

DOCTRINA

El derecho a la salud en Chile. Notas preliminares desde la salud pública

*The right to health in Chile.
Preliminary notes from the public health perspective*

Macarena Foitzick Zumelzu 

Abogada, Chile

Cesar Gattini Collao 

Médico, Chile

Felipe Westermeyer Hernández 

Abogado, Chile

RESUMEN Este artículo abre una línea de investigación para definir el derecho a la salud considerando las distintas disciplinas que lo abordan, especialmente las ciencias jurídicas y su relación con la salud pública. Se revisa la confusión derivada de su categoría de derecho social y de los distintos significados que este último concepto tiene en las ciencias jurídicas y en la salud pública, así como de las distintas lógicas subyacentes a cada una de las citadas disciplinas.

PALABRAS CLAVE Derecho a la salud, derechos sociales, concepto del derecho a la salud, derecho humano a la salud, acceso a servicios de salud, salud pública.

ABSTRACT This paper begins a new research about the right to health definition, which included different fields of studies, especially law, philosophy and public health. This paper reviews the right to health as a social right and the difficulties in determine his meaning for legal and public health sciences, and how these two fields develop the concept of right to health.

KEYWORDS Right to health, social rights, concepto of right to health, human right to health, access to health care services, public health.

Introducción

Dar una definición del derecho a la salud es una tarea que presenta dificultades. En primer lugar, porque todas las definiciones limitan y fijan el contenido de los conceptos. En este caso debido a que cualquier definición del derecho a la salud implica distinguir entre las prestaciones a las que el Estado se obliga, de acuerdo con la legislación nacional, y las que el Estado contrae, en razón de los tratados internacionales suscritos que dan al derecho a la salud el carácter de fundamental, especialmente en relación a las prestaciones médicas solicitadas y a las que efectivamente puede garantizar. De acá deriva la dificultad de la concurrencia de distintas fuentes jurídicas que reconocen este derecho a nivel nacional e internacional, cuyo alcance no siempre coincide. Como se verá, a nivel de tratados y obligaciones se aprecia un desarrollo diferenciado entre los tratados internacionales de derechos humanos y aquellos instrumentos emanados de organismos internacionales cuyo objeto es la salud pública, como la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por lo anterior, aplicando el método comparado, el derecho a la salud puede definirse como «el derecho a acceder a una atención médica de buena calidad, sin discriminación y sin riesgo de ruina económica» (Foitzick, 2016: 127). Tal definición, general y abstracta, da cuenta de las particularidades del derecho a la salud desde la perspectiva de los derechos humanos, considerando el acceso a los servicios médicos como el elemento esencial del derecho. A la vez, presenta la ventaja de ser lo suficientemente abierta para abarcar los diferentes modos en que este derecho fundamental —acorde con la clasificación de Jellinek, un derecho positivo— ha sido implementado en distintos ordenamientos jurídicos. De esta forma, se deja de lado la discusión sobre si el derecho a la salud implica el derecho a tener buena salud (Squella, 2005: 103), la existencia de un sistema de salud (Daniels, 2021: 114), o si se incluyen en él otros derechos sociales. Además, esta definición incluye el acceso a servicios de salud de buena calidad, considerando las discusiones filosóficas de Daniels sobre qué tipo de servicio médico debe ser entregado por el Estado (Daniels, 2021: 74). De igual forma, Buchanan nos entrega parámetros para determinar cuál es el servicio médico mínimo y digno que debe ser entregado a la Sociedad (Buchanan, 2009: 20). El principio básico de no discriminación presente en derechos humanos también es parte esencial en la definición. Finalmente, se incorpora el aspecto económico de los pacientes y sus familias, considerando que acceder a los servicios de salud no puede implicar la ruina económica para los beneficiarios, considerandolas altas sumas de dinero que los pacientes deben pagar (OMS, 2013: xi).

En segundo lugar, cualquier definición de derecho a la salud debe considerar su condición de derecho social, lo que significa hacerse cargo de las dificultades conceptuales y los debates inherentes al Estado social de derecho que tienen eco en las diversas denominaciones con las que se lo identifica.

Como derecho fundamental y social su grado de cumplimiento está sujeto a las mismas dificultades que el resto de los derechos sociales, que resumimos con la si-

guiente pregunta: ¿Qué grado de cumplimiento es suficiente para asegurar su efectiva materialización?

La respuesta trae aparejada la discusión acerca del uso de los recursos públicos y, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento deficitario, acerca de la legitimidad democrática de los órganos competentes para el resguardo de los derechos fundamentales. Esto, pues el otorgamiento de esas prestaciones significa decidir sobre el uso de recursos públicos, cuya administración requiere de una legitimidad distinta de la que poseen los tribunales superiores de justicia y la justicia administrativa.

En su calidad de fundamental es menester interpretar el derecho a la salud en el marco del catálogo de derechos reconocidos, sean estos constituciones o tratados internacionales.¹ Es oportuno recordar que tanto el derecho constitucional como la teoría de los derechos fundamentales, con posterioridad a la Segunda Guerra, se han estructurado en torno a un Estado de derecho compuesto de dos elementos: formal y material. El primero protege a la persona y sus derechos frente al poder del Estado, entre otros, mediante los principios de la igualdad ante la ley y división de los poderes del Estado, la garantía de imparcialidad de los tribunales, la obligación de indemnización previa a la expropiación, el principio de legalidad en materia penal, la justicia constitucional, los distintos sistemas de control administrativo y de resguardo de la transparencia y acceso a la información pública. El aspecto material del Estado de derecho se define como una materialización de la justicia, el resguardo y la protección de la dignidad humana, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad en general, la prohibición de discriminaciones arbitrarias y el establecimiento de acciones legales y constitucionales tendientes al resguardo de los derechos fundamentales (Wildhaber, 1972: 372). El elemento material —respuesta a la industrialización y tecnologización de la sociedad moderna, a la urbanización, al envejecimiento poblacional y a la creciente pérdida de vínculos familiares y de solidaridad en la sociedad— intenta construir una nueva relación entre el individuo y la sociedad, distanciándose tanto del liberalismo jurídico y económico como del totalitarismo (Wildhaber, 1972: 373). La naturaleza jurídica del elemento material —denominado en terminología constitucional comparada

1. Hacemos esta aseveración, en primer lugar, para recalcar una obviedad: los derechos contenidos en cada texto deben interpretarse en armonía con el resto. En segundo lugar, es importante destacar cómo de algunas constituciones y tratados internacionales ha surgido una doctrina de «derechos no escritos». Sobre la base de los principales derechos expresamente consagrados se han deducido otros. Tal es el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, de corte liberal. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, ha deducido de las libertades expresamente reconocidas derechos de carácter social, con el argumento de que el reconocimiento de libertades y derechos políticos tiene consecuencias económicas y sociales. De esa forma su jurisprudencia ha desarrollado, sobre la base del derecho de acceso a la justicia, figuras para favorecer su acceso a quienes no pueden pagar los costos que esta significa; sobre la base del derecho de propiedad ha establecido la obligación de entregar subsidios y ayudas a minusválidos y garantizar la pensión de los funcionarios públicos; y sobre la base de la prohibición de cualquier discriminación ha exigido modificaciones en las prestaciones sociales otorgadas sobre la base del sexo del solicitante (Eichenhofer, 2012: 149-153).

Estado social de derecho— es aún motivo de discusión en la doctrina, en tanto se trata de normas jurídicamente vinculantes o de un mero programa constitucional (Wildhaber, 1972: 373). En consecuencia, la especificación de las funciones e instituciones típicas del Estado social requiere de una profusa normativa legal y reglamentaria, en la que los derechos sociales constituyen su figura por antonomasia.

Para efectos de este artículo, los derechos sociales se definen como aquellos que otorgan al individuo un derecho contra el Estado para que este último le entregue un bien, le transfiera una suma de dinero o realice una determinada prestación que permite al individuo hacer uso efectivo de su libertad (Borowski, 2018: 418).

En esta categoría se ubica el derecho a la salud, que no solo no se ha podido sustraer de las dificultades propias de los derechos sociales sino que, dada la concurrencia de otras disciplinas en su determinación, tanto la fijación de su contenido como su alcance se hacen más difíciles que en otros derechos de su misma naturaleza.

Como tercera y probablemente mayor dificultad en definir el derecho a la salud se encuentra la concurrencia de distintas disciplinas, con lógicas, lenguajes y formas de entender el derecho a la salud propias e independientes entre sí, no siempre fáciles de compatibilizar. Tales disciplinas son, *grosso modo*, las ciencias jurídicas y la filosofía; pero por sobre todo la economía y las ciencias de la salud.

En lo que respecta a las últimas es importante señalar que desde la perspectiva de la salud pública, el reconocimiento de la salud como derecho fundamental posibilita una interpretación de la legislación nacional que contribuye a lograr altos estándares sanitarios para la mayoría de la población. La finalidad de un enfoque basado en los derechos humanos es que todas las políticas, estrategias y programas se formulen con el fin de lograr progresivamente elevados niveles de salud para toda la población en forma equitativa. En consecuencia, Chile ha asumido la responsabilidad de procurar el goce del más alto estándar de salud posible para cada persona (OPS, 2020). Explicar el derecho a la salud incluyendo la perspectiva de la salud pública y la del derecho reviste la dificultad de armonizar dos disciplinas que se aproximan a este desde ópticas diferentes, no necesariamente opuestas. En este aspecto es importante destacar que pese a que en Chile tanto las ciencias jurídicas como la medicina son áreas que despiertan interés científico, han sido largamente cultivadas en las universidades y exhiben logros académicos y sociales, es difícil encontrar trabajos interdisciplinarios entre la salud pública y el derecho. El derecho a la salud es poco conocido por los médicos y la salud pública poco conocida por juristas y abogados.

De las investigaciones sobre derecho a la salud efectuadas en Chile se desprende que aún no se ha realizado un trabajo interdisciplinario que permita determinar cuáles son su naturaleza y elementos. La razón radica en los diferentes objetos de estudio y en los métodos de investigación empleados; diferencias que muestran en parte las dificultades para definir este derecho en la legislación nacional.

Aspectos jurídicos

La denominación y definición

Las dificultades descritas obligan a una enunciación de la terminología propuesta por la doctrina nacional para este derecho. Cada una de ellas conlleva una definición que se diferencia entre sí por las prestaciones a las que el Estado se obliga. En la doctrina nacional podemos ver reflejada esta diferencia terminológica a través del trabajo de diferentes investigadores. Por ejemplo, Squella indica que no podemos llamarlo derecho a la salud pues estaríamos hablando del derecho a no enfermar, por lo que indica debemos usar el término derecho a la asistencia sanitaria (Squella, 2005: 103). Figueroa se refiere al derecho a la salud, porque no existe una diferencia entre esta denominación y la protección de la salud establecido en el artículo 19 número 9 de la Constitución chilena, indicando que el contenido de este derecho es el señalado en la Constitución (Figueroa, 2013: 283). Alejandra Zuñiga utiliza el nombre derecho al cuidado de la salud o al cuidado sanitario, haciendo referencia a la legislación española (Zuñiga, 2013: 336), indicando que existe un derecho a la protección de la salud que se fundamenta en la noción de igualdad de oportunidades de la teoría de la justicia de John Rawls (Zuñiga, 2011: 203). Para Vivanco y Bertelsen el término que corresponde emplear es protección de la salud, indicando que sus características y contenido es el señalado en la Constitución (Figueroa, 2013: 283). Finalmente, el derecho internacional —consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto)— se inclina por el termino derecho al más elevado standard de salud posible.

La multiplicidad de denominaciones obedece a: las dificultades para determinar las prestaciones a las que el Estado está obligado; a las diferencias entre reconocer este derecho a nivel constitucional o mediante la suscripción y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos; y a la forma de solucionar los conflictos derivados de la colisión entre la norma de rango internacional y la constitucional, en caso que la definición y el alcance de este derecho sea distinto.

Tales discusiones también se han dado en el derecho internacional de los derechos humanos, que utiliza distintas denominaciones para referirse a este derecho. Entre ellas destacan, según el Pacto, por su uso recurrente derecho a la salud y el derecho al más elevado standard de salud posible.

A todo esto se debe agregar que el derecho a la salud ha experimentado en las últimas décadas un desarrollo dogmático y conceptual a nivel nacional e internacional. Este se aprecia en la definición de la Declaración Alma Ata, para luego observar las definiciones de salud de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud; de la Declaración Universal de Derechos Humanos; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y hasta los debates acaecidos con ocasión de los dos fallidos procesos constituyentes en Chile, en los que el derecho a la salud fue el derecho social más controvertido en razón de su contenido y límites.

Ante este desarrollo dogmático y conceptual a nivel nacional e internacional, la denominación que mejor refleja el contenido y protección que el derecho realiza es el derecho a la protección de la salud. Con esta denominación se destaca la obligación del Estado de asegurar una protección a la salud de la población, esto es, el acceso de esta a los servicios requeridos. Como una primera aproximación a la idea del derecho a la salud utilizaremos un concepto amplio, es decir «el derecho a acceder a una atención médica de buena calidad, sin discriminación y sin riesgo de ruina económica» (Foitzick, 2016: 127). El objetivo de este trabajo es comenzar una línea de investigación que permita definir el derecho a la salud desde el derecho y la salud pública, disciplinas fundamentales para él, iniciando esta investigación con las dificultades que su denominación y definición ha generado atendida su categoría de derecho social.

Debates filosófico-jurídicos inherentes a la naturaleza jurídica de los derechos sociales

La mayoría de los diferentes esfuerzos por revisar los fundamentos filosóficos del derecho a la salud se centran en la filosofía moral indicando que sus bases se encuentran en la justicia distributiva; en la teoría de la justicia de Rawls y bajo una justa igualdad de oportunidades que permita el acceso a los servicios de salud (Daniels, 1995: 9); en el liberalismo igualitario (Zuñiga, 2011); en la teoría de las capacidades de Amartya Sen (Venkatapuram, 2013); en el concepto de igualdad sustancial, de libertad de hecho o fáctica y de derecho subjetivo de Alexius² (Arango, 2001); o en la dignidad humana (Tugendhat, 1995), entre otras.

En cuanto a su estructura, y de acuerdo con la clasificación formulada por Jellinek, todos los derechos positivos requieren una acción del Estado, no solamente una subcategoría de estos como los derechos sociales (Jellinek, 1905). Sin embargo, es imposible concebir a los últimos sin la concretización e implementación estatal.

Dicha realidad conduce a dos cuestiones fundamentales. La primera se refiere al financiamiento de las prestaciones a las que los derechos sociales obligan. Parte de la doctrina resume esta problemática con el dicho «ni demasiado ni muy poco» (Borowski, 2018: 244-281) o como obligación mínima esencial (Portocarrero, 2024). Tal síntesis se fundamenta en que si bien todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones, estas no pueden afectar su esencia. En el caso de los derechos sociales, el otorgamiento de una prestación de una cuantía muy reducida, insuficiente para satisfacer las necesidades para las que ese derecho fue creado, constituye solo formalmente un cumplimiento, pues en los hechos no materializa el derecho social indicado (Borowski, 2018: 440). Del mismo modo, una prestación por un monto elevado constituye un gra-

2. En razón de la extensión máxima permitida, este artículo no tomará parte en el debate acerca de la naturaleza de los derechos sociales, sobre su carácter de derechos subjetivos o de fines políticos compartidos por una mayoría. Sin embargo, a lo largo de este artículo el lector podrá apreciar qué posición adoptan los autores. De todos modos, hacemos presente que la teoría de Alexy es una reconstrucción crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

vamen para otros derechos fundamentales también reconocidos en el ordenamiento jurídico, toda vez que su otorgamiento implica desembolsos fiscales, que requieren de una fuente de financiamiento.

En su calidad de derechos fundamentales, su cumplimiento puede ser exigido mediante una acción ante tribunales. Así, se instala el dilema indicado por Borowski y Portocarrero acerca de qué es lo que se puede garantizar y de cómo se resuelve la colisión entre los principios propios de la representación democrática y el cumplimiento del derecho citado (Portocarrero, 2024). En otras palabras, hasta qué punto un tribunal puede entrar a modificar o alterar lo dispuesto en la ley de presupuesto nacional (Horowitz, 2010). En este punto, algunos autores han señalado que no es posible que los tribunales de justicia conozcan materias propias del ejecutivo, llamando a este fenómeno la judicialización de la política (Couso, 2004: 233).³ Sin embargo, considerando que

3. El fenómeno de la judicialización de la política ha sido desarrollado en Chile por profesores de Derecho Constitucional. Basándose principalmente en la teoría política de división de los poderes del Estado, han señalado que las cortes o el Poder Judicial no puede tomar parte en las decisiones políticas o políticas públicas que son de exclusividad del Poder Ejecutivo (Couso, 2004: 233; Silva, 2018). Asimismo, se indica que las cortes que han fallado sobre temas propios del ejecutivo caen en un activismo judicial sustentado en los derechos humanos (Silva, 2018), pero en este análisis no se logran entregar luces sobre cuál es el rol de las cortes frente a un Poder Ejecutivo cuando existe falta de acción, negligencia o violación de derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente en materia de derechos sociales. En Latinoamérica existen experiencias específicamente vinculadas con el derecho a salud, en las cuales, ante la falta de servicios médicos han sido las cortes, ya sean nacionales o internacionales, quienes han debido ordenar al Estado asegurar el acceso a la atención médica y esto ha generado la formulación de políticas públicas relativamente exitosas. A nivel regional en muy pocos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido directamente los derechos sociales, debido a que la Convención Americana no contempla su protección judicial y a que el Protocolo de San Salvador establece la justiciabilidad directa solo para el derecho a la asociación sindical y el derecho a la educación (Ferrer Mac-Gregor, 2017), sin embargo hay jurisprudencia que indirectamente protege el derecho a la salud. Esta es la situación de El Salvador en el caso *Miranda con El Salvador* (disponible en <https://tipg.link/SMYI>) en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció al Estado a otorgar el tratamiento médico respectivo y a la entrega gratuita de medicamentos antirretrovirales a los peticionarios para el tratamiento del VIH. En su informe de cumplimiento de la sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el Estado dio cumplimiento a la sentencia y además agrega que implementó una política de salud pública necesaria para el tratamiento y prevención del VIH, política que en los últimos años ha permitido mejorar las estadísticas del país en relación a la prevención y tratamiento de esta enfermedad (OMS). Además, existen otros casos en la región en la cual las cortes locales han procedido a ordenar al Estado el proveer la atención médica requerida por los demandantes, considerando en estas sentencias la violación a derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho a la salud. En estos casos, el recurrir a las cortes locales ha sido la alternativa que los demandantes han utilizado frente a la falta de servicios médicos y se ha transformado en un medio para proteger el derecho a la salud cuando las políticas públicas son inexistentes o deficientes (Yamin, 2011: 10). A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha protegido el derecho a la salud cuando este se relaciona con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, en el caso *Ximenes Lopes con Brasil* (disponible en <https://tipg.link/SMYj>) la Corte señaló que el Estado era responsable por violaciones a estos últimos derechos en un caso de tortura, con resultado de muerte, en un centro médico psiquiátrico. Atendida la falta de competencia de la

los derechos sociales son parte de los derechos fundamentales y que la Constitución no establece diferencias entre los derechos fundamentales sociales y el resto de los derechos protegidos en ella (Jordan Díaz, 2007) y que no existe una jerarquía constitucional de derechos (Ruiz-Tagle Vial, 2001) es necesario considerar su protección por la vía judicial. Autores plantean la legitimidad de las cortes en la resolución de casos que implican decisiones en el desarrollo e implementación de políticas públicas. En este sentido, Leal señala que las violaciones de derechos sociales fundamentales que afectan a un grupo de personas son consideradas disputas o cuestiones estructurales cuya solución requiere la implementación de políticas públicas o la reestructuración de los órganos del Estado, cuyo funcionamiento o negligencia ha significado la violación de derechos fundamentales, en este caso las cortes (Hennig y de Vargas, 2024). Estas últimas, cumpliendo los mandatos establecidos en la Constitución, deben asegurar el cumplimiento y protección de los derechos fundamentales más allá del caso específico, lo que no significa una intromisión en las funciones del poder ejecutivo (Hennig y de Vargas, 2024).⁴ Por otro lado, Figueroa indica que considerar a los jueces incapaces de conocer las materias propias de la elaboración de políticas públicas o solo considerar que la aplicación y protección de los derechos sociales constituyen parte de las funciones del ejecutivo, entendiendo que la intromisión del poder judicial en estas materias sería ilegítima; estaría fuera de lugar, toda vez que los derechos sociales gozan de la misma estructura, es decir, de los mismos elementos, obligaciones y características que las otras categorías de derechos fundamentales, como los derechos civiles y políticos.

Corte Interamericana para conocer directamente sobre los derechos sociales se ha planteado la necesidad de una reevaluación interpretativa del artículo 26 de la Convención Americana basada en el cumplimiento progresivo y prohibición de regresión de los derechos sociales (Ferrer Mac-Gregor, 2017: 175). En Chile, el recurrir a las cortes locales, ya sean judiciales o administrativas, para poder tener acceso a los tratamientos médicos requeridos se ha transformado en una forma de garantizar y proteger el derecho a la salud, lo que ha significado que estas cortes han debido modificar o establecer las políticas en salud pública y sus presupuestos. Este fenómeno no se ha limitado al acceso a tratamientos médicos, sino que también ha alcanzado a la regulación de los seguros privados de salud, específicamente, en lo que dice relación con el alza de precios y adecuación de los contratos del seguro de acuerdo a la edad y género de los asegurados. Esta última situación en Chile ha sido bastante alarmante, por cuanto ha significado la presentación de miles de casos ante las cortes superiores, obligando a reorganizar sus estructuras de funcionamiento (Corte Suprema) y generando demoras en la tramitación judicial. Esta avalancha de casos ha ocasionado una importante discusión sobre el rol y los límites que las cortes chilenas deben tener al momento de pronunciarse sobre casos referentes al derecho a la salud, indicándose por un sector de la doctrina que las cortes no deben exceder las atribuciones asignadas en la teoría de división de poderes (Silva, 2018), sin embargo es una realidad que las cortes se ven obligadas a ejercer las atribuciones que le son propias, dentro de las cuales se encuentra la protección del derecho a la salud y del derecho a la vida frente a una violación (Morales, 2022), sea esta cometida por una persona natural o por el Estado a través de sus políticas públicas o servicios, por lo cual el que las cortes conozcan casos referentes a estos derechos y ordenen al Estado cumplir con sus obligaciones legales y de derecho internacional de los derechos humanos no implica exceder sus atribuciones.

4. Traducción libre del autor.

Por esas razones sería acorde con el ordenamiento jurídico que el juez dicte sentencia en casos en los que tales derechos tienen aplicación (Figueroa, 2009).

En el derecho a la salud el dilema sobre qué es lo que se puede garantizar y sobre la mayor o menor disponibilidad de recursos del presupuesto estatal adquiere muchas veces un carácter dramático, que incluso determina las obligaciones del Estado establecidas en la ley y que aspectos del derecho sustantivo se encuentran bajo la acción de protección. Debido a las limitaciones económicas inherentes a toda actividad humana, la decisión de muchos Estados consiste en ceñir el derecho a la salud a las prestaciones médicas que efectivamente pueden cumplir. Solo a modo de ejemplo, la Constitución Política chilena de 1980 establece en el artículo 19 número 9 el derecho a la protección de la salud señalando las obligaciones estatales e indicando que cada persona tiene derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea este estatal o privado, otorgando la acción de protección solo para el caso que no se permita elegir entre ambos sistemas, en su artículo 20. Asimismo, otros países latinoamericanos han establecido una mayor protección constitucional del derecho a la salud, sin embargo al analizar su protección por las cortes locales podemos ver que no se encuentra protegido por una acción judicial, por lo que tanto los abogados litigantes como las cortes deben basar su argumentación y precedentes en otros derechos como lo son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la protección del medioambiente, entre otros. Esto ha llevado a las cortes a proteger el derecho a la salud de manera indirecta a través del precedente, sin embargo, en algunos casos esto no ha sido posible, lo que deja en evidencia su debilidad en su protección constitucional (Kinney, 2004: 285).

La doctrina del derecho público y los derechos fundamentales a nivel comparado ha elaborado respuestas para cada uno de esos conflictos, que en la línea de esta investigación es necesario tratar.

Derecho a la salud en cuanto derecho social: El problema de su cumplimiento

Ante la pregunta sobre el efectivo cumplimiento de los derechos sociales en una democracia, aplicables al derecho a la salud, la doctrina comparada ha elaborado distintas propuestas. En Alemania por ejemplo, Ernst-Wolfgang Böckenförde planteó esta colisión como un conflicto entre el Estado social de derecho y la democracia, toda vez que si bien ambos están reconocidos en la Grundgesetz (Ley Fundamental alemana), el constituyente no planteó ningún límite al primero. Por esa razón, consideró necesaria la búsqueda de un adecuado balance entre el Estado social de derecho, materializado en los derechos sociales, y la economía del país. Böckenförde sostuvo que el primer límite para los derechos sociales viene dado por las libertades clásicas, especialmente por el derecho de propiedad, pero que el principal freno para que el Estado social no derive en un Estado impositivo está constituido por el principio de separación de los poderes del Estado y el respeto a la voluntad de las mayorías (Böckenförde, 1987: 950). Dicha solución adolece de un defecto: no da respuesta a aquellos casos en que, sobre la base del argumento de la mayoría, los derechos sociales no se implementan o garantizan.

Borowski recoge esta crítica e intenta responderla mediante el empleo del principio de proporcionalidad, *Verhältnismässigkeit* (Borowski, 2018). Sostiene que, por regla general, en un ejercicio de ponderación respecto a los derechos sociales deben prevalecer el principio de respeto a las mayorías representadas en el parlamento y la libertad de este último, en cuanto órgano soberano, para decidir en qué y cómo se emplean los recursos fiscales (Borowski, 2018: 444). Sin embargo, dicha solución no es del todo satisfactoria, pues si bien se hace cargo de la crítica referida al absolutismo democrático y reconoce el rol garante de la justicia constitucional respecto a todas las normas constitucionales, no resuelve aquellos casos en los que, debido a circunstancias extremas, el derecho a la salud concurre con el derecho a la vida y con la dignidad humana, ni tampoco con aquellos casos en los que goza solo de reconocimiento legal.⁵

A ese respecto Rodolfo Arango, sobre la base de los planteamientos de Robert Alexy y sus discípulos, propone otro esquema, que consiste en diferenciar entre el modelo general de proporcionalidad de los derechos sociales de la escuela de Alexy, cuyo planteamiento consiste en garantizar un mínimo de prestaciones sociales ponderando los derechos sociales con el resto de los derechos reconocidos en la Constitución. En dicho ejercicio la libertad y la igualdad de derecho gozan de una posición preferente. Arango parte de que en la ponderación de los derechos sociales, la libertad de hecho debe cumplir con requisitos más elevados para prevalecer frente a otros derechos. Lo mismo se exige para la prevalencia de la igualdad de hecho frente a la de derecho (Arango, 2001: 160-162). Los mayores requisitos de justificación de esa preferencia en el caso concreto se explican por la sencilla razón de que el conjunto de principios e ideas subyacentes a la Constitución apuntan a la preponderancia del individuo frente al grupo y al Estado. De esa forma, la escuela de Alexy se hace cargo del temor a que el Estado social pase a ser un estado impositivo.

5. Importante es tener presente que la escuela de Robert Alexy ha elaborado una serie de criterios para el ejercicio del principio de proporcionalidad. El primero de ellos es el respeto por el tenor literal de la norma y la voluntad del constituyente y el legislador. Pero más allá de eso, en los postulados de la llamada escuela de los principios subyacen dos ideas: los derechos fundamentales constituyen un puente entre el derecho y la moral y todo el ordenamiento jurídico gira en torno a la persona humana. Por ello, en cualquier ejercicio de ponderación los derechos fundamentales tienen la prioridad, una posición especial. Consecuencia de ello es que en caso de una colisión entre un derecho fundamental y un interés colectivo reconocido a nivel constitucional, la prioridad la tiene el primero. En ese caso se requiere una justificación tanto para la prevalencia del derecho fundamental en cuestión como para la restricción del segundo. En caso de una colisión entre un derecho fundamental y una institución de interés colectivo sin reconocimiento constitucional, se requiere solo la justificación de la aplicación del derecho fundamental, y para el caso de una colisión entre un derecho fundamental y normas sobre la distribución de competencias y atribuciones de los órganos del Estado reconocidos a dicho nivel se requiere una justificación que recurra a más argumentos que aquellos propios de la dogmática constitucional. Importante es destacar que la doctrina alemana habla de derechos fundamentales y de intereses colectivos, clasificación que no se corresponde del todo con la existente en habla hispana. Baste señalar que mientras la protección al medioambiente es considerada un derecho fundamental, en Alemania es un bien colectivo de interés público, denominado *Gut* (Clérico, 2001)

A ese esquema general, Arango agrega un segundo, específico y aplicable solo en casos extremos. Entiende por casos extremos aquellos en los que la aplicación de la igualdad de derecho conduce a inaceptables consecuencias, manifestadas en la lesión de otros derechos fundamentales (Arango, 2001: 163-165). Para que ese modelo resulte aplicable se requiere cumplir con los siguientes requisitos de manera copulativa: igualdad de hecho entre el afectado y el resto de los destinatarios de la norma aplicable y que la situación que lesiona los intereses del afectado tenga el carácter de urgente. Este modelo supone que los destinatarios de la norma, en general, pertenezcan a grupos que se encuentran en una situación de desventaja, la que debe ser acreditada de forma empírica. A tal grupo pertenecerían los adultos mayores, los minusválidos, los enfermos terminales, los trabajadores y los mendigos, entre otros. Aparte de pertenecer a uno de esos grupos, el afectado debe encontrarse en una situación de desventaja frente a otros miembros de ese mismo grupo.

Este esquema se aplica de forma subsidiaria; es decir, solo en caso de que el afectado no disponga de los recursos para solventar los gastos que demanda la situación que lo afecta. Tal desventaja debe ser consecuencia de la misma situación y traducirse en la afectación de otros derechos fundamentales, preferentemente la vida (Arango, 2001: 165). El modelo de los casos extremos tiene una dimensión procesal, al invertir la carga de la prueba y la argumentación, tendente a demostrar que la absoluta inactividad del legislador o de la administración pública tendría como consecuencia la lesión de derechos fundamentales o conculca la dignidad humana. Arango propone como ejemplo jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana, que obligó al Estado a otorgar prestaciones médicas en un caso donde el afectado viva en la indigencia y ni él ni su familia disponían de los medios para pagar el tratamiento en cuestión y sin el cual el afectado moriría en poco tiempo (Arango, 2001: 159-166).

Derecho internacional y derecho europeo

Como se señaló, el derecho a la salud en el ámbito internacional de los derechos humanos amerita una nueva distinción. Acorde con los tratados internacionales de derechos humanos puede definirse como «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».⁶ A modo de ejemplo, el artículo 35 de la Carta Europea de Derechos Humanos⁷ tituló este derecho como «Protección de la Salud» y lo enmarca dentro de los derechos sociales con la idea de alcanzar el más alto grado de cumplimiento. Sin embargo, la determinación de qué significa garantizar el más alto

6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, disponible en <https://tipg.link/SMY->.

7. Aunque el derecho europeo no es propiamente derecho internacional, el primero siempre ha reconocido contar con un gran influjo del segundo. No entraremos acá en esas disquisiciones. Para efectos prácticos e ilustrativos optamos por considerar ese documento entre los catálogos de derechos humanos propios del derecho internacional. Parlamento Europeo, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en <https://tipg.link/SMbp>.

grado de cumplimiento ha dado lugar a intensos debates debido, entre otros aspectos, a las diferencias de significado y alcances de los conceptos consagrados en los distintos idiomas oficiales de la Unión Europea (UE). La disposición garantizaría en principio un mínimo existencial en cuanto a atención médica, que abarcaría una dimensión colectiva y otra individual. La primera se referiría al acceso a un sistema de salud y la segunda a contar con tratamiento médico y disponer de medicamentos en caso de enfermedad (Rudolf, 2014: 9).

Pero la implementación de esta norma y la determinación de las prestaciones concretas quedan, por una parte, a las legislaciones y prácticas nacionales y, por otra, a las políticas que determine la Unión Europea, que necesariamente deben orientarse por el criterio de «un nivel elevado de protección de la salud humana» Dicha disposición se enfrenta a la tensión permanente del derecho de la UE de conciliar el respeto por las realidades nacionales con la uniformización del derecho vigente.

Por el contrario, los tratados e instrumentos emanados de organismos internacionales de salud entienden el derecho a la salud de forma mucho más amplia, como la responsabilidad del Estado de materializar también otros derechos sociales relacionados con aspectos relevantes para la situación sanitaria de las personas, denominados «determinantes sociales de la salud» porque contribuyen a lograr un mayor estándar de salud y mantener una «vida saludable» (Marmot, 2006). Dentro de las «determinantes sociales de la salud» se encuentran, entre otros factores, variables como empleo, ingresos, educación, alimentación, vivienda, saneamiento y seguridad. Para que ese amplio y complejo derecho sea posible de materializar para toda la población se requiere una dinámica e integrada serie de componentes legales y normativos, políticas, planes, gestión y acción en salud, a distintos niveles del país y en respuesta a las necesidades de toda la población. El enfoque global basado en derechos humanos, salud y desarrollo, enfatiza que la salud debe ser considerada en todas las políticas, estrategias y programas nacionales (OMS, 2013). En el enfoque de los tratados e instrumentos internacionales el derecho a la salud en cuanto derecho social comprende una serie de derechos y políticas públicas que las ciencias jurídicas entienden de manera separada e independiente del derecho a la salud. Si bien ambas ciencias parten de la base de que los derechos sociales requieren la promulgación de normas legales y reglamentarias para su implementación, las determinantes «variables de la salud» amplían el objeto de protección del derecho homónimo (OMS, 2002).

En concordancia con lo anterior, la propia OMS y otros organismos de la Organización de las Naciones Unidas reconocen que la materialización de un pleno disfrute de la salud de todos los habitantes es un ideal; especialmente para sectores pobres y marginados. La imposibilidad de lograr esa meta puede explicarse por distintas causas, que van desde la falta de recursos hasta obstáculos nacionales e internacionales, tanto sociales como sanitarios, que escapan del margen de acción y de la competencia del Estado (OPS, 2020).

Dicha obviedad amerita otra distinción: mientras el objeto de los derechos sociales en el ámbito puede realizarse en mayor o menor grado jurídico, la realización resul-

ta impensable en la concepción que sostiene de ellos la salud pública. Así, mientras los derechos sociales tienen un campo acotado en las ciencias jurídicas, la manera en que los concibe la salud pública no da ninguna certeza. Las diferencias conceptuales en torno a la expresión derecho social conducen a muchos equívocos. Los planes y propuestas sanitarios a nivel internacional en más de una ocasión han tenido como finalidad orientar las políticas públicas. Solo como ejemplo baste mencionar que, bajo la coordinación y liderazgo de la OMS, en 1978 se estableció la Atención Primaria de Salud (APS) como estrategia internacional para el logro de «Salud para todos en el año 2000». Treinta años después, el mismo Dr. Halfan Mahdler, director de la OMS en 1978, reconoció que:

El objetivo no era erradicar todas las enfermedades y dolencias para el año 2000; sabíamos que eso habría sido imposible. Nuestro objetivo era centrar la atención del mundo en las desigualdades sanitarias y tratar de alcanzar un nivel aceptable de salud, distribuido equitativamente en todo el mundo (OMS, 2008).

Legislación nacional

En lo que respecta a Chile, el Estado en su rol de rector y garante del derecho a la salud se ha favorecido en las últimas décadas por el crecimiento económico del país, que ha redundado en una mejora de los determinantes sociales y en la mayor disponibilidad de recursos para implementar políticas públicas, basadas en la equidad social y sanitaria.

A nivel internacional, el país suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala en su artículo 25 que la salud es un derecho humano.⁸ Asimismo, es miembro de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) suscribiendo los instrumentos internacionales básicos de ambos organismos, dentro de los cuales se encuentra la Constitución de la OMS, instrumento que en su preámbulo establece que el derecho a la salud es «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr» considerándolo como «uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social».⁹

Siguiendo esta protección internacional, la Constitución chilena reconoce explícita, aunque brevemente, este derecho como «protección del derecho a la salud» en su artículo 19 número 9. Esta disposición específica que el Estado protege el libre e igua-

8. Artículo 25: «1. 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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

9. OMS, Organización Mundial de la Salud, 1946, Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Conferencia sanitaria internacional, Nueva York, disponible en <https://tipg.link/SO7b>.

litario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Asimismo, le corresponde la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es su deber preferente garantizar la ejecución de estas, independientemente de si son prestadas por instituciones públicas o privadas, gozando cada persona del derecho a elegir el sistema de salud al que desea afiliarse, ya sea estatal o privado.

Otro derecho relacionado con la protección del derecho a la salud es el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Este derecho posee una fuerte protección en Chile en el artículo 19 número 1 de la Constitución y ha sido utilizado por la jurisprudencia chilena para la protección judicial del derecho a la salud, atendida la falta de una acción judicial para que los tribunales puedan conocer de estos casos. La jurisprudencia chilena ha entendido este derecho como la «continuación biológica de los humanos, y asume que lo contrario a la vida es la muerte» (Figueroa, 2009: 209-214); el derecho a la salud es uno de los que pueden ser protegidos indirectamente por él.

Asimismo, otro derecho que se encuentra relacionado con el de la salud —y que es utilizado por los tribunales de justicia y los profesionales del área al considerar la calidad y acceso a los servicios— es el derecho consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, que señala que todas las personas nacen iguales en dignidad. La dignidad de la persona es un concepto básico cuando nos referimos al derecho a la salud y gran parte de la discusión filosófica acerca de este se basa en la idea de dignidad humana. Además, este concepto viene a responder el por qué todas las personas tienen derecho a acceder a un servicio médico y las razones por las cuales este debe ser de buena calidad (Daniels, 2021: 74).

La legislación chilena quiere incluir dimensiones de derecho social y de equidad en la planificación, gestión y desarrollo de políticas y programas de salud. Bajo la regulación del Ministerio de Salud se observa un conjunto de principios, entre los que destacan: de no discriminación, disponibilidad de recursos, accesibilidad a sistemas de protección y asistencia de salud, aceptabilidad de los servicios provistos, calidad, rendición de cuentas y universalidad. Tales principios también influyen en las políticas públicas orientadas a elevar los determinantes sociales, redundando así en un mayor estándar de salud de la población en general (Ministerio de Salud, 2022).

Vinculado a lo anterior, la protección social, en su dimensión sanitaria, incluye cobertura prácticamente universal, donde las personas pobres y vulnerables no cotizan en el seguro público del Fondo Nacional de Salud (Fonasa). Además, desde 2022, los asegurados Fonasa no pagan por la atención en el sistema asistencial público, que es el Sistema Nacional de Servicios de Salud. En la estructura de aseguramiento y atención de salud participan el sector público y el privado, destacando el significativo aporte fiscal al sector de aseguramiento y atención público (González y otros, 2019).

Esos mismos principios informa también la Ley 19.937 (BCN, 2004a) que estableció una nueva concepción de autoridad sanitaria y adecuó el Régimen de Garantías Explícitas en Salud, consagrado en la Ley 19.966. La reforma sanitaria basada en esas leyes incluyó algunos componentes legales y normativos sobre la atención de salud que

contribuyeran a favorecer el derecho a esta, como el aumento de la atención integral de las personas, la regulación de la prestación de acciones de salud y los estándares de calidad que son exigibles (BCN, 2004b).

El Régimen de Garantías Explícitas en Salud se sustenta en un Plan Universal de Salud, cuyos beneficios se aplican a toda la población chilena y extranjera residente en el territorio nacional para un conjunto determinado de problemas de salud priorizados. Estos se han incorporado gradualmente desde 2005 y representan más del 70% de la carga de enfermedad del país. Esta ley establece las garantías de acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto de programas, enfermedades o condiciones de salud. Aplica a los asegurados públicos y privados de las instituciones de previsión en salud (Isapres), destacando que cuando un problema de salud de un asegurado público no puede ser resuelto durante un periodo establecido en el sistema asistencial público, entonces puede ser derivado al sector asistencial privado¹⁰ (Bastías y Valdivia, 2007).

El derecho a la salud según la perspectiva de salud pública

La perspectiva de la salud pública sobre el derecho a la salud se basa en principios y definiciones adoptadas por organismos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, especialmente la Organización Mundial de la Salud, junto a enfoques provenientes de la doctrina social imperante, la legislación, los planes y la normativa institucional establecida a nivel nacional (OMS, 2002).

Concepción del derecho a la salud desde la salud pública

Para efectos de este trabajo es importante indicar que la determinación conceptual de la salud pública requiere apoyarse en el concepto esencial de lo que es la salud, que según la definición adoptada por la OMS en 1948¹¹ indica que «salud es el completo bienestar físico, social y mental y no solo la ausencia de enfermedad o dolencia». La salud pública se enfoca en el tema de la situación de la salud vista en su dimensión colectiva y en una determinada población y entorno.

En la denominación de salud pública se distinguen al menos tres perspectivas: a) es una ciencia, arte o disciplina; b) es una práctica con funciones esenciales sobre la salud de la población y c) es un sistema social organizado en torno a su disciplina y práctica. (González, 2007; OPS, 2020).

En cuanto disciplina, es considerada el arte y la ciencia de prevenir la enfermedad, promover la salud y prolongar la vida a través de los esfuerzos organizados de la sociedad, principalmente a través de sus organizaciones de carácter público, para mejorar,

10. Corporación Municipal de Villa Alemana, Plan de Salud Comunal 2023-2024, disponible en <https://tipg.link/SMcf>.

11. ONU, Declaración universal de derechos humanos, Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 1948, disponible en <https://tipg.link/SMYu>.

proteger, promover y restaurar la salud de las poblaciones por medio de actuaciones de carácter colectivo (OPS, 2020).

La disciplina de la salud pública tiene una naturaleza secundaria e integra diversas áreas que concurren en su formación, como las ciencias sobre la salud (medicina y otras), ciencias políticas, económicas, de educación, jurídicas, sociales y administrativas entre otras. Ello permite que el enfoque, cobertura temática y la investigación en salud pública pueda utilizar diversas perspectivas y metodologías que provienen de las diversas disciplinas primarias que la componen (González, 2007; OPS, 2020).

Los cultores de la salud pública señalan reiteradamente que las investigaciones también deben incluir el derecho a la salud cuando se estudian temas como el acceso a la atención de salud, discriminación e igualdad (OPS, 2020).

El derecho a la salud, indisoluble de otros derechos fundamentales

El resguardo del derecho a la salud implica no solo la acción del sistema de salud (derecho a acceder a servicios de calidad sin ser objeto de discriminación de ningún tipo), sino que la búsqueda de mejorar aquellos factores que inciden en el nivel de salud de la población, denominados determinantes sociales de la salud (Marmot, 2006). En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció que el derecho a la salud no solo se concentra en la atención del sistema, sino que también se vincula a otros factores relevantes, considerados determinantes sociales de la salud. Entre esos factores destaca el derecho a la alimentación, vivienda, trabajo, educación, saneamiento y otros que contribuyen a una mejor calidad de vida y salud (ONU, 2000).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que Chile adscribe, dispone en su artículo 12 que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, planteando algunas condiciones relevantes. También postula el derecho a otros aspectos sociales como la educación, protección familiar y seguridad social, que contribuyen *per se* al logro de una mejor salud. El conjunto reconocido en el Pacto son los denominados derechos sociales, que son universales, interdependientes, indivisibles y progresivos y deben ser ejercidos sin ningún tipo de discriminación (Declaración Universal de Derechos Humanos). Para su cumplimiento, los Estados parte se encuentran sujetos a obligaciones de carácter positivo, que se expresan en el otorgar ciertos servicios a toda la población, he ahí su dimensión colectiva (ONU, 1966, 2008).

Debido a su carácter de interdependientes e indivisibles, para otorgar protección a uno de los derechos sociales los Estados deben proteger a todos ellos en forma integral, ya que la violación de uno implica la violación de todos. De esta forma, para poder proteger el derecho a la salud es necesario que los Estados también protejan el derecho a la educación, a la vivienda, a la alimentación, al trabajo. Esto pues los derechos sociales se relacionan con la protección de las condiciones materiales en la vida de las personas, con su acceso a servicios y al bienestar material. De esta forma, si un Estado protege el derecho a la educación de una persona, podemos ver que su condición de salud mejo-

rá e incluso su expectativa de vida será mayor, lo mismo sucede con la protección de su derecho a la alimentación y al trabajo (Marmot, 2006: 20).

Para la protección conjunta de los derechos sociales, el Estado requiere disponer de un conjunto de mecanismos (normas, instituciones, leyes y un entorno propicio) que garanticen de la mejor manera el disfrute de ese derecho. En general, la legislación chilena en esta materia es bastante coherente con el derecho internacional. Se considera que el derecho a la salud es indisociable de otros derechos humanos, como el derecho a la educación, a la participación, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y a la información (OMS, 2002; ONU, 2008).

Bases de la salud pública para determinar la aplicación del derecho de salud

Los principios globales sobre el derecho a la salud de los organismos internacionales tienden a establecer metas generales de aplicación universal que no siempre son factibles de cumplir a cabalidad. Por ello, el derecho internacional reconoce que el cumplimiento del derecho a la salud puede estar limitado bajo condiciones excepcionales por falta de recursos o por otros serios obstáculos (OMS, 2002). En la práctica, el exigente requerimiento sobre el derecho a la salud tampoco se puede cumplir a cabalidad en Chile, lo que produce una persistente brecha entre teoría y práctica nacional.

La investigación en salud pública puede usar diversas metodologías conforme a las distintas disciplinas que la componen (ciencias políticas, economía, medicina, epidemiología, planificación, gestión, sociología y otras). Es importante, cuando corresponda, que las investigaciones también incluyan considerar el derecho a la salud cuando se estudian aspectos de la atención de salud, discriminación e igualdad y otros derechos humanos relacionados. Es importante monitorear, investigar y buscar cumplir con el derecho a la salud según la legislación, la protección social, el aseguramiento y atención de salud, incluyendo además la situación de salud y los factores considerados determinantes sociales de esta (OMS, 2002; González, 2007; ONU, 2008).

Sin embargo, los principios y propuestas de acción en salud pública (que trata de la salud colectiva de la población o medicina social) tienden más bien a basarse en principios y modelos difundidos por la OMS, con visiones holísticas y expectativas que en teoría son factibles de lograr en todos los países. Ejemplos claves de ello son «salud para todos», «equidad en salud» o «cobertura universal de salud» y la búsqueda de progreso con justicia social (OMS, 2013; Foitzick, 2016; Gattini, 2018).

La contribución de una adecuada y efectiva atención de salud y de sus determinantes sociales contribuye al progreso global del país produciendo un círculo virtuoso entre salud y desarrollo. Ello excede a considerar solo el derecho a la atención de salud, pues abarca también otros temas relevantes de los derechos humanos (OMS, 2002).

Las visiones sobre la salud y el sistema de esta tienden a basarse más bien en diversas doctrinas imperantes en la sociedad y en ejemplos de casos exitosos logrados en países de alto desarrollo. En el caso chileno, gobiernos de distinto signo ideológico han adoptado desde 1978 la estrategia internacional denominada Atención Primaria de

Salud que, entre otros aspectos, procura el objetivo de salud para todos (ya lo esperaba para el año 2000).

La cobertura sanitaria universal basada en la atención primaria contribuye al derecho a la salud, en la medida en que asegure que todas las personas puedan acceder de manera asequible y equitativa a los servicios. Esa estrategia requiere de un gran aporte estatal, de la comunidad y de los distintos sectores nacionales, lo que no sería posible bajo un sistema con énfasis neoliberal (OMS, 2013; Gattini, 2018).

Transcurridas ya varias décadas de la adopción de APS, sus principios originales se mantienen intactos. Sin embargo, cobra importancia considerar lo planteado por Oriana Ramírez en 2018, quien sintetiza muy bien el hecho de que «han pasado 40 años desde aquella visión de Alma Ata, y la tensión entre el idealismo de aquella declaración y el pragmatismo de los implementadores aún convive» (OMS, 2008).

Ejercicio del derecho a la salud en Chile

El Estado de Chile, en cuanto parte de la ONU, tiene exigentes responsabilidades y obligaciones legales respecto a los derechos humanos, incluyendo los principios de respetar, proteger y cumplir el derecho al grado máximo de salud de las personas. El Estado tiene la facultad para exigir que se cumplan todos los contenidos de principios, preceptos y reglas establecidos respecto al derecho a la salud, por parte del Estado, la sociedad civil y en favor de todos los ciudadanos.

En el caso chileno destaca que, especialmente en las últimas décadas, los gobiernos han procurado que el desarrollo del sistema en salud sea coherente con iniciativas internacionales como la de atención primaria y la cobertura universal, que incluyen de modo implícito el cumplimiento del derecho a la salud. Ello ha contribuido a que este derecho esté debidamente considerado (explícita o implícitamente) en leyes, planes, normas y acciones relacionadas con la atención de salud y sus determinantes sociales, lo que también está expresado en la Estrategia para los Objetivos Sanitarios al 2030 (Gattini, 2018; Oliva y Narváez, 2022, Ministerio de Salud, 2022).

El desarrollo global alcanzado en Chile ha favorecido paulatinamente a un mayor cumplimiento de la atención y situación de salud, junto a mejores condiciones de los determinantes sociales. Sin embargo, persisten obstáculos para lograr una óptima ejecución, que en general escapan de la capacidad y control estatal y afectan especialmente a los grupos más pobres y marginados. Ante la brecha entre lo que se espera y lo que es posible cumplir en la práctica es importante mantener una efectiva vigilancia de su cumplimiento, de sus obstáculos y las opciones de estrategias y mecanismos tendientes a procurar un cumplimiento progresivo mayor, en resguardo de la salud y sus factores determinantes (Gattini, 2018).

El mejor nivel de salud de la población ha incidido en los cambios demográficos y epidemiológicos que ha experimentado Chile. La población ha crecido y la esperanza de vida al nacer se ha elevado. Ambas variaciones plantean nuevos desafíos sanitarios, especialmente el envejecimiento de la población y el aumento de las enfermedades cró-

nicas. A su vez, estos han gatillado un aumento en la demanda de atención asistencial, que actualmente requiere mayores soportes tecnológicos, especialmente para tratar a los adultos mayores. Aunque es importante indicar que el crecimiento y los cambios sociosanitarios no han sido homogéneos y las desigualdades persisten. En términos sanitarios estas se expresan, como se dijo, en la mayor vulnerabilidad sanitaria y niveles de salud más bajos de los grupos de menores ingresos (Forascepi, 2018).

El crecimiento económico ha permitido contar con mejores condiciones de los «determinantes sociales», incluyendo aquellos planteados por la ONU como saneamiento (agua y condiciones sanitarias), alimentos sanos y nutrición adecuada, educación, vivienda, condiciones laborales y ambientales, e información relacionada con salud. Entre 1990 y 2015, Chile destacó por lograr un alto grado de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio establecidos por las Naciones Unidas para ese periodo. Las mejores condiciones económicas, sociales y de calidad de vida han mejorado de forma sustantiva en las últimas décadas. En ese avance logrado se destaca que, en 2020, la pobreza había disminuido a solo 10,8%, y la escolaridad aumentada a 11,7 años. También que el 99% de la población urbana (88% del país) ya contaba con adecuadas instalaciones de agua potable y saneamiento y, en el sector rural, el sistema de agua potable era casi universal y las condiciones de adecuado saneamiento superaban el 90% (PNUD, 2022).¹²

Aunque el desarrollo socioeconómico ha favorecido un notorio avance en la atención y situación de salud, no se ha logrado disminuir la desigualdad en las condiciones sociales y sanitarias existentes entre diversos grupos de la población, que a su vez repercuten en las desigualdades en materia de salud (Cabieses y otros, 2016; Gattini, 2018).

La legislación chilena, en línea con el derecho internacional y lo establecido por la OMS y otras entidades de las Naciones Unidas incluye medidas de protección social y subsidios a grupos pobres y vulnerables, tendientes a procurar una mayor justicia social. La cobertura del sistema de salud, especialmente a través de la atención primaria que cubre todos los sectores poblados del país, incluyendo aquellos más pobres y rurales, ha contribuido a mejorar el nivel de salud y disminuir enfermedades evitables, con efectivos mecanismos de prevención y control, como las inmunizaciones y la atención materno infantil y de enfermedades crónicas (OPS, 2020). Sin embargo y a pesar de ese esfuerzo, persiste una disparidad en la vulnerabilidad y necesidades de salud entre los distintos grupos y áreas del país, en detrimento de los sectores con menores condiciones socioeconómicas y mayor vulnerabilidad social (Cabieses y otros, 2016; Gattini, 2018).

El desarrollo global logrado en el país ha favorecido una mayor cobertura de la atención de salud, especialmente para servicios esenciales (como inmunización, atención del parto, atención primaria) y mejoras en las condiciones de determinantes sociales de

12. PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Índice de Desarrollo Humano 2022: Chile mantiene primer lugar en la región, con desafíos persistentes en reducción de desigualdades, disponible en <https://tipg.link/SMZL>.

la salud, como menor pobreza, mayor educación y mejores condiciones de nutrición, vivienda y saneamiento (Gobierno de Chile, 2014; Gattini, 2018).

Una óptima atención y situación de salud resguardadas por la protección estatal del derecho están sujetas a que todas las personas tengan condiciones de calidad de vida que les permitan lograr la mejor situación posible de salud y que el Estado proteja y asegure dichas acciones.

Las políticas y los programas de salud se desarrollan con la finalidad de contribuir a satisfacer las necesidades de la población, como resultado de los mecanismos de rendición de cuentas establecidos. A su vez, para que el derecho a la salud constituya una aspiración más factible de cumplir es preciso que bajo ese enfoque se produzca una dinámica e integrada serie de fases normativas y de políticas, planes, gestión y acción en distintos niveles del país (Cabieses y otros, 2016).

Es imprescindible mantener una efectiva vigilancia sobre el nivel de cumplimiento del derecho a la salud, la causa de sus limitaciones, los desafíos y las posibilidades de adoptar estrategias y mecanismos para poder mejorar ese cumplimiento. Es crucial que el derecho internacional no solo establezca exigentes metas generales, sino que especifique objetivos posibles de cumplir paulatinamente, según la real capacidad estatal y considerando los serios obstáculos existentes en la diversidad de países y grupos de población.

Conclusiones

El concepto de derecho a la salud tiene distintos significados en las ciencias jurídicas y en la salud pública; con distintas lógicas subyacentes, lenguajes y formas de entenderlo; propias e independientes entre sí, no siempre fáciles de compatibilizar.

Cualquier definición del derecho a la salud implica distinguir entre las prestaciones a las que el Estado se obliga y contrae, de acuerdo con la legislación nacional y a los tratados internacionales suscritos, cuyo alcance no siempre coincide.

En el caso de los últimos es necesario distinguir entre aquellos que versan sobre derechos humanos en general y aquellos instrumentos sobre salud pública emanados de organismos internacionales, como la OMS, en la medida que sean tratados vinculantes.

El hecho de que el concepto de derecho a la salud incluya su condición de derecho social implica dificultades conceptuales, inherentes al Estado social de derecho. En cuanto derecho social es importante precisar sobre qué grado de cumplimiento puede ser considerado suficiente como para determinar que se ha logrado una efectiva materialización.

En caso de incumplimiento o de un cumplimiento deficitario surge necesariamente el debate sobre la legitimidad democrática de los órganos competentes para resguardar los derechos sociales, pues la decisión sobre otorgamiento de esas prestaciones implica decidir el destino de recursos públicos, cuya administración requiere de una legitimidad distinta de la que poseen los tribunales superiores de justicia y la justicia administrativa.

Desde la salud pública el reconocimiento de la salud como derecho fundamental posibilita una interpretación de la legislación nacional que contribuya a lograr altos estándares sanitarios para la mayoría de la población. La finalidad de un enfoque basado en los derechos humanos es que todas las políticas, estrategias y programas se formulen para lograr progresivamente elevados y equitativos niveles de salud para toda la población.

La legislación chilena, en lo que respecta a la protección estatal del derecho a la salud, se encuentra en concordancia con las directrices establecidas por la OMS y otras entidades de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados. Ello incluye medidas de protección social y subsidios a grupos pobres y vulnerables, así como legislación tendiente a procurar una mayor justicia social.

Esa responsabilidad, en el marco de un derecho social, ha significado que la doctrina proponga diversas denominaciones a este derecho para determinar cuál es su contenido y las prestaciones que siempre se deben garantizar.

Referencias

- ARANGO, Rodolfo (2001). *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Kiel: Nomos.
- BASTÍAS, Gabriel y Gonzalo Valdivia (2007). «Reforma de salud en Chile: El plan AUGE o Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES). Su origen y evolución». *Boletín Escuela de Medicina* (Pontificia Universidad Católica de Chile), 32 (2): 1-8.
- BCN, Biblioteca del Congreso Nacional (2004a). Ley 19.937. Disponible en <https://tipg.link/SMc5>.
- . (2004b). Ley 19.966. Disponible en <https://tipg.link/SMc8>.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1987). «Ernst-Wolfgang: Demokratie als verfassungsprinzip». En Josef Isensee und Paul Kirchhof (editores), *Handbuch des staatsrechts der bundesrepublik deutschland*. Heidelberg: Band I Grundlagen von Staat und Verfassung.
- BOROWSKI, Martin (2018). *Grundrechte als prinzipien*. 3.^a edición. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
- BUCHANAN, Allen (2009). «The right to a decent minimum of healthcare». *Justice and healthcare selected sssays*. Oxford: Oxford University Press.
- CABIESES, Báltica, Margarita Bernal, Alexandra Obach y Víctor Pedrero (2016). *Vulnerabilidad social y su efecto en salud en Chile: Desde la comprensión del fenómeno hacia la implementación de soluciones*. Universidad del Desarrollo. Disponible en <https://tipg.link/SMcD>.
- CLÉRICO, Laura (2001). *Die struktur der verhältnismässigkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
- COUSO, Javier (2004). «Consolidación democrática y poder judicial: Los riesgos de la judicialización de la política». *Revista de Ciencia Política*, 14 (2): 29-48.
- DANIELS, Norman (1995). *Just health care*. Nueva York: Cambridge University Press.

- EICHENHOFER, Eberhard (2012). *Soziale menschenrechte im Völker-europäischen und deutschen Recht: Mohr Siebeck*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2009). «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales». *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3): 587-620.
- . (2013). «El derecho a la salud». *Estudios Constitucionales*, 1 (2): 283-332.
- FOITZICK, Macarena (2016). «The Access to healthcare services as a human rights under international law and its applications in Latin American countries: Case studies from Argentina, Chile, Costa Rica, and Brazil». *Doctor of juridical science dissertations*. Indiana University.
- FORASCEPI CRESPO, Constanza (2018). «Chile: Nuevos desafíos sanitarios e institucionales en un país en transición». *Revista Panamericana de Salud Pública*, 42: e137. DOI: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.137>.
- GATTINI, Cesar (2018). «El sistema de salud en Chile». *Observatorio chileno de salud pública*. Disponible en <https://tipg.link/SMcE>.
- GOBIERNO DE CHILE (2014). *Los objetivos de desarrollo del milenio: Cuarto informe del Gobierno de Chile*. Disponible en <https://tipg.link/SMcG>.
- GONZÁLEZ, Edwin (2007). «La salud pública como campo transdisciplinar». *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 25 (1): 71-77. Disponible en <https://tipg.link/SMcH>.
- HENNIG LEAL, Mónica y Eliziane de Vargas (2024). «Incorporation of the premises of structural litigation by the Brazilian Federal Supreme Court in the adjudication structural disputes». *Revista de Derecho (PUCP)*, 93: 2305-2546.
- HOROWITZ, Donald (2010). *The courts and social policy*. Washigton: The Brookings Institution.
- JELLINEK, Georg (1963). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2.^a ed. Darmstadt: Wissenschaftl Buchgesellschaf.
- JORDAN DÍAZ, Tomás (2007). «La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena». *Revista Estudios Constitucionales*, 5 (2): 185-204.
- KINNEY, Eleanor D. y Brian A. Clark (2004). «Provisions for health and healthcare in the constitutions of the countries of the world». *Cornell International Law Journal*, 37: 285.
- MARMOT, Michael y Richard Wilkinson (editores) (2006). *Social determinants of health*. Oxford: Oxford University Press.
- MINISTERIO DE SALUD (2022). *Estrategia Nacional de Salud para los objetivos sanitarios al 2030*. Disponible en <https://cens.cl/wp-content/uploads/2022/03/Estrategia-Nacional-de-Salud-al-2030.pdf>.
- MORALES, Leticia (2022). «Judicialización del sistema de salud». En Osvaldo Artaza y Claudio Méndez (editores), *Sistemas y servicios de salud: Centrados en las personas y sus comunidades* (pp. 102-117). Valdivia: Ediciones UACH.

- OLIVA, Patricio y Carmen Narváez (2022). «Análisis del sistema de salud chileno y su estructura en la participación social». *Saúde Debate*, 46 (núm. especial 4): 94-106. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042022E407>.
- OMS, Organización Mundial de la Salud (2002). *Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos*. Ginebra. Disponible en <https://tipg.link/SMZB>.
- . (2008). *Atención primaria de salud: Informe de la Conferencia Internacional sobre la atención primaria de salud*, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978. Ginebra. Disponible en <https://tipg.link/SO81>.
- . (2013). *The world health report: Research for universal health coverage 2013*. Ginebra. Disponible en <https://tipg.link/SMZ7>.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: Observación General 14*. Ginebra. Disponible en <https://tipg.link/SMZo>.
- OPS, Organización Panamericana de la Salud (2020). *Las funciones esenciales de la salud pública en las Américas: Una renovación para el siglo XXI. Marco conceptual y descripción*. Washington, D.C. Disponible en <https://tipg.link/SMZC>.
- OPS, Organización Panamericana de la Salud (2022). Portal de datos abiertos de la Organización Panamericana de la Salud (Plataforma PLISA). Disponible en <https://tipg.link/SMcR>.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge (2024). «Un modelo de interpretación para la efectivización progresiva de los derechos sociales de prestación». *Revista de Derecho del Estado*, 59: 65-90.
- RUDOLF, Beate (2014). «Artikel 35. Gesundheitsschutz». En Jürgen Meyer (editor), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 4.ª edición. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG..
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2001). «Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile». *Revista de Derecho Público*, 63 (1): 185-186.
- SILVA, Luis (2018). «¿Hacia el gobierno de los jueces? Un caso de usurpación de las funciones ejecutivas por parte del poder judicial: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema López y Ceballos, rol 17393-2015, de 18 de noviembre de 2015». *Revista de Derecho Público*, número especial: 323-336.
- SQUELLA, Agustín (2005). «El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas». *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 23: 103-133.
- TUGENDHAT, Ernst (1995). *Vorlesungen über Ethik*. 3.ª edición. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- VENKATAPURAM, Sridhar (2013). «Health justice: An argument from the capability approach». Cambridge: Polity Press.
- WILDHABER, Robert (1972). *Festschrift*. Separatum.
- YAMIN, Alicia Ely y Siri Gloppen (editores)(2011). *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health?* Harvard: Harvard Law School.

- ZÚÑIGA FAJURY, Alejandra (2011). «Teorías de la justicia distributiva: Una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud». *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 55: 191-211.
- . (2013). «La teoría distributiva de Dworkin y el derecho a la protección de la salud». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 20 (1): 323-338.

Sobre los autores

MACARENA FOITZICK ZUMELZU es abogada de la Universidad de Chile. Legum magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Washington College of Law, American University y doctora en Derecho por Indiana University. Su correo electrónico es macarenafoitzick@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0001-5588-872X>.

CESAR GATTINI COLLAO es médico cirujano, magíster en Salud Pública y Comunicación Social de la Universidad de Chile. Es máster en Ciencias en Medicina Comunitaria y doctor en Salud Pública de la LSHTM, Universidad de Londres. Es profesor de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es cesargattini@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-2911-8622>.

FELIPE WESTERMAYER HERNÁNDEZ es abogado de la Universidad de Chile. Legum magister in Rechtswissenschaft. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg y candidato a doctor en la misma casa de estudios. Su correo electrónico es westermeyer.felipe@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-5534-7699>.

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

ASISTENTE DE REDACCIÓN

Jaime Phillips Letelier

jphillips@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rdp@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io