



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

“ANÁLISIS CRÍTICO DEL ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES Y EN PARTICULAR
EL DERECHO A LA SALUD”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

HERNÁN MANUEL VALDÉS FLORES

Profesor Guía:

PAULINO VARAS ALFONSO

SANTIAGO DE CHILE

2018

Dedicado a mis padres Hernán y Eloísa, por su infinita paciencia, amor y comprensión durante toda la carrera y, en especial, en el cierre de este largo proceso.

Agradecimientos:

Gracias a todos aquellos que, de alguna forma, mediante sus conversaciones y silencios, me han apoyado durante el largo desarrollo del presente trabajo.

Agradecimientos especiales a Karina Negrete, quien me motivó cuando todo se veía tan lejano y me impulsó a concretar este proyecto, y en especial a mi amigo David Guevara, por su valor, apoyo y guía incondicional. Pues sin ellos, simplemente, me resulta imposible concebir la actual entrega.

Tabla de contenido.

Abreviaturas.	5
Resumen y Abstract.	6
Introducción.	7
Capítulo I. Cuestiones Preliminares.	9
1.- Derechos Sociales. Concepto.	10
1.1- Modelo de organización o Estado Organizado.	12
1.2.- Precondiciones de carácter psicológico y base axiológica.	14
a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí mismo o de su entorno inmediato, sus necesidades básicas.	14
b) Riesgos sociales imposibles de asumir por la vía tradicional de responsabilidad individual.	16
c) Convicción social que el Estado debe asumir el objetivo de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar.	18
1.3.- Elementos de la Exigibilidad.	20
1.3.1.- Exigibilidad Política.	21
1.3.2.- Exigibilidad Jurídica o justiciabilidad.	22
1.4.1.- Objeciones planteadas respecto a la exigibilidad de los derechos sociales.	23
A.- Objeción Cognitiva.	24
B.- Objeción metodológica.	25
C.- Objeción Funcional.	25
1.4.2.- Respuestas doctrinales a las objeciones planteadas.	26
A.- Respuesta a la objeción cognitiva.	26
B.- Respuesta a la objeción metodológica.	27
C.- Respuesta a la objeción funcional.	27
	2

Capítulo II. De La Salud y sus implicancias como derecho social.	29
2.1.- Concepto.	29
2.2.- Modelos biomédico y biopsicosocial.	31
2.3.- Factores que determinan la salud.	32
I) Entorno.	32
II) Genética.	33
III) Nivel socioeconómico.	35
IV) Redes de apoyo social.	36
V) Servicios de salud.	38
VI) Nivel educativo.	39
VII) Sexo y género.	40
Capítulo III. Descripción del marco normativo del Derecho a la Salud a nivel internacional y nacional.	43
3.1.- Tratados Internacionales.	43
3.1.1.- La Declaración Universal de Derechos Humanos.	44
3.1.2.- Preámbulo de la Constitución de la OMS.	45
3.1.3.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	46
3.1.4.- Protocolo San Salvador.	48
3.2.- Normativa Nacional.	50
3.2.1.- Constitución Política de la República de 1980.	50
a) El derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona. Artículo 19 N°1.	52
b) La igualdad ante la ley. Artículo 19 N°2.	53
c) La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Artículo 19 N°3.	54
d) El derecho a la protección de la salud. Artículo 19 N°9.	55

e) El derecho a la seguridad social. Artículo 19 N°18.	55
3.2.2.- Leyes y Decretos Ley que regulan el derecho a la salud.	56
a) Decreto con Fuerza de Ley N°1. Reorganiza el Ministerio de Salud y otros organismos.	56
b) Ley N°18.469. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de salud y crea un régimen de prestaciones de salud.	57
c) Ley N°19.966. Establece un Régimen de Garantías en Salud.	62
d) Decreto con Fuerza de Ley N°725 de 1968. Código Sanitario.	64
f) Ley N°20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.	65
g) Ley N°20.850. Crea un sistema de Protección Financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.	70
3.2.3.- Órganos y organismos del Estado encargados de cumplir con el derecho a la salud establecidos en leyes nacionales.	74
a) El Fondo Nacional de Salud (FONASA).	77
b) Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.	79
3.3.- Derecho Comparado.	80
3.3.1.- Argentina.	80
3.3.2.- México.	81
3.3.3.- Perú.	82
3.3.4.- Colombia.	83
4.- Conclusiones.	85
Bibliografía.	98
Fuentes normativas.	98
Bibliografía general.	98
Referencia Electrónica.	101

Abreviaturas.

Para efectos del presente trabajo, se utilizarán las presentes siglas y abreviaturas:

AUGE: Acceso Universal de Garantías Explícitas en Salud.

CENC: Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

D.O: Diario Oficial de la República de Chile.

FONASA: Fondo Nacional de Salud.

GES: Garantías Explícitas de Salud.

ISAPRES: Instituciones de Salud Previsional.

OEA: Organización de Estados Americanos.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Resumen.

La naturaleza del presente trabajo consiste en analizar de forma crítica, la manera mediante la cual, los derechos sociales, en particular la salud, son reconocidos por el constituyente y llevados a la práctica por el Estado. Lo anterior, mediante el análisis y posterior contraste respecto al tratamiento que estos han recibido en la plataforma internacional, en particular: tratados, declaraciones y pactos internacionales suscritos por nuestro país, como también respecto de los cuerpos normativos vigentes en nuestra nación. Todo esto con el propósito último de establecer su suficiencia o plantear una alternativa para lograr dicho objetivo en caso de alcanzar la conclusión contraria.

Abstract.

The nature of this work is to critically analyze the way in which social rights, particularly health, are recognized by the constituent. The above, through the analysis and subsequent contrast with respect to the treatment that these have received in the international platform, present in treaties, declarations and international agreements signed by our country, as well as with respect to other normative bodies in force in our nation. That with the ultimate purpose of establishing its sufficiency or to propose an alternative to achieve said objective in case it is the opposite conclusion.

Introducción.

Las razones que motivan el presente trabajo se fundan en la importancia que adquieren los derechos sociales en el marco del Estado de Derecho moderno, en el cual, dichos preceptos constituyen un elemento esencial para efectos de legitimar y consolidar su existencia en relación a su función.

Los fundamentos de dicha afirmación, como se verá, descansan en la naturaleza misma de los derechos sociales, los cuales, dotan de contenido las declaraciones efectuadas tanto por el constituyente, como por el legislador al momento de establecer derechos y obligaciones. En consideración a que dichos elementos, tal como se expondrá, dotan de legitimidad al Estado social de Derecho.

Uno de los objetivos del presente trabajo consiste en determinar el grado de suficiencia en la que el Estado, como garante y proveedor de dichos derechos, en especial el derecho a la salud se encuentra frente a la normativa y los estándares establecidos por la comunidad internacional, la que ha regulado la materia mediante la creación de distintos tratados, acuerdos y pactos varios de los cuales han sido suscritos por el Estado de Chile.

La hipótesis en la cual nos basamos descansa en definir y aclarar, el rol que el Constituyente ha entregado al Estado frente a estos derechos ya sea, como un proveedor directo de bienes y servicios; como garante, protector o promotor de aquellos; o de forma subsidiaria, si solamente intervendrá cuando dichas pretensiones se vean frustradas.

De esta manera, se pretende, determinar, desde la perspectiva del ciudadano, ya sea como individuos o colectividades, si es posible o no exigir de forma directa y vinculante al Estado la protección, consolidación o reconocimiento de sus derechos sociales, pero sobre todo en específico en relación con el derecho a la salud.

En cuanto a la salud, se analizará la evolución de dicho concepto desde su etimología. Revisando de forma somera la forma en como era entendida en épocas remotas para llegar a definiciones más actuales del concepto la proveída por la Organización Mundial de la Salud o aquella empleada en circuitos especializados, como diccionarios técnicos de la medicina. Finalmente se tendrá en consideración la evolución de dicho concepto y como su expansión tiene

consecuencias que deben necesariamente permear el derecho si es que se pretende una legislación actualizada con las nuevas formas de comprender la salud a nivel científico e internacional.

La metodología empleada, consiste en delimitar en primera instancia el concepto de derecho social, sus características y elementos, posteriormente se hará referencia a la salud en el mismo sentido, concepto, características y elementos, para finalmente analizar los elementos y mecanismos, generados a partir de la regulación emanada del Estado y distintos organismos internacionales y en algunos casos específicos nos referiremos a su grado de cumplimiento.

Con este objetivo en mente, se analizarán distintos instrumentos normativos de naturaleza internacional, con el propósito de establecer, o definir, las obligaciones que ha adquirido el Estado Chileno en relación de los derechos sociales, el que, ejerciendo soberanía, ha decidido reconocerlos, promoverlos y protegerlos, lo que ha significado la imposición de forma autónoma de obligaciones respecto a su aplicación, promoción, garantía y protección en el territorio nacional.

En segunda instancia se procederá a hacer un análisis de la legislación y regulación nacional para delimitar la forma, grado o medida de cumplimiento en que se encuentra el Estado de Chile en lo referente a las declaraciones y obligaciones contenidas en los tratados internacionales, como también de aquellos derechos sociales reconocidos en la normativa nacional vigente.

Con posterioridad, se hará referencia, de forma somera, a las regulaciones vigentes en Argentina, México, Perú y Colombia. Países que, tanto por su proximidad geográfica como características sociopolíticas tienden a identificarse de forma similar. Por ello, serán tenidos en cuenta para contextualizar los esfuerzos, por parte de los distintos Estados, de responder a las materias en relación a la salud.

Finalmente se procederá a realizar un juicio crítico mediante el contraste de ambos elementos con el propósito de determinar la suficiencia en el desempeño de su rol de parte del Estado, o proponer alternativas para reforzar los aspectos insuficientes que arroje el presente análisis.

Capítulo I. Cuestiones Preliminares.

En primer lugar, se hace necesario abordar ciertos conceptos, elementos y características con las que el Estado debe contar. Los cuales han ido evolucionando a lo largo de la historia, en la medida que la doctrina y los distintos agentes que participan en esta clase de procesos han definido y moldeado su contenido, que nos llevan al concepto del Estado Social actual.

Luego de aquello, analizaremos las distintas posturas consignadas en su momento por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, conocida por sus siglas CENC o la también denominada a veces, Comisión Ortúzar, en honor a la destacada labor de su presidente Enrique Ortúzar Escobar, quien además ejerció funciones como ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores durante el gobierno de Jorge Alessandri.

Dicho Comité, fue establecido formalmente mediante el Decreto Supremo Número 1.064, el 12 de noviembre de 1973, del Ministerio de Justicia. Creado con el propósito de estudiar y elaborar un anteproyecto, con la finalidad de proponer una nueva constitución política del Estado, el cual posteriormente sería examinado, modificado y aprobado por la junta militar en 1980.

Cabe mencionar a este respecto que, en consideración a las modificaciones efectuadas a la Constitución en el año 2005, durante el gobierno del entonces presidente Ricardo Lagos Escobar, no se realizaron cambios importantes en los artículos que tratan las materias relacionadas con derechos sociales y, en consecuencia, su distinción no resulta relevante en el presente análisis.

Ahora bien, resulta impropio abordar la temática de los derechos sociales sin señalar la importancia que este tipo de derechos constituyen para los ciudadanos y como son capaces de moldear la relación entre ellos con el Estado, que, para algunos, incluso, pueden ser consideradas de fundacionales.

Dicho pensamiento, distintos autores lo plasman en sus consideraciones, por ejemplo, el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, Gerardo Pisarello, ha

señalado, en relación a su importancia, lo siguiente: “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado.”¹

Con posterioridad, se tendrán en consideración algunas ideas planteadas respecto a las características con las que debe contar el Estado para poder cumplir con las expectativas que los derechos sociales representan, en cuanto resultan consecuencia de los compromisos asumidos por los Estados al momento de suscribir los distintos tratados internacionales que abordan la materia y que han sido posteriormente ratificados por los parlamentos de distintos países y se encuentran actualmente vigentes.

1.- Derechos Sociales. Concepto.

Se debe señalar, en primer lugar, que el concepto de “Derechos Sociales” como objeto de estudio por parte de la doctrina es anterior a la instauración del modelo de Estado Social.

La naturaleza misma del nombre da cuenta de su cercanía con el concepto de sociedad y su necesidad pretérita que brinde los espacios para que estos se desarrollen.

Por sociedad hacemos referencia a la existencia de grupos organizados en los que cada persona desempeña un rol ocupando un lugar que es reconocido por sus semejantes para poder existir.²

Ya desde la antigüedad, en Grecia, el Imperio romano y otras civilizaciones, se habían introducido figuras legales en este sentido, lo cierto es que los derechos sociales se remontan a la Revolución francesa, momento histórico en que emerge la figura de la ciudadanía y se le asignan derechos y obligaciones.³

A este respecto, en cuanto reconstrucción histórica de los derechos sociales, el catedrático y doctor en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Kiel de Alemania, Rodolfo Arango, ha señalado: “En el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos

¹ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional; por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel, “Teoría constitucional y derechos fundamentales”, México, CNDH, 2002, p.115

² UNHCR ACNUR, Agencia de la ONU para refugiados, comité Español. “¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen?” [en línea] eacnur.org [consultado julio 2018] <<https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen/>>.

³ UNHCR ACNUR, Agencia de la ONU para refugiados, comité Español, Ibíd.

expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el estatus de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluía la posibilidad individual de hacerlos exigibles directamente ante los jueces. Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria como verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional y en diversas constituciones nacionales.”⁴

Desde otra perspectiva, una de las constantes problemáticas en relación a los derechos sociales consiste en la dificultad que implican para ser llevados a la práctica de forma eficaz, completa o coherente precisamente por la falta de estructuras públicas u orgánicas que lo sustenten.

A este respecto, el jurista y profesor español, Miguel Carbonell, ha señalado: “El surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional.”⁵

Es así, que el surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido, al menos como ideal, al paradigma del neoconstitucionalismo.⁶

Doctrinalmente, respecto al contenido, o catálogo de derechos, comprendidos en la clasificación de los derechos sociales, el destacado jurista argentino y profesor de derechos humanos de la Universidad de Buenos Aires, Víctor Abramovich⁷, señala: “Dicho catálogo se encuentra definido por aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), a señalar: derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos,

⁴ Arango, R. “Derechos Sociales”. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p. 1679.

⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa”, Editorial Flores, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. 2014, p.2.

⁶ Carbonell M., ídem.

⁷ Abramovich, Víctor y Ávila Santamaría, Ramiro, “La protección judicial de los derechos sociales”, serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ecuador, 2009. p.3.

incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación y el derecho a participar de la vida cultural.”⁸

De esta forma, en doctrina constitucional se habla de “derechos sociales”, mientras que en materia de derecho internacional se habla de “derechos económicos, sociales y culturales”.

Por lo tanto, los derechos sociales para poder verse satisfechos en la práctica requieren de infraestructuras y herramientas que los hagan efectivos, y a su vez garantizados por una organización estatal fuerte y por la convicción moral de parte de los ciudadanos que permita tal propósito. Esto implica en la práctica que, se hace necesario vincular esta materia con las estructuras administrativas y presupuestos necesarios para hacer que esta clase de derechos sean efectivos o a lo menos exigibles frente al Estado.

Los elementos planteados anteriormente han sido identificados en doctrina por diversos autores, de esta forma el profesor de Derecho de la Universidad de México, Miguel Carbonell, ha señalado: “Para que exista un modelo de organización Estatal se requieren precondiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás.”⁹

A continuación, se expone dicha distinción en consideración a sus elementos:

1.1- Modelo de organización o Estado Organizado.

Para abordar este concepto desde la perspectiva de los derechos sociales se hace necesario, *ex ante*, dar por sentado la capacidad política del Estado para organizarse, legitimarse y proveer de legitimidad normativa y material sus actos.

Respecto a la legitimidad normativa, para el Derecho Público y Constitucional es antiguo el debate respecto a la dificultad que supone la aplicación efectiva de la norma. Es por ello, que,

⁸ Para una discusión crítica de la categoría de derechos sociales, y su comparación con la de derechos civiles consultar Abramovich, V. y Courtis, C., “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ed. Trotta, Madrid.

⁹ Carbonell, Miguel, “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas.” Revista de Derecho Público Vol.70, 2008, p. 23.

sin un modelo organizado del Estado, que permita su actuar con el vigor suficiente que lo legitime y haga efectivo, sería imposible concebir el derecho social en la forma de cómo se hace hoy en día en la teoría constitucional moderna.

Lo anterior en palabras del profesor Carbonell “Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, dado que su nacimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales”¹⁰

Respecto a los modelos que justifican la organización estatal, el mismo autor señala, siguiendo esta vez al profesor Contreras Peláez, quien señala: “existen dos grandes clasificaciones: pluralistas, por un lado, orientadas justificar teóricamente al Estado Liberal; y las marxistas que aparecen a como respuesta al modelo liberal y postula la revolución para su transformación”.¹¹

Siguiendo al mismo autor, las pluralistas pueden dividirse a su vez en funcionalistas y conflictualistas. Para ellos, los primeros, la idea de Estado Social aparece como respuesta a los avances socioeconómicos y la consecuencia de los movimientos de los grandes capitales, a modo de ejemplo suele referirse al movimiento obrero que migra del campo a la ciudad en busca de mejores oportunidades de trabajo, como consecuencia de la apertura masiva de puestos de trabajo. Mientras que, por otra parte, para los conflictualistas, se aborda esta materia desde el plano político, lo que implica en definitiva que el Estado social es producto de las presiones políticas de los sectores desfavorecidos que entran a figurar ahora en la escena en la medida que se llega a la idea del sufragio universal, el ejercicio del derecho a asociación y la democracia se desarrolla.

Las justificaciones marxistas en tanto, siguiendo al mismo autor, pueden ser divididas a su vez en funcionalista y conflictualistas. En las primeras, es el Estado social quien hace frente a las

¹⁰ Carbonell, Miguel. “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales...”, op. cit., nota 9, p. 24.

¹¹ Contreras Peláez, Francisco José, “Defensa del Estado social”, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

problemáticas propias del capitalismo maduro: la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, por mencionar uno. Para los conflictualistas, por el otro lado, el Estado social es el resultado de la conquista del proletariado y constituirá un episodio intermedio en la lucha de clases.¹²

1.2.- Precondiciones de carácter psicológico y base axiológica.

En este apartado se abordan los motivos que confluyen en la idea respecto al motivo por el cual los individuos se organizan en colectividad y cuál es, en definitiva, su propósito que para este caso toma la forma de Estado Social.

En este sentido se ha considerado por un sector de la doctrina:

a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí mismo o de su entorno inmediato, sus necesidades básicas.

El avance cultural, económico y social del ser humano, día a día nos empuja, como especie, a modificar la forma en la que nos relacionamos con el medio que nos rodea y nuestros semejantes.

En tal sentido, a *grosso modo*, partiendo desde el modelo trashumante, hemos atravesado por un modelo agrícola, para luego estribar a un modelo industrial y finalmente en uno tecnocrático. Lo que ha definido y moldeado, con el paso de los años, distintas y nuevas necesidades sociales según la época.

De tal suerte que, si en una instancia primigenia bastaba con mantener una tienda hecha de ramas, barro, hojas o cuero de animal para vivir hoy se nos hace imposible concebir nuestro hogar con estas características y tenemos la aspiración a una construcción sólida con ciertos servicios básicos como electricidad, agua potable y alcantarillado, en definitiva, urbanizada, es lo que parece razonable en estos días, en base al desarrollo tecnológico, económico y cultural de la sociedad. Lo anterior, no pretende excluir a aquellos sectores de la población que viven en zonas rurales o apartadas donde el acceso dichos servicios resulta complejo, en el mejor de los casos, o que directamente no existen.

¹² Carbonell Miguel. "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales...", op cit. nota 9. p.24

Respecto a los avances científicos y sanitarios, como especie hemos logrado extender nuestra expectativa de vida y, en base a ello, también se han multiplicado nuestras necesidades. Consecuencia de aquello es que el acceso a medicamentos y tratamientos médicos aparece como una necesidad creciente en tiempos donde nuestra expectativa de vida va de la mano con dichos avances y pretendemos llevar con dignidad nuestro último periodo de vida.

Lo anterior, ha sido identificado por la doctrina y autores, quienes han llamado la atención respecto a esta materia, en cuanto señalan que se generan las denominadas “situaciones de dependencia”¹³ frente a los fármacos y servicios de la ciencia médica que nos otorgan una calidad de vida digna a lo largo de toda nuestra vida y, en especial, durante la última etapa de nuestra existencia.

Las relaciones laborales y el desarrollo en las formas de trabajo, como consecuencia de los avances en las distintas áreas: tecnológicas, científicas y económicas, por mencionar algunas, han propiciado a su vez el surgimiento de situaciones especiales de dependencia, tal es así cuando se habla por ejemplo de la línea mínima de desempleo necesaria para la movilidad en el mercado según la teoría clásica liberal, la jubilación obligatoria, que aparece como respuesta a una problemática del desarrollo económico y la asistencia social, o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado laboral.¹⁴

Considerando aquello por base, es posible asumir que en la medida que progresamos como especie y sociedad, nos desarrollamos en nuestras distintas facetas: Lo cultural, económico, laboral, etc., por lo que nos hacemos también cada vez más dependientes de la sociedad al momento de proveernos tanto de los bienes básicos como de los bienes de consumo que solo se producen en sociedades tecnificadas.

¹³ Contreras Peláez, Francisco José. “Defensa del Estado Social”, op. cit., nota 11, p.13.

¹⁴ Contreras Peláez, Francisco José. “Defensa del Estado Social”, op. cit., nota 11, p.14.

Es así como, en definitiva, se puede establecer que sociedades rurales abundan modelos de autoabastecimiento del entorno cercano y/o familia, mientras que en la vida urbana resulta imposible que un núcleo familiar de forma aislada genere sus propios insumos básicos para vivir, entre los que es posible considerar: preparar su alimentación, fabricar o elaborar su ropa o construir y reparar su vivienda, entre otras materias.

b) Riesgos sociales imposibles de asumir por la vía tradicional de responsabilidad individual.

En la sociedad contemporánea hacemos frente a riesgos que no estaban presentes o no eran considerados relevantes para los distintos ordenamientos jurídicos históricos. De tal forma que, primitivamente, la responsabilidad individual era la única alternativa para hacer frente a las contingencias como la enfermedad, alimentación, vivienda, desempleo, embarazo, entre otros asuntos, es decir, las personas quedaban libradas a su propia suerte por la falta de regulación en estas materias.

Uno de los primeros intentos por hacer frente de forma sistematizada a esta problemática, se reconoce generalmente en la segunda mitad del siglo XIX, en particular, la obra del estadista y político alemán Otto von Bismarck, quien ha sido reconocido como un pionero en materia de regulación de la seguridad social. Entre su labor, destaca el haber presentado el proyecto de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades ante el parlamento de su nación, el cual fue consagrado por la vía legislativa el 15 de julio de 1883, y que buscaba proteger a los trabajadores de la industria en forma obligatoria, contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad.

Respecto a los elementos que pondrían en riesgo al ciudadano transformándolo en vulnerable, se han identificado al menos cuatro “factores de vulnerabilidad social”, los cuales han obtenido respuestas más o menos contundentes durante el último siglo, a mencionar¹⁵:

¹⁵ Carbonell Miguel “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales...”, op. cit., nota 9, p. 27.

- I. Desempleo: Surgido como respuesta a la implementación de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso pensiones.
- II. Crisis de la familia tradicional. El modelo de lo que se comprende por tal ha variado con la época. De esta forma, hoy nos enfrentamos como sociedad a distintas composiciones de lo que se ha entendido por familia y, con ello, se reconoce la variedad en sus necesidades. Así, hoy encontramos familias monoparentales: de un adulto viviendo con menores de edad; familias de ancianos, familias con personas con capacidades reducidas, etc., alejadas en definitiva del tradicional concepto de familia compuesto por padre, madre e hijo(s).
- III. Factor del Sexo. Que ha generado el proceso llamado como “feminización de la pobreza” que afecta principalmente a madres solteras, madres con familias numerosas y bajos ingresos como también ancianas que viven solas.
- IV. La inmigración. Dicho segmento de la población representa uno de los eslabones más débiles de las sociedades modernas o desarrolladas, puesto que presentan de forma acentuada o incluso superpuestas una o más de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades para la integración laboral, etc. situación que se acentúa en caso de haber emigrado ilegalmente.

Además de los elementos mencionados, deben considerarse, a su vez, aquellos factores de riesgo provocados por el desarrollo tecnológico lo que de forma lamentable se convierten en una fuente de nuevos tipos de accidentes laborales o enfermedades asociadas a los nuevos riesgos, actividades y hábitos de consumo.

Cabe destacar en este punto el problema que representa la automatización del trabajo en la industria, en general, genera una masa creciente de personas desempleadas producto del avance tecnológico a consecuencia de los avances en la ciencia y, en especial, la robótica. Todo ello en nombre del desarrollo, la eficiencia y los beneficios.

En relación a esto, en palabras del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, Gabriel Doménech: “la tecnología influye, a veces negativamente, en el disfrute de los derechos fundamentales”¹⁶.

c) Convicción social que el Estado debe asumir el objetivo de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar.

Los dos factores mencionados hasta el momento, es decir, el individuo como ser incapaz de satisfacer sus necesidades básicas y los riesgos sociales imposibles de asumir por la vía tradicional de la responsabilidad, configuran o dan cuerpo a lo que en definitiva constituye la finalidad de la organización humana o, en suma, trazan preliminarmente el rol que debe cumplir el Estado.

Estos tres elementos, para el profesor Carbonell, dan cabida a una de las mayores transformaciones sociales y repercutirá en la teoría de los derechos fundamentales como también en los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.¹⁷

Desde el punto de vista histórico, para el primer constitucionalismo, aquel que fue consecuencia de la revolución francesa y de los importantes cambios sociopolíticos que tuvieron lugar a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Los derechos constitucionales se pensaron y plasmaron, como imposiciones frente al Estado, es decir, se consideraban como un límite o baranda para la intromisión de la estructura estatal, que previo a los movimientos revolucionarios mencionados en Francia y Estados Unidos, se conducían de forma abusiva o despótica por parte de los gobernantes.

Para el jurista alemán Ernst Forsthoff, sin embargo, el modelo de Estado social, cuyo desarrollo se produce de forma importante durante la segunda mitad del S. XIX, los poderes públicos dejan de ser percibidos de aquella forma y comienzan a tomar el papel de promotor de los derechos,

¹⁶ Doménech Pascual, Gabriel. “Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos”, CEPC, Madrid, 2006.

¹⁷ Carbonell Miguel “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales...”, op. cit., nota 9, p. 28.

sobre todo aquellos de carácter de social. Las mayores amenazas a los derechos fundamentales consistirán en la concentración de riqueza junto al avance tecnológico no sujeto a reglas.¹⁸

En síntesis, ocurre una transición de un rol pasivo de parte del Estado a uno activo, quien buscará promover el bienestar generalizado de la sociedad o colectividad como la forma de legitimarse desde su función social que, en definitiva, le brinda legitimidad.

A este respecto, el jurista italiano, destacado referente en materia de derecho social, Luigi Ferrajoli, señala: “Mientras el Estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones que sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten, por el contrario, pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.”¹⁹

En síntesis, las reivindicaciones sociales se trasladan desde el ciudadano al Estado, quien empieza a incorporar entre sus funciones lo que se conoce por el nombre de asistencia social. Ello no significa la reducción de la función del Estado a un traspaso de la caridad privada a una pública, sino que, por el contrario, lo que se pretende es generar un conjunto de derechos que protejan a los trabajadores y sus familias.

En consecuencia, a juicio del profesor Contreras Peláez, la función del Estado en este ámbito debe ser entendida como una responsabilidad jurídica, garantizada a nivel constitucional, de

¹⁸ Forsthoft, Ernst. “El Estado de la sociedad industrial”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1975.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. “Derecho y razón” 5ta edición, Madrid, Trotta, 2000, p.862.

forma tal que la persona necesitada deje de ser objeto de la relación asistencial y se convierta en un sujeto portador de derechos.²⁰

De esta forma, es posible afirmar que el Estado Social se caracteriza por los siguientes elementos²¹:

- a) Se constituye como un amplio pacto social. Cuyos principales actores son el Estado los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple un papel estabilizador de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos, de forma subsidiaria, directamente productivas.

1.3.- Elementos de la Exigibilidad.

De momento hemos analizado las características de los derechos sociales, ahora corresponde analizar los elementos que se deben considerar al abordar la problemática que ellos encierran al momento de requerir del Estado su satisfacción.

Respecto a esta materia, el autor Rodolfo Arango Rivadeneira, profesor titular de la Universidad de los Andes de Colombia, realiza la siguiente distinción, entre exigibilidad política y la jurídica, esta última también denominada justiciabilidad.

²⁰ Contreras Peláez, Francisco José. "Defensa del Estado Social", op. cit., nota 11, p.41.

²¹ Carbonell Miguel. "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales...", op. cit., nota 9, p. 29.

1.3.1.- Exigibilidad Política.

En cuanto esta primera categoría, se destaca la lucha que se ha sostenido a lo largo de la historia del siglo XX por desideologizar la forma en que se asumen los derechos sociales y universalizar el reconocimiento de los mismos.

Lo anterior, para el jurista argentino Víctor Abramovich, resulta consecuencia del trabajo colectivo desarrollado por distintos agentes sociales, desde teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles al desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, quienes desde la movilización activa de las distintas organizaciones y asociaciones cívicas han hecho posibles los avances políticos para la garantía y el goce efectivo de los derechos sociales que de otra manera no hubieran sido posibles.²²

Esto quiere decir que la exigibilidad, a juicio del profesor Arango, al menos desde el aspecto político, requiere un trabajo constante de parte de los distintos agentes consistente en un continuo análisis de las experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional con miras de conseguir la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.²³

Ejemplos de este tipo de exigibilidad lo encontramos en los informes alternativos presentados por la sociedad civil al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en adelante ONU, en el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante, PIDESC.

Desde otra perspectiva, la participación de la sociedad civil en el proceso de formulación, diseño y seguimiento de las políticas públicas implica que son los ciudadanos quienes van a dar cuenta de forma ostentosa respecto de las acciones y omisiones que desconocen los estándares de protección y garantía internacionales de sus derechos.

²² Abramovich, Víctor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", Revista de la CEPAL núm. 88, abril de 2006, pp. 36-50, en Arango Rivadeneira, R., "Derechos Sociales", op. cit. nota 4, p.1698.

²³ Arango, Rodolfo, "Derechos Sociales", op.cit. nota 4, p. 1699.

1.3.2.- Exigibilidad Jurídica o justiciabilidad.

Conviene precisar, en este punto, que la exigibilidad es el aspecto de los derechos sociales que mayores desafíos plantea a nivel conceptual, interpretativo e institucional, y que no han sido del todo resuelto ni en la teoría ni en la práctica.

A juicio del profesor Arango, es precisamente aquella dificultad lo que constituye un reto atractivo a la par de importante: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático, y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.²⁴

Tradicionalmente, en esta materia, se ha distinguido entre dos estrategias complementarias entre sí para desarrollar y avanzar en cuanto a la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera de ellas toma como sustento el derecho internacional en relación a los derechos humanos,²⁵ otorgándole mayor importancia a los principios de progresividad y prohibición de retroceso o regresividad,²⁶ control de convencionalidad²⁷ e interdependencia, integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos,²⁸ los cuales son tenidos como referentes.

La segunda perspectiva o estrategia, basa su argumento en el denominado constitucionalismo social²⁹ y los avances interpretativos³⁰, sistemas propios de economías emergentes como la de

²⁴ Arango, R., *ibíd.*

²⁵ Vasak, Karel "The international dimensions of humans rights", revisado y editado para la edición inglesa por Philip Alson, Connecticut Greenwood Press, 1982; Abramovich, Víctor y Courtis Christian "Los derechos sociales como derechos exigibles" Madrid, Trotta, 2002.

²⁶ Courtis, Christian, "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Buenos Aires, en colaboración de CEDAL/CELS, 2006.

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) "El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos y jueces nacionales", México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

²⁸ Sepúlveda, Magdalena "Human Rights Reference Handbook" Costa Rica, 2004.

²⁹ Pisarello, Gerardo "Los Derechos sociales en el constitucionalismo democrático" Boletín Mexicano de derecho comparado, vol. 92, mayo-agosto 1998, pp.439-356.

³⁰ Prieto Sanchís, Luis "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" Revista del centro de estudios Constitucionales, num. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57.

los países de Latinoamérica³¹ y aquellos pertenecientes a la antigua cortina de hierro, como también de Sudáfrica.

Ambas argumentaciones, convergen en la práctica, tal como se ve en la doctrina del bloque de constitucionalidad en Colombia o en la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución en Argentina o México,³² los cuales repotencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.³³

1.4.1.- Objeciones planteadas respecto a la exigibilidad de los derechos sociales.

Tres han sido las objeciones que históricamente se han efectuado a los derechos sociales humanos y fundamentales: una cognitiva, otra metodológica y una funcional.

De la posibilidad de desvirtuar los argumentos que las sustentan dependerá la defensibilidad de los derechos sociales, en el entendido de derechos subjetivos exigibles directamente ante los jueces constitucionales e internacionales frente a vacíos en la regulación o la ley y la imposibilidad fáctica de un Estado.³⁴

Si bien las objeciones que a continuación se exponen se realizan principalmente en torno a los derechos fundamentales, los derechos sociales no dejan de ser susceptibles a las mismas observaciones tal como se verá a continuación.

A continuación, desarrollaremos, brevemente, las objeciones a efectuadas respecto a la exigibilidad de los derechos sociales y posteriormente plasmar las respuestas que han recibido por parte de la doctrina.

³¹ Gargarella Roberto, "Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?" Aldershot, 2006.

³² Arango, R., op. cit., nota 4, p. 1700.

³³ Carbonell, Miguel, "Derechos sociales y derechos de las minorías", México, 2001.

³⁴ Arango, R., op. cit., nota 4, p. 1699.

A.- Objeción Cognitiva.

Dicha objeción, en palabras del profesor Arango, sostiene que “no sería posible conocer el momento exacto en que se vulnera un derecho social, humano o fundamental, en consideración al carácter o grado de indeterminación de sus componentes.”³⁵

En otras palabras, resulta imposible conocer quién vulnera un derecho – la familia, el Estado o la comunidad internacional - en cuanto al sujeto; y respecto del momento, es decir el cuándo o desde qué momento se vulnera.

En este punto se hace hincapié además en la dificultad que implica determinar el grado o nivel de suficiencia que satisfaga tal derecho o pretensión. A modo de ejemplo se hace referencia a la calidad y/o cantidad respecto de la alimentación que requiere una persona que carece de los medios para hacerse de ellos y subsistir dignamente.

Esta postura, haciendo referencia a los derechos de libertad, consistentes en aquellos derechos vinculados al reconocimiento y protección de las actividades desarrolladas por los individuos en consideración a su voluntad. Ejemplos de aquello se encuentran en el derecho de libre expresión, libertad de tránsito, el libre intercambio de bienes y servicios, etc. Dicha postura precisa que, en cuanto a la vulneración de los derechos de libertad, a consecuencia de la acción del Estado, es claramente reconocible y verificable. No obstante, se destaca la imposibilidad de aplicar la misma lógica para los casos de vulneración de derechos infringidos por omisión donde no existe, por definición, un autor ni acción identificables.

En definitiva, sería imposible conocer o establecer, de forma empírica, el quién, cuándo y cómo se produce una vulneración de un derecho, social o fundamental. En razón de la indeterminación del sujeto y momento en que esta se produce.

Así, según este enfoque, los derechos de libertad son anteriores al Estado y, para su goce efectivo, se requeriría simplemente que el aparato estatal no interfiera en la órbita protegida por el derecho, reduciendo el costo para su protección el equivalente a cero, lo cual no sería el

³⁵ Arango, R. op. cit. nota 4. p. 1701.

caso para los derechos sociales, cuyo reconocimiento supone la existencia del Estado y por lo mismo, costoso.³⁶

B.- Objeción metodológica.

Nuevamente en palabras del profesor Arango, “relacionada muy de cerca con la objeción anterior, esta vez se hace énfasis en la presunta inexistencia de procedimientos objetivos y criterios racionales para decidir sobre la vulneración de los derechos sociales humanos y fundamentales. En contraste nuevamente con los derechos liberales que sí contarían con métodos para establecer su vulneración.”³⁷

A modo de ejemplo se mencionan los criterios dogmáticos generados con tales propósitos en relación a los derechos de libertad, como el ámbito de protección, afectación, limitación o vulneración, en concordancia al principio de proporcionalidad.

Para los críticos de los derechos sociales, humanos y fundamentales, estos derechos carecen de instrumentos para reconstruir racional y objetivamente las decisiones correctas a adoptar, sin desconocer derechos de terceros, como la propiedad o el principio democrático.³⁸

En síntesis, los derechos sociales, con contarían con la base teórica suficiente que permita identificar con claridad a los agentes obligados como tampoco un momento determinado de la vulneración, es decir, dan cuenta de la carencia de un método normativo que establezca o regule con claridad la frontera entre ellos e incluso otras categorías de derechos, que podrían verse afectados por la superposición de intereses en cuanto a la protección, promoción y garantía de los mismos.

C.- Objeción Funcional.

Dicha crítica, siguiendo con la explicación del profesor Arango, supone que si los jueces garantizan judicialmente los derechos sociales humanos y fundamentales se desconoce en

³⁶ La tesis respecto al no coste o gratuidad de los derechos liberales y que si lo harían los derechos sociales ha sido desvirtuada por Holmes, Stephen y Sunstein, Cass en “Costo de los derechos” Buenos Aires, editorial Siglo XXI, 2011.

³⁷ Arango, R. op.cit. nota 4. 1701

³⁸ Arango, R., ibíd.

consecuencia al Estado democrático de Derecho y se abriría la puerta a un Estado judicial, caracterizado por la arbitrariedad en el reconocimiento de prestaciones positivas a unos y a su negación a otros.

Lo anterior, sumado al grado de indeterminación de estos derechos y a la inexistencia de métodos para un control efectivo, en otras palabras, la justicia casuística o selectiva, podría destruir fácilmente los principios de libertad, propiedad e igualdad tan caros a la tradición democrática de derecho.³⁹

1.4.2.- Respuestas doctrinales a las objeciones planteadas.

A.- Respuesta a la objeción cognitiva.

Se responde, a este respecto, que dicha objeción parte de un concepto mecánico de omisión, de forma tal que si no se presenta una causa eficiente no se genera, en consecuencia, vulneración alguna de un derecho.

Sin embargo, el concepto de omisión en el ámbito jurídico no es fáctico, sino normativo.⁴⁰ De esta forma es posible determinar cognitivamente cuándo la omisión de una conducta debida genera un riesgo o daño atribuible a actores determinados, mediante métodos y argumentos ya institucionalizados.

Ejemplos de lo anteriormente expuesto pueden encontrarse tanto en materia penal y civil. Nos referimos a la doctrina de imputación objetiva, que considera la causalidad jurídica, como criterio para imputar o determinar la responsabilidad; mientras que por lado del derecho privado puede hacerse referencia a la responsabilidad vicaria o de agente, presente en el artículo 2325 de nuestro Código Civil.

Ambos casos representan claramente criterios objetivos de responsabilidad aplicables a situaciones de omisión por parte de un agente específico en consideración a acciones determinadas y esperables.

³⁹ Arango, R. *Ibíd.*

⁴⁰ Nino, Carlos S., "On Social Rights", Aarnio, *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993, pp. 295-299.

Lo anterior puede reforzarse, a su vez, con una amplia gama de doctrina internacional, principalmente observaciones generales emanadas de órganos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU quienes reiteran que el conocimiento en cuanto al incumplimiento de estándares universales en determinada materia no es tarea aleatoria o imposible.⁴¹

B.- Respuesta a la objeción metodológica.

Autores reconocen que esta es una materia aún en evolución⁴². Sin embargo, una argumentación contra-fáctica y consecuencialista permite determinar el momento de la omisión pese a las circunstancias de urgencia, como la de un caso extremo, esto lleva *prima facie*, a la consumación de un riesgo o daño para el titular del derecho a una prestación fáctica positiva del Estado.⁴³

La creciente y abundante jurisprudencia internacional ha desarrollado y, con ello, perfeccionado a lo largo del tiempo una metodología para el establecimiento de vulneraciones de derechos. De esta forma, el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación juegan un papel fundamental.

La multiplicidad de posibles obligados ya sea el Estado, la comunidad local o la internacional hace necesaria la aplicación de los principios de subsidiariedad y solidaridad, de forma tal que la persona no quede abandonada a su suerte por el sólo hecho de no poder ayudarse a sí misma.⁴⁴

De lo anterior se desprende que la ausencia de texto normativo de rango superior no es argumento suficiente para eximir al Estado de responsabilidad u de denegar las prestaciones fácticas cuando estas son objetivamente requeridas.

C.- Respuesta a la objeción funcional.

Sin lugar a dudas se debe realizar una clara distinción entre las funciones legislativas, correspondiente principalmente a los legisladores -pero que desde luego también puede

⁴¹ Arango, Rodolfo, op. cit. nota 4, p. 1703.

⁴² Clérico, María, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en Carbonell, Miguel, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp.125-174.

⁴³ Arango, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, 2ª. ed., Legis, Bogotá, 2012, p. 155.

⁴⁴ Arango, Rodolfo, op. cit. nota 4, p. 1703.

atribuirse a toda aquella autoridad con la atribución de generar normas con efectos generalmente vinculantes- y la función judicial realizada fundamentalmente por los jueces de la república, nuevamente sin excluir otros tribunales especiales, para evitar la quiebra de los principios fundamentales del Estado constitucional y democrático de derecho moderno, entiéndase por ello la judicialización de derechos y sus consecuencias.

La amplia doctrina internacional⁴⁵ y el derecho comparado han generado la construcción de criterios y métodos o modalidades interpretativas como el llamado “estado de cosas inconstitucionales” en materia de prisiones, población objeto de desplazamiento forzado, sistema de salud o pensional, entre otras.

Las medidas judiciales adoptadas pueden ser altamente complejas y diversas según las características particulares de cada caso y país, por un lado, y la variedad de derechos en juego por otro.

La jurisprudencia ha reaccionado considerando, en primer lugar, el principio de que los Estados sólo se encuentran obligados hasta el límite de lo posible, lo cual ha generado: sentencias interpretativas, diferidas, condicionadas, etc., incluso se han dictado órdenes generales y estructurales para exigir el cumplimiento de actuaciones complejas y coordinadas de varias instituciones estatales requeridas para la satisfacción de un derecho social.

Cualquiera sea la situación, el legislador e incluso el constituyente podrían intervenir para modificar, corregir o derogar lo dispuesto por los jueces constitucionales o internacionales, debiendo asumir la carga de la argumentación para separarse de las órdenes judiciales proferidas.

Así, para finalizar este primer capítulo, el profesor Arango, ha señalado con especial elocuencia: “Claro es, que lo anterior representa un gran desafío para el constitucionalismo global del siglo XXI, consistente en la consolidación de una doctrina constitucional e internacional para desarrollar la protección óptima y efectiva de los derechos sociales.”⁴⁶

⁴⁵ Young Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content” *The Yale Journal of International Law* 33, Yale, 2008, pp. 113-175.

⁴⁶ Arango, Rodolfo, op. cit., nota 4, p. 1705.

Capítulo II. De La Salud y sus implicancias como derecho social.

2.1.- Concepto.

La idea respecto de lo que se ha entendido por salud a lo largo del tiempo ha resultado un asunto siempre complejo y en constante evolución. En el transcurso de nuestra historia como civilización esta problemática ha sido abordada principalmente desde dos posturas: La primera pone en el centro del debate la prevención y el tratamiento de la enfermedad física; mientras que la segunda destaca el bienestar psicológico y su interacción con la biología. En razón a la naturaleza de este concepto ninguna de las dos posturas alcanza a eclipsar o superar a la otra.

El término “Salud” proviene del latín *salus-utis*, y en épocas remotas significaba estar en condiciones de superar una dificultad. Por lo tanto, se asume inicialmente, como el estado en que se encuentra un organismo para ejercer y desarrollar normalmente sus funciones.

En la era moderna, diversas organizaciones han intentado definir este concepto. Desde un punto de vista lingüístico, La Real Academia Española, ha definido con la siguiente fórmula a la salud: “El estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.”⁴⁷

A su turno, en relación a sus funciones, se comprenden las funciones vitales propuestas o aceptadas generalmente por la biología, es decir: nutrición, la interacción con otras personas y seres vivos, y la reproducción.

Por su parte la Organización mundial de la Salud, en adelante OMS, definió la salud, en el año 1948, como “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o discapacidad”.⁴⁸ El término salud, por tanto, no sólo incluye la falta de enfermedad desde la perspectiva física, sino que también comprende factores psicológicos y sociales que contribuyen a disminuir las probabilidades que nuestro organismo desarrolle afecciones.

⁴⁷ Real Academia de la Lengua Española. [consultado junio 2018] Rae.es [en línea] <<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=X7MRZku>>

⁴⁸ Constitución de la Organización Mundial de La Salud, 1948, preámbulo.

De acuerdo al psicólogo Alberto Vasco⁴⁹ una correcta definición de salud no sólo comprende un estado de la persona, sino que consistiría en un elemento que contribuye satisfacer nuestras necesidades y alcanzar nuestros objetivos, en síntesis, conseguir bienestar.

En el mismo sentido resulta importante destacar que la salud ya no constituye elemento aislado de un individuo, sino que se considera, en gran medida, relacionada con la interacción de las personas o grupos y el entorno.

En contrapartida al concepto de salud, se encuentra el de “enfermedad”, el que ha sido definido, por el diccionario de terminología médica TEIDE, como: “Conjunto de alteraciones morfológico-estructurales que se producen en organismo como consecuencia de un agente morbígeno interno o externo, contra el cual el organismo no tiene la capacidad de oponerse o no consigue enfrentarlo con la suficiente fuerza.”⁵⁰. Mientras, el diccionario médico de la Universidad de Navarra, la ha definido como una: “f. Alteración patológica de uno o varios órganos, que da lugar a un conjunto de síntomas característicos.”⁵¹

Por su parte, las lesiones, se han definido como: “f. Alteración de un órgano que entraña no sólo una modificación morfológica, sino también funcional. Las lesiones pueden ser muy diferentes tanto por la alteración que producen como por los agentes que las provocan.”⁵² Sin embargo, para efectos de nuestro estudio se tendrán por subsumidas dentro del concepto enfermedad, ya que importan un estado de salud no pleno, por lo que, desde el análisis del derecho a la salud, implican una distinción innecesaria

Desde el punto de vista práctico, a menudo la salud y la enfermedad son consideradas como un mismo continuo. En consideración al estado físico y mental de los individuos, todas las personas durante su vida se encuentran en un punto entre aquellos extremos.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, el concepto de salud, hasta el momento, se representa un tanto amplio y, en consecuencia, vago para los efectos del presente análisis.

⁴⁹ Vasco U., Alberto. “Enfermedad y Sociedad”, Ediciones Hombre Nuevo. Medellín, Colombia. 1979, p. 17.

⁵⁰ Diccionario Médico TEIDE. 1ra ed. 2002.

⁵¹ Clínica Universidad de Navarra. [en línea] Diccionario Médico [consultado julio 2018] <<https://www.cun.es/diccionario-medico>>.

⁵² Clínica Universidad de Navarra, Diccionario Médico, ibíd.

Por ello, a continuación, en consideración a los requisitos y características previamente expuestos, es necesario acotar la definición de lo que se entenderá por Salud en el sentido de Derecho Social. Consideraremos, por tanto, dentro de este concepto, de forma preliminar, aquellas prestaciones básicas de salud que el Estado se encontraría, desde y hasta cierta medida obligado, a proveer a sus ciudadanos con el propósito de asegurar niveles mínimos de satisfacción en relación a la dignidad humana y equidad acorde a los avances técnicos y científicos, en concordancia al desarrollo económico social y la normativa internacional.

2.2.- Modelos biomédico y biopsicosocial.

Uno de los aspectos más controvertidos en cuanto al contenido del concepto de salud es el debate en torno a separar o unificar la salud física con la mental, una discusión que se remonta incluso a la clásica distinción entre cuerpo y alma.

Desde mediados del siglo XX, es el modelo biomédico el que ha dominado en el ámbito de la medicina. Los profesionales que siguen este modelo se centran exclusivamente en la modificación de factores biológicos para prevenir y tratar la enfermedad. La perspectiva biomédica es identificable, en consecuencia, con la concepción de salud como ausencia de enfermedad.

En contrapunto al modelo biomédico, se encuentra el biopsicosocial, que entiende la salud como un concepto global determinado por tres aspectos, como su nombre sugiere, el biológico, el psicológico y lo social. En lugar de tratar por separado la salud física y la mental, desde este modelo la salud se ve como un todo, y el cuerpo, junto con la psique, son aspectos indistinguibles.

Dadas estas definiciones, podemos afirmar, que el modelo biopsicosocial es más amplio e inclusivo que el biomédico.

Desde el punto de vista del Derecho, un concepto amplio de salud implica que garantizar la salud sin mayores distinciones, genera como consecuencia una mayor necesidad por cobertura y un aumento en la carga fiscal para el Estado.

Sin embargo, la fortaleza de dicho modelo estriba en la posibilidad de aumentar dicha esfera y comprender, dentro de la salud, otros elementos que tradicionalmente son excluidos del concepto de este derecho.

Lo anterior, en definitiva, constituye una herramienta, mediante la cual la relación con el medio ambiente y nuestros semejantes, junto al acceso a los tratamientos y medicina, se transforman para el Estado en mecanismos directos de promover y garantizar la salud de forma generalizada en la sociedad.

2.3.- Factores que determinan la salud.

En consideración a lo expuesto, en el concepto salud intervienen factores de distinto tipo: biológico, psicológico y social. En consecuencia, el número de variables concretas que lo determinan es muy amplio.

A continuación, se mencionan aquellos que la Organización Mundial de la Salud considera más relevantes:

I) Entorno.

En relación a las condiciones en la que se desarrolla la vida, tanto desde el punto de vista del individuo como la relación que se mantiene entre el sujeto y la colectividad.

Este concepto no sólo abarca las locaciones donde dichas interacciones se van a producir, sino que también constituyen verdaderas entidades sociales o sistemas que cambian y pueden promover, o empeorar, las condiciones de salud.⁵³

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha impulsado varios programas en relación a los distintos entornos que ha considerado importantes de abordar.

En 1992, la OMS, lanza el programa denominado originalmente como *Health Promoting Hospital Network*, que sería conocido en el mundo de habla hispana como Hospitales Promotores de Salud, el que busca generar una amplia red de apoyo tecnológico y humano a nivel internacional

⁵³ HBSC España, Health Behaviour in School-aged Children [en línea] Estilos de vida y Promoción de la Salud: material didáctico. Tema 7 [consultado julio 2018]. <<http://grupo.us.es/estudiohbsc/images/pdf/formacion/tema7.pdf>>.

entre dichas instituciones; de forma posterior, en 1995, se lanza la Iniciativa Global de Escuelas Promotoras de Salud, en concordancia con los mecanismos para la promoción de la salud establecidos en la Carta de Ottawa, de 1986⁵⁴; siguiendo el mismo orden, en 1996, la OMS impulsa el programa denominado Prisiones Saludables con el propósito de mejorar las condiciones de salud e higiene de los reclusos. Finalmente, en esta cadena de programas, destaca aquel respecto a los entornos urbanos, el que nace a partir de los acuerdos celebrados en el Consejo de Shanghái sobre Ciudades Saludables en China durante el año 2016.

Del mismo modo se debe considerar que el progreso científico y tecnológico, si bien aportan mejoras en nuestras condiciones de vida, al mismo tiempo, generan nuevas situaciones que perjudican la salud de los individuos. Podemos mencionar entre estas: La contaminación, el acceso en conjunto a los hábitos de nutrición y consumo de alimentos poco saludables, y el incremento de factores que favorecen afecciones psicológicas como el estrés, que afecta de forma negativa y transversal a nuestro organismo.

II) Genética.

Si bien, en la actualidad, en consideración al avance tecnológico, la genética puede exhibir logros importantes en el tratamiento de enfermedades, así se han producido avances significativos en el diagnóstico y, parcialmente, en la prevención de algunas enfermedades de este tipo, particularmente de las enfermedades monogénicas.⁵⁵

Algunas enfermedades se pueden diagnosticar hoy en día en forma certera mediante análisis de ADN, sin embargo, estos muchas veces resultan inaccesibles por su alto costo y, desde el aspecto técnico, por la baja disponibilidad de laboratorios que los practiquen.

La prevención primaria de las enfermedades genéticas es todavía un objetivo difícil de alcanzar, autores destacados en esta materia, como el genetista y médico pediatra argentino Dr. Víctor B.

⁵⁴ Organización Panamericana de Salud [en línea] Acerca de las Escuelas Promotoras de Salud [consultado julio 2018]
<https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=4563%3Aabout-health-promoting-schools&catid=7783%3Aabout&Itemid=41717&lang=es>.

⁵⁵ Penchaszadeh, Víctor B., [en línea] “Genética, salud y derechos humanos” [consultado julio 2018]
<<http://www.vocesenelfenix.com/content/gen%C3%A9tica-salud-y-derechos-humanos>>.

Penchaszadeh, señalan que la fortificación de alimentos con ácido fólico ha permitido reducir a la mitad la frecuencia de malformaciones del tubo neural, anencefalia y espina bífida⁵⁶, relacionados con mutaciones genéticas.

Siguiendo al mismo autor, quien sostiene que el diagnóstico temprano en relación al área neonatal de algunas pocas enfermedades genéticas y su tratamiento oportuno es un ejemplo de prevención secundaria exitosa.

Es así como, gracias al desarrollo técnico en este campo de la medicina, el diagnóstico y tratamiento temprano de esta clase de enfermedades cobran especial significado.

Las limitaciones de la prevención primaria y secundaria, y la complejidad de los pocos tratamientos efectivos, han determinado el auge de la prevención basada en opciones reproductivas, mediante la detección de parejas en riesgo elevado de tener descendencia afectada con alguna enfermedad monogénica, seguida de asesoramiento genético, diagnóstico prenatal voluntario de la afección en cuestión e interrupción de los embarazos afectados a solicitud de la pareja. Nos es posible dejar de hacer notar la complejidad ética y legal de este enfoque en nuestro país, en que la legislación, a diferencia de los países desarrollados, aún no reconoce el derecho de las parejas a tomar decisiones reproductivas para evitar descendencia con enfermedades genéticas.

Los principales obstáculos en el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades monogénicas según el médico argentino están relacionados con el poco interés del Estado en fortalecer el sistema público de salud y la consiguiente falta de racionalidad y regionalización en la distribución de los servicios, el costo de las tecnologías, los fines de lucro de los seguros de salud que acentúan las inequidades de acceso, y el bajo nivel de capacitación de los profesionales de salud en este campo. Por otra parte, las restricciones legales a la interrupción voluntaria del embarazo por defectos fetales graves dificultan la aplicación de la metodología más difundida en el mundo para la prevención de enfermedades genéticas graves.

⁵⁶ Penchaszadeh, Víctor B., íbid.

III) Nivel socioeconómico.

Es ampliamente aceptado a nivel mundial que mientras menor es el nivel socioeconómico, menor es, a su vez, el nivel de salud, de un individuo.⁵⁷

El estilo de vida y comportamiento de las personas se encuentra relacionado, en mayor o menor medida, con su nivel-socio económico. Esto afecta inequívocamente la salud, por ejemplo, el hábito de fumar, la actividad física y los alimentos que consumen, los afectan mejorando o empeorando las condiciones de salud de los individuos.⁵⁸

Desde otra perspectiva, se ha demostrado que mientras menor es el segmento del grupo socio económico, mayor prevalencia de indicadores de un estilo de vida poco saludables.⁵⁹

En base a ello, es que autores de distintas partes del mundo, sostienen que las diferencias en la salud y el comportamiento entre personas de distintos estratos o clases sociales debería ser considerada al momento de diseñar los programas de promoción de salud, en orden para que sean efectivos.⁶⁰

Por ello, es posible afirmar que, en consideración a las condiciones económicas y sociales, de un individuo, estas tienen importantes consecuencias para la salud del sujeto, ya que no sólo se relacionan con sus hábitos personales y de consumo, sino que a su vez determinan el nivel de acceso y la calidad de los servicios médicos, tanto preventivos como paliativos, a los que puede aspirar. Lo anterior, en consecuencia, supone que las personas con un nivel socioeconómico

⁵⁷ Al respecto se pueden consultar los siguientes informes:

Kunst A. E., Looman, C. W. and Mackenbach, J. P., "Socio-economic mortality differences in the Netherlands in 1950–1984: regional study of cause-specific mortality. *Social Science and Medicine*", 31, 141–152, 1990; Rodríguez, J. A. and Lemkow, L. "Health and social inequities in Spain. *Social Science and Medicine*", 31, 351–358, 1990; Wing, S., Barnette, E., Casper, M. and Tyroler, H. A. "Geographic and socioeconomic variation in the onset of decline of coronary heart disease mortality in white women. *American Journal of Public Health*", 82, 204–209, 1992.

⁵⁸ Osler, M. Social class and health behaviour in Danish adults: a longitudinal study. *Public Health*, 107, 251–260. 1993

⁵⁹ Hulshof, K. F., Lowik, M. R., Kok, F. G., Wedel, M., Brants, H. A., Hermus, R. J. and ten Hoor, F. "Diet and other life-style factors in high and low socio-economic groups (Dutch Nutrition Surveillance System). *European Journal of Clinical Nutrition*", 45, 441–450, 1991.

⁶⁰ Shinko, Y., Takehito, T., Keiko, N. & Masafumi, W. "Effectiveness of a community leaders programme to promote healthy lifestyles in Tokyo, Japan" 2001. Traducción propia. [en línea] Oxford Academy [consultado julio 2018]. <<https://academic.oup.com/heapro/article/16/3/235/653848>>.

elevado goce, a su vez, de una mayor esperanza de vida en contraposición a los que no gozan del mismo nivel social o económico.

IV) Redes de apoyo social.

Desde el punto de vista de la Salud, cuando se hace referencia a la red social, se centran en los vínculos, relación y posición social con la que cuenta un individuo.⁶¹

Se ha reconocido al sociólogo y filósofo francés, Émile Durkheim, como el pionero respecto a trabajos que relacionan la cohesión e integración social con la salud. En su obra “El Suicidio” del año 1897, el autor demuestra cómo los hechos sociales pueden ser utilizados para explicar los patrones cambiantes de la tendencia hacia el suicidio.

Desde la psicología, el autor psicoanalista inglés Johan Bowlby, considerado por algunos como uno de los más importantes psiquiatras del siglo XX, fórmula en 1969 la denominada *the attachment theory*⁶², o teoría del apego⁶³, relacionada con el medio ambiente y la patología. En concreto, mediante el estudio de los mecanismos a través los cuales el medio contribuye al desarrollo de la génesis de la neurosis en la primera infancia.

Otros autores, en tanto, utilizarán estos estudios como piedra angular para el desarrollo de sus propias teorías y publicaciones, generando de esta forma nuevos postulados. Entre estos autores destacan las obras desarrolladas por John Cassel⁶⁴ y Gerald Caplan⁶⁵, quienes publican durante el año 1974 sus investigaciones por separado.

En síntesis, las ideas formuladas por J. Cassel, sostienen que los cambios en el ambiente social pueden alterar la resistencia de los individuos hacia la enfermedad, debido a las alteraciones metabólicas que desencadenan. La falta de señales o de información relevante por parte de

⁶¹ Fernández Peña, Roser, “Redes sociales, apoyo social y salud”, Revista de Recerca i Investigació en antropologia, Número 3, p.13, diciembre, 2005 [en línea] Universitat Autònoma de Barcelona [consultado julio 2018] <http://revista-redes.rediris.es/Periferia/english/number3/periferia_3_3.pdf>.

⁶² Bowlby, John, “The attachment and loss”. ed. Hogarth Press, Londres, 1969.

⁶³ Traducción personal.

⁶⁴ Cassel, John, “Psychosocial Processes and Stress. Theoretical Formulations”. International of Health Services, 1974.

⁶⁵ Caplan, Gerald, “Systems and Community Mental Health.” Behavioral Publications. New York.

relaciones sociales, en especial las referidas a personas significativas y próximas para el individuo, puede constituir el origen de la enfermedad.⁶⁶

En otro sentido, la aportación de G. Caplan se dirige a subrayar la importancia que tiene para el bienestar de los individuos los recursos derivados de las distintas relaciones sociales mantenidas tales como apoyo emocional y el instrumental. Entre los postulados de su teoría, se destaca la necesidad de realización de actividades que deberían realizar los profesionales de la salud para favorecer el desarrollo de contactos sociales proveedores de apoyo en una determinada comunidad.⁶⁷

En cuanto a las redes de Apoyo Social, desde el punto de vista conceptual, se han distinguido 4 elementos que la conforman:⁶⁸

- a) Apoyo emocional: Expresiones de empatía, amor, confianza y preocupación.
- b) Apoyo instrumental: Ayuda material, instrumental y servicios.
- c) Apoyo informativo: Consejos, sugerencias, retroalimentación e información.
- d) Interacción social positivo: Integración social, sentido de pertenencia, compañía.

En base a lo expuesto, autores nacionales como Martín Plaza G, residente de Medicina Familiar de la Universidad Católica y voluntario de Acercando Salud, una organización sin fines de lucro, señala: “La importancia de lazos sociales fuertes y el apoyo social en influenciar las conductas relacionadas a salud, es la esencia del promotor de salud y su potencial costo efectividad. Esta habilidad para facilitar la relación prestador-paciente, mejorar la utilización de la atención en salud y promover la reducción de riesgos en salud, lo hacen un potencial puente invaluable entre las comunidades y el sistema de salud.”⁶⁹

⁶⁶ Fernández Peña, Roser, op. cit., nota 47, p.4

⁶⁷ Fernández Peña, Roser., ibíd.

⁶⁸ Oakar, C., “Community Health Workers: Bridging the Gap between Patients and the Health Care System”. Florida Association of Community Health Centers.

⁶⁹ Plaza, Martín. “Promoción de Salud y Apoyo Social” [en línea] Pontificia Universidad Católica [consultado julio 2018] <<http://medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/342.html>>.

De esta forma, para finalizar el presente apartado, es posible sostener que el mantener relaciones sociales sanas y formar parte activa de una comunidad incrementa o mejora nuestra salud y, por tanto, nuestro bienestar. No se puede dejar considerar, además, que la interacción positiva con quienes nos rodean mejora nuestro bienestar psicológico y también influye en nuestra salud física.

V) Servicios de salud.

Este aspecto se relaciona con dos factores previamente mencionados: el entorno físico y el nivel socioeconómico.

Cuanto más fácil le resulte a una persona el acceso a los servicios de salud y mejores sean en su calidad, más probable será que pueda prevenir y curar satisfactoriamente las enfermedades que lo afligen.

A nivel internacional, la OMS⁷⁰, mediante la Resolución N°14 aprobada por el Consejo Directivo 53°, durante el 2014, dentro del denominado “Marco de la Estrategia para el Acceso Universal a la Salud y la Cobertura Universal de Salud”, ha realizado esfuerzos por determinar o configurar las condiciones que permitirán a los países orientar y evaluar sus políticas y medir los progresos en torno a cuatro líneas estratégicas simultáneas e interdependientes:

- a) Ampliar el acceso equitativo a servicios de salud, integrales, de calidad, centrados en las personas y las comunidades.
- b) Fortalecer la rectoría y la gobernanza.
- c) Aumentar y mejorar el financiamiento, con equidad y eficiencia, y avanzar hacia la eliminación del pago directo que se convierte en barrera para el acceso en el momento de la prestación de servicios
- d) Fortalecer la coordinación intersectorial para abordar los determinantes sociales de la salud.

⁷⁰ 53° Consejo Directivo 66° Sesión del Comité regional de la OMS para las Américas, Washington, D.C., EUA, del 29 de septiembre al 3 de octubre del 2014. [en línea]Paho.org [consultado julio 2018] <<https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2014/CD53-R14-s.pdf>>.

En cuanto al financiamiento de la salud la OMS a su vez ha señalado: La financiación de la salud se ocupa de la generación, asignación y utilización de los recursos financieros destinados a los sistemas de salud. Algunos aspectos de la financiación de la salud son:

- a) Cómo y dónde recaudar fondos suficientes para la salud;
- b) Cómo superar los obstáculos financieros que impiden el acceso de muchos pobres a los servicios de salud, o
- c) Cómo ofrecer una combinación equitativa y eficiente de servicios de salud.

A este respecto, dicha institución, en el año 2010 realizó un informe⁷¹ en relación a la forma de cómo los países, miembros o no, pueden mejorar en cuanto a la administración de recursos entorno a la salud, y en cuyo mensaje se destaca: “Este informe calcula que entre el 20% y el 40% del gasto sanitario total se pierde por la ineficiencia y señala 10 áreas específicas en las que unas políticas y prácticas más adecuadas podrían aumentar el impacto de los gastos, a veces de manera espectacular. La inversión de estos recursos de forma más sensata puede ayudar a los países a acercarse mucho más a la cobertura universal sin aumentar el gasto.”

En definitiva, para concluir este apartado, el acceso a los servicios de salud es un tema de gran importancia, toda vez que reviste el medio por el cual los individuos tendrán acceso a las prestaciones que les permitan mejorar su bienestar y es por ello que se debe considerar con atención la regulación que el Estado ha realizado entorno a la materia, pues es de esta forma como se establecen los derechos y obligaciones que tanto ciudadanos como los servicios públicos podrán ejercer de forma recíproca y directa.

VI) Nivel educativo.

El nivel educacional de las personas generalmente se emplea como un criterio para la clasificación social o económica más que un indicador de su bienestar. Sin perjuicio de ello, autores, de distintas áreas han relacionado esta materia en mayor o menor medida con la salud de los individuos.

⁷¹ Organización Mundial de la Salud. Informe sobre la Salud en el Mundo. Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal. 2010. [en línea] www.who.int/es [consultado julio 2018] <<http://www.who.int/whr/2010/es/>>.

Es así, que Ernesto de la Cruz Sánchez de la Universidad de Murcia de España junto a Sebastián Feu y Manuel Vizuete-Carrizosa de la Universidad de Extremadura también del país hispano, han señalado lo siguiente⁷²:

“El empleo del nivel educativo como indicador del estatus socioeconómico tiene, además, algunas ventajas sobre estos tradicionales indicadores económicos de clase. La educación de una persona es un indicador de estatus estable a lo largo de la vida, y permite clasificar a personas que, o bien no trabajan o están jubiladas, lo que descarta la idea de que el estatus social pueda resultar condicionado por el estado de salud de una persona y por la exposición a factores de estrés o problemas de salud, tanto más probables a medida que aumenta la edad.

Existe evidencia que señala que el nivel educativo podría ser el factor socioeconómico que mejor describa las desigualdades sociales en salud, y ha sido descrita la asociación entre este indicador y diferentes causas específicas de mortalidad y morbilidad hospitalaria.

La relación entre la salud percibida y la mortalidad puede, por tanto, resultar condicionada por el nivel educativo. Las personas que tienen un nivel educativo bajo tienden a valorar peor su salud, al verse afectadas en mayor medida que otras por problemas crónicos y, por tanto, en ellas la mortalidad no está tan asociada con esta valoración propia de la salud; mientras que en las personas con un nivel educativo alto la salud percibida es un indicador mejor relacionado al del riesgo de mortalidad.”

De esta forma, en síntesis, un nivel educativo bajo suele estar relacionado con un menor nivel de salud, comprendiendo en ello la salud preventiva.

VII) Sexo y género.

A modo de prevención, si bien generalmente se emplean estos términos de forma indistinta y casi análogo por la población, desde lo técnico implican dos aspectos distintos de un individuo.

⁷² De la Cruz-Sánchez, E., Feu, S. & Vizuete-Carrizosa, M. “El nivel educativo como factor asociado al bienestar subjetivo y la salud mental en la población española.” *Universitas Psychologica*, 12 (1), 31-40. 2013. [en línea] SciELO Colombia [consultado julio 2018] <<http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v12n1/v12n1a04.pdf>>.

Con el sexo hace referencia a la morfología de un individuo, determinada desde el momento que el óvulo y el espermatozoide se unen, y es determinado mediante la información que confieren los cromosomas X e Y para el caso de los hombres y de dos cromosomas X para el caso de las mujeres.

El género, por otra parte, es un concepto social o cultural en el cual el entorno define de forma anticipada la forma que se desarrollaran las relaciones y funciones de los individuos en sociedad, o en definitiva, lo que viene dado por la forma que se espera que nos interrelacionamos con las demás personas y con la sociedad en función de si se es niña, niño, hombre, mujer, etc.

La OMS, en una nota descriptiva del 31 de agosto del 2015, ha señalado⁷³: El género se refiere a las características de las mujeres y los hombres definidas por la sociedad, como las normas, los roles y las relaciones que existen entre ellos. También es importante reconocer las identidades que no encajan en las categorías binarias de sexo masculino y sexo femenino. Las normas, las relaciones y los roles vinculados con el género también influyen en los resultados de salud de las personas transexuales o intersexuales.

Dicha organización ha estimado que las normas de género influyen en el acceso y el control de los recursos necesarios para lograr una salud óptima, entre ellos ha identificado distintos ámbitos donde debiera aspirar a condiciones de igualdad:

- a) Económicos: Se traduce en la igual los ingresos o el acceso a créditos;
- b) Sociales: En cuanto a las redes de personas e interconexiones con el medio, nos remitimos a lo mencionado en el apartado IV recién expuesto.
- c) Políticos: Que dicen relación con las posibilidades de participar en el liderazgo y participación de forma activa en el plano de la organización del Estado y civil.
- d) Informativos y educativos: Conocimientos básicos de salud, carreras universitarias o académicas.
- e) Vinculados al tiempo: Relacionado con el acceso a los servicios sanitarios, y
- f) Carácter interno: En relación a la confianza en sí mismo o autoestima.

⁷³ Organización Mundial de la Salud. “Género”, 31 de agosto del 2015. [en línea] Who.int/es [consultado julio 2018] <<http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>>.

A su vez, ha identificado aspectos donde debería imperar una cierta diferencia de las materias reguladas por normas, los roles y las relaciones en cuanto al género, en base a las diferencias entre los hombres y las mujeres en los siguientes ámbitos:

- a) Exposición a factores de riesgo o vulnerabilidad.
- b) Inversiones a nivel de los hogares en nutrición, cuidados y educación.
- c) Acceso a servicios de salud y uso de estos.
- d) Experiencias en entornos de atención de salud.
- e) Impactos sociales de la mala salud.

Es así, que el sexo y el género afectan de modos variados a nuestra salud e influyen en nuestra predisposición a sufrir enfermedades. Por ejemplo, se diagnostican más trastornos cardiovasculares en hombres y más casos de osteoporosis en mujeres.

Capítulo III. Descripción del marco normativo del Derecho a la Salud a nivel internacional y nacional.

3.1.- Tratados Internacionales.

Si bien existen distintos instrumentos internacionales en relación a los derechos sociales, y en particular materias relacionadas con la salud. Hemos de distinguir para efectos del presente análisis aquellos que obedecen a normas con carácter programático y aquellas que abordan la materia de forma más acabada, integra o completa.

En tal sentido, en la primera categoría, reconocemos instrumentos tales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Pacto de San José de Costa Rica, en los cuales identificamos disposiciones de carácter programático, en atención a lo establecido en sus artículos 34 letra i y 26 respectivamente.

En ellos, se reconoce la “Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”⁷⁴ y se establece la obligación a los Estados partes de “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”⁷⁵.

En base a ello, respondiendo a la categorización formulada para efectos de un mejor análisis, a continuación, se analizarán con mayor detalle aquellos instrumentos internacionales que, en atención a su extensión y profundidad, hemos identificado como más relevantes:

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante la Declaración, propuesta por la Organización de Naciones Unidas, en adelante ONU, en el año 1948, suscrita por nuestro país un año más tarde; El segundo cuerpo normativo internacional examinado es el

⁷⁴ Carta de la Organización de los Estados Americanos. Artículo 34, letra i.

⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 26.

Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual hace referencia al concepto de Salud, suscrita por Chile en 1948; En tercer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión, por la Asamblea de General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y promulgado mediante el Decreto N°326 de 1989 en nuestro país, y; finalmente el protocolo de San Salvador, cuya ratificación sigue pendiente por parte de nuestro país y se encuentra en discusión parlamentaria, pero que en consideración a las propuestas y medidas contenidas en él, hemos considerado que revisten un especial interés desde la perspectiva de un análisis holístico del derecho en relación a la salud en Chile.

3.1.1.- La Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración se refiere a la salud de forma específica en su artículo 25 numeral 1°, que establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”⁷⁶.

Dicha fórmula permite expandir el ámbito de aplicación, en relación a las materias comprendidas por el derecho a la salud, el que ahora se puede vincular además con el derecho a la vida, la seguridad social y la dignidad humana.

Estos tres elementos, a su vez, se encuentran consagrados expresamente en los artículos 3 y 22 de la Declaración, el primero de ellos, bajo la siguiente fórmula: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” A su turno, el artículo 22 de la Declaración, señala: “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

En consideración a lo anterior, es posible estimar que en la Declaración no se encuentra una delimitación clara del concepto Salud y, por tanto, de su alcance. Consecuencia de aquello será

⁷⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, [en línea] Naciones Unidas [consultado junio 2018] <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

que, con posterioridad, y en lo sucesivo, la Declaración será complementada por otros cuerpos normativos y tratados internacionales o mediante la reglamentación interna que cada país identifique como necesaria establecer en relación a esta materia.

3.1.2.- Preámbulo de la Constitución de la OMS.

Múltiples intentos, por parte de distintos organismos internacionales, se han hecho con el propósito de delimitar el contenido del derecho a la salud, entre los cuales destacan aquellos realizados por la OMS, en cuyo Preámbulo de su Acta de Constitución⁷⁷ señala lo siguiente: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. (...) El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; (...) Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.”⁷⁸

De lo anterior, es posible destacar las distintas facetas que es posible relacionar con el término “salud”. Entre ellas, sobresale aquella que pone énfasis en el completo bienestar físico, mental y social y abandonado el concepto inicial en el entendido de salud como la ausencia de afecciones o enfermedades.

Estos tres ejes: bienestar físico, mental y social, resultan fundamentales en lo sucesivo pues permiten extender el ámbito de la salud en relación al individuo, en otras palabras, no sólo comprende la condición o estado físico o mental de un ser humano, sino que también el

⁷⁷ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, [en línea] World Health Organization [consultado en junio 2018] < http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.>

⁷⁸ La constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al presente texto.

bienestar social. Reforzado mediante la reiteración y celebración de la Salud como un derecho fundamental sin distinción de ningún tipo, clase o condición.

En síntesis, la salud será comprendida como un hecho positivo, en tanto implica un bienestar general, ya no solamente comprendido en el sentido de ausencia de enfermedad, lo que implica la necesidad de un esfuerzo constante y activo de parte de los agentes públicos, que ya no se limita en evitar sino que ahora el prevenir y desarrollar actividades en aras de fortalecer la salud mental y social generalizada de la población, constituirán parte de las obligaciones a las que debe prestar atención, si se pretende una cabal comprensión de la materia, superando de esta forma la faceta que asume al individuo como objeto de la salud sin considerar sus relaciones con el medio y otros sujetos.

Otro aspecto posible de destacar, respecto a la caracterización realizada por la OMS en relación al derecho a la Salud, es aquella vinculada al concepto de la Salud Preventiva que hace énfasis en la educación, información y participación de forma activa, con la que debe contar la ciudadanía con el propósito de estar debidamente informados.

La finalidad de aquello consiste en generar una base que permita prevenir y mejorar las condiciones generales de salud, en particular en lo referente a la prevención y contagio de enfermedades. Carga de la que se hace responsable a los Estados miembros de su aplicación mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

3.1.3.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El presente instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, es celebrado como una de las regulaciones internacionales más acabadas y completas en torno a la salud, en atención al incremento de elementos comprendidos por el concepto de salud en relación lo planteado previamente por la OMS, fue promulgado en nuestro país, mediante el Decreto N°326 el 28 de abril de 1989.

Tal afirmación se realiza en consideración a lo expuesto por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo encargado de velar por el cumplimiento de dicho

Pacto. Específicamente, en su observación número 14 del año 2000, apartado 4, sostiene, respecto a la salud, que: “Abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.”⁷⁹

De esta forma, para el Comité, la Salud no debe comprenderse exclusivamente como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sino que, en consideración a la historia de su elaboración y la terminología empleada en la redacción del artículo 12 número 1 del Pacto, el cual aborda el derecho a la salud.

En consecuencia, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, proporcionó una interpretación más amplia del artículo 12, de esta forma señala: “El derecho a la salud es un derecho inclusivo que se extiende no sólo a una atención médica oportuna y apropiada, sino que también a los determinantes implícitos de la salud, como el acceso a agua potable y segura y saneamiento adecuado, condiciones ambientales y laborales saludables y acceso a la educación e información relativa a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.”⁸⁰

En síntesis, según lo expuesto, respecto a la definición de salud proveído por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este es entendido como el disfrute del más alto nivel de salud física, mental y social posibles, teniendo en presente, además, una serie de factores socioeconómicos, que entre otros va a considerar: la alimentación, una vivienda digna que

⁷⁹ Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°14 (2000), Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [en línea] UNHCRACNUR [consultado junio 2018] <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°14, del año 2000. Párrafo 11. [en línea] Observaciones Generales [consulta agosto 2018] <https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN14>

cumpla con las condiciones sanitarias adecuadas, instalaciones laborales que cumplan con los estándares de higiene adecuados, además del derecho a vivir en un medioambiente sano.

3.1.4.- Protocolo San Salvador.

El Protocolo de San Salvador creado en el marco del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, tiene vigencia internacional desde el 16 de noviembre de 1999, en conformidad a su artículo 21 inciso 3.

Cabe hacer presente que el Protocolo de San Salvador, aún no ha sido ratificado por nuestro país. En el año 2006 ingresó a discusión legislativa en el Congreso Nacional, siendo aprobado por la Cámara de Diputados, pasando a ser tramitado en el Senado, estado en el que se encuentra hasta el momento de realización del presente análisis, cabe señalar también, que en el año 2010 el Gobierno del presidente Sebastián Piñera retiró la urgencia a la discusión de este.⁸¹

El Protocolo complementa la Convención Americana de Derechos Humanos, así, entre otros, se consagra el derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (arts. 6 y 7), los derechos sindicales (art. 8), el derecho a la seguridad social (art. 9), el derecho a la salud (art. 10), el derecho a un medio ambiente sano (art. 11), el derecho a la alimentación (art. 12), el derecho a la educación (art. 13), el derecho a los beneficios de la cultura (art. 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15), derechos de la niñez (art. 16), la protección de los ancianos (art. 17) y la protección de los minusválidos (art. 18).

Cabe destacar que, en consecuencia, el presente documento reitera el derecho de toda persona a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

En relación a ello, con el fin de hacer efectivo el protocolo, los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para

⁸¹ Para mayor información respecto a la tramitación del Protocolo de San Salvador, en el Congreso Nacional puede consultar el Boletín 4087-10, disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

garantizar este derecho y, en consideraciones del jurista, docente e investigador colombiano profesor Ricardo Barona⁸², es posible mencionar:

- a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.
- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.
- c) La total inmunización contra principales enfermedades infecciosas.
- d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud.
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Actualmente quince países americanos han suscrito el presente acuerdo, ellos son: Argentina (2003), Bolivia (2006), Brasil (1996), Colombia (1997), Costa Rica (1999), Ecuador (1993), Ecuador (1993), El Salvador (1995), Guatemala (2000), México (1996), Nicaragua (2010), Panamá (1993), Paraguay (1997), Perú (1995), Surinam (1990) y Uruguay (1996).

De esta forma, si bien dicho protocolo no ha sido ratificado aún por nuestro parlamento, en consideración a los principios que informan la regulación nacional, las propuestas señaladas constituyen una meta programática de interés en el sentido y alcance de los planes y programas que contenidos en él.

⁸² Barona, Ricardo, "Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Brasilia, Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, 01 September 2014, Vol.3(2), 2014, p. 64.

3.2.- Normativa Nacional.

3.2.1.- Constitución Política de la República de 1980.

En nuestro país, los derechos económicos y sociales descansan sobre el marco normativo establecido en la Constitución Política de la República, que entró en vigencia el año 1980, cuyas consideraciones en relación a los derechos humanos, la vida, la salud, la integridad personal y la legalidad procesal, entre otras materias, se encuentran en las actas que levantadas por la comisión a cargo de su redacción. En este sentido se debe tener en consideración, por su importancia en lo referente a salud, el Acta Constitucional N°3, cuyo texto se encuentra plasmado en el Decreto Ley N°1.552, del año 1976.

Dicho comité, denominado formalmente como Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en adelante “CENC”, es también conocida en el medio como Comisión Ortúzar, en atención a la labor desempeñada por el presidente de dicha comisión.

En relación a los derechos sociales, la CENC tomó como base la Constitución de 1925, en particular, el Capítulo III, en sus artículos 10 al 23, los que dicen relación con los derechos y garantías civiles junto a las obligaciones del Estado en cuanto garante de los mismos, elementos que se verían plasmados, con algunas modificaciones, en los distintos numerales del actual artículo 19 de nuestra carta fundamental.

Sin perjuicio de la discusión doctrinal generada en relación a la naturaleza de los derechos humanos, respecto si éstos constituyen derechos innatos al ser humano, y por tanto anteriores al reconocimiento del Estado; o, por el contrario, es el Estado que en sus distintas declaraciones determina el contenido de los derechos fundamentales. Para efectos prácticos, estos derechos se consagran por la vía constitucional con el propósito de facilitar y mejorar su divulgación, garantizar su ejercicio y regular con mayor detalle su contenido, dado que, por sus características, de comunes a todos los ciudadanos, inevitablemente surgirán situaciones propensas a conflicto.

Los derechos humanos y sociales, ahora constitucionalmente reconocidos, comparten a su vez ciertas características, entre las que es posible considerar:

1. Se garantizan no sólo los derechos indicados en la Constitución. Los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en concordancia con lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución.
2. Por medio de la garantía general contenida en el artículo 19 N°26, el constituyente impone o limita al legislador prohibiéndole afectar los derechos en su esencia, así como imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Esta limitación debe ser entendida en el sentido que no se podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio mediante una ley ordinaria.
3. Los derechos constitucionales se encuentran sujetos a limitaciones, impuestas por el propio constituyente para la protección de otros derechos de distinta categoría, o por la necesidad de resguardar valores superiores identificados con la moral, el orden público, la seguridad nacional o porque, en consecuencia, su ejercicio se debe someter a la Constitución y otras normas de menor jerarquía.
4. En casos especiales, como el denominado “estado de excepción constitucional” que se decreta o producen en situaciones tales como guerra externa y/o interna, calamidad pública, etc., algunos derechos pueden ser restringidos o suspendidos, a fin de permitir a la autoridad hacer frente a tales situaciones de forma más pronta o efectiva. Por ejemplo, en el caso de guerra externa, podría imponerse censura a las comunicaciones, restringir el derecho de reunión o el derecho a la libertad de información, entre otros.

En cuanto a los derechos fundamentales contemplados por el artículo 19 de la Constitución Política, estos responden a distintas necesidades en particular en consideración a las ideas y categorías que se tuvieron en consideración al momento de su redacción.

Entre aquellos que dicen especial relación con el ejercicio, promoción y protección del derecho a la salud, estimamos relevantes: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N°1), la igualdad ante la ley (N°2), la igual protección de la ley en el ejercicio de sus

derechos (Nº3), el derecho a la protección de la salud (Nº9) y el derecho a la seguridad social (Nº18). Los cuáles serán analizados brevemente en relación al derecho social y garantía a la salud.

a) El derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona. Artículo 19 N°1.

Es opinión generalizada en doctrina en relación al concepto de los derechos humanos, en general y el derecho a la vida en particular, que estos han sido consagrados por la vía constitucional como una reacción frente a los horrendos crímenes de *lesa humanidad* cometidos durante los conflictos armados de carácter global y, en particular, las guerras mundiales de 1914 y 1939.

En palabras del precitado profesor Arango: “Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la postguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales. No obstante, a nivel del derecho internacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.”⁸³

Del derecho a la vida puede desprenderse el derecho a la integridad física y psíquica, el cual constituye una protección frente a todo tipo de atentados, tanto físicos como psicológicos. Además, suele incluirse dentro de este derecho, la vida del que está por nacer, aunque en distinto grado y medida, sin perjuicio del debate que genera la materia.

Respecto a la pena de muerte, la Constitución resulta estricta pues de forma excepcional se reconoce para delitos en los cuales se encuentran involucradas materias sensibles y por el particular disvalor que éstas implican, tanto de acción como por resultado, y se exige, por parte del constituyente, que esta sea establecida mediante una ley de quórum calificado.

Por último, respecto a la vida y la integridad física y mental, establecidos en el artículo 19 N°1, se prohíben los apremios ilegítimos de toda clase. Dicha prohibición no es menor, ya que otorga rango constitucional a la protección contra abusos cometidos tanto por ciudadanos como agentes del estado, prohibiendo la tortura y apremios corporales de todo tipo, en contra de cualquier individuo dentro del territorio de la república, sin perjuicio de las sanciones penales

⁸³ Arango, R. “Los Derechos Sociales”, op. cit., nota 4, p. 1681.

que reciban los autores. Lo que denota la intención de proteger, resguardar y respetar este derecho a los individuos frente al actuar del Estado y terceros que se irroguen facultades sancionatorias que no corresponden de acuerdo a la dignidad humana.

b) La igualdad ante la ley. Artículo 19 N°2.

Respecto al concepto de igualdad, es necesario en primer lugar realizar la siguiente distinción, siguiendo al profesor de ciencias jurídicas Iván Díaz de la Universidad Católica de Temuco, quien sostiene: “dos aspectos deben ser precisados en esa noción básica de igualdad. Primero, que lo igual se predica respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes, es decir, de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y lo desigual se predica respecto de casos que divergen en a lo menos una de aquellas propiedades. Segundo, tratar de la misma manera exige al juzgador utilizar las mismas disposiciones, interpretarlas del mismo modo y, como consecuencia, adoptar la misma decisión respecto de casos iguales, mientras que tratar de diversa manera exige al juzgador utilizar diversas disposiciones, sin importar si ello conduce a la misma o a diversas decisiones.”⁸⁴

Consecuencia de aquello, siguiendo al mismo autor, se señala que: “la igualdad en la aplicación de la ley puede ser definida, en lo que aquí se llamará noción completa de igualdad en la aplicación de la ley, como la exigencia de que el juzgador utilice las mismas disposiciones, las interprete del mismo modo y adopte una misma decisión respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y utilice diversas disposiciones respecto de los casos que divergen en uno o más de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes.”⁸⁵

En base a lo señalado previamente, es posible considerar que la igualdad ante la ley consiste en la posibilidad, para todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social u origen, de disfrutar de los mismos derechos y beneficios, o, en otras palabras, que exista una misma ley para todos.

⁸⁴ Díaz G., Iván, “Igualdad en la aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias.”, Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 33 - 76.

⁸⁵ Díaz G., Iván, *ibíd.*

Consecuencia de aquello, y en consideración al carácter general de las leyes establecidas por el constituyente y el legislador, como vinculantes para todos los habitantes de la nación, éstas deben establecer idénticas consecuencias para todos quienes se encuentren en igual posición.

Lo anterior, desde otra perspectiva, es reforzado en el sentido inverso, al señalar que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias “arbitrarias”. Lo que implica la posibilidad de establecer diferencias, pero siempre que ellas tengan un fundamento lógico y razonable, y basados en la mera liberalidad de quien ostenta la facultad normativa.

c) La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Artículo 19 N°3.

La igualdad ante la ley, de la que se hablaba en el apartado anterior, resultaría letra muerta si, de forma conjunta, no se garantiza una adecuada defensa o protección frente a una vulneración.

Por ello, la protección es comprendida por los diversos mecanismos que pretenden asegurar aquella defensa, la que cuenta con una especial relación respecto a la igualdad en materia procesal frente la protección de los derechos.

Sin embargo, en palabras del profesor de Derecho Público, Hugo Tórtora, el numeral que se analiza: “Se trata de una norma de carácter general y no sólo referida a los Tribunales. De allí que no sea correcto denominar a esta garantía simplemente como “Igualdad ante la Justicia”, puesto que involucra también a los demás órganos del Estado. Por lo tanto, se trata de una norma amplia, que establece la igualdad ante la ley o isonomía adjetiva”⁸⁶

Por tanto, el presente numeral en análisis, representa un mecanismo constitucional diseñado con el propósito de celebrar, proteger y garantizar la igualdad formal en relación a todos los habitantes de la república.

En tal sentido, se busca garantizar el acceso igualitario a los beneficios otorgados por el Estado, en un sentido amplio, ya sea desde la perspectiva procesal o como derechos reconocidos a los ciudadanos, sin distinción de clase, raza, sexo o condición.

⁸⁶ Tórtora A., Hugo. “Igualdades Básicas” [en línea] Apuntes de Derecho Constitucional [consultado julio 2018] <<http://constitucionalchile.blogspot.com/2010/07/04-igualdades-basicas.html>>.

En tal sentido, resulta aplicable este numeral a las prestaciones que por ley se establezcan en relación a materias de acceso, protección y mejoramiento de la salud a nivel estatal.

d) El derecho a la protección de la salud. Artículo 19 N°9.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Lo que implica que el Estado cumple un rol de supervisor frente al prestador del servicio y los individuos, en relación a las prestaciones de salud otorgadas por instituciones públicas y privadas.

Asimismo, se garantiza el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea estatal o privado, estableciendo que la ley puede fijar cotizaciones obligatorias para lograr el financiamiento del sistema.

En consecuencia, por protección de la salud, el constituyente ha asumido un rol que adquiere la forma de garante respecto de la libertad en la elección del prestador de servicios, asegurando, en este sentido, el acceso a los sistemas de salud.

Dicha función excluye, por tanto, al Estado de forma activa como un prestador de servicios, lo que se condice con la visión expuesta por la comisión redactora, y que se aprecia, con claridad, en el acta número 3 de la CENC. Lo anterior, además, excluye de forma implícita el resto de las funciones que puede adoptar el Estado al momento de asegurar el derecho a la salud, en cuanto regular otras áreas que suelen comprenderse dentro de la esfera de la salud y el bienestar generalizado de la ciudadanía, en base a lo expuesto en el capítulo II del presente trabajo.

e) El derecho a la seguridad social. Artículo 19 N°18.

La seguridad social hace referencia a situaciones eventuales, esperadas o imprevistas, que pueden perjudicar la subsistencia o condiciones de vida de las personas, por ejemplo, la vejez, incapacidad física, total o parcial, accidentes laborales, etc.

El Estado garantiza el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Aquello implica que no garantiza otorgar las prestaciones, sino que todos tengan la posibilidad de acceder a ellas, cumpliendo idénticos requisitos. Las prestaciones pueden ser causadas en base a la jubilación

por vejez y pensiones de invalidez, conceptos a los que generalmente se hacen referencia en esta materia.

Tal como se adelantaba, se ha establecido por el constituyente la posibilidad que por ley se establezcan cotizaciones obligatorias para lograr el financiamiento del sistema. El Estado fiscaliza el funcionamiento de las instituciones que prestan estos servicios a través de la Superintendencia de Pensiones y, desde el año 2001, mediante la Ley N°19.650, entregó al sistema de Fondo Nacional de Salud, en adelante FONASA, un conjunto de facultades y atribuciones para la fiscalización de la recaudación de las cotizaciones de salud de los afiliados, facultad que se refuerza a través de la Ley N°19.937, las facultades para fiscalizar las cotizaciones, entregando a sus fiscalizadores iguales facultades a las que poseen los fiscalizadores de la Dirección del Trabajo para examinar la documentación laboral, revisar los libros de contabilidad, entrevistar a los trabajadores, citar a los empleadores, entre otras funciones.⁸⁷

3.2.2.- Leyes y Decretos Ley que regulan el derecho a la salud.

Respecto a esta categoría, existen múltiples leyes que regulan la salud desde sus distintas facetas: sustancial, en cuanto a su funcionamiento de los servicios, programáticas, etc. Por ello nos limitaremos a aquellas consideradas atingentes con el propósito de estudiar la salud como un derecho de los individuos y aquellas en relación a las instituciones encargadas, por mandato, a proveer de ciertos bienes y servicios atingentes a esta materia, excluyéndose en consecuencia aquellas relativas al funcionamiento diario del aparataje que implica la institucionalidad relativa a la salud.

a) Decreto con Fuerza de Ley N°1. Reorganiza el Ministerio de Salud y otros organismos.

Esta vez, desde el punto de vista de la administración, se debe tener en consideración el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006, y que reemplaza al anterior Decreto Ley N°2.763, el cual lleva por título “Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, El Fondo Nacional de Salud, El Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional

⁸⁷ Información recopilada desde el portal web institucional. [en línea] FONASA [consultado junio 2018] <https://fonasaweb.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140703/pags/20140703101454.html>.

de Servicios de Salud”, cuya última modificación se realizó el 31 de diciembre del año 2008, en virtud de la ley 19.937⁸⁸.

Consecuencia de la modificación al Decreto Ley señalado, se comienza haciendo referencia en el primer artículo a la función del Ministerio de Salud y de los restantes organismos, la finalidad de dichas instituciones, en base a dicho mandato, consiste en: “ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma.”

b) Ley N°18.469. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

Desde la perspectiva de los derechos sociales, en particular con la Salud, es imposible dejar de nombrar la Ley N°18.469⁸⁹ la cual lleva por título: “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud”. También modificada mediante el Decreto con Fuerza de Ley N°1 citado anteriormente, y, que, por su relevancia y claridad, se citan a continuación los 3 primeros artículos:

Artículo 1°. - 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.

Artículo 2°. - Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28.

Artículo 3°. - Los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.

⁸⁸ Publicada en el D.O el 24 de febrero de 2004.

⁸⁹ Publicada en el D.O el 23 de noviembre de 1985.

Es así, que, desde el título preliminar del presente cuerpo normativo, es posible rescatar los siguientes elementos.

Se establece en su primer artículo que el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende la igualdad en el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud haciéndolo extensible a su vez a la rehabilitación y la libertad para elegir el sistema de salud ya sea el estatal o privado, resultan ser los elementos centrales que regulará la presente normativa.

Por mandato expreso del legislador en el artículo 2°, se establece la prohibición de negar servicio mediante el uso de la siguiente fórmula: “Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28.”

Desde otra perspectiva, el legislador establece que los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.

Finalmente, en cuanto a sus elementos, la presente norma establece un Régimen de Prestaciones de Salud, sujeto evidentemente a las disposiciones de la presente ley. Sus beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en esta ley en las condiciones que ella establece.

Para encontrarse afecto a la norma en comento en primer lugar es necesario contar con la calidad de afiliado o beneficiario, para ello el legislador estableció los siguientes requisitos⁹⁰.

Tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización.

⁹⁰ Extraídos de los artículos 5 y 6 de la Ley 18.469.

En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización;

b) Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión;

c) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y;

d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía.

A su vez, serán beneficiarios del Régimen:

a) Los afiliados señalados anteriormente;

b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del punto anterior y que perciban asignación familiar;

c) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del punto anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente;

d) La mujer embarazada incluso cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 9° de la ley 18.469;

e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N°869, de 1975, y

f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N°18.020

g) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la ley N°19.728 y sus causantes de asignación familiar

El legislador a posterior ordena la incorporación automática al sistema de las personas que cumplan con los requisitos previamente señalados y se imponen obligaciones a los afiliados y beneficiarios relativas a la obligación de informar de forma oportuna y fiel a las instituciones competentes, para su adecuada identificación y atención por los organismos del Sistema Nacional de Servicios de Salud, como también de realizar las cotizaciones destinadas a financiar las prestaciones de salud establecidas por los decretos leyes números 3500 y 3501 de 1980 o en las respectivas leyes orgánicas de las entidades previsionales a las que pertenecen.

En cuanto a los imponentes voluntarios y los trabajadores independientes el legislador establece que estarán sujetos a la cotización señalada en los artículos 85 y 92, respectivamente, del Decreto Ley N°3.500, de 1980, aplicada sobre la renta por la cual impongán.

Los beneficiarios tendrán derecho a recibir del Régimen General de Garantías en Salud las siguientes prestaciones, acorde al artículo 8 de la norma en comento:

a) El examen de medicina preventiva, constituido por un plan periódico de monitoreo y evaluación de la salud a lo largo del ciclo vital con el propósito de reducir la morbimortalidad o sufrimiento, debido a aquellas enfermedades o condiciones prevenibles o controlables que formen parte de las prioridades sanitarias. Para su inclusión en el examen de medicina preventiva sólo deberán ser consideradas aquellas enfermedades o condiciones para las cuales existe evidencia del beneficio de la detección temprana en un individuo asintomático. El Ministerio de Salud definirá, entre otros, los procedimientos, contenidos, plazo y frecuencia del examen, fijando condiciones equivalentes para los sectores público y privado. Los resultados deben ser manejados como datos sensibles y las personas examinadas no podrán ser objeto de discriminación a consecuencia de ellos.

b) Asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan, y

c) Atención odontológica, en la forma que determine el reglamento.

El legislador hace expresa referencia a las mujeres embarazadas y a los niños menores de 6 años y se establecen las siguientes prestaciones acorde al artículo 9:

“Toda mujer embarazada tendrá derecho a protección del Estado durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, la que comprenderá el control del embarazo y puerperio.

El niño recién nacido y hasta los seis años tendrá también derecho a la protección y control de salud del Estado.

La atención del parto estará incluida en la asistencia médica a que se refiere la letra b) del artículo 8°.”

Como alternativa a lo señalado precedentemente el legislador otorga a los afiliados y beneficiarios la alternativa de atenderse bajo la modalidad de “libre elección” en la cual gozarán de libertad para elegir al profesional o establecimiento e institución asistencial de salud que, conforme a dicha modalidad, otorgue la prestación requerida, artículo 12 de la norma en comento.

Los profesionales y establecimientos o entidades asistenciales de salud que decidan otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del Régimen, en la modalidad de "libre elección", deberán suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en alguno de los grupos del rol que para estos efectos llevará el Fondo. Dicha modalidad se aplicará respecto de prestaciones tales como consultas médicas, exámenes, hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas y obstétricas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos y demás que determine el Ministerio de Salud, formen parte o no de un conjunto de prestaciones asociadas a un diagnóstico.

Finalmente, en cuanto al acceso a estas prestaciones de salud, el legislador establece que las personas carentes de recursos o indigentes tendrán derecho a recibir gratuitamente todas las prestaciones que contempladas en el párrafo 1° de la norma en comento, según señala en el artículo 17.

c) Ley N°19.966, establece un Régimen de Garantías en Salud.

Desde otra perspectiva, la Ley N°19.966⁹¹, establece un Régimen de Garantías en Salud, conocida antiguamente por sus siglas AUGE y actual GES, consistente en un catálogo, lista o serie de enfermedades que se encuentran cubiertas por el sistema de salud.

De tal suerte, se establecen prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativos, además de programas con cargo al Fondo Nacional de Salud (FONASA). Dicho organismo o institución debe cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido por la Ley N°18.469.⁹²

Lo anterior, implica el establecimiento de derechos para los beneficiarios contenidos, en aquella norma o listado que conforman las Garantías Explícitas en Salud (GES) relativas al acceso, calidad, oportunidad y protección financiera con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas.⁹³

En cuanto al acceso, las GES mediante la norma N°19.966 citada previamente, establece, a FONASA e ISAPRES, la obligación de proveer de los servicios o prestaciones de salud definidas para cada enfermedad.⁹⁴ La referencia a la calidad dice relación con el reconocimiento o acreditación que debe contar el prestador de servicios para desarrollar tal actividad en relación a un estándar establecido con anticipación por la autoridad. La oportunidad, por su parte, da cuenta de la existencia de un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas, en las etapas de diagnóstico, tratamiento y seguimiento. La protección financiera, finalmente, consiste en la contribución, pago o copago máximo que deberá efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, considerando el monto de sus ingresos, que es posible descomponer de la siguiente forma, en relación a la clasificación realizada por FONASA: Cero

⁹¹ Publicada en el D.O el 3 de septiembre del 2004.

⁹² Ley 19.966 artículo 1.

⁹³ *Ibíd.*, Artículo 2.

⁹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. Plan GES (ex AUGE). [en línea] www.bcn.cl [consulta julio 2018] <[https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-\(ex-auge\)](https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-(ex-auge))>.

para los afiliados al grupo A y B; 10% para afiliados al grupo C; 20% para afiliados al grupo D y afiliados a ISAPRES.⁹⁵

Para acceder al conjunto de prestaciones establecidas por la GES y la ley N°19.966, se debe distinguir en primer lugar si la persona quiere ser atendida vía FONASA o Isapre. Si es beneficiario de la primera categoría, deberá acceder a través del consultorio de atención primaria en el que esté inscrito. En cambio, si es beneficiario de Isapre, deberá concurrir con el diagnóstico médico del profesional de salud tratante a las oficinas de la institución para que designe un prestador en la red GES.⁹⁶

Respecto al momento desde el cual la cobertura GES se inicia es aquel en que el beneficiario es diagnosticado con un problema de salud cubierto por las garantías explícitas en salud. Para acceder al GES, su médico debe entregarle un formulario llamado "Constancia de Información al paciente GES" el que deberá presentar en su Isapre o Fonasa según corresponda.⁹⁷

En caso de decidir rechazar las prestaciones de GES, se pierde dicha garantía y operará la cobertura del plan de salud a que se pertenezca. Si es afiliado Fonasa y se rechaza la red de prestadores GES, perderá las garantías y operará la cobertura de libre elección.⁹⁸

Respecto a las enfermedades, en sentido amplio, cubiertas por la GES, el conjunto asciende a más de 80 patologías cubiertas. En consideración a dicha extensión no se hará mención detallada de cada una de ellas en el presente trabajo. Sin perjuicio de aquello, FONASA ha agrupado dichas enfermedades o patologías para efectos de una mejor comprensión. Las cuales se señalan a continuación, empleando un número entre paréntesis para hacer referencia a la cantidad de patologías cubiertas en cada sección, a mencionar: Enfermedades respiratorias (7); Intervenciones quirúrgicas (9); Enfermedades del adulto mayor (6); Enfermedades crónicas y

⁹⁵ ChileAtiende. AUGE - GES: Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas. [en línea] Chileatiende.gob.cl [consulta julio 2018] <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/2464-auge-ges-plan-de-acceso-universal-a-garantias-explicitas>>

⁹⁶ Red de Salud UC Christus. GES, lo que usted debe saber. [en línea] redsalud.uc.cl [consulta julio 2018] <http://redsalud.uc.cl/ucchristus/ges_lo_que_usted_debe_saber.act>.

⁹⁷ Red de Salud UC Christus. íbid.

⁹⁸ Red de Salud UC Christus. íbid.

otras (20); Salud Oral (4); Enfermedades del corazón y cerebrovasculares (5); Tratamiento de cánceres (14); Parto, prematuridad y enfermedades de recién nacido y niños (8).⁹⁹

Para concluir, respecto a la norma N°19.966, en base a lo expuesto, es posible señalar que refleja un esfuerzo de parte del Estado por identificar, determinar y limitar, o en definitiva, regular la prestación de servicios en relación a la salud. Conciliando, en algún grado, la coexistencia de los dos grandes prestadores de servicios de salud presentes en el actual mercado: privados e ISAPRES, por una parte, y el Estado a través de FONASA por otro. Dicha norma, desde la perspectiva del ciudadano, representa una alternativa para acceder a prestaciones a un menor costo en comparación a un sistema completamente privado o entregado al mercado. Sin perjuicio de aquello, no se puede dejar de considerar en base a la extensión de la problemática general, que implica la prestación de servicios para la restitución de la salud, la presente normativa debe reconocerse como inconclusa pues requiere de un constante examen y escrutinio, tanto de los profesionales afines como de la ciudadanía en general, para ser enriquecida en el sentido de aumentar el conjunto de prestaciones y patologías comprendidas por este sistema.

d) Decreto con fuerza de ley N°725 de 1968, Código Sanitario.

También se debe tener en consideración el decreto con fuerza de ley N°725 de 1968¹⁰⁰ el cual modifica el decreto con fuerza de ley N°226, del 15 de mayo de 1931, el cual aprueba el Código Sanitario.

Según establece el artículo primero de dicha norma, el Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes. Establece en el Título Preliminar, en particular, párrafos II y III, las obligaciones de los Servicios de Salud y Municipalidades respectivamente. Que en definitiva establecen obligaciones de informar cuando sean requeridos, y sujeción a las normas y decretos establecidos por el Ministerio de Salud y las autoridades respectivas, en relación a las materias de salud e higiene de su competencia.

⁹⁹ Fondo Nacional de Salud. 80 patologías. [En línea] FONASA [consultado julio 2018] <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/coberturas/auge/patologias>>.

¹⁰⁰ Publicado en el D.O el 31 de enero 1968.

De los distintos asuntos o materias reguladas por la norma en comento, queremos destacar aquellas ubicadas en el Libro I, Título I, artículos 16 y 17, respecto a la protección materno infantil, el cual establece la protección a la mujer embarazada y al recién nacido, asegurando la atención gratuita para aquellos que se encuentren en condición de indigencia; Título II Párrafo II sobre enfermedades transmisibles, artículo 38, el cual establece “El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la lucha contra las enfermedades venéreas y procurará evitar su propagación por todos los medios educacionales, preventivos o de otro orden que estime necesarios.”

Entre otras materias, reguladas por el Código Sanitario, se encuentran la higiene y seguridad del ambiente y lugares de trabajo; el ejercicio de la medicina y profesiones afines; observación y reclusión de los enfermos mentales, de los alcohólicos y de los que presenten estado de dependencia de otras drogas y sustancias; Las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres; y del aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo y de la utilización de cadáveres, o parte de ellos, con fines científicos o terapéuticos.

Finalmente, mencionar, el Decreto N°362 del año 1983 el cual aprueba el Reglamento Sobre Enfermedades de Transmisión Sexual y que establece, entre otras materias, el tratamiento gratuito para efectos de las enfermedades por él señaladas.

f) Ley N°20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

La presente norma, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril del 2012, entró en vigencia en octubre del mismo año, regula distintas materias en atención a la relación existente entre el paciente y los profesionales que prestan servicios en el rubro de la salud. En particular aborda el derecho del paciente al acceso a la información de forma oportuna y veraz, la confidencialidad de la ficha clínica, y los deberes en cuanto al comportamiento del paciente durante la reclusión, entre otros asuntos.

Respecto al alcance de sus disposiciones, el artículo 1° establece, que: se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.

La importancia de este cuerpo normativo recae entre otros factores, en reconocer de forma expresa los criterios de oportunidad y no discriminación, comprendiéndose así tanto a las personas con alguna discapacidad física o mental como aquellas privadas de libertad.

Respecto a los derechos regulados en particular, establecidos en el Título II, se establece el derecho a la seguridad y la calidad en la atención de salud, en lo relativo a materias de infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado, según queda establecido en el artículo 4 del mismo.

El derecho a trato digno, establecido en el artículo 5, en tal sentido, en su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia.

En consecuencia, los prestadores deberán:

- a) Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida.
- b) Velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre.
- c) Respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud. En especial, se deberá asegurar estos derechos en relación con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera que sea su fin o uso. En todo caso, para la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para usos o fines periodísticos o publicitarios se requerirá autorización escrita del paciente o de su representante legal.

Por otra parte, el artículo 6, establece el derecho a tener compañía y asistencia espiritual. En este sentido se establece el derecho para las personas y la obligación para los prestadores para facilitar la compañía de familiares y amigos cercanos durante la hospitalización o durante el tratamiento en casos de atención ambulatoria. Asimismo, toda persona que lo solicite tiene derecho a recibir, oportunamente y en conformidad a la ley, consejería y asistencia religiosa o espiritual.

En concordancia, los prestadores deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas.

Respecto al derecho de información, regulado en el párrafo 4° del Título II, consiste en un conjunto de obligaciones del prestador de servicios, entre los cuales se establece que toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito respecto a las atenciones de salud que el prestador ofrece o tiene disponible; condiciones previsionales de salud requeridas para su atención y trámites necesarios; las condiciones y obligaciones establecidas en sus reglamentos internos que las personas deben cumplir mientras dure su internación; las instancias, forma y oportunidad para presentar reclamos y sugerencias.

A su vez, el artículo 10, establece el derecho de toda persona a ser informada, en forma oportuna y comprensible, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad, condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya

recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados anteriormente.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello.

Finalmente queremos rescatar aquellos derechos regulados en el párrafo 6° Título II “De la autonomía de las personas en su atención de salud” el cual establece los derechos de las personas en cuanto al consentimiento informado en relación a los tratamientos que reciben y de aquellas personas que rechazan el tratamiento en casos de estado terminal y la voluntad manifestada previamente.

En tal sentido, el artículo 14, establece: Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para

la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

No obstante, lo señalado previamente, el artículo 15 establece que no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Para dar por finalizado el análisis respecto a esta norma, es posible considerar que se establecen un conjunto de derechos y obligaciones tanto para los pacientes como para los prestadores de servicios. En este sentido, rescatamos la humanización del sistema en cuanto reconocer la compañía de los familiares y amigos como también la asistencia espiritual como parte integrante del servicio de la salud. Desde otra perspectiva, es posible destacar, a su vez, el posicionamiento del paciente respecto a los tratamientos que debe someterse. Colocando al paciente en un rol de toma de decisiones, frente a la posibilidad de acceder o rechazar los tratamientos que el prestador de servicios provee. Para ello resulta fundamental la información proveída al momento de tomar una determinación, y, en el mismo sentido, es de vital importancia la veracidad, transparencia y profesionalismo con que los profesionales encargados de proveer dicha información cumplan con los deberes establecidos en la presente norma.

g) Ley N°20.850. Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

Publicada en el Diario Oficial el 6 de junio del 2015 y con vigencia en nuestro país desde el 26 de enero del 2016, conocida como la Ley Ricarte Soto, en reconocimiento al periodista nacional quién falleció a consecuencia del cáncer pulmonar que padecía y realizó distintas actividades para visualizar una problemática que aqueja a un sector importante de la población.

La presente norma tiene por objeto la creación de un Sistema de Protección Financiera para asegurar el financiamiento de diagnósticos y tratamientos basados en medicamentos, dispositivos médicos y alimentos de alto costo de efectividad probada decretados por el Ministerio de Salud y forma parte de las Garantías Explicitas de Salud GES, según establece el artículo 1°.

Las personas beneficiarias de la Ley tendrán una cobertura financiera del 100%, es decir no habrá cobro alguno por el diagnóstico, medicamento, dispositivo o alimento de alto costo incorporados en el decreto.

Para ser beneficiario de esta ley, no hay distinción respecto si se cotiza en Isapre, FONASA o Fuerzas Armadas y de Orden.

La única exclusión realizada por la norma se encuentra en el inciso 3 del artículo 1°, el cual establece: Se excluyen de la presente ley las prestaciones efectivamente cubiertas: A) Por las leyes N°16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y N°18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados y B) por el Contrato de Salud Previsional a través de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas, conocida por sus siglas CAEC.

Según establece la última parte del artículo 1°, para acceder a las garantías contempladas en esta ley, las personas deberán impetrar primero la cobertura adicional de enfermedades catastróficas contemplada en los contratos de salud previsional cuando fuere procedente. En caso contrario, se les aplicará las disposiciones de esta ley sin exclusiones.

El otorgamiento de las prestaciones y la protección financiera del Sistema que se regulan serán constitutivos de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud y la Superintendencia de Salud a través de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, conforme al ámbito de competencias que a cada institución le corresponda.

Respecto a los diagnósticos y tratamientos de alto costo, establecidas en el artículo 2°, son comprendidas aquellas que por su costo impiden el acceso a éstos o accediendo, impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios.

Mientras que por protección financiera aquella constituida por la cobertura del valor total de las prestaciones de la confirmación diagnóstica y los tratamientos de alto costo respecto de todos los beneficiarios de esta ley.

Los diagnósticos y tratamientos de alto costo, comprendidos por la protección financiera, serán establecidos mediante decreto supremo emanado por el Ministerio de Salud, suscrito por el Ministerio de Hacienda, en conformidad al procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento. Entre las enfermedades serán comprendidas: enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes.

Sólo podrán incorporarse a este decreto aquellos diagnósticos y tratamientos que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que el costo de los diagnósticos o tratamientos sea igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo 6º.
- b) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una favorable evaluación científica de la evidencia, conforme al artículo 7º.
- c) Que los diagnósticos y los tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8º.
- d) Que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9º.

Respecto a la determinación del umbral, el artículo 6º establece que Los Ministerios de Salud y de Hacienda, cada tres años mediante decreto supremo, fijarán el umbral nacional de costo anual para determinar si un diagnóstico o un tratamiento es de alto costo, tomando en cuenta el cuarenta por ciento de los ingresos familiares anuales promedio una vez cubiertos los gastos básicos de subsistencia, conforme al reglamento.

Los antecedentes tenidos a la vista y los fundamentos para determinar el umbral serán públicos y formarán parte del decreto referido.

Respecto a la composición del fondo, el artículo 20 establece que, será conformado por:

- a) Aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien mil millones de pesos. Dicho monto se reajustará el 1 de enero de cada año en el 100% de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes de

noviembre del año ante precedente y noviembre del año anterior a la fecha en que opere el reajuste respectivo.

b) Donaciones que se le hagan y herencias y legados que acepte el Ministerio de Hacienda, lo que deberá hacer con beneficio de inventario.

c) Los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título.

d) La rentabilidad que genere la inversión de los recursos.

Los recursos para el financiamiento del Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo estarán contemplados en la partida presupuestaria del Tesoro Público.

Respecto a la adquisición de los productos sanitarios, el artículo 31, establece que será la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud la entidad encargada de adquirir los productos sanitarios necesarios para el otorgamiento de las prestaciones cubiertas por el Sistema del que trata esta ley.

Por su parte, el artículo 32, establece que la adquisición de productos sanitarios será financiada directamente por el Fondo Nacional de Salud, que podrá entregar anticipos a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud para financiar los trámites, entre otros, de registro, importación y aduana.

Se establece, en el artículo 33, una condición resolutoria, en cuanto a que se tendrán por resueltos de pleno derecho los contratos de suministro vigentes cuando los precios de los productos sanitarios adquiridos por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud experimenten variaciones anuales superiores a las del Índice de Precios al Consumidor, durante la vigencia del decreto establecido en el artículo 5º, o excedan, en su caso, del precio máximo industrial determinado durante el proceso de evaluación científica de la evidencia.

De esta forma, para concluir el análisis de la presente norma, es posible observar un reconocimiento por parte del Estado respecto a situaciones en las cuales, producto de los tratamientos y diagnósticos de enfermedades por su alto costo, no es posible de asumirlas por

la vía tradicional de la prestación de servicios de salud, o, en otras palabras, resulta imposible asumirlas por la vía de responsabilidad individual o de forma privada.

En tal sentido, es posible reconocer en ello un avance, y resulta por lo demás, una norma de referencia obligada para los tribunales al momento de abordar las peticiones en esta materia, en la cual es el Estado quien deberá solventar el costo para los casos que reúnan todos los requisitos expuestos anteriormente.

3.2.3.- Órganos y organismos del Estado encargados de cumplir con el derecho a la salud establecidos en leyes nacionales.

Según es posible extraer de las normas previamente señaladas, tanto en la Constitución como en las otras de menor jerarquía, es el Estado quien figura como el principal obligado para hacer frente al cumplimiento de los distintos mandatos.

Con tal propósito, el Estado ha creado distintos organismos para poder abordar esta materia en sus múltiples aristas.

Desde esta perspectiva, el Ministerio de Salud, y demás organismos regulados por el Decreto con Fuerza de Ley N°1¹⁰¹, por mandato expreso del artículo 1, determinan su responsabilidad en consideración de constituir la cara visible del Estado en esta materia. Es así, que dicho Ministerio, es responsable de “ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

Para abundar en el punto anterior, es posible destacar lo señalado en el considerando primero del Decreto Ley N°1 del 2005 el cual prescribe: “La necesidad de reorganizar el Ministerio de Salud y las instituciones que se relacionan con esta Secretaría de Estado, a fin de establecer las bases orgánicas de un Sistema Nacional de Servicios de Salud, que posibilite el efectivo acceso de la población a las acciones de salud, en la forma prevista por la Constitución Política del Estado, y permita el fiel y eficiente cumplimiento de las políticas de salud, como también ejercer

¹⁰¹ Publicado en el D.O el 24 de abril 2006.

la responsabilidad del Estado de redistribuir la asignación de recursos de acuerdo a las necesidades reales de cada Región, en beneficio de un desarrollo homogéneo.”

Respecto de la creación de los Servicios de Salud, ellos son taxativos y su fuente es la ley, pues depende, como todo organismo del Estado, para su existencia de una fuente normativa que los establezca. En relación a la concentración, distribución o densidad de estos servicios, en un área determinada de nuestro país, dependerá de la región a la que hagamos referencia, ya que ellos se encuentran señalados de forma detallada en el artículo 16 del Decreto Ley N°2.763.

Sin perjuicio de lo anterior, el decreto ley en análisis no excluye iniciativas particulares o privadas, siempre y cuando, ellos cumplan con el resto de las normativas vigentes, así se desprende del artículo 2 y 3 cuerpo normativo en comento.

De acuerdo a las disposiciones establecidas en la Ley 19.937, sobre Autoridad Sanitaria y en el Reglamento de los Servicios de Salud, del año 2004, los servicios de salud tienen las siguientes funciones, de acuerdo con las normas y políticas dictadas por el Ministerio de Salud:

A los Servicios de Salud les corresponde la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial según corresponda, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud, como también la rehabilitación y cuidados paliativos de las personas enfermas.

En lo que se refiere a su funcionamiento, se someterán a la supervigilancia del Ministerio de Salud y deberán cumplir con las políticas, normas, planes y programas que éste apruebe.

Los Servicios son organismos estatales funcionalmente descentralizados y están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines. Sus sedes y territorios serán establecidos por decreto supremo del Ministerio de Salud, por orden del presidente.

Los Servicios son los continuadores legales del ex Servicio Nacional de Salud y del ex Servicio Médico Nacional de Empleados, dentro de sus respectivos territorios y tienen los mismos derechos y obligaciones que correspondían a esas instituciones, para los efectos de cumplir las funciones que les competen.

La Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que mantengan convenios con el Servicio de Salud respectivo para ejecutar acciones de salud, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población.

La Red Asistencial de cada Servicio de Salud deberá colaborar y complementarse con la de los otros Servicios, y con otras instituciones públicas o privadas que correspondan, a fin de resolver adecuadamente las necesidades de salud de la población.

La Red de cada Servicio de Salud se organizará con un primer nivel de atención primaria, compuesto por establecimientos que ejercerán funciones asistenciales en un determinado territorio con población a cargo y otros niveles de mayor complejidad que sólo recibirán derivaciones desde el primer nivel de atención conforme a las normas técnicas que dicte al efecto el Ministerio de Salud, salvo en los casos de urgencia y otros que señalen la ley y los reglamentos.

En aquellas regiones que tengan más de un Servicio existirá un Consejo de Coordinación de Redes Regionales integrado por los directores de los respectivos Servicios, que será presidido directamente por el Subsecretario de Redes Asistenciales o por quien éste designe. Su funcionamiento se regirá por las normas e instrucciones que éste imparta al respecto. Su función será diseñar, proponer y evaluar mecanismos de coordinación e integración técnica y administrativa de la Red Asistencial regional en lo referido al desarrollo de los diferentes niveles de complejidad de los establecimientos integrantes de la Red, así como de los sistemas de comunicación, referencia, derivación y contraderivación de pacientes y las demás materias que sean necesarias para la adecuada atención de la población y el mejor uso de los recursos.

Por tanto, dentro de las características de estos organismos del Estado, es posible realizar las siguientes síntesis: Se consideran funcionalmente descentralizados; son dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio; y dependen del Ministerio de Salud para efectos de supervigilancia y su funcionamiento.

a) El Fondo Nacional de Salud (FONASA).

El Fondo Nacional de Salud tiene como función el financiar los planes y programas que defina el Ministerio de Salud según los mecanismos previstos en el Capítulo III del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005, artículo 49 y siguientes.

Este servicio, o simplemente “el Fondo” en la nomenclatura empleada por la norma, es considerada como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. El Fondo dependerá del Ministerio de Salud para los efectos de someterse a la supervigilancia de éste en su funcionamiento.

Acorde al inciso 3° artículo 49 de la norma en examen, el Fondo Nacional de Salud, por mandato expreso del legislador, será el continuador legal, con los mismos derechos y obligaciones, del Servicio Médico Nacional de Empleados y del Servicio Nacional de Salud, para los efectos del cumplimiento de las funciones de orden administrativo y financiero que la ley N°16.781, asigna a aquel Servicio, como también aquellas que se le encomienden de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de esta ley, para efectos patrimoniales.

De esta forma, según establece el artículo 50 de este cuerpo normativo, son funciones del Fondo:

a) Recaudar, administrar y distribuir los recursos señalados en el artículo 55 de la presente ley y fiscalizar la recaudación de los señalados en la letra b) de dicho artículo;

b) Financiar, en todo o en parte, de acuerdo a las políticas y prioridades de salud para el país que defina el Ministerio de Salud, y a lo dispuesto en el Régimen de Prestaciones de Salud de la ley N°18.469, a través de aportes, pagos directos, convenios u otros mecanismos que establezca mediante resolución, las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del régimen de la ley N°18.469 en cualquiera de sus modalidades, por organismos, entidades y personas que pertenezcan o no al Sistema o dependan de éste, sean públicos o privados. Asimismo, financiar, en los mismos términos, la adquisición de los equipos, instrumental, implementos y otros elementos de infraestructura que requieran los establecimientos públicos que integran el Sistema. El financiamiento de las prestaciones podrá incluir el costo de reposición del capital.

El Fondo Nacional de Salud deberá cuidar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios, así como velar por el cumplimiento de las normas e

instrucciones que dicte el Ministerio de Salud sobre acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de la ley N°18.469 por parte de los establecimientos y profesionales que, por ley o convenio, estén obligados a efectuarlas. Tratándose de la Modalidad de Atención Institucional el Ministerio de Salud se encargará de velar por el efectivo cumplimiento de las normas que éste imparta en relación con la calidad, acceso y oportunidad de la salud.

Para dichos efectos, el Fondo Nacional de Salud, de oficio o a petición de los beneficiarios, estará facultado para descontar, requerir la devolución, eximir o eximirse de lo cobrado o pagado en exceso o cuando dichas prestaciones no cumplan con las normas e instrucciones ministeriales mencionadas precedentemente. El Ministerio determinará los procedimientos para que los usuarios efectúen los reclamos que estimen pertinentes.

c) Colaborar con el Ministerio de Salud en la compatibilización y consolidación financiera de los proyectos de presupuesto de los Servicios de Salud y otros organismos vinculados con esa Secretaría de Estado con el presupuesto global de salud;

d) Colaborar con el Subsecretario en la administración del financiamiento de las acciones de salud a que se refiere la letra d) del inciso tercero del artículo 9º de esta ley;

e) Conocer y resolver, de acuerdo con la normativa vigente, los reclamos que sus beneficiarios efectúen, conforme a los procedimientos que fije el Ministerio de Salud, sin perjuicio de la competencia de otros organismos públicos, conforme a la ley;

f) Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuere necesaria. Todo ello conforme a las normas de la ley N°19.628¹⁰², sobre protección a la vida privada; y;

g) Ejercer las demás funciones y obligaciones que le asignen las leyes y reglamentos. Los beneficiarios, afiliados y sus empleadores de los sectores público y privado, entidades de

¹⁰² Publicada en el D.O el 28 de agosto de 1999.

previsión y demás servicios públicos, estarán obligados a proporcionar al Fondo la información necesaria que tenga relación directa con sus funciones y que éste requiera para el mejor cumplimiento de las funciones que la ley le asigna. Si los informes o antecedentes que solicite revisten el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, deberán ser mantenidos en secreto o reserva. Si tales informes o documentos secretos o reservados deban ser proporcionados por servicios, organismos o entidades públicas, lo harán por intermedio del Ministerio del que dependan o mediante el cual se encuentren vinculados con el gobierno.

Para efecto de lo dispuesto en la ley N°17.322, el Fondo Nacional de Salud tendrá las mismas atribuciones que esta ley confiere a las entidades o instituciones de previsión, aun cuando no será considerado entidad de previsión para ningún efecto.

b) Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

Dicho organismo, se encuentra inserto en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005, en particular reglamentado en el Capítulo V.

Su función principal, consiste en proveer de medicamentos, instrumental y demás elementos o insumos que puedan requerir los organismos, entidades, establecimientos y personas integrantes o adscritas al Sistema, para la ejecución de acciones de fomento, protección o recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas, con el solo objeto de cumplir los planes y programas, según prescribe el artículo 68 inciso 3 de la norma.

En cuanto a sus características, es posible mencionar: se encuentra funcionalmente descentralizado; dotado a su vez de personalidad jurídica y patrimonio propio.

La Central depende del Ministerio de Salud para los efectos de la supervigilancia de éste en su funcionamiento y cuyas políticas, normas y planes generales debe sujetarse en el ejercicio de sus actividades.

3.3.- Derecho Comparado.

Sin excluir las inmensas diferencias en materia económica y política entre los Estados que a continuación se exponen, es innegable la existencia de ciertos patrones comunes que a continuación se expresan¹⁰³:

- 1) Ausencia de una norma constitucional explícita, la protección de la salud durante buena parte del siglo XX se encuentra vinculada a la creación de sistemas de seguridad social para el segmento obrero de la población, que con el tiempo extienden su cobertura hacia el concepto de la gratuidad.
- 2) Existencia de conflictos que permanecen hasta el día de hoy. Por ejemplo, aquellos países de régimen federal encuentran dificultades en compatibilizar y equiparar la disparidad a nivel central con el local, tanto financiera como administrativamente.
- 3) La mayoría de los países, entre ellos Chile, entre los años 2000 y 2010, han legislado y realizado importantes reformas buscando corregir las inequidades resultantes de la operación de los sistemas de salud, intentando asegurar “canastas básicas” de prestaciones médicas, diferenciando institucionalmente los niveles de función de salud pública, rectoría y fiscalización, financiamiento y asistencia médica.
- 4) Los tribunales superiores y constitucionales de cada país han tomado un rol activo en la definición y delimitación del “derecho a la salud”, influidos por tendencias que propugnan la exigibilidad directa de los derechos económicos-sociales, a la luz de los tratados internacionales y una línea argumentativa acorde con los derechos humanos.

3.3.1.- Argentina.

Este sistema se caracteriza por la ausencia de una norma constitucional que disponga de forma expresa la existencia de un derecho a la salud, en tanto derecho social, o derecho fundamental.

¹⁰³ Tapia, Olmos, Julio, “Revisión histórica y legislativa del derecho a la salud en Chile”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2015, p. 163.

La Constitución de la Nación Argentina de 1994, incorpora en su artículo 42, Capítulo Segundo, sobre Nuevos Derechos y Garantías, la protección de la salud como uno de los derechos a que da lugar la relación de consumidores o usuarios.

Adicionalmente, los autores trasandinos han entendido que la vía protectora más eficaz, en base a su alcance, en relación al derecho a la salud, se encuentra ligado al reconocimiento de once tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en relación al Art.75 numeral 22¹⁰⁴ de su Constitución, segunda parte, capítulo cuarto, denominado: Atribuciones del Congreso.

En consecuencia, especial relevancia adquiere para ellos el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (PIDESC), referente al derecho a la salud.

Similar al fenómeno producido en nuestro país durante la segunda mitad del siglo XX, a pesar de la carencia de reconocimiento expreso en el texto constitucional, no resultó un impedimento para que en los hechos se desarrollara un sistema de salud público bajo la concepción de la cobertura de la salud como política universal, con una variada red de efectores de salud a cargo del Estado y un sistema de obras sociales, seguros sociales, para los asalariados formales.¹⁰⁵

3.3.2.- México.

En la Constitución Mexicana, que data de 1917, la protección a la salud en una primera fase se encontraba íntimamente relacionada con las prestaciones de la seguridad social, y, en consecuencia, ligada a los trabajadores y su familia.

La salud, como derecho, recién sería introducida en 1983, con una modificación al artículo 4° que actual, y de forma breve, señala: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud [...]”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Constitución de la Nación Argentina, [en línea] Poder Judicial de la Nación, República Argentina [consultado en junio 2018] <http://www.pjn.gov.ar/cne/secelec/document/constitucion_nacional.pdf>.

¹⁰⁵ Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, “El Derecho a la Salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, Salud Colectiva, Buenos aires, 4(3):261-282, septiembre - diciembre, 2008, pp.263 y 264.

¹⁰⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea], Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del Honorable Consejo de la Unión. [consultado en junio del 2018] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>.

Desde mayo del 2003 hasta el año 2007, se promueven en México, una serie de reformas legislativas cuyo eje fundamental tendrá como consecuencia la conformación de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, llamado también “Seguro Popular”, cuya finalidad consiste en asegurar un “paquete de enfermedades” básico a quienes no estaban asociados a alguno de los sistemas de seguridad social: De esta forma quedando, el Instituto Mexicano de Seguridad Social, para los trabajadores del sector privado, por una parte, y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado del otro.¹⁰⁷

3.3.3.- Perú.

La Constitución Política de Perú del año 1993, consagra en su artículo 7°, enmarcado en el Título I, Capítulo II, denominado “De los Derechos Sociales y Económicos”, lo siguiente:

“Art.7°. - Derecho a la salud. Protección al discapacitado. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de dignidad y a un régimen legal de protección, atención, de adaptación y seguridad.”¹⁰⁸

El artículo 9° del mismo cuerpo normativo entrega al Estado la función de determinar el contenido de la “política nacional de salud”. A su turno el artículo 11° obliga al Estado a garantizar el “libre acceso de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”.

En cuanto al contexto de la nación que se analiza, se inicia en el año 2009, con la llamada Ley Marco de Aseguramiento Universal, un proceso de reforma legislativa que busca poner en práctica un derecho a la atención en salud de calidad más justa y equitativa, también en base

¹⁰⁷ Elizondo, Carlos, “El derecho a la protección de la salud.” [en línea]. Salud Pública, (49), 144-155, México, 2007, [consultado en junio 2018] <<http://www.medigraphic.com/pdfs/salpubmex/sal-2007/sal072i.pdf>>.

¹⁰⁸ Constitución Política del Perú [en línea]. Congreso de la República de Perú [consultado en junio del 2018] <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>.

fundamentalmente a un plan de beneficios garantizados en calidad y oportunidad, conocido como Plan Esencial de Atención en Salud.¹⁰⁹

3.3.4.- Colombia.

En cuanto a la Constitución de Colombia, vigente desde 1991, respecto al derecho a la salud, se deben considerar los artículos 44, 49 y 50¹¹⁰.

El primero de ellos eleva a categoría de derecho fundamental el derecho a la salud en los niños. A su turno, el segundo, prescribe: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicio de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control [...]”. Aquello, además de constituir una enumeración de los principios de la prestación de los servicios: eficiencia, universalidad y solidaridad, constituye una consagración a nivel constitucional de la obligatoriedad de legislar las condiciones para otorgar una atención básica y gratuita junto al deber de toda persona de “procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, presente en el inciso quinto del artículo 49 de la Constitución Colombiana.

Finalmente, el artículo 50, que prescribe “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.”

Una de las leyes más relevantes para el sistema de salud de este país es la Ley 100 que data del año 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integrado, y, dentro de él, un subsistema llamado: Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁰⁹ Wilson, Luis, Velásquez, Aníbal y Ponce, Carlos, La Ley Marco de aseguramiento universal en salud en el Perú: Análisis de beneficios y sistematización del proceso desde su concepción hasta su promulgación. Revista Peruana de Medicina Experimental Salud Pública, 26 (2): 207-217, 2009.

¹¹⁰ Constitución Política de Colombia [en línea], Banco de la Republica, Colombia [consultado en junio 2018] <<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>>.

La función de dicho organismo radica en regular el servicio público de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y garantizar a todas las personas el acceso a acciones de la salud.

Con dicho propósito fue creado, en la misma norma, el Plan Obligatorio de salud, como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de dicho Sistema.

Dicho plan pretende la implementación, reconocimiento y garantía de servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros servicios y contenidos.

Sin embargo, y hasta 2008, la aplicación de dicho plan ha enfrentado una serie de dificultades, especialmente en relación a la labor desempeñada por las Empresas Promotoras de Salud¹¹¹

¹¹¹ Gañan, Jaime, Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud, una razón de su ineficacia, caso del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo (POSC). (Doctorado en Derecho), Bogotá D.C, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2010.

4.- Conclusiones.

De forma temprana en la historia de la humanidad, los seres humanos han reconocido las dificultades que implica vivir de forma aislada en la naturaleza. Los individuos de la especie humana, si bien pueden sobrevivir buscando por si solos comida y refugio, rara vez pueden desarrollar una vida plena y, aún menos, en consideración a los parámetros o estándares actuales.

Desde la conformación de las primeras comunidades, y junto con ello, la división del trabajo, se perfila el origen temprano de una forma de Estado. Como institución humana que a lo largo de la historia ha tenido y cumplido diversas funciones, entre ellas es posible señalar: proteger a los ciudadanos, asegurar alimento, orden u organización de las ciudades, regulación del comercio, etc.

Luego de siglos de desarrollo, la concepción moderna de Estado ha evolucionado hasta el punto de que en nuestro tiempo se reconoce, que es el Estado quien se encuentra al servicio del ciudadano, reconociendo derechos inalienables e intrínsecos a su calidad humana.

Lo anterior implica, que el ciudadano no puede ser despojado de estos derechos, ni se le puede afectar su prohibir su goce o el ejercicio de sus libertades. En este sentido, nos referimos a los derechos humanos de forma amplia: económicos, políticos y culturales, los que, en la medida que obtienen dicho reconocimiento, de parte del Estado, se conocen con el nombre de derechos sociales en la doctrina constitucional.

Si bien el reconocimiento y aceptación de estos derechos no ha sido materia libre de debate, la doctrina constitucional moderna los acepta y promueve, de forma generalizada, como parte esencial del Estado moderno.

Uno de los derechos sociales de mayor importancia práctica, tanto para los ciudadanos como para el Estado, es el derecho a la salud. Si bien, a ciertos individuos, les puede resultar prioritario vivir en entornos saludables y de forma sana, pues aquello se relaciona directamente con su calidad de vida. A otro individuo o colectividad, encuentran su motivación por promover el adecuado estado de salud de sus ciudadanos de forma generalizada mediante planes y programas. Con independencia a los motivos particulares, es posible señalar que brindar de

niveles adecuados de salud a la población constituye una meta que debe ser asumida de forma transversal en nuestra sociedad, trascendiendo desde lo personal con nuestros hábitos, pasando a planes y programas que signifiquen un cambio en la forma de asumir y vivir la salud, lo que en definitiva constituye una meta si se pretende gozar de bienestar generalizado en nuestra sociedad.

Durante el desarrollo de nuestra investigación, hemos identificado los cambios que, durante el transcurso del tiempo, ha sufrido el concepto y los elementos comprendidos por el término salud.

Un sector de la ciencia abordó este asunto desde la ausencia de enfermedad, mientras otro análisis podría poner su interés desde la perspectiva de las relaciones de las personas, tanto con el medio ambiente como con otros individuos.

Ambos elementos deben ser considerados para efectos del diseño en políticas públicas, los cuales se encuentran destinados a proveer o restituir la salud a los ciudadanos, lo que, en definitiva, implica regular la actividad del Estado en torno a la promoción, garantía y protección de la salud respecto a los miembros de la comunidad de forma generalizada.

La Organización Mundial de la Salud, en 1948, definiría salud como: “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o discapacidad”. En base a aquello, el término salud, no sólo comprenderá la falta de enfermedad desde la perspectiva física, sino que también es conformada por factores psicológicos y sociales, que contribuyen a disminuir las probabilidades que nuestro organismo desarrolle afecciones.

De esta forma, la Salud, constituye hoy un elemento que contribuye a satisfacer nuestras necesidades y alcanzar nuestros objetivos, lo que, en definitiva, se traduce en bienestar y dicho elemento constituye uno de los objetivos de la existencia del Estado.

Inicialmente el derecho a la salud, desde la perspectiva del Estado, fue asumido como una prestación directa de servicios en relación a restablecer la salud, hoy, en base a la doctrina y normas de derecho internacional, se entiende que comprende un conjunto mucho mayor de factores que antes no se consideraban inmersos en él.

De tal forma que se han reconocido, a nivel internacional, como factores posibles de considerar dentro de los elementos o factores en relación a la salud, los siguientes: la genética; el nivel socioeconómico; las redes de apoyo social; el nivel educativo; el sexo y el género;

Por tanto, en cuanto derecho social, sostenemos que el derecho a la salud se encuentra conformado por aquellas prestaciones básicas de salud que el Estado se encontraría, desde y hasta cierto grado obligado, tal como fue examinado a lo largo del presente trabajo, a proveer a sus ciudadanos. Con el propósito de asegurar niveles mínimos de satisfacción en relación a la dignidad humana y equidad, acorde a los avances técnicos y científicos, en concordancia al desarrollo económico social y la normativa internacional en torno a la materia.

Desde la perspectiva temporal de esta categoría de derechos, hemos analizado someramente, la historia y evolución de los derechos sociales, el concepto de Estado social, y su importancia dentro del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, y su aporte a la concepción moderna del Estado, y su relación con los ciudadanos.

Si bien, los derechos sociales, obtuvieron un reconocimiento temprano por parte la doctrina, desde principios del siglo XIX, al mismo tiempo se identificó la carencia de un aparato político, administrativo y económico capaz de sostenerlos o, en definitiva, lograr su satisfacción. Objetivo que sigue pendiente en la época y sociedad contemporánea, en consideración a los distintos factores socioeconómicos, políticos e intelectuales que se conjugan con el propósito de llevar a cabo dicha finalidad.

Cabe destacar la complejidad desde el punto de vista técnico y administrativo que constituye la creación y generación de la infraestructura necesaria para brindar servicios de salud de calidad a todos los individuos de la población. Es entendible, por lo tanto, que no todos los Estados del mundo, se encuentren en el mismo grado de desarrollo y cumplimiento respecto de la protección, garantía y promoción de salud frente a sus ciudadanos. Pues, lo anterior, es una tarea que depende directamente del grado de desarrollo económico y político de una sociedad. Para contextualizar dicha afirmación, en cifras entregadas por la OMS durante el 2010, cerca del 9% del PIB mundial se destina a gastos de salud.

En cuanto al aspecto político o moral que entraña el asunto de los derechos sociales, hacemos referencia, en particular, al juicio axiológico, es decir respecto al valor moral, en relación a la justificación de la existencia del Estado y sus funciones. Lo anterior, en el sentido de la justificación moral y política respecto a la prestación de servicios de esta naturaleza brindadas por el aparataje del Estado. Reconocemos que, en definitiva, se encuentra en una íntima relación con el modelo económico y social que se piense la organización del Estado y sus ramificaciones.

Respecto de este punto, sin embargo, consideramos necesario resaltar la separación de ideologías en esta materia. En cuanto a derechos sociales, se refiere, rescatamos el pensamiento, respecto a que los derechos sociales responden a distintas necesidades sociales y económicas, y, por tanto, dependiendo del análisis que se efectúe, algunos de estos derechos responden a necesidades estructurales del mercado, en relación a la jubilación y seguridad social, por mencionar ejemplos de aquello, en consideración a que son consecuencia de un mandato legal, a propósito de un modelo de mercado que se define mediante la regulación que se realiza en torno a dichas materias.

Por tanto, en el entendido de derecho social, la obligación de proteger, garantizar y promover la salud aparece como respuesta respecto a una necesidad social que se ha diversificado con el transcurso del tiempo, consecuencia de los avances técnico, científico, económico y social, que afectan, de forma ineludible, el nivel de bienestar de una sociedad. Ejemplos de aquello es posible encontrarlos en distintas materias de orden público y privado: desde el diseño urbano; la distribución de las ciudades; la higiene en espacios públicos y particulares; incluso en los lugares de trabajo; el tratamiento de los desechos químicos industriales; y en un sinnúmero de otros elementos o circunstancias.

En definitiva, respecto a la justificación, el derecho a la salud, en el entendido de derecho social, constituye aquella respuesta frente a elementos que amenazan el bienestar de la población y no dice relación con la ideología política a la que se adhiera.

Retomando la revisión histórica de este asunto, la obra Otto von Bismark resulta de importancia, toda vez que, parte de la labor desarrollada por dicho político alemán constituye uno de los

primeros intentos formales, de parte de un Estado, por hacer frente directamente a la problemática social.

La identificación, por parte de los profesores Miguel Carbonell y Francisco Contreras Peláez, de las denominadas situaciones de dependencia, analizadas en el apartado 1.2, vienen a sintetizar aquella necesidad. En cuanto señalan la imposibilidad del individuo de satisfacer sus necesidades básicas desde su entorno inmediato, la existencia de riesgos sociales imposibles de asumir por la vía tradicional de responsabilidad individual y la consecuente convicción social que el Estado debe asumir el objetivo de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar, van a constituir los elementos centrales al momento de abordar la legitimidad del Estado Social de Derecho.

Lo anterior, en concordancia con lo planteado por el profesor Miguel Carbonell, trae aparejado como consecuencia, la instauración de un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios; por consiguiente, el Estado busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación; y cumple un papel estabilizador de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental; al mismo tiempo procura la búsqueda de la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen vías revolucionarias; Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado; crea un régimen fiscal redistributivo; y constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos de forma subsidiaria, directamente productivas.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, de forma correlativa todo derecho implica la posibilidad de exigir su protección y garantía, nos referimos, en particular, al aspecto de su exigibilidad. Dicho elemento suele descomponerse para su análisis en dos partes: La primera, en cuanto a la exigibilidad política, en relación a la actividad ejercida por los distintos agentes sociales, representados por: teóricos, activistas de derechos humanos, jueces, tribunales sensibles al desarrollo del constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos, etc., quienes realizan distintos esfuerzos en sus campos de actividad para que se determine la obligación del Estado de garantizar y proteger el goce efectivo de los derechos sociales.

Respecto a la exigibilidad jurídica, se distinguen, a su vez, dos líneas de argumentación. La primera, basa su argumento en relación al derecho internacional, en particular, los derechos humanos. En el cual los principios de progresividad, prohibición de retroceso o regresividad, la convencionalidad e interdependencia, la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos resultan cardinales para exigir de los Estados las prestaciones básicas en relación a su protección, garantía y promoción.

La segunda línea argumentativa, en cuanto a la exigibilidad jurídica, descansa sobre el denominado constitucionalismo social y los avances en la interpretación de normas, los cuales, en definitiva, se identifican como fuente de la exigibilidad. Dicha teoría propone que la exigibilidad de esta clase de derechos descansa en el reconocimiento expreso del Estado, plasmado en la Constitución, o ya mediante el uso de la hermenéutica especializada, es decir interpretación, y la aplicación de mecanismos para su protección. Lo anterior se ve reflejado además en la reglamentación interna, en relación a dichas materias, como también en la suscripción de tratados internacionales respecto a los derechos humanos.

Sin perjuicio de aquello, la exigibilidad no se encuentra exenta de debate y discusión por parte de la doctrina. En tal sentido, hacemos referencia a las objeciones señaladas en el apartado 1.4.1 del presente trabajo, conformadas por la objeción cognitiva, la metodológica y funcional, efectuadas por la doctrina. Sin embargo, consideramos que dichas objeciones se encuentran ampliamente superados en atención a los siguientes argumentos:

Respecto a la objeción cognitiva, consistente en la imposibilidad de reconocer al autor, momento y magnitud de cómo son vulnerados los derechos sociales, es posible afirmar, tal como señala con lucidez, el autor Carlos Nino, que el concepto de omisión en el ámbito jurídico no es fáctico, sino normativo. Por tanto, es posible determinar, cognitivamente, cuándo la omisión de una conducta debida genera un riesgo o daño atribuible a actores determinados, mediante métodos y argumentos ya institucionalizados. Tal es el caso en materia penal y civil. En referencia a la doctrina de imputación objetiva, que considera la causalidad jurídica, como criterio para imputar o determinar la responsabilidad; mientras que por lado del derecho privado hacemos referencia a la responsabilidad vicaria o de agente, presente en el artículo 2.325 de nuestro Código Civil.

Reforzando el punto anterior, desde la plataforma de los organismos internacionales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales perteneciente a la ONU, ha señalado en relación a la materia que: el conocimiento en cuanto al incumplimiento de estándares universales en determinada materia no constituye una tarea aleatoria o imposible.

En cuanto a la objeción metodológica, que hace énfasis en la presunta inexistencia de procedimientos objetivos y criterios racionales para decidir sobre la vulneración de los derechos sociales humanos y fundamentales. Por ello, estos derechos carecerían de instrumentos para reconstruir racional y objetivamente las decisiones correctas a adoptar, sin desconocer derechos de terceros, como la propiedad o el principio democrático.

Al respecto, respondemos que la multiplicidad de posibles obligados ya sea el Estado, la comunidad local o la internacional hace necesaria la aplicación de los principios de subsidiariedad y solidaridad, de forma tal que la persona no quede abandonada a su suerte por el sólo hecho de no poder ayudarse a sí misma. Por tanto, de aquello se desprende que la ausencia de texto normativo de rango superior no es argumento suficiente para eximir al Estado de responsabilidad o denegar las prestaciones fácticas cuando estas son objetivamente requeridas.

Finalmente, respecto a la objeción funcional, en cuanto se señala el peligro o consecuencias que implica la posibilidad de que los jueces garanticen judicialmente los derechos sociales humanos y fundamentales, y que, por ello, se desconociera, en consecuencia, al Estado democrático de Derecho. Abriéndose, de esta forma, la puerta a un Estado judicial, caracterizado por la arbitrariedad. Rescatamos lo señalado en el apartado 1.4.2 C, es decir, que la jurisprudencia ha reaccionado considerando, en primer lugar, el principio de que los Estados sólo se encuentran obligados hasta el límite de lo posible, lo cual ha generado: sentencias interpretativas, diferidas, condicionadas, etc., incluso se han dictado órdenes generales y estructurales para exigir el cumplimiento de actuaciones complejas y coordinadas de varias instituciones estatales requeridas para la satisfacción de un derecho social. Por ello, los jueces constituyen aplicadores del derecho social, en esta materia, o de los mandatos asumidos por el legislador, en sentido amplio, que comprenden las obligaciones emanadas de los acuerdos internacionales suscritos en relación a los derechos sociales.

Superadas dichas objeciones respecto a la exigibilidad de esta categoría de derechos, toca el turno de analizar el reconocimiento que han recibido de parte de los Estados. De tal forma, que observamos que estos derechos, en un principio denominados económicos, sociales y culturales, en la esfera internacional, han sido reconocidos progresivamente por los Estados a través de distintos procesos socio políticos que, en definitiva, han sido plasmados por el constituyente de cada país en sus cartas fundamentales y regulaciones internas, transformándose de esta manera en los denominados derechos sociales, según la nomenclatura empleada en materia constitucional.

En cuanto a la forma, grado o medida, de dicho reconocimiento, en relación a esta clase de derechos, se encuentran en una íntima cercanía respecto a las características que pensemos para el Estado, o en otras palabras, en la forma en que conciba el tipo de Estado deseado, ostente o necesite un país, en definitiva, en la forma en que piensa y determina su organización, lo cual se cristaliza en el momento de establecer las bases institucionales del mismo.

La Constitución Política de la República, que entró en vigencia el año 1980, ha fijado el marco normativo en el cual los derechos económicos, sociales y culturales pueden desarrollarse.

Respecto a aquellas consideraciones, en relación a los derechos humanos, la vida, la salud, la integridad personal y legalidad procesal, entre otras materias, estas se encuentran en las actas levantadas por la CENC. En este sentido, se debe tener en consideración, en razón de su importancia, el Acta Constitucional N°3, cuyo texto se encuentra plasmado en el Decreto Ley N° 1.552 del año 1976.

Según lo señalado en el apartado 3.2.1 del presente trabajo, estos derechos, ahora constitucionales, al compartir su fuente normativa comparten, a su vez, ciertas características. En razón a que dichas características delimitan el tratamiento que debe recibir la salud en el entendido de derecho social consideramos importante, a continuación, reiterar someramente algunas de ellas:

1. Se garantizan no sólo los derechos indicados en la Constitución. Los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por

Chile que se encuentren vigentes, en concordancia con lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución.

2. La garantía general contenida en el artículo 19 N°26, constituye un límite para legislador, en el sentido que no se podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio mediante leyes ordinarias.
3. El constituyente establece limitaciones a estos derechos, ahora constitucionales, con el propósito de proteger otros derechos, o por la necesidad de resguardar valores considerados superiores en relación a la moral, el orden público, la seguridad nacional o porque, su ejercicio se debe someter a la Constitución y otras normas de menor jerarquía.

Respecto a los derechos fundamentales reconocidos por el constituyente, en particular aquellos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política. Aquellos en relación con el ejercicio, promoción y protección del derecho a la salud, estimamos relevantes: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N°1), la igualdad ante la ley (N°2), la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (N°3), el derecho a la protección de la salud (N°9) y el derecho a la seguridad social (N°18).

En relación a ellos, con base a lo expuesto a lo largo del presente análisis, es posible establecer que se ha concebido al Estado como garante respecto al acceso en relación a los servicios de salud, concebido como un regulador del mercado. Restándose, en consecuencia, del rol activo en la tarea de proveer directamente del servicio de salud a la población, en atención al artículo 19 N°3 de nuestra carta fundamental.

Aquella fue precisamente la intención de la CENC al momento de abordar esta materia, según consta en el Acta Constitucional N°3, citada anteriormente, y cuya redacción obedece a una finalidad programática con miras a establecer un modelo neoliberal de mercado. Aquello, en consecuencia, implica la necesidad de suprimir al Estado como oferente activo del mercado de intercambio de bienes y servicios, reduciendo su rol a un mero regulador de dichas interacciones proveídas esta vez, enteramente, por privados.

Consecuencia de aquello, resulta de vital importancia para el actual sistema, la defensa del Estado subsidiario, el cual, como concepto, propone, de forma sucinta, que el Estado debe realizar, o desarrollar actividades económicas, solamente en aquellos sectores del mercado en que no existan oferentes privados interesados en proveer aquel bien o servicio.

Respecto a al concepto de Estado como regulador del mercado y no un agente activo en el mismo, queremos enfocar nuestra crítica en el presente análisis. Sin bien, no se pretende desconocer sus implicancias: la alta complejidad técnica, la elevada carga fiscal y la carencia de un sistema político, económico y normativo, que sustente y determine las bases orgánicas, financieras y funcionales, necesarias para transformar o capacitar al Estado para ser proveedor universal y directo del servicio salud a la comunidad.

En este sentido, sin embargo, destacamos y hacemos presente la crítica en cuanto a la falta de consideración respecto a la naturaleza del derecho a la salud, en el entendido de derecho social. Aquello tiene por consecuencia la actual regulación frente al intercambio de bienes y servicios en relación a la salud. La cual sólo garantiza un aspecto de esta materia, en particular, en cuanto garantizar el acceso a los servicios de aquella naturaleza, descartando, y hacemos énfasis en este punto, el resto de las áreas, formas o mecanismos en relación con la salud en la medida que corresponde atendida la naturaleza social de este derecho.

En este sentido, señalamos que deben ser comprendidos por la regulación, tanto a nivel constitucional como legal, los restantes elementos que conforman la salud. Los cuales, si bien reconocemos, han tenido una mayor o menor apertura en nuestro ordenamiento jurídico, no son asumidas como tareas directas o propias del Estado en función de la importancia y la finalidad que desempeña el derecho social a la salud.

En relación con lo anterior, queremos hacer referencia a los distintos aspectos o áreas en cuanto al derecho social a la salud, entre los que he posible considerar: acceso a medicamentos por un precio que no se encuentre determinado por especulación arbitraria de los oferentes; regulación, investigación y desarrollo en el campo genético con subvención del Estado, en el sentido de otorgar incentivos, económicos o marcos normativos que incentiven o regulen el desarrollo de nuevas técnicas que permitan un diagnóstico temprano de ciertas enfermedades,

que tendría por consecuencia, un mejor tratamiento, o, inclusive, sería posible evitarlas directamente; generar un circuito de apoyo que identifique al sujeto como un beneficiario de aquellos derechos y no como un objeto de regulación simplemente, etc.

De esta forma, se hace necesario, buscar áreas fuera del ámbito tradicional comprendido por el concepto inicial de salud, como carencia de enfermedad. Es por ello, según lo examinado en el apartado II del tópico 2.3, respecto a los factores que determinan la salud, que resulta importante el desarrollo en áreas investigación científica, insertas en un marco normativo que las proteja, regule e incluso promocióne, ya sea mediante la formulación de políticas públicas precisas y con un compromiso por parte del Estado, como también la generación de fondos a que puedan postular entidades sin fines de lucro. En el mismo sentido, no se excluye la alternativa, mediante subvención, siempre y cuando la materia investigada o que se pretenda desarrollar revista los caracteres de relevancia pertinentes.

Tal propuesta es posible desarrollarla, de forma superficial, mediante programas insertos en universidades del Estado.

Dichos mecanismos constituyen una fórmula para permitir al Estado cumplir con las exigencias, de forma directa, en cuanto promotor de salud, sin tener que abordar las complejidades identificadas respecto a otorgar el servicio o acceso a la salud de forma institucional frente a la ciudadanía.

Desde otra perspectiva, en cuanto al acceso a los medicamentos y tratamientos, proponemos generar o fortalecer regulación o instituciones encargadas de controlar los valores, en relación a la especulación abusiva respecto de los precios de estos, los cuales muchas veces son determinados de forma arbitraria por los oferentes del mercado. En particular, hacemos referencia al mercado farmacéutico, con el propósito de evitar la especulación abusiva.

En relación a los tratamientos y/o herramientas que mejoran o mitigan las condiciones generadas por lesiones y enfermedades, nos referimos a: prótesis, sillas de ruedas, muletas, etc., cuyos precios algunas veces resultan arbitrarios y complejo, en el mejor de los casos, justificarlos en función de la oferta y demanda.

Dichas situaciones, por mencionar algunos casos, constituyen ejemplos mediante los cuales la aplicación de dicha propuesta se ve reflejada, de forma directa, en el mejoramiento en el acceso de todos los ciudadanos a las prestaciones que contribuyen a mejorar la salud, o en definitiva el bienestar.

Lo anterior, representa una alternativa, mediante la cual, de forma superficial, en base a la reglamentación en torno a los precios y el acceso a bienes destinados al mejoramiento y restauración de las condiciones normales de existencia, se protege la salud y el bienestar generalizado de la ciudadanía. Dicha propuesta, constituye otro mecanismo que no implica un costo excesivo o directo para el presupuesto Estatal, como tampoco generar un aumento desmedido en la esfera de responsabilidad del Estado en cuanto a su protección y garantía.

Dichos niveles de respuesta generalizados, en tanto, es posible encontrarlos en los distintos cuerpos normativos, organismos e instituciones mencionados a lo largo del presente trabajo, nos referimos, entre otros: al Decreto con Fuerza de Ley N°1 del 2005, que reemplaza al anterior Decreto Ley N°2.763, y que reorganiza al Ministerio de Salud y crea el Fondo Nacional de Salud y la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional, entre otros organismos; la Ley N°18.469 que regula la protección a la Salud y crea un régimen de prestaciones de salud; en conjunto, a su vez, con la Ley N°19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, conocida antiguamente por sus siglas AUGE y actual GES, la Ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, particularmente relacionada con la información y toma de decisiones de los pacientes en sus tratamientos y la Ley N°20.850 que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo conocida también como Ley Ricarte Soto, que reconoce algunos casos de enfermedades consideradas catastróficas en consideración al elevado costo de su diagnóstico, tratamiento y dispositivos.

En cuanto a la propuesta en relación al acceso a medicamentos a un menor costo, aquello representa una solución desde lo económico para el mercado y no una modificación sustancial respecto a su regulación. En otras palabras, las soluciones economicistas no implican una adecuada protección de los derechos sociales, toda vez, que aquello constituye una solución sintomática de la problemática en cuestión, mientras que, en el entendido del presente trabajo,

el conflicto surge a partir de un concepto reducido del concepto del derecho a la salud, en el sentido de derecho social, en cuanto los elementos comprendidos en él, y aquella justamente fue la intención del constituyente de la época.

Por ello, se hace necesario, en definitiva, un cambio en la forma respecto a cómo se asume la salud por el constituyente y el legislador, lo que necesariamente implica que debe verse reflejado en el ordenamiento jurídico contemporáneo, escapando de esta forma del tradicional concepto de prestación de servicios, asumido por la CENC al momento de la redacción del Art. 19 N°9, debiéndose aumentar la esfera de derechos protegidos por dicho numeral, o planteado de otro modo, ser complementado por los restantes elementos que componen la salud, para de esta forma mejorar, de forma efectiva, el bienestar generalizado de la nación.

Es así, para finalizar, es posible afirmar que los derechos sociales, en el actual marco normativo, encuentran una recepción cada vez mayor, pero no por aquello suficiente. Se hace necesario, por tanto, mejorar las condiciones que rodean la prestación de servicios relacionados, en este caso, a la salud y del resto de derechos sociales. Comprendiendo y superando de esta forma, en particular, la tradicional forma de relación entre el Estado y los habitantes de la república frente a la salud y los derechos sociales.

Bibliografía.

Fuentes normativas.

1. Constitución Política de la República 1980 con las reformas del 2005.
2. Ley N°18.469 “Regula El Ejercicio Del Derecho Constitucional A La Protección De La Salud Y Crea Un Régimen De Prestaciones De Salud”.
3. Ley N°19.966 establece un Régimen de Garantías en Salud.
4. Decreto con Fuerza de Ley N°1 del 2005, “Reorganiza El Ministerio De Salud Y Crea Los Servicios De Salud, El Fondo Nacional De Salud, El Instituto De Salud Pública De Chile Y La Central De Abastecimiento Del Sistema Nacional De Servicios De Salud”.
5. Actas Sesiones Comisión Ortúzar. Disponible en: www.bcn.cl.

Bibliografía general.

Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, Revista de la CEPAL núm. 88, abril de 2006, pp. 36-50, en Arango Rivadeneira, R., “Derechos Sociales”, Biblioteca Jurídica Virtual Universidad de México, México, 2015.

Abramovich, Víctor y Ávila Santamaría, Ramiro, “La protección judicial de los derechos sociales”, serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ecuador, 2009.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, “El Derecho a la Salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina.”, Salud Colectiva, Buenos aires, 4(3):261-282, septiembre - diciembre, 2008.

Arango, Rodolfo, “Derechos Sociales”, Biblioteca Jurídica Virtual Universidad de México, México, 2015.

Arango, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales”, 2ª. ed., Legis, Bogotá, 2012.

Barona, Ricardo, “Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Brasilia, Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, 01 september 2014, Vol.3(2), 2014.

Bowly, John, “The attachment and loss”. ed. Hogarth Press, Londres, 1969.

Caplan, Gerald, "Systems and Community Mental Health." Behavioral Publications. New York.

Carbonell, Miguel, "Derechos sociales y derechos de las minorías", 2da. ed., Porrúa, México, 2001.

Carbonell, Miguel, "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de algunos problemas." Revista de Derecho Público Vol.70, 2008.

Carbonell, Miguel, "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Carbonell, Miguel. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa", Editorial Flores, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. 2014.

Cassel, John, "Psychosocial Processes and Stress. Theoretical Formulations". International of Health Services, 1974.

Contreras Peláez, Francisco José, "Defensa del Estado social", Sevilla, Universidad de Sevilla. 1996.

Courtis, Christian, "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Buenos Aires, en colaboración de CEDAL/CELS, 2006.

Díaz G., Iván. "Igualdad en la aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias.", Revista Ius et Praxis, Año 18, N°2, 2012.

Diccionario Médico TEIDE. 1ra ed. Cataluña. España. 2002.

Doménech Pascual, Gabriel. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos, Madrid, CEPC, 2006.

Ferrajoli, Luigi. "Derecho y razón", 5ta edición, Trotta, Madrid, 2000.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) "El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos y jueces nacionales", México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

Forsthoff, Ernst. "El Estado de la sociedad industrial", Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1975.

Gañan, Jaime, Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud, una razón de su ineficacia, caso del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo (POSC). (Doctorado en Derecho), Bogotá D.C, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2010.

Gargarella Roberto, "Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?" Aldershot, 2006.

Hulshof, K. F., Lowik, M. R., Kok, F. G., Wedel, M., Brants, H. A., Hermus, R. J. and ten Hoor, F. "Diet and other life-style factors in high and low socio-economic groups (Dutch Nutrition Surveillance System). European Journal of Clinical Nutrition", 45, 441–450, 1991.

Nino, Carlos S., "On Social Rights", Aarnio, Rechtsnorm und Rechtwirklichkeit, Berlin, 1993.

Osler, M. Social class and health behaviour in Danish adults: a longitudinal study, Public Health, 1993.

Pisarello, Gerardo, "Los Derechos sociales en el constitucionalismo democrático", Boletín Mexicano de derecho comparado, vol. 92, mayo-agosto 1998.

Prieto Sanchís, Luis "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" Revista del centro de estudios Constitucionales, num. 22, Madrid, 1995.

Sepúlveda, Magdalena, "Human Rights Reference Handbook", Costa Rica, 2004.

Vasak, Karel "The international dimensions of humans rights", revisado y editado para la edición inglesa por Philip Alson, Connecticut Greenwood Press, 1982; Abramovich, Víctor y Courtis Christian "Los derechos sociales como derechos exigibles" Madrid, Trotta, 2002.

Vasco, Alberto. "Enfermedad y Sociedad", Ediciones Hombre Nuevo. Medellín, Colombia. 1979.

Wilson, Luis, Velásquez, Aníbal y Ponce, Carlos, La Ley Marco de aseguramiento universal en salud en el Perú: Análisis de beneficios y sistematización del proceso desde su concepción hasta su promulgación. Revista Peruana de Medicina Experimental Salud Pública, 26 (2), 2009.

Young Katherine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content" The Yale Journal of International Law 33, Yale, 2008.

Referencia Electrónica.

53° Consejo Directivo 66° Sesión del Comité regional de la OMS para las Américas, Washington, D.C., EUA, del 29 de septiembre al 3 de octubre del 2014. Disponible en línea en: <<https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2014/CD53-R14-s.pdf>>.

Biblioteca del Congreso Nacional. Plan GES (ex AUGE). Disponible en línea en: <[https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-\(ex-auge\)](https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/plan-ges-(ex-auge))>.

ChileAtiende, AUGE - GES: Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas. Disponible en línea en: <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/2464-auge-ges-plan-de-acceso-universal-a-garantias-explicitas>>

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°14, año 2000, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en línea en: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

Constitución de la Nación Argentina, [en línea] Poder Judicial de la Nación, República Argentina. Disponible en línea en: <http://www.pjn.gov.ar/cne/secelec/document/constitucion_nacional.pdf>.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en línea en: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>

Constitución Política de Colombia. Disponible en línea en: <<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en línea en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>.

Constitución Política del Perú. Disponible en línea en: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>.

Clínica Universidad de Navarra, Diccionario Médico. Disponible en línea en: <https://www.cun.es/diccionario-medico>>.

De la Cruz-Sánchez, E., Feu, S. & Vizuete-Carrizosa, M. "El nivel educativo como factor asociado al bienestar subjetivo y la salud mental en la población española." *Universitas Psychologica*, 12 (1), 31-40. 2013. Disponible en línea en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v12n1/v12n1a04.pdf>>.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en línea en: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

Díaz G., Iván. "Igualdad en la aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias.", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012. Disponible en línea en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003>.

Elizondo, Carlos, "El derecho a la protección de la salud." *Salud Pública*, México, 2007. Disponible en línea en: <<http://www.medigraphic.com/pdfs/salpubmex/sal-2007/sal072i.pdf>>.

Fernández Peña, Roser, "Redes sociales, apoyo social y salud", *Revista de Recerca i Investigació en antropologia*, Número 3, p.13, Diciembre, 2005. Disponible en línea en: <http://revista-redes.rediris.es/Periferia/english/number3/periferia_3_3.pdf>.

Fondo Nacional de Salud. 80 patologías. Disponible en línea en: <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/coberturas/auge/patologias>>.

Gajardo, Falcón, Jaime, "El protocolo de San Salvador y la discusión constitucional chilena" Instituto de Ciencias Alejandro Lipchutz. Disponible en línea en: <<http://www.ical.cl/2014/04/el-protocolo-de-san-salvador-y-la-discusion-constitucional-chilena/>>.

HBSC España, Health Behaviour in School-aged Children, Estilos de vida y Promoción de la Salud: material didáctico. Tema 7. Disponible en línea en: <<http://grupo.us.es/estudiohbsc/images/pdf/formacion/tema7.pdf>>.

Leiva, L. y Vedoya, S. (10 de octubre del 2017) A dos años de su debut, farmacias comunales prevén una nueva baja de precios. *La Tercera*. Disponible en línea: <<http://www2.latercera.com/noticia/dos-anos-debut-farmacias-comunales-preven-una-nueva-baja-precios/>>

Organización Mundial de la Salud. “Género”, 31 de agosto del 2015. Disponible en línea en: <<http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>>.

Organización Mundial de la Salud. Informe sobre la Salud en el Mundo. Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal. 2010. Disponible en línea en: <<http://www.who.int/whr/2010/es/>>.

Organización Panamericana de Salud, Acerca de las Escuelas Promotoras de Salud. Disponible en línea en: <https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=4563%3Aabout-health-promoting-schools&catid=7783%3Aabout&Itemid=41717&lang=es>.

Penchaszadeh, Víctor B., “Genética, salud y derechos humanos”. Disponible en línea en: <<http://www.vocesenelfenix.com/content/gen%C3%A9tica-salud-y-derechos-humanos>>.

Portal institucional, FONASA. Disponible en línea en: <https://fonasaweb.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140703/pags/20140703101454.html>

Plaza, Martín. “Promoción de Salud y Apoyo Social”, Pontificia Universidad Católica. Disponible en línea en: <<http://medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/342.html>>.

Red de Salud UC Christus. GES, lo que usted debe saber. Disponible en línea: <http://redsalud.uc.cl/ucchristus/ges_lo_que_usted_debe_saber.act>.

Shinko, Y., Takehito, T., Keiko, N. & Masafumi, W. "Effectiveness of a community leaders programme to promote healthy lifestyles in Tokyo, Japan" 2001. Oxford Academy. Disponible en línea en: <<https://academic.oup.com/heapro/article/16/3/235/653848>>.

Tórtora A., Hugo. "Igualdades Básicas". Disponible en línea en: <<http://constitucionalchile.blogspot.com/2010/07/04-igualdades-basicas.html>>.

UNHCR ACNUR, Agencia de la ONU para refugiados, comité Español. "¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen?" Disponible en línea en: <<https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen/>>.