

**“EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE: APORTES PARA EL DEBATE CONSTITUYENTE DESDE  
LOS DETERMINANTES SOCIALES”**

**Por**

**Amaya Alvez Marín<sup>1</sup>, Cecilia Bustos Ibarra<sup>2</sup>, Ximena Gauché Marchetti<sup>3</sup>.**

**Universidad de Concepción**

**Resumen:**

En el marco del debate constituyente instalado en la opinión pública, la academia y la agenda política nacional, este trabajo realiza una revisión normativa, jurisprudencial y empírica del derecho a la salud en Chile. Considerando el contexto normativo que entrega su regulación en la Constitución Política de 1980, los estándares internacionales y la reforma sanitaria impulsada desde la década del 2000, se da cuenta de la debilidad del reconocimiento del derecho a la salud en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a pesar de los avances a partir de la citada reforma y de la judicialización que se ha ido produciendo de la mano de la protección a la propiedad, y de cómo nuestro país se caracteriza por no definir el alcance de la protección de la salud y por excluir la vulneración del derecho a la salud del catálogo de derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección. A partir de este diagnóstico, se postula que es necesario avanzar en la progresión del derecho a la salud, al menos en dos sentidos: la adecuación de la normativa nacional a los acuerdos y estándares internacionales sobre la materia y el abordaje de las desigualdades en salud mediante la incorporación efectiva del modelo de determinantes sociales en la política sanitaria.

---

<sup>1</sup> Abogada, Doctora en Derecho Universidad de York, Canadá. Profesora Asociada, Departamentos de Derecho Público y de Historia y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción [aalvez@udec.cl](mailto:aalvez@udec.cl)

<sup>2</sup>Trabajadora Social. Magister en Trabajo Social y Políticas Sociales, Universidad de Concepción. Máster en Salud Pública y Gestión Sanitaria, Escuela de Salud Pública-Universidad de Granada-España. Candidata a Doctora en Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora Asistente del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Concepción [cecbustos@udec.cl](mailto:cecbustos@udec.cl)

<sup>3</sup>Abogada. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Asociada, Departamentos de Derecho Público y de Administración Pública y Ciencia Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. [xgauche@udec.cl](mailto:xgauche@udec.cl)

Las Docentes Alvez, Bustos y Gauché son miembros del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia (GIDHD) de la Universidad de Concepción.

**Palabras clave:** Derecho a la salud, determinantes sociales en salud, estándares internacionales, proceso constituyente.

## **1.- El Derecho a la salud como parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ordenamiento jurídico chileno.**

### **1.1. La consagración limitada de la protección de la salud en la Constitución de 1980.**

#### **1.2.**

La Constitución de 1980, redactada e impuesta bajo el gobierno militar, intentó refundar el orden jurídico al consagrar un modelo neoliberal extremo que dio cuenta de la influencia de la Escuela de Chicago en la institucionalidad naciente.<sup>4</sup> Bajo este marco de mercado neoliberal creado en la década de 1980, el Estado chileno promovió una concepción individualista de las pensiones y la asistencia sanitaria. . La reforma neoliberal drástica en la década de 1980 sirvió de modelo para posteriores programas de reforma de la salud del Banco Mundial en otros países latinoamericanos tales como Colombia.<sup>5</sup> En ese contexto, la Constitución de 1980 recoge en el artículo 19 N° 9 el derecho a la salud y lo restringe a las personas naturales.<sup>6</sup> En consecuencia, la cobertura de salud en Chile es proporcionada por un sistema dual: uno público y un sistema privado. Los dos sistemas responden a una lógica opuesta. El sistema público corresponde a una perspectiva de solidaridad tradicional en seguridad social, en que los miembros contribuyen con una parte de su salario y reciben atención médica de acuerdo a sus necesidades. Por el contrario, el sistema privado corresponde a un seguro auto - financiado, donde el precio se determina de acuerdo a las características personales como la edad, el género, los riesgos de salud y el monto de los co-pagos dependen de la naturaleza del contrato acordado con la compañía

---

<sup>4</sup> Para un análisis detallado de la génesis de la Constitución de 1980 ver CARRASCO, S., Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos, tercera edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002).330 págs.

<sup>5</sup> Reporte del Banco Mundial (1993) "Investing in Health" que transformó a Chile en el ejemplo a seguir sobre reformas neo-liberales a la salud.

<sup>6</sup> Al efecto se dispone que la Constitución asegura a todas las personas "El derecho a la protección de la salud". El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

aseguradora (denominada ISAPRE). Así las cosas, el modelo de sistema sanitario vigente en Chile a partir del año 1979, implicó pasar de un Sistema Nacional de Salud de cobertura universal y financiamiento centralizado a un sistema de aseguramiento dual, fuertemente desigual.

La naturaleza significativamente desigual del sistema privado de salud en Chile, que limita la libertad real de elección, en lo que respecta a los ingresos, situación laboral, la región, el origen étnico, el acceso y el género es detallado por autores tales como Carmelo Mesa -Lago.<sup>7</sup> Los planes de salud prestados por el sector privado tienen un efecto discriminatorio sobre las mujeres, debido al mayor factor de riesgo asociado a ellas en edad fértil. Mesa- Lago también afirma que la desigualdad de género en la salud podría atribuirse a factores externos en Chile, incluyendo una tasa femenina de empleabilidad cercana al 39%, un salario femenino menor al salario de los hombres por igual trabajo, y el hecho de que la atención sanitaria de las mujeres es en gran parte cubierta a través de una situación de dependencia del asegurado.<sup>8</sup> La edad también es un impedimento para la protección de la salud, donde, sorprendentemente, sólo el 1,4 % de las personas mayores de sesenta años de edad están afiliados al sistema privado de salud en el año 2013<sup>9</sup>. Hay enormes diferencias entre el ingreso promedio de los beneficiarios del sistema privado de ISAPRES en comparación con el sistema público "Fonasa". Otro elemento a considerar es que las ISAPRE son empresas que operan con fines de lucro. La sanidad privada se ha presentado como una oportunidad de negocio con los beneficios obtenidos por las ISAPRES superiores al 20 % en algunos años.

Desde 1990, los gobiernos democráticos han trabajado para introducir una mayor regulación de las ISAPRES y para incluir los principios de solidaridad y equidad como parte del sistema. En 1990 fue creada la "Superintendencia de Isapres", con el objetivo de vigilar el cumplimiento de las normas contractuales en materia de salud, que a contar del año 2005 se transformó en la "Superintendencia de Salud". En el año 2002, bajo la presidencia de Ricardo Lagos, se impulsó una nueva reforma de salud, en cuyo contexto se aprobó la ley N° 19.966, que establece un régimen general de garantías de salud, como una

<sup>7</sup> MESA-LAGO, C., "Social protection in Chile: Reforms to improve equity" (Dec. 2008) International Labour Review 147-4 ABI/INFORM Global, p.377, at 379.

<sup>8</sup> Carmelo Mesa-Lago, "Social protection in Chile: Reforms to improve equity", at 382.

<sup>9</sup> CASEN 2013

respuesta legislativa a la desigualdad del sistema de salud en Chile. La gran preocupación, que está en la base de la nueva legislación, fue el esquema neoliberal que regulaba la salud como una mercancía y por ello la ley buscó establecer un marco para las empresas de salud. Actualmente según los datos de la Encuesta Casen 2013 el 78,3% de la población se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Salud, FONASA, que concentra a la población de mayores necesidades sanitarias (adultos mayores, niños/as, mujeres) y con menores recursos económicos; mientras que el 14,2% de la población se encuentra afiliado a una ISAPRE, que concentra a la población con menores necesidades sanitarias y mayores ingresos (el 68% de los/as chilenos pertenecientes al décil de mayores ingresos se encuentra afiliado/a a una ISAPRE); lo que se relaciona con el mecanismo de selección adversa utilizado por las aseguradoras para la incorporación de sus afiliados, al excluir por razones económicas, por género y por problemas de salud preexistentes.<sup>10</sup>

Tal como apunta el informe 2011 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, existe un amplio consenso respecto a que el modelo de salud mixto ha generado segmentación y discriminación, pues existen diferencias sustantivas de atención entre distintos sectores de la población, según sus recursos económicos, ubicación geográfica, entre otros. La constatación de esta desigualdad y la insatisfacción de los usuarios de ambos sistemas tanto público como privado, ha sido uno de los argumentos, que junto a los cambios en el perfil epidemiológico de la población chilena, fundamentaron la nueva reforma implementada a partir del año 2002 y que fue concretándose en varios proyectos que se transformaron en ley para crear un régimen de garantías de salud, una autoridad sanitaria, modificar la regulación del sistema de ISAPRES, financiar el gasto fiscal de la reforma, e introducir un código sobre los derechos y deberes de los pacientes, como principales ámbitos de acción.<sup>11</sup> A pesar de este esfuerzo, según plantea el informe de la comisión asesora presidencial creada en el año 2014 para estudiar el marco jurídico para el sistema privado de salud “a pesar de su evolución y de la marcada tendencia hacia la búsqueda de la cobertura de los riesgos relacionados con la enfermedad y los costos asociados a su tratamiento, 33 años después de la reforma que separó la seguridad social en salud en una pública y una privada,

---

<sup>10</sup>Fuente: Encuesta Casen 2013, Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social, Gobierno de Chile.

<sup>11</sup> Informe Situación de los Derechos Humanos en Chile. Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2011, p. 153.

y nueve años después de la reforma de 2005, nuestro sistema sigue siendo dual y segmentado, y con dos tipos de regímenes: contratos individuales en el aseguramiento privado y contribución social y solidaria en el aseguramiento público. Separados como consecuencia de una fuerte selección de riesgos e ingresos de parte de las ISAPREs y dejando a FONASA como seguro de última instancia”<sup>12</sup>.

## **1.2.- Normativa nacional.**

El derecho a la protección de la salud no se refiere sólo el tratamiento de la enfermedad, ni siquiera se limita a la ausencia de enfermedad, sino que comprende todas las acciones necesarias para permitir a la población acceder a un nivel de bienestar físico y psíquico, como base de su desarrollo integral como personas.

Esta nueva reforma, basada en los principios del derecho a la salud, la equidad, la solidaridad, la eficiencia y la participación social en salud consolidada en la propuesta elaborada por el “Comité Interministerial para la Reforma” tuvo un largo y complejo proceso de negociación política, técnica y ciudadana, tras el cual, concreta su implementación a través de un conjunto de leyes<sup>13</sup>. En atención a que gran parte de esas leyes refieren a aspectos de financiamiento o a modificaciones de forma en la institucionalidad, dada la naturaleza y objetivos de este trabajo nos centraremos en dar algunas reflexiones sobre el sistema de garantías explícitas en salud GES y la ley de derechos y deberes de los pacientes. Además, por cuanto ambas corresponden a la expresión de los esfuerzos gubernamentales por avanzar en la progresión del derecho a la salud en el período democrático, los cuales serán problematizados en los apartados siguientes.

### **1.2.1.- El GES: avances y limitaciones desde la perspectiva de derechos.**

---

<sup>12</sup> Informe Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud. Octubre de 2014.

<sup>13</sup> Ley de Financiamiento N° 19.888 (publicada el 13 de agosto de 2003), Ley de Autoridad Sanitaria y Gestión N°19.937 (publicada el 24 de febrero de 2004), Ley de Solvencia de Isapres N° 19.895 (publicada el 23 de agosto de 2003), Ley de Régimen General de Garantías Explícitas en Salud AUGE-GES Ley N° 19.996 (Ley de Isapres N° 20.015 (publicada el 17 de mayo de 2005) y Ley de Derechos y Deberes de las personas en su atención de Ley N°20.584, publicada el 24 de abril de 2012.

La Ley N°19.996 publicada el 03 de septiembre de 2004, crea un sistema de garantías explícitas en salud (en adelante GES). Estas Garantías de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera, constituyen un “plan de salud garantizado” para un conjunto de patologías prioritarias que comenzó a ser aplicado de manera piloto en el sector público y entró en vigencia en ambos sistemas FONASA e ISAPRES, a contar del 1° de julio del 2005, año desde el cual ha sido implementado de manera progresiva y que actualmente cubre un total de 80 patologías. Las garantías de acceso, financiamiento y oportunidad implican garantizar una cobertura adecuada para aquellas enfermedades definidas en el GES. La garantía de calidad implica un control respecto de la capacidad de cada prestador para resolver adecuadamente las patologías. Esta garantía de calidad entró en vigencia de manera parcial a contar del 1° de julio de 2013 respecto de la regulación de los prestadores individuales que deben inscribirse en la Superintendencia de Salud; sin embargo respecto de los prestadores institucionales (Hospitales y Clínicas de alta complejidad) el plazo fijado para la entrada en vigencia de la exigencia de la acreditación institucional fijado para el 1° de julio de 2014 fue postergado hasta el mes de junio de 2016.

Conforme a esto, el GES estaría creando la cobertura mínima a la cual toda la población tiene acceso y al mismo tiempo estaría eliminando la incertidumbre respecto de la capacidad de los prestadores definidos para resolver los problemas de salud establecidos<sup>14</sup>. El GES se constituye en el componente central de la reforma y en una de las principales políticas públicas con perspectiva de derechos, generando un cambio estructural del sistema de salud que a nuestro juicio puede ser abordado al menos desde dos perspectivas: la primera de ella desde el avance en materia de derechos garantizados y la segunda desde una perspectiva crítica en términos de las restricciones generadas a partir de su implementación. Como hemos dicho, por un lado la creación de un sistema de prestaciones garantizadas, da cuenta sin lugar a dudas, de un cambio en la política social, en tanto el GES se constituyó en uno de los programas referentes del diseño de políticas con perspectiva de derechos en Chile, esto es, se inscribe dentro de los programas con una mirada de carácter mayormente promocional y garantista, así podemos sostener que la creación del Ges constituye un

---

<sup>14</sup> Simon, G. (2007) “Avances de la reforma de salud desde la perspectiva de las Isapres”. Documentos de Trabajo En Foco. Fundación Expansiva.

avance en la perspectiva de la positivación del derecho a la salud, entendiendo que los derechos humanos han abierto espacios institucionales que han permitido a los diferentes sujetos sociales constituirse en sujeto de derecho y, consiguientemente, ha dado instrumentos para su exigibilidad y su consecuente vigencia hacia el Estado<sup>15</sup>, que en el caso del GES se traducen en las garantías explícitas, los mecanismos de reclamo y el Bono GES en caso de incumplimiento. Este programa ha sido objeto de diversas evaluaciones, reconociéndose en general un cambio en cuanto al reordenamiento de la oferta de atención y un aumento en la satisfacción por parte de los usuarios.

Sin embargo, también desde un análisis de los efectos en la progresión del derecho a la salud, desde una perspectiva más crítica, es posible dar cuenta de diversos efectos negativos a partir de la implementación del GES. Desde el discurso oficial se afirma que el AUGE-GES se constituyó en un intento de corregir las distorsiones generadas por primera reforma neoliberal del sistema sanitario chileno llevada a cabo a inicios de la década de los ochenta como parte de las medidas privatizadoras. No obstante, diversas investigaciones problematizan que se haya logrado ese efecto corrector, existiendo importantes cuestionamientos, que pueden agruparse en al menos cuatro perspectivas críticas: un nivel ético-político, nivel técnico-médico, nivel técnico-económico, crítica desde el sistema privado. Por la pertinencia con el tema de análisis de este artículo, nos referiremos a la crítica desde el nivel ético-político, que recoge argumentos desde la filosofía política para cuestionar los principios de exclusión sobre los cuales está diseñado el GES. Se afirma que los criterios de racionamiento establecidos se fundan en máximas de eficiencia que son contrarias a los principios de equidad que debieran sustentar las políticas sanitarias de las sociedades democráticas, afirmando que los mecanismos de adjudicación utilizados en las guías clínicas de las patologías AUGE, propios de la economía de la salud, han disminuido considerablemente el número de personas potencialmente beneficiarias al establecer criterios de exclusión tales como la edad y el lugar de residencia, por tanto, no responden adecuadamente a las promesas de equidad que fundamentaron la Reforma<sup>16</sup>. Además se resalta lo paradójico de la lógica de inclusión/exclusión en base a características

---

<sup>15</sup> GUENDEL, L. (2002). Políticas Públicas y Derechos Humanos. *Ciencias Sociales* 97, 105 - 125

<sup>16</sup> Zuñiga, A “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos”. *Acta Bioethica* 2011; 17 (1): 73-84.

particulares de los usuarios, pues si bien el GES va ampliando progresivamente su cobertura a nuevas patologías, paralelamente va aumentando su nivel de exclusión en base a criterios como edad y lugar de procedencia. Otro efecto de exclusión es la postergación de la atención a personas que presentan Patologías NO GES, a partir de lo que algunos autores han denominado proceso de “augización de la política de salud”<sup>17</sup>. Además se cuestiona la visión restrictiva de la patología fisiológica en desmedro de una comprensión multidimensional de los problemas de salud.<sup>18</sup> En esta misma línea se afirma que el GES restringe la atención a un grupo de afecciones, vulnerando el derecho a la salud integral de toda la población, lo que forma parte del principio del bien común.<sup>19</sup>

### **1.2.2.- Los derechos y deberes del paciente: reconocimiento formal de la dignidad de las personas y respeto a la autonomía.**

La Ley N° 20.584, publicada en el Diario oficial el 24 de abril de 2012 y cuya tramitación fue la más larga de las leyes que conforman la reforma, establece una serie de normas cuyo contenido corresponde a la regulación de algunas de las libertades esenciales comprendidas en el derecho a la salud y que carecían de reconocimiento expreso en el derecho chileno, tales como el derecho a recibir sin discriminación las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y aquellas destinadas a su rehabilitación (artículo 2°); el derecho de las personas a un trato digno y respetuoso en su atención de salud (artículo 5°); a estar en compañía de sus familiares y amigos cercanos en hospitalización o atención ambulatoria (artículo 6°); a información suficiente, oportuna, veraz y comprensible (artículo 8°); y a no ser sometidos a tratamientos sin el propio consentimiento (artículo 14), lo que pone en evidencia la consagración formal de la autonomía de las personas que inspira a la normativa y también su Reglamento, publicado en diciembre de 2012.

---

<sup>17</sup> Parada Mario, Reyes Carolina, Cuevas Katherine Mario Parada “Transformaciones del Sistema de Salud Público post Reforma AUGE-GES en Valparaíso”. Revista Chilena de Salud Pública 2014; Vol 18 (2): 127-139

<sup>18</sup> Fernández, R y Díaz A “Auge, el primer paso a la consagración del enfoque de derechos sociales en Chile”. Revista Argentina de Salud Pública, Volumen 1, N°5, Diciembre 2010

<sup>19</sup> Román, O y Muñoz, F. “Una mirada crítica en torno al plan AUGE. Algunos aspectos generales y valóricos”, Rev. Méd Chile 2008; 136: 1599-1603

Como señala el preámbulo de la Ley, se trató de atender a valores y principios éticos de una reforma de salud basada en los derechos de los pacientes<sup>20</sup>. Tal como se ha indicado, el principal soporte y aliado de la reforma sanitaria se estimó que sería la incorporación de los derechos explícitos y el empoderamiento ciudadano para que las personas sean sujetos activos en el proceso de salud-enfermedad<sup>21</sup>. En la misma línea va la incorporación de un párrafo para regular los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual que toma un enfoque de derechos al destacar el pleno respeto a la dignidad de las personas (artículo 26), creando además una institucionalidad particular para la protección de derechos y defensoría de las personas con discapacidad en la atención de salud entregada por prestadores, sean públicos o privados (artículo 29) y la acogida de la pertenencia cultural que debe ser considerada por los prestadores, validando así el estándar internacional que nos invita a entender la salud también desde la mirada de la interculturalidad (artículo 7°). Esta normativa entonces implica un avance importante para nuestro país, en tanto reconoce una serie de derechos como norma obligatoria para los prestadores públicos y privados, naturales y jurídicos, además de establecer procedimientos de reclamo ante su incumplimiento.

Su implementación ha sido compleja, requiriendo de la dictación de reglamentos específicos para diversas materias, implicando fuertes desafíos para los establecimientos públicos y privados de salud, y de acuerdo a los informes de fiscalización realizados por la Superintendencia de Salud, el cumplimiento aún es parcial. Sólo un 65% de los prestadores públicos y privados cumplen con la obligación de exhibir la carta de derechos y deberes, respecto de la identificación del equipo de salud se cumple satisfactoriamente un 33% en el sector público y un 42% en el sector privado, respecto de la obligación de contar con un reglamento interno sólo un 21% de las instituciones públicas y un 23% de las instituciones

---

<sup>20</sup> Proyecto de Ley de derechos y deberes de los pacientes. Mensaje presidencial N° 038-344 para la presentación ante la Cámara de Diputados, 2001.

<sup>21</sup> Erazo A, Titelman D. Cobertura y garantías en salud. En: Erazo X, Abramovich V, Orbe J (Edit.) Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales. Santiago: LOM Ediciones, Henry Dunant América Latina; 2008: 253-71

privadas. Finalmente respecto al procedimiento de reclamo las cifras de cumplimiento alcanzan a un 83% del sector público y un 69% del sector privado.<sup>22</sup>

Por otro lado desde el inicio de su entrada en vigor se han identificado algunas de sus limitaciones y algunas deficiencias que, por ejemplo, se han puesto en evidencia desde la bioética<sup>23</sup>.

A modo de ejemplo y en atención a la extensión de este trabajo, daremos cuenta de una de esas deficiencias. Nos referimos a la falta mención específica respecto al poder de decisión de los/as jóvenes entre 14 y 18 años, situación que no compartimos y significó un retroceso en el texto final que aprobó el Congreso Nacional puesto que originalmente sí estuvo presente<sup>24</sup>. Esta exclusión va en clara contradicción con lo que son los estándares internacionales y aun nacionales sobre la participación de los niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos de su interés, conforme su autonomía y desarrollo progresivo. Era esperable el establecimiento de un límite legal etario – cuestión que también podría ser objeto de cuestionamiento desde la lógica del derecho internacional de la infancia – pero no lo era la exclusión. Siendo el interés superior de cada niño un derecho en sí mismo pero también un principio que debe servir de criterio interpretativo y de norma de procedimiento, como ha señalado el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, y siendo la participación – o el derecho a ser oído – uno de los pilares esenciales de la protección integral y universal debida a niños, niñas y adolescencia<sup>25</sup>, la ausencia en el texto de la Ley N° 20.584 la resiente notablemente. No obstante, creemos que la sola consideración de las disposiciones de la Convención de Derechos del Niño vigente en Chile desde 1990, y su interpretación adecuada, abre el espacio para los reclamos de quienes eventualmente no sean considerados en su opinión al ser menores de 18 años y partes de un tratamiento o procedimiento que les afecte directamente. En la redacción del artículo 10 no

---

<sup>22</sup> Informe de Fiscalización, 2013. Superintendencia de Salud. Disponible en [http://www.supersalud.gob.cl/portal/articles-8703\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/portal/articles-8703_recurso_1.pdf)

<sup>23</sup> León C., Francisco, “Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud”, *Revista Médica de Chile*. 2012; 140: 1490-1494.

<sup>24</sup> Texto del Primer Informe Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Boletín n° 4.398-11. Artículos 8° y 10°.

<sup>25</sup> Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas, Observación General N° 12 (2009) y Observación General N° 14 (2013).

hace la mención expresa a ellos sino que se apela a la “edad y condición personal y emocional”, lo que es una puerta abierta para quien quisiera excluirles de participar en la decisión<sup>26</sup>.

Como se puede intuir y queda claro cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes, la dictación de esta normativa implica importantes desafíos para los prestadores de salud y un cambio importante en las relaciones entre los equipos de salud y los pacientes. Desde su entrada en vigencia en octubre de 2012, los esfuerzos de las instituciones y prestadores de salud, se han centrado en la difusión de la ley y en el proceso de ajuste organizacional para dar cumplimiento a esta normativa. En este sentido, uno de los primeros pasos ha sido la difusión y publicación de la carta de derechos y deberes de los pacientes en todos los establecimientos de salud, de acuerdo a los contenidos definidos por el MINSAL.

### **1.3.-. El Derecho Internacional como fuente constitucional y la recepción en Chile de los estándares internacionales en salud: otro desafío al modelo.**

En el ámbito del derecho internacional el derecho a la salud es considerado uno de los derechos sociales más importante y en tal sentido es regulado, promovido y protegido desde la institucionalidad correspondiente, tanto desde Naciones Unidas y organismos relacionados (como la Organización Mundial de la Salud) como dentro de la Organización de Estados Americanos y el sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo que se ha traducido en la creación de ciertos estándares que los estados deberían considerar a la hora de regularlo y protegerlo en los niveles domésticos.

En efecto, cuando el orden internacional comienza a preocuparse de los derechos, la salud aparece como protagonista. Así, ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en diciembre de 1948, el Párrafo 1 del artículo 25 afirma que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"* y unos meses antes la Declaración Americana de Derechos y Deberes

---

<sup>26</sup> “Toda persona tiene derechos a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”

del Hombre establecía en su artículo XI que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

Casi dos décadas después de estas declaraciones, en la época ya de los tratados internacionales, el derecho a la salud lograría también reconocimiento con carácter vinculante, empezando también la tarea de dotarle de un contenido y de ciertos elementos, pretendiendo sean de obligado seguimiento por los estados y comenzando la consolidación de ciertos estándares que se busca sean acogidos por los estados. Así, en el ámbito universal el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>27</sup> en su artículo 12 establece que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>28</sup>. En el ámbito americano por su lado, el Pacto de San José de Costa Rica sólo contiene una referencia genérica sobre el desarrollo progresivo que debe darse a los derechos sociales, lo que vino a salvarse con el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 10 consagró el derecho a la salud, entendida como el más alto nivel de bienestar físico, mental y social<sup>29</sup>.

Ahora bien, más allá del desarrollo normativo en los principales tratados, han sido la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud quienes han elevado el concepto de la salud sobre el que hoy se debe construir el derecho a ella, levantando la noción de que la salud es un “completo estado de bienestar físico, mental y

<sup>27</sup> Chile firmó el PIDESC el 16 de septiembre de 1969 y la ratificó el 10 de febrero de 1972.

<sup>28</sup> 1. 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. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

<sup>29</sup> 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; 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.

social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>30</sup>. Sobre esta base ha venido trabajando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, órgano de expertos independientes que vigila y supervisa la aplicación del pacto por los estados partes, plasmando ese enfoque en lo que han sido en observaciones o comentarios generales sobre la interpretación de los distintos derechos contenidos en el Pacto.<sup>31</sup>

Para la institucionalidad internacional entonces<sup>32</sup> el contenido normativo de este derecho parte por la consideración de que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos y que el derecho a la salud entraña derechos concretos (por ejemplo, a un sistema de protección con igualdad de oportunidades) y libertades (por ejemplo, a controlar la propia salud y el cuerpo).

La salud es concebida conceptualmente entonces, como el derecho amplio a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental: la atención apropiada y oportuna; el acceso a servicios, medicamentos y sistemas sanitarios de calidad; el derecho a no ser discriminado y la consideración de los determinantes sociales de la salud (contexto social, político y económico, medio ambiente, educación, ingresos, acceso a servicios básicos de agua potable y saneamiento, equidad de género, acceso a información etc.) cuyo enfoque será desarrollado con mayor detención en este trabajo.

En cuanto a los elementos del derecho a la salud, se entiende que 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: a) disponibilidad; b) accesibilidad: que supone no discriminación, accesibilidad física,

<sup>30</sup>Preámbulo de la Constitución de la OMS.

<sup>31</sup> Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000, párrafo 1

<sup>32</sup>Además del trabajo del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hay una serie de desarrollos e iniciativas vinculadas a la promoción del derecho a la salud en el ámbito internacional que han ido contribuyendo a la formación de estándares en la materia que los estados deben tener a la vista. Entre ellos se encuentra el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM); el Programa de Naciones Unidas sobre VIH/SIDA (ONUSIDA); los comités que supervisan los tratados internacionales (tales como el Comité de derechos humanos; Comité de derechos del niño; Comité de la Cedaw; Comité de los derechos de las personas con discapacidad ); el Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud (con sus informes anuales); otras agencias y organismos especializados (tales como la FAO o la UNICEF); la Comisión interamericana de derechos humanos (con sus informes temáticos sobre mujeres y salud reproductiva; salud materna); y la escasa jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (que ha hecho algunas referencias a propósito del derecho a la vida y la integridad personal)

accesibilidad económica y acceso a la información; c) aceptabilidad; y d) calidad; debiendo darse especial protección a la perspectiva de género en salud, a las mujeres, a los niños, niñas y adolescentes; a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a los pueblos indígenas.

En términos generales se puede decir que en materia del derecho a la salud pesan sobre los estados obligaciones de cumplimiento inmediato – más allá del carácter progresivo que se atribuye a los derechos sociales – como son respetar, proteger, y cumplir.

Ahora bien, la importancia del estándar internacional es nada menor en un país como Chile que tendría como fuente de su derecho a los derechos reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, si adherimos a la construcción doctrinaria del llamado “bloque de constitucionalidad de derechos”. En efecto, el profesor Humberto Nogueira, a través de diversos trabajos<sup>33</sup>, señala que en Chile y Latinoamérica se encuentra garantizado un bloque constitucional de Derechos Fundamentales. Enfocándonos en el caso chileno, el autor arriba a esta conclusión en base a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*<sup>34</sup>.

Nogueira recalca el hecho que los derechos esenciales no se constituyen en las normas positivas, sino éstas sólo los aseguran, respetan, garantizan y promueven, ya que desde su postura, éstos emanarían de la dignidad humana<sup>35</sup>. El Estado tiene la obligación de cumplir

---

<sup>33</sup>NOGUEIRA HUMBRETO, “La dignidad, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías constitucionales”. Gaceta Jurídica n° 322, abril 2007, ps.32-67; “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, Revista Ius et Praxis, Año 9, N°1, 2003, pp. 403-466; “Capítulo I: Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos y control de convencionalidad” en “Derechos fundamentales y garantías constitucionales” Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.

<sup>34</sup>Reforma introducida a la Constitución Política de la República de Chile por la Ley N° 18.825, artículo N°1, D.O.17.08.1989.

<sup>35</sup>Para éste autor la dignidad humana sería el fundamento de los DDF, valor supremo y principio jurídico columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico constitucional. El sustento de su pensamiento se encuentra en el Art. 1 inc. 1° CPR y que a su parecer sería avalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia N° 389, del 28 de Octubre de 2003, considerando 17. No obstante, dicha opinión es cuestionada duramente por Aldunate Lizama para quien no es del todo aceptable, en el sentido que nuestra carta magna a diferencia de otras, como la Constitución Política Española, no reconoce expresamente dicha

estos objetivos, la que también se encuentra dada porque el Estado, persona de derecho internacional, es responsable y se encuentra obligado a esto por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Nogueira afirma que la Constitución explicita un aseguramiento genérico a los derechos esenciales, un “catálogo abierto”, porque el constituyente se reconocería a sí mismo como limitado y sería consciente del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. En virtud de esto, dicha protección comprendería tanto los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como los por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ahondando en esta idea, Nogueira explica - siguiendo a Cançado Trindade - que la normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana permiten sostener que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos no pueden seguir siendo considerados en forma compartimentalizada, sino deben ser abordados como fuentes de un sistema de protección integral en donde sus atributos en el ámbito normativo están conformados por elementos precisados tanto por fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional, debiendo aplicarse siempre aquella que mejor protege el derecho, eliminando además, perjuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales. Así el autor asevera que *“Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el consuetudinario y los principios de IusCogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento*

---

relación y que por tanto la vinculación que Nogueira (al igual Soto Kloss, Pfeffer Urquiaga, Cea Egaña y Lautaro Ríos) invoca nace al alero de textos positivos distintos que sí la explicitan. También señala que los autores que afirman esta relación no logran hacerse cargo del concepto de dignidad humana. Pareciera ser que ésta responde más a un presupuesto religioso occidental, que por tanto no podría ser aplicable a todas las culturas. Pensamiento avalado a nuestro parecer, el profesor Cea Egaña en su libro de Derecho Constitucional Chileno, quien al preguntarse porque la persona humana es titular única del valor supremo de la dignidad, responde citando el Catecismo de la Iglesia Católica p.296 que dice que *“la dignidad humana se refiere al hecho de haber sido el varón y la mujer hechos a imagen y semejanza de Dios, es decir, el ser Supremo”*. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. “La fundamentación de los Derechos Fundamentales en la Constitución”, Capítulo XVI “Sistemática de los Derechos Constitucionales” en “Derechos Fundamentales” ob. cit, pp. 348-352.

*constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el art. 5 inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”<sup>36</sup> .*

Sin perjuicio de esta opinión – que compartimos en esencia desde una perspectiva garantista a los derechos y por el resultado final que persigue – no podemos dejar de mencionar que su fundamento, el artículo 5° de la Constitución Política, es una norma de reenvío incompleta e imperfecta desde el punto de la técnica legislativa, que no precisa debidamente la jerarquía de la norma internacional en el sistema de fuentes doméstico, abriendo así el espacio a otras posibles interpretaciones que estrechan y pueden complicar la entrada de los estándares internacionales en Chile, cuestión de la que estimamos debe hacerse cargo el proceso constituyente que se comienza a desarrollar en el país. La adopción de un bloque de derechos abierto, en el sentido de dejar el contenido de los denominados derechos fundamentales - tales como el derecho a la salud - en numerosas fuentes y primordialmente en la interpretación que de ellas hagan órganos jurisdiccionales nacionales u órganos internacionales tiene dificultades que no podemos dejar de mencionar, tales como: disminuye la certeza jurídica, le otorga menor relevancia a la supremacía constitucional, exige del aplicador nacional un conocimiento acabado de las normas internacionales que en la práctica no existe y en definitiva, hace difuso la precisión de qué es la norma fundamental vigente en la materia.

Nuevo insertar al final

### **3. Diagnóstico de una enfermedad: la judicialización del contrato de salud en Chile**

En Chile la acción constitucional que garantizar los derechos fundamentales contenidos en el catálogo es el recurso de protección (artículo 20). Esta acción en materia de derecho a la salud sólo es procedente respecto de la opción de elección entres prestadores públicos y privados, lo que dado los altos niveles de segregación y discriminación del sistema es una opción claramente restringida a quienes gozan de los medios económicos para solventar un

---

<sup>36</sup>NOGUEIRA ALCALÁ, H. “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y sus garantías constitucionales” en Gaceta Jurídica N° 322, abril 2007, pág. 42.

sistema privado de protección de salud, esto es restringido al 14,2 % de la población se encuentra afiliado a una ISAPRE.<sup>37</sup>

No obstante ello, ha ocurrido en esta materia un fenómeno interesante. El año 2005 la reforma a la ley de Isapres que modificó el art. 38 de la Ley 18.933 a través del Art. 197 del DFL No 1 de ese año permitió a las instituciones privadas de salud que anualmente revisaran el valor de los precios de los planes de salud. Ello implica una alteración a una norma básica contractual en Chile por la cual, un contrato bilateral requiere la voluntad de ambos contratantes para sufrir alteraciones, esto el requisito del consentimiento.

Esta inadecuada legislación, implicó iniciar un proceso de judicialización del derecho a la salud en el año 2006, a través de recursos de protección presentados ante la Corte de Apelaciones de Santiago y Concepción específicamente. Esta limitación geográfica, se basa en que inicialmente se aceptaba como tribunal competente aquel del domicilio legal de la Isapre que en el caso de Isapre Masvida es Concepción y en todas las restantes es Santiago. Esta mera circunstancia ya establecía una dificultad adicional para accionar de protección, toda vez que ciudadanos de Arica o Magallanes debía demandar para solicitar la protección de su garantía constitucional del derecho a la salud y a la protección de la garantía de propiedad sobre el contrato de salud en ciudades distantes. En la actualidad, esta regla de competencia ha sido modificada y todas las Cortes de Apelaciones de Chile conocen de recursos de protección en contra de la Isapres. Respecto del debate constitucional que está en el trasfondo de esta judicialización, dado que la norma específica en materia de salud es muy limitada, se argumenta que es ilegal y arbitrario el aumento unilateral del plan de salud por parte de las Isapres invocando la protección constitucional de la garantía de propiedad sobre el contrato de salud. Los fallos indican que las Isapres se encuentra transgrediendo de manera flagrante la garantía constitucional que protege el derecho de propiedad, consagrada en el Artículo 19 N°24 de nuestra Constitución Política de la República ya que se considera que se tiene un derecho de propiedad sobre el derecho a la salud. El origen de esta doctrina en Chile se encuentra en el Código Civil, principal obra jurídica en materia de derecho privado. Específicamente en el libro segundo del Código Civil chileno denominado “De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce” comienza señalando, en su artículo 565 que los bienes consisten en

---

<sup>37</sup>Fuente: Encuesta Casen 2013, Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social, Gobierno de Chile.

cosas corporales o incorporales”<sup>38</sup> siendo las “corporales las que tienen un ser real y las incorporales las que consisten en meros derechos, para luego señalar en el artículo 576 que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y por último completando el cuadro el artículo 583 que señala que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”. Por tanto, en razón de este cuadro normativo se ha producido lo que la doctrina denomina “cosificación de los derechos”, decisión por la cual se considera cosas a los derechos y como son consideradas objetos de propiedad se produce su propietarización.<sup>39</sup> De manera, la idea inicialmente adoptada desde el código civil luego se basa en la propia constitución que en su artículo 19 N° 24 señala que, se asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clases de bienes corporales e incorporales”.

Los jueces han indicado que debe tenerse presente que el contrato de salud es un acuerdo bilateral de voluntades entre afiliado e Isapre, su modificación debe cumplir con las reglas generales que regulan todo contrato bilateral, especialmente, lo establecido en el artículo 1545 del Código Civil. A su vez, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, regula el modo en el que ha de efectuarse el alza en el precio de los planes de salud que ofrecen las Instituciones de Salud Previsional. Luego, es evidente que la institución de salud debe ejercer tal prerrogativa dentro de un marco de razonabilidad y sobre la base de antecedentes objetivos y comprobables, de manera que la revisión de los contratos sólo puede realizarse si existen motivos suficientes, válidos y debidamente justificados. En este contexto, una modificación unilateral resulta excepcional y como tal no es aceptable que simplemente se afirme que ahora la salud tiene un mayor costo si es imposible saber a cuál de todas sus prestaciones se está refiriendo y por qué motivos es que ello ocurre.

Esta explosión de recursos de protección contra las Isapres, se grafica en los siguientes datos de la Corte de Apelaciones de Santiago en la cual inicialmente se concentraban las acciones constitucionales, según estudio de la Consultora en Políticas Públicas Altura

---

<sup>38</sup>Se trata de una clasificación de las “cosas” que viene de los tiempos del derecho romano, siendo Gayo en su obra las “Institutas” el que la formulo por primera vez y en forma nítida, para luego ser recogida por Justiniano en el Digesto. Con algunas deformaciones, la distinción fue recogida por Pothier, cuya obra inspira al Código Civil chileno.

<sup>39</sup>Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. “La propietarización de los derechos”. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV (1991-1992). Visto en <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php..../rderecho/article/viewFile/255/235> (el día lunes 29 de julio del 2013)

Managment<sup>40</sup>:

### ACTUALIZAR DATOS Y ESTADÍSTICAS DE CONCEPCIÓN

AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
N° RECURSOS PROTECCION	737	5.215	6.244	7.364	21.497	Más de 35.000	Proyectados 140.000

Esta acción constitucional persigue “restablecer el imperio del derecho” y según estudios el 99% de los recursos se falla a favor de los recurrentes (afiliados a las Isapres) y en contra de la Institución de Salud Previsional privada, se declara inconstitucional el alza del plan de salud unilateral y se obliga a la Isapre a mantener el valor. Se ha fallado de manera uniforme recursos de protección presentados por los mismos hechos, reconociendo la ilegalidad y arbitrariedad en el actuar de las Isapres.

La pregunta es si la judicialización de la problemática puede significar un camino de salida para un tema tan relevante como es la debida garantía del derecho a la salud. Por lo demás el actual estado de la jurisprudencia no se ha hecho cargo del contenido dogmático del contenido del derecho a la salud, pues hasta ahora se ha englobado en una conculcación de la propiedad. Existe interesante bibliografía sobre la judicialización de conflictos sociales<sup>41</sup>, una posible explicación se vincula al empoderamiento de la ciudadanía que se traduce en la exigibilidad de sus garantías constitucionales; lo que sin duda se vincula a la actitud favorable de la cortes que no solo han acogido las acciones a tramitación sino que las han fallado abrumadoramente a favor de los afiliados; finalmente deberíamos considerar la institucionalidad vigente tanto a nivel legal como constitucional y su debilidad de protección como un incentivo para el litigio. Se trata de una verdadera espiral en que a falta de regulación adecuada, con estándares internacionales precisos; un poder judicial dispuesto a conocer y fallar litigios en la materia, y una ciudadanía empoderada alimenta un proceso de judicialización vertiginoso. Esta espiral ha ocurrido en otros países latinoamericanos previamente, así parece muy interesante examinar el caso de Colombia

<sup>40</sup>Estudio referido en [www.alturamanagment.cl](http://www.alturamanagment.cl) [visitado con fecha 30 de agosto de 2013]

<sup>41</sup>Epp Charles, TheRightsREvolution; Chicago: Chicago University Press, 1998.

que ha sido descrito en obras por autores tales como César Rodríguez Garavito.<sup>42</sup> La propuesta que intentamos avanzar en este trabajo, es que causas individuales pueden servir para dar cuenta de un problema, pero el estudio mismo de las causas basales corresponde a los órganos representativos en una democracia, a saber, Congreso Nacional a través de una adecuada legislación y el Poder Ejecutivo a través de políticas públicas que aborden el problema de la salud en profundidad. La judicialización solo produce resultados parciales respecto de quienes accionan, pero es incapaz de corregir el problema en profundidad, para ello es necesario un diálogo entre todos los actores sociales y como propuesta para ello, se aborda la perspectiva de los determinantes sociales de la salud en el apartado siguiente.

### **3.- El Enfoque de los determinantes sociales de la salud como modelo teórico explicativo para la comprensión de las desigualdades y déficits del derecho a la salud.**

Para que las personas puedan “disfrutar del más alto nivel posible de salud”<sup>43</sup> es imprescindible considerar las condiciones sociales que caracterizan el entorno en el que las personas se desarrollan. En el caso de Chile, como hemos dicho, a pesar de los esfuerzos realizados y de los avances en materia de prestaciones garantizadas, se siguen presentando fuertes déficits en el acceso a la salud en los distintos sistemas público y privado, y brechas de desigualdad en el estado de salud entre diferentes grupos sociales, que se traducen en carga de enfermedad, dependencia-discapacidad y muerte prematura. El reconocimiento de estas desigualdades e inequidades en salud ha justificado a que se incorpore en el marco de la Estrategia Nacional de Salud, que plasma las orientaciones básicas y generales que dirigen el desarrollo de la política en salud para la década 2011-2020, como uno de los objetivos sanitarios del país, específicamente en el Objetivo N°5 que busca “reducir las inequidades en salud de la población a través de la mitigación de los efectos que producen los determinantes sociales y económicos en la salud”<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup>Rodríguez Garavito, César, “La Judicialización de la Salud: Síntomas, Diagnóstico y Prescripciones” en La Salud en Colombia: Logros, Retos y Recomendaciones; Oscar Bernal y Catalina Gutiérrez (compiladores) (Bogotá, Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes, 2012) ISBN 978-958-695-774-8, págs. 507-560.

<sup>43</sup> PIDESC Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Art 12, párrafo 1.

<sup>44</sup> Plan Nacional de Salud. Estrategia Nacional de Salud para el cumplimiento de los Objetivos Sanitarios 2011-2020, Ministerio de Salud.2011.

Para comprender cómo las condiciones sociales en las que viven las personas afectan la salud se han generado diversas propuestas de modelos teórico-conceptuales. Una de ellas, es el Enfoque de los determinantes sociales de la salud, propuesto e impulsado por la OMS, adoptado por el gobierno de Chile y validado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, al que adherimos por considerar que constituye un marco de referencia clave para la comprensión de la salud como derecho social.

La noción más aceptada del concepto de determinantes sociales en salud, es aquella que la define como “las condiciones sociales en las cuales viven y trabajan las personas” o “las características sociales dentro de las cuales la vida tiene lugar”<sup>45</sup>. El enfoque de los determinantes sociales en salud surge en los años 70, a partir de la propuesta del Ministro de Salud de Canadá Lalonde<sup>46</sup> que estudia los condicionantes de la salud y la enfermedad, y afirma que el nivel de salud de una comunidad viene determinado por cuatro variables: biología humana, medioambiente, estilos de vida y el sistema sanitario. El surgimiento del enfoque de determinantes sociales en salud, favorece la comprensión del nivel de salud de las poblaciones relacionado con los modelos sociales y estructuras que condicionan la posibilidad de las personas de ser saludables. Así a partir de la publicación en Inglaterra del Informe Black la comunidad científica viene intentando responder a la pregunta de ¿cómo los factores sociales afectan a la salud? o ¿cómo la diferencia social se constituye en enfermedad? El cuestionamiento sobre los determinantes de la salud de las poblaciones, dicho de otro modo ¿por qué alguna gente está sana y otra no? es una interrogante que ha intentado ser respondida no sólo desde la epidemiología, sino desde distintas disciplinas y desde distintas corrientes de pensamiento<sup>47</sup>.

Los diversos modelos teóricos propuestos, ponen énfasis en distintos factores explicativos (selección social, factores materiales o estructurales, factores psicosociales, hábitos o conductas relacionadas con la salud, servicios sanitarios) o corresponden a modelos

---

<sup>45</sup> Tarlov A. Health and Social Organization. BLANE, D. BRUNNER, E.; and Wilkinson, RG eds., Londres: Routledge, 1996. Social Determinants of Health, pp. 71-93.

<sup>46</sup> Lalonde M. A New Perspective on the Health of Canadians: A Working Document, 1974.

<sup>47</sup> Barer ML, Marmot TR y Evans RG ¿Por qué alguna gente está sana y otra no?: Los determinantes de la salud de las poblaciones. Madrid: Díaz de Santos, 1996

explicativos de carácter más integral.<sup>48</sup> En este marco, el modelo de determinantes sociales propuesto por la OMS, sintetiza algunos de los esfuerzos anteriores y pretende ser un modelo integral que propone actuar sobre los determinantes sociales de la salud. Este enfoque se institucionaliza a partir del trabajo de la Comisión de los Determinantes Sociales en Salud (en adelante CDSS), creada por la OMS en Marzo del año 2005, como un órgano de colaboración internacional, buscando generar un movimiento a nivel mundial para promover la equidad en salud. La tarea de esta comisión fue reunir antecedentes y evidencias sobre las causas sociales y ambientales. Tras 3 años de trabajo, la comisión liderada por el profesor Michael Marmot, emitió en agosto de 2008 su Informe titulado “Subsanar las desigualdades en salud en una generación. Alcanzar la equidad actuando sobre los determinantes sociales en salud”, realizando un llamado a tomar las medidas necesarias para concretar la aspiración de alcanzar la equidad sanitaria en una generación.<sup>49</sup> La visión global de la comisión sobre los determinantes sociales en salud se sintetiza en la siguiente afirmación “la mala salud de los pobres, el gradiente social de salud dentro de los países y las grandes desigualdades sanitarias entre los países están provocadas por una distribución desigual a nivel mundial y nacional, del poder, los ingresos, los bienes y los servicios y por consiguientes injusticias que afectan a la población de forma inmediata y visible (acceso a la atención sanitaria, escolarización, educación, condiciones de trabajo y tiempo libre, vivienda, comunidades, pueblos o ciudades) y a la posibilidad de tener una vida prospera. Esa distribución desigual de experiencias perjudiciales para la salud, no es en ningún caso un fenómeno natural, sino el resultado de una nefasta combinación de políticas y programas sociales deficientes, arreglos económicos injustos y una mala gestión política. Los determinantes estructurales y las condiciones de vida en su conjunto constituyen los determinantes sociales de la salud, que son la causa de la mayor parte de las desigualdades sanitarias entre los países y dentro de cada país.).

---

<sup>48</sup>Dentro de estos modelos se destacan: el Modelo de Dahlgren y Whitehead de producción de inequidades en salud (Dahlgren G et al. 1991), el modelo de Modelo de Diderichsen, Evans y Whitehead sobre estratificación social y producción de enfermedades (Diderichsen et al. 2001) el Modelo de Brunner, Marmot y Wilkinson, que forma parte del informe elaborado por Acheson para relacionar las desigualdades en salud como resultado de la exposición diferencial al riesgo a lo largo de la vida (Acheson D 1998)

<sup>49</sup> OMS. Subsanar las Desigualdades Sanitarias en una Generación. Alcanzar la Equidad Sanitaria actuando sobre los Determinantes Sociales de la Salud. 1ª Edición ed. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2008

El Informe final, incluye las recomendaciones generales que se organizan en 3 principios de acción<sup>50</sup>, para lograr la equidad sanitaria: 1.- Mejorar las condiciones de vida, es decir, las circunstancias en que la población nace, crece, vive, trabaja y envejece. 2.- Luchar contra la distribución desigual del poder, el dinero y los recursos, esto es, los factores estructurales de los que dependen las condiciones de vida, a nivel mundial, nacional y local. 3.- Medir la magnitud del problema, analizarlo y evaluar los efectos de las intervenciones, ampliar la base de conocimientos, dotarse de personal capacitado en materia de determinantes sociales de la salud y sensibilizar a la opinión pública a este respecto. Tanto el Informe Final de la CDSS como los diversos Informes Temáticos han generado un fuerte impacto a nivel mundial, incluyendo diversas críticas<sup>51</sup>. Sin embargo, existe consenso en que ha cumplido su propósito de reunir evidencias sobre la relación entre las desigualdades sociales y las desigualdades en salud y ha posicionado el debate de los determinantes de la salud a nivel global.

Para aproximarnos al estudio de la desigualdad y/o inequidad en salud<sup>52</sup>, es preciso recurrir a la noción de desigualdad social.<sup>53</sup> Bajo la mirada del enfoque de los determinantes

---

<sup>50</sup> Para traducir estos principios la CDSS propone prioridades para orientar las políticas públicas y los programas y las acciones concretas en 12 líneas.

<sup>51</sup>La CDSS ha recibido importantes críticas desde diversos sectores de la comunidad científica. Por un lado, lo catalogan como excesivamente ideologizado (representantes de perspectiva salud pública y epidemiología más tradicional) y por otro lado, los representantes de la corriente de la Medicina-Social, específicamente actores representantes de la sociedad civil como la Asociación Latinoamericana de Medicina Social (ALAMES) lo han considerado insuficiente para la comprensión del origen de la desigualdad social y débil en cuanto a sus propuestas de acción política (Representantes de la Sociedad Civil 2007)(López O, Escudero JC, Carmona L 2008)

<sup>52</sup> . Nos parece pertinente aclarar una pequeña distinción, relacionada con el uso de los conceptos de desigualdad en salud y de inequidad en salud se utilizan con un significado distinto, en función de las diversas disciplinas que abordan el estudio de la desigualdad. Desde el discurso de la salud pública se utiliza el concepto de inequidad en salud, para referirse a lo que desde una perspectiva sociológica o desde la filosofía política se entiende como desigualdad.

<sup>53</sup> Por desigualdad social entendemos: “un tipo específico de diferencia que consiste en una asignación social o institucional diferencial, que concede ventajas o desventajas (beneficios/perjuicios, privilegios/cargas) que afectan a la “libertad real” de los individuos, sobre la base de determinadas acciones, estados o características de origen social y/o natural (Noguera 2004). Todas las sociedades complejas se caracterizan en un grado variable por una distribución desigual de recompensas ya sean materiales o simbólicas. El concepto de estratificación social se refiere al “sistema de relaciones sociales que determina quién recibe qué y porqué”, dicho de otro modo es la institucionalización de la desigualdad social.

sociales, la desigualdad social condiciona las desigualdades en salud<sup>54</sup>, o dicho de otro modo, las desigualdades e inequidades en salud<sup>55</sup> son reflejo de la desigualdad social.

Los ejemplos que ilustran las desigualdades en salud son abundantes y han sido constatados sistemáticamente en diversas investigaciones que demuestran empíricamente la relación entre los factores estructurales y los resultados en la calidad de vida, la morbilidad y la mortalidad. La existencia de diferencias prevenibles en salud según clase social social es una realidad indiscutible. Existen grandes diferencias en las tasas de morbimortalidad en los distintos grupos sociales, en Chile, entre 1998 y 2006, la esperanza de vida a los 20 años aumentó en 1,5 años, pero este incremento no fue homogéneo según nivel educacional. La esperanza de vida a los 20 años de los hombres sin escolaridad aumentó en 0,8 años, mientras que para el grupo con 13 y más años de educación el aumento fue de 2,8 años.<sup>56</sup> Respecto de las inequidades en morbimortalidad según posición social, a modo de ejemplo, una persona con menos de 3 años de educación tiene una probabilidad de 5,7% de morir por neumonía, mientras que para una persona de más de 13 años de educación es sólo un 2%. La mortalidad infantil en niños cuya madre tiene menos de 3 años de educación es 3,4 veces superior a madres con más de 13 años de educación. Resultados similares se observan para diversos problemas de salud en el país, independiente del indicador de posición social que se utilice. La importancia de la posición social también se comprueba en los factores de riesgo para la salud. Según los datos de la Encuesta Nacional de Salud 2009 el porcentaje de personas con exceso de peso es de 61,2% para el grupo con mayor

---

<sup>54</sup> La noción más aceptada y difundida de desigualdad en salud es la propuesta por la OMS y elaborada por Whitehead. Esta se entiende como “todas aquellas desigualdades en el estado de salud entre grupos sociales que se consideran innecesarias, evitables e injustas” (Whitehead 1990) Posteriormente otros autores han agregado un nuevo requisito, es que además sean “sistemáticas”. Como afirma la OMS a partir del trabajo de Wilkinson R y Marmot M (2003) la evidencia científica existente en el estudio de las desigualdades en salud a nivel internacional ha demostrado que en todas las sociedades se da el hecho de que a medida que descendemos en la escala social, se va acortando la esperanza de vida y se vuelven más comunes la mayoría de las enfermedades.

<sup>55</sup> Por Inequidad en salud se entiende el conjunto de indicadores de resultados en salud y atención cuyas diferencias entre grupos humanos, países y regiones se consideran injustas. (Gwatkin 2000). Así concepto de equidad en salud se relaciona con la comprobación de la desigualdad de ciertos atributos entre grupos definidos por ciertas características ¿desigualdad en qué? Y ¿entre quiénes? y con la posterior comparación ya sean entre grupos o contra un estándar ¿cómo se debería estar? ¿Qué nivel de salud se debería poder alcanzar?

<sup>56</sup> Ministerio de Salud, DEIS, 2011

educación, siendo de 76,4% para el de menor educación<sup>57</sup>. El consumo de alcohol que presenta riesgo para la salud de las personas es de un 10,3% en la población de menor NSE, mientras que para personas de NSE alto es de sólo 8,6%. El sedentarismo también presenta una gradiente social, con un 96,6% de la población de menor educación realizando menos de 20 minutos 3 veces a la semana de actividad física de tiempo libre, porcentaje que en el caso de las personas con más años de educación es de 82,2%.

También se constatan importantes desigualdades entre posición social y salud desde una perspectiva de ciclo vital, la población adulta chilena en desventaja social es más propensa a enfermar y sus hijos mantienen esa condición en 20 años más: la probabilidad de enfermar de cualquier chileno en la adultez está, al menos parcialmente, determinada por la posición social de su familia de origen<sup>58</sup>. Por otro lado se constatan importantes desigualdades por comunas concentrándose los malos resultados en salud en los lugares de mayor deprivación social y económica, utilizando el indicador de Años de Vida Perdidos(en adelante AVPP)<sup>59</sup>, las comunas con mayor tasa de AVPP que agrupan al 10% de la población presentan un promedio de 92,1 AVPP por 1.000 habitantes, mientras que las comunas con menores AVPP que agrupan a otro 10% de la población presentan un promedio de 33,5 AVPP por 100.000. A nivel nacional, el promedio comunal de tasas de AVPP es de 68,0.

Con la constatación de estas fuertes desigualdades, Chile tuvo una participación relevante a nivel político y técnico en el trabajo de la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud y a partir del año 2008 el enfoque fue incorporado como política pública mediante la creación de una Subsecretaría de Determinantes Sociales en la Salud en el Ministerio de

---

<sup>57</sup> Ministerio de Salud, Encuesta Nacional de Salud, 2009.

<sup>58</sup> Cabieses B, Zitko P, Pinedo R, Albor C, Espinoza MA (2011a). [How to measure social position in health research? A review of international literature] (2011). *Panamerican Journal of Public Health* 29(6):457–68. Cabieses, Espinoza y Zitko (2011b). ¿Cómo enfrentar el aumento de conductas individuales de riesgo para la salud en Chile? *Rev Med Chile* 2011; 139:686-688. Carchedi, Guglielmo. 1977. *On the economic identification of social classes*. London: Routledge & Keagan Paul

<sup>59</sup> El indicador Años de Vida Potenciales Perdidos (AVPP) ilustra sobre la pérdida que sufre la sociedad como consecuencia de la muerte de personas jóvenes o de fallecimientos prematuros. El supuesto en el que se basan los AVPP es que cuando más prematura es la muerte, mayor es la pérdida de vida. Este indicador ha sido ampliamente utilizado para el estudio de las desigualdades en salud, tanto a nivel nacional, como para efectuar comparaciones a nivel. El análisis de la distribución de los AVPP en los distintos estratos socioeconómicos y su evolución en el tiempo, es de utilidad para conocer el impacto de las políticas públicas sobre acceso y protección de grupos vulnerables.

Salud, que desarrolló un programa de acción en diversos niveles. Sin embargo esta línea de trabajo no tuvo continuidad tras el cambio de gobierno, y actualmente como constata el diagnóstico de la situación del derecho a la salud realizado por el INDH al identificar la omisión de los determinantes sociales en la política pública como una de las 4 áreas que da cuenta de los déficits en cuanto al respeto, protección y garantía del derecho a la salud en Chile. Es decir, a pesar de que las desigualdades e inequidades han sido ampliamente demostradas, la política de salud incorpora en forma restringida el enfoque de los determinantes de la salud, limitando su incorporación a las acciones propuestas en el objetivo sanitario N°5 que focaliza su acción sólo en algunos grupos de población y/o establece metas consideradas insuficientes para generar los cambios necesarios y limitarse al establecimiento de recomendaciones de políticas públicas.<sup>60</sup>.

#### **4.- Reflexión final y aportes para el debate.**

Como hemos intentado evidenciar a partir de dar cuenta del estado normativo, jurisprudencial y empírico, una de las deudas que tenemos como país en materia de derecho a la salud es que a pesar del reconocimiento de los estándares internacionales y de los avances sustantivos generados a partir de la reforma (Sistema de Garantías Explícitas en Salud y Ley de derechos y deberes y de las personas en su atención en salud), el reconocimiento del derecho a la salud en nuestro ordenamiento jurídico continúa siendo débil e insuficiente, en tanto no se define el alcance de la protección de la salud y además se excluye la vulneración del derecho a la salud del catálogo de derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección. Así, afirmamos que el primer desafío es la adecuación de la normativa nacional, específicamente mediante una definición del derecho a la salud a nivel constitucional, considerando los acuerdos y estándares internacionales sobre la materia. Ello a su vez debe realizarse en el marco de la discusión de una nueva constitución, que se adopte sobre bases diferentes a las actuales, dejando atrás el modelo nefasto para la igualdad y los derechos en que fundó la actual norma constitucional chilena. Sólo en la medida que se deje de lado el enfoque desde la propietarización y la perspectiva individualista del sistema, podremos discutir un nuevo texto que de cuenta de una

---

<sup>60</sup> Estrategia Nacional de Salud para el cumplimiento de los Objetivos Sanitarios 2011-2020. Ministerio de Salud, 2011. (Página 199-226)

consagración adecuada del derecho a la salud en Chile y su garantía, como primer paso para la exigibilidad de un nuevo sistema, más justo e igualitario. La discusión de un nuevo texto supremo deberá también hacerse cargo de la falta de precisión de la actual norma de reenvío y de cómo se articula la recepción y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Un nuevo marco normativo pondría fin a la judicialización artificial de la garantía al derecho a la salud que se viene produciendo en el país con los casos vinculados a ISAPRE'S, que no refleja más que pequeños logros individuales, dando cuenta de la discriminación que pretende esconder el sistema actual.

Ahora bien, sin perjuicio de los cambios normativos referidos, otro aspecto que es necesario abordar y que sin duda, es uno de los más complejos considerando los intereses en juego, es la revisión del modelo de salud dual de nuestro país, desde la regulación nueva de sus institucionalidad y la mirada de los derechos para el abordaje de las políticas públicas, que como ha sido ampliamente demostrado, a pesar de los avances en materia de regulación de las Isapres a partir de la reforma, continua presentando serios problemas de segmentación y discriminación, que generan importantes niveles de insatisfacción de los usuarios, como lo prueba de ello la judicialización observada y que constituye una primera desigualdad en términos del aseguramiento.

Conjuntamente con lo anterior, para que la población chilena pueda alcanzar el máximo nivel de salud posible, es un imperativo ético disminuir las desigualdades sociales y como efecto de ello, la disminución de las inequidades cotidianas que se aprecian en salud. A nuestro juicio, uno de los caminos más apropiados es que la política sanitaria incorpore de manera efectiva y transversal el enfoque de los determinantes sociales de la salud. Puesto que afirmamos que aun cuando exista un reconocimiento formal, no existirá un ejercicio efectivo del derecho a la salud, en tanto no se mejoren las condiciones de vida y trabajo de los chilenos/as y no exista una preocupación permanente por mejorar el acceso a los servicios de salud de los grupos sociales que hoy continúan enfrentando diversas barreras de acceso a la atención de salud. Es decir, necesitamos continuar avanzando en la incorporación del enfoque de derechos en la política sanitaria, Como plantea Erazo

(2007)<sup>61</sup> “este enfoque debe traducirse en políticas integradas tendientes a intervenir al mismo tiempo en diversos aspectos del circuito desigualdad-exclusión, aportando a procesos redistributivos que superen el universalismo meramente formal”.

En síntesis, la propuesta es incorporar efectivamente el enfoque de los determinantes de salud en el proceso constituyente para reinventar el derecho y la garantía a la salud en el ordenamiento nacional, asumiendo que la regla general tiene que ser una política pública construida con ese enfoque de derecho, dejando a la judicialización como la excepción y no como la puerta para tratar, de forma individual, lograr una protección que el Estado debe asegurar a cada mujer y hombre de esta patria, cualquiera sea su sexo, su edad, su cultura o etnia o su clase social..

---

<sup>61</sup> ERAZO, X. (2007). Políticas Públicas para un Estado Social de Derechos. El paradigma de los derechos universales. En M. P. Ximena Erazo, Políticas Públicas para un Estado Social de Derechos (págs. 13-15). Santiago, Chile: LOM.