

**EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE Y COLOMBIA.
LA NARRATIVA JUDICIAL RESPECTO A LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO A LA SALUD, EN LOS ORDENAMIENTOS
CONSTITUCIONALES DE AMBOS PAÍSES***

THE RIGHT TO HEALTH IN CHILE AND COLOMBIA.
THE JUDICIAL NARRATIVE REGARDING THE JUSTICIABILITY
OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE CONSTITUTIONAL
SYSTEMS OF BOTH COUNTRIES.

LE DROIT À LA SANTÉ AU CHILI ET EN COLOMBIE.
LE RÉCIT JUDICIAIRE CONCERNANT LA JUSTICIABILITÉ
DU DROIT À LA SANTÉ DANS LES SYSTÈMES
CONSTITUTIONNELS DES DEUX PAYS.

Rodrigo Andrés POYANCO BUGUEÑO**
Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS***

RESUMEN: El presente artículo de identifica y compara la narrativa jurisprudencial sostenida por la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Chile en relación con la justiciabilidad directa del derecho

* Recibido el 18 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

Trabajo derivado de los resultados de los autores, respectivamente, en relación con el proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio PAI77190095, denominado “Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile”; y de la investigación posdoctoral adelantada en la Universidad de los Andes, Chile, bajo la dirección del profesor José Ignacio Martínez Estay, y del proyecto “Constitución en tiempos de convencionalidad” adscrito a la Universidad La Gran Colombia Armenia.

** Doctor en derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España) y profesor de derecho constitucional y político de la Universidad Finis Terrae (Chile). Correo electrónico: rpoyanco@uft.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>.

*** Investigador posdoctoral, como becario, de la Universidad de los Andes, Chile, y profesor-investigador de la Universidad La Gran Colombia Armenia (Colombia). Correo electrónico: edherfucom@gmail.com, edgar.fuentes@miuandes.cl. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-1066-0999>.



a la salud. A partir de una metodología exploratoria, correlaciona las decisiones analizadas y encuentra puntos comunes, pese al disímil diseño constitucional de ambos países, lo cual permite sostener una hipótesis crítica en relación con los riesgos que dicho modelo decisional puede generar para la garantía de los derechos en su conjunto y la dictación de políticas sociales integrales. Así, durante tres acápite principales, se expone un marco conceptual sobre las relaciones entre los derechos a la vida y la salud; la regulación constitucional de estos derechos en cada uno de dichos ordenamientos y las modificaciones que ha sufrido su entendimiento en la narrativa jurisprudencial de los tribunales mencionados, y, por último, las reflexiones finales correspondientes.

Palabras claves: bien común, derecho a la vida, derecho a la salud, derechos sociales, políticas públicas.

ABSTRACT: This research article identifies and compares the jurisprudential narrative elaborated by the Colombian Constitutional Court and the Supreme Court of Chile in relation with the justiciability of the right to health through direct adjudication by Courts. Based on an exploratory methodology, that correlates some decisions and find common analysis points, although dissimilar constitutional design in both countries, it is possible to state some critical hypothesis. These hypotheses are related with the risks that such decisional model may generate for guarantying the concept of rights. These risks also arise in relation to the enactment of comprehensive social policies. Thus, during three main sections, the research describes a conceptual framework on the relationship between the rights to life and health; an analysis of the constitutional regulation of these rights in each system and the modifications that Court's narrative is producing over the right and social policies concepts. Finally, corresponding final reflections states our critics on the matter.

Key words: common good, right to life, right to health, social rights, public policies.

Résumé: L'objet de la présente étude est d'identifier et de comparer l'analyse jurisprudentielle soutenu par la Cour constitutionnelle de Colombie et la Cour suprême du Chili en ce qui concerne la justiciabilité directe du droit à la santé. Sur la base d'une méthodologie exploratoire, on fait la corrélation des décisions analysées et on trouve des points communs, malgré la conception constitutionnelle dissemblable de ces deux pays, ce qui permet de soutenir une hypothèse critique par rap-

port aux risques que ce modèle décisionnel peut générer vis-à-vis de la garantie des droits dans leur ensemble et l'élaboration des politiques sociales intégrales. Ainsi, au cours de trois sections principales, on propose un cadre conceptuel de la relation entre les droits à la vie et à la santé ; la réglementation constitutionnelle de ces droits dans chacun de ces systèmes et les modifications que leur compréhension a subies dans la jurisprudence des tribunaux mentionnés ; et enfin, les réflexions finales correspondantes.

Mots clés : Bien commun, droit à la vie, droit à la santé, droits sociaux, politiques publiques.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Relaciones entre el derecho a la vida y la protección a la salud*. III. *Abordaje jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia y Chile*. IV. *Acercamiento crítico a los efectos de la narrativa jurisprudencial del derecho a la salud*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que difieren en el modelo de constitucionalismo que instauran, tanto la Constitución colombiana de 1991 —en adelante CP—, de forma expresa, como la Constitución chilena de 1980 —en adelante CPR—, tácitamente, coinciden en considerar al derecho a la salud, desde una perspectiva general, como un derecho social que carece de justiciabilidad directa, y cuyo desarrollo normativo ha sido entregado especialmente a las autoridades político-representativas. Sin embargo, ello no ha impedido la creciente judicialización, a través de acciones constitucionales, del derecho a obtener medicamentos y servicios propios del acto médico de parte del Estado o de empresas de salud, desde los primeros años de vigencia de la CP y, desde 2017, respecto del Estado en Chile.¹

Bajo dicho panorama, y en uso de una metodología exploratoria, este trabajo busca establecer las coordenadas principales de este fenómeno y

¹ Vivanco Martínez, Ángela, “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 37, núm. 1, enero-abril de 2010, pp. 141-162; Martínez Estay, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre de 2010, pp. 125-166.

efectúa un estudio comparado entre la judicialización de la salud que se produce en Colombia versus la que se produce en Chile, dentro de los marcos constitucionales vigentes a 2021; concluye que ambos contextos cuentan con coincidencias que dan a entender una forma común de interpretar el constitucionalismo social, que se sobrepone al diseño constitucional de ambos países.²

Para ello, mediante el método censitario,³ se han recolectado las más importantes decisiones en materia de derecho a la salud, adoptadas tanto por la Corte Constitucional de Colombia —en su función de revisión de las acciones de tutela— como por la Corte Suprema de Chile, como juez de apelación en los recursos de protección, lo que genera un acercamiento crítico a la narrativa jurisprudencial, para así demostrar la existencia de ciertos riesgos de la garantía directa de contenidos prestacionales de los derechos a través de las decisiones judiciales, lo que lleva a una lógica de confrontación antes que de armonización de los intereses individuales y generales que deben ser atendidos por las autoridades a la hora de implementar políticas de salud.

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD⁴

En su sentido tradicional, el derecho a la vida ha sido concebido de forma fundamentalmente negativa o abstencionista. De allí que se le haya carac-

² Karam de Chueiri, Vera y Schneider van der Broecke, Bianca M. (eds.), *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021; Yáñez Yáñez, Karla Ayerim, y Mila Maldonado, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro*, Quito, núm. 35, enero-junio de 2021, pp. 146-168; Crawford, Colin y Bonilla Maldonado, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2018; Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Derecho del Estado*, Bogotá, D. C., núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50; Gargarella, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano»”, *Estudios Sociales*, Santa Fe, vol. 48, núm. 1, enero-junio de 2015, pp. 169-174; Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho”, *Jurídica Digital UANDES*, Santiago, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019, pp. 13-42.

³ Fuentes-Contreras, Édgar Hernán y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

⁴ Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago (en prensa).

terizado como una facultad para exigir la protección de la vida, como bien jurídico, frente a agresiones ilegítimas —lo que incluye el derecho a defender la propia vida y el derecho a nacer—: en otros términos, siendo un “derecho de defensa”⁵ frente a atentados que sobre el bien pudiesen recaer. Así, Núñez Poblete señala que el verdadero significado del derecho a la vida consiste en un deber⁶ o en un “no derecho”, en la terminología W. N. Hohfeld,⁷ que afecta tanto a los particulares como al Estado, y que exige el no atentar arbitrariamente contra las funciones vitales del individuo.

En consecuencia, “el «derecho a la vida» no es sino la prohibición de que alguien atente contra la vida ajena; prohibición que no genera derecho alguno”,⁸ sino que sustenta el deber ético elemental de respetar la vida.

Ahora bien, la postura tradicional entiende que este derecho “se refiere como es obvio a la vida corporal”, es decir, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás, que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. Siendo, por ende, un derecho natural de todo humano, por el solo hecho de serlo, y constituido a partir de un precepto natural primario: no matar, que no admite ni siquiera mutación excepcional.⁹ *Mutatis mutandis*, estas mismas consideraciones pueden extenderse al derecho a la integridad física y psíquica.

Así entendido, el derecho a la vida tiene poco que ver con la protección de la salud, al menos en un sentido restringido; esto es, como “el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.¹⁰ Una dolencia o enfermedad, si bien puede producir una afectación de las funciones del o los órganos que componen al ser humano físico, en ningún caso constituye un “atentado arbitrario” o voluntario al derecho a la vida o a la integridad física de una persona, que pueda ser imputado a alguna persona o autoridad. Ese significado restringido de salud se contraponen al sentido “amplio” del mismo

⁵ Martínez Estay, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *op. cit.*, p. 153.

⁶ Núñez Poblete, Manuel Antonio, “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, García-Huidobro, Joaquín *et al.*, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1997, p. 51.

⁷ Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.

⁸ Requena López, Tomás, “Sobre el “derecho a la vida”, *Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 283-342.

⁹ Ugarte Godoy, José Joaquín, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, núm. 3, septiembre-diciembre de 2006, p. 514.

¹⁰ Real Academia Española, “Salud”, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, noviembre de 2001, disponible en: <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>.

concepto, que se refiere a un estado de completo bienestar físico, mental y social; no únicamente a la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas.¹¹

La diferencia entre las concepciones restringidas del derecho a la vida/integridad física y psicológica y el concepto de salud se extienden a la forma en que estos derechos han sido reconocidos en la generalidad de las Constituciones contemporáneas, incluyendo las propias Constituciones colombiana y chilena. Mientras el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica son considerados como derechos de primera generación, justiciables mediante acciones constitucionales directas,¹² el derecho a la salud ha sido visto por las Constituciones —tal como otros derechos sociales—¹³ como un derecho prestacional, de justiciabilidad sólo indirecta o mediata, condicionada a las políticas sociales que adopten los poderes públicos.

Esto resulta lógico, cuando se recuerda que las cláusulas típicas del constitucionalismo social¹⁴ o las cláusulas de igualdad material¹⁵ son normas “finalistas” o aspiracionales; esto es, señalan un objetivo constitucional, pero no dicen cómo debe concretarse,¹⁶ lo que dificulta cualquier intento de otorgarles efecto jurídico directo ante su indeterminación.¹⁷ Si bien en algunos países las normas constitucionales sociales describen aquellos objetivos con más detalle,¹⁸ lo cierto es que esta clase de 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 políticas que pue-

¹¹ Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2012, pp. 332 y 333.

¹² En el caso de la CPR, el “recurso de protección” del artículo 20 y, en la CP la “acción de tutela” del artículo 86.

¹³ Glendon, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, enero-marzo de 1992, pp. 519-538.

¹⁴ Por ejemplo, Ley Fundamental de Alemania, artículo 20.1; Constitución española de 1978, artículo 1.1; CP, art. 1.

¹⁵ Por ejemplo, Constitución española, artículo 9.2; Constitución italiana, artículo 3.2.

¹⁶ Otto y Pardo, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 41 y 42.

¹⁷ Martínez Estay, José Ignacio, *Constitución, conceptos indeterminados y conceptos controvertidos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021; Martínez Estay, José Ignacio, “Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional”, *Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, pp. 161-196.

¹⁸ Verbigracia, la Constitución portuguesa frente al derecho al “servicio nacional de salud”, o la CPR referente a los niveles de educación gratuita de cargo estatal.

den adoptarse para lograr los objetivos constitucionales sociales.¹⁹ Por eso, numerosos tribunales se han abstenido de reconocer justiciabilidad directa a esta clase de preceptos, tanto en Europa²⁰ como en América Latina.²¹

Sin embargo, como se verá, las jurisdicciones colombiana y chilena han desechado esta aproximación, optando por avanzar hacia la adjudicación directa del derecho a la salud a través de la conexión entre este derecho y derechos de primera generación, como el derecho a la vida e integridad física y psicológica, a través de ciertos valores constitucionales, como la dignidad, e, incluso, mediante la redefinición de los propios bienes jurídicos cubiertos por éstos.²²

III. ABORDAJE JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y CHILE

El proceso de adjudicación directa del derecho a la salud, como se anticipó, ha estado marcado por una narrativa jurisprudencial, que en buena parte parece coincidir en los contextos pese a sus distancias geográficas y la diferencia entre los propios diseños constitucionales. De tal modo, en el presente acápite se expone cómo ha sido construida dicha narrativa en Colombia y, en segundo momento, en Chile, para apreciar sus similitudes, tal como sigue:

1. *La judicialización de la salud en el contexto colombiano*

Desde 1991, la comprensión de los derechos a la vida y a la salud en Colombia está mediada por el diseño constitucional de un Estado social de dere-

¹⁹ Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXIII, enero-diciembre de 2017, pp. 327-347.

²⁰ Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia *Numerus Clausus*, 1972 (BVerfGE 33, 303); en Italia, las sentencias Rol núm. 36/2000 (03/02/2000) y 3/2010 (11/01/2010) de la Corte Constitucional; en España, el Tribunal Constitucional mediante STC 80/1982, STC 189/1987, SSTC 30/1988, SSTC 31/1988, SSTC 32/1988 y SSTC 33/1988; en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Airey v. Ireland*.

²¹ En Brasil, STA 91/AL (ALAGOAS) de 26/02/07; en Colombia, la sentencia T-586/1999 de la Corte Constitucional; y, en Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 0011-2002-AI/TC, de 10 de junio de 2002.

²² Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.

cho, según el artículo 1o., CP, y, además, por los fines del Estado, artículo 2o., CP, donde se incluyen, entre otros, el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y el deber de las autoridades, de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.²³

En cuanto a los derechos en examen, el artículo 11, ubicado en el título II, capítulo 1 (“De los derechos fundamentales”), reconoce al derecho a la vida como un derecho inviolable, y prohíbe la pena de muerte, mientras que el derecho a la salud, por su parte, se presenta con una doble faz: por una parte, en el mismo título II, sólo que en el capítulo 2 (“de los derechos sociales, económicos y culturales”), el artículo 49, CP, alude a la atención en salud como un servicio público y como derecho referente al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [de cualquier forma, dejando a la ley los aspectos referidos a la atención básica para todos los habitantes, de carácter gratuito y obligatorio]. Ahora, por la otra, se incluye la consignación explícita de la salud como derecho fundamental para los niños, en el artículo 44, CP.²⁴

Pues bien, como puede verse, la referencia inicial a la salud como “servicio público” implica la voluntad del constituyente colombiano de dejar el desarrollo de este derecho, al menos primariamente, en manos de las autoridades político-representativas antes que a de los jueces, conclusión que se refuerza con el precepto del artículo 85, CP, en donde no se incluye a dicho derecho dentro de la categoría de derechos de aplicación inmediata. En otras palabras, deja a la salud, en principio, por fuera de los derechos justiciables de modo directo mediante la acción de tutela, la cual fue diseñada para garantizar los derechos fundamentales, como quedó dicho en el artículo 86, CP.

²³ Conjunto a ello, no pueden dejarse de lado disposiciones como los incisos 2 y 3 del artículo 13 CP, donde se integra, como derecho, la igualdad material. *Cfr.* Parra Dussan, Carlos, *El derecho a la igualdad en nuestro Estado social*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005; Mendieta, David y Tobón, Mary Luz, “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, vol. 10, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018, pp. 278-289.

²⁴ “El derecho a la salud tiene como fundamento constitucional los artículos 1o. (dignidad humana), 11 (vida), 13 (igualdad); y su desarrollo en los artículos 48 (seguridad social), 49 (la salud como servicio público a cargo del Estado), 50 (atención a los niños menores de un año) y 366 (mejoramiento de la calidad de vida). De esa manera, la Carta Política de 1.991 consagra la salud como un derecho fundamental del niño (artículo 44) y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso se garantiza a todas las personas”. Corte Constitucional Colombia, sentencia T-116/1993.

No obstante a lo anterior, la Corte Constitucional, desde sus primeros años, ha reconocido que la identificación de los derechos fundamentales no se basa solamente en criterios formales, sino que señaló que existían los siguientes criterios:

TABLA 1
CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL MARCO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO, A PARTIR DE 1991

Criterios de distinción de los derechos fundamentales	Analíticos	Consagración expresa	Cuando el constituyente los señaló de tal forma, incluyendo el carácter de aplicación inmediata.
		Remisión expresa	Vinculado con el artículo 93, CP, dado que allí existe una remisión a disposiciones internacionales, y algunas de ellas consagrarán derechos con garantías especiales.
		Conexión directa con derechos expresamente consagrados	Se presentan cuando hay derechos que no son expresamente consagrados como fundamentales, pero tiene conexión con derechos que sí cuentan con dicha designación, y el desconocimiento de ello podría poner en riesgo a derechos fundamentales.
		Carácter de derecho inherente a la persona	Relacionado con el artículo 94, CP, implica que no todos los derechos fundamentales están consagrados, pero se pueden extraer de normas constitucionales o surgir de las realidades sociales que escaparon al momento de crear la obra constitucional.
	Fácticos	Importancia del hecho	A partir de las normas y hechos, el operador debe construir una interpretación razonable para la protección de la carta política y los valores constitucionales del preámbulo.
		Carácter histórico	Dado que no todos los derechos fundamentales han sido reconocidos de tal manera en todos los tiempos ni colectividades, el derecho fundamental depende también de la visión que tiene la sociedad en la que se discute.

FUENTE: creación propia, basado en la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional.

Estos criterios sirvieron de sustento para que la Corte Constitucional introdujera diferentes elementos para la judicialización del derecho a la salud, teniendo como especial referencia la existencia de un “Plan Obligatorio de Salud” o, por sus siglas, POS, el cual debía ser suministrado por las entidades promotoras de salud —EPS—, mediante el pago, por parte de cada afiliado, de la unidad de pago por capitación, que dependía de las características socioeconómicas de la población beneficiaria. Precisamente, a partir de la ley 100 de 1993, que estableció el sistema integral de seguridad social, y dentro de él, el sistema de salud, se dictaron las regulaciones de un POS para el régimen contributivo y otro para el subsidiado.

Fue esta configuración legislativa la que llevó a muchos a exigir, en esencia, la prestación y/o entrega de elementos propios del acto médico que estaban excluidos de los POS, a través de la acción de tutela, situación que a la postre permitió a la Corte Constitucional, en desarrollo de la función contemplada en el artículo 241.9, CP, revisar esas acciones desde 1992:²⁵ generando diversas técnicas para convertir al derecho a la salud en un derecho directamente justiciable. Esto es: *a)* en situaciones de “conexidad”; *b)* en sujetos de especial protección; *c)* en relación con su contenido esencial; *d)* de conformidad con su reconocimiento como fundamental, mediante ley estatutaria.

Respecto a la tesis de la conexidad, ésta fue una técnica prevalente durante los primeros años de esta jurisprudencia. En esos primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional sostuvo que derechos sociales como la salud podrían obtener una protección judicial, mediante la acción de tutela, cuando la negativa de la prestación del servicio implicara un riesgo inminente o una puesta en peligro efectiva de los derechos fundamentales,²⁶ teniendo como primer pronunciamiento en esa dirección la sentencia T-491/92.²⁷ Adicionalmente, lo mismo sucedía cuando, en opinión de la Corte, los medicamentos o servicios solicitados permitían lograr la dignidad humana e imponían, en con-

²⁵ Entre otros: T-402/1992, T-426/1992, T-484/1992, T-487/1992, T-548/1992, T-571/1992.

²⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (eds.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, UNAM y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 65-89; Lúcio do Valle, Vanice Regina, “Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective”, *Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 2014, pp. 67–102.

²⁷ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-491/1992.

secuencia, un derecho subjetivo,²⁸ todo lo cual contribuyó a una amplia concepción del bien jurídico de la “salud”, tal como la define el mismo Tribunal:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.²⁹

Así, la consecuencia directa de este vínculo entre el derecho a la salud, el derecho a la vida³⁰ y la idea de dignidad permitió la posibilidad de obtener por la vía judicial una amplia variedad de bienes y servicios no comprendidos en los POS,³¹ incluyendo algunos de precios elevados y la financiación en el exterior de tratamientos que no se encuentran disponibles en Colombia.³²

Al lado de esta posición se encuentra aquella que reconoce el carácter fundamental del derecho respecto de poblaciones de especial protección,³³ iniciando con la niñez desde la sentencia T-402 de 1992, en los siguientes términos:

Algunos derechos, por ser inherentes a la persona humana son fundamentales (v. gr. derecho a la vida, libertad de locomoción etcétera). Otros, no son fundamentales para algunas personas, pero sí para otras que se encuentran en circunstancias específicas u ostentan determinada condición: es el caso del derecho a la salud que, no siendo inherente a la persona, tampoco es derecho fundamental ni tiene aplicación inmediata, pero que, tratándose de los niños, sí adquiere carácter fundamental (CP, artículos 44 y 50).

²⁸ Cortés Nieto, Johanna del Pilar *et al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 9, julio-diciembre de 2007, pp. 109-141.

²⁹ Corte Constitucional Colombia, sentencia C-313/2014.

³⁰ Corte Constitucional Colombia, sentencias T-16/2007, T-760/2008.

³¹ Para efectos de los supuestos de hecho en los que procedía la acción, véanse, entre otras, T-1204/2000, T-1083/2006, T-760/2008, T-613/2012, T-512/2016.

³² Un resumen de la posición del tribunal, véase la sentencia T-279/2017.

³³ Yamin, Alicia Ely *et al.*, “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿una promesa difícil de cumplir?”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, pp. 127-157.

Debido a su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, los niños requieren una protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad.³⁴

Empero, no fue la única población a la cual se le reconoció un “derecho fundamental” a la salud. Entre las diferentes apreciaciones y abordajes de la Corte Constitucional de Colombia, se ampararon, entre otras, los siguientes grupos poblacionales:³⁵

TABLA 2
EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DIRECTO
EN POBLACIONES DE ESPECIAL PROTECCIÓN, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA



FUENTE: creación propia.

³⁴ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-402-92.

³⁵ Sentencias T-111/2003, T-859/2003, T-760/2008, T-1087/2012, T-174/2013, T-405/2014. De manera reciente, por la pandemia, se ha reiterado la posición frente a la situación de migración y la protección de su derecho a la salud, sobre el tema véase Rivas-Ramírez, Daniel y Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Los migrantes irregulares en Colombia ante la crisis del Covid-19 ¿Los últimos en lista?”, *Direitos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória Editora, 2021, pp. 178-197.

Más allá de las anteriores técnicas, pasados los años, la Corte terminaría reconociendo al derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, tal como manifestó en la sentencia T-859 de 2003.³⁶

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado —Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias—, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas —contributivo, subsidiado, etcétera—.³⁷

El cambio generado condujo a que el propio tribunal criticara su doctrina de la conexidad como “artificiosa”, aun en el tema de prestaciones excluidas de los planes de salud oficiales y privados, o de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14.³⁸ Así, en lugar de determinar si el derecho a la salud era susceptible de protección mediante tutela en un caso determinado, la preocupación del tribunal se dirigió a establecer cuáles aspectos de los derechos fundamentales de la salud eran exigibles, ya fuera en lo inmediato, ya con sujeción a una realización progresiva,³⁹ lo que llevó a rezagar la distinción entre derechos. Como resume Uprimny Yepes:

...si la esencia del constitucionalismo es proteger la vida digna, entonces no tiene sentido hacer la distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, pues todos son indispensables para asegurar la dignidad y la libertad de las personas...⁴⁰

³⁶ Sentencias T-060/2007, T-148/2007, T-760/2008, T-815/2012, T-931/2012, T-314/2016, T-239/2017.

³⁷ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-859/2003.

³⁸ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-760/2008.

³⁹ “La Corte reconoce actualmente a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual, debido a los limitados recursos con los que cuenta el Estado, se derivan dos tipos de obligaciones: (i) el de inmediato cumplimiento y (ii) las de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho. En concordancia con lo anterior, este Tribunal ha expresado que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política”. Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-104/2010.

⁴⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

Atendiendo este desarrollo jurisprudencial, los derechos sociales terminarían convirtiéndose en una de las materias más litigadas en la jurisdicción constitucional colombiana, principalmente en materia de salud y seguridad social, lo que llevó a dictar diversas leyes⁴¹ para atender lo exigido por las decisiones de la Corte Constitucional, tales como los de universalidad y progresividad —que venían orientándose como rectores—, además de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud, según la referencia dada por las obligaciones internacionales que ha adquirido el país,⁴² bajo el concepto de bloque de constitucionalidad.⁴³ A estos principios y obligaciones se sumaron una serie de órdenes que dictó el tribunal, de carácter muy técnico y detallado, describiendo los problemas y señalando las soluciones respectivas, para atender a lo que denominó como un “estado de cosas inconstitucional”.⁴⁴

En ese marco, el legislador terminaría aludiendo al derecho a la salud mediante la ley estatutaria 1751 de 2015, en los siguientes términos: “Artículo 2o. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

⁴¹ Entre ellas, Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Acto legislativo 2 de 2009, Ley 1384 de 2010, Ley 1414 de 2010, Ley estatutaria 1751 de 2015, Ley 1769 de 2015, Ley 1805 de 2016.

⁴² T-1228/2005, T-585/2012.

⁴³ Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.

⁴⁴ Con la sentencia T-025/2004 y los autos de seguimiento posteriores, la Corte utilizó la doctrina del “estado de cosas inconstitucional” para dictar una serie de órdenes a diversos órganos públicos, relacionadas con las políticas destinadas a atender las necesidades de la Población Internamente Desplazada por la guerrilla. *Cfr.* Fuentes-Contreras, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, Bogotá, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre 2014, pp. 41-64.

Esta declaración, por parte del Congreso de la República,⁴⁵ terminó abriendo una nueva etapa en las decisiones de la Corte, por lo menos en lo formal.⁴⁶ a la vista del tribunal, esta reforma legal era una reiteración de su doctrina, como lo expresó al momento de revisar el proyecto de legislación correspondiente mediante la sentencia C-313 de 2014:

Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, como se anotó en el apartado dedicado a describir los varios momentos del derecho fundamental a la salud, ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo.

Para la Sala, está suficientemente decantado el carácter autónomo del derecho y la procedibilidad de la tutela encaminada a lograr su protección, garantía y respeto efectivo.⁴⁷

Dicha determinación tuvo que adaptarse al establecimiento de nuevas herramientas para la comprensión del sistema integral de seguridad social en salud: como la modificación de los POS para la implementación de un Plan de Beneficios en Salud, que buscó igualar las prestaciones relacionadas con el derecho sin distinción entre regímenes de los beneficiarios, y la atribución a la Superintendencia Nacional de Salud funciones jurisdiccionales para atender los temas relacionados sobre el derecho.⁴⁸

⁴⁵ Torres Corredor, Hernando y Colorado Acevedo, Diana del Pilar, *El derecho fundamental a la salud: retos de la ley estatutaria*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020; Gómez-García, Carlos A. y Builes-Velásquez, Alejandro, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 48, núm. 128, enero-junio de 2018, pp. 135-167.

⁴⁶ Otálvaro Castro, Gabriel Jaime *et al.* (eds.), *El derecho fundamental a la salud en Colombia en el siglo XXI. Una aproximación interdisciplinaria*, Medellín, Universidad de Antioquia y Personería de Medellín, 2019.

⁴⁷ Posterior a ella, desatan sentencias sobre la obligación de suministrar los servicios de transporte, alojamiento, alimentación y acompañamiento (T-414/2016, T-405/2017, T-069/2018, T-288/2020) y sobre el derecho a ser atendido oportuna, continua e integralmente, de suerte que pueda gozar del nivel más alto de salud (T-196/2018, T-232/2020).

⁴⁸ Para comprender la posición de la Corte sobre los límites de dicha función, véanse, entre otras, las sentencias SU-124/2018 y T-245/2020.

Sin embargo, esta evolución legal no logró la disminución de las demandas,⁴⁹ dado que los usuarios siguieron prefiriendo los tribunales, pues éstos eran más rápidos y, virtualmente, siempre daban la razón a los accionantes.⁵⁰ Tampoco parece haber constituido una limitante real para que la Corte Constitucional siguiera actuando como una verdadera agencia que elabora políticas para resolver un determinado problema social, pasando incluso por su implementación y fiscalización.⁵¹ Destaca, por ejemplo, la creación de indicadores; la dictación de órdenes detalladas al gobierno sobre creación de programas básicos y una burocracia que los atienda; la realización de audiencias públicas periódicas en las que se solicita la opinión de los grupos de la sociedad civil y organizaciones gubernamentales sobre la cuestión a resolver;⁵² decisiones de seguimiento y la creación de salas especializadas en la materia.⁵³

Como puede verse, entonces, la Corte Constitucional colombiana, en la práctica, ha transformado al derecho a la salud —al menos en determinadas situaciones—, de un derecho prestacional de justiciabilidad mediata o diferida, a un derecho de justiciabilidad inmediata, tal como si fuera un derecho de primera generación. Se verá a continuación cómo la Corte Suprema chilena ha comenzado a transitar el mismo sendero.

⁴⁹ Gañán Echavarría, Jaime León, “Barrera de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la salud”, en Sepúlveda Aguirre, Jovany (comp.), *Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo*, Medellín, Coruniamericana, 2020.

⁵⁰ Landau, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53, núm. 1, enero-marzo de 2012, pp. 190-247; Julio Estrada, Johann *et al.*, “El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16”, en Correa Henao, Magdalena *et al.* (eds.), *2020-2030: Disminución de la pobreza y la desigualdad ¿La década de la esperanza? Estudios desde el derecho público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

⁵¹ Ministerio de Salud y Protección Social, “Cumplimiento del sector salud a las órdenes de la Corte Constitucional”, disponible en: https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Victimitas_Cumplimiento_Corte_Constitucional.aspx.

⁵² Landau, David, *op. cit.*, pp. 434-437.

⁵³ Parra Vera, Óscar, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y otro, 2012, pp. 85-145.

2. La judicialización de la salud en el contexto chileno

Bajo el esquema impuesto por la CPR,⁵⁴ las garantías previstas para la protección de los derechos constitucionales no buscan tanto afirmar la acción del Estado en materia de derechos sociales —aunque tampoco la impiden—, sino asegurar la presencia y actividad de los particulares en cuestiones relativas a educación, salud y seguridad social, así como asegurar la libertad de elección de los ciudadanos entre los sistemas público y privado.⁵⁵

Por ello, la CPR carece de un principio de Estado social, y otorga destacada importancia al principio de subsidiariedad —determinante en la regulación de los derechos sociales—, y a la protección de los cuerpos intermedios de la sociedad. El listado de derechos expresamente reconocidos por la CPR se encuentra en el artículo 19, ubicado en el capítulo III de la Constitución. En sus 26 numerales se reconocen, de forma mayoritaria, derechos civiles y políticos clásicos —entre los que destacan las libertades—, derechos laborales tradicionales y, finalmente, tres derechos sociales prestacionales: el derecho a la protección de la salud (artículo 19.9), el derecho a la educación (artículo 19.10) y el derecho a la seguridad social (artículo 19.18). Estos últimos carecen de justiciabilidad directa, salvo en sus aspectos de libertad, al no proceder respecto de ellos el denominado “recurso de protección”, acción constitucional que se tramita ante los tribunales superiores de justicia,⁵⁶ y que es equivalente a la tutela colombiana o al amparo español.

Lo anterior tiene como consecuencia que, en principio, y de acuerdo con el diseño original de esta Constitución, no es posible exigir prestaciones sociales mediante acciones constitucionales directas, con base exclusiva en lo dis-

⁵⁴ En el momento en que se escribe este artículo, se acaba de dar inicio en Chile al proceso constituyente, siendo uno de los puntos en discusión, precisamente, la inclusión o no en la nueva carta fundamental, de un principio de Estado social y de derechos sociales con una protección aumentada.

⁵⁵ Bertelsen Repetto, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 14, núm. 1, pp. 49-62; Guzmán, Jaime, “Intervención de Guzmán sobre indefinición del gobierno acerca del papel del Estado”, *Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 320a., Ordinaria. Sesión 15a.*, 10 de julio de 1990, disponible en: <https://bit.ly/3aEnODQ>.

⁵⁶ No obstante que Chile cuenta con un Tribunal Constitucional —que sería el equivalente de la Corte Constitucional colombiana—, el hecho de que en Chile el recurso de protección sea conocido por los tribunales superiores de justicia, y no por aquél, obliga a hacer la comparación considerada en este artículo, entre la jurisprudencia sobre derecho a la salud de la Corte Suprema de Justicia chilena y la de la Corte antes referida.

puesto por la carta fundamental, ni siquiera respecto de los derechos sociales prestacionales reconocidos en ella.

Ahora, como se anticipó, uno de los derechos sociales reconocidos en la CPR es el derecho a la protección de la salud (artículo 19.9).⁵⁷ Éste 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”. El Estado tiene a su cargo “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”, y debe garantizar su ejecución⁵⁸ (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).

El principal efecto de esta regulación constitucional consiste en asegurar la intervención de los particulares, en pie de igualdad con el Estado, en la prestación de servicios de salud a la población.⁵⁹ De esta manera, junto al sistema público de salud, a cargo del Fondo Nacional de Salud (Fonasa),⁶⁰ en Chile opera el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o Isapres, que funciona bajo la lógica de seguros individuales de salud.⁶¹ La libertad de las personas para escoger entre el sistema público o privado de salud —inciso

⁵⁷ La anterior Constitución chilena, de 1925, establecía, dentro del derecho a la seguridad social del numeral 16 del artículo 10, el derecho a la atención médica, el deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país y la existencia de un servicio nacional de salud.

⁵⁸ Sobre el concepto de “acciones de salud” en el ordenamiento chileno, véase el artículo 131 D. F. L. núm. 1, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley núm. 2.763 de 1979 y de las Leyes 18.933 y 18.469. *Cfr.* García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2014.

⁵⁹ En otras palabras, el sistema privado de salud no es en Chile un simple seguro contra contingencias que complementa al sistema público, sino que puede reemplazarlo, en su totalidad, respecto de aquellas personas que deseen atenderse en exclusiva en el sistema privado. *Cfr.* Sojo, Ana, “Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas”, *Ciência & Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 16, núm. 6, junio de 2011, pp. 2673-2685.

⁶⁰ La regulación de los deberes impuestos al Estado, y del derecho recién mencionado, descansa en la actualidad de manera particular en el precitado D. F. L., núm. 1, de 2005.

⁶¹ La relación entre las personas y las ISAPRE es de carácter contractual, según se desprende del art. 184 del D. F. L., núm. 1 de 2005, y la libertad de las partes está regulada y limitada por una serie de condiciones y prohibiciones, que incluyen mecanismos para limitar las alzas de los precios de los planes de salud (véase artículo 199 del mismo texto legal). Esto no ha impedido una abundante litigación ante el Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia respecto del tema del reajuste de los precios respectivos.

final del artículo 19.9, es el único aspecto de este derecho que se encuentra amparado jurisdiccionalmente mediante el recurso de protección.

Cabe aclarar que, como es lógico, 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.⁶² Un ejemplo de ello es el sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo (Ley 20.850, de 2015, conocida coloquialmente como “ley Ricarte Soto”, en honor a un conocido personaje de televisión, que la inspiró), que regula el apoyo financiero estatal para tratamientos de salud cuyos costos son catastróficos para el paciente.

El fondo previsto en el artículo 12 de la ley, reglamentado por el Decreto 1.618 del Ministerio de Hacienda, del 27 de octubre de 2015,⁶³ financia el 100% del diagnóstico o medicamento en favor de aquellos beneficiarios que tengan alguna de las patologías cubiertas por la ley, siendo irrelevante el sistema previsional de salud o la situación socioeconómica del paciente. En todo caso, 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 financiar.⁶⁴ El objetivo es que dicho Fondo sea autosustentable, y, por tanto, la estabilidad de éste es vital para su operatividad.⁶⁵

⁶² El sistema público de salud contempla también aranceles diferenciados, en función del ingreso de los usuarios, aunque el subsidio estatal a su financiación hace que los valores sean notoriamente más bajos que los del sistema privado de salud. Por otro lado, en Chile también existe el sistema AUGE-GES, que es un conjunto mínimo de prestaciones aseguradas que debe entregarse tanto en el sector público como en el privado.

⁶³ El Fondo tiene naturaleza de un fondo mancomunado de recursos, que incluye aportes fiscales, privados e internacionales, y la rentabilidad e intereses que genere la inversión de los propios recursos del Fondo. La Dirección de Presupuestos (Dipres) de Chile informaba, en septiembre de 2018, que el fondo ascendía a la suma de 179.570 millones de pesos chilenos (unos 245 millones de dólares). Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, *Serie Constitucional*, febrero de 2019, disponible en: https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#_ftn12.

⁶⁴ 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 artículos 5 al 9 de la ley.

⁶⁵ Observatorio Judicial, *op. cit.* Por esta razón, la Ley Ricarte Soto establece un límite de gastos anuales (artículo 9o.) y limita el financiamiento a los medicamentos o diagnósticos de alto costo que estén recogidos en un decreto supremo firmado por los ministros de Salud y de Hacienda (en la actualidad, el Decreto Supremo núm. 2, del 8 de junio de 2019, que determina los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera de la ley 20.850).

La precitada regulación constitucional y legal resulta fundamental para entender la evolución de la jurisprudencia que estudiaremos a continuación, que se refiere al sistema público de salud (Fonasa). En ella, 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.⁶⁶

Precisamente, durante mucho tiempo, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena parecía concordar con una concepción restringida de los derechos a la vida e integridad física y psíquica, y la falta de relación entre estos derechos y el derecho a la protección de la salud. De esta manera, sentenció que el recurso de protección sólo protegía, dentro del derecho a la protección de la salud, el derecho de elección de las personas en el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado; que el derecho a la vida e integridad física o síquica apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana; que el peligro a la vida derivado de una enfermedad no entra en ese supuesto ni es imputable a autoridad alguna;⁶⁷ o que 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, en virtud del artículo 199.⁶⁸

Sin embargo, a partir de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 43.250-2017, ese tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial compuesta por diferentes pronunciamientos, en los que el problema a resolver es de una naturaleza similar: una persona recurre de protección reclamando por la negativa de los servicios públicos de salud⁶⁹ a financiar medicamentos de alto costo, en situaciones de enfermedades poco usuales. Las razones opuestas por los cita-

⁶⁶ En extenso, véase Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, *op. cit.*

⁶⁷ Corte Suprema chilena, sentencias Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud, considerando 7o.; Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte, de 26 de marzo de 2002, considerando 8o.; Rol 6894-2009, Barriga Aguilera y otros contra Ministerio de Salud, 2 de noviembre de 2009, considerando 8o.; Corte Suprema, Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, 16 de diciembre de 2009; Rol 31.897-2014, JLCI con Ministerio de Salud, 22 de diciembre de 2014, considerando 6o.

⁶⁸ Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, *op. cit.*

⁶⁹ En Chile, los organismos encargados de la prestación de los servicios de salud, o de diseñar las políticas respectivas, son el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Salud Pública, los servicios de salud regionales, el Fondo Nacional de Salud y, en ocasiones, los hospitales públicos que atienden a los recurrentes.

dos servicios son variadas: la falta de legitimidad jurídica pasiva de la entidad recurrida para hacerse cargo de la solicitud; la falta de *stock* del medicamento en las bodegas del servicio; la inexistencia de financiamiento o de normativa que autorice al servicio a efectuar el dispendio solicitado por el recurrente; la falta de eficacia comprobada del medicamento, etcétera. En no pocos casos, la razón ha consistido en que algunas de las características antes mencionadas —el altísimo costo,⁷⁰ la baja eficacia,⁷¹ o ambos— no han permitido al medicamento superar la etapa de evaluación necesaria para incluirlo dentro del mecanismo de la antes citada ley 20.850. Tampoco han faltado menciones a un eventual perjuicio a terceros, en caso de darse lugar a la demanda.⁷²

Llevada la negativa de los organismos públicos a la Corte Suprema, a través del recurso de protección, empero, ésta ha considerado que esa decisión denegatoria pone en peligro, de manera arbitraria, la vida o la integridad física de los recurrentes. Las diversas y a menudo interconectadas razones opuestas por los servicios de salud 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. En la práctica, los razonamientos de los servicios públicos recurridos son reducidos por la Corte a “miramientos”, esto es, argumentos meramente económicos o administrativos, que no pueden prevalecer contra la normativa de rango constitucional que ese tribunal estima vulnerada en esta situación.

A esta verdadera reducción argumental se agrega una afirmación, en apariencia 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

⁷⁰ Así sucedió, por ejemplo, en el considerando 2o. de la sentencia de la Corte Suprema Rol 92.151-2020, 27 de agosto de 2020. 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.

⁷¹ Informe de Fonasa, transcrito en la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol ICA 3.459-2018, Elvira Jazmín Fuentealba Castro por Ignacio León Alfaro Fuentealba con Hospital Las Higueras de Talcahuano y Otro, confirmada por la Corte Suprema en su sentencia Rol 22.960-2018, 28 de noviembre de 2018.

⁷² Sentencias de la Corte Suprema Rol 8.523-2018, considerando 4o.; Rol 17.043-2018, considerando 7o.; y Rol 2.494-2018, que confirma en todas sus partes la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol ICA 5.846 – 2017, considerando 10o.

...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 respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.⁷³

Este criterio suele citarse con apoyo en alguna o varias de las siguientes sentencias, presentadas como *leading cases* de este razonamiento: los roles de Recurso de Protección 43.250-2017, 8523-2018, 2494-2018, 17.043 de 2018, y 27.591-2019.⁷⁴ También destaca la alusión estándar al argumento de supremacía constitucional.⁷⁵ 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 derechos.⁷⁷

De esta manera, en Chile se ha alterado de forma radical el entendimiento del derecho a la protección de la salud, en principio carente de justiciabilidad directa, para convertirlo en un derecho exigible, en determinadas circunstancias, a través de la acción constitucional de protección.⁷⁸

⁷³ Corte Suprema, Rol 17.043- 2018, considerando 8o. *Cfr.* Dirección de Estudios 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*, Santiago, diciembre de 2019, disponible en: <https://cutt.ly/Zmsm8Ep>.

⁷⁴ Véanse sentencias de la Corte Suprema Roles 25.009-2018, considerando 8o.; 11.195-2020, considerando 10o.; 33.083 – 2020, considerando 8o.; 62.945-2020, considerando 7o.

⁷⁵ Sentencias de la Corte Suprema, Rol 11.195-2020, considerando 10o.; Rol 33.083 – 2020, considerando 8o.; Rol 69.806-2020, considerando 9o.

⁷⁶ Véanse ejemplos jurisprudenciales que se refieren tanto al artículo 4o. de la Convención Interamericana, o al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en: Dirección de Estudios Corte Suprema, *op. cit.*

⁷⁷ Así, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema: Roles 25.161-2018, considerandos 8o.-9o.; 11.195-2020, considerandos 8o.-9o.; 33.083-2020, considerandos 7o. y 8o.

⁷⁸ El Tribunal Constitucional de Chile había expresado una aproximación similar en una serie de fallos relacionados con la legislación de ISAPRES (sentencias roles 976, 1218, 1273, 1287 y 1770).

IV. ACERCAMIENTO CRÍTICO A LOS EFECTOS DE LA NARRATIVA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

Como puede notarse, los tribunales de Colombia y Chile aquí estudiados observan que el derecho a la salud puede tener justiciabilidad directa en determinadas circunstancias, alterando la concepción dogmática tradicional respecto de estos derechos. No obstante, esto acarrea una serie de consecuencias que, dada la similitud, merecen un análisis conjunto, según lo que se señalará a continuación:

1. *La redefinición del derecho a la vida/integridad física y psíquica*

Valorar 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 Chile, y expresa en el caso de la Corte Constitucional colombiana— tanto de los derechos a la vida e integridad física o psicológica y la salud como de las relaciones que se traban entre ellos.

Desde esta óptica, el derecho a la vida ha dejado de ser un derecho que sólo protege a su titular de agresiones injustificadas de terceros, para pasar 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.⁷⁹

Por otro lado, dicha “redefinición” termina otorgando al concepto de vida un sentido “sustantivo” más cercano al entendimiento de la vida como “calidad de vida”. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede afirmarse del derecho a la integridad física y psicológica.

2. *¿Deben los jueces suplir a las autoridades político-representativas?*

Usualmente se argumenta, tanto en Chile como en Colombia, que las autoridades político-representativas no están cumpliendo con su encargo constitucional de materializar las disposiciones constitucionales que se refieren a

⁷⁹ Julio Estrada, Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y el Estado*, México, UNAM y otros, 2002, pp. 267-296.

materias económicas y sociales.⁸⁰ Empero, aunque esto fuera cierto, ello no habilita, del todo, a los tribunales a intervenir en las políticas envueltas en los derechos sociales.

Dichas políticas, lejos de reducirse a un enunciado constitucional o, incluso, a una cuestión puramente presupuestaria, son decisiones cuya materialización involucra complejas cuestiones sanitarias, técnicas y hasta ideológicas, que están lejos de poder ser aquilatadas por un juez.⁸¹ Ello explica, entre otros factores, que en los propios países cuyas Constituciones ejemplificaron por primera vez el Estado social de derecho, su resolución sea una cuestión entregada a las autoridades político-representativas, especialmente dotadas en términos jurídico-competenciales y técnicos, para procesar las demandas de naturaleza económica o social que efectúe la población.

Por ende, las cuestiones envueltas en la justiciabilidad de estas prestaciones no pueden ser zanjadas mediante la reducción del argumentario de los servicios públicos recurridos a una cuestión de costo de los bienes demandados.

Por su parte, la evaluación acerca de si existe o no un problema social, ante la llegada masiva de demandas y recursos alegando la misma pretensión es, en sí misma, una disquisición de orden metajurídico. Esto porque, en primera instancia, dicho argumento no considera la enorme cantidad de cuestiones que inciden en una negativa de los servicios públicos a atender una determinada demanda, y que no siempre encuentran su razón de ser en una mera negativa injustificada del servicio a otorgar un determinado beneficio social (en el caso de Chile, por ejemplo, la necesidad de mantener la viabilidad financiera del sistema en beneficio de otros usuarios).⁸²

Adicional a ello, se puede pensar que es el resultado de la propia jurisprudencia la que termina provocando un efecto “llamada”: la promoción de una vía rápida de satisfacción de necesidades sociales termina incentivando a las personas a obtener, por ejemplo, medicamentos de alto costo por la vía judicial, en vez de la administrativa. Así, eludiendo, parcialmente y para ciertos casos, la naturaleza cautelar y urgente de las acciones constitucionales

⁸⁰ Schuck, H., “El Poder Judicial en una democracia”, *SELA*, 2004, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.

⁸¹ Al respecto, Poyanco, Rodrigo, *op. cit.*

⁸² Por ello, como se ha sostenido, 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”. Así, por ejemplo, algunas sentencias de la Corte Suprema impusieron la entrega del medicamento *Spinraza*, no obstante haber sido rechazado por las comisiones científicas del Fondo Ricarte Soto. Véase Observatorio Judicial, *op. cit.*

les; volviendo a éstas en medidas definitivas que, sin duda, siendo procesos cortos, limitados, no permiten siempre obtener los elementos suficientes para adoptar un juicio razonable de los intereses en juego, por la misma inmediatez de la decisión.

En consecuencia, la existencia de una presentación judicial no puede tomarse como reflejo único para determinar la gravedad de un problema social, ni siquiera en relación con el recurrente, quien no necesariamente es el que tiene menos recursos, sino, por el contrario, quien tiene el capital económico o cultural para litigar.⁸³

3. *La visión de los derechos desde un carácter individualísimo*

Dado su rango constitucional, la justiciabilidad de este nuevo contenido (una especie de derecho a la vida-salud) parece sobreponerse a todo obstáculo legal o administrativo que regule la forma en que el Estado otorga los medicamentos o tratamientos médicos que puede financiar.

Por ello, uno de los principales problemas de esta jurisprudencia es “que al momento de fallar los jueces no consideran los impactos adversos que sus sentencias, en globalidad, provocan en el sistema público de salud. Por tanto, cuando los jueces no acatan dichas soluciones en pos de «hacer justicia», terminan cometiendo mayores inequidades”.⁸⁴ 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 salud.⁸⁵

En estas condiciones, si se valoran los alcances potenciales de esta nueva concepción del derecho a la vida, se puede llegar a la creación, como se anticipó, a un derecho a la “máxima atención de salud”, esto es, la garantía de un nivel de satisfacción material a través de prestaciones sociales de cargo del Estado, lo cual, sin duda, es difícilmente alcanzable aun en los países con más

⁸³ Yamin, Alicia Ely *et al.*, *op. cit.*

⁸⁴ Observatorio Judicial, *op. cit.*

⁸⁵ En Chile, por ejemplo, durante 2019 el Fondo desembolsó un promedio de aproximadamente 12,000 dólares para sus 8,127 beneficiarios. El mismo cálculo respecto de los beneficiarios de las sentencias de la Corte Suprema arroja que 41 personas obtuvieron beneficios por un promedio de aprox. 465,410 dólares, esto es, un valor 38 veces mayor por recurrente. Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019”, *Serie Constitucional*, junio de 2020, disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/>.

recursos económicos. Por consiguiente, se crea 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 cuya atención dependa de los mismos fondos públicos. Por eso cobran valor las palabras de los votos disidentes que pueden encontrarse en algunas de las sentencias chilenas aquí examinadas, 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 sólo de personas concretas, sino de la comunidad toda, en condiciones de igualdad; esto es, sin crear “instancias de privilegio”.⁸⁶

Por otra parte, los efectos regresivos de esta jurisprudencia son particularmente claros en Colombia.⁸⁷ Como se ha señalado, las acciones de tutela para protección de este derecho han beneficiado más a personas de clase media que a los sectores más pobres y excluidos, que dependen del régimen público subsidiado. De hecho, las personas que más frecuentemente usan la tutela como mecanismo de protección son aquellas que gozan de un cierto acceso a la salud y de una mayor capacidad económica.⁸⁸ Landau estima como factor clave de este efecto regresivo de la jurisprudencia, el alejamiento de la acción de tutela de su sentido original, dirigido a favorecer a los más desposeídos: entendida en términos individuales, y enfocada en los derechos a pensiones y salud, la acción de tutela pasó a ser un derecho de la clase media, abierto a cualquiera, con la ventaja de que los tribunales pueden ordenar la entrega de cualquier medicamento o tratamiento aunque esté fuera de las políticas oficiales de salud o de los programas sociales de otro tipo.

Por ende, surge la pregunta: ¿hay evidencias, finalmente, de que esta jurisprudencia haya mejorado la atención de salud de la población que depende de los servicios públicos? De acuerdo con Landau, los efectos de esta masiva jurisprudencia apoyan fuertemente el argumento de que los principales reclamantes, en estos casos, han sido grupos relativamente ricos. Adicionalmente,

⁸⁶ Corte Suprema, Rol 33.329-2019, considerandos 9o. y 10o.

⁸⁷ En Chile estos efectos aparecen morigerados, pues el sistema de Fonasa, contra el cual se dirigen las sentencias aquí estudiadas, es utilizado por la población de más bajos ingresos. Subsiste, sin embargo, el problema de la desigualdad entre los usuarios del sistema público que litigan versus los que no litigan.

⁸⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Franco, Diana, “Aciertos e insuficiencias de la Sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, Medellín, vol. 7, núm. 18, diciembre de 2008, pp. 12-16.

parece que esta jurisprudencia ha tenido escasos efectos sistemáticos en la conducta o efectividad de la burocracia encargada de proveer servicios o monitorear y regular su entrega. Esta conclusión es particularmente importante, debido a que la tutela colombiana parece ser uno de los más baratos y simples dispositivos de este tipo en el mundo, desde que carece de formalidades, puede ser potencialmente presentado sin abogado, y debe ser decidido por los tribunales de manera muy rápida.⁸⁹

Las dimensiones que está adquiriendo esta jurisprudencia en Chile, y la experiencia que ha vivido durante tres décadas en Colombia, han estimulado la aparición de intentos de solucionar al menos sus alcances presupuestarios. En el caso de la Corte Suprema chilena, algunas de sus propias sentencias han 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 “sólo” en la “calidad de vida”.⁹⁰

A su vez, en Colombia, los intentos de limitación han provenido tanto del constituyente como del legislador. El primero dictó el acto legislativo 03 de 2011, por el cual se introdujo en la CP el principio de “sostenibilidad fiscal” y el “incidente de impacto fiscal”. A través de estas modificaciones, se trató de limitar el gasto que derive de sentencias judiciales, por un mecanismo que respeta la autonomía judicial, pues dentro de sus competencias el tribunal requerido podría acoger o no la propuesta.⁹¹

En lo referido al legislador, y dentro de los diversos preceptos legales, se destaca la antes mencionada ley estatutaria 1751 de 2015, la cual fortaleció, por ejemplo, las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, estableciendo así un proceso diferente a la acción de tutela para descongestionar la rama judicial y un ejercicio de control directo sobre las entidades prestadoras del servicio, más allá de la mera concesión del medicamento o tratamiento.

Sin embargo, hasta el momento estas reformas parecen aún limitadas para frenar, como se expuso, el uso de las acciones de tutela y la concesión de éstas, en ciertos casos.⁹²

⁸⁹ Landau, David, *op. cit.*, pp. 421 y 422.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 41.248-2019; 29.215-2019; 25147-2019.

⁹¹ López Daza, Germán, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *DIXI*, vol. 14, núm. 15, enero-junio de 2012, pp. 22-39.

⁹² Duque Giraldo, Mateo, “Derecho al acceso a tratamientos y medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia”, *Dikaion*, Chía, vol. 29, núm. 1, enero-junio de 2020, pp. 66-91.

4. *La falta de relación entre la jurisprudencia y el diseño constitucional*

No deja de ser llamativo que ambas jurisdicciones constitucionales aquí estudiadas insistan en convertir al derecho a la salud en un derecho de justiciabilidad directa, obviando la circunstancia de que en ambos casos la letra de las respectivas cartas fundamentales no lo califican como perteneciente a esa clase de derechos; y, sobre todo, que se está ante modelos constitucionales distintos: el del Estado social, en Colombia, versus el de Estado subsidiario, en Chile.

Esto plantea una interrogante sobre la naturaleza de la labor de los jueces en este ámbito, y el respeto a los límites constitucionales de su labor, dados tanto por el principio de separación de poderes, reconocido en ambas Constituciones, como por la propia naturaleza de los derechos sociales prestacionales.

Ante la letra expresa de los textos constitucionales en examen, y en presencia de modelos constitucionales tan distintos, parece criticable que estas jurisdicciones traten derechos que dependen de políticas socioeconómicas —esencialmente contingentes a la regulación constitucional y la situación propia de cada país— de modo tan semejante, lo que pone en jaque la viabilidad de los sistemas de salud, como mecanismo de garantía de los derechos, y al derecho mismo desde el propio concepto de bien común.

V. CONCLUSIONES

Como puede verse, en primer término, tanto la Corte Suprema chilena como la Corte Constitucional colombiana han incursionado en la senda de otorgar justiciabilidad directa a pretensiones relacionadas con el derecho a la salud, con base en su vinculación con el derecho a la vida o, directamente, como en Colombia, declarando fundamentales algunos aspectos de este derecho.

Con todo, esta senda ha dado lugar a un derecho que se satisface con prestaciones de cargo estatal, pero que cuenta con la justiciabilidad propia de un derecho de primera generación, lo que se manifiesta en la posibilidad de poder accionarlo, sea mediante la acción de tutela en Colombia, sea mediante el recurso de protección, en Chile. El carácter “constitucional” de esta creación jurisprudencial permite a esta figura, sobreponerse a cualquier limitación reglamentaria, legal o incluso constitucional que se oponga a la justiciabilidad directa de este nuevo derecho.

En ambos países, además, se advierte la influencia que esta clase de jurisprudencia causa sobre el desarrollo de las políticas sociales de salud dirigidas a la generalidad de la población, atendida la ingente cantidad de recursos públicos que obligan a desviar desde aquéllas hacia la atención de los litigantes exitosos. En ambos casos, aunque con diferentes argumentos, los tribunales aquí estudiados niegan excederse de sus atribuciones constitucionales, y señalan estarse limitando sólo a ejecutar disposiciones constitucionales.

Pero la diferencia entre los derechos constitucionales clásicos y los derechos sociales no está dada tanto por la necesidad o no de prestaciones para su satisfacción, sino en el fin que se busca con cada clase de derecho: la limitación del poder versus la satisfacción de necesidades materiales de las personas. Esta distinta naturaleza justifica las diferencias de justiciabilidad que pueden encontrarse entre ambas clases de derechos. La confusión en la naturaleza de ambas categorías en materia de derecho a la salud, con objeto de facilitar las pretensiones envueltas en este último, aumenta de manera considerable la posibilidad de que demandas de medicamentos o servicios médicos alcancen una judicialización expedita cuando, en circunstancias normales, debieran haber sido atendidas sólo por las políticas pertinentes.

De esta forma, se crea un derecho personalísimo a la salud, que si bien puede favorecer grandemente a los litigantes exitosos en las acciones constitucionales aquí estudiadas, parece ir en perjuicio de las políticas de salud que afectan a toda la población. No se trata, entonces, de cuestionar la legitimidad de las demandas de aquellas personas que por distintos motivos no encuentran respuestas a sus necesidades en el sistema de salud público, sino de recordar que 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.⁹³

Ante una modalidad de desarrollo del derecho a la salud, que si bien suele ser visto como un ejercicio de la llamada interpretación evolutiva, progresista o no originalista,⁹⁴ implica una aplicación carente de límites,⁹⁵ y que asume la

⁹³ Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, *op. cit.*

⁹⁴ Pérez Fuentes, Carlos Alfredo *et al.*, “Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia”, *Academia & Derecho*, Cúcuta, año 10, núm. 19, julio-diciembre de 2019, pp. 87-124.

⁹⁵ Laise, Luciano D., “¿Puede el «nuevo originalismo» garantizar la inteligibilidad de la Constitución?”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 73, julio-diciembre de 2015, pp. 61-115; Laise, Luciano D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, pp. 225-250;

argumentación como forma de validar cualquier respuesta. Así, se provocan dificultades serias:⁹⁶ tanto para la garantía de una ingeniería constitucional estable y que pueda mantener el equilibrio armónico de los poderes como para el propio ejercicio democrático de construcción del bien común.⁹⁷

Finalmente, es de notar la similitud en los supuestos y consecuencias fundamentales de la jurisprudencia de ambos países. Ahora, pese a que la necesidad de un reconocimiento igualitario de los derechos humanos, con independencia de épocas y fronteras, resulta plenamente justificada respecto de derechos que emanan de la naturaleza humana, esto no quiere decir que se requiera de una segunda mirada cuando, como en el caso estudiado, supone la judicialización de políticas públicas esencialmente dependientes de los contextos socioeconómicos y de las competencias constitucionales de las autoridades político-representativas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Gabriel *et al.*, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *CES Derecho*, Medellín, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016.

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005.

BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 14, núm. 1.

Laise, Luciano D., “Convencionalismo semántico e interpretación jurídica”, *Problema*, México, núm. 11, enero-diciembre de 2017, pp. 273-339; Laise, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 25, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019, pp. 249-276.

⁹⁶ “...el hecho de que se permanezca en un constante cambio en materia normativa no ha dejado madurar o por lo menos estandarizar de una manera lógica, todos los conceptos jurídicos que deben intervenir en la elaboración estructurada de un sistema, que requiere estar a la vanguardia en tecnología, en información, en políticas de atención etc.”. Álvarez, Gabriel *et al.*, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *CES Derecho*, Medellín, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016, p. 118.

⁹⁷ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional y otros escritos*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016; Pereira-Menaut, Antonio-Carlos y Pereira Sáez, Carolina, *Teoría general de la Política*, Lima, Rimay, 2016.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 34, enero-junio de 2015.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2012.
- CORTÉS NIETO, Johanna del Pilar *et al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 9, julio-diciembre de 2007.
- CRAWFORD, Colin y BONILLA MALDONADO, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2018.
- Dirección de Estudios 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*, Santiago, diciembre de 2019, disponible en: <https://shortest.link/rbq>.
- DUQUE GIRALDO, Mateo, “Derecho al acceso a tratamientos y medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia: críticas a su traslación al ordenamiento interno”, *Dikaion*, Chía, vol. 29, núm. 1, enero-junio de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.3>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, Bogotá, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre de 2014, disponible en: <https://doi.org/10.22518/16578953.178>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán y RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (eds.), *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho, en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, Santiago, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.24822/rjduandes.0302.2>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.
- GAÑÁN ECHAVARRÍA, Jaime León, “Barrera de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la

- salud”, en SEPÚLVEDA AGUIRRE, Jovany (comp.), *Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo*, Medellín, Coruniamericana, 2020.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»”, *Estudios Sociales*, Santa Fe, vol. 48, núm. 1, enero-junio de 2015.
- GLENDON, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, enero-marzo de 1992, disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uchrev/vol59/iss1/16>.
- GÓMEZ-GARCÍA, Carlos A. y BUILES-VELÁSQUEZ, Alejandro, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 48, núm. 128, enero-junio de 2018.
- GUZMÁN, Jaime, “Intervención de Guzmán sobre indefinición del gobierno acerca del papel del Estado”, *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 320a., Ordinaria. Sesión 15a., 10 de julio de 1990, disponible en: <https://bit.ly/3aEnODQ>.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.
- JULIO ESTRADA, Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y el Estado*, México, UNAM y otros, 2002.
- JULIO Estrada, Johann *et al.*, “El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16”, en CORREA HENAO, Magdalena *et al.* (eds), *2020-2030: Disminución de la pobreza y la desigualdad ¿La década de la esperanza? Estudios desde el derecho público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- KARAM DE CHUEIRI, Vera y SCHNEIDER VAN DER BROOKE, Bianca M. (eds.), *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.
- LAISE, Luciano D., “¿Puede el “nuevo originalismo” garantizar la inteligibilidad de la Constitución?”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 73, julio-diciembre de 2015, disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.73.61-115>.
- LAISE, Luciano D., “Convencionalismo semántico e interpretación jurídica”, *Problema*, México, núm. 11, enero-diciembre de 2017.
- LAISE, Luciano D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista de Derecho Político*, Madrid,

- núm. 105, mayo-agosto de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25273>.
- LAISE, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción. Una visión crítica del originalismo del significado público”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 25, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300249>.
- LANDAU, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53, núm. 1, enero-marzo de 2012, disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf.
- LANGFORD, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina, “Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 2014, disponible en: <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>.
- LÓPEZ-DAZA, Germán, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Dixi*, vol. 14, núm. 15, enero-junio de 2012.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago (en prensa).
- MARTÍNEZ Estay, José Ignacio, “Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25272>.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Constitución, conceptos indeterminados y conceptos controvertidos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre de 2010, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200006>.
- MENDIETA, David y TOBÓN, Mary Luz, “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais*, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, vol. 10, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, en GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín *et al.*, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1997.

- Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019”, *Serie Constitucional*, junio de 2020, disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/>.
- Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, *Serie Constitucional*, febrero de 2019, disponible en: https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#_ftn12.
- OTÁLVARO CASTRO, Gabriel Jaime *et al.* (eds.), *El derecho fundamental a la salud en Colombia en el siglo XXI. Una aproximación interdisciplinaria*, Medellín, Universidad de Antioquia y Personería de Medellín, 2019.
- OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001.
- PARRA DUSSAN, Carlos, *El derecho a la igualdad en nuestro estado social*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012.
- PARRA VERA, Óscar, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, en *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y otro, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional y otros escritos*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016.
- PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos y PEREIRA SÁEZ, Carolina, *Teoría general de la política*, Lima, Rimay, 2016.
- PÉREZ FUENTES, Carlos Alfredo *et al.*, “Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia”, *Academia & Derecho*, Cúcuta, año 10, núm. 19, julio-diciembre de 2019.
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXIII, enero-diciembre de 2017.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás, “Sobre el «derecho a la vida»”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 12, julio-diciembre de 2009, disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/11Requena.htm>.
- RIVAS-RAMÍREZ, Daniel y FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Los migrantes irregulares en Colombia ante la crisis del Covid-19 ¿Los últimos en lista?”, *Derechos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória Editora, 2021.

- SCHUCK, Peter H., “El Poder Judicial en una democracia”, *SELA*, 2004, disponible en: http://digitalcommons.lan.yale.edu/yjs_sela/31.
- SOJO, Ana, “Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 16, núm. 6, junio de 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000600002>.
- TORRES CORREDOR, Hernando y COLORADO ACEVEDO, Diana del Pilar, *El derecho fundamental a la salud: retos de la ley estatutaria*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, núm. 3, septiembre-diciembre de 2006, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372006000300004>.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, Medellín, vol. 7, núm. 18, diciembre de 2008.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena *et al.* (eds.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 37, núm. 1, enero-abril de 2010.
- YAMIN, Alicia Ely *et al.*, “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿Una promesa difícil de cumplir?”, en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (eds.), *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- YÁNEZ YÁNEZ, Karla Ayerim, y MILA MALDONADO, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales: El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro*, Quito, núm. 35, enero-junio de 2021, disponible en: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8>.