El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo¹

*The right to life in the Supreme Court's jurisprudence
about high-cost medicines*

José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY²

Rodrigo Andrés POYANCO BUGUENO³

Resumen: En este trabajo se analiza el cambio que ha experimentado la jurisprudencia de la Corte Suprema con relación al derecho a la vida, que ha transformado el contenido de este derecho y abierto paso al acceso a medicamentos y tratamientos médicos, con independencia de si están o no contemplados en políticas públicas de salud, su costo e impacto presupuestario.

Palabras clave: Derecho a la vida, medicamentos y tratamientos médicos, políticas públicas, presupuestos.

Abstract: This paper analyzes the changes that the Supreme Court's jurisprudence has undergone in relation to the right to life. This jurisprudence has transformed the content of this right and has opened the way to access to medicines and medical treatments, regardless of whether or not they are contemplated in public health policies, regardless of their cost and budgetary impact.

Keywords: Right to life, medicines and medical treatments, public policies, budgets.

1 Trabajo derivado del proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio N.º PAI77190095, denominado "Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile". El profesor Rodrigo Poyanco, a cargo del proyecto, agradece a dicha entidad su apoyo.

2 Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España; Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8017-4470>. Ciudad de residencia: Santiago de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de los Andes (Chile). Correo electrónico: jimartinez@uandes.cl

3 Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>. Ciudad de residencia: Santiago de Chile. Profesor de Derecho Constitucional y Político en la Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: rpoyanco@uft.cl

1. Introducción

Durante mucho tiempo, en materia de prestaciones de salud exigidas a través del recurso de protección a organismos públicos, la jurisprudencia de la Corte Suprema había diferenciado claramente entre el ámbito de competencia de las autoridades respectivas y el de los tribunales de justicia. Sin embargo, recientemente esa jurisprudencia ha abierto paso a la intervención judicial en políticas de salud —al menos en el aspecto presupuestario—, mediante una interpretación que amplía el significado del derecho a la vida, incluyendo dentro de este la exigibilidad ante tribunales de determinadas prestaciones de salud y medicamentos caros.

En este trabajo analizaremos dicho cambio jurisprudencial, para lo cual examinaremos, primero, qué son los derechos sociales prestacionales y sus diferencias con los demás derechos. Enseguida revisaremos la necesidad de que los derechos sociales de prestación sean desarrollados infraconstitucionalmente, aunque estén reconocidos en una Constitución. Luego exploraremos la regulación constitucional del derecho a la salud en Chile y, finalmente, estudiaremos los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema en materia de derecho a la protección de la salud. Concluiremos con un comentario crítico sobre esta materia.

2. Derechos sociales, características generales⁴

Aunque la mayor parte de los derechos sociales consisten en prestaciones a cargo del Estado, también existen algunos que se satisfacen con abstenciones del Ente público; así, por ejemplo, los derechos colectivos laborales (derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de sindicación) —que son derechos sociales⁵ a pesar de ser manifestaciones de derechos y libertades clásicos⁶—, o el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado⁷. De lo anterior se sigue que lo que define a los derechos sociales no es que consistan en prestaciones, sino que su objetivo es mejorar la situación social o la calidad de vida, sea de un determinado grupo —como es el caso de los derechos colectivos laborales—, sea de toda la sociedad, como ocurre con el derecho a vivir en un medio ambiente sano⁸.

Ello no significa, sin embargo, que entre ambas categorías de derechos sociales no existan importantes diferencias. Así, mientras los derechos sociales negativos, al satisfacerse esencial-

4 Los apartados I y III de este trabajo se basan en Martínez (1997), pp. 21-58, y Martínez (2010), pp. 126 y ss.

5 Están reconocidos como tales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso del derecho a la negociación colectiva, su reconocimiento es tácito.

6 El derecho de sindicación es manifestación del derecho de asociación, y los derechos de negociación colectiva y de huelga, una particular manifestación de la libertad contractual.

7 Su carácter de derecho social queda ratificado por su reconocimiento como tal por varios sistemas constitucionales —por ejemplo, en las Constituciones de Portugal, España, México, Chile, Argentina y Colombia—.

8 Ver Ramos (2006), p. 730, y Martínez (2010), p. 134.

mente con abstenciones y no entorpecimientos, poseen eficacia jurídica directa, los derechos sociales prestacionales carecen de tal justiciabilidad y no pueden ser invocados directamente ante los tribunales mientras no tengan desarrollo legislativo.

Si aplicamos este marco al derecho a la protección de la salud, puede llegarse a la conclusión de que se trata de un derecho social de prestación. Esto nos lleva a revisar los problemas de justiciabilidad que suelen acompañar a este tipo de derechos⁹.

3. El problema de la justiciabilidad de los derechos sociales consistentes en prestaciones¹⁰

Probablemente, la más relevante dificultad que acompaña a la incorporación de derechos sociales de prestación en las Constituciones contemporáneas dice relación con su falta de justiciabilidad directa, que es una importante diferencia en relación a los derechos constitucionales clásicos, o de primera generación¹¹. Cuando las Constituciones incorporan derechos sociales y las demás cláusulas típicas del constitucionalismo social —por ejemplo, el principio de Estado social¹² o las cláusulas de igualdad material¹³—, por regla general no dicen cómo deben concretarse¹⁴. Si bien en algunos países las normas constitucionales los describen con

9 El problema que divide las aguas de la doctrina es el relativo a la justiciabilidad directa de los derechos sociales de prestación, reconocidos en la Constitución Política. La justiciabilidad de derechos sociales de nivel legal o reglamentario está fuera de discusión. Lo mismo ocurre con los derechos sociales negativos. Dadas las características del derecho a la protección de la salud, este artículo se centrará en los derechos sociales de prestación de base constitucional.

10 Perspectivas distintas de la sostenida aquí pueden verse, entre otros, en: Cascajo (1988) y (2012); Mayorga (1990); Abramovich (2002); Bernal (2004); Arango (2005); Ramos (2006); Pisarello (2007); Palmer (2007); Jordán (2008); Carbonell (2008); Paiva (2009); Nogueira (2009); Figueroa (2009); Pons (2015); Rodríguez-Arana (2015); Galán (2016); Marrades (2016); Etchichury (2018); Figueroa (2019); Díaz (2020). En general, en estos trabajos se sostiene no solo que todos los derechos sociales son derechos, sino que también tienen una naturaleza similar a la de los clásicos o liberales.

11 Protegidos, por regla general, por acciones constitucionales directas, tales como nuestro recurso de protección (art. 20 de la Constitución), el recurso de amparo español (art. 53.2 de la Constitución respectiva) o, en Colombia, la “acción de tutela” (art. 86 de la Constitución). Un ejemplo característico de esta justiciabilidad directa es la sentencia 15/82 del Tribunal Constitucional español, que otorgó amparo al derecho a la objeción de conciencia regulado en el art. 30.2 de la respectiva Carta Fundamental, no obstante que al momento de ese fallo, como alegaron los servicios estatales recurridos, ese derecho carecía del desarrollo legislativo dispuesto por la propia Constitución española.

12 Por ejemplo, Ley Fundamental de Alemania, art. 20.1; Constitución Española de 1978, art. 1.1; Constitución colombiana, art. 1.

13 Por ejemplo, Constitución española, art. 9.2; Constitución italiana, art. 3.2.

14 Los derechos sociales generalmente representan la constitucionalización de un determinado objetivo social a conseguir (un sistema de seguridad social, un sistema de salud, una educación gratuita, etc.), pero entregan su consecución a políticas de las autoridades. Esto puede hacerse directamente —sea señalándolo en la norma constitucional (art. 196 de la Constitución brasileña: “[la] salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas...”)—, o indirectamente, privando a los derechos sociales del amparo de acciones constitucionales directas (v. gr. Constitución Política chilena o Constitución Política española).

más detalle¹⁵, lo cierto es que aquellos preceptos no agotan todos los aspectos de las decisiones políticas y técnicas imprescindibles para concretarlos. A mayor generalidad de las cláusulas, más amplio el espectro de medidas políticas que pueden adoptarse para lograr los objetivos constitucionales sociales. La concreción de estos derechos implica, por tanto, la definición de espinosas cuestiones de naturaleza extrajurídica —presupuestarias, técnicas, económicas, etc.—, que deben ser resueltas por el Ejecutivo y el Legislativo.

Es por todo eso que gran parte de nuestras Constituciones considera a los derechos sociales de prestación como disposiciones sin efecto vinculante directo, cuya concreción es dejada en términos tan abiertos como sea posible¹⁶. Esto ha sido reconocido en la jurisprudencia de diversos tribunales europeos y latinoamericanos. Para limitarnos a los primeros¹⁷, la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal conocida como *Numerus Clausus*, del año 1972 (*BVerfGE 33, 303*), a propósito de una solicitud de ampliación de plazas para estudiar Medicina en determinadas facultades, sostuvo que “[e]n tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible, en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando, de acuerdo con la prescripción expresa del art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental, tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico. A aquél corresponde también la decisión sobre el alcance y las prioridades de la construcción de escuelas superiores [...]”¹⁸.

15 Por ejemplo, la Constitución Política portuguesa impone no solo el derecho a la salud, sino la existencia de un “servicio nacional de salud”, disposición que fue entendida en términos literales por el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 39/84. Por otro lado, numerosas Constituciones, tales como la chilena, imponen de forma específica la existencia de determinados niveles de educación gratuita de cargo estatal (véase art. 19 N.º 10).

16 Ver, entre otros, Glendon (1992), pp. 527-528, y Forsthoff (1986), p. 97.

17 En América Latina también encontramos declaraciones en este sentido en numerosos tribunales constitucionales y superiores del continente, aunque ha de reconocerse que, en las últimas tres décadas, esos mismos colegiados han virado hacia un pronunciado activismo judicial en esta materia. En Brasil, por ejemplo, la sentencia STA 91/AL (*ALAGOAS*), de 26 de febrero de 2007, decisión § 5 (la norma del art. 196 de la Constitución —derecho a la salud— se refiere, en principio, a la materialización de políticas públicas que alcanzan a la población como un todo, asegurándole acceso universal e igualitario, y no a situaciones individualizadas; una sentencia favorable a un demandante puede tener un impacto financiero negativo sobre los beneficios que el sistema entrega a otras personas no favorecidas por el pronunciamiento judicial); en Colombia, la sentencia de la Corte Constitucional, Rol N.º T-586/99, de 11 de agosto de 1999 (“[...] los derechos económicos, sociales y culturales, llamados también de segunda generación [...], no son de carácter fundamental, toda vez que no inhiere en la condición humana. No tienen eficacia directa ni aplicación inmediata, entendidas éstas como la posibilidad de ser reclamados directamente del obligado a reconocerlos, sin que medie una ley previa que fije las condiciones de su ejercicio. Son, asimismo, derechos de desarrollo progresivo [...] en la medida del mayor desarrollo económico y social que alcance la nación”); y en Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N.º 0011-2002-AI/TC, de 10 de junio de 2002 (“[a]unque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales [...]. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos [...]).”

18 De acuerdo a la transcripción contenida en Schwabe (2009), pp. 351 y ss. Véase también Gaier (2011), pp. 13-14, y Kingreen (2014), p. 111.

Por su parte, en Italia, la Corte Constitucional señaló que la normativa constitucional contenida en el artículo 38 de la Constitución, relativo a la seguridad y asistencia social —particularmente sus párrafos segundo y cuarto¹⁹—, entregaba plena libertad al Estado para escoger las formas, medios y estructura que estimase más apropiados y eficientes para lograr los objetivos constitucionales allí señalados²⁰.

Y en Portugal, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad social del artículo 63 N.º 1 de la Constitución portuguesa, es un derecho de naturaleza esencialmente económica y social, por lo que, en comparación con los derechos y libertades clásicos, está sujeto a un margen de configuración legislativa más amplio. El legislador debe hacer las ponderaciones que garanticen la sustentabilidad del sistema, y una justa distribución de los recursos. La protección de los derechos a prestaciones sociales ya instituidos opera, en lo esencial, a través de principios como la igualdad y la confianza legítima, y no a través de la apelación al derecho a la seguridad social²¹. En materia de derecho a la vivienda, el Tribunal ha señalado que el juez deberá aceptar el poder de configuración del legislador respecto de tal derecho, y que solo en casos excepcionales y limitados se podrá concluir la violación de las normas constitucionales, que tendrá que ser manifiesta²².

Finalmente, el Tribunal Constitucional español, refiriéndose a los “Principios rectores de la política social y económica” del capítulo tercero del Título I de la Constitución, ha sostenido que si bien son “los poderes públicos [los que] deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores [...] y, singularmente, para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 C. E.)”, entre tales poderes públicos “*son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal*. Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos [...]”²³.

19 Según los cuales, respectivamente, “[l]os trabajadores tienen derecho a que se prevean y garanticen los medios adecuados para sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, ancianidad y desempleo involuntario”; y “[d]e los deberes previstos en el presente artículo se ocuparán los órganos y las instituciones predispuestas o integradas por el Estado”.

20 Corte Constitucional de Italia, Rol N.º 36/2000 (03/02/2000), fundamento jurídico 3.

21 Tribunal Constitucional de Portugal, Rol N.º 3/2010 (11/01/2010), fundamento jurídico 2. Véase también Reis Novais (2006), pp. 198-199, que detecta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués una distinción, dentro del derecho a la seguridad social, entre aquello que es un derecho subjetivo —por ejemplo, la regla que garantiza el recuento de todo el tiempo de servicio para el cálculo de las pensiones de vejez e invalidez— y aquello que es propiamente prestacional, parte de la norma a la que se aplican las limitaciones propias de los derechos sociales prestacionales.

22 Vieira de Andrade (2004), pp. 400-402.

23 Tribunal Constitucional español, Rol N.º 189/1987, de 26 de septiembre de 1987, fundamento jurídico 10. Véanse también los roles N.º 30/1988, 31/1988, 32/1988 y 33/1988 del mismo Tribunal. Destacado nuestro. Para otros ejemplos de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el famoso caso *Airey v. Ireland*) y Estados Unidos, véase Martínez (2010), pp. 139-143.

4. La necesidad de desarrollo normativo de los derechos sociales de base constitucional

De lo expuesto hasta aquí se deduce que, al parecer, los preceptos constitucionales de naturaleza social carecen de un contenido esencial cuando consisten en prestaciones²⁴. No existen derechos y obligaciones jurídicas concretos que puedan desprenderse de ellos sin la intermediación de las normas dictadas por los poderes políticos, que son los competentes para abordar democráticamente las discusiones sobre políticas sociales y las decisiones de naturaleza finalista que se determinen para cumplirlas²⁵.

No se trata, por tanto, solo de un problema de distribución de recursos escasos y elección de prioridades sociales. Se trata también de dar cabida a las distintas opciones ideológicas que se batan legítimamente en el campo democrático respecto del tema de lo justo social, y a las distintas soluciones técnicas disponibles para satisfacer las necesidades sociales de cada momento. El principio de alternancia democrática no es ajeno a estas disquisiciones²⁶.

Por esto, los autores diferencian claramente entre aquellos juicios jurídicos, propios de los jueces, de los juicios de oportunidad o conveniencia que adoptan las autoridades políticas. Leibholz señala que las controversias políticas puras —que contraponen a los litigios jurídicos sobre materias políticas— son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas. Se trata de una pugna, no por la aplicación del derecho establecido, sino acerca de cuál debiera ser el contenido de ese derecho, o sea, de la creación del Derecho. Tales cuestiones “no pierden su carácter político, a pesar de la fraseología y el aparato jurídico con que pueden ser tratadas. Por lo tanto, su solución jurisdiccional acarrearía graves perjuicios a la justicia y no contribuiría en nada al mejoramiento del juego político”²⁷. Por su parte, De Otto dice que lo que caracteriza a la decisión política “es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los fines que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos”. Se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto²⁸. En el mismo sentido, Kriele, refiriéndose a los conflictos entre derechos, destaca que lo característico de la situación política es la existencia de dos intereses equivalentes que se enfrentan y que deben ser evaluados. En cambio, el método jurídico ordena la argumentación conforme al principio de regla y excepción y de la necesidad

24 Ver Martínez (2010), p. 134.

25 Sobre la necesidad del legislador en materia de derechos sociales, y de la actividad gubernamental para concretar los beneficios sociales que los componen, véanse Pereira y Tirapu (1991), p. 950 y Tenorio (2014), pp. 143 y ss.

26 La discrepancia y parcialidad parecen caracteres esenciales de la actividad política. A este respecto, véase Pereira (2010), p. 61, y Waldron (2005), pp. 18-36. Esto es particularmente relevante en la clase de decisiones envueltas en el desarrollo normativo de los derechos sociales prestacionales. Sobre esto último ver Rosenkrantz (2002), pp. 8-9.

27 Leibholz (1966), p. 92.

28 De Otto (1989), p. 289.

de justificación²⁹.

Por lo expuesto, los derechos sociales de prestación desarrollados por ley o reglamento son (tal como los derechos sociales negativos) indiscutiblemente justiciables de forma directa, y no representan ninguna dificultad teórica para el problema que nos ocupa. Esas normas infraconstitucionales representan lo que estimamos como imprescindible para la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación: el resultado de la evaluación previa de oportunidad o conveniencia que han realizado los órganos políticos competentes³⁰. El reconocimiento infraconstitucional transforma en genuino lenguaje jurídico aquellas disposiciones constitucionales finalistas, y ahorra al juez que las aplica evaluaciones de oportunidad o conveniencia que, de otro modo, estarían fuera de su competencia y experticia profesional³¹. Además, leyes y reglamentos son fuentes del derecho que admiten un alto grado de contenido político, sin desnaturalizarse³², lo que permite, antes de su dictación, la discusión o acuerdo sobre lo justo social entre distintas visiones ideológicas. Por otro lado, puesto que las necesidades sociales y los equilibrios políticos cambian, y la técnica evoluciona, las soluciones políticas —a diferencia de una solución jurisdiccional, al menos ante los mismos hechos— tienen la ventaja de que permiten su revisión en el tiempo.

Ello explica que, en definitiva, para la existencia de un *Estado de Bienestar* resulte mucho más decisiva una legislación social que lo implemente, que lo que diga o no una determinada Constitución³³. Pero además, como lo ha mostrado la crisis económica que afectó a Europa a partir de 2008, una consagración constitucional de determinados derechos sociales prestacionales no los asegura necesariamente contra políticas ablativas³⁴. Por eso muchos distinguen entre derechos que son inmutables y absolutos —los derechos civiles y políticos—, que existen cualesquiera sean la época o la ideología dominante, “y otros derechos, conocidos como derechos económicos y sociales, que incorporan un cierto margen de contingencia y relatividad, y cuyo reconocimiento se hace en función del Estado de la sociedad y su evolución”³⁵.

29 Kriele (1980), p. 304.

30 Ver Martínez (2010), p. 136.

31 Al respecto ver Cascajo (2012), p. 32.

32 Pereira (2010), p. 61.

33 Sobre ejemplos de Estados de Bienestar exitosos que no tienen consagración constitucional ver Martínez (2010), pp. 129-130.

34 La jurisprudencia europea de crisis económica ha mostrado que muchos de los beneficiarios de prestaciones sociales en diversos países con derechos sociales constitucionalmente reconocidos, sufrieron igualmente medidas tales como la eliminación parcial o reducción de ciertos beneficios, o la eliminación de los mecanismos de reajuste. Así por ejemplo, respecto de la jurisprudencia del TEDH y la de algunos tribunales constitucionales que le dieron origen, véase Covarrubias y Poyanco (2020).

35 Favoreu *apud* Glendon (1992), pp. 527-528. Sobre los caracteres de los derechos constitucionales clásicos, véase también Pereira (2006), pp. 257-262.

Todo lo anterior lleva a dudar de la posible justiciabilidad directa de los derechos sociales que consisten en prestaciones, al menos de una que sea consecuencia del reconocimiento constitucional de aquellos. Y es que, si son derechos en sentido jurídico-constitucional, necesariamente deberían ser alegables de forma directa ante los jueces, sin necesidad de mayor desarrollo normativo. La mejor demostración de que algo es jurídico es su posibilidad de ser aplicado por estos³⁶. Como señala Peces-Barba, una norma jurídica “necesita de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero”. De ahí que si “un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe”³⁷. Loewenstein ya había advertido que los derechos sociales no “son derechos en sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal”³⁸.

5. La regulación constitucional del derecho a la salud y la legislación sobre medicamentos de alto costo

Como ya hemos dicho, el derecho a la protección de la salud consagrado en la actual Constitución —pionera, en nuestra historia constitucional, en el reconocimiento específico de este derecho³⁹— es un derecho social con características prestacionales, por lo que le resultan aplicables todas las prevenciones teóricas antes revisadas. Recordemos que el art. 19 N.º 9, garantiza a todas las personas “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, y tiene a su cargo “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”, y debe “garantizar la ejecución de las acciones de salud”⁴⁰ (incisos 2, 3 y 4). Pero, además, la Constitución reconoce el derecho de las personas “a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (inciso 5).

En consecuencia, los particulares pueden intervenir en la prestación de servicios de salud en pie de igualdad con las instituciones públicas. Esto implica la coexistencia de dos sistemas de salud, que se financian con la cotización obligatoria que impone la ley a los trabajadores, y

36 Ver Martínez (2010), pp. 136 y ss.

37 Peces-Barba (1980), p. 168.

38 Loewenstein (1986), p. 401. Cruz (1993), pp. 13-14, recuerda que Konrad Hesse se declaraba en contra de la posible introducción en la Constitución alemana de preceptos programáticos sobre vivienda, empleo o medio ambiente.

39 La Constitución Política de 1925 se refería a la salud pública, pero lo hacía como “un deber del Estado”, dentro de un artículo dedicado al derecho a la seguridad social (art. 10 N.º 16). La misma norma consagraba el deber de destinar cada año “una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud”. Sin embargo, esa Carta Fundamental no contemplaba una acción constitucional tal como el actual recurso de protección, ni siquiera respecto de los derechos de primera generación que reconocía.

40 Sobre qué debe entenderse por acciones de salud ver García y Contreras (2014), pp. 62-63. Ver también el art. 131 del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud.

que son mutuamente excluyentes para sus usuarios. El primero es el sistema público, a cargo del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), que, aunque exige cotizaciones a algunos segmentos de usuarios, también es subsidiado por el Estado para las personas de menores recursos, y atiende a gran parte de la población⁴¹. El segundo es el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o Isapres, que opera bajo la lógica de seguros individuales de salud⁴², disponible para quienes cuentan con mayores ingresos⁴³. En otras palabras, el sistema privado de salud no es un simple seguro contra contingencias que complementa al sistema público, sino que puede reemplazarlo, en pie de igualdad, respecto de aquellas personas que escogen atenderse en aquel y no en este⁴⁴. Por otro lado, la libertad de las personas para escoger entre el sistema público o privado de salud —inciso final del art. 19 N.º 9— está amparada jurisdiccionalmente mediante el recurso de protección.

Sin embargo, esta regulación constitucional no impide la participación del Estado o de sus organismos en la prestación de servicios de salud, o en la dictación de políticas o programas públicos —algunos con importante financiamiento estatal— en beneficio de toda la población; por el contrario, se trata de un auténtico deber, consagrado en el ya mencionado art. 19 N.º 9. Así sucede con el sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo (Ley N.º 20.850, de 2015, conocida coloquialmente por ello como “Ley Ricarte Soto”, en honor a quien la inspiró), que regula el apoyo financiero estatal para tratamientos de salud cuyos costos son catastróficos para el paciente. El fondo previsto en el art. 12 de la ley, reglamentado por el Decreto N.º 1.618 del Ministerio Hacienda, de 27 de octubre de 2015⁴⁵, financia el 100% del diagnóstico o medicamento, en favor de aquellos beneficiarios que tengan

41 La regulación de los deberes impuestos al Estado, y del derecho recién mencionado, descansa en la actualidad de manera particular en el D. F. L. N.º 1, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N.º 2.763, de 1979, y de las Leyes N.º 18.933 y N.º 18.469.

42 La relación entre las personas y las Isapres es de carácter contractual, según se desprende del art. 184 del D. F. L. N.º 1 de 2006, y la libertad de las partes está regulada y limitada por una serie de condiciones y prohibiciones. Entre las condiciones está la posibilidad de las Isapres de revisar los precios de los planes de salud que ofrecen. Para tal efecto deben aplicar a los precios base “el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores” (art. 199, inc. 1º). La estructura de la tabla de factores es fijada por la Superintendencia de Salud mediante acto administrativo, en el que debe considerar como parámetros el sexo y condición de cotizante o carga, y rangos de edad. Estos últimos los fija la propia Ley (art. 199), y las Isapres tienen libertad “para determinar los factores de cada tabla que empleen” (art. 199).

43 En Chile, el sistema de Isapre es utilizado por alrededor del 15% de la población. Véanse al respecto Unger *et al.* (2008), p. 543, y Castro *et al.* (2013), p. 9.

44 Como explica Sojo (2011), p. 2681, la lógica dual del sistema de salud chileno parece ser única en el plano internacional: la cotización obligatoria, a cargo exclusivo del trabajador, le permite afiliarse al sistema público de salud mediante el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) cuya racionalidad de reparto favorece la solidaridad, o a las instituciones de salud previsional (Isapres) que, a pesar del carácter compulsivo del aseguramiento, funcionan bajo una lógica de seguro privado asociada al riesgo individual. Véase a la misma autora para comprender otras características definitorias del sistema chileno.

45 El Fondo tiene naturaleza de un fondo mancomunado de recursos, que se compone por: 1) aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien mil millones de pesos; 2) donaciones, herencias y legados; 3) aportes internacionales; y 4) la rentabilidad e intereses que genere la inversión de los propios recursos del Fondo. De acuerdo con un informe trimestral elaborado por la Dipres, en septiembre de 2018, el fondo ascendía a la suma de \$179.570 (millones). Observatorio Judicial (2019), Corte Suprema vs. Ricarte Soto.

alguna de las patologías cubiertas por la ley, siendo irrelevante el sistema previsional de salud o la situación socioeconómica del paciente.

Pero, como es lógico, los recursos públicos que pueden destinarse a este tipo de políticas son limitados, lo que obliga a una rigurosa selección de las patologías y tratamientos a financiar⁴⁶. El objetivo es que dicho Fondo sea autosustentable, y por tanto la estabilidad del mismo es vital para su operatividad⁴⁷. Por esta razón, la “Ley Ricarte Soto” establece que el conjunto de tratamientos nunca puede superar el 80% de los recursos anuales que dispone el Fondo (artículo 9). Respecto a las patologías y tratamientos garantizados, el artículo 5 de la ley establece que solo se financiará los medicamentos o diagnósticos de alto costo que estén recogidos en un decreto supremo firmado por los ministros de Salud y de Hacienda⁴⁸. Por tanto, si el tratamiento o diagnóstico no está incorporado en el decreto supremo, la “Ley Ricarte” Soto no lo cubrirá.

La precitada regulación constitucional y legal resulta fundamental para entender la evolución de la jurisprudencia que estudiaremos a continuación, en la cual la Corte Suprema ha transitado desde una etapa deferente con las decisiones del legislador en materia de políticas de salud, hasta una nueva jurisprudencia marcadamente activista.

6. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos y derecho a la vida: la etapa deferente

En Chile, la judicialización de diversos aspectos del derecho a la salud no es un fenómeno nuevo. Hasta 2017, sin embargo, la principal jurisprudencia en este campo se había producido respecto del sistema privado de salud, y decía relación, fundamentalmente, con las prestaciones entregadas por las Isapres a sus afiliados, o con los cobros que les efectuaban⁴⁹. En cambio, la jurisprudencia que estudiaremos a continuación dice relación con la solicitud de medicamentos y servicios o tratamientos médicos al Estado por los usuarios del sistema público de salud. La semejanza entre esta jurisprudencia a la observada en países como Colombia

46 Para que un diagnóstico o tratamiento esté garantizado por la “Ley Ricarte Soto”, se deben cumplir una serie de procedimientos y requisitos establecidos en los arts. 5 al 9 de la ley. Véase la explicación de estas normas en el documento del Observatorio Judicial (2019), Corte Suprema vs. Ricarte Soto: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo (N.º 15).

47 Observatorio Judicial (2019).

48 En la actualidad, el Decreto Supremo N.º 2 de 8 de junio de 2019, que determina los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera de la Ley N.º 20.850. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=1132385>].

49 Véanse los principales vectores de esa jurisprudencia —que, con algunas variaciones, se mantienen hasta el día de hoy—, en Vivanco (2010), p. 145, y, en lo que dice relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Martínez (2010).

y Brasil⁵⁰, produce las mismas interrogantes generadas en esos países respecto de los efectos y externalidades de las decisiones judiciales en estas materias.

Puesto que, como ya hemos explicado antes, en Chile los aspectos prestacionales del derecho a la salud no están expresamente cubiertos por el recurso de protección⁵¹, se han intentado vías de judicialización alternativas. La más utilizada ha sido argumentar que la denegación de tratamientos médicos o medicamentos no solo infringe el derecho a la salud, sino que también el derecho a la vida o a la integridad física reconocidos en el N.º 1 del art. 19 de la Constitución, que sí están protegidos por la referida acción constitucional; estrategia también utilizada con éxito en otros países de América Latina. No obstante, durante mucho tiempo los tribunales superiores chilenos desecharon esa argumentación, diferenciando claramente entre el sentido clásico del derecho a la vida versus el sentido tradicional del derecho a la salud.

Así, en una primera etapa, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece haberse encaminado en la misma línea que la jurisprudencia deferente de sus pares europeos y latinoamericanos antes mencionada. La Corte entendía el derecho a la salud como un atributo sometido, en primer término, a decisiones de políticas entregadas a las autoridades competentes. Afirmaba que la entrega de beneficios de salud concretos depende de las políticas sectoriales dictadas por las autoridades respectivas. Por tanto, la pretensión concreta que un recurrente exponga a través de un recurso de protección ha de contrastarse con la legislación respectiva. Por ello, no hay vulneración constitucional si las entidades públicas se ajustaron al marco establecido por la legislación y reglamentación que regulan la provisión o suministro de medicamentos y tratamientos médicos. Finalmente, la jurisprudencia asumía que la protección de la salud está limitada por los recursos económicos con que cuente el Estado.

3.1 SOBRE LA NECESIDAD DE RESPETAR LAS POLÍTICAS DE SALUD, LAS COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES RESPECTIVAS, Y LA LIMITACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

En *Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente*⁵², la Corte Suprema tuvo que pronunciarse respecto de la imposibilidad de brindar de inmediato un tratamiento de diálisis por parte de los organismos de salud. En la sentencia sostuvo que “no puede calificarse de arbitraria la negativa de que se reclama, dado que ella se funda en que ese Servicio no dispone de los medios que la ley prevé para la atención que se solicita, y este hecho priva a la negación

50 Una panorámica general de la forma que ha adquirido esta jurisprudencia y los problemas que ha producido en diferentes países de América Latina, puede encontrarse en Yamin y Gloppen (2013).

51 En el derecho a la protección de la salud (art. 19 N.º 9) solo está protegido mediante recurso de protección en inciso final del art. 19 N.º 9, esto es, la facultad de elegir entre el sistema público y el privado de salud.

52 Corte Suprema, *Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, 29 de enero de 1988.

de la condición de abusiva o carente de justificación”. Y agregó que dicha conducta tampoco era ilegal, “toda vez que es la propia ley la que condiciona el otorgamiento de las prestaciones que otorga al disponer que los beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en ella en las condiciones que esa misma ley establece y que las prestaciones se concederán con los recursos profesionales, técnicos y administrativos de que dispongan los establecimientos” (considerando 10°).

A su vez, en *Sepúlveda Parías con Subdirector del Hospital Barros Luco Trudeau*⁵³, la Corte Suprema debió pronunciarse también sobre una solicitud similar. Sostuvo que “en el caso de autos, y de acuerdo al mérito del proceso, existe insuficiencia de elementos para practicar tratamientos de diálisis, lo que evidentemente tendrá influencia en la salud del enfermo” (considerando 7°). Para demostrar que este hecho escapa a la competencia de los jueces el Tribunal señaló que, al no poder darse tratamiento “a todos los pacientes, le corresponderá al profesional médico la determinación entre las alternativas que conduzcan a saber quién y cuándo se atiende” (considerando 7°); e hizo presente que si se hiciera lugar al recurso “se le daría una irregular preferencia al enfermo que interpone un recurso de protección”, por sobre otros que, adoleciendo del mismo mal, se han abstenido de recurrir judicialmente y se han sujetado al sistema de listas de espera para la atención de la enfermedad, que es el procedimiento que sigue el Servicio recurrido para otorgar la atención médica que se le solicita, y que se basa en factores tales como la edad, “naturaleza de la enfermedad u otras razones de índole estrictamente médico y particular o propia del respectivo enfermo que requiere de la atención de que se trata” (considerando 8°).

Por su parte, en *Colegio Médico de Chile AG (Consejo Regional Valparaíso) con Secretario Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y Director del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*⁵⁴, la Corte Suprema se pronunció respecto de una serie de retrasos en alrededor de tres mil cirugías. Haciendo suyo el voto de minoría de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sostuvo que “del mérito de los informes de los recurridos se desprende que existe un criterio para la atención de operaciones de los pacientes que se materializa en una política de Bases y estrategias de Salud Regional, la que se encuentra bajo supervisión y que en dicho caso se ve limitada por la disponibilidad presupuestaria, lo que no depende de los recurridos”, y que “si bien existe lo que se denomina ‘operaciones electivas’ debe considerarse que el Fondo Nacional de Salud no financia el costo total de dichas operaciones, lo que conlleva deterioro económico para el Servicio de Salud, y ello deja en evidencia limitaciones de presupuestos que no son de

53 Corte Suprema, Rol N.º 11635-1987, *Sepúlveda Parías con Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau*, de 28 de diciembre de 1987.

54 Corte Suprema, *Colegio Médico de Chile AG (Consejo Regional Valparaíso) con Secretario Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y Director del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, de 5 de marzo de 2001.

su responsabilidad, no habiéndose acreditado que los procedimientos en comento y contra los cuales se reclama sean arbitrarios o ilegales”.

Asimismo, en *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud*⁵⁵, la Corte Suprema reiteró la idea de que la satisfacción de prestaciones de salud está en directa relación con los recursos económicos disponibles. De acuerdo a la ley, dichas prestaciones se relacionan con políticas de salud que “deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello” (considerando 3º). Y agregó que “atañe a las autoridades de salud llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado acorde con los medios de que disponga para ellos y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía” (considerando 6º). Todo ello sin perjuicio de que “la protección estatal a la salud se encuentra contemplada como garantía constitucional en el artículo 19 N.º 9 y de éste, lo único incluido en el recurso de protección es el inciso final, referido a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, lo que no es el caso de autos” (considerando 7º).

Finalmente, en *Magaly Ruiz Garcés con Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant y otros*⁵⁶, la Corte sostuvo que no es posible exigir judicialmente al sistema público de salud la cobertura a todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a dichas prestaciones, “habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello” (considerando 8º). Asimismo, “del análisis de los informes emitidos por los organismos recurridos se desprende en forma clara que éstos, dentro de sus competencias, han brindado a la actora todas las atenciones que han estado a su alcance para su recuperación, incluso la de explorar la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica de alto costo en un centro privado de salud acudiendo a un mecanismo de financiamiento excepcional contemplado en la normativa sectorial” (considerando 9º). Por eso, “la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción

55 Corte Suprema, Rol N.º 3599-2001, *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud*, de 9 de octubre de 2001.

56 Corte Suprema, Rol N.º 4396-2010, *Magaly Ruiz Garcés con Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant y otros*, de 21 de septiembre de 2010.

de cautela” (considerando 10º)⁵⁷.

En los fallos precedentes afloran con meridiana claridad los siguientes criterios jurisprudenciales: a) el derecho a la salud depende directamente de leyes y políticas públicas; b) esas leyes y políticas están a cargo de las autoridades competentes; c) las políticas públicas están limitadas por los recursos disponibles⁵⁸; d) en materia de derecho a la protección de la salud, el recurso de protección tiene un alcance limitado.

3.2 SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO A LA VIDA

La precitada aproximación deferente se sostiene, evidentemente, en la convicción de que no se está frente a la vulneración del derecho a la vida o algún otro amparado por el recurso de protección. Como es sabido, en su sentido tradicional, ese derecho —y, *mutatis mutandis*, el derecho a la integridad física y psicológica— ha sido concebido de forma fundamentalmente negativa o abstencionista. Se le ha caracterizado como una facultad para exigir la protección de la vida frente a agresiones ilegítimas, lo que incluye el derecho a defender la propia vida y el derecho a nacer, tratándose, por tanto, “de un derecho de defensa frente a atentados contra la vida”⁵⁹. Núñez señala que el verdadero significado del derecho a la vida consiste en un deber, o prohibición, o en un no derecho (en la terminología W. N. Hohfeld), que afecta tanto a los particulares como al Estado, y que importa no atentar arbitrariamente contra las funciones vitales del individuo. Esta es, entonces, la primera consecuencia que se desprende de la exigencia ética elemental de respetar la vida⁶⁰.

A su vez, Requena señala que “el ‘derecho a la vida’ no es sino la prohibición de que alguien atente contra la vida ajena”; prohibición que no genera derecho alguno: “el ‘derecho a la vida’ en cuanto existencia física es, por tanto y en puridad, una prohibición; sencillamente no puede ser otra cosa [...]. Esa prohibición opera frente a todos, el Estado y los particulares,

57 El organismo encargado en Chile de la defensa judicial de los intereses fiscales, el Consejo de Defensa del Estado, suele invocar otra jurisprudencia, contenida en una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 4357-2017 (27/09/2017), que no fue apelada ante la Corte Suprema. De acuerdo a ella, en su considerando 3º, ese tribunal sostiene que “[...] adicionalmente, el recurso no formula ninguna petición concreta, y tampoco existe ninguna medida que la Corte pueda adoptar, desde que no le corresponde al Poder Judicial establecer, modificar y ni aun criticar las políticas públicas que para la tarea de gobierno desarrolla el Poder Ejecutivo, ni tampoco disponer la distribución de los recursos públicos. Esto último es relevante, dado que el problema que está en el fondo de lo denunciado, dice relación con la falta de recursos económicos suficientes para una más pronta atención de todos los pacientes”. Véase al respecto Informe del Consejo de Defensa del Estado en Recurso de Protección 5137-2017 ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 6 de octubre de 2017.

58 En sentido similar, refiriéndose la sentencia de la Corte Suprema, Rol N.º 4396-2010, 21 de septiembre de 2010, véase García y Contreras (2014), p. 303.

59 Martínez (2010), p. 153.

60 Núñez (1997), p. 51.

y corresponde al Estado la garantía de su virtualidad”⁶¹. Asimismo, Ugarte entiende que el derecho a la vida, “el cual se refiere como es obvio a la vida corporal”, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. El derecho en referencia “es un derecho natural de todo hombre, que tiene por el solo hecho de ser persona”. El derecho a la vida está constituido por una norma o precepto de derecho natural primario: no matar. Se trata de preceptos primarios, y que por tanto no admiten ni siquiera mutación excepcional, los que se refieren a los fines mismos de la naturaleza humana, entre los que esté el vivir⁶².

La jurisprudencia del máximo tribunal chileno parecía concordar con esta concepción del derecho a la vida. Es así como en la precitada *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud*, la Corte Suprema señaló que “la protección estatal a la salud se encuentra contemplada como garantía constitucional en el artículo 19 N.º 9 y de este, lo único incluido en el recurso de protección es el inciso final, referido a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, lo que no es el caso de autos” (considerando 7º). Posteriormente, en la sentencia *Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte*⁶³, la Corte sostuvo que “la garantía del derecho a la vida e integridad física o síquica, que se denuncia como vulnerado, apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana, en este caso, el supuesto peligro de estos pacientes proviene de la enfermedad que ellos padecen y en ningún caso de la autoridad sanitaria, que no ha tenido ninguna relación con el origen de la enfermedad, por consiguiente, estos enfermos al acudir a los distintos Servicios de Salud a solicitar ayuda médica, ya tienen su salud amenazada por la enfermedad que adolecen, la que es causada por un gen de la cual los recurridos de autos, no tienen ninguna responsabilidad, ni participación” (considerando 8º).

Un criterio similar fue reiterado en *Barriga Aguilera y otros contra Ministerio de Salud*, de 2009⁶⁴, en el que la Corte Suprema confirmó la sentencia denegatoria de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que había rechazado la acción de protección en atención a que los recurrentes “no han visto menoscabado el legítimo ejercicio de su derecho a la vida y a la integridad psíquica y física, por causa de algún acto imputable a la autoridad principal de salud. La grave enfermedad que los aqueja es causa de su especial condición, de manera tal

61 Requena (2009), p. 292.

62 Ugarte (2006), p. 514.

63 Corte Suprema, *Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte* (2002), de 26 de marzo de 2002.

64 Corte Suprema, Rol N.º 6894/2009, *Barriga Aguilera y otros contra Ministerio de Salud* (2009), de fecha 2 de noviembre de 2009.

que no es posible entender vulnerado en forma alguna este derecho por obra de una acción u omisión de la autoridad y menos, por una actuación de carácter ilegítima” (considerando 8°). Asimismo, en *Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente*⁶⁵, la Corte Suprema volvió a sostener que cuando la amenaza a la vida de una persona deriva de una patología, no se cumple el requisito de que aquella sea imputable a alguien, supuesto en el que descansa el recurso de protección. Por eso la acción no podía fundarse en una presunta lesión al derecho a la vida, cuando en verdad lo que se pretendía era obtener una prestación de salud, cuestión que queda fuera de tutela judicial, por tratarse de prestaciones propias del derecho a la protección de la salud del art. 19 N.º 9.

Finalmente, en el año 2014, en *JLCT versus Ministerio de Salud*, la Corte Suprema volvió a confirmar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había rechazado la acción constitucional de protección intentada argumentando que “no obstante lo señalado en cuanto a que el acto no es ni arbitrario ni ilegal, en caso alguno podría afectarse con esa actitud el derecho a la vida, toda vez que no está siendo amagado ni amenazado por la autoridad sanitaria, pues el peligro que corre su vida se origina en la enfermedad que padece” (considerando 6°)⁶⁶.

Sin embargo, como veremos a continuación, a partir de 2017 se comienza a consolidar una jurisprudencia que supone un giro respecto de la anterior.

7. Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sobre medicamentos y derecho a la vida: la etapa activista

Desde 2017⁶⁷ se suceden numerosas sentencias en que el problema a resolver es de una naturaleza similar: una persona recurre de protección reclamando por la negativa de los

65 Corte Suprema, *Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2009), de 16 de diciembre de 2009. [Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/causas/esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAAcUlCAAC&consulta=100&glosa=&causa=8513/2009&numcua=44087&secre=UNICA>].

66 Corte Suprema, Rol N.º 31897-2014, *JLCT con Ministerio de Salud*, de 22 de diciembre de 2014.

67 Más específicamente, a partir de la sentencia de la Corte Suprema, Rol N.º 43250-2017. Antes de este año se encuentran algunos precedentes emanados de los tribunales superiores de justicia, que consideran que la negativa a entregar un determinado medicamento podría significar una afectación del derecho a la vida. Sin embargo, se trata de recursos de protección presentados contra Isapres, sin que por su cantidad pueda hablarse de una tendencia jurisprudencial consolidada. Para un examen de esas sentencias, véanse Henríquez (2015), pp. 191-195, y Figueroa (2019), pp. 477-478. Este último da cuenta de un caso fallado en 2009, en el cual se ordenó a Fonasa cambiar el medicamento que ofrecía a una paciente enferma de cáncer por otro más efectivo. Aunque la sentencia de la Corte de Apelaciones fundamenta el fallo en el “carácter absoluto” del derecho a la vida, se trata de un medicamento que, como observa la Corte Suprema en su sentencia, ya estaba contemplado en los planes oficiales aplicables a la recurrente, por lo cual es dudoso que se trate, efectivamente, de un fallo apoyado en una redefinición del derecho a la vida.

servicios públicos de salud⁶⁸ a financiar medicamentos de alto costo, en situaciones de enfermedades poco usuales. La denegación se funda en la inexistencia de un respaldo legal o de fondos públicos asignados que permitan dicho financiamiento. Frente a esto, los tribunales consideran que la decisión impugnada judicialmente pone en peligro, de manera arbitraria, la vida o la integridad física de los recurrentes, porque se basa en fundamentos exclusivamente económicos, por lo que debe ser dejada sin efecto, y ordenan la entrega del medicamento o tratamiento solicitado. Veremos los principales vectores de esta jurisprudencia.

7.1 LA NEGATIVA A ENTREGAR UN MEDICAMENTO SE BASA EN MERAS RAZONES ADMINISTRATIVO-ECONÓMICAS Y ES POR ENDE ARBITRARIA

Son diversas las razones del servicio público para denegar la entrega o financiamiento de medicamentos y de tratamientos. Entre estas se cuentan la legitimidad pasiva de la entidad recurrida para hacerse cargo del recurso de protección intentado contra ella; la falta de *stock* del medicamento en las bodegas del servicio; la inexistencia de financiamiento para el medicamento o de normativa que autorice al Servicio a efectuar el dispendio solicitado por el recurrente, y la falta de eficacia comprobada del medicamento. En no pocos casos la razón ha consistido en que algunas de las características antes mencionadas —el altísimo costo, la baja eficacia, o ambas— no han permitido al medicamento superar la etapa de evaluación necesaria para incluirlo dentro del mecanismo de la “Ley Ricarte Soto”.

Sin embargo, esas argumentaciones son subsumidas por la Corte Suprema en una sola: la injustificada inexistencia de financiamiento (o de un procedimiento administrativo para lograrlo) respecto del tratamiento o medicamento solicitado. Así, por ejemplo, en *Gajardo con Fondo Nacional de Salud*, de 2020, la Corte Suprema señaló que “...del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por el recurrido para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta el niño, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que la aqueja no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico

68 Por razones de economía en la redacción de este trabajo, designaremos de esta forma genérica a los organismos encargados de la prestación de los servicios de salud —el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Salud Pública, los Servicios de Salud regionales, el Fonasa y, en ocasiones, hospitales públicos que atienden a los recurrentes—, cuyas decisiones han sido recurridas mediante la acción constitucional en examen. Esos organismos son.

de los establecimientos de la red asistencial, sin que ninguna norma habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria” (considerando 4º)⁶⁹.

Este razonamiento ha sido reiterado en distintas sentencias, incluso en casos en que el propio raciocinio de los tribunales demuestra que los servicios recurridos efectuaron alegaciones mucho más complejas. Así, por ejemplo, en *Vera Stuardo contra Ministerio de Salud*, de 2018, el servicio mencionó expresamente el posible perjuicio en la atención médica de terceros⁷⁰. También se ha alegado el hecho de que el medicamento no ha superado la evaluación económica y técnica necesaria para ser incluido en los mecanismos especiales de financiamiento de enfermedades catastróficas⁷¹, o su eventual ineficacia⁷².

7.2 LA NEGATIVA DEL SERVICIO NO PUEDE PREVALECER EN CONTRA DEL DERECHO A LA VIDA

Como se ve, los razonamientos del servicio recurrido son considerados por la Corte como argumentos meramente económicos o administrativos, lo que va seguido de un argumento que, en principio, parece irrefutable: la supremacía jurídica que favorece a la regulación constitucional del derecho a la vida se impone por sobre la normativa legal o reglamentaria que gobierna el financiamiento o provisión de los mecanismos requeridos. En un considerando que ha pasado a transformarse en un considerando “molde” o “tipo”, el máximo tribunal señala que “es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece

69 Corte Suprema, Rol N.º 92151-2020, *Gajardo con Fondo Nacional de Salud*, de 27 de agosto de 2020, considerando 4º. En sentido similar, Corte Suprema, Rol N.º 25161-2018, *Arriagada con Hospital Base de Osorno*, de 4 de febrero de 2019, considerando 7º; Corte Suprema, Rol N.º 11195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerando 5º; Corte Suprema, Rol N.º 69806-2020, *Ochoa con Ministerio de Salud*, de 3 de agosto de 2020, considerando 8º.

70 Rol N.º 8523-2018, *Vera Stuardo con Ministerio de Salud y otros*, de 19 de julio de 2018, considerando 4º. En el mismo sentido, Rol N.º 17043-2018, *Díaz Hernández contra Servicio de Salud de Concepción y otros*, de 6 de noviembre de 2018, considerando 7º; y Rol N.º 2494-2018, *Briceño con Infante*, de 27 de febrero de 2018, que confirma en todas sus partes la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol ICA N.º 5846-2017, considerando 10º.

71 Así sucedió, por ejemplo, en el considerando 2º de la sentencia de la Corte Suprema Rol N.º 92151-2020, *Gajardo con Fondo Nacional de Salud*, de 27 de agosto de 2020, donde Fonasa explica que el tratamiento con el medicamento “Nusinersen” no logró entrar a la etapa de evaluación, ya que el tratamiento en cuestión supera con creces la disponibilidad del Fondo de la citada ley.

72 Así, por ejemplo, en el informe de Fonasa, transcrito en el visto único de la Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol ICA N.º 3459-2018, *Elvira Jazmín Fuentealba Castro por Ignacio León Alfaro Fuentealba con Hospital Las Figueras de Talcahuano y otro*, confirmada por la Corte Suprema en su sentencia Rol N.º 22.960-2018, de 28 de noviembre de 2018.

respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos⁷³.

Este criterio suele citarse con apoyo en alguna o varias de las siguientes sentencias, presentadas como “*leading cases*” de este razonamiento: N.º 43.250-2017, N.º 8523-2018, N.º 2494-2018, 17.043 de 2018, y N.º 27.591-2019⁷⁴. También destaca la alusión *estándar* al argumento de supremacía constitucional⁷⁵. Además, en algunos casos la alusión al derecho a la vida ha sido reforzada acudiendo a tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile⁷⁶, en particular cuando el caso dice relación con menores, en virtud del interés superior del niño y sus derechos⁷⁷.

Considerar que la negativa a otorgar un determinado medicamento o tratamiento médico vulnera los derechos a la vida o a la integridad física, implica una redefinición tácita de lo que tradicionalmente se ha entendido por estos derechos⁷⁸, según explicaremos más adelante.

7.3 LA CORTE SUPREMA DECLARA NO ESTAR INTERVINIENDO EN POLÍTICAS PÚBLICAS

En estas sentencias la Corte Suprema tiene el cuidado de advertir que, a pesar de que en

73 Corte Suprema, Rol N.º 17043, de 6 de noviembre de 2018, *Díaz Hernández con Servicio de Salud de Concepción y otros*, considerando 8º. Otros ejemplos de jurisprudencia pueden encontrarse en el documento de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019), pp. 23-24.

74 Así, por ejemplo, véanse sentencias de la Corte Suprema Roles N.º 25009-2018, de 2 de enero de 2019, considerando 8º; N.º 11.195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerando 10º; N.º 33.083-2020, *Ramírez con Fondo Nacional de Salud*, de 15 de mayo de 2020, considerando 8º; N.º 62.945-2020, Carrasco con Ministerio de Salud, de 10 de agosto de 2020, considerando 7º.

75 Corte Suprema, Rol N.º 11195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerando 10º; Corte Suprema, Rol N.º 33083-2020, *Ramírez con Fondo Nacional de Salud*, de 15 de mayo de 2020, considerando 8º; Rol N.º 69806-2020, *Ochoa con Ministerio de Salud*, de 3 de agosto de 2020, considerando 9º.

76 Véanse ejemplos jurisprudenciales que se refieren tanto al art. 4º de la Convención Interamericana o al art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el trabajo de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos: Análisis de jurisprudencia, Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema (2019), pp. 18-21.

77 Así, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema: Rol N.º 25161-2018, *Arriagada con Hospital Base de Osorno*, de 4 de febrero de 2019, considerandos 8º y 9º; Rol N.º 11195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerandos 8º y 9º; Rol N.º 33083-2020, *Ramírez con Fondo Nacional de Salud*, de 15 de mayo de 2020, considerandos 7º y 8º.

78 También se han detectado, aunque con una incidencia menor, declaraciones judiciales que redefinen el derecho a la protección de la salud, señalando que posee “una naturaleza integral” y que, consecuencialmente, tiene un correlato natural con el derecho a la vida, y a la integridad física y síquica de las personas, por los que la interpretación de las normas constitucionales que regulan esta acción de protección debe ser realizada teniendo en cuenta el interés de la persona afectada. De ello se desprende que, en atención a la naturaleza jurídica de los bienes involucrados, la interpretación relativa a las normas que se refieren a esas garantías constitucionales debe ser realizada dando preferencia al beneficio de sus titulares, especialmente cuando su salud se encuentra en riesgo (sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 13010-2018, de 13 de diciembre de 2018, considerando 10º, no apelada). Véanse más ejemplos en el trabajo Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019), pp. 38-39.

muchos casos las órdenes emanadas de sus sentencias implican un gasto de millones de dólares, su actuación no está interfiriendo en las políticas públicas de salud. Así, en *Arcos con Hospital Base de Osorno* el máximo tribunal señaló que la orden judicial de entregar un tratamiento o un medicamento de alto costo “responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”. En su opinión, la Corte se limita, “en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas”. Por eso la Corte “debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie” (considerando 13°)⁷⁹.

8. Observaciones a esta jurisprudencia

La doctrina emanada de estos fallos representa un giro radical respecto de la anterior al año 2017 y, al mismo tiempo, un acercamiento a lo señalado por otras jurisdicciones de nuestro continente. Por eso vale la pena analizarla de manera crítica, considerando no solo premisas clásicas del derecho constitucional —tales como la separación de poderes y el contenido y límites de un derecho fundamental—, sino que también la experiencia comparada sudamericana.

8.1 LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

Como puede advertirse en las sentencias que hemos revisado, el contenido del derecho a la

79 Rol N.º 7484-2019, *Arcos con Hospital Base de Osorno*, de 1 de julio de 2019, considerando 13°. En sentido similar, véanse las siguientes sentencias de la Corte Suprema: Rol N.º 25161-2018, *Arriagada con Hospital Base de Osorno*, de 4 de febrero de 2019, considerando 14°; Rol N.º 69806-2020, *Ochoa con Ministerio de Salud*, de 3 de agosto de 2020, considerandos 11° y 12°; Rol N.º 43250-2017, *Llantén Fernández contra Ministerio de Salud, Fonasa y otros servicios públicos*, de 20 de noviembre de 2017, considerando 6°; Rol N.º 11195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerando 13°; Rol N.º 33083-2020, *Ramírez con Fondo Nacional de Salud*, de 15 de mayo de 2020, considerando 13°; Rol N.º 17043-2018, *Díaz Hernández contra Servicio de Salud de Concepción y otros*, considerando 6°; Rol N.º 25230-2019, de 6 de noviembre de 2018. Véase también el trabajo de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos, Corte Suprema (2019), pp. 104-105.

vida ha cambiado, al menos desde la óptica de la Corte Suprema. Ha pasado de ser un derecho que protege a su titular de agresiones injustificadas de terceros —y que exige, por tanto, una conducta de abstención de los potenciales agresores—, a uno que protege contra determinadas contingencias de salud que, según estimen los tribunales, pongan en peligro esa vida. Por eso este derecho exige conductas prestacionales activas del Estado (o de particulares, si se invoca contra prestadores privados de salud). Pareciera incluso ser una especie de nuevo derecho, que por un lado cuenta con la exigibilidad directa de un derecho de primera generación, pero al mismo tiempo permite exigir prestaciones sociales de salud. La justiciabilidad de este nuevo contenido se sobrepone a la normativa legal y administrativa que regula la forma en que el Estado otorga los medicamentos o tratamientos médicos que puede financiar.

De esta manera, esa “redefinición” termina otorgando al concepto de vida un sentido “sustantivo” —aunque no por ello menos indefinido—⁸⁰, más cercano al entendimiento de la vida como “calidad de vida”⁸¹, lo que incluye la satisfacción de determinadas prestaciones materiales.

Sin embargo, se trata de un fenómeno que está lejos de ser original en el ámbito latinoamericano. En Brasil, la reinterpretación de los derechos a la vida y a la salud hace que el primero, en la práctica, comprenda el derecho a un determinado nivel de prestaciones sanitarias. De acuerdo a Dimoulis, en la jurisprudencia y en parte de la doctrina brasileñas se considera que, además de la protección de la existencia física, el derecho a la vida comprende una pretensión de *cierta calidad de vida*. Se apunta así a excluir acciones y omisiones del Estado que priven a la persona del acceso a medios de subsistencia (alimentación, vestuario, vivienda, atención médica, etc.)⁸². De esta manera, se crea judicialmente lo que Motta⁸³ calificó como el derecho a la

80 Hasta ahora el derecho a la vida carecía en Chile de una definición constitucional, legal o jurisprudencial. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado episódicamente sobre el concepto de vida, pero en relación a la duración de la misma, para efectos de su protección. Véanse al respecto las sentencias del Tribunal Constitucional Rol N.º 220-95, de 13 de agosto de 1995, que trató de las facultades del legislador de establecer reglas para declarar a una persona muerta, para efectos de trasplantes de órganos; y 3729(3751)-17, de 28 de agosto de 2017 sobre la ley de aborto en tres causales, que estableció desde cuándo un ser humano puede ser considerado “persona” para efectos de autorizar o no una acción abortiva.

81 A ello ayuda que, en muchas de las sentencias estudiadas, los tribunales superiores de justicia dan por vulnerados, de forma indiferenciada, “el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” de las personas. En la Corte Suprema, véanse las siguientes sentencias: Rol N.º 25161-2018, *Arriagada con Hospital Base de Osorno*, de 4 de febrero de 2019, considerando 13º; Rol N.º 11195-2020, *Fernández con Hospital Base de Osorno*, de 19 de mayo de 2020, considerando 11º; Rol N.º 25009-2018, *Alarcón con Ministerio de Salud*, considerando 11º; Rol N.º 69.806-2020, *Ochoa con Ministerio de Salud*, de 3 de agosto de 2020, considerando 10º. En otras sentencias se han efectuado menciones expresas de la necesidad del medicamento para mejorar “la calidad de vida” de los recurrentes, cuestión en la que usualmente el Tribunal cita como prueba el certificado del o los médicos tratantes. Véanse al respecto los roles de la Corte Suprema: Rol N.º 25161-2018, *Arriagada con Hospital Base de Osorno*, de 4 de febrero de 2019, considerando 15º; Rol N.º 17043-2018, *Díaz Hernández contra Servicio de Salud de Concepción y otros*, de 6 de noviembre de 2018, considerando 5º; Rol N.º 7494-2019, *Arcos con Hospital Base de Osorno*, de 1 de julio de 2019, considerando 4º.

82 Dimoulis (2012).

83 Motta (2011), pp. 1656-1658.

“máxima atención de salud”, esto es, la garantía de un nivel de satisfacción material a través de prestaciones sociales de cargo del Estado, difícilmente alcanzable aún en los países más ricos.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana también ha modificado el alcance de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, para establecer una relación entre ellos que permita hacer justiciables determinadas demandas de servicios médicos. En el fallo T-003/03, el Tribunal afirma que

[el] concepto de vida [...] no se trata de un concepto referido únicamente al derecho a la vida como protección contra el peligro de muerte. [...] [L]a vida del hombre merece ser una vida digna y debe contar con la garantía del respeto a la integridad física⁸⁴.

En Colombia, por su parte, la redefinición también alcanza al derecho a la salud, que, al igual que el derecho a la vida, se liga a la idea de dignidad. La Corte ha concedido tutelas y ordenado la prestación de tratamientos, aduciendo que los derechos sociales se convierten en derechos fundamentales cuando existe consenso sobre su naturaleza fundamental, están funcionalmente dirigidos a lograr la dignidad humana y son traducibles en un derecho subjetivo⁸⁵. Como en Brasil, el derecho a la salud se traduce en el derecho a una determinada “calidad en la atención de salud”⁸⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha acercado posiciones con lo que ya había expresado nuestro Tribunal Constitucional en una serie de fallos relacionados con la legislación de Isapres, las sentencias Roles N.º 976, N.º 1218, N.º 1273, N.º 1287 y N.º 1770. Los votos de mayoría de estas sentencias afirman que los derechos sociales son efectivamente derechos “y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (sentencias Roles N.º 976, considerando 26º; N.º 1218, considerando 20º, y N.º 1287, considerando 20º, respectivamente). Y agregan que el derecho a la protección de la salud “se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, *v. gr.*, el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida” (considerandos 32º de las sentencias Roles N.º 976, N.º 1218 y N.º 1287).

84 Corte Constitucional, Rol N.º T-003/03, de 16 de enero de 2003, apartado IV, Consideraciones de la Corte Constitucional, punto B.b. Véase también Santana (2012), pp. 49-50.

85 Cortés *et al.* (2007), pp. 127-129.

86 Corte Constitucional, Rol N.º C-313/14, de 29 de mayo de 2014, sumario. En otras sentencias, citando expresamente las Observaciones Generales del Comité DESC, la Corte ha señalado que 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” (Corte Constitucional colombiana T-705/11, de 22 de diciembre de 2011, apartado IV, Consideraciones y fundamentos, punto 3.2). Además, ha señalado que la protección del derecho incluye condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad (punto 3.3 del mismo pronunciamiento).

En las sentencias Roles N.º 1273 y N.º 1710, el TC señala que los derechos “no pueden ser considerados de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación con otras disposiciones y valores constitucionales” (considerandos 47º y 88º, respectivamente). Por eso los derechos sociales son derechos fundamentales (sentencia Rol N.º 1710, considerando 94º)⁸⁷.

Como se ve, esta nueva concepción del derecho a la vida tiene el potencial de permitir una ampliación progresiva del elenco de tratamientos o medicamentos que pueden exigirse por vía judicial, aprovechando la exigibilidad del art. 19 N.º 1 de la Constitución. Y es que, en definitiva, toda necesidad humana que pueda ser reconducida al requerimiento de una mejor “calidad de vida”, puede también ser alegada a través de este nuevo sentido del derecho a la vida, lo que además amplía la base de sujetos favorecidos por esta jurisprudencia⁸⁸. Sin embargo, en algunas sentencias recientes la Corte Suprema ha intentado poner algunas restricciones a la nueva concepción del derecho a la vida. Así, la Corte ha rechazado un recurso de protección interpuesto cuando no se ha probado que la falta del medicamento compromete el derecho a la vida del recurrente, sino que incide “solo” en la “calidad de vida”. En *Zumelzu Ruiz y otro con Hospital de Puerto Montt, Fonasa y Servicio de Salud de Reloncaví*, señaló que “sobre la base de los antecedentes referidos, es posible concluir que, en el presente caso, la prescripción médica del tratamiento referido respecto de los pacientes de autos tiene por fin mejorar su calidad de vida y el avance de la enfermedad, pero en caso alguno, está destinado a proteger la vida de éstos, toda vez que la misma, por ahora, no se encuentra en peligro, desvirtuando en consecuencia la vulneración del derecho a la vida de los menores” (considerando 5º)⁸⁹. En otra sentencia también se aplicó un criterio restrictivo, aludiendo a la falta de eficacia del medicamento⁹⁰.

Sin embargo, aunque aparentemente deferente, esta jurisprudencia en verdad no lo es. Por el contrario, su base sigue siendo activista, pues los tribunales se siguen arrogando la posibilidad de definir cuándo un determinado medicamento es efectivo, y cuándo una persona está

87 Para un resumen de esa jurisprudencia, véase Martínez (2010), pp. 148 y ss.

88 Así, por ejemplo, las primeras sentencias de esta cuerda jurisprudencial se referían a casos extremos de menores con enfermedades degenerativas. Hoy la misma jurisprudencia se ha extendido a adultos enfermos de cáncer.

89 Corte Suprema, Rol N.º 41248-2019, de 30 de abril de 2020. Véase también la sentencia de la Corte Suprema, Rol N.º 29215-2019, *Paz Calabrano con Fonasa*, de 3 de diciembre de 2019, prevención de la Ministra Ángela Vivanco; y véase también el documento del Observatorio Judicial, *Corte Suprema vs. Ricarte Soto 2.0* (2020), pp. 6-7.

90 Corte Suprema, Rol N.º 25147-2019, de 3 de diciembre de 2019, *Mena Rojas con Isapre Banmédica y Ministerio de Salud*. En este fallo se consigna que “informando, la recurrida Ministerio de Salud, en lo pertinente, señala que la Ley N.º 20.850 no garantiza el tratamiento para la patología que aqueja al menor de autos, refiere que, al no contar con un efecto clínico relevante en el proceso de evaluación científica, no se continuó con la evaluación en otras etapas para el medicamento referido, lo que da cuenta que la decisión adoptada de no dar financiamiento desde los instrumentos de cobertura en salud se encuentra plenamente justificada y es aplicada por igual respecto de la totalidad de los pacientes del sistema sin distinción”.

en peligro de muerte por razones de salud.

8.2 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL JUEZ

Resulta llamativo que la Corte Suprema reduzca los argumentos de los servicios públicos recurridos —cualquiera sea su complejidad⁹¹— a una simple denegación injustificada, basada en meros argumentos presupuestarios. Nuevamente nos encontramos ante un fenómeno también detectado en otras jurisdicciones del continente⁹². Parafraseando a Motta —quien se refiere a idéntica actitud del STF brasileño—, nuestra Corte Suprema tiende a ver esta litigación como un conflicto entre dos intereses separados y opuestos: por un lado, el derecho individual a la vida o la salud; por el otro, un interés financiero del Estado⁹³. Y como se comprenderá, así planteado el conflicto, parece evidente que el “interés financiero” del Estado es un argumento que no puede prosperar. No obstante, esta aproximación olvida que las políticas sociales están lejos de reducirse a una cuestión puramente presupuestaria. Involucran también complejas cuestiones sanitarias, técnicas⁹⁴ y hasta ideológicas, que están lejos de poder ser aquilatadas por un juez⁹⁵. Como lo demuestra el diseño de la propia “Ley Ricarte Soto”, las determinaciones de las autoridades en estas cuestiones están lejos de basarse en un mero decisionismo. Ellas responden más bien a la necesidad de mantener un complejo e inestable equilibrio entre diferentes intereses y derechos en tensión⁹⁶. Por otro lado, las políticas sociales apuntan a soluciones estructurales, que se refieren no a casos concretos, sino a problemas que afectan a toda la comunidad⁹⁷.

Es por eso que algunos han sostenido que la declaración de la Corte Suprema respecto de que no está afectando las políticas públicas de salud “...es una evidente falacia performativa, es decir, negar lo que realmente se está haciendo. El ejemplo más evidente que muestra la intromisión en políticas públicas es la sistemática concesión del remedio *Spinraza*, toda vez que dicho medicamento fue sometido a evaluación para ser financiado por la Ley Ricarte Soto y

91 La falta de argumentación de las sentencias estudiadas ha sido notada por algunos críticos de esta jurisprudencia. Véase Observatorio Judicial, *Corte Suprema vs. Ricarte Soto* (2019).

92 En Brasil, en el mismo sentido de advertir cómo esta jurisprudencia convierte en “irrelevantes” o “formalistas” a los argumentos técnicos y financieros presentados por la defensa del Estado en estas materias, véase Hoffman y Bentes (2008), p. 120.

93 Motta (2011), pp. 1656-1658.

94 En numerosas de estas sentencias se desoyen los argumentos técnicos sanitarios de los servicios recurridos, dando un valor de prueba absoluta a las prescripciones de los médicos tratantes de los recurrentes.

95 Al respecto, véase Poyanco (2017).

96 Observatorio Judicial, *Corte Suprema vs. Ricarte Soto* (2019).

97 Como sugiere Sojo (2017), p. 183, nota al pie, las soluciones estructurales parecen ser mejores que las soluciones individuales derivadas de la judicialización promovida por los abogados.

fue rechazado por las respectivas comisiones científicas”⁹⁸.

Pero además, incluso aunque solo se tratase de considerar el aspecto presupuestario, el enorme dispendio de estas sentencias puede causar un desbarajuste de todas las políticas sociales que dependen de los mismos y limitados recursos públicos⁹⁹. A este respecto podría argumentarse que estas sentencias están cumpliendo el papel de resolver problemas sociales que, de otro modo, serían ignorados por las autoridades públicas encargadas de estas materias¹⁰⁰. Pero ese argumento es engañoso pues, en primer lugar, la evaluación acerca de si existe o no un problema social, ante la llegada masiva de demandas y recursos alegando la misma pretensión, es ya, en sí misma, una disquisición de orden metajurídico. Esto es importante, porque la calificación que los jueces otorgan a los argumentos de los servicios públicos —meros “miramientos”— pareciera asumir que la denegación de un medicamento revela una posible negligencia en la atención de una determinada necesidad social.

En segundo lugar, el único dato objetivo con que cuenta el Tribunal para asumir la existencia de una “carencia social” es la propia presentación del recurso de protección. Pero esto no dice relación tanto con la gravedad del problema de salud del recurrente, como con su posibilidad de recurrir a la justicia, cuestión enteramente distinta y que favorece a quienes tienen el capital económico o cultural para litigar¹⁰¹.

En tercer término, tampoco parece considerarse que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema está generando parte del problema. Sentencias de esta clase terminan provocando un efecto “llamada”, que incentiva a las personas a obtener medicamentos de alto costo por la vía judicial, en vez de la administrativa¹⁰².

98 Observatorio Judicial, *Corte Suprema vs. Ricarte Soto 2.0* (2020), pp. 10-11.

99 Como señala el documento *Corte Suprema vs. Ricarte Soto* (2019) del Observatorio Judicial: “que en un solo año se hayan dictado 41 sentencia equivalentes a casi veinte millones de dólares reabre con fuerza el dilema de justicia distributiva, que la Corte Suprema ha evadido estos años. En efecto, que la vida está sobre las consideraciones económicas es una forma errada de plantear el problema [...]. La actual pandemia ha dejado en evidencia el drama entre lo limitado de los recursos y la protección de la vida [...]. Bajo las actuales condiciones la Corte Suprema no puede obviar la pregunta ¿es justo destinar tal monto en sólo una persona, cuando decenas de personas fallecen día a día producto del covid-19?”. Observatorio Judicial (2020), p. 11. En el 2020 la misma entidad volvía a observar que “durante el año 2019 los tribunales de justicia ordenaron financiar al Estado un total de 41 tratamientos de alto costo por una suma de US\$ 19.830.2166. El aumento es prácticamente exponencial en comparación con los años 2017 y 2018. [En este último] las sentencias por medicamentos de alto costo representaron una suma de US\$ 3.500.000, por tanto, el 2019 dicho valor aumentó 5.7 veces. [...] [D]e las 41 sentencias firmes que ordenaron costear tratamientos de alto costo, 24 fueron por *Spinraza*, representando un monto total de \$12.000.000.000 de pesos chilenos. Luego siguen 3 casos de *Vimizin* —\$800.280.000 pesos— y 2 casos de *Soliris* —\$702.000.000 pesos”. Observatorio Judicial (2020), p. 8.

100 Ver Schuck (2004), pp. 17-18.

101 Ely Yamin y Gloppen (2013), pp. 141-144, quienes consideran a la posibilidad de acceder a la justicia como una circunstancia “moralmente irrelevante” frente al verdadero problema, que es adolecer o no de una enfermedad.

102 El Observatorio Judicial advirtió un crecimiento espectacular de las demandas por medicamentos caros a partir de esta jurisprudencia: 6 casos en 2017, 13 en 2018 y 87 en 2019. Observatorio Judicial (2020), p. 8.

Por último, el argumento de un déficit en la atención de determinadas necesidades sociales parece debilitarse ante la batería de leyes y programas que se han creado en nuestro país para enfrentar los problemas de salud de la población (entre otras, el sistema AUGE¹⁰³ y la propia “Ley Ricarte Soto”, esta última pionera en América Latina).

8.3 LA DESIGUALDAD ANTE LA LEY Y LA INEQUIDAD EN LAS POLÍTICAS SOCIALES

Uno de los principales problemas de esta jurisprudencia es la “casuística”, es decir, “que al momento de fallar los jueces no consideran los impactos adversos que sus sentencias, en globalidad, provocan en el sistema público de salud, lo cual lesiona el derecho a la vida y la salud de terceros. Por tanto, cuando los jueces no acatan dichas soluciones en pos de ‘hacer justicia’, terminan cometiendo mayores inequidades”¹⁰⁴. Este fenómeno también se presenta en otras jurisdicciones latinoamericanas¹⁰⁵. Una de las manifestaciones más claras de esto es el dinero que se gasta por paciente en virtud de estas sentencias, versus el que se gasta por paciente en virtud de las políticas generales de salud¹⁰⁶.

En la práctica, las sentencias que hemos examinado han creado un derecho individualísimo a obtener las mejores prestaciones de salud, con cargo a fondos públicos, en exclusivo favor de quienes litigan, y cuyo éxito en estrados puede significar un perjuicio para todos los demás usuarios del sistema público de salud que no litigan. Por eso cobran valor las palabras de los votos disidentes de algunos de estos fallos, que recuerdan el carácter colectivo del bien derivado de la salud pública, y la necesidad de que los recursos destinados a la atención de salud vayan en beneficio no solo de personas concretas, sino que de la comunidad toda, en condiciones de igualdad; esto es, sin crear “instancias de privilegio”. Así se sostiene, por ejemplo, en los considerandos 9º y 10º del voto disidente de *Maturana Peñaloza con Fonasa*, con

103 El Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas (o Plan AUGE) es un conjunto de beneficios garantizados por la Ley N.º 19.966 para las personas afiliadas a Fonasa y a las Isapres. Su objetivo es uniformar las prestaciones que se otorgan en los sistemas público y privado que funcionan en Chile.

104 Observatorio Judicial, *Corte Suprema vs. Ricarte Soto* (2019).

105 Véanse al respecto los trabajos de Sojo (2017) y Yamin y Gloppen señalados en la bibliografía, que aluden a los diversos problemas que causa esta jurisprudencia en Latinoamérica. Así, por ejemplo, al desinterés de los jueces por el efecto financiero de sus fallos; el “salto de fila” en favor de quienes litigan, lo que permite pasar a la delantera en la demanda de sus necesidades sociales, en perjuicio de aquellos (generalmente la mayoría más desposeída) que, aun cuando se encuentren en situaciones de igual gravedad y desamparo social, optan por seguir los trámites administrativos normales; el descalabro que significa afectar la priorización de recursos y tratamientos médicos que están detrás de la normativa sanitaria respectiva, etc.

106 Durante el año 2019 el Fondo desembolsó un total de \$71.852.000.000 de pesos para costear los tratamientos y diagnósticos de alto costo de 8.127 beneficiarios, lo cual da un monto promedio por beneficiario de \$8.841.146 de pesos. Si realizamos el mismo cálculo con los beneficiarios de las sentencias de la Corte Suprema, obtenemos que \$13.920.811.553 de pesos son para costear los medicamentos de 41 personas, lo cual da un monto promedio por beneficiario judicial de \$339.531.989 de pesos. En consecuencia, vía sentencia judicial se destinó un valor 38 veces mayor por recurrente, que un beneficiario promedio de la “Ley Ricarte Soto”. Observatorio Judicial (2020), p. 9.

base en el inciso tercero del artículo 1 de la Constitución, que establece el deber del Estado de “promover el bien común”; el encargo de los servicios públicos de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua (inciso primero artículo 28 de la Ley N.º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado); y el deber del Estado de proteger “[...] el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (inciso segundo del número 9 del artículo 19 de la Constitución)¹⁰⁷.

En resumen, como los recursos son escasos y las necesidades de salud pública múltiples y apremiantes, el Estado debe procurar atender a la mayor cantidad posible de personas, y en los casos de patologías mortales, otorgar a todos los afectados, al menos, tratamientos y medicamentos en condiciones de igualdad, lo que no parece ocurrir con esta jurisprudencia.

9. Conclusiones

La jurisprudencia de protección de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo y tratamientos médicos ha transitado desde una etapa relativamente deferente, en que reconocía su falta de competencia para cuestionar las decisiones de políticas públicas, a una etapa más bien activista, en la que ese alto Tribunal entiende que toda negativa de un servicio público de salud a entregar medicamentos o tratamientos responde solo a razones de falta de financiamiento, y es *per se* arbitraria. Destaca en ella una comprensión del derecho a la vida, que, a diferencia de su sentido tradicional (abstención de atentar contra la vida), lo convierte en una nueva facultad, que cuenta con la protección constitucional de un derecho clásico, aun cuando se trata de un derecho consistente en una prestación. En esa concepción, este derecho habilita a obtener cualquier tratamiento o medicamento del Estado a través de acciones judiciales, incluidos aquellos que, por su precio o falta de efectividad, no han podido ser cubiertos por la normativa especial de financiamiento de medicamentos de alto costo, y aunque se trate de bienes o servicios que estén fuera de los programas oficiales respectivos. Lo anterior implica también una mutación del concepto de “vida”, que se aproxima más bien al de “calidad de vida”.

En esta tendencia jurisprudencial se minusvaloran los argumentos técnicos y presupuestarios de los servicios públicos recurridos, por complejos que sean, los que son entendidos como meras consideraciones económicas. Asimismo, la Corte se ha esforzado por aclarar que sus decisiones no ponen en entredicho la separación de poderes ni las competencias de los poderes públicos, y por ende no afectan las políticas de salud. Estos giros jurisprudenciales acercan

107 Corte Suprema, Rol N.º 33329-2019, *Maturana Peñaloza con Fonasa*, de 8 de enero de 2020, considerandos 9º y 10º.

la situación chilena a la de Brasil y Colombia, y hacen prever que los problemas manifestados en esas naciones también podrían comenzar a producirse en Chile¹⁰⁸.

Bibliografía citada

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta).

Alonso García, Enrique (1982): “Los ‘welfare rigths’ y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: La lucha entre dos principios constitucionales de política socio-económica (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Vol. 2, N.º 4), pp. 155-168.

Arango, Rodolfo (2005): *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá, Legis).

Bernal Pulido, Carlos (2004): “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, en *Discusiones* (Vol. 4, N.º 4), pp. 99-144.

Bertelsen Simonetti, Soledad (2008): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales* (Santiago, Universidad de los Andes, Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho).

Carbonell, Miguel (2008): “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 6, N.º 2), pp. 43-71.

Cascajo Castro, José Luis (1988): *La tutela constitucional de los derechos sociales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Cascajo Castro, José Luis (2012): “Derechos Sociales”, en Cascajo Castro, J. L.; Terol Becerra, M. J.; Domínguez Vila, A. M.; y Navarro Marchante, V. J. (Eds.), *Homenajes & congresos. Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España, los días 27 y 28 de enero de*

108 Entre otros, afectación de la capacidad presupuestaria de los servicios públicos para atender sus compromisos sociales; el efecto “llamada” de estas sentencias, que incentiva a los particulares a litigar en masa contra el Estado para obtener medicamentos de alto costo; la inequidad en el acceso al financiamiento público, que opera a favor de quienes demandan, pero en perjuicio de quienes acuden a los servicios de salud siguiendo los cauces administrativos normales; la ampliación progresiva de los beneficiarios de esta jurisprudencia, etc.

2011 (Tenerife, Tirant lo Blanch) pp. 17-44.

Castro L., Rubén, Jones J., Ingrid y Benavides S., Paula (2013): *Sistema público de salud, situación actual y proyecciones fiscales 2013-2050* (Diciembre 2013). Dirección de Presupuestos Ministerio de Hacienda. [Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/598/articulos-117505_doc_pdf.pdf]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].

Consejo de Defensa del Estado (2017): *Informe del Consejo de Defensa del Estado en Recurso de Protección 5137-2017 ante la Corte de Apelaciones de San Miguel*. Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile. [Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleApelaciones>]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].

Cortés Nieto, J. D. P., Arias Amaya, C. A., Fanger Sáenz, N. A., González Valencia, A. M., La Kurmen De Cruz, A., Luna De Aliaga, B. E., Manrique Niño, J. I., Prieto Ríos, E. A. y Pulido Caballero, D. C. (2007): “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Estudios Socio-Jurídicos* (Vol. 9, N.º Extra 1), pp. 109-141.

Covarrubias Cuevas, Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo (2020): “La privación parcial al derecho de propiedad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a medidas de recorte o suspensión de remuneraciones y beneficios sociales”, en *Revista Ius Et Praxis* (Vol. 26, N.º 3), pp. 131-156.

Cruz Villalón, Pedro (1991): “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* (Año 3, N.º 1), pp. 7-28.

Cruz Villalón, Pedro (1993): “Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía”, en Cámara y Cano (Eds.), *Estudios Sobre el Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía* (Madrid, Parlamento de Andalucía-Tecnos) pp. 103 y ss.

Otto y Pardo, I. d. (1989): *Derecho constitucional* (Barcelona, Ariel Derecho).

Dimoulis, Dimitri (Ed.) (2012): *Dicionário brasileiro de direito constitucional*, segunda edición (Brasil, Saraiva).

Etchichury, Horacio (2018): “Universalidad y derechos sociales: para una revisión constitucional de las políticas sociales en Argentina”, en *Estudios Socio-Jurídicos* (Vol. 21, N.º 1),

pp. 327-354.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2009): “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.º 2), pp. 313-342.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2019): “El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile”, en Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L. (Eds.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH* (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro) pp. 449-484.

Forsthoﬀ, Ernst (1986): “Concepto y Esencia del Estado social de Derecho”, en Abendroth, W., Forsthoﬀ, E. y Doebling, K. (Eds.), *Colección Estudios Sociales. El Estado social* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 69-107.

Gaier, R. (2011): “Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”, en *Cadernos do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), *As Tendências do Direito e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo: II Seminário Internacional Brasil – Alemanha Thompson Flores* (N.º 27), pp. 13-30. [Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/ii-seminario-internacional-brasil-alemanha-thompson-flores/@@download/arquivo>]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].

Galán Melo, Gabriel (2016): “Justiciabilidad de los derechos sociales: breve introducción a un sistema integrado de protección ‘multinivel’”, en *Ius Humani* (Vol. 5), pp. 149-160.

García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014): *Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional* (N.º 55).

Glendon, Mary Ann (1992): “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, en *The University of Chicago Law Review* (Vol. 59, N.º 1), pp. 519-538.

Henríquez Viñas, Miriam (2014): “Derecho a la protección de la salud y acción de protección”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época* (Año 3, N.º 1), pp. 183-197.

Hesse, Konrad (1992): *Escritos de Derecho Constitucional*, segunda edición (Madrid, Centro de

Estudios Constitucionales).

Hoffmann, Florian y Bentes, Fernando (2008): “Accountability for social and economic rights in Brazil”, en Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (Eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (New York, Cambridge University Press) pp. 100-145.

Jordán Díaz, Tomás Pablo (2020): “Del Estado subsidiario a un modelo ‘en perspectiva social’”, en Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Pablo (Eds.), *7 propuestas para la nueva Constitución de Chile* (Santiago, Editorial Usach) pp. 19-49.

Jordán Díaz, Tomás Pablo (2008): *La protección de los Derechos Sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)* (Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado).

Kingreen, Thorsten (2014): “Rule of Law versus Welfare State”, en Pünder, H. y Waldhoff, C. (Eds.), *Debates in German Public Law* (Londres, Bloomsbury Publishing).

Kriele, Martin (1980): *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático* (Buenos Aires, Depalma).

Leibholz, G. (1966): “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *Revista de Estudios Políticos* (N.º 146), pp. 89-100.

Loewenstein, K. (1986): *Teoría de la constitución* (Traducc. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel).

Marrades, Ana (2016): “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, en *Revista de Derecho Político* (N.º 97), pp. 209-242.

Martínez Estay, José Ignacio (1997): *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales* (Barcelona, CEDECS).

Martínez Estay, José Ignacio (2010): “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N.º 2), pp. 125-166.

Mayorga Lorca, Roberto (1990): *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Cul-*

turales (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).

Motta Ferraz, Luiz (2011): “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, en *Texas Law Review* (Vol. 89, N.º 7), pp. 1643-1668.

Nogueira Alcalá, Humberto (2009): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Los derechos sociales fundamentales* (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Librotecnia).

Nogueira Alcalá, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N.º 2), pp. 143-205.

Núñez Poblete, Manuel (1997): “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, en García-Huidobro Correa, J., Martínez Estay, J. I. y Núñez Poblete, M. (Eds.), *Colección Cursos: Vol. 9. Lecciones de derechos humanos* (Valparaíso, EDEVAL) pp. 45-94.

Observatorio Judicial (2019): “Corte Suprema versus Ricarte Soto: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo (núm. 15)”. [Disponible en: <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>].

Paiva Ziti Afonso, Lidia (2009): “A efetividade dos direitos fundamentais sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Brasil)”, en *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas* (Vol. 25, N.º 28), pp. 207-226.

Palmer, Ellie (2007): *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act* (Londres, Hart Publishing).

Peces-Barba, Gregorio (1980): *Los Derechos Fundamentales* (Madrid, Latina).

Pereira Menaut, Antonio Carlos y Tirapu Martínez, Daniel (1991): “Observaciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de Derecho”, en *Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: El principio de la igualdad en la Constitución Española* (Vol. 1, N.º 11), pp. 959-974.

Pereira Menaut, Antonio Carlos y Sánchez González, Santiago (1992): “Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de Derecho Político* (N.º 36), pp. 257-276.

- Pereira Menaut, Antonio Carlos (1997): *Lecciones de Teoría Constitucional*, tercera edición (Madrid, Colex).
- Pereira Menaut, Antonio Carlos (2006): *Teoría Constitucional*, segunda edición (Santiago, LexisNexis).
- Pereira Menaut, Antonio Carlos (2010): *Política y Derecho* (Santiago, Abeledo Perrot).
- Pisarello, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción* (Madrid, Trotta).
- Pons Carmena, María (2015): *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales* (Madrid, Reus).
- Poyanco Bugueño, Rodrigo (2017): “Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año 23), pp. 327-347.
- Ramos Tavares, André (2006): *Curso de Direito Constitucional*, cuarta edición (San Pablo, Editora Saraiva).
- Reis Novais, Jorge (2006): *Direito fundamentais: Trunfos contra a maioria* (Lisboa, Coimbra Editora).
- Requena López, Tomás (2009): “Sobre el ‘Derecho a la Vida’”, en *Revista De Derecho Constitucional Europeo* (N.º 12), pp. 283-342.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2015): “Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de la Asociación argentina de Derecho administrativo* (N.º 15), pp. 7-41.
- Rosenkrantz, C. (2002): “La pobreza, la ley y la constitución”, en *Yale Law School (SELA Papers)*. [Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].
- Santana Londoño, María Victoria (2012): “Avance Jurisprudencial del derecho a la vivienda digna en Colombia”, en *Revista Ratio Juris* (Vol. 7, N.º 15), pp. 37-60.

- Schmitt, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (Traducc. Francisco Ayala, Madrid, Alianza).
- Schwabe, Jürgen (Ed.) (2009): *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Traducc. Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer).
- Schuck, Peter (2004): “El poder judicial en una democracia”, en *Yale Law School (SELA Papers)* (N.º 31). [Disponible en: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31/]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2021].
- Serna, Pedro (1994): “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, en *Humana Iura* (N.º 4), pp. 197-234.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires, La Ley).
- Sojo, Ana (2011): “Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas”, en *Ciênc. saúde coletiva* (Vol. 16, N.º 6), pp. 2673-2685.
- Sojo, Ana (2017): *Protección Social en América Latina. La Desigualdad en el Banquillo* (Santiago, CEPAL).
- Tenorio Sánchez, Pedro (2014): “El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana”, en *Estudios De Deusto* (Vol. 59, N.º 2), pp. 127-167.
- Ugarte Godoy, José Joaquín (2006): “El Derecho a La Vida y La Constitución”, en *Revista Chilena De Derecho* (Vol. 33, N.º 3), pp. 95-130.
- Unger, Jean-Pierre, De Paepe, Pierre, Solimano, Giorgio y Arteaga, Oscar (2008): “Chile’s Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique”, en *PLoS Medicine* (Vol. 5, N.º 4), pp. 542-547.
- Vieira de Andrade, José Carlos (2004): *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, tercera edición (Lisboa, Livraria Almedina).

Vivanco Martínez, Ángela (2010): “Justicia Constitucional, Libre Elección en Materia de Salud y Normativa sobre Isapres: un Comentario a la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena De Derecho* (Vol. 37, N.º 1), pp. 141-162.

Waldron, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos* (Traducc. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons).

Wunder Hachem, Daniel (2014): “Mínimo Existencial y Derechos Económicos y Sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, en *Revista Eurolatinoamericana De Derecho Administrativo* (Vol. 1, N.º 1), pp. 93-138.

Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (Eds.) (2013): *Derecho y política. La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (México DF, Siglo Veintiuno Editores).

Normas jurídicas citadas

Chile, Ley N.º 20850, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos. Diario Oficial, 06 de junio de 2015.

Jurisprudencia citada

ALEMANIA

Tribunal Constitucional Federal Alemán: sentencia BVerfGE 33, 303 (1972).

ESPAÑA

Tribunal Constitucional Español: sentencia N.º 15/1982.

Tribunal Constitucional Español: sentencia N.º 189/1987.

PORTUGAL

Tribunal Constitucional Portugués: sentencia N.º 39/1984.

Tribunal Constitucional Portugués: sentencia N.º 3/2010.

ITALIA

Tribunal Constitucional Italiano: sentencia N.º 36/2000.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derecho Humanos: sentencia *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979.

BRASIL

Supremo Tribunal Federal: Sentencia STA 91/AL (ALAGOAS), Rel. Min. Ellen GRACIE, de 26 de febrero de 2007.

COLOMBIA

Corte Constitucional: Rol N.º T-003/03, 16 de enero de 2003.

Corte Constitucional: Rol N.º C-313/14, 29 de mayo de 2014.

Corte Constitucional: Rol N.º T-705/11, 22 de diciembre de 2011.

PERÚ

Tribunal Constitucional Peruano: Rol N.º 0011-2002-AI/TC, 10 de junio de 2002.

CHILE

Tribunal Constitucional: Rol N.º 976 (2008), de 26 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional: Rol N.º 1218 (2009), de 7 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional: Rol N.º 1287 (2009), de 8 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional: Rol N.º 1273 (2010), de 20 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional: Rol N.º 1710 (2010), de 6 de agosto de 2010.

Corte Suprema

Corte Suprema: *Sepúlveda Parías con Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau* (recurso de protección), Rol N.º 11635-1987, de 28 de diciembre de 1987, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, N.º 3 (septiembre-diciembre), sección 5, pp. 277-284.

Corte Suprema: *Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente* (recurso de protección), de 29 de enero de 1988, en *Gaceta Jurídica* 91, pp. 11-14.

Corte Suprema: *Colegio Médico de Chile AG (Consejo Regional Valparaíso) con Secretario Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y Director del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* (recurso de protección), de 5 de marzo de 2001.

Corte Suprema: *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de*

Salud (recurso de protección), Rol N.º 3599/2001, de 9 de octubre de 2001.

Corte Suprema: *Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte* (recurso de protección), de 26 de marzo de 2002, en *Gaceta Jurídica* 261, pp. 29 y ss.

Corte Suprema: *Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (recurso de protección), de 16 de diciembre de 2009.

Corte Suprema: *Barriga Aguilera y otros contra Ministerio de Salud* (recurso de protección), Rol N.º 6894-2009, de fecha 2 de noviembre de 2009. Corte Suprema: Rol N.º 31897-2014, de 22 de diciembre de 2014.

Corte Suprema: Rol N.º 43250-2017, de 20 de noviembre de 2017.

Corte Suprema: Rol N.º 2494-2018, de 27 de febrero de 2018.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 8523-2018, de 19 de julio de 2018.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 17043-2018, de 06 de noviembre de 2018.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 22960-2018, de 28 de noviembre de 2018.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 25009-2018, de 2 de enero de 2018.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 25161-2018, de 4 de febrero de 2019.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 7484-2019, de 1 de julio de 2019.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 25230-2019, de 10 de octubre de 2019.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 29215-2019, de 3 de diciembre de 2019.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 33329-2019, de 8 de enero de 2020.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 33083-2020, de 15 de mayo de 2020.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 11195-2020, de 19 de mayo de 2020.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 69806-2020, de 3 de agosto de 2020.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 62945-2020, de 10 de agosto de 2020.

Corte Suprema: (recurso de protección), Rol N.º 92151-2020, de 27 de agosto de 2020.