

¿Qué debiese decir la Nueva Constitución sobre el “derecho a cuidado sanitario”?

Opinión Experta

Alejandra Zúñiga-Fajuri
Universidad de Valparaíso

contexto+

Resumen

Uno de los derechos más importantes para las y los chilenos, según todas las encuestas de opinión, es el derecho a cuidado sanitario.



Luego, una nueva constitución deberá comprometerse a darle reconocimiento como *derecho fundamental*, esto es, como un

bien jurídico asociado a garantías de acceso universal, calidad, oportunidad y cobertura

financiera. La distribución del derecho, entonces, no puede ser dejada en manos del mercado pues, en la medida en que se trata de un recurso que influye directamente

en las oportunidades de las personas, su distribución debe responder a criterios de

equidad y de necesidad. La redacción de la



Constitución actual resulta deficiente en la

medida en que no concibe al cuidado sanitario como un derecho básico y, por lo mismo, no

lo hace justiciable, haciendo depender su provisión de la capacidad de pago.

Introducción

El actual sistema de salud tiene su origen en la Constitución de 1980 en el artículo 19 N°9 donde se regula, entre otros aspectos, la existencia de un sector público y privado de provisión de cuidado sanitario, así como la libertad de elección entre ellos. Se dispone además que es el Estado el encargado de supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho y del derecho a la seguridad social. La estructura y funcionamiento del sistema se sustenta en el Fondo Nacional de Salud (FONASA) y las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), dejando a las municipalidades gran parte de la atención primaria de salud, manteniendo a los Servicios de Salud en un rol articulador de la política sanitaria¹.

-
1. "Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud". Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud. Decreto No 71 del 14 de Abril de 2014, 8 de octubre, 2014. Palacio de La Moneda. Chile.

Antes de la Reforma Sanitaria del AUGE (2004, Ley N° 19.966) las normas que regulaban y desarrollaban el derecho a la protección de la salud garantizaban prestaciones mínimas exclusivamente para salvaguardar la vida. El caso paradigmático lo constituye la Ley N° 18.469, que "Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud" y su enmienda por la Ley N° 19.650 de 1999 que estableció para todos los centros médicos del país la prohibición de exigir dinero, cheques u otros instrumentos financieros para respaldar el pago o condicionar la "atención médica de emergencia"². Fuera de este caso, la ley 18.469 estipula que las prestaciones entregadas por el Estado estarán limitadas por la disponibilidad de recursos de cada centro de salud (Artículo 11: Las prestaciones serán otorgadas por los organismos del Estado “con los recursos físicos y humanos de que dispongan) de modo que la omisión o la negativa del Estado a prestar atención médica no es considerada, en principio, arbitraria o ilegal por los tribunales, en tanto el Estado siempre puede argüir falta de recursos, que es lo que ocurre todavía con las llamadas “Prestaciones No AUGE”.

2. La modificación legal a la Ley 18.469 dispone que en los casos de urgencias médicas “se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención”.

Desarrollo

Aunque parte de la doctrina y normativa comparada sigue refiriéndose al derecho a la salud, lo cierto es que la literatura especializada advierte que el término adecuado es derecho a la “protección de la salud” o derecho a “cuidado sanitario”³ puesto que, en primer lugar, sólo así es posible diferenciarlo de los llamados “determinantes sociales de la salud”⁴, de los cuales el sistema sanitario forma parte. En segundo lugar, se sostiene que un derecho a la salud, a secas, establecería un estándar imposible frente a la situación de personas tan gravemente discapacitadas o enfermas que ninguna cantidad de cuidado médico o recursos podría ayudarles y, menos aún, lograr que volvieran a estar “sanas” (Daniels y Sabin, 2000). Por ello, el derecho a “cuidado sanitario” comprendería estrictamente los servicios entregados por los profesionales de la salud, en establecimientos sanitarios, destinados a mantener y restaurar el funcionamiento normal (OMS, 2000).

El derecho a la protección de la salud es un derecho social “particular” pues, a diferencia de la comida, la ropa o la vivienda, que pueden proveerse a un costo relativamente bajo para asegurar la sobrevivencia, el cuidado sanitario frecuentemente confronta enfermedades, discapacidades, desórdenes y retos con la muerte que no pueden ser superados incluso invirtiendo el máximo esfuerzo y los mayores recursos. El enorme progreso científico, que se ha traducido en cambios tecnológicos sin precedentes en la historia de la medicina, sumado al envejecimiento de la población, ha significado el aumento imparable de los costos sanitarios, lo que se ha acrecentado aún más con la Pandemia del COVID-19.

3. La Constitución chilena de 1980 en el artículo 19 N°9 usa correctamente el término “derecho a la protección de la salud”
4. La OMS explica que “Los determinantes sociales de la salud son las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud. Esas circunstancias son el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos a nivel mundial, nacional y local, que depende a su vez de las políticas adoptadas. Los determinantes sociales de la salud explican la mayor parte de las inequidades sanitarias, esto es, de las diferencias injustas y evitables observadas en y entre los países en lo que respecta a la situación sanitaria”. Véase OMS. *Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Resolución WHA62/R14 de la Asamblea Mundial de la Salud.

Hay que tener presente que, por lo mismo, ningún sistema sanitario del mundo garantiza acceso a todos los tratamientos y medicinas disponibles en el mercado de la salud, pues es necesario *racionalizar recursos* y hacer análisis de costo-beneficios. Debido a esto, la mayoría de los Sistemas Sanitarios de Salud de los países de la OCDE establece (como lo hizo la Reforma del AUGE) un “mínimo sanitario” garantizable por el Estado (y los seguros privados), a fin de cubrir *suficientemente* las necesidades que tienen un importante efecto en las oportunidades de las personas para elegir su propio plan de vida. Siguiendo esta línea, la mayoría de las constituciones no detallan el contenido del derecho a cuidado sanitario, sino que disponen condiciones generales sobre su provisión, garantías y financiamiento, lo que constituye el *núcleo* del derecho constitucional a la salud. Se deja así a la ley la tarea de especificar cuáles son las prioridades sanitarias y que tipo de cobertura habrá de asignarse a cada una de ellas.

El modo en que en el derecho comparado se incorpora al cuidado sanitario como derecho en la constitución varía enormemente y permite a los Estados priorizar determinados aspectos asociados al derecho. A modo de ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone que “Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y la prestación de servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto...” (artículo 43).

A su turno la constitución de Brasil de 1988 (rev. 2017) establece “La salud es el derecho de todos y el deber del Gobierno Nacional y estará garantizado por políticas sociales y económicas encaminadas a reducir el riesgo de enfermedad y otras enfermedades y por el acceso *universal e igualitario*

a todas las actividades y servicios para su promoción, protección y recuperación” (Art. 196). Agrega a continuación que “El sistema de salud unificado se financiará...con fondos del presupuesto de seguridad social de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, así como otras fuentes” disponiendo que, si bien la atención de la salud está abierta a la iniciativa privada, las instituciones privadas podrán participar de forma *complementaria* en el sistema de salud unificado...” lo que significa que no actúan como seguros de reemplazo. Además, se establece que “Queda prohibida la asignación de fondos públicos para ayudar o subsidiar instituciones privadas con ánimo de lucro” (Art. 198)

Otra interesante disposición está en la Constitución de Finlandia del año 2000 que asocia el derecho especialmente al cuidado infantil, estableciendo que “Los poderes públicos garantizarán a todos, según lo disponga detalladamente la ley, de servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados y promoverán la salud de la población. Además, los poderes públicos apoyarán a las familias y a las demás personas encargadas del cuidado de los niños para que puedan asegurar el bienestar y el desarrollo personal de los mismos” (Art. 19.3). Otro ejemplo es la Constitución italiana de 1948 que presta especial atención a los derechos del paciente y el consentimiento informado al disponer que “La República salvaguarda la salud como derecho fundamental del individuo y como interés colectivo ... Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario determinado, salvo las disposiciones de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana” (Art. 32).

Luego ¿Qué contenido debiera tener una futura constitución chilena en materia de cuidado sanitario? Uno de los principios que toda Constitu-

ción debiera establecer a propósito de este derecho, es la garantía de un “mínimo sanitario” por medio de alguna forma de seguro con cobertura universal que haga operativo el derecho a la protección de la salud. Si bien las sociedades desarrolladas (en particular, las europeas) difieren entre sí en muchos aspectos, existe un consenso básico respecto de la naturaleza de los servicios de salud y su lugar en la organización general de la sociedad y el Estado. Luego, aunque se pueden observar pequeñas excepciones, hay un consenso social predominante que tiende a considerar al cuidado sanitario como *un bien social* que no solo generan beneficios a las personas -al permitirles niveles de vida más altos- sino que también ayuda a una mayor cohesión social. También se observa que, aunque la financiación y entrega del servicio varía considerablemente de un país a otro, los sistemas financiados con impuestos generales y basados en seguros sociales funcionan como la expresión práctica e imprescindible de la solidaridad, para lo que se usan cinco tipos de subvenciones cruzadas: desde los sanos a los enfermos, de los hombres a las mujeres, desde los pudientes a los menos acomodados, desde los jóvenes a los viejos y desde los individuos a las familias (Saltman, 2002).

La actual constitución, como hemos señalado, “asegura a todas las personas”, en artículo 19. 9º, “el derecho a la protección de la salud” disponiendo que es el Estado el encargado de “proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” así como “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”. Es muy relevante que establezca también que es “deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la

ley...”. Ahora, aunque esta formulación parece adecuada, el problema de la actual constitución radica en el hecho de que el cuidado sanitario (como ocurre con los demás derechos sociales) no está protegido por el Recurso de Protección, negando entonces lo que debe ser consustancial a todo derecho: la obligación correlativa (o, en palabras de Alexy, que “cuando existe un derecho, éste es (debiera ser) también justiciable” (2002). Por ello, una nueva constitución debiera entregar tutela constitucional a todos los derechos por igual, es decir, establecer un mismo recurso amparo de derechos civiles, políticos, sociales y económicos.

Por último, respecto del contenido del derecho, una nueva Constitución debiera seguir los modelos de universalidad y solidaridad europeos y disponer que el derecho a cuidado sanitario se garantice de forma universal, sin discriminación y sea financiado con impuestos generales. Los seguros privados, a su turno, sea que sustituyan o complementen los servicios del sistema público, podrían organizarse en base a los mismos principios que rigen la seguridad social y -como ocurre en la mayoría de los países de la OCDE- disponer la inscripción abierta, cobertura vitalicia, calificación comunitaria de las primas y un paquete mínimo estandarizado de prestaciones. Todo ello sumado a un fondo de compensación de riesgos (Zúñiga-Fajuri, 2013).

Conclusión

¿Qué clase de bien social es el cuidado sanitario? ¿qué principios debieran gobernar su distribución? ¿Qué tipo de servicios de cuidado sanitario deben existir en una sociedad? ¿quién debe tener derecho a ellos y sobre qué base? ¿cómo debe ser distribuida la carga de su financiamiento? ¿Qué inequidades en su distribución son moralmente aceptables? Las respuestas que demos a todas estas preguntas afectarán de manera crítica nuestro bienestar, por lo que se trata de problemas de justicia que debieran ser abordadas por una nueva constitución.

Por cierto que estamos conscientes que acordar la existencia de un derecho a la protección de la salud no responderá, sin más, todas estas preguntas, sino que más bien nos obligará a enfrentarnos cara a cara con ellas y admitir que, más allá del establecimiento de principios generales, será la ley la que deba ocuparse de determinar qué cantidad del total de los recursos es adecuada para satisfacer las necesidades sanitarias y cómo esa cantidad debiera dividirse entre las distintas necesidades (que es lo que hace en la actualidad el AUGE). Con todo, una constitución que abrace una teoría de la justicia aceptable debe incluir un principio de igualdad equitativa de oportunidades para sus instituciones sociales de modo de restringir las iniquidades económicas, para lo cual el acceso universal a un cuidado sanitario decente es, sin duda, el punto de partida.



Bibliografía citada:

Alexy (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Daniels y Sabin (2002) *Setting Limits Fairly*, Oxford University Press. Oxford.

Organización Mundial de la Salud (2000). *Mejorar el funcionamiento de los Sistemas Sanitarios*, WH Report, Ginebra, Suiza.

Saltman (2002) *The Western European Experience with Health Care Reform*. Copenhagen: WHO/EURO.

Zúñiga-Fajuri (2013). Propuesta para la reforma definitiva del sistema privado de salud en Chile. *Revista Médica de Chile*, 2014; 142, N° 4: 477-481

Zúñiga-Fajuri (2011) “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos”. *Acta Bioethica*; (17)1.