp. 102-111.

<sup>52</sup> En este estudio, en cuanto a la intervención del Poder Judicial para garantizar el derecho a la salud, se han expuesto principalmente controversias entre particulares y los actores provenientes del subsistema público, como sujetos pasivos de las acciones pertinentes. Para un análisis más completo de las causas entre particulares y las Isapres (entidades por autonomía del subsistema privado) véase BULNES ALDUNATE, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. En: *Gaceta Jurídica*, N° 295, 2005, pp. 12-29.

factores” utilizada para determinar los costos de los planes de seguro privado, en cuyos razonamientos ha aludido también a los deberes del Estado y de los distintos actores del sistema, respecto al derecho a la salud.

Uno de los grandes problemas del sistema de salud del país parece ser, justamente, la inequidad y falta de solidaridad existente entre los dos subsistemas, público y privado.

Hoy por hoy resulta interesante destacar el fallo del Tribunal Constitucional del año 2010, el que si bien se refiere a un tema específico relativo al alza de los costos de los seguros de salud en base a la tabla de los factores que manejan las Isapres<sup>53</sup>, formula importantes considerandos en que expresa de manera categórica y sin ambages, una serie de deberes del Estado en materia de salud, muy superiores a los establecidos del mero marco constitucional formal o literal de la Carta de 1980.

O sea, el fallo del Tribunal Constitucional, no obstante abordar controversias existentes en el subsistema privado, formula una doctrina progresista sobre el derecho a la salud, que puede significar un avance en la percepción jurisprudencial de los derechos sociales.

En particular, dentro de los citados considerandos, nos parecen dignos de destacar: “*Centesimodecimotercero: (...) El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud*”;

“*Centesimodecimoctavo: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el ‘deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud’. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho*”.

“*Centesimovigesimoprimer: El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población*”.

“*Centesimotrigesimoprimer: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a ‘garantizar’ el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución)*”;

Una interpretación sistemática, desde luego da cabida a una mayor protección en materia de salud y en esa línea se orienta el referido fallo del Tribunal Constitucional del 6 de agosto de 2010, causa Rol N° 1710/2010.

Esta sentencia no es la primera, ni tampoco constituye un caso aislado, ya que es el resultado de una jurisprudencia bastante asentada que ha objetado –por vía de diversas

---

<sup>53</sup> A pesar de que se ha sostenido que con la aplicación de la tabla de factores se estaría afectando a los sectores más vulnerables de la población, como son los adultos mayores, mujeres y las personas afectadas por enfermedades crónicas, que en virtud del alza en los costos de los planes se ven en la necesidad de migrar hacia el sistema público, no podemos dejar de mencionar, que en los hechos, los sectores efectivamente más vulnerables y de escasos recursos, no tienen siquiera la posibilidad de acceder al subsistema privado y, por ende, ser “afectados” por la aplicación de esta tabla.

acciones de inaplicabilidad— la constitucionalidad de las normas en materia de cambios de precios en los planes de las Isapres. Los fallos del Tribunal Constitucional en este punto se hacen sistemáticos ya desde 2008<sup>54</sup>, reiterándose en los años 2009<sup>55</sup> y 2010<sup>56</sup>, culminando con esta sentencia de inconstitucionalidad de efectos generales<sup>57</sup>.

La competencia de que goza el Tribunal Constitucional a este respecto, cabe hacer presente, es más amplia que la conferida a los tribunales ordinarios, ya que las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad no se encuentran restringidas al catálogo de garantías cubiertas por el recurso de protección del artículo 20 de la Carta Fundamental.

La interpretación que ha sostenido el Tribunal Constitucional ha recibido la férrea oposición de algunos autores<sup>58</sup>, quienes han afirmado que con aquel criterio se ha exacerbado la discusión sin plantear una solución concreta a la problemática, acusando al Tribunal de estar adoptando un rol de reformador social de complejas perspectivas.

Sobre esta materia, el profesor Cordero, en una reciente publicación, hace una crítica también en cuanto a los riesgos del avance del Tribunal Constitucional sobre el control de las políticas públicas, pues con tan control se estaría —a su juicio— pasando por sobre ellas<sup>59</sup>. Esto, según el autor, porque “*Afirmar que en este caso el TC no deliberó sobre la manera de entender la política pública sanitaria es ingenuo, por más esfuerzos que realice el*

<sup>54</sup> Precisamente ese año en la causa interpuesta por doña Silvia Peña Wasfi, Rol N° 976, el Tribunal Constitucional refiriéndose a los derechos económicos y sociales señaló, en el considerando número veintiséis: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.

<sup>55</sup> Causa Rol N° 1218/2009, pronunciado el 7 de julio de 2009 y la Causa Rol N° 1287/2009, pronunciado el 8 de septiembre de 2009.

<sup>56</sup> Causa Rol N° 1273/2010, pronunciado el 20 de abril de 2010 y la Causa Rol N° 1348/2010, pronunciado el 27 de abril de 2010.

<sup>57</sup> Respecto a la competencia para declarar inconstitucional una norma, introducida en las reformas constitucionales del año 2005, véase NOGUEIRA A., H. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”. En: ZÚÑIGA U., F. (coord.). *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005. Pp. 593-625.

<sup>58</sup> SOTO VELASCO, Sebastián. “Fallos ISAPRES: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”. En: *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2008. P. 172.

<sup>59</sup> “Cuando el TC señala que su objetivo no sólo es garantizar el texto escrito de la Constitución, sino también ‘sus valores y principios’, entonces es un tribunal que puede ser deliberante de la política pública o, en último término, un censor moral. Ese es el riesgo inmanente a ese argumento, pues permite a un órgano, no democrático en su origen y de más fácil captura que aquellos configurados en el marco de procesos políticos, definir con fuerza de autoridad nuestra concepción sobre aquello que es moralmente admisible” (CORDERO VEGA, Luis. “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de Isapres: un aparente triunfo de los derechos sociales”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011. P. 158). Una concepción distinta sobre la legitimación del Poder Judicial puede ser encontrada en la doctrina de Ferrajoli: “(...) el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad ‘en droits’ (...) esta legitimación no tiene nada que ver con la democracia política, ligada a representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado ‘democracia sustancial’” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. P. 27).

*propio tribunal de asilarse en la 'declaración abstracta de inconstitucionalidad'*". Luego, este mismo autor concluye constatando el alcance general del fallo como precedente: "A mayor abundamiento, esta situación resulta clara si se considera que el TC desarrolló una teoría de derechos sociales que hasta ahora nuestra jurisprudencia y el propio constituyente derivado de 2005 habían sido reacios en aceptar"<sup>60</sup>.

Por otra parte, en un interesante artículo que analiza no ya de manera aislada sino que en conjunto tales pronunciamientos, el Ministro del Tribunal Constitucional, don Francisco Fernández Fredes<sup>61</sup>, postula que con estos fallos, ya no solamente se están estableciendo deberes de cobertura para el Estado, sino que con ellos se está configurando un nuevo Orden Público en materia de salud, cuyo contenido no podría violentarse a través de los contratos de salud que firmen los afiliados al subsistema privado, ya que habría aquí un verdadero límite a la autonomía de la voluntad<sup>62</sup>.

Ahora bien, y con alcances ya generales, cabe preguntarse entonces si es lícito que a través de las Cortes<sup>63</sup>, sean ordinarias de justicia, sean en sede constitucional, se fijen pautas en materia de políticas públicas, atendida la circunstancia de que la conducción de la política gubernativa en Chile se encuentra confiada al Ejecutivo, el que ponderando la globalidad de los ingresos y gastos estructura el presupuesto de la nación, con la debida aprobación del Congreso Nacional.

Una respuesta afirmativa, desde una perspectiva meramente legal y formal, podríamos encontrarla en el principio de la prelación de gastos contenido en la propia regulación de la Administración financiera del Estado, del decreto ley N° 1.263 de 1975, en cuyo artículo 28 se sostiene que aun cuando un gasto no se encuentre contemplado en las partidas presupuestarias del Presupuesto de la Nación respectivo, no puede denegarse su pago, esgrimiendo este argumento formal, cuando tal gasto se genere por sentencias judiciales o sean de aquellos gastos propios de seguridad social.

Desde una perspectiva sustancial, además, nos parece que la intervención judicial, ya sea por parte de Tribunales ordinarios de Justicia, como por el Tribunal Constitucional, tendiente a garantizar derechos fundamentales, incluso los derechos económicos y socia-

<sup>60</sup> CORDERO VEGA, Luis. Op. cit. P. 158.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. "El régimen de protección de los derechos económicos y sociales en Chile". En: *Revista de Estudios Parlamentarios Hemiciclo*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile, N° 3, 2010. P. 147.

<sup>62</sup> Precisamente, refiriéndose a este punto en la causa Rol N° 976 de 2008, en el considerando cuarenta y tres, el Tribunal Constitucional señaló: "(...) el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud; con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrán en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema".

<sup>63</sup> Véase FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo. "Justificación del rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a la protección de la Salud". En: *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Chile, vol. 36, N° 2, 2009. Pp. 313-341.

les, resulta un imperativo del propio Estado Constitucional de Derecho, donde el rol del juzgador consiste precisamente en intervenir en los supuestos en que los demás poderes, ya sea por acción u omisión, lo están vulnerando.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES.

En el fondo, pasados treinta años de vigencia de la Constitución actual, la cual consagró un rol subsidiario del Estado en la economía en general y en la satisfacción de las prestaciones sociales en particular, en base a lo que hemos expuesto, hoy por hoy podemos apreciar una reacción estatal, a través de sus distintas vertientes, que le han permitido a éste jugar un rol fundamental en estos temas de salud.

Es en este escenario, en el cual los poderes Ejecutivo y Legislativo, a mediados de la década del 2000, dadas las presiones sociales, crearon el Plan AUGE, la primera Política Pública efectiva y amplia de Salud, bajo el marco constitucional vigente.

En años más recientes, incluso, la actuación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo ha alcanzado una esfera hace poco tiempo atrás impensable en materia de políticas públicas de salud, pretendiendo no sólo conferir prestaciones de salud, que suponen una actuación positiva del Estado, con carácter macro, sino que también estableciendo prohibiciones o restricciones<sup>64</sup>, en la esfera privada de decisiones microeconómicas<sup>65</sup>.

En el ámbito del Poder Judicial, a pesar que los fallos no han mantenido una línea gradual y uniforme, podemos sostener que los criterios que se han utilizado a lo largo del período de estudio permiten concluir una mayor preocupación por parte de los tribunales de justicia por buscar garantizar el derecho a la salud de las personas, lo que sin lugar a dudas constituye un avance en el Estado Constitucional de Derecho, y transforma, al menos en parte, a este Poder, en un actor relevante en el control de la implementación de políticas públicas en materia de salud.

<sup>64</sup> Aun cuando las ideas de medicina preventiva que no son nuevas en este país, pues ya tenían asidero normativo en 1938, a través de la Ley N° 6.174 sobre Medicina Preventiva.

<sup>65</sup> Lo señalado puede graficarse con la discusión que ha tenido lugar con ocasión de la tramitación parlamentaria de la ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad (denominada coloquialmente como la Ley sobre el etiquetado de alimentos o la Ley del “Super ocho”, en virtud de la cual se pretendía evitar la venta de golosinas y “comida rápida” en establecimientos educacionales primarios, secundarios e incluso superiores, para así poder combatir con los aumentos de índices de obesidad que está afectando a la población chilena. Precisamente, en los fundamentos de su mensaje se señalan: “Chile, por su parte, ha experimentado durante los últimos quince años importantes cambios demográficos y epidemiológicos, que dan como resultado un aumento en la proporción de adultos y adultos mayores y un importante aumento del sobrepeso y la obesidad, así como, de otras enfermedades crónicas no transmisibles (ECNT), dislipidemias, hipertensión arterial, síndrome resistencia insulina, diabetes mellitus tipo 2, cuya prevención está fuertemente relacionada con la nutrición y alimentación desde etapas precoces de la vida”.

“Un factor desencadenante de este cuadro sanitario es el auge experimentado, en las últimas décadas, por los llamados locales de ‘comida rápida’. En Chile, el número de locales que venden comida rápida o ‘fast food’ ha aumentado, encontrándose varias cadenas internacionales que concentran su actividad en la Región Metropolitana y en las grandes ciudades. Su llegada ha estado acompañada de una fuerte publicidad y de grandes campañas promocionales, especialmente dirigidas a los niños.

La composición nutricional de estos alimentos puede favorecer el aumento excesivo de peso y favorecer el desarrollo de algunas de las ECNT que acompañan a la obesidad”.

En lo que atañe a la labor del Tribunal Constitucional dentro de las políticas públicas en materia de salud, podemos afirmar que si bien sus pronunciamientos se han limitado a tópicos propios del subsistema privado, al ser éste una parte integrante del sistema general de salud, bien podemos decir que sus criterios han permitido allanar el camino de los demás poderes públicos en este impulso mancomunado, a diferentes velocidades y grados, pero mancomunado al fin y al cabo, en aras a garantizar el derecho a la salud.

Como conclusión nos parece que en cuanto a la actuación de los tribunales ordinarios de justicia, el desafío pendiente más inmediato apunta a una interpretación extensiva y sistemática del ordenamiento jurídico constitucional, reconociendo al derecho a la salud como fundamento autónomo habilitante para poder deducir la acción de protección.

El desafío del Ejecutivo y del Legislativo es afrontar los problemas de inequidad del sistema, que hace imposible el otorgamiento de prestaciones relativamente uniformes para las diferentes personas frente a las mismas patologías. Sólo a través de acciones concretas, estructurales y globales, se puede alcanzar ello<sup>66</sup>.

El desafío del Tribunal Constitucional estriba en conocer y pronunciarse ya en un caso concreto respecto a los deberes específicos del Estado en las distintas acciones de salud pública y no sólo hacer referencias a éstas de manera indirecta, puesto que así se puede desentrañar una interpretación general de cómo entiende la estructura del sistema de salud en el país, asignando las responsabilidades específicas y concurrentes para los distintos actores de él.

En síntesis, el gran desafío de los tribunales ordinarios y también del Tribunal Constitucional en materia de salud, es caminar hacia una comprensión estructural y amplia del sistema de salud. Esta comprensión, es necesario decirlo, no encuentra razón de ser en una mera discusión doctrinaria, sino que desde luego tiene alcances prácticos.

Doña Luz Bulnes Aldunate, al comentar los fallos de la Corte Suprema haciendo justiciable el derecho a la salud contra las Isapres, ha manifestado que “*El derecho social de la protección a la salud por la interpretación del órgano jurisdiccional deja de ser un derecho relativo, no justiciable y se convierte en un derecho absoluto que puede ser exigido frente a los tribunales (...) la aplicación directa de la Constitución la encontramos en materia de salud y este derecho social que siempre se sostenía que requería de implementación legal hoy tiene fuerza normativa (...)*”<sup>67</sup>.

Este análisis, a nuestro juicio conduce a un equívoco, pues hace parecer que los fallos en favor de los asegurados contra las Isapres serían suficientes para que se pueda afirmar

---

<sup>66</sup> Todos estos cambios gestados en el plano nacional, además, deben ser expuestos y analizados a la luz de las pautas y estudios de la OCDE, la cual también evalúa los desempeños en materia de salud de sus países miembros, colocando en Chile, múltiples desafíos para desarrollar la información y relacionarla con un correcto desempeño en el manejo de los recursos destinados para estos fines, satisfaciendo así la necesidad social envuelta. Véase en GIACONI, J., CONCHA, M., LABBÉ, J. “Análisis y Desafíos del Sistema de Salud Chileno bajo Criterios de la OCDE” En: CHEYRE, J., OLIVARES, J., RODRÍGUEZ, N. (Eds). Chile en el club de los países desarrollados., Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2010. P. 322.

<sup>67</sup> BULNES ALDUNATE, Luz. Op. cit. P. 29.

que en la jurisprudencia del país el derecho constitucional a la salud hoy día tiene “*fuerza normativa*” y aplicabilidad inmediata.

El problema de la interpretación jurídica-constitucional de este derecho no puede ser reducido a tal simplicidad, porque, como hemos demostrado, la jurisprudencia de los tribunales chilenos está lejos de ser unánime en cuanto a su rol garantizador del derecho a la salud de todos los chilenos, sobretodo de aquellos que dependen del subsistema público de salud, que constituyen casi las tres cuartas partes de la población<sup>68</sup>.

Hoy se puede sostener que si bien la actuación judicial ha sido firme y uniforme al intervenir en el subsistema privado de salud, por otro lado ha sido más oscilante, justamente cuando lo que se necesita es garantizar los derechos a las personas más vulnerables de la sociedad –que son parte del subsistema público de salud– lo que hace notar que el problema es mucho más complejo y estructural.

Por último creemos adecuado compartir una reflexión de Patricio Meller: “*El Estado de Bienestar es la institución de la sociedad moderna encargada de que los individuos de bajos ingresos no queden por debajo del nivel de subsistencia; la definición de este nivel mínimo es su responsabilidad*”<sup>69</sup>. *El mecanismo del mercado no debe utilizarse para esta tarea: así como existe consenso de que no es lícita la compra y venta del voto político, el nivel mínimo de subsistencia de un ser humano no puede estar expuesto a la libre interacción de la oferta y la demanda*”<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Compartimos sobre el tema el razonamiento de Cordero que, al analizar el reciente fallo del Tribunal Constitucional sobre las Isapres, pondera: “*Pero a mi preferencia personal, no puedo dejar de advertir que todo el razonamiento en esta materia está hecho sólo para los contratos de seguros de salud, lo que hace que su análisis sea parcial y, en consecuencia, limitado desde la dimensión social que el Tribunal pretende construir desde la “solidaridad”. En efecto, si el razonamiento del TC es consistente, entonces no es admisible la reserva presupuestaria y el modelo de atención del sistema público. (...) Quienes reciben cotidianamente prestaciones de un congestionado servicio público, carecen en su gran mayoría de recursos para elegir un seguro de salud privado. A menos que la política pública se oriente hacia un sistema de financiamiento solidario entre ambos los sistemas, la sentencia del TC mantiene la profunda inequidad en las prestaciones que reciben los usuarios públicos* (CORDERO VEGA, Luis. *Op. cit.* Pp. 158-159)

<sup>69</sup> OYARZO, César. *Op. cit.* P. 150.

<sup>70</sup> MELLER, Patricio. “Un siglo de economía política chilena (1890-1990)”. 3ª ed., Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 2007. P. 318.