

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1580, de 27 de enero de 2011

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1907, de 20 de diciembre de 2011

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1903, de 3 de abril de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional, Roles N°s. 1994 a 2007, todas de 26 de abril de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2053, de 14 de junio de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2292, de 24 de enero de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2411, de 22 de marzo de 2013

EL DERECHO A LA SALUD* THE RIGHT TO HEALTH

RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO **
Universidad Diego Portales - Chile
rodolfo.figueroa@udp.cl

RESUMEN: Existe variada nomenclatura para referirse al derecho a la salud. Se sugiere referirse a este derecho simplemente como derecho a la salud. El derecho a la salud es un derecho constitucional exigible al Estado. No se trata de una mera disposición programática. El Tribunal Constitucional ha reconocido este derecho y ha afirmado su justiciabilidad. El objeto del derecho a la salud está constituido por las obligaciones que imperan sobre los destinatarios del mismo, primordialmente el Estado. Esas obligaciones son positivas y negativas. La Constitución menciona varias de ellas, pero no cabe pensar que las agota. El problema central es determinar cuáles son las demás obligaciones. Se sugiere tomar en cuenta las observaciones generales que ha elaborado el Comité DESC del PIDESC en relación al derecho a la salud reconocido en el artículo 12, considerando que Chile es signatario del pacto y considerando también que el Tribunal Constitucional las ha reconocido y citado.

ABSTRACT: There are diverse formulas to refer to the right to health. We suggest to refer to this right plainly as the right to health. The right to health is a constitutional right, mandatory for the State. It is not a mere programmatic provision. The Constitutional Court has recognized this right and its justiciability. The object of the right to health is constituted by those obligations that reign over the addressees of this right, particularly the State. Such obligations are both positive and negative. The Constitution mentions several of them, but it does not exhaust them. Thus, the problem consists in determining the rest of them. We suggest to consider the General Comments elaborated by the Committee of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights regarding the right to health recognized in Article 12, provided that Chile has signed the pact and the Constitutional Court has recognized and cited those comments.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, Estructura, Obligaciones del Estado.

KEY WORDS: Right to Health, Structure, State Obligations.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el derecho a la salud entendido como un derecho constitucional. No se analiza el derecho a la salud tal como está reconocido en

* Trabajo recibido el 6 de diciembre de 2012 y aceptado el 24 de julio de 2013.

** Máster en Derecho y Doctor en Derecho, University of Wisconsin.

la ley o en normas reglamentarias. Tampoco es un trabajo de análisis de políticas públicas en materia de salud. En cuanto al enfoque, este trabajo pretende realizar un análisis conceptual de este derecho y, en este sentido, este es un trabajo dogmático, no empírico. Tampoco se revisa en detalle la historia de la redacción del precepto constitucional.¹

En el medio nacional existe escasa literatura destinada a un análisis dogmático-conceptual del derecho a la salud. Probablemente esa carencia se deba a cierta concepción dominante en la doctrina nacional según la cual los derechos económicos y sociales no son derechos exigibles al Estado sino normas programáticas de contenido difuso que se deben implementar como políticas públicas definidas discrecionalmente por el legislador. La perspectiva de este trabajo se aleja de esa posición. En otra parte se ha defendido la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales.²⁻³

El derecho a la salud se encuentra reconocido en la Constitución y ese reconocimiento tiene consecuencias que distinguen la situación chilena de la de otros países en los cuales este derecho no se encuentra incorporado en la Carta Fundamental. Esas consecuencias son, a lo menos dos: i) Por ser un derecho constitucional, debe tener algún contenido o significado, independientemente la discusión sobre la naturaleza o el estatus de los derechos económicos y sociales y su justiciabilidad. ii) Ese significado o contenido debe, por una parte, limitar al legislador, impidiéndole adoptar ciertas leyes y, por otra, debe obligar al legislador a instituir ciertas normas. Si bien el legislador posee discrecionalidad para desarrollar políticas públicas en materia de salud y dictar leyes para implementar este derecho, la Constitución ha de gobernar esa discrecionalidad. En aquellos países en que el derecho a la salud no está reconocido en la Carta Constitucional y sólo posee rango legal, probablemente el legislador posee discrecionalidad fuerte para determinar los contenidos y límites de ese derecho. Sin embargo, esa no es la situación en Chile.

1. NOMENCLATURA SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

En esta sección se examina la nomenclatura para tematizar el derecho a la salud. Se recurrirá a doctrina nacional y extranjera y al derecho internacional.

¹ Esto se ha hecho en otra parte, FIGUEROA (2009c).

² Ver FIGUEROA (2009a)

³ Ver FIGUEROA (2009b).

1.1. Doctrina sobre la nomenclatura del derecho a la salud

En la literatura chilena, y también en la doctrina internacional, ha habido discusión acerca de la nomenclatura apropiada para referirse al derecho a la salud. Existen diversas fórmulas: “derecho a la salud”, “derecho a la protección de la salud” como establece el texto constitucional, “derecho al cuidado de salud”. Como veremos más adelante, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el PIDESC) lo reconoce como el “derecho al más elevado estándar de salud posible”.

Squella⁴, Leary⁵, Tomasevsky⁶, Roemer⁷, Den Exeter & Hermans⁸, Giesen⁹, entre otros, sostienen que hablar de un “derecho a la salud” a secas sería inadecuado porque eso implicaría un derecho a estar sano, lo que sería ridículo. Un derecho a la salud en términos literales sería irrealizable porque muchos factores que amenazan la salud escapan al control humano, como la herencia genética o el medio ambiente. Además es necesario considerar las intervenciones del propio individuo en su salud.¹⁰⁻¹¹⁻¹² Por ello, ni el Estado ni las personas serían capaces de asegurar un específico estado de salud. Vivanco agrega que existen aspectos de la salud que dependen exclusivamente del individuo¹³; además, la salud posee una relación directa con los recursos disponibles, tanto de parte de los individuos como de la sociedad, de modo que un bienestar total no puede ser asegurado por el Estado. Es interesante notar que algunas de estas consideraciones ya fueron anticipadas por los redactores de la Constitución en los años 70.¹⁴

Continuando con asuntos de nomenclatura, Leary distingue el “derecho al cuidado de la salud” del “derecho a la salud”.¹⁵ Este autor sostiene que la expresión

⁴ SQUELLA (2005), pp. 103-4.

⁵ LEARY (1993), pp. 479, 484.

⁶ TOMASEVSKI (1995), p. 125.

⁷ ROEMER (1989), p. 17.

⁸ DEN EXETER & HERMANS (1991), pp. 1, 3.

⁹ GIESEN (1994), p. 4.

¹⁰ SQUELLA (2005), p. 24;

¹¹ VIVANCO (2007), p. 288

¹² BERTELSEN (1989), p. 175.

¹³ Ver VIVANCO (2007), p. 288.

¹⁴ Para ver los detalles del proceso de redacción del precepto constitucional, ver FIGUEROA (2009c).

¹⁵ LEARY (1993), p. 486.

“derecho a la salud” es más restrictiva que la expresión “derecho al cuidado de la salud” porque el derecho a la salud debe entenderse como una libertad negativa que excluye el derecho a cuidados de salud, el que implicaría obligaciones positivas para el Estado. En su visión, el Estado debería prevenir ciertas acciones dañinas contra los individuos, pero sin estar obligado a cumplir con obligaciones positivas consistentes en la prestación de servicios médicos.

Leenen distingue entre “derecho al cuidado de salud” y el “derecho a la protección de la salud”.¹⁶⁻¹⁷ El primero demanda una distribución equitativa de los recursos médicos y de salud disponibles para todos los individuos y comprende, además, la protección y promoción de la salud. El segundo posee un ámbito más amplio: se expande respecto del sector salud y requiere otros actores sociales relevantes (como el ambiente, la economía y la industria, la educación) para promover la salud por medio de factores que influyan en ella y tomando en consideración en sus respectivas políticas el efecto de las normas de salud y las medidas adoptadas. En su opinión, el derecho al cuidado de la salud comprendería, en cualquier caso, el cuidado de salud vital.¹⁸

En la posición de este autor, se puede advertir una diferencia entre “cuidado” y “protección”. “Cuidado” tiene que ver con distribución de recursos, la que debe ser equitativa. En cambio, “protección” apunta a un ámbito más amplio de influencia y control, sostiene él.

¹⁶ LEENEN (1991), p. 31.

¹⁷ Ver también el párrafo 11 de la Observación General N° 14 del Comité DESC, que dice lo siguiente: “El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22° período de sesiones. Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

¹⁸ Ver LEENEN (1991), p. 32. Según este autor, esto daría lugar a una serie de categorías: a) Servicios de salud generales de carácter vital e indispensable para todos los individuos, como salud primaria, tratamiento de enfermedades y cuidados de emergencia; b) Servicios de salud para todos aquellos que no pueden vivir por sus propios medios y requieren de alguien que se haga cargo de ellos, debido a enfermedad o discapacidad; c) Servicios de salud para todos aquellos severamente enfermos o discapacitados que, debido a su enfermedad o discapacidad, sufran una privación seria. Los servicios de salud están orientados a disminuir esa privación. LEENEN (1991), p. 32.

En Chile, Vivanco distingue entre “derecho a la salud” y “derecho a la protección de la salud”, en el entendido que el primero es más amplio que el segundo y comprende aspectos que no son asegurables por el derecho y el Estado¹⁹, tal como se indicó al comienzo de esta sección. Por esas razones la Carta Fundamental habría escogido la segunda redacción y no la primera. Lo que el Estado puede hacer —piensa esta autora— es proteger y promover el bienestar de las personas mediante una serie de mecanismos.²⁰ Por su parte, Squella propone entender el derecho a la salud del siguiente modo: “... el derecho a la salud sería más bien el derecho a ser asistidos tanto para prevenir la pérdida como para recuperar la salud cuando la hubiéremos perdido”.²¹ Lo que tenemos —sostiene este autor— es un derecho a asistencia sanitaria, tanto preventiva como curativa²² y una atención oportuna y eficiente.²³ En esta perspectiva, el derecho a asistencia sanitaria sería un componente limitado del derecho a la salud porque la salud depende más de intervenciones económicas, sociales y políticas que de intervenciones sanitarias.²⁴

Por otro lado, Bulnes afirma que cuando el Consejo de Estado revisó la redacción del precepto constitucional decidió no incluir en la Constitución aquellos derechos que no podrían ser demandados del Estado, los que, en principio, no son justiciables por sí mismos. Por esa razón el Consejo de Estado habría cambiado la expresión “derecho a la salud” por “derecho a la protección de la salud”.²⁵

Bertelsen no está de acuerdo con dicha posición. En su opinión, la Constitución habló de “protección de la salud” en vez de “salud” a secas, sólo en atención a que el concepto de salud es algo que el sistema jurídico no puede alcanzar por sí mismo. La Constitución no habría limitado la garantía constitucional a una específica área de protección de la salud que busca prevenir la pérdida o deterioro de un estado de salud.²⁶ En efecto, veremos más adelante que la recuperación de la salud es parte del derecho a la salud.

¹⁹ VIVANCO (2007), p. 288.

²⁰ VIVANCO (2007), p. 288.

²¹ SQUELLA (2005), p. 104.

²² Ver SQUELLA (2005), pp. 104 y 125.

²³ SQUELLA (2005), p. 126.

²⁴ SQUELLA (2005), p. 126. Este autor cita otras opiniones.

²⁵ Ver BULNES (2001), pp. 135-6.

²⁶ BERTELSEN (1989), p. 175.

El Tribunal Constitucional chileno (en adelante, el TC) se ha referido a este asunto de nomenclatura. En el fallo sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres,

“Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho ‘a la protección de la salud’”.²⁷

Como se puede advertir, el TC señala que la Constitución no garantiza el derecho a la salud sino a la protección de la salud. Ahora bien, esta declaración que hace el TC aparece en un breve considerando que no contiene ningún análisis ni desarrollo. Lo que fue citado recién es lo único que aparece en el texto. Por tanto, me parece que no es posible sacar mayores consecuencias de ello. Esto se puede ver apoyado por otra cita del TC en el mismo fallo. En el apartado “E. El Derecho a la Protección de la Salud” el TC señala que la doctrina jurídica chilena ha establecido la naturaleza del derecho establecido en artículo 19 N° 9. Para esos efectos, el TC cita a Alejandro Silva: “El derecho a la salud forma parte de los derechos sociales...”²⁸. Como se advierte, dice “derecho a la salud” y no derecho “a la protección de la salud”. Si revisamos el libro del profesor citado, veremos que él se refiere a este derecho en varias oportunidades como el derecho “a la protección de la salud”, aunque en una parte (la citada por el TC) dice efectivamente “derecho a la salud”. Por tanto, el profesor Silva dice “derecho a la salud” y “derecho a la protección de la salud”. Esto nos permite pensar que el profesor Silva no le asigna importancia a esa diferencia. En el mismo sentido, podríamos pensar que el TC tampoco se la asigna, al citar es parte del libro del profesor Silva y al no desarrollar ni analizar esa distinción.

Por lo tanto, no existe fundamento para apoyar la tesis de que existe una distinción relevante entre “derecho a la salud” y “derecho a la protección de la salud”.

Añadamos otro argumento desde otra perspectiva. Como han señalado Shue²⁹ y Eide³⁰, en todo derecho fundamental es posible distinguir un triple esquema de obligaciones primarias, secundarias y terciarias. A nivel primario, el Estado tiene una obligación negativa de respetar el derecho. A nivel secundario, el Estado posee obligaciones positivas de proteger el derecho. Finalmente, a nivel terciario,

²⁷ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10 IN, 6 de agosto de 2010, C° 119.

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10 IN, 6 de agosto de 2010, C°111.

²⁹ SHUE (1984).

³⁰ EIDE (1992).

el Estado tiene una serie de obligaciones positivas de hacer cumplir o satisfacer el derecho.³¹ Por ejemplo, la Constitución asegura el derecho a la vida y, por supuesto, entendemos que el Estado tiene obligaciones de respetar el derecho, de protegerlo y de hacerlo cumplir. El texto constitucional no dice “respetar” el derecho a la vida, tampoco “protegerlo”, pero es evidente que el Estado tiene esas obligaciones. Sería absurdo pensar que el Estado no tiene la obligación constitucional de proteger todos los derechos fundamentales sólo porque el texto de la Carta Constitucional no diga expresamente “respetar” o “proteger”. Esto ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional:

“... y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;”³²

Por tanto, cuando el artículo 19 N° 9 dice “protección” de la salud, no está restringiendo al alcance del derecho. Más bien, al contrario: dado que el nivel secundario es más exigente que el primario, deberíamos pensar que la Constitución está elevando el nivel de reconocimiento de este derecho y no reduciéndolo al decir “protección” de la salud. Sin embargo, ese tipo de análisis puramente literal apegado a palabras no hace sentido y no es el que se defiende en este texto. Como ya se dijo, lo relevante es que los derechos constitucionales implican tres niveles de obligaciones, como ya se señaló con apoyo en la doctrina y en el mismo TC. Además, la propia Constitución en el artículo 19 N° 9 alude expresamente a obligaciones terciarias de carácter positivo: el Estado tiene el deber de garantizar la ejecución de acciones de salud, por sí mismo o mediante particulares. Por tanto, no cabe defender una lectura restrictiva del derecho a la salud a partir de la palabra “protección” incluida por el Consejo de Estado en el encabezado del artículo 19 N° 9.

La profesora Bulnes defiende esa opinión restrictiva aludiendo a las intenciones del Consejo de Estado, como ya vimos. Sin embargo, esta estrategia originalista no tiene asidero. En primer lugar, la comisión redactora de la Constitución, que estudió el asunto, decidió hablar de un “derecho a la salud”.³³ En segundo lugar,

³¹ Una explicación detallada de este triple esquema, verla en FIGUEROA (2009 b), pp. 321 y ss.

³² Tribunal Constitucional, Rol N° 976-07, de 26 de junio de 2008, C° 24.

³³ Incluso examinó la posibilidad de definir la salud e incluir dicha definición en el texto constitucional. Finalmente, los comisionados decidieron no incorporar ese concepto en la Carta Constitucional porque

fue el Consejo de Estado el que cambió la fórmula “derecho a la salud” por “derecho a la protección de la salud” pero si revisamos las actas de las sesiones del Consejo de Estado, advertiremos que no exhiben ninguna discusión en relación con el cambio en la nomenclatura.³⁴ Por tanto, no podemos atribuir ninguna consecuencia a esa palabra ni conectarla con alguna intención del Consejo de Estado como pretende la profesora Bulnes.

En relación con el término *salud*, Squella lo entiende como el mero estado de normalidad orgánica y funcional³⁵, mientras Vivanco considera que el concepto moderno de salud comprende no sólo la ausencia de enfermedad sino un espectro más amplio, tal como lo entendió la OMS, que es un completo bienestar, físico, psicológico y social. La salud no se limitaría a la recuperación y rehabilitación de la enfermedad, sino que involucraría también acciones orientadas a mejorar la calidad de vida.³⁶ Según Vivanco³⁷, Bertelsen³⁸ y Cea³⁹ la Constitución de 1980 reconoció el derecho a la salud en el sentido amplio mencionado.

En el lenguaje de la doctrina internacional es posible hallar tres expresiones que se refieren al derecho a la salud: derecho a la salud, derecho al cuidado de la salud (*right to health care*) y derecho a la protección de la salud. Leary señala que la fórmula derecho a la salud es la que es más frecuente encontrar en la literatura internacional relativa a los derechos humanos: fue utilizada en el *workshop* de La Haya en 1978, en una publicación de la Organización Panamericana de la Salud titulada “*El derecho a la salud en las Américas*”; en el protocolo de San Salvador artículo 10, y en el artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.⁴⁰ Por otra parte, la expresión *derecho al cuidado de la salud* sería la más utilizada en la literatura doméstica sobre dere-

cualquier definición de salud podría cambiar con el tiempo. Ver FIGUEROA (2009c), p. 178.

³⁴ Ver FIGUEROA (2009c), pp. 191-198.

³⁵ Ver SQUELLA (2005), p. 125.

³⁶ Ver VIVANCO (2007), p. 288.

³⁷ Ver VIVANCO (2007), p. 288

³⁸ BERTELSEN (1989), p. 175, afirma que el concepto de salud que prevalece es un concepto amplio. Cita el documento enviado por el Ministro de Salud a la comisión redactora.

³⁹ El piensa que existen dos sentidos. “En sentido restringido, que resulta ser sinónimo del significado natural y obvio, la salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. En cambio, en su sentido amplio, la salud se refiere al estado de completo bienestar físico, mental y social, no únicamente la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas”. CEA (2004), p. 308. Luego agrega que la Constitución escogió el sentido amplio, p. 309.

⁴⁰ Ver LEARY (1993), p. 484.

chos humanos, sostiene Leary, y significa el derecho a servicios médicos aunque usualmente no involucra aspectos relacionados con la protección de la salud y las condiciones económicas y sociales.⁴¹ Finalmente, la expresión derecho a la protección de la salud es la expresión favorita de la OPAS, afirma Leary.⁴²

1.2. El derecho internacional y la nomenclatura sobre el derecho a la salud

En la sección anterior revisamos la nomenclatura sobre el derecho a la salud en la doctrina nacional y cierta doctrina extranjera. Ahora veremos dicha nomenclatura en el derecho intencional convencional de derechos humanos.

Por lo pronto, se debe recordar la relevancia del derecho internacional convencional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno, a la luz del artículo 5 inc. 2º de la Constitución, que establece un deber para todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La doctrina especializada ha discutido largamente sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos o de los derechos humanos propiamente tales a la luz de este precepto constitucional.⁴³ Por su parte, el TC estableció en su fallo sobre el Tratado de Roma que la jerarquía de los tratados de derechos humanos es simplemente legal.⁴⁴ Sin embargo, con independencia de la jerarquía que tengan los tratados sobre derechos humanos, o los mismos derechos humanos, lo que sí es claro es que el deber de respetar y promover esos derechos es un deber que posee jerarquía constitucional porque se encuentra establecido precisamente en la Constitución, y eso es lo importante. En efecto, lo que es relevante es la jerarquía de la norma que instituye el deber, no la jerarquía de la norma que se debe respetar.⁴⁵

Por otra parte, cabe mencionar también el nuevo artículo 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución:

⁴¹ LEARY (1993), p. 484

⁴² LEARY (1993), p. 484.

⁴³ Para la revisión de esa doctrina, ver FIGUEROA (2007b), pp. 150 ss.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 346, de 8 de abril de 2002, C°s 62-76.

⁴⁵ Pensamos en dos normas, A y B. La norma A se refiere a los derechos humanos y la norma B establece el deber de respetarlos y promoverlos. Si la norma B tiene una jerarquía inferior a A o una muy baja, entonces es posible derogar esa norma, con lo cual desaparece el deber de respetar A. En ese caso, da lo mismo la jerarquía de A.

“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Esta norma pareciera asignar a las normas de un tratado internacional una jerarquía incluso superior a la de la Constitución, pues ninguna norma de derecho interno puede derogar, modificar o suspender las disposiciones de un tratado. Esta norma resulta curiosa pues ninguna norma jurídica positiva puede tener jerarquía superior a la Constitución. La doctrina no se ha hecho cargo todavía de este precepto, de modo que una interpretación más acabada de este precepto se encuentra pendiente.

Vamos ahora al derecho internacional y su recepción del derecho a la salud.

a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El PIDESC es un tratado ratificado por Chile y que se encuentra vigente. Este tratado recoge el derecho a la salud y lo hace del siguiente modo:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.⁴⁶

Como se puede advertir, el PIDESC alude al derecho a la salud, enfatizando que se trata de un derecho al más alto nivel de salud posible tanto física como mental. Esta fórmula es interesante porque introduce un nivel de relatividad en el contenido del derecho. En efecto, el más alto nivel de salud posible es algo que varía según el lugar y la época.⁴⁷ Resulta también interesante advertir que esta expresión –el más elevado estado de salud posible– apareció en la historia de la redacción del precepto constitucional chileno, aunque finalmente no fue acogido por la comisión redactora.⁴⁸

Junto con el texto del PIDESC, podemos considerar la forma como el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en lo sucesivo, el Comité DESC) ha interpretado el artículo 12 del pacto. Si bien es cierto que las

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Artículo 12.1.

⁴⁷ TOMASEVSKI (1995), p. 125.

⁴⁸ Ver FIGUEROA (2009c), pp. 165-187.

observaciones generales del Comité DESC no obligan jurídicamente a los Estados miembros del PIDESC, ellas tienen importancia en tanto se trata de un organismo técnico de expertos que elabora interpretaciones que pueden ser útiles para los Estados y los organismos internacionales a la hora de enfrentar el contenido del PIDESC. De hecho, la literatura internacional sobre derechos humanos les atribuye importancia a estas observaciones generales, pues las estudia y comenta. Independientemente de ello, lo que sí es muy relevante es que el TC chileno ha aludido y recogido observaciones generales del Comité DESC en materia de derecho a la salud. En el fallo sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, el TC se refiere en dos oportunidades al Comité DESC:

“A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a “la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales...”⁴⁹

Luego, el TC señala:

“Desde luego el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. Este Comité del mencionado Pacto ‘interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.’”⁵⁰

El TC no se dedica a analizar con detalle la observación del Comité DESC, pero sí parece muy relevante que la cite y la incorpore en la discusión nacional porque esa observación muestra que el derecho a la salud supone preocuparse de una serie de otros aspectos relacionados que influyen en la salud, como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo, el medio ambiente, entre otros.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10 IN, 6 de agosto de 2010, C° 103.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10 IN, 6 de agosto de 2010, C° CENTÉSIMO DECIMOTERCERO.

Pues bien, el Comité DESC se ha referido largamente al derecho a la salud recogido en el PIDESC, y lo hace en su Observación General N° 9:

“9. El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.⁵¹

Esta declaración del Comité DESC es muy útil porque ayuda a entender el sentido de la nomenclatura del derecho a la salud recogido en el PIDESC, y de paso, recoge diversas aprehensiones que han sido destacadas por la doctrina revisada. Por una parte, destaca que existen factores socioeconómicos limitantes de la salud. Además, recoge la idea de que una buena salud no es garantizable. En tercer lugar, explicita que no se puede proteger la salud de todas las causas de mala salud, que pueden ser genéticas, o ser consecuencias de decisiones de la propia persona. Finalmente, el comité indica expresamente que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de prestaciones. En esta parte, el comité está apuntando al nivel terciario de obligaciones: toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Así las cosas, el derecho a la salud no aparece como un derecho a un resultado sino como un derecho a recibir ciertas prestaciones. La pregunta es cuáles son aquellas prestaciones. Como se indicó en la introducción, las políticas de salud fijadas en cualquier país deben ser definidas por ley, pero eso debe tener alguna exigencia impuesta por la Constitución para que el reconocimiento constitucional de este derecho no sea trivial. En este sentido, la pregunta anterior se puede

⁵¹ Observación General N° 14, parágrafo 9. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

reformular de la siguiente manera: ¿Qué prestaciones manda la Constitución? Esto será revisado más adelante.

b) La Convención Americana de Derechos Humanos

En segundo lugar, cabe referirse a la Convención Americana pues también se trata de un tratado ratificado por Chile y que se encuentra vigente. Esta convención no reconoce el derecho a la salud y se limita a incorporar un capítulo III sobre derechos económicos, sociales y culturales, señalando que los Estados deberán implementarlos de manera progresiva:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.⁵²

Sin embargo, el protocolo de San Salvador sí recoge el derecho a la salud. El problema es que Chile no ha suscrito el protocolo, de manera que no resulta vinculante para el Estado. Sin embargo, sus directrices son útiles para comprender las diversas dimensiones de este derecho, tal como lo son las observaciones generales del Comité DESC, que tampoco son vinculantes.

Veamos el texto del protocolo:

Artículo 10. Derecho a la Salud.

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

⁵² CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Artículo 26.

- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.⁵³

Como se puede advertir, el protocolo habla de un derecho a la salud y lo define de manera casi idéntica al PIDESC, sólo agregando la dimensión social. Conforme al Protocolo, el Estado debe asegurar salud primaria de manera universal para toda la población; debe implementar una política de vacunación; debe prevenir y tratar enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; debe elaborar una política de educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y debe disponer la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos más vulnerables. Estas precisiones del Protocolo podrían ser utilizadas por el intérprete constitucional para contribuir a precisar el sentido y alcance del derecho a la protección de la salud reconocido por la Constitución y las obligaciones que impone sobre el Estado.

c) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Este tratado internacional también ha sido suscrito por el Estado de Chile y se encuentra vigente y recoge el derecho a la salud en el artículo 5, letra e), N° iv):

“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:
- iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;”⁵⁴

⁵³ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”. 17 de noviembre de 1988.

⁵⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Podemos advertir que este texto es el más escueto de los ya revisados. Se limita a aludir a la salud pública y a la asistencia médica. Lo importante es que sí recoge este derecho como un derecho y no como una mera disposición programática, como hace la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, es vinculante para el Estado y forma parte del derecho interno.

1.3. Conclusión

Esta sucinta revisión arroja varias nomenclaturas y muestra los diversos entendimientos que distintos autores tienen de tales expresiones. Por eso, Leary ha propuesto utilizar una expresión abreviada –derecho a la salud– entendiendo por ella el más alto estándar de salud, sin pretender significar con la expresión “derecho a la salud” un supuesto sentido literal consistente en asegurar la salud para todos los individuos.⁵⁵ Leary agrega que hacemos lo mismo con otros derechos, por ejemplo, en el caso del derecho a un debido proceso, una expresión abreviada que envuelve diversas dimensiones no agotadas por el significado literal de la expresión. En conclusión, este autor propone utilizar la expresión “derecho a la salud” por ser conveniente, pero en el entendido que significa el derecho a la protección de la salud, al cuidado de la salud y condiciones saludables.⁵⁶

Desde el punto de vista de normas internacionales, la nomenclatura es bastante clara: se establece el derecho a la salud. Así aparece en el PIDESC, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En consecuencia, asumiremos dicha nomenclatura en este trabajo, aunque a veces empleemos la expresión “derecho a la protección de la salud”, que es la fórmula escogida por el encabezado del artículo 19 N° 9 de la Constitución.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA SALUD

En esta sección voy a discutir si el derecho a la salud es una mera aspiración, como algunos autores nacionales creen, o un auténtico derecho constitucional.

Giesen señala que la existencia del derecho a la salud ha sido uno de los tópicos más problemáticos y debatidos en la ética médica y en la medicina legal.⁵⁷ Esta

⁵⁵ LEARY (1993), p. 485.

⁵⁶ LEARY (1993), p. 486.

⁵⁷ GIESEN (1994), p. 277.

opinión es compartida por Bulnes, quien considera que el precepto constitucional reconoce el derecho a la salud sólo como una disposición programática⁵⁸, no justiciable y, hasta cierto punto, ni siquiera un auténtico derecho, que sería la razón por la cual este derecho no estaría amparado por la Acción de Protección del artículo 20.⁵⁹ Bertelsen señala que este derecho es una aspiración social constitucionalmente reconocida, la que para convertirse en un auténtico derecho subjetivo con sus correspondientes obligaciones exigibles requiere que se efectúe una serie de determinaciones a nivel legal.⁶⁰ Además, afirma que puede ser considerado un derecho subjetivo aplicable a todos en la medida en que impone la obligación negativa de abstenerse de dañar la salud de las personas, que es una obligación que emana directamente de la norma constitucional. En esa medida, este derecho admite protección jurisdiccional.⁶¹

Bulnes agrega que sin medidas legislativas y de otro tipo, se trata de una mera utopía.⁶² Su razonamiento es el siguiente. ¿Cómo podría el Estado asegurar vivienda, educación, salud, descanso?⁶³ Eso dependería de múltiples variables, entre las cuales estarían las condiciones económicas y culturales de las personas. Así, los derechos sociales dependen de acciones positivas del Estado, las que a su vez dependen de las condiciones actuales de la sociedad. Por ello, continúa Bulnes, los derechos individuales –libertad, igualdad, propiedad– siempre podrían ser protegidos por la autoridad judicial, mientras que los derechos sociales en principio no tienen tal protección porque por su naturaleza dependen de acciones positivas del Estado, que normalmente se traducen en políticas públicas.⁶⁴ En

⁵⁸ Ver BULNES (2001), p. 140.

⁵⁹ BULNES (2001), pp. 140-1.

⁶⁰ BERTELSEN (1989), p. 175.

⁶¹ BERTELSEN (1989), pp. 175-6. Bertelsen afirma éste cuando explica que este derecho no está cubierto por Acción Protección.

⁶² Ver BULNES (2001), p. 148. Ella señala que la Constitución de 1980 contiene disposiciones programáticas relativas a los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la educación, la protección de la salud (p. 32), justa retribución por el trabajo, etc. Para transformarse en preceptos justiciables requieren de un desarrollo legislativo (p. 133). Constituciones previas contenían preceptos que aludían a la salud (Constitución de 1833, artículo 151 y artículo 128). Esos preceptos mostraban preocupación por la salubridad, pero de ninguna manera podrían ellos ser entendidos como derechos sociales tal como son concebidos hoy después de las guerras mundiales I y II (p. 134). La Constitución de 1925 mostró los primeros signos de derechos sociales, particularmente con la reforma constitucional de 1970 (p. 135).

⁶³ Ver BULNES (2001), p.132.

⁶⁴ Ver BULNES (2001), p. 132.

esta posición, la profesora Bulnes no se encuentra sola. Autores como Faria⁶⁵, Huntoon⁶⁶ y Peikoff⁶⁷ la secundan:

“Cuando los gobiernos trascienden estos derechos (los derechos negativos) con derechos de bienestar, titularidades y esquemas de redistribución de la riqueza en nombre de la compasión, el utilitarismo o algún otro bien común superior, cometen una transgresión sobre la autonomía y los derechos básicos de los individuos y corrompen el concepto negativo del derecho”.⁶⁸

Sin embargo, esa posición no es la que se suscribe en este trabajo. Por una parte, la doctrina de la profesora Bulnes, refrendada por autores como los mencionados, es propia de aquellos contextos en los cuales los derechos económicos, sociales y culturales no se encuentran reconocidos en los textos constitucionales. La opinión de Huntoon y Peikoff se aplica a tales casos. Sin embargo, esa no es la situación de Chile, pues los llamados *derechos sociales* están reconocidos por el texto constitucional. Por otra parte, quizá sea útil señalar que este punto surgió en las discusiones de la comisión redactora de la Constitución y sus miembros acordaron considerar el derecho a la salud un derecho, no una mera aspiración.⁶⁹ Detengámonos aquí. El término *aspiraciones* equivale a *políticas* y no cabe confundir *derechos* con *políticas*. Dworkin ha explicado este asunto. Las políticas son un tipo de estándar que determina un objetivo a ser alcanzado, como una mejora económica o política para la comunidad.⁷⁰ Por ejemplo, mejorar la educación, reducir la pobreza, construir más hospitales. Distinta es, sin embargo, la idea de derecho. Un derecho implica deberes o mandatos, los que pueden estar contenidos en reglas o en principios.

Pues bien, el derecho a la protección de la salud está claramente establecido por la Constitución como un derecho. Además, la Constitución lo reconoce en la misma sección donde están reconocidos los demás derechos. Esto marca una diferencia con aquellas constituciones que no reconocen derechos sociales o aluden a ellos como meras directrices no vinculantes en una sección separada

⁶⁵ FARIA (1999), p. 125.

⁶⁶ HUNTOON (1999), pp. 177-8;

⁶⁷ PEIKOFF (1993).

⁶⁸ FARIA (1999), p. 125. Traducción libre del autor.

⁶⁹ Ver FIGUEROA (2009c), pp. 183-184.

⁷⁰ DWORKIN (1978), p. 22.

de los demás derechos, como el caso de India e Irlanda.⁷¹ Como se sabe, la Constitución de 1980 marcó en este punto una diferencia con las cartas constitucionales anteriores, en las cuales se aludía a la salubridad pública como una preocupación, una meta o un deber del Estado⁷², pero no un derecho de las personas. La Constitución de 1980 no sólo reconoce con claridad el derecho a la protección de la salud, sino que enumera una serie de obligaciones que derivan de este derecho para el Estado. Por tanto, cabe descartar la tesis de que el derecho a la salud no sea un auténtico derecho.

En cuanto a su justiciabilidad, la postura opuesta a la justiciabilidad de los derechos sociales se funda en una distinción estructural entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Esa distinción fue superada por la doctrina en los 90.⁷³ Además, el propio TC ha descartado la tesis de que los derechos sociales no sean justiciables en varios fallos⁷⁴ y también ha descartado que sean meras declamaciones o expectativas.⁷⁵

Por otra parte, cabe tener presente que una supuesta justiciabilidad dificultosa no es una buena razón para privar al derecho a la salud de su estatus de derecho, pues todos los derechos pueden tener problemas de justiciabilidad dependiendo de las obligaciones de que se trate. A nivel primario la obligación de respetar es justiciable cualquiera que sea el derecho. En cambio, a nivel terciario la obligación de cumplir puede ser difícilmente justiciable, incluso

⁷¹ Ver FIGUEROA (2009b).

⁷² Ver FIGUEROA (2009c).

⁷³ Ver FIGUEROA (2009a) y FIGUEROA (2009b).

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 976-07, de 26 de junio de 2008, C° VIGÉSIMO SÉPTIMO: “Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laporta, cit., pp. 304–305) que poner en duda su ‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización;” (Debería decir “Laporta”. N. del autor). Esta tesis la reitera en los roles N°s. 1218-08 C°s 20-21, de 7 de Julio de 1009, y 1287-08 C°s 20-21, de 8 de septiembre de 2009.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 976-07, de 26 de junio de 2008, C° VIGÉSIMO SEXTO: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.

tratándose de un derecho civil, pues implica obligaciones positivas.⁷⁶⁻⁷⁷ Pues bien, es seguro que la profesora Bulnes y los demás autores que comparten su posición no le negarían el carácter de derecho ni transformarían en mera aspiración a un derecho civil porque su justiciabilidad sea compleja a nivel terciario.

En consecuencia, el derecho a la salud debe ser considerado un derecho, no una aspiración, y su justiciabilidad dependerá del tipo de obligación de que se trate, como ocurre con cualquier derecho. Por estas razones, el artículo 19 N° 9 no puede ser considerado un precepto programático.

Además, por tratarse de un derecho constitucional, impone límites a la legislatura y a la administración del Estado, entre ellos, no actuar arbitrariamente, lo que debe ser controlado por órganos jurisdiccionales. Lamentablemente, no fue ese el predicamento de la Corte Suprema a comienzos del siglo XXI, cuando en los casos de HIV/SIDA declaró que los jueces no podían abordar políticas públicas que involucraran el derecho a la salud.⁷⁸ Esto es un error. Si el derecho a la salud no es un límite para la legislatura y la administración, entonces esos órganos pueden entenderse autorizados a actuar en el ámbito de la salud en cualquier sentido que estimen pertinente e implementar cualquier política de salud sin verse sometidos a ninguna limitación y a ningún escrutinio. La consecuencia será que el gobierno estará autorizado a actuar arbitrariamente, lo que es irreconciliable con el ideal democrático.⁷⁹

El TC se ha opuesto a esa doctrina de la Corte Suprema. En efecto, el TC ha señalado que los derechos sociales poseen un núcleo esencial que es indisponible por el legislador, y en esa medida, lo limitan.⁸⁰ En todo caso, la doctrina de la Corte Suprema ha sido algo distinta cuando el derecho a la salud se protege por la vía del derecho a la vida. Esto se puede apreciar en los casos que involucran

⁷⁶ Para esta discusión, ver FIGUEROA (2009a).

⁷⁷ Ver FIGUEROA (2009b).

⁷⁸ Caso Rol N° 3.599-2001, 10 de septiembre, 2001. Esta doctrina se repite literalmente en el caso Rol N° 1314-2009, 20-4-2009.

⁷⁹ Entendiendo la democracia en el sentido mínimo que propuso BOBBIO, en *Il Futuro della Democrazia* (G. Einaudi ed., Nuovo Politecnico 1984).

⁸⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 976-07, de 26 de junio de 2008, C° TRIGÉSIMO.

cubrir o pagar medicamentos⁸¹; en materia de cubrir procedimientos⁸², y en relación con hospitalizaciones domiciliarias.⁸³

En conclusión, cerramos esta sección afirmando que el derecho a la salud es un derecho constitucional, con el mismo estatus que cualquier otro derecho. No cabe duda que existen dificultades en torno a qué implica este derecho, pero todos los derechos constitucionales tienen zonas de imprecisión. Sin perjuicio de ello, el artículo 19 N° 9 contribuyó a reducir la imprecisión, mencionando varias obligaciones, que veremos más adelante.

3. EL OBJETO DEL DERECHO A LA SALUD

En esta sección intentaremos precisar el objeto del derecho a la salud, recurriendo a la doctrina y a la jurisprudencia del TC.

3.1. Doctrina sobre el derecho a la salud

La doctrina chilena y también cierta doctrina extranjera estima que el objeto del derecho a la salud es la salud. Esto explica por qué buena parte de la doctrina nacional, como Verdugo⁸⁴, Vivanco⁸⁵, Cea⁸⁶ o Silva⁸⁷ comience analizando este derecho con una definición de la salud. Lo mismo se aprecia en alguna doctrina

⁸¹ En un caso contra una Isapre, la Corte Suprema confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones que ordena a una Isapre proporcionar cobertura para un medicamento. Corte Suprema, 9-6-2008. Rol N° 2742-2008. Lo mismo hace cuando una Corte de Apelaciones ordena a Fonasa proporcionar un remedio contra el cáncer. Corte Suprema, 28-1-2010. Rol N° 7766-2009. Sin embargo, el mismo mes, la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones que había ordenado a un hospital público proporcionar un medicamento contra el cáncer. Corte Suprema, 16-12-2009. Rol N° 8513-2009.

⁸² En un caso, la Corte Suprema confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones que ordena a una Isapre cubrir un marcapasos. Corte Suprema, 5-12-2007. Rol N° 5891-2007. En otro caso, la Corte Suprema ordena cubrir un procedimiento de instalación de un catéter de peritoneodiálisis, que la Corte de Apelaciones había rechazado. Corte Suprema, 22-8-2008. Rol N° 2834-2008.

⁸³ En tres casos, la Corte Suprema confirma la decisión de la Corte de Apelaciones de ordenar a una Isapre mantener y cubrir hospitalizaciones domiciliarias en vez de cuidados de enfermería. Corte Suprema, 13-11-2007, Rol N° 5628-2007; Corte Suprema, 27-5-2008, Rol N° 1462-2008, y Corte Suprema, 11-8-2008, Rol N° 3741-2008.

⁸⁴ VERDUGO, PFEFFER y NOGUERIA (2005), p. 208.

⁸⁵ VIVANCO (2006), p. 288.

⁸⁶ CEA (2004), p. 308.

⁸⁷ SILVA (2008), p. 129.

extranjera, como Saracci⁸⁸ y Tomasevsky.⁸⁹ Sin embargo, la salud no es el objeto del derecho a la salud. Por eso, estar sano no es el significado del derecho. Como se ha visto, esta clarificación ha sido apuntada por diversa doctrina. En el proceso de redacción del precepto, la autoridades administrativas y también los miembros de la comisión redactora estaban claros en este punto, asunto también mencionado por cierta doctrina internacional, como Leary⁹⁰, Tomasevsky⁹¹, Roemer⁹², Den Exeter & Hermans⁹³, entre otros. Además de eso, el Comité DESC en su Observación General N° 14, parágrafo 8, declara explícitamente que el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano: “8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano”.⁹⁴ Luego, en la misma parte, el comité se encarga de precisar:

“El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a

⁸⁸ Por ejemplo, diversos autores analizan la definición de la OMS, contenida en su Constitución: “*a state of complete physical, mental and social wellbeing and not merely the absence of disease or infirmity*”. Preámbulo de la CONSTITUTION OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1948 (Off. Rec. WldHlthOrg., 2,100); Sección I de la Declaración Internacional de Alma-Ata. International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6-12 Septiembre, 1978. Diversos autores sostienen que un bienestar físico mental y social completo se parece más a la felicidad que a la salud (SARACCI, 1997, p. 1409) y que confundir ambos podría producir varias consecuencias, entre ellas, que cualquier perturbación en la felicidad será considerada un problema de salud. El mismo autor propone una definición de salud que él piensa no es contradictoria con la de la OMS, siendo al mismo tiempo practicable: “*Health is a condition of wellbeing free of disease or infirmity and a basic universal human right*”. (SARACCI, 1997, p.1410).

⁸⁹ La OMS, en 1992, definió el ámbito del derecho humano a la salud en los siguientes términos: “*Every human being has the right to an environment with minimum health risks, and to have access to health services that can prevent or alleviate their suffering, treat disease, and help maintain and promote good health throughout the individual’s life*”. Women’s health: Across Age and Frontier. WHO, 1992. Citado por TOMASEVSKI, 1995, p.133. Esta noción es mucho más restrictiva que la contenida en la Constitución de la OMS, y pone énfasis en el acceso a los servicios de salud. En este sentido, el derecho a la salud no es un derecho a estar sano sino un derecho a obtener acceso a servicios de salud, lo que se acerca más a la visión defendida en este trabajo.

⁹⁰ LEARY (1993), p. 484.

⁹¹ TOMASEVSKI (1995), p. 125.

⁹² ROEMER (1989), p.17.

⁹³ DEN EXETER & HERMANS (1991), p. 277.

⁹⁴ Observación General N° 12, parágrafo 8. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.⁹⁵

En esta observación general advertimos que el contenido del derecho a la salud consiste en la conducta de un tercero. Las libertades y derechos que se mencionan implican obligaciones negativas y positivas. Las obligaciones negativas son de no interferencia de terceros respecto de la libertad sexual o genésica del titular, respecto de su cuerpo, de tratamientos o experimentos no consensuados, etc. Entre las obligaciones positivas se menciona el proporcionar un sistema de protección que permita disfrutar el más alto nivel de salud posible.

Hunt adhiere a la misma perspectiva. En su opinión, las libertades comprenden el control sobre nuestra propia salud y también el derecho a estar libre de tratamientos médicos y experimentaciones no deseadas. Las prerrogativas de este derecho comprenden el derecho a un sistema de protección de la salud que proporcione oportunidades a todas las personas de disfrutar del más alto estándar de salud.⁹⁶ Junto con eso, existen otras prerrogativas, como salud maternal, infantil y reproductiva; un ambiente y lugar de trabajo saludable, incluyendo el acceso a remedios básicos y acceso a agua potable.⁹⁷ En suma, el objeto del derecho consiste en la regulación de la conducta de terceros.

Voy a desarrollar esta idea a partir de un enfoque general de la noción de derecho basado en la teoría de Robert Alexy. En su teoría de los derechos, Alexy distingue tres elementos: un derecho a algo, una libertad y un poder.⁹⁸ Voy a considerar básicamente la estructura del derecho a algo. Alexy sostiene que dicha estructura básica de un derecho a algo es la siguiente: *a* tiene un derecho a *G* en contra de *b*. Esta proposición deja claro que el derecho a algo debe ser entendido como una relación triádica, en la cual el primer elemento es el beneficiario o titular del derecho (*a*); el segundo es el destinatario del derecho (*b*) y el tercero es la materia o el objeto del derecho (*G*). La relación entre los tres elementos es expresada por “D”. El esquema más general de la aseveración de un derecho a

⁹⁵ Observación General N° 12, parágrafo 8. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

⁹⁶ HUNT (1993), p. 8.

⁹⁷ HUNT (1993), p. 8.

⁹⁸ ALEXY (1993), p. 186.

algo puede entonces ser expresado como: $DabG$.⁹⁹ G puede ser un acto positivo o una omisión¹⁰⁰ y por ello los derechos pueden ser clasificados en derechos a actos negativos¹⁰¹ (derechos de defensa) y derechos a actos positivos.¹⁰² Entonces, Alexy explica que el objeto del derecho es una conducta:

“El objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en la relación”.¹⁰³

Esto es muy importante. Si el objeto del derecho no fuera una conducta de un tercero obligado, entonces no tendría sentido reconocer derechos porque los terceros no estarían imperados por ellos. Consecuentemente, Alexy señala que el derecho a la vida de a significa una relación triádica donde b (el destinatario) es, en este caso, el Estado; y G (el objeto del derecho) es una conducta de b , que no es solamente una conducta negativa de no matar sino la conducta positiva de actuar de manera protectora de la vida del destinatario, principalmente previniendo atentados de terceros.¹⁰⁴ Según esta perspectiva, el objeto del derecho a la vida de a no es la vida de a sino una conducta de b . Correspondientemente, el objeto del derecho a la salud no es la salud sino una cierta conducta (obligaciones) de parte del destinatario.

⁹⁹ ALEXY (1993), p. 186-7.

¹⁰⁰ ALEXY (1993), p. 187.

¹⁰¹ El Derecho a actos negativos comprende: Derecho a no obstrucción; Derecho a no afectación de características o situaciones, y el derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas (ALEXY 1993, p. 189).

¹⁰² El derecho a actos positivos puede dividirse en dos grupos: aquellos que tienen actos fácticos como su objeto y aquellos que tienen actos normativos como su objeto ALEXY (1993), p. 194-5.

¹⁰³ ALEXY (1993), p. 187.

¹⁰⁴ ALEXY (1993), p. 188. Ahora bien, Alexy explica que los preceptos constitucionales no siempre expresan de manera clara esta estructura del derecho. Por ejemplo, el artículo 2(2)(1) de la Ley Fundamental alemana, que señala “Todos tienen derecho a la vida” pareciera recoger una estructura diádica, pero Alexy explica que es sólo una fórmula simplificada del derecho. Dice Alexy: “Si se mira tan sólo el texto de esa disposición, podría pensarse que, a través de ella, se confiere un derecho que tiene la estructura de una relación diádica entre un titular y un objeto que, en este caso, consiste en una determinada situación del titular, es decir, estar vivo. Un derecho tal correspondería a aquello que en la terminología clásica se llama “jus in rem” y que es contrapuesto al “jus in personam”. No puede haber duda de que, por razones de simplicidad, a menudo es fundamental hablar de derechos en el sentido de relaciones entre un sujeto de derecho y un objeto. Sin embargo, como observaba correctamente Kant (...) hablar de tales relaciones no es otra cosa que una designación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias”. ALEXY (1993), p. 187-8.

Por lo pronto, debemos entender que este derecho, como cualquier otro, es un complejo que comprende un derecho a algo, una libertad y un poder. En cuanto derecho a algo, el derecho a la protección de la salud tiene la misma estructura que cualquier otro derecho (DabG), y los elementos de la estructura son los siguientes:

i) El titular del derecho (a). Este elemento no representa ningún problema bajo el precepto constitucional chileno. De acuerdo con la Constitución, toda persona tiene derecho a la protección de la salud. El término persona –no definido por la Carta Fundamental– es objeto de discusión en la literatura nacional, en lo que se refiere al momento desde el cual el ser humano es persona. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina nacional, como Corral¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, Zapata¹⁰⁷, Verdugo¹⁰⁸, Ugarte¹⁰⁹⁻¹¹⁰, Silva¹¹¹, Varela¹¹², Vivanco¹¹³, Soto¹¹⁴, Fernandois¹¹⁵ y Cea¹¹⁶, entre otros, y para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el ser humano es persona desde la concepción. Este es el titular del derecho a la protección de la salud.

ii) El destinatario del derecho (b). El destinatario en la teoría del Alexy es el sujeto imperado por las obligaciones que emanan del derecho y es siempre una tercera persona. En el caso del derecho a la salud, el destinatario no es solamente el Estado sino también los particulares, a partir del hecho de que los derechos constitucionales en el sistema chileno operan tanto vertical como horizontalmente, de acuerdo con los artículos 6º, 7º y 20 de la Constitución, entre otros. En consecuencia, el destinatario del derecho es el Estado y los particulares. Sin embargo, el artículo 19 N° 9 menciona explícitamente obligaciones para el Estado.

¹⁰⁵ Ver CORRAL (1990), p. 320.

¹⁰⁶ Ver también CORRAL (1992), p. 447.

¹⁰⁷ ZAPATA (1998), p. 376.

¹⁰⁸ VERDUGO (2005), p. 199.

¹⁰⁹ UGARTE (2004).

¹¹⁰ Ver también UGARTE (2006), p. 235.

¹¹¹ SILVA (1995), 186.

¹¹² VARELA (1990), 197.

¹¹³ VIVANCO (2007), p. 244.

¹¹⁴ SOTO (1991), 139.

¹¹⁵ FERNANDOIS (2004), p. 101.

¹¹⁶ CEA (2004), p. 46.

Esto nos permite considerar que el Estado es el destinatario (sujeto imperado) primario del derecho.

iii) El objeto del derecho (G). Vimos que alguna doctrina chilena señaló que el derecho a la protección de la salud no puede ser entendido como un derecho a estar sano pues ese estado de cosas no es alcanzable. Es cierto que estar sano no es un estado asegurable, pero esa no es la razón por la cual el objeto del derecho no es la salud. La razón es que el objeto de un derecho, como hemos visto, consiste en la regulación de la conducta de un tercero.¹¹⁷ Durante la redacción del precepto, un comisionado señaló que el derecho a la salud envuelve deberes positivos y negativos, pero no especificó cuáles; tampoco sus colegas. Ciertamente, el principal problema que plantea el derecho a la protección de la salud es precisar qué obligaciones tiene el destinatario. Esas obligaciones no se encuentran completamente determinadas, lo que también es cierto respecto de otros derechos, particularmente, en el nivel terciario de obligaciones. En consecuencia, este es el elemento más problemático de la estructura del derecho a la salud. Sin embargo, algunas precisiones sí las hallamos en el artículo 19 N° 9, como veremos más adelante.

3.2. El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El TC chileno ha tenido oportunidad de referirse al derecho a la salud en diversas ocasiones, entre ellas, cuando ha resuelto requerimientos de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres y también en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el mismo precepto legal.

a) En los fallos referidos a Requerimientos de Inaplicabilidad del artículo 38 ter la Ley de Isapres, el TC señaló que las bases del derecho a la salud son la igual dignidad y derechos de las personas, consagrada en el artículo 1° de la Constitución y el deber del Estado de servir a la persona humana, proteger a la población y asegurar su participación de las personas en la vida social. Además, el TC agregó:

- Los derechos fundamentales implican un esquema triple de obligaciones para el Estado: respetar, proteger y promover.
- Los derechos sociales, como el derecho a la salud, son exigibles.

¹¹⁷ Esta forma de entender el derecho a la salud no es diferente de la perspectiva endosada por Hunt y el Comité DESC. Lo que ambos consideran prerrogativas parece ser equivalente a lo que Alexy llama derecho a algo, y la categoría de libertades de Alexy es equivalente a la usada por Hunt y el Comité.

- El derecho a la salud involucra conductas activas de parte del Estado y particulares.
- Este derecho se halla ligado a otros derechos esenciales, como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica.¹¹⁸⁻¹¹⁹⁻¹²⁰
- El derecho a la salud es de naturaleza prestacional o de segunda generación.¹²¹⁻¹²²

En esta línea jurisprudencial podemos advertir que el TC vincula el derecho a la salud con la dignidad humana y con el deber del Estado de proteger a las personas y asegurarles que se puedan desarrollar y participar en la vida nacional. La razón es que sin salud no es posible desarrollarse o participar en la vida nacional. Además, el TC reconoce expresamente que el derecho a la salud es un derecho social exigible de carácter prestacional o segunda generación que implica un esquema triple de obligaciones positivas y negativas para el Estado. Con esta declaración, el TC se acerca a una doctrina que se hizo conocida a nivel internacional ya en los años 90¹²³, aunque ignorada en Chile hasta hace unos años. Además, el TC se acerca con ese pensamiento a los desarrollos del Comité DESC, al cual cita expresamente.

b) En la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, el TC reiteró que el derecho a la salud es un derecho social o de segunda generación, basado en la igualdad y solidaridad.¹²⁴ Además, el TC declaró que este derecho está enraizado en las convenciones internacionales, como el PIDESC, y las interpretaciones del Comité de ese pacto. Señala el TC:

“Este Comité del mencionado Pacto ‘interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.’.”¹²⁵

¹¹⁸ Rol N° 976-07, 26 de junio de 2008, C°s. 22-29.

¹¹⁹ Rol N° 1218-08, 7 de julio 2009, C°s. 16-32.

¹²⁰ Rol N° 1287-08, 8 de septiembre 2009, C°s. 16-37.

¹²¹ Rol N° 1218-08, 7 de julio 2009, C° 23.

¹²² Rol N° 1287-08, 8 de septiembre 2009, C° 23.

¹²³ Ver SHUE y EIDE.

¹²⁴ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 111.

¹²⁵ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 113.

Esta referencia del TC al Comité DESC ya la habíamos señalado más atrás. El TC no sólo reconoce la doctrina de este comité sino el amplio ámbito del derecho a la salud que explicita dicho organismo. Luego, el TC cita doctrina conforme la cual el derecho a la salud implica prestaciones de índole muy variada:

“El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud”.¹²⁶

El acceso a estos bienes y servicios están garantizados por la Constitución, aunque la provisión de los mismos no está reservada al Estado, sino que también puede ser asumida por el sector privado bajo una modalidad subsidiaria.¹²⁷ En su sentencia, el TC añade una serie de consideraciones especialmente interesantes:

Los derechos sociales son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación, y así sucede también con el derecho a la protección de la salud.¹²⁸

- La Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones.¹²⁹
- La Constitución asigna al Estado un rol de control o supervigilancia en materia de acciones de salud.¹³⁰
- No puede existir monopolio prestacional de acciones de salud, las que pueden ser entregadas por instituciones públicas o privadas.¹³¹
- Tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá –sostiene el TC– porque establece el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, expresión utilizada únicamente en este derecho.¹³²

Como se puede advertir, el TC reitera que el derecho a la salud es un derecho exigible y es un derecho social que impone deberes sobre el Estado y los particulares; respecto del Estado, los deberes de respetar, proteger y promover el derecho a la salud.

¹²⁶ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 113.

¹²⁷ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 122.

¹²⁸ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 114.

¹²⁹ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 115.

¹³⁰ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 116.

¹³¹ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 117.

¹³² Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 118.

En conclusión, desde el punto de vista de la doctrina señalada y de la jurisprudencia del TC, el objeto del derecho a la salud está constituido por una serie de obligaciones de conducta de parte del destinatario que, en Chile, es principalmente el Estado. El derecho a la salud es un derecho prestacional exigible. Algunas de sus obligaciones se encuentran explícitamente señaladas por la Constitución, como veremos a continuación.

4. OBLIGACIONES DEL ESTADO DERIVADAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En esta sección se abordarán las obligaciones que posee el Estado derivadas del derecho constitucional a la protección de la salud. En primer lugar, recurriremos a la doctrina y al TC, en su interpretación del artículo 19 N° 9. También se citará cierta doctrina extranjera. En segundo lugar, se recurrirá a las interpretaciones que hace el Comité DESC del derecho a la salud reconocido en el PIDESC.

4.1. Obligaciones del Estado según la doctrina y el Tribunal Constitucional

Como se ha defendido más atrás, el objeto del derecho a la salud es una conducta del destinatario, primariamente el Estado. Ahora bien, hay autores, como Álvarez, que estiman que el Estado es el único responsable por la salud de la población,¹³³ aunque sus deberes puedan ser compartidos con la comunidad y el individuo.¹³⁴ Bulnes, en cambio, enfatiza que el Estado no puede tener el monopolio en la provisión de salud.¹³⁵ De hecho, la comisión redactora de la Constitución rechazó expresamente la idea de que el Estado fuese el único responsable por la salud.

Cuando hablamos de responsabilidad del Estado, emerge el principio de subsidiariedad. La comisión redactora aludió a él, y también lo hace la doctrina, como Bulnes¹³⁶ y Verdugo.¹³⁷ Esto significa que el Estado tiene la responsabilidad primaria de proporcionar salud, pero parte de ella puede ser reservada a

¹³³ ÁLVAREZ (1990), p. 220.

¹³⁴ ÁLVAREZ (1990), p. 229.

¹³⁵ Ver BULNES (2001), p. 140.

¹³⁶ Bulnes interpreta este precepto como englobando ese principio. Ver BULNES (2001), pp. 136-7.

¹³⁷ VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA (2005), p. 208.

instituciones privadas. Cuando se redactó el precepto se discutió qué obligaciones podían ser transferidas al sector privado. Algunos comisionados estimaron que cualquiera de ellas podía serlo, excepto la promoción y protección de la salud. Bulnes cree que esta es una discusión puramente especulativa, sin impacto en la práctica y que no habría ningún problema en que el sector privado ejecutara acciones de promoción y protección de la salud¹³⁸, con un límite: la cláusula de la garantía del contenido esencial.¹³⁹

Siendo el Estado el destinatario primario del derecho, el objeto del derecho son obligaciones del Estado. El texto de la Constitución explícitamente menciona tres obligaciones:

- a) La obligación de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo;
- b) La obligación de coordinar y controlar las actividades relacionadas con la salud;
- c) La obligación primaria de garantizar la ejecución de acciones de salud, sea por parte de instituciones públicas o privadas.

¿Qué significan estas obligaciones?

a) La obligación de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. Esta obligación se descompone en varias acciones de salud: a) i) Acciones de promoción de la salud; a) ii) Acciones de protección de la salud; a) iii) Acciones de recuperación de la salud, y a) iv) Acciones encaminadas a la rehabilitación del individuo.

Durante la redacción del precepto, diversos documentos se refirieron a la salud como un todo indivisible, o hablaron de salud integral.¹⁴⁰ Si bien dicha redacción no fue incluida en el precepto constitucional, los comisionados acordaron mantener esos conceptos en la frase “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y la rehabilitación del individuo”.¹⁴¹ El significado primario de esta obligación es asegurar que la salud será protegida en una perspectiva global.¹⁴²

Veamos estas acciones de salud.

¹³⁸ BULNES (2001), p. 137.

¹³⁹ BULNES (2001), p. 141, cita la cláusula contenida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

¹⁴⁰ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁴¹ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁴² Ver FIGUEROA (2009c).

a) i) Acciones de promoción de la salud.

En relación con la promoción de la salud, Vivanco ha señalado que esta obligación está relacionada con políticas públicas de mejora preventiva de la calidad de vida de los individuos.¹⁴³ Por su parte, Álvarez señala que:

“Ellas tienden a promover el óptimo desarrollo físico y mental del ser humano. Constituye deber fundamental del Estado, la promoción de óptimas condiciones de salud en el niño, la protección de la madre y el bienestar de la familia”.¹⁴⁴

Entre dichas acciones, este autor menciona: atención materno-infantil, regulación de la fertilidad, nutrición, salud mental, planificación familiar, etc.¹⁴⁵ Dentro de esta categoría, el mismo autor incluye:

“Prestar atención para adoptar las medidas preventivas, de tratamiento o rehabilitación que sean procedentes para proteger a la infancia, niñez y adolescencia, en especial vulnerabilidad biológica, moral y económico social y promoverá de un modo especial el reforzamiento de la estructura familiar”.¹⁴⁶

Cea apunta que esta acción incluye iniciativas para impulsar atención y cuidado, tales como campañas educacionales acerca de prevención, higiene y salubridad.¹⁴⁷ Si bien este ámbito apunta principalmente al Estado, no está restringido a los establecimientos públicos. De acuerdo con Vivanco, las corporaciones privadas también deben participar en dichas políticas impulsadas por el Estado.¹⁴⁸

a) ii) Acciones de protección de la salud.

Una segunda acción mencionada por la Constitución es la protección de la salud. Esta obligación está relacionada con medicina preventiva, como campañas de vacunación, erradicación de fuentes de enfermedad, lucha contra la adicción a las drogas, etc.¹⁴⁹ El objetivo es prevenir la pérdida de la salud o su deterioro.¹⁵⁰ Durante la redacción del texto constitucional, las autoridades administrativas y

¹⁴³ Ver VIVANCO (2007), p. 289.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ (1990), p. 223.

¹⁴⁵ ÁLVAREZ (1990), p. 223.

¹⁴⁶ ÁLVAREZ (1990), p. 223.

¹⁴⁷ Ver CEA (2004), p. 309.

¹⁴⁸ Ver VIVANCO (2007), p. 289.

¹⁴⁹ Ver CEA (2004), p. 309.

¹⁵⁰ Ver VIVANCO (2007), p. 289.

también los miembros de la comisión acordaron no especificar en la Constitución qué tipos precisos de atención debe proporcionar el Estado.¹⁵¹ Álvarez piensa que la protección de la salud significa que el Estado se encuentra bajo la obligación de asegurar una atención de salud digna y eficiente, y establecer condiciones adecuadas para la salud pública de la población.¹⁵² Vivanco agrega que esto debe hacerse sobre bases igualitarias.¹⁵³ En el proceso de redacción, las autoridades administrativas sugirieron que hubiera controles de calidad y especificaciones técnicas para las prestaciones de salud.¹⁵⁴ Sin embargo, los comisionados decidieron no incluir este tópico en el texto del Carta Fundamental.¹⁵⁵

Hablando de dignidad y eficiencia en salud en la doctrina internacional, Hulst ha mencionado dos aspectos: calidad del cuidado proporcionado y accesibilidad financiera y geográfica a ciertos cuidados de salud necesarios. En relación con la calidad, este autor declara que el derecho al cuidado de la salud se torna ilusorio cuando el sistema de salud no alcanza estándares mínimos de calidad.¹⁵⁶ Más todavía, debería existir un mecanismo que favoreciera la supervisión y control de la calidad. Por su parte, Leenen señala que la calidad del cuidado de salud significa que el personal a cargo de la atención de salud haya sido adecuadamente entrenado, que coopere con la administración de la atención de salud, que todas las instalaciones de salud cumplan con ciertos estándares de calidad y que la medicina y los equipos sean de alta calidad.¹⁵⁷ Hulst agrega que el principal sujeto responsable de asegurar el respeto a los estándares de calidad debería ser el gobierno, el que, de ser necesario, debería diseñar las reglas para lograr los objetivos.¹⁵⁸ Desde este punto de vista, el Estado es la autoridad eminente para generar un esquema dentro del cual los profesionales de la salud puedan ser urgidos y motivados a asumir la responsabilidad completa por la calidad de los cuidados de salud.¹⁵⁹

¹⁵¹ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁵² Ver ÁLVAREZ (1990), p. 229.

¹⁵³ Ver VIVANCO (2007), p. 288.

¹⁵⁴ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁵⁵ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁵⁶ Ver HULST (1991), p. 11.

¹⁵⁷ Ver LEENEN (1991), p. 32.

¹⁵⁸ LEENEN (1991), p. 34.

¹⁵⁹ Ver HULST (1991), p.13.

El Comité DESC –que ha sido citado por el TC– también se ha referido a la calidad de la atención en salud. En su Observación General N° 14, sección 12, letra d) señala:

“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalentes en un determinado Estado Parte:

D). Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.

Recapitulando: vimos que la dignidad y eficiencia en salud comprendía la calidad y el acceso. Consideremos ahora el acceso a cuidados de salud. El acceso debe ser tanto financiero como geográfico. Un requerimiento de accesibilidad geográfica significa –según Leenen– que el cuidado de salud sea físicamente accesible de una manera razonable para todos.¹⁶⁰ El Comité DESC también ha considerado este aspecto y ha formulado un extenso comentario, que señala que la accesibilidad comprende cuatro dimensiones sobrepuestas: No discriminación¹⁶¹; Accesibilidad física¹⁶²; Accesibilidad económica¹⁶³, y Acceso a la información.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ver LEENEN (1991), p. 34.

¹⁶¹ “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos”. Observación General N° 14, sección 12 letra d).

¹⁶² “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”. Observación General N° 14, sección 12, letra d).

¹⁶³ “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”. Observación General N° 14, sección 12, letra d).

¹⁶⁴ “Ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho

Volviendo a la doctrina nacional, respecto de acciones de protección de la salud, Bulnes señala que ésta presenta dos dimensiones: primero, la autoridad pública no debe ejecutar ninguna acción que vaya en contra de la salud; segundo, la autoridad debe adoptar todas las providencias que considere necesarias para resguardar la salud.¹⁶⁵ Ella piensa que la obligación de proteger significa crear aquellas condiciones que permitan a las personas acceder a las acciones de salud.¹⁶⁶ Álvarez estima que las acciones de protección “[T]ienden a eliminar los riesgos resultantes de la vida en común...”, incluyendo las funciones de epidemiología, sanidad internacional e higiene ambiental.¹⁶⁷

Revisemos ahora la tercera acción.

a) iii) Acciones de recuperación de la salud.

Una tercera acción involucrada en la obligación constitucional del artículo 19 N° 9 está relacionada con la recuperación de la salud. La recuperación de la salud apunta a todas las provisiones relacionadas con la medicina curativa y es evidentemente el ámbito de la salud más importante para las personas, cuando están enfermas.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹ De hecho, cuando se piensa en salud, normalmente se está pensando en esta dimensión. La medicina curativa abarca todas las prestaciones médicas que se realizan en los hospitales, recintos asistenciales de emergencia, en los domicilios, etc.¹⁷⁰

a) iv) Acciones encaminadas a la rehabilitación del individuo.

Finalmente, existe una cuarta acción de salud contenida en el texto constitucional, y está referida a la rehabilitación de las personas. Cea señala que esta acción está orientada a aquellos casos en que una persona ha sufrido un accidente.¹⁷¹ En tal hipótesis hace sentido hablar de rehabilitación. Es evidente que esta acción se encuentra muy relacionada con la recuperación de la salud porque se centra en el

de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”. Observación General N° 14, sección 12, letra d).

¹⁶⁵ Ver BULNES (2001), p. 136.

¹⁶⁶ Ver BULNES (2001), p. 137.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ (1990), pp. 223-5.

¹⁶⁸ Ver VIVANCO (2007), p. 289.

¹⁶⁹ Según Álvarez, estas acciones proporcionan los medios para actuar cuando la enfermedad aparezca, lo que incluye muchos tipos de atención médica. Ver ÁLVAREZ (1990), p. 225.

¹⁷⁰ Ver CEA (2004), p. 309.

¹⁷¹ Ver CEA (2004), p. 309.

caso de una persona que ha experimentado un problema de salud y el objetivo es recuperarla de las secuelas que se generaron y poder volver a una vida normal.¹⁷² Álvarez añade que esta acción involucra “[t]odos los procesos que llevan a la recuperación de una función de salud que se estima perdida (secuelas). Ellas pueden ser psiquiátricas, físicas, pedagógicas, de lenguaje, etc.”.¹⁷³

Hasta aquí hemos revisado las cuatro acciones de salud que están comprendidas en la primera obligación del Estado que menciona el artículo 19 N° 9 de la Constitución. Ahora veremos la segunda obligación.

b) La obligación de coordinar y controlar las actividades relacionadas con la salud.

La segunda obligación constitucional del Estado es la coordinación y control de las acciones de salud. Esta obligación del Estado es el resultado de la concepción que los comisionados redactores del texto constitucional tenían respecto del rol del Estado. Ellos señalaron que el Estado asume la autoridad total sobre la salud, pero no es el único responsable por ella, debido a que el sector privado puede y debe ejercer un rol importante proporcionando acciones de salud.¹⁷⁴ Por esta razón, el Estado debe controlar y coordinar todas las acciones de salud. Los comisionados afirmaron que este deber incluye tanto funciones controladoras como normativas.¹⁷⁵ Según Cea, coordinar consiste en “establecer y seguir un orden entre instituciones públicas y privadas, fruto de lo cual sea la integración mutua de sus esfuerzos en la consecución de una tarea común”.¹⁷⁶ Controlar consiste en observar o supervisar el funcionamiento del sistema, adoptando o sugiriendo medidas correctivas.¹⁷⁷ Vivanco apunta que este deber del Estado no se restringe a instituciones públicas, sino que se extiende a organizaciones privadas. Respecto de ellas, el Estado no es un observador pasivo y en eso se manifiesta su rol subsidiario.¹⁷⁸ Esto es todo lo que encontramos en la doctrina nacional.

c) La obligación primaria de garantizar la ejecución de acciones de salud, sea por parte de instituciones públicas o privadas. Esta es la tercera obligación que

¹⁷² Ver VIVANCO (2007), p. 290.

¹⁷³ ÁLVAREZ (1990), p. 225.

¹⁷⁴ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁷⁵ Ver FIGUEROA (2009c).

¹⁷⁶ CEA (2004), p. 310.

¹⁷⁷ CEA (2004), p. 310.

¹⁷⁸ Ver VIVANCO (2007), p. 290.

la Constitución impone al Estado. Vale la pena recordar el texto de la Constitución:

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

Durante la elaboración del precepto constitucional, las autoridades administrativas sugirieron que el Estado debe asegurar la existencia de los diversos medios o mecanismos para proporcionar atención de salud a las personas. Mientras ciertos aspectos de la responsabilidad del Estado son intransferibles, como la promoción, fomento, prevención y protección, otros pueden ser compartidos con el sector privado, como acciones de recuperación. Los comisionados accedieron a esta idea. Cea señala que “garantizar es asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas”.¹⁷⁹

El TC se refirió a esta obligación en el fallo sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 ter sobre la Ley de Isapres. El TC declara que la fórmula constitucional comienza señalando un deber del Estado:

“Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público”.¹⁸⁰

Luego, el TC señala que la Constitución establece un deber preferente. Este deber preferente significa que el Estado no es el único proveedor de salud, sino el principal responsable. Es un deber prioritario y eminente, que jamás puede dejar de cumplir.¹⁸¹ Más aún, el TC agrega que “[el] Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población”.¹⁸² De

¹⁷⁹ CEA (2004), p. 310.

¹⁸⁰ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 120.

¹⁸¹ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 121.

¹⁸² Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 121.

todas maneras, el sector privado asume un rol subsidiario de la actividad estatal, en opinión del TC.¹⁸³

Como vimos, la Constitución establece un deber de garantizar las acciones de salud. Pues bien, el TC se refiere a esta idea de garantizar: “Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud”.¹⁸⁴ Entonces, parece bastante claro que la Constitución de 1980 adhiere a una perspectiva amplia respecto de la salud, que no se limita a recuperación de la salud sino que comprende también promoción y prevención de la salud. En este aspecto, la Constitución sigue una tendencia señalada por cierta doctrina internacional que estima que el derecho a la salud incluye cuidados preventivos de salud, promoción de condiciones ambientales favorables de salud, acciones positivas en favor de grupos discriminados, etc.¹⁸⁵ La pregunta es ¿hasta qué punto debe el Estado proporcionar acciones de salud y cumplir sus deberes? Este es un problema difícil. La doctrina nacional no lo ha estudiado. Como hemos visto, el Comité DESC señala que:

“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Calidad”.¹⁸⁶

Hendriks y Toebes¹⁸⁷ ha abordado este problema de determinar la extensión de las obligaciones del Estado por la vía de proponer la definición del núcleo mínimo del derecho:

“El contenido básico de un derecho humano social consiste en aquellos elementos esenciales sin los cuales el derecho perdería su significación como derecho humano. Corresponde a un nivel mínimo absoluto de protección de derechos humanos, un nivel de protección que los Estados deberían sostener siempre, con independencia de la situación de su economía u otros factores disruptivos en el país”.¹⁸⁸

¹⁸³ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 121.

¹⁸⁴ Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010, C° 122.

¹⁸⁵ Por ejemplo, DEN EXTER & HERMANS (1991), p. 4.

¹⁸⁶ Observación General N° 14 párrafo 12.

¹⁸⁷ Por ejemplo HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 319.

¹⁸⁸ HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 325, apoyándose en Türk. (Traducción libre del autor).

Ellos agregan que la determinación de un núcleo universal debe ser necesariamente muy general y, hasta cierto punto, flexible¹⁸⁹ y proponen cinco elementos para definir el núcleo del derecho, núcleo que los Estados deben garantizar independientemente de sus recursos financieros:

- Proporcionar cuidado de salud primario esencial que sea accesible, costeable, disponible y de alta calidad, incluyendo servicios de salud sexual y reproductiva;
- Crear “redes de seguridad” para aquellos que no son capaces de asegurar servicios o recursos;
- Desarrollar e implementar políticas de salud comprensivas y sensibles a la edad y el género;
- Adoptar medidas destinadas a mejorar las estructuras subyacentes de poder y socioeconómicas que puedan causar, sostener o perpetuar inequidades en salud, y
- Absoluto respecto por el principio de no discriminación en relación con los temas de salud.¹⁹⁰

Sobre la base de este contenido mínimo del derecho a la salud y considerando el triple esquema de obligaciones¹⁹¹, Hendriks y Toebes identifican ciertas obligaciones que descansan sobre el Estado en relación con el derecho a la salud:

- Garantizar el cumplimiento completo del contenido mínimo del derecho tal como ha sido definido;
- Respetar el derecho a la salud por la vía de abstenerse de actos (y omisiones) que pongan en peligro la salud pública o individual;
- Proteger el derecho a la salud por la vía de adoptar aquellos pasos necesarios destinados a prevenir violaciones cometidas por actores no estatales, como personas privadas, empleadores y empresas, y finalmente,
- Adoptar pasos para satisfacer y asistir el derecho a la salud. Esto incluye medidas para mejorar la capacidad de los individuos y los grupos de alcanzar y mantener un buen estado de salud, abolir inequidades sociales y económicas y eliminar todas las formas de discriminación que directa o indirectamente sean detrimentes para la salud.¹⁹²

¹⁸⁹ HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 326.

¹⁹⁰ HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 326.

¹⁹¹ Elaborado por Shue y Eide. Esto se explica en otra parte de este trabajo.

¹⁹² HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 330.

Ahora bien, para señalar directivas más precisas en cuanto a cumplir con este derecho, estos autores invocan los *Limburg Principles* y añaden que una perspectiva útil en orden a proveer una delimitación más circunscrita del contenido del derecho es la perspectiva de la infracción, esto es, identificar violaciones¹⁹³ al derecho, tal como lo hacen las *Maastricht Guidelines*.¹⁹⁴

Vivanco disputa algunos de estos aspectos del derecho a la salud, particularmente aquellos relacionados con los servicios de salud sexual y reproductiva.¹⁹⁵ Esta autora limita la salud sexual y reproductiva a las siguientes situaciones: información y consejería sobre salud sexual y reproductiva; planificación familiar y métodos anticonceptivos; consejería relativa a acceso a servicios de regulación de la fertilidad; contribución a la prevención del embarazo no deseado y sus consecuencias; promoción de la prevención de ETS, incluyendo HIV/Sida.¹⁹⁶

De acuerdo con esta autora, el aborto está prohibido por la Constitución y por ello no es parte de la salud sexual y reproductiva.¹⁹⁷⁻¹⁹⁸⁻¹⁹⁹⁻²⁰⁰ En su opinión, el derecho a la salud sexual y reproductiva incluye en teoría y entre otros aspectos: libertad para ejercer la sexualidad, recreativa, comunicacional y reproductiva; respeto por decisiones personales acerca de preferencias sexuales;

¹⁹³ Estos autores formulan una precaución relevante: el esquema de violación proporcionado por las *Maastricht Guidelines* no distingue hipótesis diversas para distintos países según su nivel de desarrollo. Por eso, el esquema puede ser demasiado estricto para países en desarrollo y demasiado laxo para países desarrollados. HENDRIKS & TOEBES (1998), p. 331.

¹⁹⁴ HENDRIKS & TOEBES (1998), pp. 330-1.

¹⁹⁵ Esta es la única académica que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos y al derecho al acceso a medicamentos cuando explica el derecho a la salud en su manual. En relación con lo último, ella señala que el problema con este derecho es el costo. Si el Estado va a garantizar el derecho a la protección de la salud, incluyendo el acceso a los medicamentos, obviamente esto puede representar un problema para el Estado debido a que algunas medicinas son muy costosas. Ver VIVANCO (2007), p. 293. Esta autora cree que la solución no es fácil porque existen muchos problemas interrelacionados: el derecho a la salud de personas muy enfermas, los derechos de propiedad industrial y patentes, escasez de recursos y la necesidad de la priorización y la libertad de emprendimiento en el negocio farmacéutico. Ver VIVANCO (2007), p. 294.

¹⁹⁶ VIVANCO (2007), p. 292.

¹⁹⁷ La regulación del aborto por parte de la Constitución es un asunto que ha sido disputado en la doctrina chilena, aunque existe una clara postura mayoritaria en dicha doctrina y en la jurisprudencia. Ver una explicación de dicha postura, las posiciones minoritarias y la jurisprudencia en FIGUEROA (2007a).

¹⁹⁸ Ver FIGUEROA (2010).

¹⁹⁹ Ver también BASCUÑÁN (2004).

²⁰⁰ Ver GÓMEZ (2005).

libertad para elegir el estado civil; libertad para formar una familia; libertad para elegir el número de hijos, espaciamiento y métodos anticonceptivos; realización y aceptación de uno mismo, como hombre o mujer, y como un ser sexual; igualdad entre los sexos y géneros; fortalecer la autoestima, autoapreciación y autonomía para alcanzar la habilidad de adoptar decisiones sexuales adecuadas; libre expresión y ejercicio de la orientación sexual; libertad para escoger una pareja sexual; libertad para decidir tener o no relaciones sexuales; libertad para escoger el tipo de actividades sexuales; el derecho a recibir información científica clara y oportuna acerca de la sexualidad; tener un espacio de comunicación familiar para abordar el tema de la sexualidad; tener intimidad personal, privacidad y un buen nombre, tener opciones con un riesgo mínimo²⁰¹; el derecho a acceder a servicios de salud adecuados;²⁰² recibir un trato equitativo y respetuoso de las autoridades, y recibir protección frente a amenazas o violación de los derechos sexuales constitucionales y reproductivos.²⁰³

Después de presentar esta lista, esta autora agrega que algunos de esos derechos forman parte del modelo jurídico tradicional, compatible con la Constitución chilena, como el derecho a formar una familia, o la intimidad personal, la privacidad y buen nombre, mientras que otros se ubican en directa oposición con el modelo constitucional chileno y la idiosincrasia nacional, como la libertad para escoger una pareja sexual (porque las normas relativas a la violación y la pedofilia son independientes del consentimiento por parte de menores de involucrarse en relaciones sexuales, dice ella) o libre expresión y ejercicio de la orientación sexual.²⁰⁴

La doctrina constitucional chilena prácticamente no ha dedicado atención a la salud sexual y reproductiva, como tampoco la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, es algo prematuro presentar comentarios detallados en esta materia, como parte de la definición del derecho a la salud y las obligaciones que impone sobre el Estado.

²⁰¹ Ver VIVANCO (2007), p. 292.

²⁰² VIVANCO (2007), p. 293.

²⁰³ VIVANCO (2007), p. 293.

²⁰⁴ VIVANCO (2007), p. 293.

4.2. Las obligaciones del Estado bajo la perspectiva de las Observaciones Generales del Comité DESC

Como hemos visto, el TC ha citado las observaciones generales del Comité, de modo que hace sentido tenerlas presente aunque no sean jurídicamente vinculantes, como ya se explicó. El Comité DESC ha adherido explícitamente al triple esquema de obligaciones²⁰⁵ y lo ha aplicado al derecho a la salud reconocido en el artículo 12 del PIDESC.²⁰⁶

a) Obligación de respetar el derecho a la salud.

En relación con esta obligación, los Estados deben: i) Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud; ii) Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado o en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer; iii) Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica; censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente información relacionada con la salud, incluida la educación sexual; v) Abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra.²⁰⁷

b) Obligación de proteger el derecho a la salud.

En relación con esta obligación, el Estado debe: i) Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud; ii) Velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la dispo-

²⁰⁵ Ver FIGUEROA (2009a). Desde una perspectiva filosófica y no desde la teoría de los derechos humanos, SHUE (1980) trabajó este tema cuando aludió a los derechos de seguridad y los derechos de subsistencia. Los primeros pueden corresponder a derechos civiles y los segundos a derechos económicos. Shue señaló que un derecho no puede considerarse cumplido si no se satisfacen conjuntamente los tres niveles de obligaciones: i) evitar privación, ii) proteger de la privación, y iii) auxiliar al privado del derecho. SHUE (1980, p. 52 y 1984, p. 83).

²⁰⁶ “Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”. Observación General N° 14, párrafo 33.

²⁰⁷ Ver Observación General N° 14, párrafo 34.

nibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; iii) Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología; iv) Velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales (mutilación de los órganos genitales), y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad.²⁰⁸

c) Obligación de satisfacer-cumplir el derecho a la salud.

Respecto de esta obligación, el Estado debe: i) Reconocer suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, y adoptar una política nacional de salud acompañada de un plan detallado; garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud. La infraestructura debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica; ii) Velar por la apropiada formación de facultativos y personal médico, la existencia de un número suficiente de centros de salud; iii) Establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; iv) Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación; v) Formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.²⁰⁹ El comité

²⁰⁸ Observación General N° 14, párrafo 35.

²⁰⁹ Observación General N° 14, párrafo 36.

continúa desarrollando la obligación de cumplir, distinguiendo las dimensiones de facilitar²¹⁰ y promover.²¹¹⁻²¹²

Este nivel terciario de obligaciones está sometido a un cumplimiento progresivo, que franquea a los Estados márgenes de discrecionalidad. Sin embargo, existen estándares universales mínimos que limitan dicha discreción. Por ejemplo, en relación con la obligación de cumplir, privar a un número significativo de personas de instalaciones de salud primaria constituiría *prima facie* una violación del derecho al cuidado de la salud y tendría un efecto inmediato.²¹³ En orden a poder monitorear el cumplimiento progresivo del derecho es necesario generar indicadores, asunto relativamente ausente en la doctrina especializada. Entre otros aspectos, tales indicadores deben distinguir dos hipótesis fundamentales: la incapacidad del gobierno de cumplir con el derecho, de la falta de voluntad para hacerlo.²¹⁴ Esta distinción ha sido explícitamente reconocida por el Comité DESC.²¹⁵ La

²¹⁰ “La obligación de cumplir (facilitar) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”. Observación General N° 14, párrafo 37.

²¹¹ “La obligación de cumplir (promover) el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo, la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud”. Observación General N° 14, párrafo 37.

²¹² Algunos autores distinguen la obligación de promover de la obligación de asegurar. Por ejemplo, DEN EXTER & HERMANS (1991, p. 5). La primera incluye una obligación de medios consistente en promover la salud pública, así como la adopción e implementación de un plan de acción orientado a reducir la mortalidad materna, por ejemplo. La obligación de asegurar es una obligación de resultado, por ejemplo, establecer instalaciones de salud primaria preventiva para las personas necesitadas.

²¹³ DEN EXTER & HERMANS (1991, p. 5).

²¹⁴ HENDRIKS & TOEBES (1998, p. 327).

²¹⁵ “Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, en virtud del cual cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Observación General N° 14, párrafo 47.

incapacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones debe estar relacionada con la falta de recursos²¹⁶, aunque en ningún caso puede dejar de cumplir las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables.²¹⁷ Esas obligaciones básicas son: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública.²¹⁸

El Comité señala, asimismo, que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes: a) Velar por la atención de la salud genésica, materna e infantil; b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad; e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud.²¹⁹

Infracciones

Otra forma de interpretar las obligaciones que dimanarían del derecho a la salud y entender su significado es considerar la perspectiva de la infracción de dichas obligaciones. El Comité ha abordado las violaciones del derecho a la salud desde múltiples puntos de vista y ha identificado diferentes hipótesis de violación, que pueden suceder por acción directa de los Estados u otras entidades reguladas por los Estados²²⁰ o mediante omisiones.²²¹ Junto con ello, el Comité ha presentado

²¹⁶ Observación General N° 14, párrafo 47.

²¹⁷ Observación General N° 14, párrafo 47.

²¹⁸ Observación General N° 14, párrafo 43.

²¹⁹ Observación General N° 14, párrafo 44.

²²⁰ “La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 *supra*, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”. Observación General N° 14, párrafo 48.

²²¹ “Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por actos de omisión figuran el no adoptar medidas

una descripción detallada de hipótesis de violaciones basada en el esquema tripartido ya mencionado:

a) Violaciones de las obligaciones de respetar.

Se producen cuando mediante acciones, políticas o leyes, Estados contravienen el artículo 12 del Pacto y produce lesiones corporales, morbosidad innecesaria o mortalidad evitable. Por ejemplo, la denegación de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información; “la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud;” etc.²²²

b) Violaciones a la obligación de proteger.

Se producen cuando el Estado no adopta las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Por ejemplo, la no regulación de las actividades de particulares que violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra prácticas perjudiciales para su salud; no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; no proteger a las mujeres contra la violencia, etc.²²³

c) Violaciones a la obligación de satisfacer-cumplir:

Se verifican cuando el Estado no adopta todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Ej.: no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; gastos insuficientes que impiden el disfrute del derecho a la salud; no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional; no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; etc.²²⁴

Estas recomendaciones del comité DESC del PIDESC sobre el derecho a la salud puede tener alguna utilidad para el intérprete constitucional, cuando le toque

apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes”. Observación General N° 14, párrafo 49.

²²² Observación General N° 14, párrafo 50.

²²³ Observación General N° 14, párrafo 51.

²²⁴ Observación General N° 14, párrafo 52.

juzgar si el Estado está dando cumplimiento a las obligaciones que emanan del derecho constitucional a la salud. Los comentarios del comité no son obligatorios, pero son interpretaciones de expertos sobre el derecho a la salud contenido en el pacto, el que sí impera en Chile y es parte del derecho chileno. Quizá por esta razón el Tribunal Constitucional ha citado las observaciones del comité.

5. CONCLUSIONES

1. El derecho a la salud se encuentra reconocido por la Constitución de 1980, bajo la fórmula “derecho a la protección de la salud”. Dado que se encuentra reconocido como un derecho de la misma manera en que lo están los demás derechos constitucionales, no existe ninguna razón para pensar que se trata de una mera aspiración y no de un derecho, como ha sugerido alguna doctrina. Cabe tener presente que el Tribunal Constitucional ha reconocido este derecho y ha reafirmado su justiciabilidad.

2. La fórmula empleada por la Carta Fundamental, que alude a la protección del derecho a la salud, no debe interpretarse como una fórmula restrictiva del derecho. No existe diferencia relevante entre derecho a la salud y derecho a la protección de la salud.

3. Existe escasa doctrina en Chile que contribuya a determinar el sentido de este derecho. Por ello, puede ser útil recurrir a doctrina extranjera, como un parámetro de referencia, aunque sea limitado.

4. El Estado de Chile ha suscrito el PIDESC, que instituye el derecho a la salud. Por tanto, el precepto relativo al derecho a la salud contenido en dicho pacto es imperativo en Chile.

5. El objeto del derecho a la salud, como ocurre con cualquier otro derecho, corresponde a las obligaciones que tiene el destinatario. En Chile, el principal destinatario es el Estado.

6. La Constitución menciona explícitamente tres de las obligaciones que tiene el Estado:

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

El sentido básico de esta obligación es asegurar que la salud será protegida de manera global.

Promoción de la salud significa adopción de políticas públicas para mejorar la calidad de vida de los individuos.

Protección de la salud comprende: disponibilidad, accesibilidad (geográfica, económica y de información), aceptabilidad y calidad. Recuperación de la salud apunta a medicina curativa.

Rehabilitación envuelve todos los procesos que conduzcan a la recuperación de una función de salud perdida.

b. Coordinación y control de las actividades relacionadas con la salud. Esta obligación significa que el Estado asume total autoridad sobre la salud, aunque no es el único responsable de proporcionarla, porque el sector privado tiene un rol importante que desempeñar al respecto.

c. Garantizar la ejecución de las acciones de salud. Esta obligación se puede entender en el sentido de que el Estado debe asegurar la existencia de diversos medios o mecanismos que proporcionen atención de salud a la población.

7. Este marco de obligaciones explícitamente señalado por la Carta Fundamental no agota la totalidad de ellas. Otras obligaciones que puede tener el Estado se pueden derivar de una interpretación doctrinaria del derecho a la salud. Para estos efectos, puede ser de utilidad considerar la idea del contenido mínimo del derecho, como ha sido señalado por la doctrina internacional. También pueden ser útiles las elaboraciones del comité DESC del PIDESC. Es cierto que las observaciones generales del comité no son jurídicamente obligatorias, pero el Tribunal Constitucional se ha referido a ellas, de modo que alguna relevancia tienen.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Artículos y libros

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales).

ÁLVAREZ, Sergio (1990): "Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un Estado de Derecho", en *Revista de Derecho Público*, N° 47-48, pp. 219-229.

BASCUÑÁN, Antonio (2004): "La píldora del día después ante la jurisprudencia", en *Estudios Públicos*, N° 95, pp. 43-89.

BERTELSEN, Raúl (1989): "Report on the right to health in Chile", en *The Right to Health in the Americas. A Comparative Study* (H. Fuenzalida-Puelma and S. Scholle, eds., Pan American Health Organization, Scientific Publication N° 509), pp. 166-186.

- BOBBIO, Norberto (1984): *Il Futuro Della Democrazia* (G. Einaudi ed., Nuovo Politecnico).
- BULNES, Luz (2001): “El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”, en *Actualidad Jurídica*, N° 4 (Universidad del Desarrollo), pp. 131-148.
- CEA, José L. (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago).
- CORRAL, Hernán (1990): “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17 (Universidad Católica de Chile, Santiago), pp. 301-321.
- CORRAL, Hernán (1992): “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial,” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 (Universidad Católica de Chile, Santiago), pp. 439-460.
- DEN EXTER, André y HERMANS, Herbert (1991): “The Right to Health Care: A Changing Concept?”, en *The Right to Health Care in Several European Countries* (A. den Exter & H. Hermans, eds., Kluwer Law International), pp. 1-10.
- DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press).
- EIDE, Absjorn (1992): “National Sovereignty And International Efforts To Realize Human Rights”, en *Human Rights In Perspective: A Global Assessment* (A. Eide & Berut Hagtvet Eds., Blackwell Publishers 1992), pp. 3-30.
- FARÍA, Miguel A. (1999): “Is There a Right to Health Care?”, en *Medical Sentinel*, vol. 4 N° 4, pp. 125-127.
- FERMANDOIS, Arturo (2004): “La píldora del día después: aspectos normativos”, en *Estudios Públicos*, vol. 95, pp. 91-128.
- FIGUEROA, Rodolfo (2007a): “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”, en *Revista de Derecho*, vol. 20 N° 2 (Universidad Austral), pp. 95-130.
- FIGUEROA, Rodolfo (2007b). “La distinción entre reglas y principios aplicada al problema de la jerarquía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, vol. 25 N° 1, pp. 147-163.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009a): “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, pp. 587-620.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009b): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho

- a la protección de la salud”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2, pp. 313-342.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009c): “El derecho a la protección de la salud. Orígenes del precepto constitucional”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 55 (Universidad de Valparaíso), pp. 145-202.
- FIGUEROA, Rodolfo (2010): “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1 (Universidad Diego Portales), pp. 144-162.
- GIESEN, Dieter (1994): “A Right to Health Care?: A Comparative Perspective”, en *Health Matrix*, vol. 4, pp. 277-295.
- GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago).
- HENDRIKS, Aart & TOEBES, Brigit (1998): “Towards a Universal Definition of the Right to Health?”, en *MED LAW*, vol. 17, pp. 319-332.
- HULST, Ernst (1991): “The Quality Dimensions of the Right to Health Care”, en *The Right to Health Care in Several European Countries* (A. den Exter & H. Hermans, Kluwer Law International), pp. 11-16.
- HUNT, Paul (1993): “Reclaiming Economic, Social and Cultural Rights”, en *Waikato L. Rev.* Vol. 1, pp. 141-163.
- HUNTOON, Lawrence R. (1999): “Health Care and the ‘Distributive Ethic’ - ‘Natural Rights’ vs. Socialism”, en *Medical Sentinel*, vol. 4 N° 4, pp. 177-178.
- LEARY, Virginia A (1993): “Implications of a Right to Health”, en *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge* (K.E. Mahoney & P. Mahoney, eds., Martinus Nijhoff Publishers), pp. 481-493.
- LEENEN, Henk (1991): “The Right to Health Care and its realisation in The Netherlands”, en *The Right To Health Care In Several European Countries* (A. Den Exter & H. Hermans, Kluwer Law International), pp. 31-38.
- PEIKOFF, Leonard (1993): “Health Care Is Not A Right”, Conferencia pronunciada en el Town Hall en el Clinton Health Plan. Red Lion Hotel, Costa Mesa CA. Diciembre 11. Disponible online: <http://www.bdt.com/pages/Peikoff.html> (Fecha de consulta: 25 de agosto, 2005).
- ROEMER, Ruth (1989): “The Right to Health Care”, en *The Right to Health In the Americas. A Comparative Constitutional Study* (Pan American Health Organization), pp. 17-23.
- SARACCI, Rodolfo (1997): “The World Health Organization needs to reconsider its definition of health”, en *British Medical Journal*, Vol. 314, pp. 1409-1410.