

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

*Raúl Allard Soto**

*Mônia Clarissa Hennig Leal***

*Liliana Galdámez Zelada****

1. INTRODUCCIÓN

En Chile, el derecho a la salud se ha convertido en motivo de una preocupación ciudadana creciente y sostenida. En el centro de la discusión se encuentran las obligaciones que tiene el Estado en su protección y garantía frente a las progresivas expectativas de las personas por acceder a mayores y mejores prestaciones en este ámbito.

* Raúl Allard Soto es académico del Departamento de Ciencias Jurídicas y director de Calidad Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de La Frontera. Es doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Este artículo se terminó de escribir en el marco del Proyecto FONDECYT de Iniciación en Investigación 2015, núm. 11150939, “Colisión de derechos en tratados internacionales y su impacto en el acceso universal a medicamentos esenciales en Sudamérica”, investigador responsable: Raúl Allard Soto.

** Mônia Clarissa Hennig Leal es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC), Brasil. Es doctora en Derecho y licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil.

*** Liliana Galdámez Zelada es investigadora y profesora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Así, por ejemplo, a propósito del derecho a la salud, la encuesta de opinión publicada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de 2015 señala que 65.7% de los encuestados considera que es de cargo del Estado la garantía y protección del derecho a la salud; el 30.8% piensa que es una responsabilidad compartida por igual entre el Estado y la persona y 3.2% piensa que es una responsabilidad que recae principalmente en la persona. En la misma encuesta, 82.3% de los consultados opina que obtener una atención en salud de calidad depende de cuánto se puede pagar, y en cuanto a la pregunta sobre los derechos menos protegidos, para 43% sería el de una jubilación digna; 31% derecho a la salud, y tener un trabajo y recibir un salario justo, 31%.¹ En el mismo sentido, la encuesta CEP de noviembre de 2015 señala que entre las principales preocupaciones de los encuestados se encuentran la delincuencia (58%); salud (44%) y educación (33%).²

Las cláusulas que definen el rol del Estado con base en los modelos que revisaremos, Estado subsidiario/Estado social, juegan un papel absolutamente central a la hora de definir el sentido y alcance de la protección del derecho a la salud.

El reconocimiento de los derechos sociales y la responsabilidad que se asigna al Estado en su protección y su posterior desarrollo normativo y jurisprudencial serán analizadas desde la perspectiva del Estado subsidiario —más próximo al constitucionalismo clásico— y del Estado social de derecho, que se identifica con el modelo de la Constitución alemana de la posguerra y que se adopta en Brasil a partir de la redemocratización del país en 1988.

La opción estampada en la Constitución del 1980 en Chile adopta la forma del Estado subsidiario. En esta cuestión, Cristi analiza las contribuciones y el sello de Jaime Guzmán en la definición del rol del Estado, y afirma que:

¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Encuesta nacional de derechos humanos, consulta 13 abr 2016, disponible en <http://www.indh.cl/encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2015-3>

² Centro de Estudios Públicos de Chile, Estudio nacional de opinión pública, consulta 13 abr 2016, disponible en http://www.cepchile.cl/1_6166/doc/estudio_nacional_de_opinion_publica_noviembre_2015.html#.VxJahzB97IU

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

En 1969, Guzmán publica en la revista *Portada* un artículo titulado: “El Miedo. Síntoma de la realidad político-social chilena...”, Guzmán fija su atención en el estatismo, que ve como el peligro más grave que se cierne sobre la humanidad. Al estatismo, Guzmán opone el subsidiarismo. Piensa que en el estatismo se conjugan posiciones tanto liberales como socialistas, pero que el subsidiarismo puede salvaguardar al individuo y proyectar la individualidad en las sociedades intermedias. Elabora así, fundado en *Mater et Magistra*, los lineamientos de una teoría acerca del papel del Estado [...] la única alternativa es el subsidiarismo católico, que funda la autonomía y la libertad del individuo en una metafísica de la persona.³

En las actas oficiales de la Comisión Ortúzar, Jaime Guzmán planteó una pregunta fundamental para el estudio que se presenta ahora: “¿Tiene toda persona derecho a que los mecanismos que el hombre ha descubierto para proteger la salud [...] les sean conferidos en forma gratuita? ¿O eso depende de la capacidad económica del interesado?”⁴ En las sesiones de la Comisión, la pregunta quedó planteada junto a varias otras reflexiones, pero no encontramos una clara respuesta en las vivas discusiones que se produjeron al interior de la Comisión en esta materia.⁵ Esta indefinición ha marcado las ambivalencias en la protección de este derecho.

Jaime Guzmán decía en 1978 que “[u]na sociedad más justa y solidaria exige fundamentalmente que el gasto social se asigne con preferencia a los más pobres [...]” y agregó: “La primera prioridad debe siempre dirigirse al crecimiento económico general del país para brindar un mejor nivel de vida a todos sus habitantes”.⁶ Pero la crisis económica de 2008 desatada en

³ Cristi, Renato y Ruiz Tagle, Pablo, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, Santiago, LOM, 2014, p. 223.

⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 190, miércoles 17 de marzo de 1976, consulta 15 abr 2016, disponible en [file:///C:/Users/lgal-damez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lgal-damez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20(1).pdf)

⁵ Es en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones: 190, 192, 193, 194, donde se desarrolla parte importante de la discusión a propósito del derecho a la salud.

⁶ Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad*, Santiago, Lom, 2000, p. 171.

Estados Unidos y luego la de 2011, en Europa, pusieron en evidencia que el crecimiento económico de los países más ricos no había resuelto un tema central: la cuestión de la distribución de la riqueza.

En una perspectiva contemporánea, desde la economía política, Thomas Piketty introduce una perspectiva histórica y crítica que pone en evidencia las falencias de la tesis de Guzmán. Piketty, haciéndose cargo del mayor peso del Estado —comparativamente con su rol en el colapso económico de 1929— afirma que “es necesario inventar nuevas herramientas para retomar el control de un capitalismo financiero que se ha vuelto loco, renovando y modernizando, profunda y permanentemente, los sistemas de impuestos y gastos, que son el corazón del Estado social moderno y que alcanzaron un grado de complejidad tal, que a veces amenaza gravemente su inteligibilidad y su eficacia socioeconómica”.⁷ Asimismo agrega: “[l]a redistribución moderna no consiste en transferir las riquezas de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar servicios públicos e ingresos de reposición más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la educación, la salud y las jubilaciones”.⁸

Desde el retorno a la democracia y a la vez que se creaba un sistema privado de atención en salud, las deficiencias del sistema entregado a los privados y sus altos costos para las personas han llevado al Estado a ampliar la cobertura pública de determinadas enfermedades —Plan Auge—, a la vez que se ha extendido el interés público por controlar la incidencia de los privados en el ámbito de la salud, no para limitar su iniciativa, sino para introducir mecanismos que preserven el interés público presente en la tutela de este derecho. Esta evolución y las tensiones evidenciadas por las encuestas de opinión y protestas ciudadanas han llevado a configurar un modelo que no se corresponde estrictamente con el Estado subsidiario, pero que tampoco se identifica con el Estado social.

⁷ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, p. 522.

⁸ *Ibidem*, p. 528.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Si bien todos los derechos tienen costo,⁹ los de derechos como el de propiedad han sido históricamente asumidos por el Estado, mientras que los derechos sociales irrumpen en el constitucionalismo moderno a principios del siglo xx, siendo la cuestión de su costo un asunto invocado para retardar su reconocimiento y garantía.

Para conocer cómo inciden estas definiciones en el derecho a la salud, en este trabajo se analizará su caracterización en el Estado subsidiario y sus caracteres en el marco del Estado social. Para el primer caso se analizará la Constitución chilena de 1980, mientras que para lo segundo se revisará la Constitución brasileña de 1988.

Este trabajo se divide en cuatro partes: la primera para analizar el Estado subsidiario en la Constitución chilena de 1980 y sus matizaciones legislativas; la segunda para analizar las manifestaciones del Estado subsidiario en el derecho a la salud en Chile; la tercera para revisar el Estado social de derechos en la Constitución de Brasil de 1988 y sus manifestaciones en el derecho a la salud; el cuarto para plantear la necesidad de avanzar en Chile del Estado subsidiario a un Estado comprometido con la salud, y un apartado final de conclusiones.

2. EL ESTADO SUBSIDIARIO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y SUS MATIZACIONES LEGISLATIVAS

2.1. El diseño del Estado subsidiario y la protección del derecho a la salud

Como hemos dicho, nuestra hipótesis es que en el ordenamiento jurídico chileno conviven, en el ámbito sanitario, el Estado subsidiario y el Estado social, el primero se desprendería del artículo 1 de la Constitución, mientras que el segundo encuentra sus antecedentes en la naturaleza social del derecho, en su desarrollo normativo y jurisprudencial y, también, en el desarrollo histórico

⁹ Holmes, S. y Sunstein, C., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

de políticas públicas para mejorar la tutela del derecho a la salud, como veremos más adelante.¹⁰

La Comisión Ortúzar, en la sesión 16, de 13 de noviembre de 1973, señaló:

El señor Guzmán [...] destacó la importancia de consagrar el principio de la descentralización del Poder o de la “subsidiariedad”, entendiendo que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y solo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios, o cuando, por lenidad de estos, no cumplan el objetivo que la sociedad reclama de ellos.

Esta noción, agregó, es importante consignarla al comienzo del memorándum, porque la clave de la libertad, a su juicio, está en la vigencia del principio de subsidiariedad, antes que en el respeto a las libertades políticas [...].

También dice Guzmán “La nueva institucionalidad económica [...] deja al mercado [...] la iniciativa y gestión productora, y reservar al Estado solo aquello que los particulares no pueden realizar adecuadamente, dentro de lo cual sobresalen las funciones que, por su propia naturaleza, son inherentes a la autoridad, como asegurar mercados abiertos y competitivos, y actuar directamente sobre la justa distribución del ingreso.”¹¹

En definitiva, el Estado no interviene sino cuando otros dispositivos fallan, ese primer momento quedaría entonces entregado a la iniciativa privada, entendida esta en un sentido amplio.

¹⁰ Sobre Estado subsidiario afirma Fernandois, Arturo, “Quizá la formulación más clara del principio de subsidiariedad es la contenida en la encíclica papal *Quadragesimo Anno*, de 1941, de Pío XI. Escribió el Pontífice: “como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto [...] entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores pueden hacer”. Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, t. I, p. 89.

¹¹ Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad...*, cit., p. 164

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Dicho esto, el Estado subsidiario se expresa también en otros capítulos esenciales de la Constitución.

En relación con el Estado subsidiario, Jorge Tapia Valdés afirma que

A partir de fines de los años 70 el principio fue asociado a las políticas económicas y cívicas del régimen de A. Pinochet en Chile. La Constitución de 1980 puso en vigencia el principio en su artículo 1º, inciso tercero, conforme al cual el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios y les garantiza una autonomía adecuada a la prosecución de sus fines específicos. La Constitución hace reiterada aplicación a lo largo de su texto del principio de subsidiariedad, sin nombrarlo, especialmente en materia de derecho a la salud, a la seguridad social, la educación, la libertad de opinión, el derecho de información y, en particular, en lo concerniente a los derechos y libertades económicas... El objetivo perseguido por el régimen militar y su Constitución era claro y manifiesto: trazar una separación estricta entre economía y política, y entre Estado y sociedad civil, perfectamente acorde no solo con el modelo neoliberal que se empezó a aplicar desde 1975, sino con el ideal de democracia autoritaria y tutelada que se consagró en el texto original de la Constitución de 1980 (hoy parcialmente modificado en la materia).¹²

Como bien destaca el profesor Tapia, parte del contenido del principio de subsidiaridad va a impactar directamente en la manera en que se concibe al derecho a la salud en la Constitución de 1980.¹³ El modelo a través del cual se configura la prestación

¹² Tapia Valdés, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, p. 102.

¹³ Sobre el principio de subsidiariedad señala Loo, “creemos que el principio de subsidiariedad es, innegablemente, la fuente inspiradora de la disposición del artículo 1, inciso 3º, C. Pol. Los antecedentes de la norma constitucional lo confirman ampliamente al tiempo que el texto expreso no deja mucho campo para una interpretación diversa, ya que podemos apreciar en él la presencia de los elementos esenciales de la elaboración doctrinal de la Iglesia católica sobre este principio, a saber, *in primis*, el reconocimiento y protección de los cuerpos intermedios, el reconocimiento de que ellos constituyen la base sobre la cual se estructura y organiza la sociedad política, y la garantía de libertad y protección para el cumplimiento de sus fines específicos. Por ello, creemos que la doctrina que identifica en el artículo 1 inciso 3º, C. Pol. una manifestación de algunos de los elementos centrales

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

de los servicios de salud se formula sobre la base de dos sistemas a los que las personas pueden optar: un subsistema privado y un subsistema público.

Otra opinión sostiene Arturo Fermandois, cuando señala que

El orden público económico se nutre de la subsidiariedad. Pero la subsidiariedad da lugar a otros principios derivados, que son la especie respecto al género, ellos son: *i*. El principio de la libertad económica, que emana filosóficamente del derecho de las personas a constituir entidades con fines lucrativos lícitos, y reconocidos por el N° 21 del artículo 19 de la Carta, y *ii*. La subsidiariedad económica y el Estado empresario, que consiste en el principio por el cual el Estado solo intervendrá aquellas entidades económicas privadas cuando se cumplan los requisitos ya expuestos, o ingresará a desarrollar actividades económicas mediante empresas, cuando dichos requisitos estén cumplidos.¹⁴

La perspectiva de la subsidiariedad en relación con el derecho a la salud, a efectos de este trabajo y siguiendo al profesor Tapia, encaja mejor en la lógica del artículo 1, inciso 3, que opinamos demarca la manera en que se comprende este derecho y la participación de los privados en su prestación.

Ahora bien, ¿cómo se expresa la subsidiariedad en relación con el derecho a la salud en la Constitución de 1980? Si bien

del principio de subsidiariedad se encuentra ampliamente justificada en sus razones. Sin embargo, y por otro lado, opinamos, que la distancia entre afirmar que un precepto normativo tiene su inspiración en un principio y que un principio se encuentra consagrado en dicho precepto, es mucha". Loo Gutiérrez, Martín, "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, 2° sem., 2009, pp. 391-426. En este sentido, el autor plantea sus críticas a que dicho principio pueda asociarse indisolublemente a la libertad de empresa y al consiguiente rol que juega el Estado en la materia.

¹⁴ Fermandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia...*, cit., p. 95. También, a propósito de la libertad de empresa y principio de subsidiariedad se recomienda leer a Vallejo Garretón, Rodrigo y Pardow Lorenzo, Diego, "Derribando mitos sobre el Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, 2008, pp. 135-156.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

clásicos derechos de contenido social, como el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social figuran en el catálogo de los derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución, tales derechos no son amparados en todas sus dimensiones a través del recurso de protección, y si lo son, es solo en el ámbito de la libertad, que corresponde a una perspectiva más individual del derecho.

En efecto, si analizamos el derecho a la salud, lo que se protege a través del recurso de protección es la libertad de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar; lo mismo ocurre con la libertad de enseñanza —derecho de los padres para elegir el establecimiento en el que estudiarán sus hijos, derecho de los privados para abrir establecimientos de enseñanza—. Lo que se garantiza no es el contenido social de esos derechos, sino los contenidos asociados a la libertad. El contenido sustantivo del derecho es lo que quedaría al margen del recurso de protección, al menos así fue pensado en el diseño constitucional del derecho.

En este punto debemos aclarar que no se trata de una discusión acerca del carácter fundamental del derecho a la salud, tesis a la que adscribimos, se trata más bien de valorar los mecanismos de protección del derecho. En este contexto cobra relevancia la afirmación de Bobbio: “el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no [es] el de fundamentarlos, sino el de protegerlos”.¹⁵ Un análisis crítico del caso que analizamos nos lleva a afirmar que, tras el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, existen importantes carencias en el ámbito de su protección. En unos casos será la ausencia de desarrollo normativo, en otros, será la falta de mecanismos institucionales para su garantía o su falta de protección.

A propósito de la definición de lo que es un derecho fundamental, afirma Diez-Picazo que:

En resumen, hay dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. La concepción formal pone el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional

¹⁵ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 63.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución. La concepción material, por su parte, insiste en que regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, culturales, organizativos, etcétera).¹⁶

Como ya dijimos, en relación con el derecho a la salud, el rol subsidiario del Estado ha sido matizado. Esto se produce en la práctica a través de dos fórmulas: la primera es a través de su desarrollo normativo, que ha procurado su ampliación y luego *de facto*, por el ensanchamiento de su tutela a través del recurso de protección que se ha extendido a supuestos no cubiertos originalmente por el recurso. En este segundo supuesto han sido los jueces, caso a caso, quienes han ampliado su tutela a través del recurso de protección.

Enseguida intentaremos demostrar esta afirmación, pero también diremos que esta matización no supone el abandono del Estado subsidiario. Lo que creemos que ocurre hoy, es que conviven de manera forzada el Estado subsidiario y el Estado prestador. Ya diremos más adelante qué consecuencias trae esta disfuncional convivencia.

2.2. Estado subsidiario y Estado social. ¿Una articulación posible?

Las nuevas perspectivas sobre el derecho a la salud han llevado recientemente a Jordán a hablar de un “cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”.¹⁷ Del mismo modo, Jaime Bassa y Bruno Aste, identifican una *mu-*

¹⁶ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Arazadi, 2005, p. 37.

¹⁷ Jordán, Tomás, “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 333-380.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

tación en los criterios jurisprudenciales de protección del derecho a la salud en Chile.¹⁸ Al ahondar en ello, señalan:

En esa línea, el Tribunal reconfigura completamente el contenido constitucional de este derecho social, por cuanto el principio de subsidiariedad ya no puede ser esgrimido como un argumento para garantizar sin más la libre iniciativa económica: en materia de derechos sociales, los particulares (v. gr., ISAPRES) se encuentran obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones limitando, de paso, el contenido de la libertad empresarial. El Tribunal ha reconocido el efecto de irradiación que caracteriza a los derechos fundamentales en su comprensión contemporánea, efecto que se verifica no solo sobre el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino también en las relaciones entre particulares y en sus actos normativos de efecto particular. Ello ha significado relativizar la preponderancia del principio de subsidiariedad en su aplicación a las relaciones de protección de derechos de carácter social, que ha cedido ante los valores constitucionales de orden público en el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁹

En cuanto a la actuación de los jueces, la presión ciudadana y otros factores han motivado la apertura de los criterios jurisprudenciales. Lógicamente, esta actuación pone en tensión viejos paradigmas de la relación entre el legislador y el juez, la preocupación por el desplazamiento del poder y la cuestión de la legitimidad rondan el fenómeno al que hacemos referencia, sin embargo, nuestro objetivo es poner en evidencia este proceso, una posición crítica en este sentido requiere un análisis más amplio de la cuestión. Dicho esto, no podemos obviar que esta ampliación se produce caso a caso, no se debe perder de vista que no todas las afectaciones al derecho a la salud llegan a los tribunales, eso será —en la mayoría de los casos— algo asociado a la capacidad económica de quien se ve privado o amenazado en el ejercicio de un derecho y corresponde al legislador establecer reglas generales sobre este asunto.

¹⁸ Bassa, Jaime y Aste, Bruno, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 1, 2015, pp. 215-244.

¹⁹ *Ibidem*, p. 236.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Lo que antes hemos denominado una matización del Estado subsidiario se relaciona con varios asuntos. Si bien hemos identificado las cuestiones que darían lugar a esta matización, otra cosa distinta es analizar por qué se produce. Nos parece que en esto incide, entre otros factores, un proceso ya iniciado a principios del siglo xx que buscó construir un rol más activo del Estado en la tutela y protección de los derechos sociales. Osvaldo Larrañaga, al referirse a aquella época, señala:

La pobreza y la contaminación tenían un elevado costo en salud. En Santiago y otras ciudades morían tres a cuatro de cada diez niños en el primer año de vida a causa de diarreas, infecciones respiratorias y otras enfermedades. La mortalidad de la población adulta era también extendida por efecto de plagas y enfermedades contagiosas, como cólera, viruela, tifus exantemático, tuberculosis, entre otras. Se decía que los indicadores de salud eran los más malos del mundo, aun cuando, probablemente, la mortandad de la población chilena no era peor que la prevaleciente en otras regiones para las cuales no se contaba con estadísticas. Pero lo cierto es que la situación de salud era desastrosa y motivaba la preocupación de médicos y críticos sociales.

Durante el siglo xx dicha realidad irá evolucionando en la perspectiva de un Estado de bienestar. Para 2010, señala el autor, “se ha introducido un conjunto de políticas de protección social, que reduce la vulnerabilidad en que vivían amplios sectores de la población. Este es el caso del Plan Auge de la salud, el seguro de desempleo, las pensiones solidarias y de la política Chile Solidario contra la extrema pobreza. Estas políticas hacen la diferencia en el cuidado del bienestar y debieran continuar siendo un componente importante del Estado bienestar chileno”.²⁰

Además, la Constitución de 1925 ya incluía derechos de contenido social, al señalar que la Constitución aseguraba a todos los habitantes:

Artículo 14. La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsual social, especialmente en cuanto se refieren a la habita-

²⁰ Larrañaga, Osvaldo, “El Estado de bienestar en Chile 1910-2010”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, documento de trabajo, 2010, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 74.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

ción sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización. El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. 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. Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad [...].

En nuestra opinión, la construcción del Estado social ha estado presente por más de un siglo en el desarrollo de políticas públicas, y en los idearios de distintos sectores y movimientos políticos. Tampoco podríamos olvidar que desde el retorno a la democracia, la lucha contra la pobreza y, más recientemente, la superación de las brechas de desigualdad han motivado un importante esfuerzo por garantizar derechos como la salud y la educación. La cuestión, a nuestro modo de ver, radica en que esa construcción no ha sido asumida en la Constitución vigente. No estuvo en el horizonte de los redactores de la Constitución colocar al Estado como responsable y prestador de los derechos sociales, por el contrario, lo que se definió en la Constitución es el rol del Estado como un ente subsidiario.

En efecto, el esfuerzo privatizador que promovieron los economistas de la Escuela de Chicago postergó la actividad del Estado, mientras realzó la iniciativa privada en áreas estratégicas, salud, educación, seguridad social. Pero la iniciativa privada no ha logrado satisfacer las expectativas, por el contrario, ha incrementado las desigualdades,²¹ lo que ha devuelto nuevamente las

²¹ En este sentido, afirma la OCDE en su informe sobre indicadores sociales de 2011: “Chile es el país de la OCDE con mayor desigualdad de ingresos (coeficiente de Gini de 0.50), mucho mayor que el promedio de la OCDE de 0.31. Con 18.9%, Chile tiene la tercera tasa mayor de pobreza relativa de la OCDE, después de México e Israel y muy por encima de la media de la OCDE de 11.1%. El 38% de los chilenos reporta que le es difícil o muy difícil vivir de sus ingresos actuales, un porcentaje muy por encima de la media de la OCDE de 24%”, visitado el 6 de agosto de 2015, disponible en <http://www.oecd.org/chile/47572883.pdf>

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

miradas hacia el Estado. Así lo manifiestan las demandas ciudadanas que le exigen un papel central en la satisfacción de los derechos sociales.

Regresando a la Constitución de 1980, ¿qué se dice de los derechos sociales? El capítulo de los derechos fundamentales no ha sido sustantivamente modificado desde su vigencia, de tal manera que, como dijimos, los avances en el ámbito de los derechos fundamentales de contenido social se han desarrollado en el terreno de la ley y en la jurisprudencia. En democracia, la Constitución material en el terreno iusfundamental ha sido principalmente obra de los jueces y del legislador.

El estatuto de los derechos fundamentales, tanto en su configuración como en su sistema de garantías, ha sobrepasado los términos explícitos de la Constitución.²² Esto se expresa, por una parte, en el incremento del catálogo de derechos y, por otra, en la extensión de los mecanismos de garantía de los derechos a otros, inicialmente no protegidos.²³

Así, por ejemplo, nuestro ordenamiento no contiene una acción directa de tutela de derechos fundamentales de competencia del Tribunal Constitucional (TC), sin embargo, la práctica demuestra que en el marco de una acción de protección, por vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el TC puede ser llamado a pronunciarse sobre la tutela de derechos fundamentales. Así ocurrió, por ejemplo, en los múltiples requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos por afiliados a ISAPRES por el reajuste unilateral —de acuerdo con los criterios (de edad y sexo) a ser consideradas en las Tablas

²² Navarro (2012).

²³ Galdámez, Liliana, “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el ordenamiento chileno y la Constitución material”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos* Santiago, Librotecnia, 2015. Sobre derechos implícitos, véase la sentencia rol 834, cdo. 22. “Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

de factores de riesgo— de estas últimas, a los planes de salud y que, en definitiva, derivó en la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de una parte del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, a través del inciso segundo del artículo 5, una norma de textura abierta, ha generado una importante transformación del derecho interno, influyendo de manera clave en los procesos seguidos ante la jurisdicción ordinaria en casos por graves violaciones a los derechos humanos.²⁴

Dicho esto, ¿suponen estas nuevas perspectivas una transformación del papel subsidiario del Estado tal y como fue concebido en la Constitución de 1980? Creemos que si bien se han producido las evoluciones detectadas por la doctrina, estas no han logrado desplazar al Estado subsidiario para convertirlo en un Estado social. En nuestro concepto, no se trata tanto de una mutación constitucional, sino de una yuxtaposición de ambos modelos. Esto acarrea consecuencias en la protección y garantía de los derechos sociales.

En nuestra opinión, el Estado subsidiario se concreta hoy en las siguientes perspectivas:

- a) ausencia de mecanismos de protección y garantía directa del derecho a la salud;
- b) propietarización de los derechos sociales, como ocurre con la salud y la educación, cuya tutela se ha desarrollado desde la perspectiva individual y no colectiva y social;
- c) protección reforzada para derechos como la libertad de empresa y límites al Estado empresario;

²⁴ En este sentido, la Corte Suprema, en el caso *Sandoval*, rol 517 de 2004, califica a la desaparición forzada de personas como una infracción grave a los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile mediante decreto supremo 752, de 5 de diciembre de 1950 y publicados sucesivamente los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, y su protocolo adicional II, de 1977, fue ratificado mediante el decreto supremo 752, de 17 de junio de 1991, publicado el 28 de octubre de 1991. La Convención sobre Imprescriptibilidad es invocada por su parte como norma del *ius cogens* internacional, imperativa y no obligatoria. Véase una completa perspectiva de la cuestión en: Galdámez, Liliana, *op. cit.*

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

- d) desarrollo legislativo del derecho a la salud no es lo mismo que su reconocimiento constitucional;
- e) fuerte conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud ha permitido que se proteja con más intensidad el primero;
- f) subsistencia de un sistema de salud pública comparativamente más deficiente que los sistemas de salud privados;
- g) cobertura parcial de las enfermedades catastróficas que pueden llevar a la protección de una parte del tratamiento pero no de su globalidad;
- h) ingentes utilidades del subsistema privado de salud como indicador de lucro y de las utilidades que se generan. Según la Superintendencia de Salud en 2014, “A nivel de ISAPRES, Cruz Blanca es la que obtiene las mayores utilidades (\$12 599 millones), seguida por Colmena (\$9 135 millones), Banmédica (\$8 767 millones) y Consalud (\$8 723 millones), de estas Instituciones solo la primera y la última presentan incrementos respecto a junio de 2013”.²⁵

En definitiva, el Estado subsidiario cuenta con una consagración normativa en la Constitución, mientras que el Estado social se construye más al margen de la Constitución, sin que ninguno de los modelos desplace al otro. Esta convivencia es la que nos lleva a hablar de una Constitución pendular en esta materia.

3. MANIFESTACIONES DEL ESTADO SUBSIDIARIO EN EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE

Diversos elementos configuran las características principales del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico chileno, los que se pueden vislumbrar en la Constitución de 1980, en diferentes textos legales que la abordan, así como de la interpretación jurisprudencial que emana del Tribunal Constitucional. A continuación aludiremos a aquellas características que, en nuestro concepto, adquieren mayor relevancia y determinan sus aspectos centrales:

²⁵ Superintendencia de Salud, consulta 3 ago 2015, disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-9931.html>

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

3.1. El derecho a la salud como derecho individual en la Constitución y su tratamiento como derecho social en la jurisprudencia

La protección de la salud garantizada en el artículo 19, numeral 9, inciso primero de la Constitución de 1980 debe ser apreciada desde dos dimensiones:²⁶ por una parte, como el derecho a acceso de la salud —acciones que tengan por objeto su prevención, recuperación y rehabilitación— y, por otra parte, como una garantía de que la persona no sufrirá enfermedades evitables.

De acuerdo con Nancuante, Romero y Sotomayor, es precisamente esta doble dimensión la que nos indica su calidad de derecho social, a la que alude el Tribunal Constitucional con ocasión de sus sentencias²⁷ relativas a la Tabla de Factores que las ISAPRES utilizaban para modificar sus precios: “Señaló dicho Tribunal en forma extensa, aunque reiterativa, que esta garantía constitucional forma parte de la dignidad humana y que el Estado está obligada a respetarla, aunque se trate de un derecho social, puesto

²⁶ Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud*, Santiago, Legal Publishing, 2012, pp. 19-20.

²⁷ Entre ellas, las cuatro sentencias recaídas en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad acogidas por el Tribunal Constitucional de Chile (TC) a contar del año 2008 —rol 976-2007, sentencia de 26 de junio de 2008; rol 1218-2008, sentencia de 7 de julio de 2009; rol 1273-2008, sentencia de 20 de abril de 2010; rol 1287-2008, sentencia de 8 de septiembre de 2009— que sirvieron de fundamento para la posterior declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, sentencia de 6 de agosto de 2010 —publicada en el *Diario Oficial*, 9 de agosto de 2010—, rol 1710-2010. Esta última sentencia del TC chileno bien puede ser considerada la más importante hasta la fecha en materia de exigibilidad de los derechos sociales, por una serie de razones: por los efectos generales que provoca esta sentencia del TC al declarar inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES; por acoger como derechos conculcados el artículo 19, num. 2 (igualdad ante la ley), num. 9 (el derecho a la protección de la salud) y num. 18 (el derecho a la seguridad social); y por la calidad y cantidad de la doctrina nacional y extranjera citada.

Para una completa revisión y análisis jurisprudencial en esta materia, véase Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 86-120 y 272-277.

que la doctrina de forma unánime entiende que no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho que, a lo sumo, queda suspendido hasta que el Estado pueda cumplirlo”.²⁸

Además, cabe agregar que, atendido este carácter de derecho social, el TC ha determinado a propósito del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, que el “deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad”,²⁹ al tiempo que ha afirmado la naturaleza subsidiaria del rol del sector privado en este ámbito: “El establecimiento de este deber significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última”.³⁰

En cuanto a las responsabilidades y los deberes que el principio de subsidiaridad implica en el ámbito de la protección de la salud para las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) y el sector particular, el Tribunal Constitucional ha señalado:

Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, numeral 9, de la Constitución.³¹

²⁸ Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud...*, cit., pp. 19-20.

²⁹ TC, rol 1710, 6 de agosto de 2010, c.j. 120.

³⁰ *Ibidem*, c.j. 121.

³¹ TC, rol 976, junio de 2008, c.j. 36.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Sin embargo, la persistente y reiterada práctica de las ISAPRES de reajuste unilateral de precios en los planes de salud (pese a la declaración de inconstitucionalidad del TC de 2010 del art. 38 ter de la Ley de ISAPRES) continúa hasta el día de hoy, amparada en el ejercicio de su libertad de contratación, en un ámbito tan sensible y delicado para las personas. Tan es así, que en 2015 alcanzó un alza récord de 133 mil presentaciones por concepto de recursos judiciales interpuestos por afiliados de las ISAPRES, en su mayoría adultos mayores y mujeres.

Ello motivó nada menos a que el propio presidente de la Corte Suprema, D. Hugo Dolmetsch, en su discurso de inauguración del año judicial 2016, subrayara la recarga en la actividad de los tribunales de justicia que esta situación genera, destacando la necesidad de que el Congreso adoptara normas legales que eviten las interpretaciones diversas respecto de las condiciones contractuales de los contratos de salud.

3.2. Segmentación de la demanda y falta de solidaridad de ISAPRES con FONASA

De acuerdo con el texto constitucional, artículo 19, numeral 9, inciso final, las personas tendrán el derecho a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea este estatal o privado. Como previenen Nancuante, Romero y Sotomayor, este inciso final debe ser analizado detenidamente, toda vez que ha utilizado la expresión “sea este estatal o privado”, no así “entre el estatal o el privado”. Por ello, lo importante es que la persona elija libremente a cuál pertenecer, pudiendo ser factible desde un punto de vista constitucional que no exista un sistema estatal y que exista solo uno o varios sistemas privados. O bien, que exista uno o varios sistemas estatales y ninguno privado. Y si no existiera alternativa (p. ej., que solo exista un sistema privado), nadie podría reclamar la inconstitucionalidad de ello, pues la garantía que se protege es la libertad de elegir, no que existan varios sistemas.³²

³² Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud...*, cit., pp. 24-25.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Ambos subsistemas se configuran en dictadura. En 1979 (decreto ley 2.763) se crea FONASA y en 1985 se dicta la ley 18.469, que establece el régimen público de salud. En lo que respecta a las ISAPRES, en 1981 se dicta el decreto con fuerza de ley 3, de Salud, que crea las ISAPRES, pero es en definitiva la ley 18.933 (“Ley de ISAPRES”), la que reemplaza el anterior cuerpo legal, fijando su regulación legal y creando la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

Esta ley le confiere a las ISAPRES como objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin. Es importante precisar que la Ley de ISAPRES fue promulgada por la dictadura el 12 de febrero de 1990 y publicada en el *Diario Oficial* el 9 de marzo de 1990, ingresando al ordenamiento jurídico dos días antes de la entrada en funcionamiento del Congreso Nacional con el inicio de la transición a la democracia y de la entrega del poder a las autoridades civiles democráticamente elegidas el 11 de marzo de 1990.

En el derecho a la salud hay un interés colectivo, general, en su provisión, para cuya satisfacción se requiere la intervención del Estado a través de impuestos y gasto social, a fin de otorgar igualdad de oportunidades a todas las personas de la sociedad, incluidas las poblaciones más vulnerables. Pese a ello, en Chile, no se encuentra adecuadamente promocionado y, en definitiva, también queda sometido a la lógica del mercado.

Lo grafica bien el libro *El otro modelo*,³³ al indicar que

cuando hay un interés general detrás de la provisión de un determinado servicio, al entregarlo a la lógica de mercado se llega a lo mismo, esto es, a la segmentación de la demanda: los que tienen más tienen mejor educación, mejor salud, lo cual equivale a tratar el problema público de una forma que lo privatiza. La tradicional segmentación de la demanda deviene una forma de segregación que termina siendo inconsistente con la idea inicial de que hay un interés general en que todos tengan acceso a salud y educación.

³³ Atria, Fernando; Larrain, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Random House Mondadori, 2013, p. 159.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Ello se puede observar en la práctica con la provisión de salud: FONASA asegura a la población con más riesgo sanitario y menos ingresos en Chile —13.5 millones de personas—, mientras las ISAPRES afilian a la población con más recursos, más joven y con menos riesgo sanitario —3.5 millones de afiliados—.

Para atenuar las consecuencias perjudiciales que ello implica para el sistema público de salud frente al sistema privado, la reforma sanitaria del gobierno del presidente Lagos concretada en 2004 (ley 19.966) contempla originalmente como pieza fundamental del “Plan Auge” un fondo de compensación solidario que incluía a FONASA y a las ISAPRES, a fin de compensar a aquella aseguradora —el caso de FONASA— que tuviera mayor riesgo de que sus beneficiarios padecieran alguna patología contenida en las Garantías Explícitas en Salud (GES). Sin embargo, al año siguiente en el Parlamento, en 2005, se dicta la “Ley larga de ISAPRES” (ley 20.015) que sí incluyó un fondo de compensación, pero que solo opera entre las ISAPRES.

3.3. Limitada exigibilidad judicial directa del derecho a la salud³⁴

La gran mayoría de los derechos civiles y políticos generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. Un buen ejemplo de ello lo constituye el artículo 20 de la Constitución de 1980. En el caso del recurso de protección consagrado en el artículo 20, procede prácticamente en todos los casos solo respecto de los derechos civiles y políticos. Una excepción a esta regla general la constituye el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 19, numeral 9, pero solo procediendo el recurso de protección respecto de lo preceptuado en el inciso final de dicho numeral,³⁵ relativo a la libertad de elegir entre afiliarse en el sistema público o privado de salud, nada más.

³⁴ Allard, Raúl, “¿Hacia la exigibilidad directa del derecho a la salud en Chile?”, en Israel, Ricardo y Villagrán, Marcelo (eds.), *Reflexiones sobre la sociedad chilena*, Santiago, Ril Editores, 2012, pp. 307-321.

³⁵ “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”.

En la doctrina se distingue entre la exigibilidad *directa* e *indirecta*. La *exigibilidad directa* se da cuando la conducta exigible en materia del derecho a la salud resulta claramente determinable y permite que aquel derecho social sea directamente exigible como tal por vía judicial. La *exigibilidad indirecta* ocurre, cuando se tratan de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos —como la dispuesta para aquellos de carácter civil y político—, a efecto de permitir, de esa forma, el amparo del derecho a la salud (p. ej., el derecho a la vida y el derecho a la salud).

3.3.1. *Exigibilidad indirecta del derecho a la salud*

Existe una innegable conexión teórica y práctica entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. Ello cobra especial importancia, teniendo en cuenta que el derecho a la vida no solo implica el deber del Estado de abstenerse de intervenir en acciones que puedan afectar o vulnerar el derecho a la vida de sus habitantes, sino que también envuelve obligaciones positivas que le corresponden al Estado en su resguardo, vinculados estrechamente con el derecho a la salud.³⁶

En Chile, tradicionalmente, los tribunales de justicia han acogido presentaciones fundadas en el derecho a la salud cuando este ha sido reclamado en forma indirecta, aprovechándose de los mecanismos jurisdiccionales previstos para el derecho a la vida, especialmente el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución de 1980. En las ocasiones en que se ha otorgado dicha protección por vía judicial —al igual que en los casos observados a nivel internacional—, ello ha acaecido cuando la propia vida se encuentra eventualmente en peligro, ante la eventual interrupción de un tratamiento médico y/o la dificultad en el acceso o suministro del medicamento esencial requerido.

³⁶ Véase ONU, El derecho a la vida, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), observación general 6, 1982, párr. 5.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Tortora,³⁷ al abordar las limitaciones fácticas en que se han basado los tribunales de justicia en Chile para no dar lugar a la protección del derecho a la vida atendiendo a restricciones presupuestarias del Estado, enumera diferentes casos relacionados precisamente con el derecho social prestacional de la salud. Dicha sistematización ilustra diferentes sentencias judiciales, sea de primera o de segunda instancia, en las que sí fue otorgada la protección indirecta del derecho a la salud a través del derecho a la vida.³⁸ De los casos presentados ante los tribunales de justicia y sistematizados por Tortora se encuentran: a) dializados; b) portadores de VIH; c) listas hospitalarias, y d) financiamientos.

3.3.2. Exigibilidad directa del derecho a la salud

En los últimos diez años se han dado avances en la protección del derecho a la salud en Chile. Lo ejemplifica el “Plan Auge”, incorporado en la ley 19.966 de 3 de septiembre de 2004, que establece un “Régimen de Garantías en Salud”, cuyo artículo 2 contempla las GES relativas a las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, que tanto el Fondo Nacional de Salud (FONASA) como las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) deben asegurar obligatoriamente a sus beneficiarios, en la forma y condiciones especificadas en su artículo 4.

Las GES, que de conformidad con el artículo 11 de la ley 19.966 deben ser aprobadas por decreto supremo del Ministerio de Salud, suscrito, además, por el ministro de Hacienda, suman hoy en día 80 patologías garantizadas —entre ellas, el tratamiento de Diálisis para la insuficiencia renal crónica terminal y el tratamiento de VIH/SIDA, aludidos previamente—, dando cuenta de aquel avance. En el caso de las garantías explícitas, la contribución que debe efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones corresponde a 20% del valor determinado en el arancel de referencia, sin perjuicio de que el FONASA —en beneficio de la

³⁷ Tortora, Hugo, *El derecho a la vida en la jurisprudencia*, Santiago, Metropolitana, 2011, pp. 188-207.

³⁸ *Ibidem*, pp. 188-215.

población con mayor vulnerabilidad— se obliga a cubrir el valor total de las prestaciones, respecto de los grupos A y B, y podrá ofrecer una cobertura financiera mayor a los grupos C y D.

Con todo, es importante consignar que de acuerdo con el artículo 24 de la ley 19.966 en mención, el procedimiento contemplado en caso de incumplimiento es de carácter *administrativo* —no *judicial*— mediante reclamo del afectado o quien lo represente, ante la Superintendencia de Salud, la que podrá sancionar a los prestadores con amonestación o, en caso de falta reiterada, con suspensión de hasta 180 días para otorgar las Garantías Explícitas en Salud, sea a través del FONASA o de una ISAPRE, así como para otorgar prestaciones en la modalidad de libre elección del FONASA.

De tal manera, en definitiva, la exigibilidad directa del derecho a la salud tutelado por vía judicial se circunscribe en sede de protección a aquellos casos referidos al inciso final del artículo 19, numeral 9, es decir, cuando se encuentre privado, perturbado o amenazado “el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”. Los principales casos exitosos de exigibilidad directa del derecho a la salud corresponden a aquellos aludidos en un acápite previo (las sentencias recaídas en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogidas por el Tribunal Constitucional durante 2008, y la que declara la inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley de ISAPRES —rol 1710-2010, publicada en el *Diario Oficial*, 9 de agosto de 2010—) y todos los demás que hasta la fecha masivamente se han interpuesto ante las Cortes de Apelaciones con motivo de la modificación unilateral de los planes de salud por parte de las ISAPRES.

3.4. Fuerte concentración del mercado farmacéutico

Entre los factores relevantes de nivel nacional que afectan el acceso a los medicamentos se encuentra la fuerte concentración del mercado en tres cadenas del rubro y las prácticas anticompetitivas que ello potencialmente genera. El bullado caso de la colusión de precios entre SALCOBRAND, FASA y Cruz Verde evidencian dicho riesgo. A ello se debe sumar las reiteradas re-

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

clamaciones sobre integración vertical entre los dueños y administradores de farmacias y de laboratorios en Chile, estando las primeras controladas en gran parte por las tres cadenas farmacéuticas, las que de hecho pueden promover el uso de medicamentos de laboratorios asociados, generando condiciones irregulares de competencia.³⁹

Para afrontar legislativamente la integración vertical fueron propuestas dos modificaciones al Código Sanitario en el proyecto conocido como “Ley de fármacos”,⁴⁰ aprobada por el Congreso Nacional:⁴¹ la primera (art. 129.D) prohibía a los propietarios y a los administradores de una farmacia o de un almacén farmacéutico ser personas relacionadas con propietarios y administradores de una droguería o laboratorio farmacéutico, definiendo qué se debía entender por personas relacionadas; y la segunda, una disposición transitoria que fijaba un plazo de un año contado desde la publicación de la ley para que los afectados por el artículo 129.D adecuaran sus estructuras societarias y administrativas al nuevo marco legal. Sin embargo, ambas propuestas fueron desestimadas en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en primer trámite constitucional, por vulnerar garantías constitucionales del artículo 19, numeral 21 —la libertad de emprendimiento—, numeral 22 —garantía de no discriminación arbitraria por parte del Estado— y numeral 24 —derecho de propiedad—.

3.5. Desequilibrio entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales

La Constitución de 1980 y su aplicación e interpretación por los principales actores políticos no dan cuenta de aquel equilibrio, propio del Estado social, entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, sino que ha derivado en un pronunciado des-

³⁹ Mayol, Alberto, *No al lucro*, Santiago, Random House Mondadori, 2012, p. 145.

⁴⁰ Proyecto de ley en materia de regulación de farmacias y medicamentos, en que se refundieron los boletines núms. 6037-11, 6331-11, 6523-11 y 6858-11.

⁴¹ Ley 20.724, publicada en el *Diario Oficial*, 14 de febrero de 2014.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

equilibrio en favor de los primeros, que demanda reparación, habiendo cumplido ya más de 25 años desde el regreso de la democracia.

Este desequilibrio se manifiesta con especial crudeza respecto al derecho a la salud, especialmente sensible para las poblaciones vulnerables. Dos ejemplos resultan especialmente elocuentes en materias de relevancia para la construcción de un país menos desigual y más justo, y al que hemos hecho alusión previamente. Primero, la eliminación nada menos que del fondo solidario contemplado inicialmente como pieza fundamental del “Plan Auge”, el cual fue eliminado del proyecto, para lograr la aprobación de la oposición en el gobierno de Ricardo Lagos, de la ley 19.966. El segundo, la eliminación de las incompatibilidades previstas originalmente en el proyecto de la “Ley de Fármacos” entre los dueños y administradores de farmacias y de laboratorios, optando en este caso el Parlamento por evitar una eventual declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional por supuesta vulneración a la libertad de emprendimiento (art. 19, num. 21) y al derecho de propiedad (art. 19, num. 24).

“En términos tanto conceptuales como prácticos, según señala Courtis”,⁴² la superación de este desequilibrio —de importancia para la protección efectiva del derecho a la salud— entre ambos tipos de derechos aconseja abordar varias medidas: por una parte, la superación del carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales supone corregir la escasa construcción existente en cuanto a la definición de sus contenidos, su titular, su alcance y sus herramientas de protección y realización; y por otra, también resulta sintomático, en el caso de América Latina, que la gestión de aquellos servicios que satisfacen la mayoría de los derechos sociales se ha dejado librada a la discrecionalidad administrativa del estado, estableciéndose normas que organizan y otorgan competencias a la administración, en lugar de normas que establezcan propiamente derechos. El caso de las listas de espera FONASA, respecto de enfermedades garantizadas en el Plan Auge, ilustran adecuadamente esta situación.

⁴² Erazo, Ximena; Martín, María Pía y Oyarce, Héctor, *Políticas públicas para un Estado social de derechos*, Santiago, LOM, 2007, vol. 1, p. 15.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

4. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE BRASIL DE 1988 Y SUS MANIFESTACIONES EN EL DERECHO A LA SALUD

La Constitución brasileña de 1988, fue promulgada en un contexto de redemocratización del país, después de largos 20 años de régimen militar y como consecuencia de un significativo movimiento popular —conocido como “DiretasJá”—.⁴³ Posee amplio carácter democrático, teniendo como elemento central la dignidad humana⁴⁴ y estableciendo un extenso rol de derechos fundamentales y de mecanismos para su garantía, además de abrir espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solo por medio del voto,⁴⁵ sino también por otros mecanismos diversos (p. ej., en la esfera jurisdiccional, como la figura de la acción popular y del *amicus curiae*).⁴⁶

La centralidad atribuida a los derechos fundamentales queda evidenciada por su ubicación en el texto constitucional. Al contrario de las cartas anteriores, que los relacionaban solamente al final del documento, como últimos contenidos tratados —condicionados, por tanto, en cierta medida, a los aspectos organizacionales del Estado y a las instituciones—, ahora ellos aparecen como parte primera (arts. 5 y ss.), asociados a los principios fundamentales de la república —tales como la forma federativa, la separación de poderes, el régimen democrático, la dignidad de la persona y la formación de una “sociedad libre, justa y solidaria” (arts. 1-4)— en calidad de fundamento para la comprensión

⁴³ El nombre “DiretasJá” está asociado a la demanda de realización inmediata de elecciones directas para el cargo de presidente de la República, o sea, significa “elecciones directas inmediatamente”.

⁴⁴ Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

⁴⁵ Gesta Leal, Rogério, *Teoria do Estado: cidadania e poder político namodernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

⁴⁶ El *amicus curiae* (o “amigo de la Corte”) es una figura originaria del derecho estadounidense y su intervención es autorizada en las acciones directas de inconstitucionalidad propuestas ante el Supremo Tribunal Federal. Se trata de una posibilidad de participación, en el proceso, de entidades o de grupos sociales que puedan aportar informaciones o datos relevantes sobre la materia *sub judice*.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

de todos los demás dispositivos —incluso los poderes constituidos y la sociedad misma—.

La dignidad de la persona humana aparece, así, como su principio material supremo, el *telos ultimo* y la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico. Los demás contenidos constitucionales quedan comprometidos en el sentido de su realización, por medio del respeto a los derechos fundamentales que, al mismo tiempo que le confieren contenido, son también por ella conformados, toda vez que solamente pueden ser ejercidos hasta el límite en que no comprometan otros aspectos esenciales a esa misma dignidad.⁴⁷

Además, el rol de derechos es extenso, siendo evidente la preocupación por su efectividad, dotados de eficacia inmediata y amparados por un amplio espectro de acciones constitucionales destinados a su tutela, en el sentido de máxima realización de su “fuerza normativa”.⁴⁸

Los derechos y garantías individuales están previstos en la Constitución de 1988, en el artículo 5 —en un total de 78 incisos, pasando por el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad de reunión y de manifestación del pensamiento, a la libertad religiosa y de creencia, el acceso amplio a la justicia, el debido proceso legal, la prohibición de la pena de muerte y los tratos crueles o degradantes, derecho a la propiedad y su función social—, mientras que los derechos sociales son instituidos principalmente en el artículo 6 —derechos sociales en sentido amplio, como la salud, educación, el trabajo, la seguridad social, entre otros— y en el artículo 7 —derechos de los trabajadores: vacaciones remuneradas, salario mínimo, jornada de trabajo, entre otros—. Se reconocen también derechos transindividuales, tales como la protección del consumidor y el derecho a un medioambiente equilibrado para las presentes y futuras generaciones (art. 225).

⁴⁷ Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988...*, cit., p. 85.

⁴⁸ Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung* Tubinga, Mohr, 1959, p. 34.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Aun cuando el texto clasifique el modelo de Estado adoptado como “democrático de derecho”⁴⁹ y no propiamente como un “Estado social”, no cabe duda de que los aspectos relacionados con él ocupan un papel destacado en el orden constitucional brasileño. Ello se manifiesta no solo en los objetivos fundamentales enumerados en el artículo 3,⁵⁰ sino también por la incorporación de un amplio espectro de derechos sociales:

Art. 6°. Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la morada, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en los términos de esta Constitución.

La Constitución se encarga, por tanto, de ir retomando y delineando las esferas de protección destinadas a cada uno de esos contenidos, por medio de su organización y estructuración en títulos específicos de su texto. En el caso del derecho a la salud, por ejemplo, que se constituye en el principal foco de estudio del presente trabajo, estas disposiciones están contenidas en una sección específica incluida en el título VII “Del Orden Social”, que, entre otros aspectos, dispone:

Art. 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Es con base en estas normas y su desarrollo jurisprudencial respectivo que se analizará el tratamiento del derecho a la salud en Brasil.

⁴⁹ Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: [...].

⁵⁰ Art. 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I. construir una sociedad libre, justa y solidaria; II. garantizar el desarrollo nacional; III. erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera formas de discriminación.

4.1. El Sistema Único de Salud (SUS)

La prestación del derecho a la salud se efectúa por medio del llamado “Sistema Único de Salud” (SUS), gestionado de forma compartida por las tres esferas federativas —Unión, estados y municipios— que tienen fijadas por el propio dispositivo constitucional los porcentuales mínimos y recursos financieros que deben obligatoriamente ser aplicados (art. 200).

El acceso al SUS es universal e integral, aunque no se impide de la asistencia privada.⁵¹ Se propone atender a todos, indistintamente, y no solo a los necesitados,⁵² incorporando tanto acciones preventivas como asistenciales, como se desprende de las directrices que lo rigen:

Art. 198. Las acciones y los servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I. descentralización, con dirección en cada esfera de gobierno; II. atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III. participación de la comunidad. Párrafo único: El Sistema Único de Salud será financiado, en los términos del artículo 195, con recursos del presupuesto de la Seguridad Social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes.

4.2. El derecho a la salud como derecho de naturaleza prestacional

Se trata, por tanto, de un derecho de naturaleza acentuadamente prestacional⁵³ y objeto de reiteradas demandas judiciales,

⁵¹ Art. 199. La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada.

⁵² En ese sentido, la Constitución democrática de 1988 ha avanzado significativamente en comparación con el modelo anterior, incorporado por la Constitución brasileña de 1967, que proporcionaba asistencia de salud solamente a los “necesitados”.

⁵³ El constitucionalista portugués Canotilho identifica tres especies de derechos a prestaciones: a) protección por el Estado (p. ej., protección del Estado delante de otros ciudadanos, como por medio de las normas penales);

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

que involucran desde el pago de medicamentos y tratamientos de alto costo —incluso en el exterior—, pasando por el suministro de pañales desechables y de prótesis, hasta la determinación de creación⁵⁴ y reserva de vacantes en hospitales y/o en unidades de terapia intensiva, fenómeno conocido como “judicialización de la salud”.⁵⁵

Estas decisiones tienden, en su mayoría, a reconocer el deber prestacional del Estado, habida consideración de una relación solidaria entre los distintos entes federados, siendo irrelevante contra quiénes de ellos son interpuestas las acciones o a quién compete, funcionalmente, la prestación demandada.⁵⁶

b) participación en procedimientos (p. ej., que el Estado garantice a los ciudadanos la participación en los procedimientos —administrativos, etc.—; c) prestaciones fácticas —prestaciones en sentido estricto—. Según el autor, solamente la tercera de ellas es típica del Estado social, de modo que los derechos prestacionales son anteriores a ello. *Cfr.* Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 50.

⁵⁴ Estas sentencias, que interfieren directamente en la prestación del servicio, podrían ser encuadradas en la clasificación hecha por Tushnet, en el concepto de “control fuerte”, esto es, aquel en que los tribunales imponen obligaciones concretas al poder público en el sentido de la realización de los derechos fundamentales sociales, restringiendo, así, su esfera de discrecionalidad. *Cfr.* Tushnet, Mark, *Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 227-247.

⁵⁵ La “judicialización de la salud” puede ser comprendida como un fenómeno caracterizado por diferentes aspectos, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: a) gran cantidad de demandas judiciales versando sobre prestaciones relacionadas al derecho a la salud; b) fuerte actuación del poder judicial en la determinación de prestación de medicamentos y de tratamientos de alto costo a los poderes públicos que repercuten, en cierta medida, en sus disposiciones presupuestarias; c) tendencia de utilización de poder judicial como “primera opción” en términos de satisfacción del derecho, en detrimento de las vías administrativas convencionales, y no como *ultima ratio*.

⁵⁶ Eso significa que una demanda para garantía del derecho a la salud puede tener en el polo pasivo tanto a la Unión como a los estados o los municipios, siendo irrelevante, en este caso, la discusión acerca de a quién incumbe el deber constitucional de prestarlo, o sea, la repartición de competencias legislativas no puede ser utilizada como estrategia de defensa o para el no juzgamiento de la acción.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Emblemática resultó la sentencia del Pleno del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) —conocida como el “fallo de la salud”—,⁵⁷ de 17 de marzo de 2010, en la que se concluye, por unanimidad de votos, que la salud constituye un derecho público subjetivo, por virtud del cual, de ser necesario, cabe exigir al poder público para efectos de costear medicamentos y tratamientos de alto costo a portadores de molestias graves, debiendo la justicia actuar cuando aquel deja de formular políticas públicas o deja de cumplirlas, especialmente cuando emanan directamente de la Constitución.⁵⁸

El precedente para tal posicionamiento ya había sido establecido con ocasión de la “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”⁵⁹ 45/2004, donde el STF fija el carácter político de la jurisdicción constitucional, manifestándose favorable al control jurisdiccional de políticas públicas.⁶⁰

Por otro lado, y de modo no controvertido, se ha acordado que la realización de ese derecho público debe darse, en prin-

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), suspensões de tutela antecipada 175, 211 y 278; suspensões de segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; suspensão de liminar 47, ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, 16 de marzo de 2010, p. 13, consulta 17 mar 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁵⁸ El mismo ministro, Celso de Mello, se había manifestado previamente, con ocasión del discurso para la toma de posesión del cargo Gilmar Ferreira Mendes en la presidencia del Supremo Tribunal Federal, en el sentido de que compete a la Corte la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, aunque esto implique un activismo judicial en respuesta a las omisiones administrativas y legislativas practicadas. Este posicionamiento puede, a su vez, ser claramente identificado también en sus juzgados, entre ellos: RE 393.175/RS, que versa sobre la responsabilidad del Estado en el tratamiento de pacientes con esquizofrenia, y RE 410.715/SP, sobre derecho a educación.

⁵⁹ “Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental”, integrante del sistema de control concentrado de constitucionalidad, de competencia del Supremo Tribunal Federal. Tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos, así como de actos concretos del poder público, contrarios a algún precepto fundamental contenido en el texto constitucional.

⁶⁰ STF, arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/2004. Ver-
sa sobre el control jurisdiccional de políticas públicas de Brasil, ministro relator Celso de Mello, 4 de mayo de 2004, consulta 21 ene 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

cipio, por medio de la implementación de políticas públicas, es decir que este se traduce en la existencia de un derecho público subjetivo a políticas públicas, y no a prestaciones estatales aisladas.⁶¹

Con este argumento, el STF intenta evitar una postura intervencionista, preservando, así, la discrecionalidad de los demás poderes, pero cumpliendo con su papel de guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales. En la práctica, el Tribunal ha decidido que el alto costo de un medicamento no constituye argumento suficiente para impedir su suministro por el poder público.⁶²

Queda implícita, aún, la existencia de un requisito limitador asociado a la concepción de que la garantía judicial del derecho a la salud no puede comprometer el funcionamiento del Sistema Único de Salud, debiendo demostrarse la necesidad real caso por caso, lo que excluiría el riesgo de un efecto multiplicador de esas decisiones de forma indiscriminada.⁶³

En ese sentido, es posible percibir un esfuerzo del relator para fijar unos criterios o parámetros que deben observar los tribunales al enfrentar causas que envuelvan la prestación de ese derecho.

4.2.1. Primer criterio

El primero de ellos guarda relación con la existencia o inexistencia de una política pública estatal que incluya la prestación de

⁶¹ “Ese derecho subjetivo público es asegurado por medio de políticas sociales y económicas, o sea, no hay un derecho absoluto a todo y cualquier procedimiento necesario a la protección, promoción y recuperación de la salud, independientemente de la existencia de una política que lo concrete. Hay un derecho público subjetivo a políticas públicas destinadas a la promoción, protección y recuperación de la salud.” *Cfr.* STF, suspensões de tutela antecipada 175, 211 e 278; suspensões de segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; suspensão de liminar 47, ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, p. 31, consulta 17 mar 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁶² STF, ...cit., p. 30, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁶³ STF, ... cit., p. 14, disponible en <http://www.stf.jus.br>

salud requerida por la parte.⁶⁴ Este aspecto resulta determinante para verificar si el Tribunal está o no creando una política pública. El problema aquí reside, con todo, en la interpretación dada a este criterio, esto es, si el reconocimiento de la existencia de política pública está asociado al reconocimiento del problema/molestia o al tratamiento correspondiente, elemento respecto al cual el voto no hace ninguna mención. Esto porque, si se comprende que la existencia de la política pública está vinculada al problema/molestia, es posible decir que hubo una omisión relevante en la formulación de la política pública, caso en que el Tribunal tendría que intervenir, determinando la inclusión de nuevos procedimientos en los protocolos adoptados. Ya en lo que concierne al tratamiento, la inexistencia de determinada modalidad no implica, necesaria o directamente, omisión legislativa, caracterizándose antes como un acto discrecional o como una simple desactualización, situación en que la intervención judicial sería menor y, consecuentemente, menor el grado de activismo de la decisión que reconoce el derecho.

En los casos en que la prestación no está incluida en los protocolos de SUS, según el juzgado, es necesario hacer una distinción entre dos hipótesis: si la no prestación es resultante: a) de omisión administrativa o legislativa; b) de una decisión administrativa, o c) de una prohibición legal, como pasa cuando el suministro de determinado medicamento, con fundamento en la garantía de la salud pública, es vedado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), situación en la cual la no concesión se impone. Las tres hipótesis poseen, por consiguiente, consecuencias jurídicas distintas, afectando así, directamente, la naturaleza y los límites de la prestación jurisdiccional.

4.2.2. Segundo criterio

El segundo requisito se refiere a la motivación para el no suministro de determinado medicamento o tratamiento, por ejemplo, la inexistencia de evidencias científicas que autoricen su inclusión en los protocolos de SUS. En ese contexto, dos situaciones

⁶⁴ *Ibidem*, p. 20.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

diferentes se presentan: o el SUS presta tratamiento alternativo no adecuado al paciente, o entonces el Sistema no posee tratamiento específico para determinada patología.⁶⁵

En el primer caso debe, como regla, ser privilegiado el tratamiento previsto por el Estado, en detrimento de la opción diversa demandada por el paciente. A pesar de la aparente obviedad de la conclusión presentada, con todo, el problema reside en las posibles excepciones que se presentan, pues, como afirma el propio relator, esa conclusión no aleja la posibilidad de que el poder judicial —o la propia Administración Pública— decida que una medida distinta debe ser ofrecida a determinada persona que, por razones específicas de su organismo, pruebe que el tratamiento previsto no es eficaz.⁶⁶

Así, es evidente que el fundamento para la adopción de medidas excepcionales presupone una instrucción probatoria eficiente, lo que infelizmente, en gran parte de los casos, no ha sido verificado en estos tipos de demanda, donde se producen peticiones cargadas de argumentos genéricos y retóricos, pero carentes de elementos concretos, especialmente por parte del Estado.⁶⁷ Por otro lado, la referida constatación implica el reconocimiento de la necesidad de permanente revisión y actualización de los protocolos —documentos de carácter administrativo que regulan los aspectos operacionales de SUS—, que, a su vez, no son incontestables, siendo posible su discusión y revisión judicial.⁶⁸

4.2.3. Tercer criterio

Finalmente, el último requisito analizado guarda relación con la alegación de inexistencia de tratamiento, situación en la cual

⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁷ Eso queda evidenciado en la propia decisión en comento, donde son expresas las referencias al hecho de que el Estado no ha logrado probar sus alegaciones, leyéndose que “la agravante, reiterando los fundamentos de la petición inicial, apunta, de forma genérica, que la decisión objeto de suspensión invade competencia administrativa de la Unión [...]”. *Ibidem*, p. 26.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

es preciso distinguir entre tratamientos experimentales —comprendidos como aquellos respecto a cuya eficacia no hay comprobación científica— y tratamientos simplemente no adoptados por el sistema público, pero que ya están disponibles en el sector privado.

En cuanto a la primera situación, el STF se plantea contrario, entendiéndose que el Estado no puede ser condenado a prestar este tipo de tratamiento. En el segundo caso, comprende que la inexistencia de protocolo no puede significar la violación del principio de integralidad del sistema, ni tampoco justificar tratamiento distinto entre el sistema público y el sistema privado,⁶⁹ de manera que el hecho de que un medicamento no se encuentre incorporado por el SUS no significa que su prestación no pueda ser determinada judicialmente.

4.3. “Mínimo existencial” y deber de protección

A este reconocimiento de la garantía del derecho a la salud por los tribunales cabe agregar la incorporación de algunos otros elementos operacionales de protección, tales como la noción de “mínimo existencial”⁷⁰ —*Existenzminimum*— y de dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de la cual resultan conceptos como el “deber de protección”⁷¹ —*Schutzpflicht*— y la “prohibición de protección insuficiente”⁷² —*Untermassverbot*—.

La noción de “mínimo existencial” está directamente conectada con la de dignidad humana, operando como un criterio de

⁶⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁰ Seiler, Christian, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, en *Juristenzeitung*, núm. 10, 2010, p. 500. En Alemania, el reconocimiento jurisprudencial de un “mínimo existencial” ha cumplido con un importante papel en la garantía de los derechos sociales, sirviendo como criterio para estandarizar los deberes de prestación estatal y su justiciabilidad, ya que la Ley Fundamental de Bonn no los reconoce explícitamente como derechos.

⁷¹ Schmidt, Thorsten Ingo, *Grundpflichten*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 43.

⁷² Mayer, Matthias, *Untermass, Übermass und Wesenshaltsgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 89.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

interpretación y de aplicación que busca identificar aquellos aspectos esenciales asociados al contenido de cada uno de los derechos fundamentales —sean derechos de libertad o prestaciones— y a la dignidad en sentido amplio, sin los cuales el individuo ve su dignidad violada o perjudicada.

Ya el “deber de protección” es una construcción jurisprudencial que resulta de la dimensión objetiva conferida a los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional alemán con ocasión del caso *Lüth*,⁷³ y que fue reforzada por la Corte al tratar el tema de discriminación de la interrupción del embarazo en dos ocasiones —BverfGE 39 (1975) y BverfGE 88 (1993)— en las cuales ha reconocido, de modo expreso, que se atribuye al Estado la función de protección y defensa de los derechos fundamentales, estando obligado a observar determinados niveles de protección.

Con base en este reconocimiento, se entiende que el Estado no se presenta más como simple violador o destinatario de las prohibiciones impuestas por los derechos fundamentales, pasando a ser responsable, también, de protegerlos y asegurar las condiciones para su efectiva garantía.⁷⁴ Lo que pasa es que los parámetros y estándares de protección no están fijados expresamente, de manera que, en esa actuación, debe ser observado el principio de proporcionalidad, una vez que la Constitución fija la protección como meta, pero no detalla su configuración. Así, el legislador, al actuar, debe observar la prohibición de insuficiencia, debiendo ser suficientes las medidas adoptadas para una protección adecuada y eficiente. O sea, el Estado debe adoptar

⁷³ El caso *Lüth*, que versaba sobre los límites de la libertad de expresión, fue juzgado en 1958 por el Tribunal Constitucional alemán y es emblemático por marcar el reconocimiento de que las distintas ramas del derecho —el derecho civil, en este caso— deben ser interpretadas de manera conforme a los derechos fundamentales que, además de derechos subjetivos, se constituyen también en directivas e impulsos que vinculan a todos los poderes. Para un estudio más profundizado, véase Hennig Leal, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta*. Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, p. 243.

⁷⁴ Schafer Streck, Maria Luiza, *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado São Leopoldo, 2008, p. 81.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

medidas normativas y fácticas suficientes para cumplir con su deber de tutela.⁷⁵

De ahí resulta que la protección adecuada de los derechos fundamentales no es una facultad de los poderes públicos, debiendo su actuación guiarse por la proporcionalidad, de manera que no sea insuficiente o excesiva,⁷⁶ bajo el riesgo de violar frontalmente la Constitución.⁷⁷

Hay, por tanto, con fundamento en la teoría del “deber de protección” y en la noción de “prohibición de protección insuficiente”, la posibilidad de actuación del poder judicial —como ocurre en el caso del derecho a la salud— cuando el poder público no asegure el “mínimo existencial” o no cumpla adecuadamente con su función de garantía y de protección de los derechos fundamentales.⁷⁸

En ese sentido, en la visión reiterada del STF,⁷⁹ cuando lo que está en juego es la tutela del “mínimo existencial”, no cabe la aplicación del principio de la “reserva de lo posible”,⁸⁰ por concepto

⁷⁵ Martins, Leonardo, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 276-280.

⁷⁶ Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guillhernme y Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

⁷⁷ Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010, p. 54.

⁷⁸ Bolesina, I. y Leal, M. C. H., *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, Curitiba, Multideia, 2013, p. 115.

⁷⁹ “Cumple advertir, así, que la cláusula de la “reserva de lo posible” —resalvada la ocurrencia de justo motivo objetivamente verificable— no puede ser invocada por el Estado con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, notadamente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, pueda resultar la nulidad o, hasta mismo, la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un especial sentido de fundamentalidad.” *Cfr.* STF, arguição de descumprimento de preceito fundamental 45, relator ministro Celso Mello, 29 de abril de 2004, DJ, 4 de mayo de 2004, consulta 10 may 2011, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁸⁰ Se hace necesario referir, en este punto, que la doctrina brasileña, al incorporar la noción de “reserva de lo posible”, acuñada por el Tribunal Consti-

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

de criterios presupuestarios, debiendo el derecho ser garantizado independientemente de la disponibilidad financiera del Estado.

Así, es posible aseverar que los derechos sociales —y particularmente el derecho social a la salud—, aun cuando carezcan de significativa reglamentación o especificación en términos de prestación, han encontrado en la jurisprudencia brasileña terreno fértil para su concretización, caracterizándose su protección por la vía judicial, antes vista como un verdadero reto en lo que concierne a la sustentabilidad y al funcionamiento equilibrado del sistema. Dicho de otra manera, es extremadamente positivo que esos derechos encuentren su realización, pero esta no se puede dar de forma desconectada de la realidad, sin tomar en cuenta los eventuales impactos en otros ámbitos o la viabilidad de garantía de otros derechos o de otras personas —especialmente de la colectividad—, igualmente importantes.

En Brasil es posible percibir que hay, paradójicamente, una tendencia por parte del poder judicial de acoger más demandas individuales basadas en la protección del derecho a la vida, que demandas colectivas basadas directamente en la protección del derecho a la salud (p. ej., la determinación judicial va en el sentido de prestación de medicamento “x” a determinado paciente que lo requiere, pero no en el de determinar su inclusión en los protocolos de SUS).

Así, es posible afirmar que la estrategia de justiciabilidad del derecho a la salud ocurre, a su vez, en dos dimensiones distintas: la primera de ellas representa los intereses individuales, por medio de la Defensoría Pública y de los abogados privados, siendo que generalmente sus demandas se relacionan con medicamen-

tucional alemán en la decisión conocida como *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), respecto a la obligación del Estado de ofrecer nuevas vacantes para el Curso de Medicina, delante de la gran demanda que se había presentado, ha tendido a desvirtuarla, identificándola con la disponibilidad/existencia de recursos financieros, cuando, en su sentido originario, está más asociada a la idea de razonabilidad de la pretensión (aquello que se puede esperar del Estado en términos de prestación, pero más allá de la mera cuestión presupuestaria). Cfr. Grimm, D.; Kirchhof, P. y Eichberger, M., *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl*, Tübingen, MohrSiebeck, 2007, t. 1, pp. 282-297.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

tos o insumos necesarios para la manutención o recuperación de la salud de los demandantes; la segunda dimensión representa los intereses colectivos, que en general son defendidos por asociaciones civiles y por el Ministerio Público.⁸¹

Por otra parte, según apuntan los datos, las acciones individuales, referentes a las solicitudes de compra de medicamentos o pago de procedimientos médicos, resultan más exitosas, ya que los tribunales tienden a evitar decidir casos colectivos, posiblemente porque estas decisiones inciden directamente en la conformación de políticas públicas.⁸² Esta situación lleva a poner aún más de relieve el fenómeno de judicialización de la salud en Brasil.

En definitiva, lo que pasa es que al final, la suma de acciones individuales acaba por ser potencialmente más dañina que un eventual reconocimiento del derecho en una perspectiva colectiva, al dificultar que se tenga una perspectiva más amplia y concreta de los impactos financieros y presupuestarios causados por las distintas decisiones judiciales,⁸³ situación que podría ser clasificada como una “prevalencia de la satisfacción individual del derecho a la salud”,⁸⁴ en la cual se aplica la paradoja de Condorcet al revés, tomándose la satisfacción colectiva simplemente a partir de la suma de satisfacciones individuales.

⁸¹ Rangel de Souza Machado, Felipe, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, en *Revista de Administração Pública*, vol. 46, núm. 4, 2012, Río de Janeiro, p. 1021.

⁸² *Idem*.

⁸³ Esta desconsideración de la dimensión colectiva no permite, con todo, considerar el problema en todas sus dimensiones y en toda su complejidad, lo que resulta en medidas que, en lugar de posibilitar una promoción de la justicia social, acaban por prolongar indefinidamente la inmensa deuda social con relación al estrato más vulnerable de la población. Sobre el tema, Chieffi, Ana Luíza, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, Río de Janeiro, p. 1848.

⁸⁴ Se entiende que aunque que la conformación del derecho social a la salud se dé por medio de la garantía del derecho individual a la vida no supone necesariamente un problema, ello no puede significar que este último no deba, también, ser interpretado desde una perspectiva social, que tome en cuenta el bienestar colectivo.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Esta concepción evidencia, a su vez —a pesar de las mejoras del texto constitucional y de la propia dogmática de los derechos fundamentales en Brasil—, la manifestación de una noción aún conservadora respecto a los derechos sociales en cuanto derechos prestacionales, a los cuales la jurisprudencia insiste en no reconocer específicamente la fuerza jurídica necesaria para su concretización, sea en razón de los aspectos presupuestarios —y que, por tanto, olvida la cuestión de los “costos de los derechos” planteada en la introducción del presente texto—, sea por motivo de deferencia al principio de separación de poderes —según el cual no corresponde al poder judicial intervenir en la actividad discrecional de los demás poderes, de naturaleza política—.

Dicho de otra manera, por más que la Constitución brasileña de 1998 contenga la previsión del derecho a la salud como un derecho social fundamental, las demandas judiciales aún tienen una fuerte dimensión individual, garantizándose el derecho, principalmente por una vía indirecta, y no por la vía de la justicialidad propia de los derechos sociales. De cualquier modo, aunque no siempre explicitado de forma clara, se entiende que la conformación de un Estado social tiene gran relieve en su garantía, ya que las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales hacen que se refuercen entre sí y contribuye para que sean tomados en serio.⁸⁵

5. DEL ESTADO SUBSIDIARIO AL ESTADO COMPROMETIDO CON LA SALUD EN CHILE

A continuación, nos concentramos en individualizar factores que en nuestra opinión son cruciales para la configuración de un derecho a la salud adecuado para Chile, incluida su población vulnerable —Sistema Universal de Salud, deber del Estado de facilitar el acceso a medicamentos esenciales y limitar la concentración del mercado farmacéutico—, así como en indicar importantes enseñanzas que proporcionan las experiencias de desarrollo del Estado social a nivel comparado.

⁸⁵ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1997, p. 131.

5.1. Protocolo público de acceso a prestaciones de salud igual para todos

Atendida la escasez de recursos disponibles para el Estado, no es posible satisfacer todas las necesidades de salud de la población al mismo tiempo. Lo que sí se demanda de un Estado social y democrático de derecho es impedir la configuración de un sistema de salud o de varios subsistemas que generen o den curso —en la práctica— a una segmentación de la demanda derivada de la capacidad de pago del usuario, atendiendo a la alta vulnerabilidad a la que queda expuesta un importante sector de la población.

La demanda crece con el nivel de vida, hasta el punto de que el gasto sanitario en los países desarrollados se ha convertido en uno de los índices más claros del grado de bienestar de una sociedad. De acuerdo con la experiencia del Estado social de los países desarrollados de Occidente, desde los años setenta del siglo pasado el mantenimiento del mínimo vital garantizado se empieza a reducir con la finalidad de frenar el gasto público y mantener controlados los procesos inflacionarios y así permitir el desarrollo menos gravoso a la iniciativa privada. Aún más si se tiene en cuenta que la crisis que se da en esos años se vincula estrechamente a una crisis de la seguridad social, que conduce a un sistema deficitario y falto de eficiencia.⁸⁶

En Chile, teniendo en cuenta la experiencia comparada y, en especial, las deficiencias de nuestro sistema de salud nacional, tratar la salud como un derecho social, como explica Atria,⁸⁷ no implica que cada uno tenga derecho a todas las prestaciones de salud que desee, sino que las prestaciones de salud no han de distribuirse entre todos según lo que cada uno puede dar a cambio, sino según un criterio cuya aplicación sea consistente con el reconocimiento del mismo derecho para todos. Según el

⁸⁶ Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993, p. 36.

⁸⁷ Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014, p. 66.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

autor, ello “normalmente exigirá la fijación de criterios de acceso que, mirando a la necesidad de atención médica, distribuya entre todos el total de prestaciones escasas”, que redundaría en que el derecho a la salud “exige un protocolo público de especificación de las condiciones de necesidad médica, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades”.

5.2. Deber del Estado de facilitar acceso a medicamentos esenciales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas, de 1966, contiene la norma (el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental del art. 12) más relevante del derecho internacional de los derechos humanos dictada hasta la fecha, que comprende obligaciones básicas de efecto inmediato, sin las que el derecho se vería en buena medida privado de su razón de ser.⁸⁸

Entre ellas destaca la de “facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales (PAME) de la OMS”, de carácter inderogable, y cuyo incumplimiento no puede nunca ni bajo ninguna circunstancia justificar un Estado parte.⁸⁹ Importa una obligación de cumplir que limita el margen de discrecionalidad del Estado,⁹⁰ y cuya violación se verifica al no adoptarse todas las medidas necesarias que permitan dar efectividad al derecho a la salud, comprometiéndose cada Estado a que los productos far-

⁸⁸ ONU, La índole de las obligaciones de los Estados parte, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, E/1991/23, 1990, Ginebra.

⁸⁹ ONU, Consejo Económico y Social, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 14, E/C.12/2000/4, 2000, Ginebra.

⁹⁰ Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 323-325.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

macéuticos incluidos prioritariamente en su listado nacional de medicamentos esenciales estén disponibles y accesibles en sus respectivas jurisdicciones en favor del bienestar de los grupos más desfavorecidos.⁹¹

A pesar de los compromisos asumidos para la protección del derecho a la salud, el acceso a los medicamentos se tensiona severamente a nivel mundial desde la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995, cuyo Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC) —anexo a la creación de la OMC— implica un reforzamiento de los derechos de los titulares de patentes farmacéuticas.⁹²

Esta tensión entre ambos tratados internacionales —el PIDESC y el Acuerdo ADPIC— deriva en la colisión del derecho de propiedad intelectual con el derecho a la salud, a consecuencia del fortalecimiento de la patente farmacéutica incluida en las obligaciones internacionales de carácter comercial que asumen los Estados miembros de la OMC, por una parte, y las obligaciones que suscriben los Estados parte del PIDESC respecto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el marco del DIDH, por la otra.⁹³ Esto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que de los 141 miembros de la OMC que se han comprometido a aplicar las normas mínimas de

⁹¹ ONU, Asamblea General, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Nota del secretario general, A/61/338, 2006, disponible en <http://www.un.org/ga/61/third/documentslist.shtml>

⁹² Habitualmente, empresas farmacéuticas globales con casa matriz en Estados Unidos y Europa, a las que se le confieren derechos exclusivos de explotación por un periodo mínimo de 20 años sobre el nuevo medicamento, lo que le permite al titular recuperar parte de los costos involucrados en la investigación médica, al tiempo que retrasa la entrada al mercado del medicamento genérico, el cual no está amparado por una patente farmacéutica, que se comercializa bajo el nombre del principio activo y cuya competencia usualmente conduce a una reducción significativa de los precios y a un mayor acceso.

⁹³ Allard, Raúl, “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual”, en *Salud Colectiva*, vol. 11, núm. 1, 2015, pp. 9-21.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

protección de la propiedad intelectual en el “Acuerdo ADPIC”, 111 han ratificado el PIDESC.⁹⁴

En el caso de Chile —a diferencia de Brasil y Argentina—, que en su momento no introdujo instrumentos de política social o industrial capaz de desarrollar una industria nacional productora de medicamentos de innovación, el desafío de asegurar a la población el acceso a medicamentos a precios asequibles es mayor. El fortalecimiento de la patente extranjera, la suscripción de normas ADPIC Plus⁹⁵ en tratados de libre comercio celebrados con potencias desarrolladas, la fuerte concentración del mercado en tres cadenas farmacéuticas y las reiteradas reclamaciones sobre integración vertical entre las farmacias y los laboratorios atentan contra ello, castigando con especial fuerza a la población más vulnerable que no cuenta con seguridad social para adquirirlos y, al mismo tiempo, provoca que no puedan ser adquiridos por el Estado de Chile sin generar un sistema de seguridad social crecientemente deficitario.

De tal manera, para adecuarse a las obligaciones que emanan del derecho a la salud en virtud del PIDESC de facilitar el acceso a medicamentos esenciales, Chile deberá necesariamente asumir un importante incremento presupuestario en salud.

Además, sostenemos que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, la suscripción por Chile de normas ADPIC Plus en tratados de libre comercio y acuerdos

⁹⁴ ONU, Consejo Económico y Social. Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, disponible en <http://daccessdds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/48/PDF/G0114348.pdf?OpenElement>

⁹⁵ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, las disposiciones ADPIC Plus corresponden a una expresión no técnica que designa los esfuerzos encaminados a prolongar la duración de la patente más allá del mínimo de 20 años del Acuerdo ADPIC, someter la expedición de licencias obligatorias a fórmulas que el “Acuerdo ADPIC” no exige, y restringir las excepciones que facilitan la introducción rápida de medicamentos. OMS, La globalización, el acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a los productos farmacéuticos. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS, núm. 3, 2001.

comerciales de carácter internacional con Estados Unidos y otras potencias desarrolladas, que confieren al titular de la patente farmacéutica más derechos que los previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC, son incompatibles con las obligaciones relativas al acceso a los medicamentos esenciales que emanan del artículo 12 del PIDESC, en el marco del derecho a la salud.⁹⁶

Es especialmente relevante que Chile tenga en cuenta esto con motivo del controvertido Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) fuertemente promovido por Estados Unidos y que involucra también a Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunei, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú y Chile.

5.3. Enseñanzas del Estado social a nivel comparado

Especial relevancia tuvo durante la Guerra Fría la consolidación de un modelo de Estado de bienestar que se consolidó en Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial. En este marco, la confianza y la solidaridad constituyen los dos principios rectores de la democracia sobre los que se levanta el Estado social.

Se reconoce que la implementación del Estado social en países desarrollados de Occidente ha favorecido el aumento del capital humano, una mejor distribución y transferencia de rentas entre diversas clases sociales, junto a una estabilidad política que favorece la cohesión social, operando las prestaciones de bienestar como elemento compensador a la competencia pura y al carácter ganador-perdedor que suscita el mercado.⁹⁷ De tal manera, el Estado social, con sus déficits y desafíos, ha permitido la convivencia pacífica entre economía de mercado y bienestar social.⁹⁸

⁹⁶ Allard, Raúl, “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual...”, *cit.*

⁹⁷ Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993, p. 54.

⁹⁸ Viera, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado social*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 57.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

En aquel afán, al Estado le corresponde cumplir una función asistencial, transformándose en gestor de prestaciones y servicios que aseguran las condiciones mínimas de existencia —la denominada “procura asistencial”— del individuo y que mejoran sus condiciones de vida —sanidad, educación, transporte, áreas verdes, cultura, etc.— aunque no posea sobre ellos un derecho de dominio personal. Y, al mismo tiempo, debe cumplir una función de intervención y tutela de la economía, lo que convierte al Estado en planificador incluso empresario en el proceso económico.⁹⁹

Diversos factores deben ser tomados en cuenta de las experiencias de la implementación del Estado social en países desarrollados. Para Offe,¹⁰⁰ dos elementos merecen ser tenidos en consideración: la mayor carga fiscal que supone un desincentivo para la inversión y el incremento del poder negociador de trabajadores y sindicatos, los cuales generan presión inflacionaria y sobrecarga en la demanda política que produce ingobernabilidad ante la insatisfacción de las demandas reclamadas.

Asimismo, el envejecimiento de la población que experimentan los países desarrollados —y que son muy similares a los indicadores de la realidad chilena— tiene que ver con el notorio incremento de la expectativa de vida y los avances de la medicina que han causado que la población viva mucho más tiempo, alcanzando una media de 80 años —para las mujeres de 82 años y para los hombres de 76—, unido a un fuerte descenso en la natalidad —1.3 hijos por mujer en España y 1.5 hijos por mujer en Alemania en la actualidad—. Del descenso de la natalidad y del rápido aumento del horizonte de vida resulta la nueva pirámide demográfica, a la que se suele aludir como uno de los factores principales de la vulnerabilidad creciente del Estado social, el cual, según Sotelo, constituye un proceso irreversible que va en aumento.¹⁰¹

Para el mismo autor resulta clara la necesidad de poner en marcha modelos asistenciales más efectivos que reduzcan sen-

⁹⁹ Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 83-84.

¹⁰⁰ Offe, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 138.

¹⁰¹ Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, Madrid, Trotta, 2010, p. 383.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

siblemente los costos, sin desatender los intereses básicos de los distintos sectores: para los pacientes, libre accesibilidad, sin larguísimas listas de espera, con cuidados médicos satisfactorios; para el personal sanitario, que su número sea el adecuado, con una buena preparación y razonablemente bien pagado. Y para disponer de los recursos imprescindibles considera fundamental reformas en tres direcciones: *i.* empezar por desmontar las posiciones de monopolio de la industria farmacéutica “que se lleva la parte de león en el gasto sanitario” y un mayor control de los precios de los medicamentos, que sigue siendo una de las fuentes principales de ahorro; *ii.* extender la actividad sanitaria a la medicina preventiva, que promete mejorar la salud de la población reduciendo costos sanitarios, y *iii.* controlar el gasto de las nuevas tecnologías sanitarias, haciendo una aplicación prudente de ellas.¹⁰²

La Constitución brasileña, a diferencia de la Constitución chilena, en su título primero “Los Principios Fundamentales”, contiene enunciados de la mayor relevancia —que van configurando el Estado social de derecho— destinados a iluminar el resto del ordenamiento jurídico y constituir un mandato claro al legislador para dar la misma importancia y eficacia a los derechos civiles y políticos que a los derechos sociales. Incluso, y a pesar de que desde la perspectiva de la jurisprudencia se siga prefiriendo la tutela del derecho a la salud a través del derecho a la vida y no logre desarrollarse una perspectiva colectiva del derecho, el resultado desde la consideración a las personas es más satisfactorio que los resultados evidenciados en el marco del Estado subsidiario

Así lo atestigua el artículo 3 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, entre cuyos objetivos fundamentales se encuentran los de “construir una sociedad libre, justa y solidaria”; “la erradicación de la pobreza y la marginalización y la reducción de las desigualdades sociales y regionales”, y “promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”, sin perjuicio de que con posterioridad la carta brasileña desarrolla detalladamente cada uno de los derechos sociales.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 388-389.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

6. CONCLUSIONES

La Constitución chilena de 1980 no contiene aquel equilibrio del Estado social entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino un pronunciado desequilibrio en favor de los primeros, que demanda urgente reparación, a más de 25 años desde el inicio de la transición a la democracia. Y luego, ello se manifiesta en las leyes que se dictan, en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y en la mayoría de los casos, influye en la promoción de acuerdos “consensuados” en el Parlamento que no resguarda adecuadamente el derecho a la salud como derecho social.

El Estado subsidiario se arraiga fuertemente en el individualismo, tanto a la hora de reconocer el derecho a la salud como al momento de garantizarlo, en que el Estado asume lo sobrante, aquello que no resulta atractivo o rentable para el sector privado. En Chile, uno de los intentos más relevantes por introducir el criterio de la solidaridad, se produjo en el contexto de la tramitación del Plan Auge con el fondo de compensación solidario, sin embargo, la iniciativa no prosperó en sede legislativa.

La consagración de un Estado comprometido con la salud de todos los chilenos puede ser el motor de un cambio de condiciones de vida para muchas personas, su reconocimiento merece tener lugar en las discusiones que esperamos puedan producirse en los próximos años, como una aspiración que permita en definitiva profundizar la democracia. El Estado debe liderar una política de justicia en este campo que asegure la protección del interés general y colectivo de la población por sobre intereses privados. Si bien ello no impide una provisión mixta de la salud, la provisión en salud debe estar guiada por una mirada de bien público y no de un Estado que asume lo sobrante.

De las cuestiones examinadas a propósito del caso de Brasil queremos resaltar las siguientes cuestiones: la creación de un sistema universal de protección del derecho a la salud; la invocación de criterios interpretativos esenciales para garantizar la eficacia y la sostenibilidad del Estado social, consistentes en la condición del mínimo existencial y deber de protección; la perspectiva de que la garantía de este derecho debe ser progresiva, razonable y

siempre en el enfoque de conservar los equilibrios macroeconómicos. Seguramente no podrá garantizarse desde el inicio la protección del derecho a la salud en todos los casos y bajo todos los supuestos. La progresividad exigirá, también, el incremento paulatino de los presupuestos públicos para la cobertura del derecho.

Por otro lado, por más que la Constitución brasileña de 1998 contenga la previsión del derecho a la salud como un derecho social fundamental, las demandas judiciales aún tienen una fuerte dimensión individual, garantizándose el derecho principalmente por una vía indirecta, y no por la vía de la justiciabilidad propia de los derechos sociales. Pero aunque no siempre explicitado de forma clara, la conformación de un Estado social tiene gran relieve en su garantía, ya que las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales hacen que se refuercen entre sí y contribuye para que sean tomados en serio, lo que, en Brasil, ha llevado a un fenómeno de judicialización de la salud.

Finalmente, un Estado comprometido con la salud implica una ruptura con el modelo de Estado contenido en la Constitución del 1980. Es importante avanzar en esa dirección para dejar de convivir con las contradicciones de una Constitución nacida en dictadura y aún vigente en la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- Allard, Raúl, “¿Hacia la exigibilidad directa del derecho a la salud en Chile?”, en Israel, Ricardo y Villagrán, Marcelo (eds.), *Reflexiones sobre la sociedad chilena*, Santiago, Ril Editores, 2012.
- , “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual”, en *Salud Colectiva*, vol. 11, núm. 1, 2015.
- Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014.
- ; Larrain, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Random House Mondadori, 2013.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

- Bassa, Jaime y Aste, Bruno, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 1, 2015.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Bolesina, I. y Leal, M. C. H., *O mínimo existencial e o controle jurisdiccional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, Curitiba, Multideia, 2013.
- Chieffi, Ana Luíza, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, Río de Janeiro.
- Correa, Carlos, “Retroactividad del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de la protección de la Salud Pública”, en Seuba, Xavier (coord.), *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*, Barcelona, Bosch Editor, 2008.
- Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad*, Santiago, LOM, 2000.
- y Ruiz Tagle, Pablo, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, Santiago, LOM, 2014.
- Diez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Arazadi, 2005.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1997.
- Erazo, Ximena; Martín, María Pía y Oyarce, Héctor (eds.), *Políticas públicas para un Estado social de derechos*, Santiago, LOM, 2007, vol. 1.
- Esping-Andersen, Gosta, *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Valencia, Alfonsel Magnani, 1993.
- Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, t. I.
- Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 283-332.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

- Galdámez, Liliana, “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el ordenamiento chileno y la Constitución material”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos* Santiago, Librotecnia, 2015.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1987.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010.
- Gesta Leal, Rogério, *Teoria do Estado: cidadania e poder político namodernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004.
- Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.
- Grimm, D.; Kirchhof, P. y Eichberger, M., *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 2007, t. 1.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta*, Río de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung*, Tubinga, Mohr, 1959.
- Holmes, S. y Sunstein, C., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- Jimena, Luis, “Estado social en Europa”, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 30, 2001.
- Jordán, Tomás, “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

- Larrañaga, Osvaldo, “El Estado de bienestar en Chile 1910-2010”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, documento de trabajo, 2010, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Loo Gutiérrez, Martín, “La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, 2º sem., 2009.
- Martins, Leonardo, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- Mayer, Matthias, *Untermass, Übermass und Wesenshaltsgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- Mayol, Alberto, *No al lucro*, Santiago, Random House Mondadori, 2012.
- Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud*, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2009, t. 3.
- Offe, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993.
- Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014.
- Rangel de Souza Machado, Felipe, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, en *Revista de Administração Pública*, vol. 46, núm. 4, 2012, Río de Janeiro.
- Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- ; Marinoni, Luiz Guillhernme y Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2012.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Schmidt, Thorsten Ingo, *Grundpflichten*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

Seiler, Christian, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, en *Juristenzeitung*, núm. 10, 2010.

Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, Madrid, Trotta, 2010.

Schafer Streck, Maria Luiza, *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado São Leopoldo, 2008.

Tapia Valdés, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1.

Tortora, Hugo, *El derecho a la vida en la jurisprudencia*, Santiago, Metropolitana, 2011.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

Vallejo Garretón, Rodrigo y Pardow Lorenzo, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, 2008, pp. 135-156.

Viera, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado social*, Santiago, Legal Publishing 2013.