



TESIS MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PÚBLICO

Judicialización del Derecho a la Protección de la Salud

Por Diego Montero Quezada

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho

Profesor guía: Jaime Bassa Mercado

Octubre 2022

Índice

| | CONTENIDO | PAGINA |
|--|---|--------|
| | Índice | 2 |
| | Resumen | 3 |
| | Introducción | 4 |
| | Capítulo I: Cuestiones preliminares | 7 |
| | Capítulo II: Historia del Derecho a la Protección de Salud | 11 |
| | 2.1. El derecho a la Protección de la Salud y su consagración Constitucional | 16 |
| | 2.2. Período de Ensayos Constitucionales | 16 |
| | 2.3. Constitución de 1833 | 17 |
| | 2.4. Constitución de 1925 | 17 |
| | 2.5. Constitución de 1980 | 19 |
| | 2.5.1. Estructura del Sistema Nacional de Salud | 20 |
| | 2.5.2. El sistema Público y Privado de Salud chileno | 23 |
| | Capítulo III: Derecho a la Protección de Salud y emancipación | 29 |
| | 3.1. La Salud como lotería natural | 30 |
| | 3.2. El deber de beneficencia | 32 |
| | 3.3. El mercado de la salud | 34 |
| | 3.4. El Seguro Prudente | 35 |
| | 3.5. Economía y Salud | 36 |
| | Capítulo IV: Marco legal y jurisprudencia enfermedades raras de alto costo | 39 |
| | 4.1. De los Intervinientes | 40 |
| | 4.2. De los Recurrentes | 40 |
| | 4.3. De los Recurridos | 44 |
| | 4.3.1. El Ministerio de Salud | 46 |
| | 4.3.2. El Fondo Nacional de Salud | 47 |
| | 4.4. De los Sentenciadores | 48 |
| | 4.5. De las Leyes que Regulan la Materia | 49 |
| | 4.5.1. De la Ley N° 19.966, Ley GES o Ley Auge | 50 |
| | 4.5.2. De la Ley N° 20.850, Ley Ricarte Soto | 51 |
| | 4.6. De la Jurisprudencia | 53 |
| | 4.6.1. Análisis de Fallos | 55 |
| | Conclusiones | 72 |
| | Bibliografía | 76 |

Resumen

El presente estudio está enfocado en la creciente judicialización del derecho a la salud y sus consecuencias. En todo el mundo y, particularmente en nuestro país, los juicios vinculados a este derecho han ido en aumento desde la vuelta a la democracia en el año 1990 y no existe consenso respecto a si este fenómeno es positivo o negativo para la promoción del derecho a la salud.

En consecuencia, una de las finalidades perseguidas por esta tesis, es la de otorgar elementos de análisis que permitan determinar si la litigación de estos derechos importa un mecanismo de emancipación de las personas y, más en particular, si este fenómeno, que ha ampliado el espectro en el cual los ciudadanos pueden acceder a tratamientos y medicamentos para sus padecimientos que no son proporcionados por el sistema público de salud y, si es la herramienta idónea para lograrlo.

Palabras claves: Judicialización - Derecho – Salud – Emancipación – Litigación

ABSTRACT

This study focuses on the growing judicialization of health rights and its associated consequences. All over the world and, particularly in our country, trials linked to this right have increased since the return of democracy in the year 1990, and there is no consensus regarding the positive or negative effects of this phenomenon on the furtherance of health rights.

Hence, one of the objectives of this thesis is to provide enough analytical elements to determine if the litigation of these rights represents an emancipation mechanism for people and, specifically, if this phenomenon has broadened the spectrum in which citizens can access treatments and medicines for their illnesses and conditions that aren't provided by the public health system and, if weather is the suitable tool to accomplish it.

Key words: Judicialization – Rights – Health – Emancipation - Litigation

Introducción

El los últimos años, hemos visto un aumento extraordinario de la judicialización en el área de los derechos sociales, en particular, en el área del derecho a la salud. No obstante, no existe una voz única respecto de las repercusiones que este fenómeno tiene en el diseño de políticas públicas. La idea de que sean los tribunales los encargados de definir los márgenes que implica la existencia y ejercicio de un derecho a la salud, es objeto de varios cuestionamientos y críticas.

El cuestionamiento principal que esta tesis aborda, es si la vía judicial para acceder a prestaciones sanitarias a las cuales en principio y en términos legales, no tienen derecho a recibir, es un vehículo de emancipación para las personas y la sociedad en su conjunto y, por otro lado, si este fenómeno, es una cuestión positiva o negativa.

Vale la pena despejar desde ya, que la judicialización (y las sentencias favorables a los litigantes demandantes) implica un aumento o expansión de la cobertura de salud otorgada; sin embargo, no está tan claro si esto es o no una cuestión positiva. En efecto, la judicialización de este derecho y, por lo tanto, la expansión del mismo, puede acarrear efectos negativos para el diseño de políticas públicas diseñadas por el Estado para dar frente a la inmensa demanda por cobertura sanitaria que existe. Sobre este punto, es importante dejar sentado desde ya, que el Derecho a la Salud es un derecho en permanente expansión pues las necesidades dependen de lo que es posible tratar y cuyos límites se están constantemente ampliando producto de los avances en la medicina y la tecnología asociada a ella. De ahí que las potenciales consecuencias financieras en el presupuesto que dispone un Estado para dar frente a todas las necesidades de la población, representa muchas veces, renunciar a ciertas prestaciones o servicios para poder dar cobertura a las que dicen relación con el derecho a la salud.

En este orden de ideas, las principales críticas que se suelen esgrimir son de distinta índole. Se sostiene, por un lado, que los tribunales no deberían tratar los derechos positivos del mismo modo que se tratan los derechos negativos, porque los últimos requieren que el Estado no interfiera y los primeros, exigen que el Estado interfiera para que se concreten.

Otra crítica frecuente dice relación con que a los jueces no les compete intervenir en cuestiones presupuestarias y, que dicha competencia debería ser dejada al poder legislativo o ejecutivo. En la misma línea, se suele agregar que el racionamiento de los recursos sanitarios, correspondiente al “mínimo sanitario decente”, no debiera ser objeto de judicialización puesto que los tribunales de justicia carecen tanto de la experiencia necesaria para establecer criterios de costo-efectivos de racionamiento de recursos sanitarios, como de conocimientos técnicos (científicos) para definir este contenido mínimo, o bien, que se ven obligados a ocuparse de conflictos caso a caso, cuestión que los inhíbe de alcanzar un entendimiento global del tema.

Por otro lado, en relación a las críticas, se suelen señalar que la separación de poderes se convierte en difusa y que el Poder Judicial no debe involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de derechos sociales, porque implica interferir en una labor reservada al Legislativo, lo que soslaya el equilibrio y distribución de funciones entre los distintos poderes del Estado. De la mano con lo anterior, se señala la objeción democrática, es decir, la falta de legitimidad de los jueces para inmiscuirse en cuestiones que son de políticas públicas y, por lo tanto, resorte del pueblo, ya sea directamente o a través de sus representantes.

Así las cosas, este trabajo pretende explorar las distintas dimensiones del Derecho a la Protección de la Salud, en particular, prestando atención a los tratamientos y diagnósticos de alto costo y como su judicialización puede o no significar una herramienta emancipatoria para los ciudadanos que demandan estas prestaciones y, más en general, para la sociedad en su conjunto. Para lograr este objetivo, en particular el carácter o no emancipatorio, se dará una visión sistémica del fenómeno de la salud y el derecho a su protección, desde un punto de vista histórico, cultural, social, económica y, por supuesto, jurídico.

Ahora bien, en relación con la estructura de este trabajo, éste consta de 4 capítulos. El primero de los cuales tiene un carácter introductorio y ofrece ciertas definiciones preliminares para ubicar al lector en el *estado de la cuestión*.

El segundo capítulo, de manera muy breve, intenta dar luces de la historia del Derecho a la Salud en nuestro país y la evolución del mismo.

El tercer capítulo, pasará revista por algunos autores liberales que han estudiado y escrito sobre el Derecho a la Salud en particular, o los derechos sociales en general. El objeto de este capítulo (y su ubicación en este trabajo) responde a que, cada autor en alguna medida representa una época o una realidad determinada en un territorio y un espacio temporal, todo lo anterior para llegar a los autores más modernos que estudian esta materia y poder dar cuenta de si el Derecho a la Protección de la Salud, tiene o no, un carácter emancipatorio, que es uno de los objetivos propuestos en esta investigación.

El cuarto capítulo expondrá la manera en que está normado el Derecho a la Salud en nuestro ordenamiento jurídico. La idea en este capítulo es proporcionar el marco jurídico en el cual se desenvuelve este derecho, tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo. Con lo anterior, se analizará cómo se verifica el derecho a la salud en nuestros tribunales superiores de justicia. La manera en que se abordará este capítulo será el análisis de los recursos de protección tramitados ante las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, a propósito de las solicitudes de cobertura de medicamentos de alto costo para enfermedades raras.

Finalmente, el quinto y final capítulo intenta unir lo estudiado con el objeto de ofrecer algunas reflexiones, conclusiones, críticas y propuestas en esta materia.

Capítulo I: Cuestiones preliminares

“De todas las formas de desigualdad, la injusticia en la atención de salud es la más escandalosa e inhumana”

Martin Luther King

Para referirnos al Derecho a la Protección de la Salud, se hace necesario ubicarlo dentro de lo que se ha denominado como “Derechos Humanos” (DDHH). Dicha expresión es bastante nueva, recién en los siglos XVII y XVIII se comienza a hablar de ellos. El primer reconocimiento internacional la encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos que la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobada el año 1948. En este orden de ideas, es menester poner de relieve, que se suele usar la expresión Derechos Humanos y Derechos Fundamentales como sinónimos, sin embargo, los primeros son universales y no requieren de su positivización en un ordenamiento jurídico y, los segundos, son aquellos Derechos Humanos positivizados en un ordenamiento jurídico determinado. Sin perjuicio de lo anterior, en general se utilizarán ambas concepciones de manera indiferente en este estudio, atendida su relación de género a especie, pero vale la pena hacer esa distinción

En este orden de ideas, los Derechos Humanos -en adelante e indistintamente “DDHH”- son el género y el Derecho a la Protección de la Salud es la especie dentro del género. Otra distinción que es preciso hacer sobre los Derechos Humanos, es que éstos responden a momentos históricos, en este sentido, se habla de los DDHH de primera, segunda, tercera e incluso cuarta generación, en concordancia con la época o momento en el que surgen.

Esta clasificación si bien atiende al momento en que surgen, también tiene un contenido sustantivo. En efecto, aquellos DDHH de primera generación tienen por finalidad limitar el poder de la autoridad, con especial énfasis en la libertad de las personas. Esta primera generación de Derechos, llamados también derechos personales, civiles o de autonomía

abarcan derechos como la inviolabilidad de la intimidad, derecho a no ser detenido en forma arbitraria, entre otros.

Posteriormente, los DDHH de segunda generación, surgen ya no para limitar el poder del Estado, sino que para participar en él, son los denominados derechos políticos como el de sufragio, elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

Los DDHH de tercera generación, por su lado, son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); a diferencia de los anteriores estos buscan demandar prestaciones de la autoridad, es decir, tienen por finalidad orientar la acción del Estado (en esta categoría se encuentra el derecho a la protección de la salud, educación, trabajo, entre otros).

Por último, los DDHH de cuarta generación son aquellos basados en la solidaridad a nivel planetario, acá encontramos por ejemplo aspiraciones como paz mundial, vivir en un ambiente sano y libre de contaminación, etc.

Independiente de la clasificación (que por cierto existen bastantes, incluso se habla de DDHH de quinta generación), lo relevante para efectos de esta tesis, es que el Derecho a la Protección de la Salud se encuentra dentro de los DESC, es decir, que orientan la acción del Estado y que requieren una prestación para garantizar el derecho respectivo.

Ahora bien, vale la pena partir haciendo una aclaración, respecto de la nomenclatura que se utilizará para referirnos a este derecho. En dicho sentido, existen diversas maneras de referirse al Derecho a la Salud, sin embargo, en este trabajo la nomenclatura que se usará para referirnos a este derecho es “Derecho a la Protección de la Salud”, misma nomenclatura que recoge nuestra Carta Fundamental, sin perjuicio de que en la presente tesis utilice diversas expresiones como sinónimos para efectos prácticos y didácticos.

La nomenclatura que se utilice no es un tema menor, por ejemplo para el profesor Squella¹, entre otros autores, sostienen que hablar de un “derecho a la salud” a secas sería erróneo porque esto implica un derecho a estar sano, circunstancia que escapa las atribuciones, obligaciones o deberes del Estado. Además un derecho a la salud, resulta impracticable porque hay muchos factores que escapan el control del Estado, como la genética, la

¹ Squella (2005), pp. 103-4.

educación, alimentación, el medio ambiente², etc. Sumado a que hay que considerar aquellas intervenciones que realizan las propias personas en su salud. Si bien, esta idea se va a desarrollar en otro capítulo de esta investigación, era menester hacer esta precisión desde ya. En términos parecidos el Tribunal Constitucional chileno, sostuvo “*Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho a la “protección de la salud”*”³.

Respecto de lo que se entenderá por tratamiento y diagnóstico de alto costo, nos remitiremos a la definición que entrega la Ley N° 20.850, el que en general alude a aquellos que impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios. Si bien lo anterior puede resultar ambiguo, es menester destacar que la misma Ley establece un umbral, en términos económicos, de cuándo nos encontramos frente a un impacto catastrófico en el gasto de los pacientes.

Antes de exponer la estructura de la presente tesis y otros aspectos formales, se hace necesario ahondar en el porqué se eligió el Derecho a la Protección de la Salud. En dicho sentido, es importante destacar que este derecho, se ha encontrado y encuentra entre aquellas preocupaciones más latentes de los ciudadanos, así dan cuenta las distintas encuestas que se realizan en nuestro país, ubicando a la salud entre las primeras prioridades de la ciudadanía⁴.

Por otro lado, resulta de suma relevancia analizar este derecho y cómo se verifica en nuestra sociedad, en especial teniendo en cuenta el enorme incremento, tanto en nuestro país como en el resto del mundo, de la judicialización de este derecho. En efecto, la litigación de este derecho ha ido incrementando rápidamente, fenómeno que nos permite observar qué es lo que se ha entendido por nuestros tribunales como el derecho a la salud y, en particular, los límites de este derecho.

Sobre esto último, la presente tesis se enfoca principalmente en la judicialización de este derecho a través de Recursos de Protección deducidos por ciudadanos solicitando cobertura a tratamientos y diagnósticos de alto costo, producto de enfermedades raras cuyos medicamentos y prestaciones sanitarias son de alto costo. La elección de esta materia, los

² Medio ambiente, entendido como aquellas catástrofes naturales, respecto de los cuales el Estado no puede interferir (fuerza mayor).

³ Tribunal Constitucional, Rol Nro. 1710-10 IN, 6 de agosto de 2010, Considerando 119.

⁴ Encuesta CEP, Octubre-Noviembre 2018, “*Estudio Nacional de Opinión Pública N° 82*”, pp. 7, 2018.

tratamientos y diagnósticos de alto costo, responde a que este tipo de demandas ciudadanas permite dilucidar los límites del derecho a la salud con mayor claridad, dado que se situan en borde de lo que la ley permite o faculta a los órganos del Estado.

Respecto del porqué escribir sobre el derecho a la salud, además de tratarse de un requisito insoslayable para obtener la calidad de magíster en derecho y, el hecho de que quien escribe trabaja en una institución pública ligada a la Salud (el Fondo Nacional de Salud), el motivo fundamental responde a que el Derecho a la Salud o el Derecho a la Protección de la Salud permite observar, de manera muy gráfica, cómo se verifica o manifiesta un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, no se puede ignorar que el surgimiento de la pandemia mundial del Covid-19, permite desechar cualquier cuestionamiento sobre la vigencia o pertinencia de investigar y otorgar elementos de análisis sobre esta materia, toda vez que esta discusión se ha venido dando de manera diaria en los diversos foros.

Por otro lado, esta discusión goza de una vigencia importante en particular en nuestro país, atendido a que nos encontramos actualmente en un proceso de redacción de una nueva Constitución. Por lo tanto, la pertinencia de esta investigación, independiente de sus resultados, es palpable.

Capítulo II: Historia del Derecho a la Protección de la Salud

“Las estadísticas dicen que son muchos los pobres del mundo, pero los pobres del mundo dicen que son muchos más que los muchos que parece que son”

Eduardo Galeano, Bocas del Tiempo (2004)

Las leyes pocas veces pueden ser explicadas sin referirse a la historia, el contexto y las circunstancias del período en que se crean. Todos estos, generalmente son circunstancias que allanan el camino para la dictación y promulgación de las leyes. En materia de salud, esto es demasiado latente, en el sentido de que las leyes en esta rama responden a necesidades sanitarias contingentes que presentan falencias en las políticas públicas o bien, ausencia total de políticas públicas en determinados campos del derecho a la protección de la salud.

El derecho a la salud lo podemos ubicar en los DDHH de tercera generación (o segunda generación, dependiendo del autor). Ahora bien, el concepto de derecho a la salud o derecho a la protección de la salud, surge en los albores del Estado moderno. Es decir, previo a la creación del Estado, no existía un derecho a la salud. En efecto, en los tiempos de la monarquía, el monarca no atendía a las necesidades sanitarias de sus súbditos, éstos podían acceder a prestaciones de salud en la medida que tuvieran los recursos para pagarlos. Al contrario, con el surgimiento del Estado liberal, de manera progresiva, el Estado comienza a reconocer una necesidad sanitaria y a hacerse cargo de ellas.

En un principio, este reconocimiento provocó una intervención mínima del Estado en temas sanitarios, restringiéndose a casos muy excepcionales de saneamiento y/o epidemias. No es sino hasta finales del siglo XVIII, en el contexto de la revolución francesa, la revolución industrial y la *cuestión social* que el Estado toma un rol más activo en la salud de la población, pero aún con un carácter reactivo y, por supuesto, a regañadientes.

El primer hito importante de destacar, es el crecimiento de las ciudades y con la apertura del comercio surgen una serie de problemas sanitarios, provocando que las personas contraigan

enfermedades e infecciones. Este fenómeno se dio en todos los ámbitos de la sociedad, era especialmente evidente en casos de industrias y empresas que exponían a sus trabajadores a diversas enfermedades sin otorgar herramientas para prevenir contraer dichas enfermedades e infecciones propias del rubro de la empresa respectiva (por ejemplo en la minería, las enfermedades respiratorias). En las ciudades, producto de la migración exponencial de las personas de zonas rurales a zonas urbanas fue generando problemas sanitarios, toda vez que las ciudades no estaban preparadas para crecimientos tan rápidos e importantes de población⁵. En este contexto, son los trabajadores los que levantan demandas por mejoras en las condiciones materiales de vida. Son estas demandas, en este contexto lo que adquiere el nombre de la “*cuestión social*”.

Es menester detenerse en el concepto de “*Cuestión social*”, al respecto es importante traer a colación la definición que entrega James O. Morris, quien señala que la cuestión social es el conjunto de “*consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad; la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses de la nueva clase trabajadora; huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choques armados entre los trabajadores y la policía o los militares y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los trabajadores*”⁶. Esta definición es apropiada para este trabajo, porque se refiere a las consecuencias sanitarias objetivas y materiales que provocó la industrialización en la población y, además, se refiere o se puede deducir de su definición, el surgimiento de una nueva clase en la sociedad, una clase obrera cada vez más consciente de sus necesidades y que se organiza para conseguir satisfacerlas.

Así las cosas, la *cuestión social* es la expresión de un conflicto social grave y profundo, respecto del cual la mayoría de los autores (de todos los espectros políticos) coinciden. Por ejemplo, Gonzalo Vial señala que “*Una enorme mayoría numérica, los trabajadores, perdió*

⁵ El historiador Mauricio Folchi, explica que este fenómeno de la migración a grandes ciudades, constituía una forma de ascenso social, las ciudades ofrecían mejores oportunidades para la mayoría (no así para las clases más bajas).

⁶ Morris O., James. *Las élites, los intelectuales y el consenso. Estudio de la cuestión social y el sistema de relaciones industriales en Chile*. Santiago: Editorial del Pacífico, 1967, p. 80.

y con suficiente motivo, el concepto de solidaridad nacional y la confianza en el patrón, el cura y el cacique como consuelo y providencia de las desgracias⁷”.

Gabriel Salazar, para graficar el contexto histórico en que surge la institucionalidad sanitaria de nuestro país, señala que la crisis social hacia 1910 alcanzó ribetes dramáticos, con expresiones renovadas del viejo temor de la oligarquía del siglo XIX que adquirió el carácter de “*miedo al alzamiento, al anarquismo, al socialismo o sea, miedo al peligro rojo*”. No obstante, de ese miedo a la historia, “*...surgieron dos típicas tácticas parlamentaristas: la represión draconiana de los ‘rotos alzados’ (primera fase) y las propuestas de integración democrática a la ciudadanía nacional (segunda fase)... La táctica primera fase fue aplicada con éxito entre 1903-7 (masacres), lo que llevó a los ‘rotos alzados’ a reconocer, a regañadientes, cuál era su sitio que les correspondía en la estructura de la sociedad chilena. La táctica segunda fase fue aplicada en forma escalonada desde 1910 y consistió en difundir la metodología política ‘de los acuerdos’, haciéndola extensiva a los actores sociales. El sistema político nacional amplió su capacidad de debate, el parlamentarismo absorbió los desgarramientos y contradicciones que hasta entonces explotaban por las calles y minas y se constituyó así, un sentido cívico-formal de funcionamiento democrático⁸”.*

En la misma línea, otros autores señalan que “*Las dificultades consustanciales a las condiciones de vida de los sectores populares radicados en las ciudades o en las regiones mineras, impusieron tipos y relaciones sociales particulares. El hacinamiento y el deterioro, la humedad y oscuridad de las habitaciones, obligaron a sus moradores a volcar en espacios públicos sus quehaceres, relaciones sociales y actividades cotidianas. Al verterse a la calle, al pasaje, a los lavaderos, a las cocinas y a los servicios higiénicos, dieron vida a una abigarrada sociabilidad de corte comunitario, expresada en la generación de fuertes lazos de solidaridad. La preparación de los alimentos, el lavado de las ropas o el cuidado de los hijos se transformaron en tareas colectivas, sobre todo en el caso de las mujeres, dado que éstas permanecían en los hogares. Los espacios comunitarios se convirtieron en verdaderos*

⁷ Vial, Gonzalo. *Historia de Chile*. Santiago: Editorial Portada. 1981, p. 867.

⁸ Salazar, Gabriel. *La Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas*. Santiago: LOM Ediciones, 2006, pp. 73-74.

*centros de vida social no extraños al apoyo fraterno con miras a la solución de los problemas que a todos aquejaban*⁹”.

Una de las primeras veces que se acuñó la expresión “derecho de salud”, en el ámbito internacional, fue con ocasión del término de la segunda guerra mundial, en un intento de las naciones de prevenir futuras violaciones de derechos humanos por parte del Estado. En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que: *“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, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. Por su lado, la Organización Mundial de la Salud (OMS) se crea en el año 1946, con especial conciencia sobre la relación entre la salud y la paz. También vale la pena destacar que se eligió la palabra “Mundial” por sobre la palabra “Internacional”, precisamente para poner énfasis en que la salud es una preocupación de todos los pueblos y no de los estados.

Desde luego, existen diversas definiciones de lo que se entiende por derecho a la salud o derecho a la protección de la salud, sin embargo, para efectos de esta tesis se adhiere a la definición de que entrega la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25. La referida definición, permite ir acercándonos a una distinción que me parece relevante hacer para poder acotar el derecho a la salud. Esta definición incorpora asuntos que tradicionalmente no se han asociado a la salud, cómo son la vivienda, el vestuario, alimentación, servicios sociales, entre otros. Todos estos factores “externos” o más bien, ajenos a la salud o a la medicina propiamente tal, se encuadran en lo que se ha denominado por distintos autores como “condicionantes sociales”, “determinantes de la salud” o “determinantes sociales de la salud”.

Estos factores, hay que vincularlos con la nomenclatura del Derecho a la Protección de la Salud, puesto que como se dijo en su oportunidad, los factores que influyen en la salud de la población, muchas veces escapan las esferas de control de la autoridad, por ejemplo, los

⁹ Correa, Sofía; Consuelo Figueroa, Alfredo Jocelyn-Holt, Claudia Rolle y Manuel Vicuña. *Historia del Siglo XX Chileno*. Santiago, Chile: Editorial Sudamérica, 2001, p. 54.

hábitos de alimentación, el consumo de alcohol, sedentarismo o falta de actividades físicas, educación, redes sociales de apoyo, entre muchos otros.

Esta distinción puede parecer banal a primera vista, sin embargo, es de vital importancia para distinguir las esferas de acción en la que nos encontramos. Así, Elizabeth Fee, profesora de la Universidad John Hopkins señala que *“La salud pública se orientaba al análisis de los determinantes de la salud y la enfermedad de una población, mientras que la medicina se orientaba hacia los pacientes individualmente considerados. Los profesionales de la salud pública, generalmente dependen de salarios proporcionados por el gobierno, mientras que los clínicos, al menos en el pasado, han sido profesionales independientes y empresarios dedicados a la práctica privada. La organización económica de los dos campos ha sido diferente, como así también sus métodos y perspectivas, a pesar de que ambos trabajan con los fundamentales problemas básicos del ser humano: la salud y la enfermedad [y agrega] allí donde ambas compiten por recursos, la medicina tiene ventajas¹⁰”*.

En este contexto, en Alemania a fines del siglo XIX se introduce un sistema que pretende hacerse cargo de estos problemas. Así, se crea el “Modelo de Bismark”, que corresponde a un modelo de seguridad social, en el cual los trabajadores cotizan obligatoriamente una parte de su salario para constituir un fondo de seguro que los atiende a ellos y a su familia. La crítica que se le hizo (y hace) a este sistema, es que un porcentaje de la población queda excluida de su cobertura, en efecto, aquellos que no trabajan son excluidos porque no cotizan.

Otro sistema de salud, es el modelo “Beveridge” británico, que es financiado a través de impuestos. Este sistema tiene como consecuencia que la mayoría de las prestaciones de salud son otorgadas por instituciones públicas, además de entregar cobertura a todos los habitantes del país, independiente de si trabaja o cotiza el paciente¹¹.

Finalmente, es importante señalar que no obstante identificar estos dos sistemas de salud, en los hechos, los países han implementado sistemas de salud mixtos. No es la idea de este

¹⁰ Fee, Elizabeth. *Disease and Discovery. A History of the Johns Hopkins School of Hygiene and Public Health: 1916-1939*. The John Hopkins University Press, 1987, p. 2.

¹¹ Lema Añon, Carlos. *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*. Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 23.

trabajo detenerse demasiado en los sistemas de salud, sin perjuicio, de que más adelante se hará referencia al sistema chileno con mayor detalle.

2.1. El derecho a la Protección de la Salud y su consagración Constitucional.

En el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, nuestro texto fundamental, toma especial relevancia dada la posibilidad de aplicación inmediata de las normas que contienen estos derechos. En efecto, en nuestro país, a partir de la Constitución Política de la República de 1980, en particular desde los años 90' en adelante, se han aumentado la interposición de Recursos de Protección relacionados con la Protección de la Salud.

Previo a referirme a la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico en relación al derecho a la Protección de la Salud, pasaré revista por las diversas constituciones que hemos tenido y cómo estas consagraban este derecho, si es que lo hacían del todo.

2.2. Período de Ensayos Constitucionales

Producto de la inestabilidad económica, política y social que existía en nuestro país, previo a la Constitución de 1833, los textos fundamentales no alcanzaron a tener vigencia muy duradera, por lo cual se ha denominado al período previo a la Constitución de 1833 como un período de Ensayos Constitucionales.

En dicho sentido, ni la Constitución de 1818, 1823 y 1828 consagraban un Derecho a la Protección de la Salud propiamente tal, sino que encargaban a distintos órganos y autoridades cumplir funciones vinculadas con la salud de las personas.

En materia de salud, la Constitución de 1818 no reconocía el derecho a la protección de la salud, sino que abordaba esta necesidad desde un punto de vista adjetivo, mandatando a distintas autoridades a cumplir funciones que decían relación con la salud de las personas (por ejemplo; fomento de hospicios, hospitales y beneficio público).

La Constitución Moralista del año 1823, al igual que la anterior, sin consagrar explícitamente un derecho a la salud, encargaba funciones relacionadas con la salud a distintos organismos (por ejemplo; Senadores Visitadores, Dirección Economía Nacional, Consejos Municipales, municipalidades, entre otros).

Muy parecido a lo que ocurrió con los anteriores ensayos, la Constitución de 1828 encargó a las Municipalidades a promover y ejecutar mejoras en salubridad.

2.3. Constitución de 1833

La Carta de 1833 tampoco tuvo un reconocimiento explícito al Derecho a la Protección de la Salud y sólo se menciona la salud en algunas disposiciones, a saber, artículo número 151 que señalaba “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

Por su lado, el artículo 128 señala que “*Corresponde a las Municipalidad en su territorio:*

Nº 1: Cuidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato y recreo.

Nº 4: Cuidar a los hospitales, hospicios, casa de expósitos, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban”

Lo relevante de estas disposiciones es, en primer lugar, un reconocimiento ténue de la salud pública en la Constitución, lo que significa un avance respecto de los anteriores ensayos Constitucionales. Por otro lado, siguiendo la tónica de los anteriores ensayos, encarga a las municipalidades ciertas funciones relacionadas con la salud, en particular, que los establecimientos se rijan por las “reglas que se prescriban”, dotando de cierta unidad y organización al sistema de salud público.

Finalmente, hacia finales de este periodo, se empieza a acuñar la idea de “responsabilidad y el deber social del estado”, cuya manifestación más clara fue la modificación de la expresión “Beneficencia” por “Asistencia Social”, dejando atrás la idea caritativa del incipiente derecho a la salud y comenzaba a tener un enfoque en la sociedad en general, en palabras del Ministro del Interior de la época “la Beneficencia no es un acto facultativo, voluntario, sino un servicio público, una carga social a la cual el gobierno está obligado a subvenir" (Illanes, 2010).

2.4. Constitución de 1925

En su artículo 10 se consagran por primera vez los derechos sociales, sin embargo, en sus 15 numerales no se consagra un derecho a la protección de la salud. Posteriormente, producto

de reformas constitucionales se incorpora o reconoce explícitamente como un deber del Estado garantizar la salubridad pública, estableciéndose la obligación de destinar en forma anual parte del presupuesto para mantener el servicio de nacional de salud, junto con consagrar la garantía de seguridad social a todos los habitantes de la República, relevando los derechos sociales, económicos y culturales¹². Este cambio es fundamental en nuestro sistema de salud, puesto que antes de la reforma este rol estaba predominantemente en manos de particulares.

En 1952 se crea el Servicio Nacional de Salud (SNS)¹³, quedando el comando de la asistencia estatal de salud en manos de un Director del Servicio. Lo anterior, representa el anhelo de identificarse con un único proveedor de servicios de salud a escala nacional, cuestión impulsada en la década del cuarenta por el entonces Ministro de Salubridad del Frente Popular, durante la administración del Presidente Pedro Aguirre Cerda, el Dr. Salvador Allende Gossens.

El año 1976, mediante el Acta Constitucional N° 3, se sustituye casi íntegramente el Capítulo III de la Constitución de 1925, sobre Garantías Constitucionales. Dicha acta le quita el rol protagónico que se pretendía tuviera el Estado y lo sitúa en un rol subsidiario. Por otro lado, se consagra por primera vez en forma explícita el Derecho a la Salud como garantía constitucional:

“Capítulo I: De los derechos y deberes constitucionales

Artículo 1: Los hombre nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

N° 19. El Derecho a la Salud.

El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud.

¹² Ley N° 17.398 de 09 de enero de 1971, fecha de publicación 09 de enero de 1971, fecha de promulgación 30 de diciembre de 1970, Ministerio de Justicia.

¹³ La Ley 10.383 establece el Sistema Nacional de Salud, organismo encargado de la protección de la salud para toda la población y del fomento y recuperación de la salud de los obreros, esposa e hijos hasta los 15 años.

Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley”.

2.5. Constitución de 1980

Finalmente, la Carta Fundamental de 1980, actualmente vigente establece un catálogo de derechos que el Estado ha de garantizar, en efecto, el artículo 19 N° 9, es el que viene en consagrar el Derecho a la Protección de la Salud, en el siguiente tenor:

“El Derecho a la protección de la salud.

El Estado Protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Un aspecto importante de esta constitución, es que aquellos tratados internacionales que versen sobre derechos fundamentales ratificados por Chile, deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado, esto en virtud del mandato contenido en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución¹⁴.

Es menester destacar que la propia Constitución redirige la pormenorización del contenido del Derecho a la Protección de la Salud a la ley, es decir, al poder legislativo.

¹⁴ Constitución Política de Chile, Artículo 5° inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por último y sin perjuicio de que se realizará un análisis más exhaustivo del Recurso de Protección en un capítulo posterior, cabe destacar la figura de este Recurso contenido en el artículo 20 del Texto Fundamental. Se trata de una acción constitucional para garantizar alguno los derechos fundamentales consagrados en la disposición inmediatamente anterior. Se adelante desde ya, que el referido Recurso de Protección, en lo pertinente, solamente protege el inciso final del numeral noveno que consagra el Derecho a la Protección de Salud, es decir, la posibilidad de las personas de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea público o privado.

2.5.1 Estructura del Sistema Nacional de Salud

Antes de abocarse a los casos concretos, es indispensable exponer y comprender, al menos de manera superficial la complejidad del marco institucional en el que se materializa la judicialización del Derecho a la Protección de la Salud. En dicho sentido, es importante entregar una visión general de la estructura del Sistema de Salud chileno consagrado en la Constitución Política de 1980, por cuanto es el sistema de salud vigente en nuestro país. Por otro lado, resulta necesario relevar aquellas instituciones públicas vinculadas con esta materia, puesto que ellas se ven involucradas en los litigios que más adelante se expondrán.

La estructura del sistema de salud chileno, es segmentado, es decir, está dividido en subsectores que están enfocados en distintos grupos de la población y, está conformado por un sistema mixto (público, privado, Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden Público). Hay que destacar que el rol Rector y regulador de todo el sector de salud compete a la Autoridad Sanitaria, encabezada por el Ministerio de Salud (Minsal), que debe formular, fijar y controlar las políticas de salud. El Ministerio está compuesto por 2 subsecretarías, de Salud Pública y de Redes Asistenciales, y 16 Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMIS), una en cada región del país.

La Subsecretaría de Salud Pública, tiene como función diseñar políticas, normas, planes y programas en materias relativas a la promoción de la salud, vigilancia, prevención y control de enfermedades que afectan a la población, y velar por su cumplimiento. Debe coordinar las acciones del Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y del ISP e impartirles instrucciones.

Asimismo, tiene entre sus funciones, administrar el financiamiento de los Servicios de Salud Pública y programas de relevancia nacional y aquellos que la ley obligue a que sean financiados por el Estado, independientemente de la calidad previsional del individual o institución que se beneficie, como son el Programa de Inmunizaciones, el Programa Nacional de Alimentación Complementaria o el manejo de brotes y/o epidemias y la gestión y fiscalización de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN).

La Subsecretaría de Redes Asistenciales tiene como función la articulación y desarrollo de la red asistencial del sistema, de la regulación de la prestación de acciones de salud, así como la definición de normas que fijen niveles de complejidad y de calidad de la atención en salud. En cumplimiento de dicho fin, debe formular políticas, normas, planes y programas, velar por su cumplimiento y coordinar su ejecución por los Servicios de Salud, la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) y otros organismos que integren el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS).

Por otro lado, las Seremis, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Superintendencia de Salud tienen un rol más bien de fiscalización, es decir, de vigilar el cumplimiento de la normativa del ramo.

Las Seremis representan al Minsal en cada una de las 16 regiones del país y están a cargo de un Secretario Regional Ministerial. Son órganos desconcentrados territorialmente¹⁵ y, su función es velar por el cumplimiento de las normas, planes y programas nacionales, así como adecuarlos a la realidad regional.

El Instituto de Salud Pública (ISP), es el laboratorio nacional de referencia y se encarga de supervisar a los laboratorios públicos y todo lo relacionado con la autorización, control de calidad e importación de medicamentos, cosméticos y dispositivos de uso médico, salud ambiental, salud ocupacional y producción y control de calidad de vacunas, entre otras funciones. Es un Servicio Público con personalidad jurídica y con patrimonio propio.

¹⁵ La desconcentración implica la entrega de facultades privativas a los Servicios Públicos en materias específicas. Para el resto de las competencias, estos servicios siguen dependiendo jerárquicamente del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo.

Por último, la Superintendencia de Salud, es un organismo autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, compuesto por dos intendencias: la de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y la de Prestadores. La primera, está encargada de fiscalizar las Isapres, el Fonasa y el Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES); la segunda, fiscalizar a todos los prestadores de salud, públicos y/o privados.

En consecuencia, el Servicio Nacional de Servicios de Salud, está constituido por el Minsal y sus organismos dependientes: Servicios de Salud, Fondo nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública, la Central Nacional de Abastecimiento y las instituciones en convenio.

La ejecución de los servicios de salud pública son responsabilidad del Estado, a través de la Autoridad Sanitaria, que ejecuta las acciones específicas de su cartera, sin perjuicio de generar las instancias de colaboración con otros sectores del Estado, cuestión cada vez más importante, atendido lo que se conoce como las determinantes sociales de la salud, cuestión que se abordará con mayor detalle, posteriormente.

Por otro lado, como se dijo, el sistema de salud está segmentado en distintos sectores, los ciudadanos, de acuerdo a sus recursos económicos adscriben a alguno de los subsistemas. El sistema público o el seguro público (Fonasa), es colectivo e independiente de los riesgos de salud que pueda presentar una persona, mientras que el seguro privado (Isapres), funcionan en base a planes que se tarifican en base a los riesgos o preexistencias.

El Fondo Nacional de Salud es la entidad encargada de financiar, recaudar, administrar y distribuir los recursos del sector público de salud, y sus fondos provienen de aportes del Estado y de las cotizaciones obligatorias de los trabajadores¹⁶, asegurando a casi el 80% de la población. Las Isapres, por su lado, son aseguradoras privadas que administran las cotizaciones obligatorias, pudiendo también captar cotizaciones adicionales o voluntarias, y aseguran a casi el 15% de la población.

Existe un subsistema más pequeño, en efecto, el aseguramiento de las Fuerzas Armadas lo realiza cada una de sus ramas por separado (Ejército, Fuerza Aérea y Armada). Existe la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (Capredena), que asegura a los funcionarios en retiro de

¹⁶ La cotización legal para salud de un trabajador activo (dependiente, independiente o imponente voluntario) corresponde a un 7% de la remuneración o renta imponible con un tope de 80,2 UF (Unidades de Fomento).

todas las ramas que opten por esta caja y a los funcionarios civiles. En el caso de las Fuerzas de Seguridad y de Orden, lo realiza la Dirección Previsional de Carabineros (Dipreca). En ambos casos, los fondos provienen de aportes del Estado y cotizaciones obligatorias.

Las mutualidades y el Instituto de Seguridad Laboral son las encargadas de administrar el financiamiento para enfermedades profesionales y accidentes del trabajo. Los aportes lo hacen los empleadores en proporción al salario de cada trabajador, dependiendo de la actividad que realiza y el riesgo asociado a dicha actividad.

Finalmente, existen seguros voluntarios privados de salud que funcionan como seguros complementarios, es decir, entregan cobertura a la parte del gasto que no está cubierto por la Institución Previsional a la que la persona esté afiliada.

2.5.2. El sistema privado y público de salud

Es importante señalar que la actual Constitución y el principio de subsidiaridad como pilar fundamental de la misma, ha implicado darle un rol muy importante al sistema privado de salud, relegando el sistema público a un rol menos activo.

Lo anterior, responde a que los órganos políticos de nuestro país (y de América Latina, en general), se vio profundamente influenciado por políticas neoliberales que emanaron del “Consenso de Washington¹⁷”. En las décadas de los 80’ y 90’, instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de Estados Unidos impulsaron una serie de lineamientos para que gobiernos de América Latina y otras regiones se recuperaran de la crisis económica de los años 80’. Chile no estuvo ajeno a esto, viéndose compelido a implementar programas de ajustes estructurales, como la devaluación de la moneda, reducción del gasto en servicios públicos, la privatización de empresas estatales, la

¹⁷ John Williamson definió diez recomendaciones de política económica: 1. Disciplina fiscal, en cuanto a reducir y evitar grandes déficits en las cuentas públicas; 2. Focalización del gasto público en subsidios dirigidos a los más pobres y en infraestructura, descartando subsidios universales; 3. Ampliación de la base tributaria, aplicación de un impuesto agregado y reducción de las tasas marginales del impuesto a la renta; 4. Tipos de cambio competitivos; 5. Apertura al comercio internacional, con particular énfasis en la eliminación de las restricciones no arancelarias a las importaciones y en la aplicación de aranceles bajos y parejos; 6. Apertura a la inversión extranjera directa; 7. Privatización de empresas públicas; 8. Desregulación de mercados, fomentando la libre competencia con especial cuidado en no desechar regulaciones prudenciales a los mercados financieros y otras a favor de la protección del medio ambiente; 9. Liberalización de las tasas de interés; 10. Fortalecimiento de los derechos de propiedad.

desregulación, y aumento del libre comercio, entre otras. Es del caso que, a diferencia de los países de la región, esta restructuración se llevó a cabo en la década de los setenta en nuestro país, producto de los cambios que realizó la dictadura cívico-militar.

Las transformaciones más importantes se realizaron en una primera etapa en el ámbito tributario, en la priorización de la inversión extranjera por sobre la industria nacional, liberalización financiera, desregulación del mercado del trabajo y la privatización de las empresas públicas (Ruiz, 2014). Sobre estas transformaciones, se lleva a cabo una segunda etapa, que implicó la privatización de servicios sociales, la focalización de la acción del Estado hacia los segmentos más pobres y el subsidio estatal al empresariado (Ruiz, 2015).

El principio de la focalización del gasto público reemplazó los subsidios universales pretéritos, por subsidios focalizados en la pobreza extrema, para asegurar que los sectores más vulnerables tuvieran acceso al mercado. Por otro lado, la privatización de los servicios sociales, en los hechos, implicó dismantelar la provisión estatal o reducirlo considerablemente en su capacidad instalada, en salud, educación, previsión, vivienda, entre otros. En palabras de Esping-Andersen, Chile se convertía en lo que él denomina como un Estado de bienestar neoliberal¹⁸ (Esping-Andersen, 1991).

Es en este contexto de ajustes estructurales, de privatización y a la asignación mediante mecanismos de mercado, acompañada del direccionamiento de recursos hacia los más pobres, es decir, el Estado busca promover y aumentar la participación de los mercados mediante transferencias públicas, en forma de subsidios, a la demanda para su canalización en el mercado¹⁹ (Atria, 2013). Esta política implicó que nuestro sistema de salud se desarrolla durante toda la década de los ochenta, con demostrados efectos negativos en la salud de la población²⁰.

¹⁸ El autor define así, a los Estados de la época que tenían como característica la preponderancia de la asistencia social focalizada en desmedro de políticas sociales universales.

¹⁹ El subsidio a la demanda consiste en que el consumidor recibe un aporte para cierto uso específico (en este caso para pagar su sistema de salud) y éste decide a qué institución se dirigirá para adquirir el producto o servicio requerido.

²⁰ La Organización Mundial de la Salud, el año 2010, al respecto sostuvo: “Los estudios han demostrado que las políticas públicas de los programas de ajuste estructural han reducido las mejoras en la condición de salud de los individuos, o han empeorado esa condición, en los países que las implementaron. Los resultados

Ahora bien, teniendo lo anterior en cuenta, vale la pena pasar brevemente revista de cómo los diversos sistemas de salud, el privado y el público, interactúan entre sí, al día de hoy. Como se dijo, en Chile conviven un sistema de salud público, otro privado y uno para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en aras de promover y asegurar que los particulares puedan acceder a las prestaciones necesarias para mantener una vida saludable. Todo lo anterior, de manera de garantizar su derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19 número 9 de la Carta Fundamental, cuyo inciso quinto garantiza a todas las personas el “derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

El régimen público o estatal, producto de las transformaciones impulsadas desde la segunda mitad de la década de los años setenta en adelante, estuvieron orientadas en separar las funciones de financiamiento y provisión. En relación al financiamiento, está a cargo del Fondo Nacional de Salud (Fonasa)²¹, organismo, funcionalmente descentralizado que, entre sus principales funciones, se encarga de asegurar y financiar la cobertura sanitaria a sus afiliados y a todas las personas que carezcan de recursos. Por el otro lado, en relación a la provisión, se fragmenta la red asistencial con la municipalización de la atención primaria de salud y, en el ámbito secundario y de alta complejidad se da paso al Sistema Nacional de Servicios de Salud (el SNSS)²².

El sistema privado, por su lado, funciona a partir de los servicios que entregan prestadores de salud particular, individuales o institucionales, cuyo financiamiento descansa fundamentalmente en las cotizaciones de salud que las personas realizan en alguna de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres).

La elección, sin embargo, tal y como está estructurado el sistema, dependerá de la capacidad económica del beneficiario, puesto que el sector privado tiene tarifas libres que están directamente relacionadas a sus mayores costos y a la amortización de las enormes inversiones desplegadas para otorgar prestaciones de salud de excelencia.

informados incluyen peores situación nutricional de la infancia, mayor incidencia de enfermedades infecciosas y mayores tasas de mortalidad infantil y materna”.

²¹ El Fondo Nacional surge de la fusión del Servicio Nacional de Salud (SNS) con el Servicio Médico Nacional de Empleados (SERMENA).

²² El sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) está compuesto por 29 Servicios de Salud a lo largo de todo el territorio nacional.

En este contexto, lo normal es que los afiliados a Fonasa recurran al, mediante la Modalidad de Atención Institucional (MAI), pudiendo acceder a las prestaciones que establece la ley, en concreto, el DFL Nro. 1, de 2006, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nro. 2.764, de 1979, y de las leyes Nro. 18.933 y Nro. 18.469 (el DFL Nro. 1).

Sin perjuicio de ello, en ciertos casos, Fonasa también cubre algunos servicios otorgados por clínicas privadas a sus afiliados, sea porque existe un convenio previo entre las partes, o bien, porque así lo dispone la ley. Así, algunos de los mecanismos más comunes dispuestos para el efecto, son (i) los Convenios por Grupos Relacionados de Diagnóstico²³ (los GRD); (ii) la Modalidad de Libre Elección (la MLE); y (iii) las alternativas contempladas en la Ley de Urgencias²⁴.

En primer lugar, los Convenios GRD permiten la derivación de pacientes Fonasa a clínicas privadas para la resolución de patologías agudas y agudizadas, a través de la Unidad de Gestión Centralizada de Camas (la UGCC). Para ello, previa licitación pública, los prestadores de salud particular se adjudican estos Convenios a cambio de un precio predefinido por la autoridad, cuyo valor se determina según el tipo y nivel de consumo de recursos hospitalarios que requieren ciertos grupos de pacientes que comparten características comunes y un diagnóstico similar²⁵.

²³ Véase informe ejecutivo estado de funcionamiento e implementación del sistema de clasificación de pacientes por Grupos Relaciones por Diagnóstico Internacionales y Refinados de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, División de Gestión de Redes Asistenciales, septiembre de 2018: Los Grupos Relacionados por Diagnóstico corresponden a un sistema de clasificación de pacientes que agrupa según gravedad o complejidad y por lo tanto permite conocer las características de la producción hospitalaria, realizar comparaciones del comportamiento entre establecimientos, servicios, especialidades, entre otros, y por lo tanto vincular la referida producción hospitalaria con aspectos financieros.

El diseño y creación de los GRD, en inglés *Diagnosis Related Groups* (DRG), comenzó a fines de los años 60, en la Universidad de Yale, en los Estados Unidos de América. En un principio, tuvo por objeto la creación de una estructura adecuada para analizar la calidad de la asistencia médica. Evolucionó como unidad básica de pago en el sistema Medicare, reconociendo la casuística de un hospital al momento de determinar sus costos.

²⁴ La Ley Nro. 19.650, corresponde a una Ley de Urgencias actualmente vigente, desde 1999, que garantiza a las personas que se encuentran en condiciones de Urgencia Vital ser atendidas en el centro asistencial más cercano al lugar donde se encuentren.

²⁵ A su respecto, el Fondo Nacional de Salud los define como: “(...) mecanismo de pago que se está implementando a nivel mundial, consistente en un sistema de clasificación diagnóstica de salud que estructura y organiza las prestaciones de servicios de manera eficiente, acorde a las necesidades de los pacientes, con incentivos adecuados tanto para ellos como para quienes aseguran”, en Resolución 4.2A Nro. 46, de 05 de octubre de 2018, que aprueba Bases Administrativas, Técnicas, sus anexos y formato de contrato, de licitación

Los Grupos GRD nacieron para evaluar el costo de las atenciones de salud y toda su lógica está asociada a eso, costos. Quiere decir que los Grupos GRD están basados en el consumo de recursos dentro del hospital y no sobre diagnósticos o procedimientos. Es decir, todos los pacientes que entran en un Grupo GRD determinado, independiente de los días de estadía o los procedimientos que se le hicieron, tendrán un precio fijo de pago. Así, el GRD consiste en un mecanismo que define sus costos con base exclusiva en la estructura de precios de los hospitales públicos que, por tener dicha calidad, tienen asignadas y aseguradas partidas específicas en el presupuesto público nacional.

Otra alternativa consiste en la MLE, a través de la cual un paciente Fonasa puede optar en atenderse en un recinto de salud público o privado, siempre que, en este último caso, se hubiese suscrito previamente un convenio con Fonasa que así lo permitiera y que se trate de algunas de las prestaciones cubiertas por éste. Así, el Fondo se obliga a pagar una parte de las atenciones prestadas por una clínica privada, a cambio de un arancel determinado con anterioridad, conforme dispone el artículo 143 del DFL Nro. 1.

Finalmente, la Ley de Urgencias también contempla un mecanismo por el que Fonasa debe financiar los servicios prestados por un prestador de salud privado. En efecto, cuando una persona requiere de atención urgente, esto es, que implica riesgo vital o de secuela funcional grave, cualquier recinto hospitalario, sea público o privado, deberá prestar sus servicios al afectado en forma inmediata e impostergable. Así, si las prestaciones fueron dadas por una institución de salud particular, dicho organismo deberá pagar por las medidas empleadas hasta su debida estabilización, momento en el que asume, por su parte, el deber de trasladar al paciente a los centros hospitalarios que correspondan, conforme dispone el artículo 173, DFL 1²⁶.

pública para compra de servicios de salud de resolución de patologías agudas o agudizadas, a través de mecanismo de pago por grupos relacionados por el diagnóstico (GRD).

²⁶ A mayor abundamiento, el inciso quinto de esta disposición, señala: “Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también respecto de atenciones de emergencia, debidamente certificadas por un médico cirujano, otorgadas por establecimientos asistenciales del sector privado. El valor a pagar por las instituciones será el que corresponda al pactado; en caso de no existir convenio, se utilizarán los precios establecidos por el establecimiento asistencial que otorgó las atenciones”.

La situación de “emergencia” o “urgencia”, por su parte, es calificada por un médico cirujano, con lo que se genera la obligación para Fonasa de pagar directamente a la clínica el valor de los servicios otorgados conforme dispone el artículo 141 del DFL 1.

Así las cosas, las prestaciones sanitarias en un régimen de normalidad pueden ser otorgadas por el sistema público o privado, según la elección del beneficiario. No obstante, existen mecanismos a través de los cuales pacientes Fonasa pueden acceder a servicios prestados por clínicas particulares, financiados, en todo o parte, por el Estado. Para ello, debe existir un acuerdo previo (GRD o MLE), o bien, estar amparado en lo dispuesto en una ley (como en la Ley de Urgencia), puesto que, de otra manera, tendrán que pagar el arancel completo dispuesto por ella.

Capítulo III: Derecho a la Protección de la Salud y emancipación

“Que los barrotes de las celdas se vuelvan de azúcar o se curven de piedad”

Mario Benedetti (Hombre mirando el cielo)

El capítulo anterior tiene la finalidad de dar contexto al desarrollo de la salud desde un punto de vista material; el presente capítulo, por su lado, pretende desarrollar las distintas etapas que tiene el Derecho a la Protección de la Salud desde el punto de vista de las teorías liberales. Lo anterior es relevante, puesto que la demanda (o necesidades) sanitarias, muchas veces implican un aspecto subjetivo de valoraciones morales de cada personas. Desde luego, esto se ve reflejado en discusiones como la posibilidad de abortar y las causales para ello, sin embargo, la valoración moral no se detiene ahí y es importante, fijar ciertas fronteras de lo que una sociedad considera moralmente apropiado en términos de cobertura de salud. Por lo tanto, se expondrán algunas de las corrientes filosóficas más recientes e influyentes de nuestro tiempo.

Como se mencionó en el capítulo anterior, antes del Estado liberal no existía un real reconocimiento de este derecho por parte de la autoridad. En este entendido, dado el contexto de la época y en particular la importancia que se dio a la libertad, los autores liberales en un principio negaban la existencia del Derecho a la Protección de la Salud puesto que importaba un atentado contra la libertad de las personas.

En efecto, autores como Friedrich Von Hayek, Robert Nozick, entre muchos otros, desarrolla la idea de un “Estado mínimo” en un contexto de “capitalismo radical²⁷”; lo que sostiene esta teoría, al menos en sus principios, es que el valor supremo a defender es la libertad individual, así los derechos más importantes dicen relación con los derechos de no interferencia (de la autoridad), es decir, aquellos que protegen la esfera de la individualidad.

²⁷ Este es el subtítulo del libro de D. FRIEDMAN “*The machinery of freedom. Guide to Radical Capitalism*” (La Salle, Open Court 1989) publicado en su primera edición en 1971.

En este contexto, la esfera de la individualidad se extiende, siguiendo a Locke²⁸, por el conjunto de lo que posee el individuo, en este caso, la propiedad sobre el propio cuerpo. Así las cosas, el individuo debe ser libre de disponer e intercambiar sin limitaciones sus propiedades, en la medida de que exista acuerdo para ello. Ninguna autoridad podría legítimamente por medios coactivos establecer restricciones a la libertad, al ejercicio del derecho a la propiedad y de libre disposición sobre uno mismo. Si el individuo es propietario soberano de su cuerpo, puede decidir sobre como lo trata, qué parte de su remuneración destina a su cuidado, de lo que se sigue que el Estado no tiene o no debería tener injerencia alguna en las decisiones que tomen las personas respecto de su propia salud.

Por lo tanto, ante esta teoría liberal ninguna política sanitaria, ni la organización de un sistema de salud público, ni la imposición de un seguro obligatorio, estarían justificadas; al contrario, proporcionar a los ciudadanos el acceso a cuidados sanitarios violaría el derecho a la libertad y a la propiedad, en la medida que implicaría una redistribución coactiva de bienes privados. En este contexto, la salud estaría entregada a los privados de manera exclusiva y el mercado es el llamado a autoregularse, es decir, respecto de aquellos médicos u hospitales que ofrezcan un mal servicio serían expulsados por el mercado, pero para el Estado, intervenir nunca estaría justificado.

Por lo tanto, si la justicia dice relación con los procesos de apropiación de las cosas y por la no injerencia de la autoridad en los derechos de libertad y propiedad, el hecho de que una persona se enferme es ajeno a estos derechos, por lo tanto, no ha de ser obligación del Estado otorgar ninguna prestación sanitaria, negando cualquier beneficio o derecho de asistencia.

A continuación expondré algunos autores de esta corriente filosófica que abordan el derecho a la salud o la inexistencia de este.

3.1. La salud como lotería natural

Para el profesor Engelhardt la idea de los derechos pueden ser reclamados a terceros, supone que ese tercero causó un daño y que producto de dicho daño existe la necesidad de una reparación, de esta forma, este autor sitúa a los derechos en un plano de la justicia. Siguiendo

²⁸ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (1960), Madrid, Tecnos, 2006, cap V.

esta línea de ideas, Engelhardt, sostiene que afirmar que existe un derecho a la salud, significa que tener mala salud es una injusticia o un daño provocado por otro que ha de ser reparada, situación que por cierto niega tajantemente el autor.

Elaborando esta idea, el autor referido señala que la salud (o falta de salud) es una lotería natural, es decir, producto del azar algunas personas gozan de salud y otras no. En este contexto, al no existir un tercero que haya provocado el daño (o la mala salud), sino que este proviene del azar, no existiría un derecho a exigir una prestación reparatoria de nadie.

En la misma línea, agrega el autor que existe una lotería social en razón de la cual existen personas que nacen ricas o pobres, es decir, atribuye las desigualdades a cuestiones también del azar. En ambas “loterías”, ya sea la lotería natural o la social, se deben al azar y no pueden reputarse como injustas. En consecuencia, no puede existir un derecho a la salud, puesto que la única reclamación legítima es aquella que deriva de un daño causado injustamente por un tercero.

Ahora bien, respecto de las “loterías” que propone Engelhardt, la natural y la social; la primera es seguramente la que tiene un mayor peso argumentativo, toda vez que el padecimiento puede ser atribuido a predisposiciones genéticas o a sufrir un accidente imprevisible, por lo tanto, podríamos sostener que nos encontramos ante hechos del azar. Sin embargo, la segunda lotería que propone el autor tiene vacíos importantes, puesto que si bien resulta azaroso nacer en una familia rica o pobre, no es producto del azar que existan esas familias ricas o pobres, al contrario, la existencia de dichas familias responde, en mayor o menor medida, a un diseño o a una estructura social.

En relación a la lotería natural, esta tampoco pareciera tener un carácter absoluto si consideramos las “condicionantes sociales”, que son aquellas causas sociales como los hábitos de alimentación, la vivienda, acceso a cuidados sanitarios, cultura, entre muchos otros, que tienen una directa repercusión en la salud de las personas. Así por ejemplo, que en África el índice de mortalidad sea el mayor de todos los continentes, no podemos atribuirlo solamente al azar, sino más bien a la realidad de los países del continente negro, ya sea la pobreza, el VIH u otro; o para qué ir tan lejos, pensemos en los habitantes de Quintero, quienes viven en una “zona de sacrificio” donde la contaminación por las industrias de la

zona tiene repercusiones directas en la salud de los habitantes, esto claramente no depende de una “lotería natural”.

Es menester, antes de pasar al siguiente autor, hacer una breve referencia al azar y cómo esta se vincula con la justicia. Dicho de otra forma, ¿es el azar un argumento lo suficientemente poderoso como para excluir o negar atención sanitaria a un porcentaje de la población?. Supongamos a un sujeto A y un sujeto B; A pertenece a una clase social acomodada que le otorgará mejores “condicionantes sociales” que a B, que pertenece a un segmento de la población más vulnerable, y por ende, con peores condicionantes sociales. Es posible (casi es un hecho), que A tendrá mejores posibilidades de curarse o convivir con su enfermedad que B. Entonces, lo realmente injusto no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que con un reparto menos desigual podría ser curada o más llevadera.

Por último, destacar que la propuesta de Engelhardt tiene consecuencias extremas al negar la existencia del derecho a la salud, no sólo desde el punto de vista de la persona que no tiene la posibilidad de reclamar legítimamente una protección; sino que además, cualquier intento del Estado por otorgar beneficios o atenciones sanitarias sería ilegítimo.

3.2. El deber de beneficencia

El autor liberal A. Buchanan desarrolla una teoría parecida a la anterior, en el sentido de que también niega por completo la existencia de un derecho a la protección de la salud, porque de existir este derecho, éste sería virtualmente ilimitado.

En la misma línea que Engelhardt, sitúa las pretensiones en materia de salud fuera del ámbito de los derechos y de la justicia, rediriéndolo a un deber de beneficencia que justificaría un mínimo grado de asistencia sanitaria, pero jamás un derecho exigible por los ciudadanos.

Este autor reconoce la existencia de un mínimo decente en materia de salud, sin embargo, al mismo tiempo, destaca que no existe consenso sobre el contenido de ese mínimo, por lo tanto, las políticas públicas en materia de salud no pueden nunca ser exigibles, dada precisamente a esta ambigüedad.

Para Buchanan, el Estado debe ayudar realizando ciertas actividades encaminadas a la protección de la salud, pero porque se encuentra en una situación privilegiada para poder organizar y canalizar estas actividades, al contrario, los particulares al no contar con una organización unitaria, sus esfuerzos en materia de salud resultarían dispersos y en definitiva no cumpliría los fines perseguidos. Sin embargo, sostiene que existe un “deber de beneficencia” de las personas que habitan un país determinado, pero no un derecho individual a la protección de la salud. Así, lo que subyace la propuesta de Engelhardt es que, atendida la ambigüedad o falta de limitación de un derecho a la salud y sus consecuentes pretensiones ilimitadas, resulta más exacto referirse a un deber de beneficencia, ya que si bien es una obligación de la autoridad, su nomenclatura es más amplia y deja a criterio de la propia autoridad el momento y alcance del ejercicio de ese deber.

La propuesta de este autor ha sido objeto de varias críticas, en particular, Vidiella señala que la expresión o categoría utilizada de “mínimo decente” de salud está vinculando la salud con un bien público, como algo necesario para todos, pero Buchanan enfoca la caridad a un grupo reducido de personas menesterosas y no como algo universal. Por otro lado, sostener que el derecho a la salud es un término indeterminado o ambiguo y que dada esta imposibilidad de acotar el contenido de dicho derecho y su consecuencia de que los ciudadanos puedan exigir ilimitadamente distintas prestaciones, ocurre de igual forma respecto del deber de beneficencia, toda vez que estos deberes mínimos deben ser determinados por el Estado.

Vidiella además observa que el concepto de “mínimo decente” se construye sobre la idea de proporcionar un nivel “adecuado” de salud que permita llevar una “vida tolerable”, conceptos igualmente ambiguos que deben estudiados caso a caso, puesto que son conceptos abiertos e indefinidos, situación que echa por la borda esta supuesta ventaja comparativa de hablar de derechos versus hablar de un deber de beneficencia.

Si bien esta teoría pareciera tener vacíos y hasta contradicciones, se trae a colación en particular porque la beneficencia fue la norma en nuestro país durante la colonia y hasta bien adentrado el siglo XX.

3.3. El mercado de la salud

Como se observa, en general las teorías liberales sobre el Derecho a la Protección de la Salud le entregan al mercado grandes atribuciones, atendido a que delegan en él la regulación del derecho a la salud, sus alcances y límites. Sin embargo, sobre este punto, es importante señalar que el Mercado de la Salud no se comporta como un mercado común y corriente.

En efecto, dejando de lado autores como Nozick y la corriente libertaria, que no reconoce la necesidad de un seguro de salud obligatorio pues implica un atentado en contra de las libertades personales de las personas, existen autores liberales que reconocen que el Estado ha de involucrarse en el mercado de salud y la necesidad de que exista un seguro obligatorio.

Los argumentos que se arguyen para no dejar una total *laissez faire* se suelen agrupar en dos tipos: a) la ineficiencia del mercado sanitario y, b) las consecuencias inequitativas del mismo. Ambos grupos de argumentos no son excluyentes ni contradictorios y, por otro lado, cualquiera de ellos, debería ser suficiente razón para que no se le deje al mercado su autoregulación.

En relación al primer grupo, J.E. Stiglitz señala que se trata de un mercado muy alejado de lo que la teoría económica entiende por un mercado competitivo. El referido autor pone de relieve que el mercado de la medicina se diferencia de los mercados competitivos porque i) hay un número limitado de oferta (prestadores); ii) no se comportan como una empresa maximizadora de beneficios; iii) el producto que ofrecen no es homogéneo; iv) los compradores cuentan con información imperfecta y; v) los pacientes (clientes) pagan solamente parte del precio (Stiglitz, J.E., la economía del sector público 2000, pp. 317 y ss).

En la misma línea, el profesor Ronald Dworkin señala que es inaceptable e injusto dejar al libre mercado la cobertura sanitaria, puesto que los pacientes solo podrían obtener la cobertura que ellos puedan solventar; agrega que existen al menos tres razones: i) la riqueza está injustamente distribuída; ii) la mayoría de las personas tiene información inadecuada respecto de los riesgos de la salud o sobre la tecnología médica y; iii) las compañías de seguro cobrarían más a personas debido a mayores riesgos en cuanto a su salud (preexistencias u otros determinantes sociales de la salud). Me referiré en mayor detalle a este autor más adelante, por tratarse de un autor que ha puesto especial énfasis de su trabajo en la salud y

por tratarse de un autor norteamericano, cuyas políticas en materia de salud son similares a las de nuestro país.

3.4. El Seguro prudente

La propuesta de Dworkin es interesante porque permite dar respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por los autores anteriores. Vale la pena señalar que este autor es heredero de John Rawls y se sitúa en el marco de lo que se conoce como liberalismo igualitario.

Dworkin rechaza la idea de profundizar en el modelo del mercado de la salud, sin embargo, no le cierra totalmente la puerta. Su propuesta, en primer término, reconoce que el mercado de la salud no se comporta como un mercado normal por lo que su propuesta lo que intenta es generar las condiciones para que dicho mercado se asemeje lo más posible a un mercado perfecto, introduciendo ciertos criterios de equidad y justicia.

Los criterios que introduce Dworkin evocan al *velo de ignorancia* de Rawls, que buscaba garantizar imparcialidad en la determinación de derechos universales mediante principios de justicia. En efecto, Dworkin, propone un ejercicio mental de imaginar una sociedad en la que a) la distribución de la riqueza e ingresos fuere lo más justa posible; b) la información sobre la eficacia, coste y efectos de los tratamientos médicos, estuviera a disposición de las personas y; c) nadie tuviese información respecto de las probabilidades de que una persona sufra una enfermedad o accidente. Desde luego, son tres hipótesis imposibles de cumplir, sin embargo, como se dijo, su propuesta es un ejercicio mental que busca corregir las particularidades negativas del mercado de la salud.

Siguiendo la línea de este autor, la letra a) precedente lo que intenta es situar a todas las personas en un mínimo común, en la que todos (en teoría al menos), tienen los medios económicos para contratar un seguro de salud y, junto con la letra b), todas las personas tendrían la información necesaria para definir la cobertura que ellos requieran. En este escenario, la mayoría de las personas voluntariamente contratarían un seguro de salud que les otorgue el máximo posible de cobertura en salud sin que este gasto les signifique tener que renunciar a otras prestaciones o bienes, es decir, sería un “seguro prudente”.

Por otro lado (a pesar de lo contraintuitivo de la letra b) con la letra c) precedentes), atendido que los oferentes de seguro no tienen conocimiento sobre las posibilidades de que una persona sufra una enfermedad o accidente, no tendrían una motivación objetiva para cobrar precios diferenciados por un seguro determinado.

En consecuencia, habiendo aplicado estos supuestos al mercado de la salud, en principio, nos permitiría alcanzar ciertos comunes denominadores para implementar políticas públicas de salud que todas las personas podrían aceptar, sin que sean vistas como una imposición de parte del Estado que importe una vulneración a la libertad de las personas.

Ahora bien, la propuesta de Dworkin no está exenta de críticas, como primera cuestión, vale la pena despejar que más allá de que nos encontramos ante hipótesis irrealizables (en particular la letra a), el ejercicio mental sí nos puede ayudar a definir ciertos criterios en salud universales. Dicho lo anterior, la crítica que rescato es que este ejercicio no toma en consideración los distintos intereses o convicciones de las personas. En particular, esto se grafica en que las personas que quieran tener cobertura para una enfermedad rara de alto costo, cuando las probabilidades de padecerlas son muy bajas, lo que dejaría dichas patologías fuera de la cobertura del seguro prudente. En la misma línea, probablemente las personas de cierta edad no tendrían una motivación para asegurar eventuales enfermedades que puedan padecer en etapas de avanzada edad.

Así las cosas, el seguro prudente de Dworkin no contempla los ilimitados escenarios en materia de salud, porque es imposible anticiparlos, sin embargo, es un punto de partida valioso que sí permite, al menos, definir ciertos mínimos comunes universales en términos de cobertura de salud, en que todas las personas (o mayoritariamente) estarían llanas a aceptar sin que aparezcan como imposiciones que atenten contra su autonomía.

3.5. Economía y salud

Este capítulo, entre otros objetivos, ha tenido la intención de dejar de manifiesta la importancia de la economía en la salud. En efecto, son dos cuestiones que van de la mano, porque no puede haber una sin la otra.

El surgimiento del Estado capitalista, significa un juego de equilibrios entre estas dos cuestiones que no son sino las distintas caras de una misma moneda. La autora Miren Etxezarreta releva que los Estados cumplen estas dos funciones, por un lado, la de acumulación de riquezas y por el otro, la legitimación del sistema político (¿Para qué sirve realmente la economía?, Miren Etxezarreta, 2015).

La función de acumulación se puede resumir en la de apoyar que se gane dinero o que se genere riqueza, porque de lo contrario el capitalismo no funciona y, en segundo lugar, esta función no puede ignorar totalmente (por lo menos), los deseos de la población y más en las sociedades democráticas, las que se ven materializadas en los Derechos Sociales.

En este sentido, la autora y otros muchos autores, sostienen que el capital (y la economía) no es neutral, al contrario, tiene intereses, los que se ven enfrentados con los deseos o expectativas de las y los ciudadanos.

En materia de salud, este fenómeno se materializa en distintas dimensiones, por un lado, se observa en los modelos de explotación económica agroindustrial y ganadera que tiene efectos en el medio ambiente y puede implicar surgimiento o aumento de enfermedades asociadas a ellas (pensemos en la enfermedad de las vacas locas, la gripe aviaria o, el propio Covid-19, cuyo origen puede responder al desplazamiento o arrincoamiento de murciélagos en las urbes). El hecho de que estas prioridades vengan definidas por lógicas de mercado y no por criterios sanitarios (o de justicia, si se quiere), han resultado que según la Organización Mundial de la Salud el 95% del dinero gastado en investigación biomédica en el mundo, está destinada a enfermedades que se dan exclusivamente en países desarrollados. En la misma línea de ideas, las patentes de los medicamentos establecen una protección del derecho de propiedad que son verdaderas barreras al acceso de medicamentos, en especial de países pobres.

En el caso de las enfermedades raras de alto costo, como su nombre lo indica, son raras y, por lo tanto, su demanda es muy reducida, motivo por el cual, los distintos laboratorios capaces de desarrollar los medicamentos para hacer frente a estas enfermedades raras no tienen el incentivo económico de desarrollarlas, lo que explica su elevado precio.

Los ejemplos y maneras en que se materializa este fenómeno es interminable, pero la conclusión que más consenso concita, es que la causa número uno de muertes en el planeta, es la pobreza, basta mirar las tasas de mortalidad por enfermedades tratables (incluso la mortalidad producto de embarazos), de países pobres y compararlas con países ricos. Incluso, dentro de un mismo país, las expectativas de vida difieren entre sí, dependiendo del lugar en que uno viva (Closing the gap in a generation, OMS, 2008). En Chile, por ejemplo, la expectativa de vida de una persona que vive en la comuna de La Reina es 11 años superior a la de una persona que viva en La Pintana (Unholster, 2019).

Capítulo IV: Marco legal y Jurisprudencia enfermedades raras de alto costo

“Dentro de un mismo país, las diferencias con relación a la esperanza de vida son espectaculares y reflejan la situación mundial. Los más pobres de entre los pobres padecen elevados niveles de morbilidad y de mortalidad prematura. Pero la mala salud no afecta únicamente a los más desfavorecidos. En todos los países, con independencia de su nivel de ingresos, la salud y la enfermedad siguen un gradiente social: cuanto más baja es la situación socioeconómica, peor es el estado de salud. Eso no tiene por qué ser así y no es justo que sea así. Es injusto que haya diferencias sistemáticas en el estado de salud, cuando estas pueden evitarse mediante la aplicación de medidas razonables (...) Corregir esas desigualdades -las enormes diferencias sanitarias (...)- es una cuestión social (...) La injusticia social está acabando con la vida de muchísimas personas”

Comisión sobre los determinantes sociales de la salud, OMS, 2008

La manera en que se expondrá el marco normativo, pretende definir el mapa conceptual de estudio, en consecuencia y, atendido a que este Capítulo pretende analizar los litigios que se tramitan ante los Tribunales Superiores, el marco analítico estará enfocado en tres fases, la primera es la presentación del caso a los Tribunales por parte de los recurrentes (y su admisibilidad), la segunda, es la etapa en la que los recurrentes y recurridos exponen sus argumentos y, por último, la tercera es el proceso de decisión judicial, en la que los jueces deliberan respecto de las medidas que se deban adoptar o dictan sentencia.

Lo anterior, permitire observar la manera en que se cristaliza el sistema de salud y como éste interactúa con los distintos actores, tanto desde el punto de vista de los recurrentes como de los recurridos y de los sentenciadores.

Posterior a exponer los intervinientes, se hace forzoso acotar la normativa que rige la orgánica y operativa del sector de salud. En dicho sentido, la normativa que se tendrá a la vista es, desde luego, las garantías constitucionales involucradas y el mecanismo dispuesto por la Carta para protegerlos, en segundo y tercer lugar, las Leyes N° 19.966 y 20.850.

Finalmente, habiendo identificado a los intervinientes y la normativa específica del sector de salud, se analizarán los resultados de los juicios sobre el Derecho a la Salud, es decir la jurisprudencia que emana de los Tribunales Superiores de Justicia.

4.1. De los Intervinientes.

En dicho sentido, los intervinientes que se reconocen y estudian en este trabajo son tres; los recurrentes que mayoritariamente suelen ser personas o grupos de pacientes que demandan una prestación médica y/o un medicamento de alto costo, sin perjuicio de que éstos pueden ser asistidos por Agrupaciones de Pacientes, los intervinientes que aparecen en los libelos son personas particulares; por otro lado, los recurridos son, en la gran mayoría de los casos, el Ministerio de Salud, el Fondo Nacional de Salud y en menor medida los distintos Servicios de Salud y Hospitales; finalmente, es necesario reconocer a los Tribunales Superiores de Justicia como un interviniente, en el sentido de que es quien resuelve la controversia suscitada entre los primeros dos.

Junto con lo anterior, se dará cuenta de la normativa específica que, por un lado, habilita a los recurrentes a recurrir ante los Tribunales de Justicia; la normativa adjetiva y sustantiva que mandata a los órganos públicos a cumplir la función de otorgar cobertura de salud a los pacientes y; atendido a que la tramitación del proceso judicial que se analiza, es exclusivamente el Recurso de Protección y, que éste se analiza previamente en relación a los primeros, el objeto de regulación de análisis de este interviniente, se limitará al Autoacordado que regula la sustanciación del referido recurso.

Por último, no se puede soslayar que la regulación internacional en esta materia, representada por los diversos tratados internacionales ratificados por Chile, son parte importante de las herramientas jurídicas en relación a la judicialización del Derecho a la Salud, nos referiremos a ellos para efectos de reconocerlos cuando sean citados en los diversos fallos que se analizarán.

4.2. Los recurrentes.

Como se dijo, los recurrentes en estos juicios son mayoritariamente (si es que no exclusivamente), los particulares, pacientes o familiares de ellos. Sin perjuicio de lo anterior,

es posible que existan organizaciones que litigan en favor de los pacientes e incluso agrupaciones de pacientes, sin embargo, es del caso, que de los fallos revisados no se encontró ninguno en que estos últimos participaran, razón por la cual, se les analizará como potenciales litigantes y de una manera tangencial.

Ahora bien, vale la pena señalar que la motivación de los recurrentes, en particular de los pacientes o familiares que entablan los Recursos de Protección, radica en la obtención de un tratamiento o fármaco que necesitan para mejorar su condición de salud y que no se encuentra en el catálogo de prestaciones o remedios que contempla el sistema público de salud. Lo anterior, se desprende de las peticiones concretas de los recurrentes.

Lo anterior no es baladí, puesto que en relación a la pregunta inicial que se plantea este trabajo, esto es, interrogar si la judicialización del derecho a la salud, es o no emancipatorio, en principio uno podría plantear que no lo es desde un punto de vista colectivo. En efecto, las peticiones concretas no dicen relación con una intención de modificar la legislación o regulación en la materia o la de cuestionar las políticas públicas (cuestión que, por cierto, escapa los alcances del arbitrio de protección y que por lo tanto, podría significar que éstos sean declarados inadmisibles). No obstante, la interrogante base de este estudio sigue vigente, pero vale la pena hacer esa distinción.

La vía por la cual estos intervinientes inician el procedimiento judicial, como ya se ha señalado latamente, es el Recurso de Protección establecido en nuestra Constitución Política de la República, en su artículo veinte. El referido artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile -en adelante e indistintamente “la Constitución”-, dispone que *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”*.

Así, por un lado, la doctrina nacional ha manifestado que, al mal llamado recurso de protección, es posible definirlo como “la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Por otro lado, la Excelentísima Corte Suprema de Chile, por ejemplo, se ha referido a esta acción constitucional en los siguientes términos, a saber:

“Cuarto: Que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar, de urgencia, que tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales enumerados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, frente a actuaciones u omisiones arbitrarias o ilegales, sean de la autoridad o de particulares”, y

“Como se ha establecido en sentencia de esta Corte, “lógicamente dada la naturaleza del recurso y el hecho de que deje subsistentes las vías legales que eistan para discutir el asunto contenciosamente, debe tratarse de hechos ostensiblemente arbitrarios o ilegales, que puedan establecerse sumariamente en el procedimiento que para el efecto se ha establecido en el respectivo Auto Acordado”.

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, están contestes en el hecho de reconocerle a esta garantía constitucional, los caracteres de una acción cautelar autónoma, excepcional, de urgencia y que goza de tramitación informal y sumaria. Por ello, como contrapartida, el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad sobre derechos preexistentes e indubitados sean evidentes u ostensibles, atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata.

En materia de salud, la acción constitucional tiene algunas particularidades. En primer término, es importante señalar que no es necesaria la comparecencia de un abogado para su interposición. En efecto, el artículo citado, en lo pertinente, establece explícitamente que *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o*

amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva (...)” (énfasis agregado). Lo anterior, es relevante porque importa una estructura de oportunidad para los litigantes accesible, no solo desde el punto de vista jurídico y del acceso a un letrado, pero además permite que los pacientes con recursos financieros limitados puedan acceder a la justicia sin importarle un desmedro económico. Es decir, se elimina una barrera u obstáculo para demandar y elevar sus peticiones a los tribunales, ampliando la posibilidad de las personas para que puedan solicitar la intervención de la justicia. Asimismo, esta realidad puede, en alguna medida, explicar el aumento de los litigios en materia del derecho a la salud que han experimentado nuestros tribunales superiores.

Por otro lado, la protección que otorga este recurso en materia de salud es acotado, en efecto, según dispone el artículo 20, éste alcanza solamente al inciso final del numeral noveno del artículo 19, esto es, “*Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado*”. Es decir, el Recurso de Protección no habilita a las personas a ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, para demandar un tratamiento o fármaco.

En vista de lo anterior y sin perjuicio de que se reclame el derecho a la salud en los recursos de protección deducidos por los pacientes, la manera en que se deduce el arbitrio constitucional ha sido en aras de proteger el derecho consagrado en el numeral primero del artículo 19, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, permitiendo sortear la limitación del recurso de protección en materia de protección de la salud. Hay que destacar que se suele agregar otra garantía supuestamente conculcada, cual es la consagrada en el numeral segundo del artículo citado, a saber, el derecho a la igualdad²⁹.

Otro aspecto importante de poner de relieve es que no es necesario que la vulneración del derecho se haya verificado en los hechos, puesto que la sola amenaza a su vulneración habilita para recurrir de protección ante la Corte de Apelación Respectiva.

²⁹ Se han deducido recursos de protección invocando otros numerales, en particular el derecho a petición establecido en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin embargo, esta tendencia ha ido disminuyendo, por cuanto dicho derecho no establece la obligación del órgano solicitado de entregar una respuesta, sino solamente la posibilidad de los peticionarios/as de hacer peticiones, lo que ha provocado, en ocasiones, que se rechace el Recurso.

En lo que respecta al Recurso de Protección, cabe agregar que para que esta acción de protección sea acogida, tienen que satisfacerse determinados presupuestos de procedencia de manera copulativa. Pues la Excelentísima Corte Suprema de Chile, ha resuelto lo siguiente en esta materia, a saber:

“PRIMERO: Que según se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la denominada acción o recurso de protección requiere para su configuración, la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos: a) Una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitraria; b) la afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en el artículo 20 de la Carta Fundamental; c) la relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional; y d) la posibilidad del órgano jurisdiccional ante el cual se plantea, de adoptar medidas de protección o cautela, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado”³⁰.

Por último, sobre este acápite, si bien existen otros actores que se pueden catalogar como recurrentes, en particular, me refiero a las agrupaciones de pacientes u organizaciones de personas e incluso Organizaciones no Gubernamentales, de todos los casos que se tuvieron a la vista en este estudio, nunca comparecen como litigantes en las acciones constitucionales, pero sí aparecen como colaboradores que prestan servicios de asesoría, aportando antecedentes e informes relevantes que son acompañados en los libelos y que son analizados por los tribunales. Por este motivo, no se profundizará en estos sujetos, pero vale la pena tenerlos presente para el análisis posterior.

4.3. Los recurridos.

El presente trabajo, en relación a los intervinientes recurridos ante los Tribunales Superiores de Justicia, como se dijo, son el Ministerio de Salud, los Servicios de Salud, los Hospitales y el Fondo Nacional de Salud. Sin embargo, atendido a que la normativa que los rige es en general la misma, solo se analizarán dos intervinientes en esta materia, el Minsal y el Fonasa,

³⁰ Al respecto, véase el Considerando primero de la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, en causa, Rol N° 4542-2014, de fecha 14 de abril de 2014.

puesto que el Minsal y su marco normativo aglutina aquella de los Servicios de Salud y los Hospitales; no así el Fondo que tiene una regulación u orientación distinta del Ministerio del ramo, como se apreciará al momento de exponer las atribuciones y deberes que cada uno tiene.

Es importante destacar que en virtud del principio de legalidad que rige a los organismos públicos y, por otro lado, que no existe una norma o ley que los habilite para otorgar los tratamientos y medicamentos que demandan los recurrentes, los órganos de la Administración del Estado se encuentran en la imposibilidad de acceder otorgar las prestaciones y fármacos que se demandan si es que no existe una sentencia judicial firme o ejecutoriada que les ordene hacerlo. Este es uno de los argumentos centrales de la defensa de los organismos recurridos para negar el otorgamiento de los fármacos y tratamientos que demandan los recurrentes.

Otro aspecto central de los recurrentes para negar los fármacos y tratamientos dice relación con la prestación propiamente tal y otra línea argumentativa dice relación con el fármaco en específico que se solicita.

Respecto del fármaco o medicamento demandado, hay dos líneas argumentativas. Por un lado, se expresa la falta de estudios fidedignos que den total certeza de la efectividad del fármaco para tratar el padecimiento particular de los recurrentes y, por otro lado, la de su aprobación y certificación que otorga el Instituto de Salud Pública, que como se dijo, es el órgano encargado de visar el ingreso de distintos fármacos a nuestro país.

El otro enfoque que tienen los informes de los recurrentes, es controvertir la existencia de una vulneración a la Garantía Fundamental que se alega conculcada, a saber, el derecho y protección de la vida, integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y el derecho a la protección de la salud.

Finalmente, en lo que dice relación con la esfera de competencias de los recurrentes, es decir, las funciones, atribuciones y objetivos de cada uno de estos órganos, existen ciertas diferencias, las que se exponen a continuación:

4.3.1. El Ministerio de Salud.

El órgano rector por excelencia en materia de salud en Chile, es el Ministerio de Salud -en adelante e indistintamente “el Minsal”-, su misión es construir un modelo de salud sobre la base de una atención primaria fortalecida e integrada, que pone al paciente en el centro, con énfasis en el cuidado de poblaciones durante todo el ciclo de vida, y que además estimule la promoción y prevención en salud, así como el seguimiento, trazabilidad y cobertura financiera³¹. La regulación de este Ministerio se encuentra regulado principalmente en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del 2005, del Ministerio de Salud, artículos primero y siguientes.

Al Minsal le corresponde formular y fijar las políticas de salud que se desarrollan dentro del territorio nacional. En consecuencia tendrá, entre otras y, en lo pertinente, las siguientes funciones y objetivos:

- 1.- Ejercer la rectoría del sector salud, la cual comprende, entre otras materias:
 - a) La formulación, control y evaluación de planes y programas generales en materia de salud.
 - b) La definición de objetivos sanitarios nacionales.
 - c) La coordinación sectorial e intersectorial para el logro de los objetivos sanitarios.
 - d) La coordinación y cooperación internacional en salud.
 - e) La dirección y orientación de todas las actividades del Estado relacionadas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo a las políticas fijadas.
- 2.- Dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.
- 3.- Formular, evaluar y actualizar el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas.

³¹ Definición extraída de la página del Ministerio de Salud, <https://www.minsal.cl/mision-y-vision/>.

4.- Formular, evaluar y actualizar los lineamientos estratégicos del sector salud o Plan Nacional de Salud, conformado por los objetivos sanitarios, prioridades nacionales y necesidades de las personas.

4.3.2. El Fondo Nacional de Salud.

El Fondo Nacional de Salud -en adelante e indistintamente “El Fonasa” o “El Fondo”-, es un Servicio Público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. Se crea en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, artículos 49 y siguientes.

Las funciones del Fondo están establecidas en el artículo 50 del referido Decreto con Fuerza de Ley, entre las que se destacan:

- 1.- Recaudar, administrar y distribuir los recursos señalados en el artículo 55³² de la presente ley y fiscalizar la recaudación de los señalados en la letra b) de dicho artículo.
- 2.- 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 del Libro II del DFL N° 1.
- 3.- Asegurar el otorgamiento de las prestaciones de diagnósticos y tratamientos de alto costo, en la forma y condiciones establecidas en la ley, y administrar operativamente los recursos contemplados para el financiamiento de dichos diagnósticos y tratamientos.

Desde ya se adelanta que el Órgano llamado a financiar los medicamentos de alto costo, en virtud de la Ley número 20.850 que establece un Sistema de Protección Financiera para tratamientos de alto costo, es el Fondo Nacional de Salud, en conformidad a lo señalado en el numeral segundo precedente.

En otras palabras, en materia de fármacos, el FONASA entrega cobertura a los beneficiarios del sistema público de salud mediante el financiamiento de las prestaciones otorgadas en la Modalidad de Atención Institucional del Régimen de Prestaciones de Salud, creado por la Ley N° 18.469, y por otro lado, financia los medicamentos que forman parte tanto del sistema

³² El artículo 55 del DFL 1, se refiere a los recursos, patrimonio e ingresos del Fondo Nacional de Salud.

de Garantías Explícitas en Salud (GES) que regula la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, como también los medicamentos contemplados en la Ley N° 20.850, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo (cuerpo normativo denominado coloquialmente “*Ley Ricarte Soto*”).

4.4. De los sentenciadores.

Como se dijo previamente, este estudio lo que intenta es dar luces de la judicialización del derecho a la protección de la salud consagrada en nuestra Carta Fundamental, por lo tanto, es necesario hacer una breve referencia del sujeto llamado a resolver las controversias que se plantean por los litigantes, es decir, los Tribunales.

En la etapa de decisión judicial, los Tribunales son el actor fundamental y es menester identificar sus características. En el caso particular de los casos de estudio, nos referiremos a los Tribunales Superiores de Justicia, en particular al Tribunal ad quo y al ad quem, que son las Cortes de Apelaciones y en segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia,

Por otro lado, atendido a que las causas que se analizan son los recursos de protección deducidos ante las distintas Cortes de Apelaciones, ha de tener presente el Auto Acordado N° 94 de 2015 sobre la tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.

En primer término, es menester determinar cuál Corte de Apelaciones es la competente para conocer, resolver y ejecutar los fallos que se dicten en esta materia y, en dicho sentido, el artículo primero del Auto Acordado señala que la acción se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la garantía constitucional (en este caso la garantía establecida en el artículo 19 N° 1). Es decir, la Corte competente para conocer va a depender del lugar donde se haya incurrido en la acción u omisión ilegal o arbitraria.

En segundo lugar, es importante señalar que el mismo Auto Acordado señala que el plazo fatal del que disponen los recurrentes para interponer la acción es de 30 días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o según la naturaleza de

éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. Al respecto, las distintas Cortes han demostrado cierta laxitud en esta materia, puesto que no siempre se ha observado este requisito, permitiendo a los recurrentes interponer las acciones en un plazo superior a 30 días, como se expondrá posteriormente en el análisis de los fallos.

Por otro lado, en relación a la tramitación misma de esta acción constitucional hay que decir, que se trata de un procedimiento flexible, pudiendo las distintas Cortes adecuarlo a las necesidades particulares de cada caso. Lo anterior puede justificarse en que el Recurso de Protección puede ser deducido por intervinientes no letrados que no tienen los conocimientos técnicos-jurídicos exigibles de un letrado.

Es relevante hacer presente que una vez interpuesto el Recurso ante una Corte, ésta ordenará a la parte recurrida evacuar un informe, el que deberá ser evacuado en el plazo que establezca la Corte respectiva.

Por último señalar que la sentencia podrá ser apelada en el plazo fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el Estado Diario de la misma, para que se le eleven los autos a la Corte Suprema de Justicia.

4.5. De las leyes que regulan la materia.

Este acápite está destinado a poner de relieve la normativa que rige a la materia de estudio, en particular, la Ley N° 19.966 y la Ley N° 20.850, la primera establece un Régimen de Garantías en Salud (conocida como la Ley AUGE o Ley GES) y la segunda, la Ley que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y rinde homenaje a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

Ambas normas tienen en común que establecen de manera particular las prestaciones médicas y medicamentos que el Sistema Público garantiza a todos los ciudadanos. Existen otros cuerpos normativos que se ven vinculados y citados en los fallos que se estudian, sin embargo, no tienen una aplicación específica sobre la materia de estudio, por lo que no serán analizadas de manera pormenorizada.

Por otro lado, respecto del artículo 19 de la Constitución, que establece las denominadas Garantías Constitucionales, estas fueron analizadas en un capítulo anterior, por lo que no se

expondrá en esta parte del estudio, sin perjuicio de que se les hará referencia en los fallos y en el estudio de los mismos.

la o las garantías constitucionales que habilitan para poder demandar prestaciones médicas, atendido a sus obligaciones nombrar otras normas relevantes en esta materia sobre sin perjuicio de que existe otra normativa que puede resultar pertinente, como lo son la Ley de Bases de la Administración del Estado u otra, su regulación no es específica del tema de estudio, por lo que no analizarán.

4.5.1. De la Ley N° 19.966, Ley GES o Ley AUGE

El Sistema de Garantías Explícitas en Salud, tiene como objetivo central, proporcionar cobertura garantizada y universal respecto de los problemas de salud que representan la mayor carga de enfermedad del país. Así, a más de una década de su entrada en vigencia, se ha logrado incorporar 85 problemas de salud con garantías explícitas y con un importante impacto sanitario.

En este sentido, la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, consagra garantías explícitas en salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, las que son señaladas, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, mediante el Decreto Supremo Correspondiente.

A la fecha, el referido Decreto Supremo es el N° 22 de 2019, del Ministerio de Salud, el que aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud. En este instrumento, que contempla garantías explícitas para 85 patologías priorizadas en consonancia con el Plan Nacional de Salud y a los recursos de que dispone el país.

Respecto de cada patología incluida en el referido Decreto Supremo, se establece en detalle cuales son las prestaciones determinadas que pueden ser objeto de reivindicación por parte de los beneficiarios del Régimen en comento, en tanto derechos subjetivos de contenido concreto.

Asimismo, se hace presente que son éstas prestaciones – y no otras diversas a elección del paciente – las que son constitutivas de derechos para los beneficiarios, y cuyo cumplimiento

podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan, en los términos del Art. 2 de la Ley N° 19.966.

En este orden, y en plena concordancia con tal idea, el inciso 1° del Art. 6 del D.S. N° 22 de 2019, prescribe perentoriamente que “[l]as prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 3° precedente y en el Listado de Prestaciones Específico descrito en el artículo 17, y se entregarán de acuerdo a la prescripción que realice el profesional competente tanto respecto a la frecuencia como al uso de algunas o todas las prestaciones, y conforme las especificaciones o características técnicas que establecen los artículos 2° y 3°, no procediendo la homologación de prestaciones. Para estos efectos se entiende por homologación de prestaciones al reemplazo de ellas por otras que no se encuentran contempladas en el referido artículo 3° o en el Listado de Prestaciones Específico, o la entrega de éstas, pero con especificaciones distintas a las definidas”.

En síntesis, si una patología ha sido expresamente incorporada en las políticas públicas sanitarias del país, pudiendo demandarse a su respecto las prestaciones que, de forma igualitaria y sin discriminación arbitraria, se disponen al efecto, sin que se vislumbre algún motivo o razón para privilegiar a un demandante por sobre cualquier otro beneficiario que padezca la misma enfermedad.

4.5.2. La Ley N° 20.850, Ley Ricarte Soto

Respecto a este punto, se debe tener en cuenta que desde el año 2015, como respuesta a una necesidad social y en directa sintonía con los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República de Chile, nuestro ordenamiento jurídico estableció la forma en que se crean y adoptan las políticas públicas en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo.

En efecto, el 6 de junio de 2015, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.850, que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, cuerpo normativo que procura otorgar cobertura financiera universal a medicamentos de alto costo, alimentos y elementos de uso médico, de demostrada efectividad, de acuerdo a lo establecido en los protocolos

respectivos, garantizando que los mismos sean accesibles en condiciones de calidad y eficiencia.

En este orden de ideas, la decisión de financiar determinados diagnósticos y tratamientos de alto costo ha quedado reglada, específicamente, en la denominada “Ley Ricarte Soto” y en su respectivo Decreto, mediante un procedimiento transparente, público y participativo, que pretende, vedar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones de política pública relativas a este tema.

Por otro lado y, con el fin de garantizar su sustentabilidad en el tiempo y el financiamiento de las prestaciones de salud con cargo al Fondo de Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo, la Ley N° 20.850 establece una regla de máximo gasto *ex ante*, la que en términos generales restringe la disponibilidad de recursos a un 80% de los recursos anuales del Fondo.

Ahondando en el procedimiento mismo, los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cubre – y cubrirá – la mencionada ley, se determinan mediante Decreto Supremo del Ministerio de Salud suscrito además por el Ministerio de Hacienda. De ahí que, en virtud del artículo 5° de la referida ley, sólo podrán incorporarse al decreto en comento los diagnósticos y tratamientos de alto costo que cumplan con las siguientes condiciones copulativas, a saber:

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

En otras palabras, se pondera y evalúa preponderantemente que, el diagnóstico o el tratamiento sea de alto costo; que el mismo cuente con evidencia clínica en materia de seguridad, efectividad y/o eficacia relativa suficiente; que las redes asistenciales tengan la capacidad de oferta para realizar las confirmaciones diagnósticas, tratamientos y seguimiento

de los pacientes; que los tratamientos tengan coherencia con coberturas actuales y demás consideraciones presupuestarias que ellos evoquen.

Adicionalmente, en lo que respecta a la Ley N° 20.850, cabe destacar que en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que inició el proyecto de dicha ley, se dejó expresa constancia que, entre los pilares fundamentales en que descansa el Sistema de Protección Financiera para Tratamientos de Alto Costo, figura la “Progresividad” que, de conformidad a lo allí señalado “(...) *implica la inclusión de los tratamientos de manera paulatina considerando principalmente dos factores: Uno, la disponibilidad de los recursos en materia de salud. El otro, tiene a la salud como un derecho colectivo. Es así, que en el diseño de las coberturas se debe considerar que el uso de cada recurso adicional, implica una decisión de otorgar protección a un individuo por sobre otro. La manera de priorización por parte del Estado, debe encontrarse enmarcada en principios universales, velando por una máxima protección y acceso a la salud de las personas, entendidas colectivamente*”.

Así las cosas, queda de manifiesto que un criterio o parámetro que debe tener presente cualquier órgano del Estado, en la toma de sus decisiones, es el criterio económico. Sin embargo, no es el único. Como se aprecia, influyen también en el establecimiento de políticas públicas criterios de carácter técnico y, especialmente en la materia que nos convoca, sanitarios, los que deben cumplirse copulativamente y siempre dentro del marco de la legalidad establecida por nuestra Constitución y las Leyes.

4.6. De la Jurisprudencia

Es importante partir señalando que, la jurisprudencia en materia de Tratamientos y Diagnósticos de Alto Costo que se expondrá en este título, son sentencias de los últimos cinco años, es decir, desde junio de 2017 a junio de 2022, sin perjuicio de que en ellas, se haga referencia a otros fallos previos.

Del estudio de casos se omitirá, desde luego, todos los nombres propios, en particular de los pacientes recurrentes, en atención a que dicha información está protegida por la Ley de Derechos y Deberes del paciente; asimismo, no se hará referencia a la enfermedad que padecen, respecto de las cuales se les referenciarán de modo genérico como enfermedades de raras de alto costo o tratamientos de alto costo. Igual consideración se tendrá de los

litigantes recurrentes y recurridos. Lo anterior, no aplicará respecto de los Ministros que fallan los recursos, toda vez que el estudio demanda prestar especial atención al proceso intelectual de ellos al momento de fallar los recursos.

Los recurridos son, en todos los casos en estudio, el Ministerio de Salud y el Fondo Nacional de Salud y, en algunos casos, son además recurridos un Servicio de Salud o un Hospital. En este sentido, vale la pena hacer presente que en los últimos cinco años se han interpuesto, ante todas las Cortes de Apelaciones del país, un total de 113 recursos de protección, los que se reparten de la siguiente forma:

| Año | Número/Q |
|------|----------|
| 2017 | 9 |
| 2018 | 24 |
| 2019 | 33 |
| 2020 | 17 |
| 2021 | 23 |
| 2022 | 7 |

Fuente: Poder Judicial

Ahora bien, en términos de resultados de las sentencias analizadas, de manera abrumadora han sido acogidas por los Tribunales de Justicia. En efecto, en la tabla siguiente, se muestra cuál ha sido

| Año | Acogidas | Rechazadas |
|------|----------|------------|
| 2017 | 7 | 2 |
| 2018 | 21 | 3 |
| 2019 | 24 | 9 |
| 2020 | 14 | 3 |
| 2021 | 17 | 6* |

Fuente: Poder Judicial

*3 Desistidas por fallecimiento del paciente.

Como se observa, del total de 113 recursos de protección deducidos ante las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de nuestro país se han rechazado 23, tres de las cuales fueron desistidas por el fallecimiento del paciente que recurrió y una de ellas fue rechazada por falta de oportunidad, también por fallecimiento del recurrente. Es necesario hacer presente que, durante el año 2020 y 2021, nuestro país tuvo que lidiar con la pandemia mundial Covid-19, cuestión que podría explicar la leve disminución de estos juicios. Por otro lado, los recursos interpuestos el año 2022, no tienen sentencia firme o ejecutoriada al momento de escribir este estudio, motivo por el cual no se exponen los resultados de ellas.

Ahora bien, en relación a los fundamentos para acoger los recursos de protección, éstos, en general, se replican año a año y no presentan diferencias significativas. Idéntica situación ocurre en los juicios en que son rechazadas las pretensiones de los recurrentes.

A continuación se exponen los fundamentos que han hecho valer las distintas Cortes para acoger y rechazar.

4.6.1. Análisis de fallos

El fenómeno de la litigación vinculada con los derechos de la salud, tanto en nuestro país como internacionalmente, surge en la década de los 90', por casos en que se centraban en medicamentos para el tratamiento del SIDA/VIH, con el descubrimiento de la primera terapia antirretroviral. Dichos casos, a diferencia de los que estudiaremos en esta tesis, ofrecían un argumento insoslayable a favor de su justiciabilidad, sin embargo, comparten elementos que subsiten y son plenamente aplicables al caso en estudio.

En primer término, los recursos relacionados con el SIDA/VIH atendían al derecho a la vida, protegido por nuestra carta fundamental por la acción de tutela en cuanto derecho fundamental, incluso a pesar de que el derecho a la salud no goza de la misma protección, pero el primero expandía su cobertura al segundo.

En efecto, Al respecto, vale la pena notar que desde ya en el año 2001, la Corte Suprema en el caso de otorgar tratamiento al VIH/SIDA, sostuvo que “(...) *corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes (...) que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso*

a las prestaciones que (...) se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros (...) el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello” (Causa Rol N° 3.599-2001, de 10 de septiembre de 2001). Es decir, durante largo tiempo la línea jurisprudencial de la Corte fue la de rechazar los recursos de protección en donde se demandan prestaciones médicas³³.

Este último argumento, es quizás donde mejor se puede observar si es que los Tribunales y, en particular, si la litigación de estos derechos fundamentales tiene un efecto emancipador, puesto que existe una delgada línea en si nos encontramos o no, frente a una cuestión que es resorte del Poder Judicial o de los otros poderes, Ejecutivo y Legislativo.

Por otro lado, como se desprende de las Garantías Fundamentales que se alegan conculcadas, los argumentos de las distintas Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, merodean la supuesta vulneración de las garantías establecidas en el artículo 19 número 1 y 2 de nuestra Carta Magna.

Así las cosas, el estudio de los fallos se centrarán en estas líneas de argumentos; por un lado, respecto de las garantías supuestamente conculcadas y, por otro lado, se prestará especial atención al razonamiento, que la doctrina en general lo identifica como razones del orden democrático o de capacidad y, de separación de poderes. Argumentos que también expondremos en este estudio, para ver si es que existe un razonamiento unánime (o no), en relación a la posibilidad que tienen las Cortes para poder inmiscuirse en cuestiones que son de políticas públicas.

1) De la garantía del derecho a la vida

³³ Es importante señalar que esta línea jurisprudencial fue cambiando, empero, con el tiempo, toda vez que el tratamiento antirretroviral hizo que una enfermedad como el SIDA/VIH pasara de una sentencia de muerte a una enfermedad crónica. El tratamiento antirretroviral permitía a los pacientes reanudar una vida normal y productiva, este “efecto lázaro”, producto de los diversos informes y avances en la materia, fue afianzándose en el tiempo hasta otorgar altos niveles de certeza respecto de su efectividad. Esto se diferencia de lo que ocurre con muchos de los argumentos clásicos en contra de la justiciabilidad de las enfermedades y tratamientos de alto costo, toda vez que aún no existe certeza respecto de su efectividad.

En relación a la garantía del derecho a la vida y, previo a referirnos a los razonamientos de los fallos de nuestros Tribunales Superiores, es menester señalar que en la doctrina se han reconocido diversas concepciones del derecho a la vida. En efecto, el profesor Rodolfo Figueroa García-Huidobro las resume en las siguientes: 1) el derecho a la vida consiste en el derecho a permanecer con vida; 2) el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir bien o vivir con dignidad; 3) el derecho a la vida como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato; 4) el derecho a la vida como el derecho a que no se nos mate y; 5) el derecho a la vida como el derecho a que no se nos mate arbitrariamente (Figueroa 2008).

De los libelos de protección, se desprende que los recurrentes abrazan la concepción de que el derecho a la vida implica recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato. Sin embargo, es dable anotar las dificultades que implica acoger esta concepción, atendido a que se confunde el derecho a la vida con el derecho a la salud, y no lo hace respecto al derecho a la salud o a la protección de la salud, sino que lo equipara a un supuesto derecho a estar sano o sanarse, cuestión que como se dijo previamente, es del todo impracticable atendido a que el Estado no puede asegurar a todas las personas gozar de buena salud.

Por el otro lado, los recurridos adoptan una concepción del derecho a la vida como aquella que consiste en que no nos maten arbitrariamente. Esta concepción supone, como en todo ejercicio de un derecho, una relación intersubjetiva, es decir, se protege al interesado de la intervención de terceros, a saber, la de no matar arbitrariamente a otro. En este contexto, es dable entender que alguien puede perder la vida como realidad fenoménica, sin que se haya visto vulnerado su derecho a la vida. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona fallece producto de una patología incurable. Entender lo contrario sería suponer que todo deceso se produce por homicidio.

Es del caso aclarar, que nuestros tribunales superiores no han desarrollado expresamente el sentido y alcance del llamado “derecho a la salud” – lo que se explica en la técnica imperfecta de justiciabilidad indirecta de este derecho económico, social y cultural, debiendo recurrirse a otros derechos que cuentan con acción de amparo constitucional para acusar supuestas vulneraciones al mismo – de todas formas es posible vislumbrar en sus fallos ciertas ideas que se encuentran en fiel sintonía con la concepción de “derecho a la vida”, como también la

clara demarcación entre ese derecho y el “derecho a la salud”. En esta línea la Excelentísima Corte Suprema de Chile, a lo largo de los años, lo ha ido precisando en sus fallos que la vulneración del derecho a la vida demandaría de acciones positivas.

En fallo del año 2002, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la cual rechazó la acción constitucional de protección y señaló al efecto: “8° *Que por otro lado, la garantía de derecho a la vida e integridad física o síquica, que se denuncia como vulnerado, apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana, en este caso, el supuesto peligro de estos pacientes proviene de la enfermedad que ellos padecen y en ningún caso de la autoridad sanitaria, que no ha tenido ninguna relación con el origen de la enfermedad*” (Causa Rol N° 284-2002, 26 de enero de 2002).

En la misma línea, la Ilustrísima Corte de Santiago, en fallo del año 2009 que rechazó la acción constitucional, dispuso: “8° *Que de lo que se lleva dicho aparece claramente que los afectados no han visto menoscabado el legítimo ejercicio de su derecho a la vida y a la seguridad psíquica o física, por causa de algún acto imputable a la autoridad principal de salud. La grave enfermedad que los aqueja es causa de su especial condición, de manera tal que no es posible entender vulnerado en forma alguna este derecho por obra de una acción u omisión de la autoridad y menos, por una actuación de carácter ilegítimo*” (Causa Rol N°.6894-2009, de 2 de noviembre de 2009).

Por último, sobre este punto, el año 2014, confirmando sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la cual rechazó la acción constitucional de protección intentada, arguyendo lo siguiente: “*Por último, y no obstante lo señalado en cuanto a que el acto no es ni arbitrario ni ilegal, en caso alguno podría afectarse con esa actitud el derecho a la vida, toda vez que no está siendo amagado ni amenazado por la autoridad sanitaria, pues el peligro de que corre su vida se origina en la enfermedad que padece*” (Causa Rol 31897-2013, de 22 de diciembre de 2014).

No obstante lo anterior, tanto las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones como la Excelentísima Corte Suprema, han fallado de manera diametralmente distinta, en efecto, la referida Corte Suprema ha señalado que: “*Que, por último, es preciso subrayar que tampoco se estima aceptable la alegación de los recurridos consistente en que el derecho a la vida, materia de*

estos autos, sólo puede ser vulnerado por actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, puesto que, como se desprende del propio texto del artículo 20 de la Carta Fundamental, la “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” a que allí se alude puede derivar tanto de “actos u omisiones”, sean éstos arbitrarios o ilegales. En esta perspectiva, aparece con nitidez que la indicada defensa carece de todo sustento normativo, de modo que no puede ser sino rechazada” (Causa Rol 25009-2018, de 2 de enero de 2019).

En fallo del año 2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, confirmada por la Corte Suprema, dispuso en su Considerando Décimo que: *“En este sentido, cabe recordar que el derecho a la vida no sólo puede ser vulnerado or actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, ya que como aparece del propio texto del artículo 20 de la Constitución Política, la “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” que en el citado artículo se alude, puede derivar tanto de “actos u omisiones”, sean éstos arbitrarios o ilegales, lo que ha ocurrido en la especie con relación al Hospital Guillermo Grant Benavente, a propósito de la omisión inexcusable en que ha incurrido, según se expresa en el párrafo anterior de esta consideración” (Causa Rol 11450-2018, de 25 de enero de 2019).*

Agregando su Considerando Décimo Sexto: *“Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo a la hija de la actora, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentando, motivo por el que se revocará el fallo de primer grado en los términos que se dirá”.*

Esta misma lógica, en tanto que no es necesario que la afectación se materialice en los hechos, sino que solamente poner en riesgo la conculcación de la garantía fundamental, es suficiente para acoger el recurso, la Corte de Rancagua, en causa Rol 511-2019, confirmada por la Corte Suprema, dispuso que *“8.- Que, en el indicado contexto, la decisión de los recurridos, consistente en la negativa a proporcionar el medicamento Spinraza al hijo de los recurrentes, tratamiento que por lo demás, como lo afirmó el Instituto de Salud Pública, resulta ser el único apto para combatir la enfermedad en cuestión, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental,*

puesto que dicha negativa, con un alto grado de certeza científica, provocará la muerte del niño, omisión que por lo demás alcanza a todos los recurridos en esta causa ya que, de conformidad a lo previsto en el artículo 1° de nuestra carta fundamental, y siendo un deber del Estado el bienestar de todos los integrantes de la comunidad nacional, implica que todos los recurridos estaban obligados a cumplir con dicho mandato, y por ello, desde luego, se descarta la falta de legitimación pasiva alegada por alguno de los recurridos”.

Sin embargo, este argumento se ve refutado por otra sentencia de la Corte Suprema, en la que la Ministra Vivanco, en un fallo que confirmó el rechazo de la acción de protección, consideró importante destacar lo siguiente: *“La sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas en salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas”* (Sentencia Corte Suprema, Rol Ingreso Corte 28817-2019).

Por su lado, la Corte de Valparaíso en autos Rol N° 1898-2019, dispuso en su Considerando Séptimo que *“(…) Que no existe efectividad científica comprobada del fármaco, por cuanto los estudios materializados, concluyen que el medicamento es efectivo ante menores que no presenten síntomas y solo en el 40% de estos casos; que los resultados positivos se obtienen, en el suministro del medicamento los primeros seis meses de vida; que los limitados estudios sobre la eficacia del fármaco, constatado en los ensayos clínicos presentados en su mayoría en fase dos y tres, no aseguran una mejora por su suministro”.*

Como se observa, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido ambivalente, fallando en uno u otro sentido respecto de la misma garantía, confundiendo de vez en vez, entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. Así, en fallos recientes dictados por Cortes de Apelaciones del país, se ha comenzado a entender que, en los casos en que se demandan prestaciones médico-sanitarias en sede cautelar, lo que realmente está en discusión es el derecho a la salud, y lo que debemos entender comprendido o no dentro éste. En este sentido, el año 2019 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol N° 85.106-2019, rechazó la acción constitucional de protección en que se demandaba un medicamento de alto costo para un paciente, razonando al efecto: *“Noveno: Que esta Corte entiende la*

angustia de la actora frente a una situación como la que se aqueja, en atención a la relevancia de los derechos fundamentales que ha invocado como vulnerados, en particular el derecho a la vida y a la integridad física del menor afectado por la enfermedad que padece, pero para financiarla, esa enfermedad debe estar en el listado de condiciones de salud que debe atender el Sistema de Protección Financiera, y para ello el Estado debe ponderar no solo el número de personas que sufren de ese mal, sino también las diferentes enfermedades que presentan condiciones similares, y que deben considerarse como patologías raras quedando siempre abierta la posibilidad de poder incluirlas en el futuro”.

En la misma línea de ideas, el año 2019, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol N° 24.784-2019, igualmente rechazó una acción constitucional de protección en que se demandaba un medicamento de alto costo para un paciente. Si bien, el motivo principal del rechazo fue una extemporaneidad, de todas formas el tribunal se pronunció sobre el fondo del asunto y, luego de dar una relación circunstanciada de la normativa que regula el financiamiento de medicamentos de alto costo, concluyó fundadamente: “*Décimo: Que existe una regulación estricta que está destinada a evitar la arbitrariedad en las decisiones; hay una normativa legal y reglamentaria que ha sido prevista para cada uno de los aspectos que implica la toma de decisiones en esta delicada asignación de recursos y que los recurridos han respetado y dado cumplimiento a ella. Nada impide que en un futuro sea considerada la patología que sufre el niño, dentro de aquellas que debam recibir financiamiento por medio de la ley*”. A continuación, el tribunal reitera su línea jurisprudencial al agregar “*Undécimo: Que esta Corte entiende la angustia de los padres frente a una situación como la que los aqueja, en atención a la relevancia de los derechos fundamentales que han invocado como vulnerados, en particular el derecho a la vida y a la integridad física del menor afectado por la enfermedad que padece, pero para financiarla, esa enfermedad debe estar en el listado de condiciones de salud que debe atender el Sistema de Protección Financiera, y para ello el Estado debe ponderar no solo el número de personas que sufre de ese mal, sino también las diferentes enfermedades que presentan condiciones similares, y que deben considerarse como patologías raras quedando siempre la posibilidad de poder incluirlas en el futuro*”.

El año 2019, la Ilustrísima Corte de Valparaíso, en causa Rol N° 8860-2019, también rechazó una acción constitucional de protección en que se demandaba un medicamento de alto costo para un paciente. Es esa ocasión, el Tribunal razonó “10.- *Que desde luego, si el medicamento no se encuentra entre los que el sistema legal y reglamentariamente diseñado permite financiar, no puede predicarse que el accionar de los recurridos sea ilegal. Antes al contrario, el Servicio de Salud de Aconcagua no podría financiar la entrega de ese medicamento a ningún paciente, sin vulnerar la ley. Tampoco FONASA podría financiarlo, y sus personeros que dispusieran así de los fondos públicos incurrirían en ilegalidad*”.

No obstante los fallos transcritos, que en su mayoría dicen relación con argumentos en contra de acoger los diversos recursos, es del caso que del universo de fallos en análisis, el mayor número de ellos son de acoger la acción de tutela constitucional, adoptando las Cortes, una concepción amplia del derecho a la vida, incluyendo en él, el derecho a la salud.

2) De la garantía de la igualdad

Ahora bien, respecto de la garantía establecida en el numeral segundo del artículo en comento, es menester hacer presente que, la Administración (léase Hospitales, Servicios de Salud, FONASA o incluso Minsal) no financia – motu proprio – los tratamientos y medicamentos de alto costo que se demandan en los recursos de protección en estudio. Lo anterior, no responde a un capricho de los Servicios Públicos, ni tampoco a una actuación antijurídica, como ya se menciona en los fallos precedentes, puesto que la Administración solo puede financiar aquellos tratamientos y medicamentos para los cuales está facultado por las leyes que regulan la materia. Financiar un medicamento o tratamiento fuera de este espectro, implicaría que el funcionario o Servicio Público está financiando cuestiones para las cuales no está facultado a hacer, incurriendo en una ilegalidad y en una arbitrariedad.

De esta forma, la manera en que se han enfocado los recursos de protección, aduciendo una vulneración a la garantía en comento, es en atención a los propios recursos de protección anteriores a aquél que se intenta, en donde sí se concedió el otorgamiento de un tratamiento o diagnóstico de alto costo. Es decir, en la sede cautelar se han estado creando, en los hechos, situaciones especiales de privilegio respecto a los pacientes que padecen estas enfermedades raras de alto costo y que han demandado el financiamiento y administración del

medicamento. Ello debido a que, desatendiendo el ordenamiento jurídico que nos rige y haciendo difusa la línea que separa las funciones de los órganos Estatales, se han adoptado resoluciones judiciales que, aduciendo garantías fundamentales, han distorsionado la forma en que el Estado ha de asumir el derecho a la protección de la salud de la población nacional.

En este contexto, diversos fallos han hecho mención a otros fallos y utilizando a estos como fundamento para otorgar la cobertura que demandan los recurrentes, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso número 15.477-2017, confirmada por la Corte Suprema, en causa RIT 34.601-2017, su Considerando Décimo Sexto, dispuso:

“Que, en relación al actuar que se le reprocha al Ministerio de Salud, respecto de dar cobertura al tratamiento medicinal de la recurrente, fundado en la omisión de respuesta a dicho requerimiento, conviene dejar asentado que la propia recurrida reconoció que no dio respuesta a dicha petición.

Tratando de argumentar su omisión, señaló que cuentan con un Fondo de Auxilio Extraordinario que da cobertura a las patologías que puede presentar la recurrente, pero en este caso, se reprocha no haber dado cumplimiento a las exigencias reglamentarias para poder dar curso a dicho aporte extraordinario, como lo sería, el haber acompañado un informe social, que diera cuenta de su situación actual.

Sin embargo, esta información se viene a conocer sólo a partir de la emisión del informe respectivo, ya que antes de ello, existe un silencio absoluto por parte de la recurrida, quien a pese a tomar conocimiento oportuno de la enfermedad que la aqueja y las perniciosas consecuencias que produce dicho mal, prefirió guardar silencio, antes de informar a la recurrente sobre cuáles documentos debía remitir para poder optar a la cobertura que proviene del Fondo de Auxilio Extraordinario.

En este escenario, su silencio e inactividad frente a la urgente solicitud de la recurrente debe ser calificado como arbitrario, por no condecirse con un actuar racional, propio de un organismo que tiende, precisamente, a dar las directrices nacionales de los planes de salud a sus servicios dependientes.

Por las razones expresadas, también se acogerá el arbitrio a su respecto”.

Agregando en su considerando siguiente:

“Décimo séptimo: Que, al haber estimado que se ha conculcado respecto de la protegida la garantía de igualdad, se omitirá pronunciamiento respecto de la otra garantías constitucionales supuestamente conculcadas”.

Dicho argumento, cobra sentido, toda vez que respecto de una misma enfermedad no se debería hacer una diferenciación entre un paciente u otro, al menos en principio. Así lo confirma el voto disidente de la Ministra Sra. Egnem, en fallo de la Corte Suprema Rol 45.300-2017, quien señaló: *“(…) Acordado con el voto en contra de la Ministra Sra. Egnem, quien fue de parecer de revocar el fallo apelado y, por ende, acoger el recurso de protección, teniendo únicamente presente que no habiéndose discutido en autos que el Ministerio de Salud, con cargo al “Fondo de Auxilio Extraordinario”, ha dado cobertura a otros dos pacientes en idénticas circunstancias que la recurrente, sin que la repartición recurrida haya explicitado el motivo que lleva a adoptar una determinación diferente respecto de la actora, es posible concluir, entonces, que el acto denegatorio no contiene los fundamentos necesarios que permitan dotarlo de motivación suficiente, lo que lo torna en arbitrario”.*

Reforzando lo anterior, en el fallo Rol de Ingreso Corte número 558 de 2017, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, confirmada por la Corte Suprema, en su Considerando Décimo, señaló que: *“Cabe preguntarse en este caso, entonces, si existe alguna razón que obligue a la Corte a entender que ese sistema resulte contrario e inaccesible a la recurrente, una personas tan gravemente enferma y no lo encontramos. En primer lugar, porque aquella otra jurisprudencia que trae a colación el Ministerio de Salud choca contra la que acabamos de citar y ésta, obra sobre la base del principio de la consecuencia de los actos propios que debe asumir el Ministerio y aquel que dice donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición que debemos asumir nosotros”.*

En un sentido inverso, la Corte de Valparaíso y la de Santiago han fallado, señalando *“Que existe una regulación estricta que esta destinada a evitar la arbitrariedad en las decisiones; hay una normativa legal y reglamentaria que ha sido prevista para cada uno de los aspectos que implica la toma de decisiones en esta delicada asignación de recursos y que los recurridos han respetado y dado cumplimiento a ello”* (Rol Ingreso Corte de Santiago N°

24.784-2019). Lo que subyace este razonamiento de la Corte, es que, otorgar cobertura del medicamento que no ha sido establecido en la legislación, al paciente recurrente, es un acto arbitrario, puesto que situaría al paciente en una situación de privilegio respecto de otros que sí han de observar rigurosamente la aplicación de la ley en la materia, por lo tanto, otorgar el fármaco es un acto arbitrario.

La gravedad de lo anterior, es decir, los fallos que han acogido recursos de protección por una vulneración a la igualdad atendiendo a otros fallos en que se resolvió otorgárselos, se traduce básicamente en dos alteraciones. De una parte, la sede judicial se está constituyendo, en los hechos, en el lugar donde se ponder y administran recursos públicos en materia de salud, pasando por alto no solamente a las autoridades llamadas por ley – y remotamente por la propia Carta Fundamental - a efectuar tal labor, sino que también se desatiende la institucionalidad creada para materializar tal fin, la cual ya fue explicada anteriormente. De otra parte, los fallos que crean derechos en favor de los recurrentes de protección, al constituir un derecho que con antelación a la sentencia no gozaba de la calidad de derecho subjetivo con contenido concreto exigible al Estado, están sirviendo de base para que los pacientes que efectivamente son discriminados por esas sentencias vengan en recurrir a la sede cautelar para poner fin a la discriminación arbitraria que se genera por la propia autoridad judicial, tomando los precedentes judiciales como la herramienta que tiene a saldar o legitimar sus pretensiones.

A este último respecto, viene al caso representar que los casos que actualmente el Estado financia y se encarga de la administración de estos medicamentos, responden a eventos judicializados en la sede de protección, y en caso alguno dicen relación con un financiamiento y administración antojadiza o voluntaria de la Administración.

En resumidas cuentas, si es que se pudiese predicar alguna infracción a vulneración a la garantía de la igualdad ante la ley, ella jamás ha provenido de la Administración, sino que, precisamente, se trata de casos en los cuales los órganos de la Administración se han visto forzados a materializar el cumplimiento de sentencias firmes dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en el contexto de acciones cautelares.

Finalmente y para salvar lo reseñado precedentemente, debemos de prestar atención a otro argumento que han esgrimido las Cortes para palear o desmarcarse de lo anterior, cual es, el argumento democrático o de la separación de poderes.

3) Respecto del argumento democrático o de la separación de poderes.

Finalmente, es importante destacar un argumento que se da en la mayoría de los fallos en estudio, esto es el argumento democrático o de la separación de poderes. Previo a referirnos a este tema, es menester dar cuenta que, hay autores que separan estos argumentos, sin embargo, atendida la manera en que se cristalizan los razonamientos en los fallos, se optó, en este caso, por aglutinarlos en uno solo. Lo anterior, porque están vinculados entre sí; por un lado, el argumento de la separación de poderes, dice relación a que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en asuntos que escapan la esfera de sus atribuciones, como lo es la creación e implementación de Políticas Públicas y; el argumento democrático, dice relación con que los Tribunales no tienen la legitimidad democrática para intervenir en materia de políticas públicas. Por último, sobre este punto, se debe señalar que este razonamiento no es exclusivo de las causas en estudio y alcanzan, en general, a cuestiones relacionadas con la aplicación y diseño de todos los Derechos Sociales.

Aclarado lo anterior, la Corte Suprema ha sido ambivalente sobre este punto. En efecto, se encuentran diversos fallos en que descarta intervenir en asuntos que son resorte de otros poderes del Estado y, por otro lado, en ocasiones ha señalado que acoger los recursos de protección y ordenar el otorgamiento de fármacos no representa exceder sus competencias, en efecto, en el fallo Rol Ingreso Corte número 19.092 de 2019, en su Considerando Décimo Tercero, en su último párrafo la Corte dispuso: *“La normativa coloca al indicado Ministerio en la necesidad de cumplir, junto a los demás recurridos, lo que esta Corte decida en torno a la situación del menor en cuyo favor se ha deducido el recurso de protección materia de autos, en tanto su actividad debe propender a la provisión de acciones de salud y a la coordinación de las redes asistenciales, a la vez que le entrega las herramientas necesarias para dar efectivo acatamiento a la sentencia que se dicte en la especie, de modo que no resulta posible admistir su defensa consistente en que carece de legitimación pasiva para actuar en la presente causa”*:

Agregando en el Considerando inmediatamente siguiente que: *“Décimo Cuarto: que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”*.

“Por el contrario, a Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a éstas últimas”.

“En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que efecto pronuncie”.

En otra línea de razonamiento, la Corte Suprema de Chile, en la causa rol 4396-2010, de 21 de septiembre de 2010, revocando un fallo que había acogido una acción constitucional de protección, por no existir una actuación arbitraria o ilegal que enmendar a través de este arbitrio, tuvo oportunidad de resolver *“Que de las referidas disposiciones se colige que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración varios parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”*. A renglón seguido, la Corte de Casación agregó *“Que, por*

consiguiente la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela”, aclarando a continuación que “(...) el objeto de este recurso es dar una urgente y eficaz solución al quebrantamiento del legítimo ejercicio de derechos preestablecidos y no el de dirimir la controversia promovida por la reclamante en relación a si le corresponde a las entidades recurridas procurar los tratamientos que aquélla estima indispensables para su recuperación. Una determinación de esa clase es ajena a esta acción cautelar”.

Este criterio, por lo demás, fue nuevamente adoptado por la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, quien, haciendo propia la doctrina, razonó expresamente en un fallo de factura reciente *“Que finalmente, y sólo a mayor abundamiento, es dable consignar que esta Corte, aún situándose en la hipótesis no acogida de admitir la acción cautelar, se encontraría impedida de adoptar la medida solicitada por los recurrentes pues, por un lado, carece de potestades para disponer la distribución de los recursos públicos, tal como lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema”* (Causa Rol 28.752-2018, de 1 de octubre de 2018, que acumulaba los recursos de protección Rol N° 28.753-2018; 30.539-2018 y 30.540-2018).

En idéntico sentido, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, profundizando en la materia *sub lite*, razonó acertadamente *“Que en virtud de la separación de poderes que rige en un estado democrático de derecho, la judicatura no puede ni debe fijar las políticas públicas en el tratamiento o financiamiento de enfermedades raras o de alto costo, siendo ello de incumbencia exclusiva de la Administración, sin que se pueda ordenar a ésta, por la vía del artículo 20 de la Constitución Política de la República, gastar fondos públicos fuera de los casos expresamente señalados en la ley. Debe insistirse: el Poder Judicial no es el que decide la forma en que se deben asignar los fondos públicos y sólo le corresponde, por la vía de la protección, vigilar que la conducta de la Administración se haya ajustado a la legalidad. En la especie claramente ha obrado el Ministerio de Salud de acuerdo a la ley y, antes al contrario, acceder a lo pedido por el recurrente hubiere significado una ilegalidad y un gasto público no autorizado por la ley, con todas las implicancias jurídicas que ello lleva consigo, incluso de orden penal”* (Causa Rol N° 16.116-2018). Complementando lo anterior, el mismo tribunal en el Considerando siguiente de la sentencia de referencia, remató señalando *“Que, en este mismo orden de ideas, no es posible exigir de los jueces, ante hechos*

graves como el alto costo del tratamiento médico de un menor afectado de una peligrosa enfermedad, que olviden su posición de juzgadores y se conviertan en defensores de causas que se estiman beneficiosas”.

Siguiendo este razonamiento, el abogado integrante señor Pierry, en variados fallos, a través de su voto disidente ha señalado que: “3º) *Que, como primera cuestión, corresponde poner de relieve la inexistencia de controversia en el proceso en torno a que el financiamiento del medicamento en cuestión no está amparado bajo ningún sistema de prestaciones garantizadas, como pudiera ser algún tipo de seguro, el sistema de Garantías Explícitas de Salud, o la Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Corto en Salud instaurada por la Ley N° 20.850, conocida como ley Ricarte Soto.*

En consecuencia, el Estado ha de responder al requerimiento que se plantea a favor de la niña conforme a las normas generales de financiamiento de las prestaciones de salud y dentro de los programas existentes en el sistema público”.

Razonado lo anterior, en su numeral 9º, dispuso “*Que, en esa dirección, el inciso tercero del artículo 1º de la Constitución Política de la República dispone: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.*

“Es deber del Estado, entonces, promover el bien común, como lo remarca el Artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y lo pormenoriza el inciso primero artículo 28 de la misma ley, en los siguientes términos: “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”.

“Es también deber del Estado proteger “(...) el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, como prescribe el inciso segundo del número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”.

“10º) Que de lo anterior se sigue que, en la administración de los recursos disponibles para atenciones de salud, es ineludible para el Estado propender al bien común, es decir, a promover, conservar y recuperar la salud de la comunidad toda, considerando el universo de personas susceptibles de ser atendidas, antes que la de uno o más de sus integrantes en particular, respetando, además, el acceso igualitario a las atenciones que esté en condiciones de otorgar, esto es, sin crear parcialmente instancias de privilegio”.

Finalmente, el profesor Piery, atendido a que la normativa pertinente, no solo no otorga la cobertura del medicamento demandado, sino que los órganos de la Administración están en la obligación de actuar dentro de la esfera de competencias que la ley y la Constitución les franquea, estima que *“Nada hay en los antecedentes del proceso que permita concluir que la Administración, quebrantando un deber legal, o procediendo por mero voluntarismo, está negando, sin justificación, el tratamiento requerido. Por el contrario, las autoridades sanitarias recurridas han actuado en forma coherente con los principios constitucionales y normativos que las obligan a administrar en forma ecuánime y responsable los recursos públicos asignados, en particular dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 20.859, que establece un procedimiento que permite evaluar y decidir qué tratamientos han de financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia”.*

En la misma línea del profesor citado, la Ministra Vivanco, en un fallo que confirmó el rechazo de la acción de protección, consideró importante destacar lo siguiente: *“La sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas en salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas”* (Sentencia Corte Suprema, Rol Ingreso Corte 28817-2019).

Finalmente, el Ministro Arturo Prado Puga, en autos Rol 7214-2019, que confirmó acoger el recurso de protección deducido, estuvo por rechazarlo con su voto en contra, *“atendido a que el fármaco de autos no se encuentra contemplado dentro de los medicamentos que consulta el sistema público de salud. De esta forma el acogimiento del presente recurso supondría preferir las prioridades establecidas y evaluadas por la autoridad respectiva, encargada por*

ley de su elaboración y de racionalizar su distribución, conforme a un presupuesto previamente establecido. Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en materia de asistencia no pueden pasar por encima de las políticas e instrumentos preestablecidos sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la salud y el cuidado de muchas otras personas, que, probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos sanitarios que se pretende incorporar a través del presente mecanismo”.

Como se observa en los razonamientos precedentes, tanto el máximo tribunal del país como las Cortes de Apelaciones del mismo territorio, han reconocido expresamente que el mecanismo del recurso de protección no es la herramienta idónea para adopción de resoluciones que digan relación con la determinación de políticas públicas, máxime cuando la sede cautelar, de naturaleza breve y sumaria, no da espacio para la evaluación de los diversos aspectos que deben ser considerados para la creación y la implementación de una política pública. Por lo demás, como ya se señalare con antelación, en la especie la potestad para efectuar esta ponderación de parámetros de carácter clínico, científico, económico y social de los tratamientos de alto costo sometidos a evaluación, se encuentran expresamente radicada en los órganos especializados, que en el caso particular son los Ministerios de Salud y Hacienda.

Conclusiones

En relación a las conclusiones que se pueden desprender de este estudio, en primer término, es menester destacar que, en términos históricos, el derecho a la salud, es un derecho fundamental relativamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico y su reconocimiento Constitucional, se verifica recién en la Constitución de 1933 mediante diversas reformas que se le implementaron al referido Texto Fundamental.

En segundo lugar, sobre este punto, no se puede sino poner de relieve una realidad que alcanza a todos los derechos fundamentales o derecho humanos, esto es, que todos imparitadamente, son fruto de largas luchas que llevaron a cabo diversos grupos sociales u organización de personas.

El proceso histórico del derecho a la salud en nuestro país, responde a un sin número de razones y circunstancias que permitieron que este derecho fuese adquiriendo mayor relevancia. La salud pública se presentaba “*como conocimiento y diagnóstico de la realidad social, en tanto objeto de higiene*” (Illanes 1993:89). En particular, se destaca que el crecimiento de las ciudades trajo aparejados efectos no deseados en términos sanitarios, realidades que obligaron a las clases más aventajadas a procurar salud a los habitantes de las clases más bajas, generando un incipiente sistema de salud público.

El actual sistema de salud en Chile, está compuesto por dos subsistemas, uno al que accede la mayoría de la población, de menores ingresos y enfermos (FONASA-Red Pública de Salud) y, otro sistema dirigido a una minoría de personas de mayores ingresos y con mejores parámetros de salud (Isapres-Clínicas). Es decir, el sistema de salud en Chile segrega a la población en base a su capacidad económica y los riesgos que tienen de enfermar. Esto importa que el sistema de salud no se sostiene en un sistema de derechos, sino que en una lógica de mercado o de bienes de consumo.

No obstante la protección precaria al derecho a la salud en nuestra Carta Fundamental, el aumento en la judicialización de este derecho, ha sido con ocasión o en razón de otros derechos fundamentales, en particular y principalmente, el derecho a la vida.

En este orden de ideas, tal cual se señaló previamente, la interposición de recursos de protección solicitando el otorgamiento de tratamientos y diagnósticos de alto costo, de manera general, como solicitud de agrupaciones no para casos particulares sino como una demanda de actualización de políticas públicas, serían rechazadas precisamente por ese motivo, esto en atención a los requisitos y límites propios de la acción de cautela en estudio.

Respecto de las diversas teorías filosófica-jurídicas expuestas, se podría admitir que, no obstante, que varias de ellas parecen obsoletas, anticuadas y hasta ridículas en ocasiones, los fallos de las Cortes siguen haciendo eco de ellas y que de todas ellas se pueden rescatar elementos que siguen vigentes.

Es de relevar la injerencia que tiene el mercado en el derecho a la salud, no es que uno esté supeditado al otro, ambos corren por carriles paralelos y se entrelazan de vez en cuando, porque se necesitan mutuamente, al menos, esto es así, en los Estados modernos capitalistas.

En el contexto señalado, esto es, la ecuación de tratar el derecho a la salud como un bien de consumo sumado a una realidad de los Estados capitalistas modernos, la enfermedad que más muertes cobra en nuestra sociedad es, por lejos, la pobreza.

Ahora bien, respecto a los fallos analizados. Lo primero que se debe decir, es que no existe un criterio unánime, universal y definitivo. Al contrario, las mismas Cortes parecen fallar de manera diversa en casos que son prácticamente idénticos entre sí, sin embargo, sí existe una tendencia mayoritaria a acoger las acciones cautelares de protección. Sobre este punto, lo relevante, para saber de qué manera resolverá la Corte en la que se litigue, parece ser la composición de la Sala que ha de conocer el caso en particular. Es decir, no responde necesariamente a un criterio o línea jurisprudencial único. Cuestión que parece especialmente preocupante, en tiempos donde la Corte Suprema de Estados Unidos revirtió el histórico fallo de *Roe v Wade* y, que la justicia constitucional cambie ya no por los argumentos sino que por la composición ideológica de los Jueces que componen un Tribunal en una época y lugar determinado.

En este sentido, es de notar, también, que la jurisprudencia producto de la imposibilidad de interponer recursos de protección por vulneración al derecho a la salud (salvo en aquella parte final del artículo 19 número 9), no ha desarrollado una concepción del derecho a la salud que

se pueda entender independiente del derecho a la vida, muchas veces confundiéndolos como uno solo.

Por último, haciendo eco del voto disidente del Profesor Pierry, queda de manifiesto que los recurridos no incurrir en una ilegalidad y/o arbitrariedad, puesto que las políticas públicas contenidas en las leyes que regulan la materia se han cumplido de manera rigurosa. Es decir, no existe un acto ilegal o arbitrario de los órganos recurridos, requisito insoslayable para que se acoga la acción de protección, lo que hay es una legislación deficiente que los Tribunales vienen a salvar. En este sentido, pareciera que la Corte ya no está deliberando y resolviendo estos casos de manera objetiva, sino que supone un cierto activismo judicial.

El referido activismo judicial, es probablemente donde se tensa la posibilidad de emancipación que tienen los derechos fundamentales, puesto que no obstante que el argumento democrático o de separación de poderes, pareciera ser convincente, hay ocasiones, en que los Tribunales han de cruzar esa línea para empujar los cambios en materia legislativa-constitucional. Más aún, cuando nuestra actual Carta propone serias dificultades para ser modificada, desconociendo, en muchas ocasiones, la evolución natural que tienen las sociedades y su consecuente necesidad de cambio y adaptación a nuevas realidades.

En este sentido, los Tribunales, activismo judicial mediante, son los llamados a ser el contrapeso de los otros poderes del Estado y, su interferencia en políticas públicas, no siempre ha de ser catalogada de activismo judicial con resultados negativos para la organización democrática del Estado, sino que también ha de ser visto desde el prisma de cumplir una función de *check and balance*, tan necesario en las sociedades democráticas de derecho.

En la misma línea, es importante, a mi juicio, saber diferenciar cuándo nos encontramos ante un problema de salud en que las políticas públicas de salud son deficientes y cuándo éstas son prácticamente inexistentes. En el primer caso, los Tratamientos y Diagnósticos de alto costo, tienen una legislación deficiente, en términos de que la cobertura a diversos tratamientos de alto costo es muy limitado, pero es una legislación que avanza en el camino correcto, al permitir que se vayan incluyendo progresivamente más tratamientos, a través de un proceso público y participativo, otorgándole ciertos grados de legitimidad y

democratización al proceso de incorporación de tratamientos. En estos casos, la actitud de los Tribunales ha de ser cautelosa, intentando justificar de buena forma en qué ocasiones si es procedente otorgar una cobertura sanitaria y en qué casos no. En el caso de la ausencia total de políticas públicas, a mi parecer el llamado a la cautela es menor, puesto que no existe una legislación (legítima) que les obligue a los órganos de la Administración a actuar en uno u otro sentido.

La demanda de derechos sociales, en particular en materia del derecho a la protección de la salud, puede significar una herramienta emancipatoria, permitiendo ampliar los contornos en los cuales se fija un derecho social determinado. No es un proceso pacífico ni rápido, como se expuso, la línea jurisprudencial durante la década del noventa y hasta el año 2010, la pulsión mayoritaria, era de rechazar estos recursos para así no interferir en cuestiones que a juicio de la Corte eran resorte de los otros poderes del Estado, sin embargo, mirando los resultados de los recursos de protección deducidos por Tratamientos y Diagnósticos de Alto Costo, la regla parece ser la contraria y solo de manera excepcional éstos son rechazados.

Bibliografía

ATRIA, Fernando (2013): “Neoliberalismo con rostro humano”. Editorial Catalonia. Santiago, Chile

ATRIA, Fernando (2015): “*La Constitución tramposa*”. Editorial Lom, Santiago, Chile.

ATRIA, Fernando (2020): “*El otro modelo, del orden neoliberal al régimen de lo público*”. Editorial Debate, Santiago, Chile.

BASSA, Jaime y FUSTER nicolás (2013): “La medicalización del espacio popular en Santiago de Chile (siglos XIX y XX)”, *Revista Austral de Ciencias Sociales* 24: 5-26, 2013.

BUCHANAN, Allen E. (1984): “*The right to a Decent Minimum of Health Care*”. *Journal Article Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13-1, pp. 55-78.

CORREA, Sofía; FIGUEROA, Consuelo y JOCELYN-HOLT, Alfredo (2001): “*Historia del Siglo XX Chileno*”, Editorial Sudamérica, Santiago.

COUSO, Javier y REYES, Mauricio (2009): “*Notas acerca de origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile*”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección Ensayos*, Año 16 – N° 2, Santiago.

DWORKIN, Ronald (2000): “*Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*”, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press.

ENGELHARDT, H. Tristram (1995): “*Los Fundamentos de la Bioética*”. Paidós Ibérica, Barcelona (traducción de Isidro Arias, Gonzálo Hernández).

ESPING-ANDERSEN, G. (1991). “The three Worlds of Welfare Capitalism. *Contemp Social*, 20 (3): 399. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/2073705?origin=crossref>.

FEE, Elizabeth (1987): “*Disease and Discovery. A History of the Johns Hopkins School of Hygiene and Public Health: 1916-1939*”. The John Hopkins University Press.

FERRAJOLI, Luigi (2008): “*Derechos y Garantías, la ley del más débil*”. Editorial Trotta, Madrid.

FIGUEROA, Rodolfo (2009): “*El derecho a la protección de la salud. Orígenes del precepto constitucional*”, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 55, Universidad de Valparaíso, pp. 145-202.

FIGUEROA, Rodolfo (2009): “*Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica*”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol 36 N° 3, pp. 587.

FOLCHI, Mauricio (2007): “La Higiene, la Salubridad pública y el problema de la vivienda popular en Santiago de Chile, 1843-1925”. En López, Rosalva, *Perfiles Habitacionales y condiciones ambientales. Historia urbana de Latinoamérica siglos XVII-XX*. Puebla, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 361-388.

FOUCAULT, Michel (1999): “Nacimiento de la Medicina Social”. *Estrategias de Poder. Obras Escenciales, Volumen II*. Barcelona: Paidós 364-384.

FRIEDMAN, David D (1989): “*The machinery of freedom. Guide to Radical Capitalism*”. Segunda Edición, Editado por Open Court, La Salle.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011): “*El costo de los derechos, Por qué la libertad depende de los impuestos*”. Editorial Siglo Veintiuno Editores S.A., Argentina.

ILLANES, María Angélica (1993): “*En nombre del Pueblo, del Estado y de la Ciencia, (...) Historia social de la salud pública, Chile 1880/1973, (Hacia una historia social del Siglo XX)*”, Primera Edición, Editado por el Colectivo de Atención Primaria, Santiago.

LABRA, María Eliana (2004): “*Medicina social en Chile: Propuestas y Debates, Cuadernos Médico Sociales*”, Vol. 44, N° 4, Santiago.

LEMA AÑÓN, Carlos (2009): “*Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*”. Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid.

LENZ, Rony (2007). “*Proceso Político de la Reforma AUGE de Salud en Chile: Algunas lecciones para América Latina. Una mirada desde la economía política*”. Serie de estudios socio/económicos CIEPLAN, Santiago.

LOCKE, J. (2006): “*Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil (1960)*”, Editorial Tecnos, Madrid, España.

MIRANDA R., Ernesto (1990): “*Descentralización y privatización del sistema de salud*”. Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile.

MOLINA BUSTOS, Carlos Antonio (2006): “*Antecedentes del Servicio Nacional de Salud. Historia de debates y contradicciones, Cuadernos Médico Sociales*”. Vol. 46, N° 4. Santiago.

MORRIS O., James. “*Las élites, los intelectuales y el consenso. Estudio de la cuestión social y el sistema de relaciones industriales en Chile*”. Editorial del Pacífico, Santiago. 1967, p. 80.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): “*Hegemonía y Nueva Constitución Dominación, subalternidad y proceso constituyente*”. Ediciones UACH. Valdivia, Chile.

NOZICK, Robert (1990): “*Anarquía, Estado y utopía*”, Fondo de Cultura Económica. México (Traducción de Rolando Tamayo, *Anarchy, State and Utopia*)

PUYOL GONZÁLEZ, A (1999): “*Ética, Derechos y Racionamiento Sanitario*”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 22, Barcelona.

RAWLS, John (1999): “*A Theory of Justice*”. Edición revisada, Oxford University Press, Oxford.

RUIZ, Carlos (2014): “Los chilenos bajo el neoliberalismo. Clases y conflicto social”. Editorial: El Desconcierto, Santiago, Chile.

RUIZ, Carlos (2015): “de nuevo la sociedad”. Primera ed. LOM Ediciones, Santiago, Chile.

SALAZAR, Gabriel (2006): “*La Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas*”. LOM Ediciones, Santiago.

SQUELLA, AGUSTÍN. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social (2005): “*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*”, Editorial EDEVAL. Valparaíso, Chile. pp. 103-4.

VIAL, Gonzalo. “*Historia de Chile*”. Santiago: Editorial Portada. 1981, p. 867

YAMIN, Alicia y GLOPPEN Siri. (2013): “*La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*”. Editorial Siglo Veintiuno Editores S.A., Argentina.

ZUÑIGA FAJURI, Alejandra (2013): “*La Teoría Distributiva de Dworkin y el Derecho a la Protección de la Salud*”. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 20 – N° 1, Santiago.

ZUÑIGA URBINA, Francisco (2008): “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, Revista de Derecho N° 20 Consejo de Defensa del Estado, Santiago.

Encuesta CEP, Octubre-Noviembre 2018, “*Estudio Nacional de Opinión Pública N° 82*”, pp. 7, 2018.