

## BASES CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA SALUD: DEL DERECHO A LA SALUD AL DERECHO SANITARIO

*Maria Célia Delduque<sup>18</sup>*

*Silvia Badim Marques<sup>19</sup>*

*Claudia Viviana Madies<sup>20</sup>*

*María Patricia Castaño de Restrepo<sup>21</sup>*

*Paulina Milos Hurtado<sup>22</sup>*

### 1 Ciencia, sociedad, derecho y salud

Descartes (2004) y Comte (1973) tienen contribuciones de la mayor importancia a las ciencias naturales y sociales, respectivamente. Es a partir de estos dos pensadores que la ciencia se convierte en un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos objetivos sobre los fenómenos naturales y sociales, capaz de formulaciones de verdad y lógicas de certificación y verificación.

Descartes nos legó el método cartesiano para resolver los problemas, que consiste, en primer lugar, dividir el todo en partes o dificultades, luego examinar cada parte individualmente y finalmente conducir el pensamiento para resolver el problema desde la más simple hasta la más compleja. Esta percepción no solo se irradia en las ciencias naturales sino también en las ciencias sociales, y se hace dominante hasta nuestros días.

Comte, a su vez, nos legó la idea de que la historia evolutiva del conocimiento humano pasa por tres etapas distintas: una infancia mítica, una adolescencia filosófica y una madurez científica. Sólo un modelo simplista reduccionista basado en los criterios de neutralidad, objetividad y comprensión metodológica garantiza la comprensión de la realidad y el control de la naturaleza. A eso le llamó positivismo – un modelo científico simplista reduccionista.

El conocimiento y la experiencia, encarcelados, han sufrido la fragmentación y la especialización siguiendo las normas y los métodos de la ciencia a la que se relacionan, dando lugar a las disciplinas, o *discere*<sup>23</sup>, el aprendizaje de un corte del conocimiento.

En la actualidad, sin embargo, parece que, tanto en las ciencias naturales como en las ciencias sociales, esta prisión dictada por el positivismo y por el método cartesiano dejan hechos observados, por lo que estos paradigmas epistemológicos no pueden contener más

18 Abogada, MSc en Gestión Ambiental y PhD en Salud Pública, Universidad de São Paulo, Brasil, Profesora Doctora en Derecho Sanitario, Universidad de Brasilia, Brasil e Investigadora de la Fundación Oswaldo Cruz, Brasil.

19 Licenciada en Ciencias Jurídicas, MSc y PHD en Salud Pública, Universidad de São Paulo, Brasil. Investigadora colaboradora de la Fundación Oswaldo Cruz, Brasil.

20 Abogada, Especialista y Magíster en Sistemas de Salud y Seguridad Social, Universidad Isalud, Argentina.

21 Abogada, Especialista en Derecho Médico (U. P. B.); Especialista en Derecho Médico-Sanitario, Universidad del Rosario, Colombia.

22 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo, Chile, Diplomado en Mediación en Salud, Universidad de Chile, cursa el Programa de Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile.

23 Expresión latina que significa aprender.

exactamente la circunscripción del objeto de la ciencia y del conocimiento. Los fenómenos actuales son complejos, necesitando de un enfoque dialógico.

Morin (2003) mantiene el método transdisciplinar de la complejidad para la producción de la ciencia, ya que trata de promover un diálogo entre ciencias sociales y ciencias naturales, cultura humanística y cultura científica, para lograr la unidad de las ciencias.

Así, cada disciplina nace, se organiza en torno a un problema, crea un conjunto de modelos y conceptos capaces de comprender el objeto de sus estudios, esto es, define sus límites.

A la luz de la concepción clásica de la ciencia, desde hace mucho tiempo se preguntó si el derecho era una ciencia, ya que no sería posible someterlo a la verificación objetiva de la observación y experimentación dictada por la ciencia. Esta discusión ya se encuentra superada, y al Derecho se le ha reconocido su autonomía científica.

La consolidación del Derecho como ciencia se debe, en gran medida, a los estudios del denominado Círculo de Viena, que consistía en un grupo de filósofos y estudiosos del Derecho que, inspirados por la filosofía analítica y por el neopositivismo, desarrolló teorías que han proporcionado objeto y métodos propios a la ciencia jurídica, capaces de permitir al Derecho su autonomía como campo de conocimiento.

Entre estos filósofos, sobresale Hans Kelsen, cuya obra, marcada por la publicación de su "Teoría pura del derecho" en 1934, se convirtió en una gran influencia a los sistemas jurídicos del occidente y marcó el pensamiento y el desarrollo científico de las facultades de Derecho, bajo el paradigma del positivismo jurídico.

Este paradigma considera el derecho de acuerdo sólo con su propia estructura y esencia, es decir, de conformidad con el marco regulador. Y así, los demás elementos, que no los del marco normativo, se mantienen alejados del derecho y de la ciencia jurídica, en virtud del conjunto de leyes y normas que rigen el Estado. En este sentido, la ciencia del Derecho produjo un avance bastante racional y sistemático de las instituciones jurídicas en sus diversos campos y disciplinas, pero negó la complejidad de la vida y del hecho social, reduciéndolo al frío dogmático representado por la concepción del Derecho como norma.

Disciplinas y ramas de la ciencia jurídica (y del propio sistema jurídico) se caracterizan por el tema subordinado a las leyes, sea en las relaciones públicas, sociales o privadas.

Y, dado el purismo metodológico del positivismo jurídico, estos temas son muy diferentes de los asuntos públicos, privados o sociales relacionados con los temas subordinados a las leyes. En la ciencia jurídica sólo se debe estudiar la interpretación y aplicación de la norma en el ordenamiento jurídico, sin la necesidad de otros elementos distintos de los normativos.

Los estudiosos de la fundamentación jurídica no tardaron en preguntarse qué es lo determinante de las normas jurídicas como esencia del Derecho (teoría normativa) –¿que sean justas?, ¿válidas? o ¿eficaces?–, surgiendo así tres escuelas tradicionales del Derecho, la lusnaturalista (enfatisa en el valor de la justicia), la Positivista (enfatisa en la validez y formalidad) y la Realista (enfatisa en su eficacia).

Obviamente, no se hicieron esperar las voces eclécticas y moderadas en diferentes matices y tendencias, que apuntaban a la conjugación de varios o todos los presupuestos vistos y su conjunción con otras teorías como la institucionalista (organización social), la de la

relación (intersubjetividad), entre otras, pero sin perder de vista la teoría normativa del Derecho, (BOBBIO, 2005, p. 19-29).

Surgieron también, las visiones escépticas (*common law*), en reacción contra el acentuado formalismo ante las normas, propio del derecho continental europeo, Francia, Alemania, Italia, España (NINO, p. 44), y su influencia principalmente en el Derecho sur y centroamericano, generándose un ambiente propicio para cuestionarse las fuentes tradicionales del Derecho y sus características y la necesidad de su permanente coherencia con las realidades sociales, de donde deben surgir parámetros regulatorios.

Sin embargo, la ciencia del Derecho en la sociedad contemporánea se ha enfrentado con las innegables intersecciones entre los conocimientos, y verificó que la mera lectura de los elementos normativos no parece capaz de captar la producción de conocimiento compatible con nuestra actual y compleja realidad.

Así, ha establecido un diálogo progresivo, multi e interdisciplinario, con el intercambio de métodos, modelos y conceptos, lo que permite la creación de nuevas disciplinas dentro del amplio campo de la ciencia jurídica. Entre esas disciplinas, se encuentra el Derecho Sanitario.

## **2 Del Derecho a la Salud en cuanto derecho humano al Derecho Sanitario en cuanto ciencia o disciplina**

Como subraya Dallari (1998), el Derecho a la salud tiene una historia similar a de otros derechos humanos. Nace como una demanda social de trabajadores a la vista de sus precarias viviendas, condiciones de trabajo y asistencia sanitaria y, más tarde, después de las dos guerras mundiales, surge como una necesidad para todos los ciudadanos a ser aportada por el Estado, capaz de proporcionar la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y, desde luego, la recuperación y rehabilitación de la salud.

El derecho humano a la salud tiene su origen en algunos tratados y acuerdos internacionales, vertidos en importantes documentos-instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este reconocimiento internacional ha impulsado la incorporación del derecho a la salud en las jurisdicciones de varios Estados, y también la creciente demanda popular para la salud, en una perspectiva integral y universal. Y así fue consolidando en la ciencia jurídica el estudio de esta rama del derecho –el Derecho Sanitario– como una disciplina autónoma.

Como indica Nájera Pérez (2009), el Derecho Sanitario –al igual que otras emergentes ramas del Derecho– va incrementado su importancia al punto de estar erigiéndose en categoría autónoma conceptual y sistemática, con un cuerpo de doctrina y jurisprudencia propio y un número significativo de normas específicas. Importa un campo de actividades sociales delimitado y específico, dentro del cual reciben sus normas particulares, y tiene una correlación con un aspecto concreto de la realidad social. En la especie, procura la realización de los bienes de la justicia y de la salud, por la repercusión social que hoy tienen ambas cues-

tiones en las sociedades de la posmodernidad, con acelerados avances científicos, en base a principios universalmente aceptados en torno al derecho humano a la salud.

Para Romeo Casabona (1997 p. 27) se trata de una nueva rama del Derecho donde concurren las disciplinas Derecho y Medicina en un doble sentido: por una parte, se requiere tener una visión conjunta integradora de todas las ramas del Derecho y, por la otra, tener los conocimientos técnicos específicos de la Medicina.

La teoría trialista del derecho, distingue al derecho sanitario, los valores en que se asienta y, de ahí, la importancia de abordar esta cuestión desde su perspectiva que considera tres dimensiones: axiológica, normológica y de la realidad.

En ese orden, tal como indica Laus (1985, p. 2), cada una de las especialidades jurídicas que componen el mundo jurídico reconocen un contexto histórico del que surgió su autonomía, así como las causas diversas que condujeron a sus actuales configuraciones y al desarrollo del mundo jurídico como un complejo dinámico, formado por distintas ramas gradualmente autónomas que son una gran conquista para el valor justicia.

Si bien la dimensión normológica es la más conocida en el mundo jurídico, no puede abordarse esta cuestión desatendiendo la dimensión axiológica o de los valores. Es que cada rama del derecho abarca un conjunto de casos, que deben poseer características y soluciones especiales, captados los casos y las soluciones, por normas basadas en métodos propios, e inspiradas las soluciones en una exigencia especial de justicia. En base a ello, este autor propone nuevos lineamientos para las ramas jurídicas, a partir de las definiciones de ramas del mundo político que ya ha configurado Ciuro Caldani (1984).

Así, la política sanitaria suele entenderse en tanto *concepto estático* como los actos de coexistencia descriptos e integrados por normas dimensionados y ponderados por el valor salud, mientras como *concepto dinámico* es la actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar salud como fenómeno de convivencia.

### 3 El Derecho Sanitario en Argentina

En base a lo expuesto, se comprende que fuera un funcionario político argentino, el Dr. Ramón Carrillo, que se desempeñó como el primer titular de Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Argentina (1946-1954), quien, anticipándose a sus tiempos, acuñó institucionalmente el uso del término “derecho sanitario”, promoviendo el dictado de un Código de Derecho Sanitario, y la designación de un juzgado especializado en su aplicación, resaltando la necesidad de plantear por ante el mismo los conflictos jurisdiccionales en la materia de la Nación con las Provincias Argentinas (CARRILLO, 1951)<sup>24</sup>.

No obstante, sus esfuerzos no alcanzaron para que estas propuestas se concretaran. El entonces ministro sabía que su obra, para sostenerse en el tiempo, debía plasmarse en una legislación básica, tal como lo hizo parcialmente, al ocuparse de una legislación que tendía a la socialización de la medicina y a la semisocialización de la farmacia.

Por otro lado, el derecho médico se desarrolló en el contexto latinoamericano, hace más de veinte años, entendiéndolo el Dr. Aguiar Guevara (1996) como el “conjunto de normas

---

24 CARRILLO, R. *Plan Sintético de Salud Pública*, 1952-1958.

jurídicas y preceptos ético-morales, de carácter público y privado, que regulan la actividad del médico con motivo de su profesión, la relación jurídica médico-paciente y las consecuencias derivadas de la misma; estableciendo así los principios generales de la responsabilidad legal médica”. Pero desde entonces, esta categoría conceptual evolucionó hacia el Derecho Sanitario para tener un alcance más abarcativo.

Aun hoy, el contenido del derecho sanitario no es pacífico y a veces se utiliza como sinónimo de derecho médico. Es claro que el primero es comprensivo del segundo, pero aunque ambas disciplinas pueden presentar a veces, en ciertos aspectos, yuxtaposiciones, lo concreto es que se diferencian por su objeto de estudio, siendo que el objeto del Derecho Sanitario no siempre requiere o compromete la intervención del médico o de los demás profesionales sanitarios.

### **3.1 Variedad de ensayos de definiciones y su necesaria revisión**

Hace más de una década que se esboza en el país al Derecho Sanitario como “la rama del derecho que trata de la relación y aplicación de las leyes comunes y estatutarias a los principios de la higiene, ciencias de la salud y administración públicas” (TULLIO, 1999, p. 243).

Por su parte, para la Organización Panamericana de la Salud, genéricamente y a nivel regional, es el estudio interdisciplinar que aproxima conocimientos jurídicos y sanitarios. Término que también se refiere al conjunto de normas jurídicas que definen los medios de concretización del derecho a la salud.

Sin embargo, corresponde que, desde los ámbitos académicos y científicos, sean redimensionadas y revaloradas las bases y principios que justifican la existencia de esta novedosa rama autónoma del derecho, que por su especificidad, requiere de la interdisciplina y del diálogo con las ramas ya existentes, para afrontar los problemas de fragmentación y segmentación del sistema de salud argentino, expresando la plena actualidad y vigencia de su necesidad. Ello, máxime atendiendo al imperativo de cumplir y hacer cumplir en todos los niveles de gobierno los Tratados de Derechos Humanos, ya que desde la reforma constitucional de 1994 han obtenido rango constitucional.

Esta visión del alcance colectivo comprende al diseño de las políticas públicas y la aplicación institucional del derecho en el campo de la salud y en la organización del sistema de salud, considera la incidencia de los marcos regulatorios en ellas y los instrumentos contractuales de las instituciones que se desempeñan en el sector salud, para dotar a los actores políticos, sociales y sectoriales de las herramientas e instrumentos que requieren para enfrentar los dilemas bioéticos de nuestra sociedad.

Así, el derecho sanitario contiene a los derechos personalísimos y a los derechos humanos, aporta para la identificación, comprensión y resolución de los conflictos y dilemas planteados por la bioética, y la concepción y aplicación de políticas públicas, en particular las relacionadas con la salud, la salud pública y ambiental. Al par, contiene también el derecho médico, el derecho farmacéutico, el derecho de los pacientes y toda otra cuestión que esté mediada por el derecho de la salud.

#### **4 El Derecho Sanitario en Brasil**

En Brasil, el Derecho Sanitario nació como un campo de interés dentro del Derecho Administrativo y Constitucional, en los estudios pioneros de Sueli Gandolfi Dallari (1988), de la Universidad de São Paulo.

Después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, la acción del Estado en lo que respecta a la protección, promoción y atención de la salud se ha convertido en una parte de la fundación del pacto social en Brasil. En consecuencia, las demandas legales que involucran el ámbito de la salud han crecido de manera exponencial y, con ellas, la rama del derecho sanitario empezó a hacerse más visible.

En el marco de la característica eminentemente pública del sistema de salud en Brasil, los ciudadanos no tienen por qué elegir el sistema que desean unirse. El Estado proporciona todos los dispositivos médicos y de salud, financiado por los impuestos generales, para los ciudadanos, con el propósito de garantizarles el pleno bienestar físico, mental y social.

La medicina privada se ofrece de manera complementaria y sus privilegios adicionales se ofrecen sólo a aquella parte de la población que puede pagar un plan médico privado o el servicio de un médico privado. Las acciones y los servicios de salud, en su mayor parte, son pública y gratuita para todos.

Así, el Derecho Sanitario se ha desarrollado en los centros académicos del país, con un sesgo en derecho público, dejando al margen los aspectos privados de los servicios médicos. No significa, sin embargo, no hacer en el país, los estudios de Derecho Médico. Estos, sin embargo, se limitan al estudio de la relación médico-paciente, especialmente en lo que respecta a los aspectos éticos, legales y judiciales de los daños médicos y las indemnizaciones derivadas de los mismos. En Brasil, el Derecho Médico es una rama del Derecho Civil.

El Derecho Sanitario, en Brasil, tampoco constituye un área de estudio de la Bioética y del Bioderecho. Estos cortes epistemológicos toman características autónomas y tienen producción intelectual independiente.

En la actualidad, se puede decir que el derecho sanitario en Brasil se encuentra en una fase de consolidación como disciplina independiente en el marco de la Ciencia del Derecho y, también, en el ámbito de las Ciencias Sociales de la Salud.

Este campo consiste en conocimientos específicos que se refieren al derecho público y los diferentes aspectos de la función de salud del Estado en todos los ámbitos de la vida social, jurídica y política del país, como la Ciudadanía y la Democracia Participativa, la Teoría General del Derecho, las Ciencias Políticas, el Derecho Constitucional, Civil, Administrativo y Penal, la Filosofía y la Sociología del Derecho y la Salud Pública.

#### **5 El Derecho Sanitario en Colombia**

Hace algunas décadas, lo que se concebía en Colombia, muy precariamente, como Derecho Sanitario estaba asociado básicamente a la temática de saneamiento básico, las licencias de funcionamiento de ciertos establecimientos y a registros sanitarios de produc-

tos, muy especialmente de alimentos, medicamentos, entre otros, todo como instrumentos de protección de la vida, de la salud y de la integridad del ser humano, de otros seres vivos, del medio ambiente, de la salud pública y de la salubridad en general.

De otra parte, la protección específica de estos y otros derechos hacía y hace parte de la perspectiva de varias especialidades del Derecho, entre ellas, del Derecho Constitucional, adquiriendo mayor desarrollo con la Constitución del año 1991, no sólo por la pródiga evolución humanística de su regulación, sino porque, al establecerse la acción de tutela (amparo), no se hizo esperar una profusa participación ciudadana en su ejercicio, con miras a lograr la protección expedita de los derechos vulnerados o amenazados en cada caso, lo que motivó una amplia actividad interpretativa por parte de la Corte Constitucional y la consiguiente evolución conceptual de estos y otros derechos, por vía jurisprudencial (realismo jurídico).

El Derecho Administrativo y el Derecho Laboral y de Seguridad Social también han dado su aporte a la protección de estos derechos, teniendo mayor énfasis con la reforma a la Seguridad Social del año 1993 (LEY 100), dentro de la cual, la regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud adquiría cierta preponderancia, lo cual se fue resaltando, con posteriores reformas, como con la Ley n. 1438, de 2011, que dice propender por el mejoramiento de la salud, la creación de un ambiente sano y saludable, siendo el bienestar del usuario de los servicios respectivos el eje central de las políticas de salud del Estado (Art. 1º y 2º).

Por otro lado, el auge de las acciones indemnizatorias contra profesionales sanitarios, especialmente médicos e instituciones de la salud, motivó el desarrollo de lo que se ha denominado Derecho Médico, entendido inicialmente en una visión simple, como la regulación del ejercicio de la medicina y sus implicaciones, ampliándose posteriormente su conceptualización en la medida en que se vislumbró que el marco de actividades y relaciones inherentes y conexas con el ejercicio de la medicina es cada vez de mayor espectro, y tiene inmensas implicaciones no sólo científicas, tecnológicas, técnicas, económicas y administrativas, sino también éticas, jurídicas y sociales, hasta el punto de hablarse del fenómeno de la medicalización de la sociedad.

Así, se crearon en la última década, cuatro posgrados en Derecho Médico, en reconocidas universidades del país, todos con vocación inter y multidisciplinaria, con la consabida oposición de varios ortodoxos del Derecho. Uno de estos posgrados, también abarca el Derecho Sanitario.

Pero la reflexión ética, bioética, filosófica y jurídica acerca de la evolución de las ciencias de la salud y de la vida, los avances de sus investigaciones (biología-genética molecular), y el desarrollo de las biotecnologías y sus aplicaciones en pos de la protección de la vida y la salud, como también sus posibles riesgos, poco a poco fueron adquiriendo espacios de estudio y motivación, impulsados por algunas universidades e instituciones.

Fue así como Colombia tímidamente se sumó a la lista de países que iban reconociendo que debía conformarse, como categoría autónoma dentro de las ciencias jurídicas, el estudio y regulación sistemática de todos estos temas, procurando soluciones nobles a conflictos verdaderamente dilemáticos.

Dentro de este contexto, algunos pregonamos la conceptualización del Derecho de la vida y de la Salud o Sanitario como la regulación jurídica de lo pertinente para propender la protección, conservación y mejoramiento de la sanidad en general, muy especialmente, de la salud pública y de la vida, salud e integridad del ser humano y de otros seres vivos, y del equilibrio biológico, ecológico, ambiental y la biodiversidad, los procesos, actividades e intervenciones sanitarias, los medicamentos, insumos, dispositivos y productos de o para la salud, el ejercicio de las profesiones, oficios u ocupaciones respectivas, su interacción con el sistema y políticas de salud, la documentación sanitaria, entre otros temas estrechamente relacionados. Las distintas acciones jurídicas que se pueden emprender para lograr la protección de los derechos y asuntos involucrados, la aplicación de los procedimientos y consecuencias jurídicas previstas, a las personas jurídicas, individuales o colectivas que realizan conductas socialmente útiles para estos fines (estímulos-premios), o que, por el contrario, incurren en conductas ilícitas que tienen incidencia negativa en la consecución de los mismos (sanciones)<sup>25</sup>.

Dentro de esta visión proteccionista, consideramos como principios orientadores la inter y multidisciplinariedad, sin intrusismo; diversidad y pluralidad; la integralidad; la objetividad; justicia, igualdad, universalidad; equidad; participación social; dignidad; autonomía; paternalismo restringido, información, disposición sobre el propio cuerpo, entre muchos otros, algunos comunes también a otros discursos.

En su incipiente desarrollo, esta categoría jurídica tiene profundas vicisitudes que afrontar, como definir intrínsecamente lo que es; los valores y fines que debe promover; su mejor nominación (neologismo pertinente) y subclasificaciones; sus fuentes y principios; sus relaciones y diferencias con otras áreas de conocimiento, como la Bioética; con otras disciplinas y especialidades, como la medicina legal, y con otras áreas del Derecho, etc. Estos y otros retos requieren de rigurosos aportes multidisciplinarios de las generaciones presentes y futuras.

## **6 El Derecho Sanitario en Chile**

Bajo el término Derecho de la Salud recogeremos la realidad del Derecho y la Salud, en tres ámbitos:

### **6.1 El derecho a la salud**

En Chile la protección a la salud o derecho a la salud es un derecho constitucional, según el cual el Estado debe proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”; 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”. Además, la Constitución reconoce a cada persona “el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse [el usuario], sea éste estatal o privado”.

---

<sup>25</sup> Tomado de la conceptualización escrita por María Patricia Castaño de Restrepo, de la cual partió la denominación del programa de especialización en Derecho Médico y Sanitario de la Universidad del Rosario, Colombia.



En este contexto nacional, el derecho a la salud es considerado un derecho de carácter prestacional. Esto significa que involucra la entrega de servicios de salud los que deben ser garantizados por el Estado. En virtud de lo anterior, y del principio de subsidiariedad reconocido por la propia Constitución, el Estado debe proporcionar prestaciones de salud a quienes no pueden costearlas por sus propios medios.

En Chile, el estudio del derecho a la protección de la salud, en tanto derecho fundamental, tradicionalmente ha formado parte del Derecho Constitucional.

Este “derecho a la protección de la salud” en Chile se concretiza en distintas esferas: el Derecho Sanitario y el Derecho Médico.

## 6.2 Derecho Sanitario

Así existe, en Chile, un marco regulatorio de carácter garantista que comprende una Ley de “Autoridad Sanitaria y Gestión” que entrega la estructura de los Servicios Públicos de Salud, establece una red de prestadores públicos, crea una Superintendencia de Salud (SIS) y hace exigible una serie de medidas tendientes a asegurar la calidad de la atención, entre otras, la acreditación de los prestadores institucionales y la certificación de los prestadores individuales.

En este mismo marco, mediante sus respectivas leyes, se insertan dos seguros de salud: uno público (FONASA) y uno privado (ISAPRE).

En este contexto, conforme a los recursos de que dispone el erario nacional, se elabora una política basada en “Garantías Explícitas en Salud” (GES) la que significa priorizar un conjunto de prestaciones a las que se les da garantía en sus aspectos de acceso, oportunidad, calidad y financiamiento. Bajo esta concepción, las personas ya no son considerados beneficiarios, sino que ciudadanos con derechos garantizados, que se traducen en derechos concretos y exigibles.

Para aquellos casos en que, en los establecimientos dependientes del Estado, no se presten los servicios demandados y ello ocasionare daño a los usuarios, se contempla un sistema de responsabilidad por falta de servicio, entendida esta como que el servicio no se presto, se presto tardíamente o se presto imperfectamente, donde el Estado responde objetivamente por el daño causado, y por sus dependientes; con derecho a repetir en caso de imprudencia de parte del funcionario.

El estudio de la orgánica y funcionamiento de los servicios de salud como de su responsabilidad por daños en la prestación corresponde, en Chile, por regla general, al Derecho Administrativo o al Derecho de la Seguridad Social.

## 6.3 Derecho Médico

En el ámbito privado, el resarcimiento del daño se conforma a las normas de responsabilidad del derecho penal, bajo la figura de los cuasidelitos de lesiones u homicidio y en lo civil –en los ámbitos contractual y extracontractual– sin una figura específica que recoja la

relación médico-paciente ni normas propias que acojan las hipótesis extracontractuales del ámbito médico.

En el ámbito procesal civil, en forma excepcional, recientemente se ha establecido un sistema alternativo –basado en la mediación– de solución de conflictos, para el ámbito público y privado, de salud.

Al usuario le es posible también, en caso de prestaciones institucionalizadas, tales como toma de exámenes de laboratorio, imágenes y otros, en caso de daño, recurrir a los Juzgados de Policía Local, requiriendo la aplicación de la Ley de Protección del Consumidor (LEY n. 19.946).

El estudio de la responsabilidad por daños en el caso médico ha sido fragmentado conforme a las diferentes ramas del Derecho que concurren, así es propio de los penalistas o civilistas.

#### **6.4 El Derecho de la Salud: un nuevo paradigma**

Desde el ámbito académico, en Chile, se ha ido construyendo el Derecho de la Salud como una disciplina jurídica autónoma interdisciplinaria donde concurren, en su especificidad, el Derecho Constitucional, Administrativo, Civil y Penal, como ramas principales, con una visión integradora, no solo de las diferentes ramas del Derecho sino que también del aporte de la ciencia y técnica propia del ámbito de la medicina y profesiones afines (CASABONA, 1998).

Siguiendo este nuevo paradigma, se crea en Chile el primer Programa de Magíster de la Salud, de carácter multidisciplinario<sup>26</sup>, mediante el que se aspira avanzar y profundizar en el conocimiento de esta nueva rama del Derecho que, como tal, requiere de investigación, de integración de conocimientos y de ampliación del espectro disciplinar de análisis.

#### **7 Conclusión**

Como un derecho directamente relacionado con la vida, el Derecho Sanitario está ganando masa crítica en todos los países del mundo y, muy apropiadamente, en América Latina.

Las diferentes visiones del Derecho Sanitario de los países y estudiosos de esta nueva rama del Derecho, lejos de representar una disociación de ideas, tienen la ventaja de reunir en torno a un nombre –Derecho Sanitario– los elementos que, juntos, garantizan la salud y la dignidad a su gente.

El privilegio de todos estos expertos es que, juntos, luchan y ponen sus conocimientos jurídicos al servicio de un mismo ideal: el derecho a la salud, el valor humano más básico.

Los esfuerzos de este artículo –que reúne a profesores e investigadores de cuatro países e instituciones académicas– tiene un eje sólido y común: dar a conocer y promover el derecho a la salud a que todos tienen derecho y el Derecho Sanitario, la rama del Derecho dedicada a su estudio.

---

<sup>26</sup> Programa de Magíster en Derecho de la Salud, Universidad de los Andes, Santiago-Chile. Disponible en: <<http://www.postgradosuandes.cl/magister-en-derecho-de-la-salud/descripcion-del-programa.html>>.

## Referencias

- AGUIAR GUEVARA, R. *Derecho Médico en Venezuela*. Caracas: Livrosca, 1996.
- BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis S.A., 2005.
- CARRILLO, R. *Plan Sintético de Salud Pública 1952-1958*. Disponible en <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/documentos/DG.109.05.00-1.pdf>>. Acceso en 7 mayo 2011.
- CASABONA, C. M. R. (Coord.) *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998.
- CASTAÑO DE RESTREPO, M. P. *Derecho Médico–Sanitario (I)*, Actualidad, Tendencias y Retos. Bogotá: Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia. p. 101, 2008.
- CIURO CALDANI, M. A. *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, p. 61, 1984.
- COMTE, A. *Curso de filosofía positiva*. São Paulo: Abril, 1973.
- DALLARI, S. G. Uma nova disciplina: o direito sanitário. In: *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. X, n. 22 p. 327-34, 1988.
- DESCARTES, R. *Discurso do método*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAUS, M. A. (s.f.) *Lineamientos para una nueva configuración de de las ramas del mundo jurídico* (el salto del valor justicia a los valores de convivencia) Rosario: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1985.
- MORIN, E. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2003.
- NAJERA PEREZ, A. A. Apuntes en torno a la relación médico paciente. *Corresponsabilidad*. Chiapas: 2009. Disponible en <[www.ansbertoarafat.com](http://www.ansbertoarafat.com)>. Acceso en 7 mayo 2011.
- NINO, C. S. *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2005.