

Reflexiones constitucionales para un nuevo Sistema de Salud, más allá del estallido social y de la pandemia derivada del Covid-19

Con motivo del estallido social y de la pandemia se ha abierto una discusión acerca del sistema de salud chileno y acerca la pertinencia de introducir enmiendas significativas a las normas constitucionales respectivas.

Antes de iniciar estas reflexiones querríamos descartar 2 tipos de aseveraciones, pues nada aportan al debate nacional: La primera es que, con una adecuada regulación del derecho a la salud en nuestra Constitución, se solucionarían directamente diversos nudos gordianos del acceso a la salud; y, en segundo término, que lo que la Constitución disponga al efecto es inocuo y que, por lo mismo, resultaría irrelevante una enmienda constitucional para una mejora sustantiva de nuestro sistema de salud.

La siguiente reflexión constitucional pretende hacerse cargo de efectivas fisuras u errores en nuestra ingeniería constitucional, que impiden o dificultan un adecuado sistema de salud.

A este respecto, nos concentraremos en responder 4 preguntas:

- a) ¿Contempla y/o permite nuestra Constitución la existencia de "un" sistema de salud?
- b) ¿Existe "libertad" para elegir entre el "sistema de salud público o privado"?
- c) ¿Qué son las "cotizaciones obligatorias", cuál es su destino y a quién o quiénes pueden traspasarse?
- d) Las personas, ¿poseen una cobertura efectiva de sus prestaciones de salud en cualquiera de los dos sistemas?

A.- ¿Contempla y/o permite nuestra Constitución la existencia de "un" sistema de salud?

La Constitución no alude a la existencia de "un" sistema nacional de salud y, por el contrario, garantiza que habrá -por separados- uno "público" y otro "privado".

En efecto, en los incisos finales del Art. 19 N°9 se dispone expresamente lo que sigue:
*"Las acciones de salud se pueden prestar por **instituciones públicas o privadas**, en la forma que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.*

*Cada persona tendrá el **derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse**."*

Ahora bien, con motivo de la pandemia, el Gobierno ha adoptado varias medidas "radicales" que dan cuenta de la inconveniencia que existan, en paralelo, dos sistemas de salud, sin que medien vasos comunicantes entre ellos. Así, más allá de la discutible legalidad de las medidas adoptadas, el Gobierno ha dispuesto que los ventiladores de propiedad de clínicas privadas serán administrados por el Ministerio de Salud y que, en atención a un brote de Covid-19, se dispuso la "intervención" del Sanatorio Alemán de Concepción. La primera medida restringe las facultades de uso u de goce de bienes de propiedad privada y, la segunda, suspende el derecho constitucional a desarrollar libremente una actividad económica. Atendida

la gravedad de estas determinaciones, ¿se dispondrá alguna compensación u otro medio de reparación en favor de los afectados?

Una situación más sensible es la expedición de la Resolución Exenta 258/2020, del Ministerio de Salud, por medio de la cual se fija el monto de las prestaciones de la atención de salud a los pacientes infectados con Covid-19 y que son derivados a clínicas privadas. Claramente esta disposición de la Autoridad restringe la libertad de empresa, y ciertamente puede dar lugar a controversias. Igualmente, la aplicación de la Ley 21.198 para la fijación (indirecta) de medicamentos y productos farmacéuticos y, por esta vía, disponer que la CENABAST intermedie en la compra de medicamentos o utensilios o implementos, como mascarillas, y su venta posterior por parte de las farmacias con arreglo a un precio único, también pueden dar a discusiones de naturaleza constitucional.

No se descarta tampoco que surjan otras controversias merced a las medidas sanitarias adoptadas y al temor suscitado en la población, que provoquen una merma significativa en la prestación de atenciones de salud.

En suma, se destaca que las medidas adoptadas por el Gobierno tienen un efecto "sistémico" y que, por lo mismo, resulta inconveniente o ineficiente que existan dos sistemas de salud separados. Asimismo, resultaría más adecuado que la Constitución regule la existencia de "un" sistema de salud, con prescindencia del debate acerca de las fuentes de financiamiento y sin perjuicio también de asegurar una pluralidad de prestadores de salud públicos y privados.

B.- ¿Existe "libertad" para elegir entre el "sistema de salud público o privado"?

La Constitución garantiza la "libertad de elegir" entre dos sistemas de salud diferenciados, sea público o privado. Empero, ¿es efectiva esta garantía?

Para comprender la duda razonable que subyace a esta pregunta, es útil tener presente que la Constitución asegura que las prestaciones de salud pueden ser efectuadas tanto por entes públicos y privados y, a la par, que las personas somos libres para elegir si afiliarnos a una ISAPRE o al FONASA.

En principio, un régimen de libertad efectivo supondría que una persona afiliada a FONASA tendría la facultad para atenderse en un establecimiento o clínica privada. Sin embargo, los afiliados a FONASA que se encuentren en el Tramo A (personas indigentes o carentes de recursos, beneficiarios de pensiones básicas solidarias y causantes de subsidio familiar) no están afectos al sistema de "libre elección" y sólo pueden atenderse en el sistema público. O, dicho de otra manera, si se atienden en el sistema privado, el costo de la prestación no estaría cubierta por FONASA. Evidentemente que la proclamada libertad de elegir prevista en la Constitución parece ser, en esta situación, letra muerta.

Adviértase que el titular de la libertad de elegir es "toda persona", y que esta libertad no se encuentra supeditada al hecho ser cotizante de un sistema de salud u otro. Es cierto que existen restricciones presupuestarias para hacer efectiva esta libertad en forma plena, pero no es efectivo que las restricciones presupuestarias puedan ser un impedimento "absoluto" para

disponer que estas personas sólo puedan atenderse en el sistema público, cualquiera sea la naturaleza y costo de la prestación involucrada.

Sin duda que la existencia de restricciones normativas o, incluso, derivadas del coste de las prestaciones y su financiamiento, no se condice en forma clara y evidente con un sistema que, supuestamente, se basa en la "libre elección".

C.- ¿Qué son las "cotizaciones obligatorias"? ¿Qué destino poseen? ¿A quién o quiénes pueden traspasarse?

La Constitución prescribe que el legislador "podrá" establecer cotizaciones obligatorias. Sin embargo, ¿qué son las cotizaciones obligatorias?

Cuando entró en vigor la actual Constitución (11 de marzo de 1981) se comprendía como una transferencia en dominio de una porción de la remuneración bruta de los trabajadores que se realizaba a la institución previsional respectiva, sea el Servicio Nacional de Salud (SNS) para los obreros e indigentes, y el Servicio Médico Nacional (SERMENA), para los empleados. Es decir, al momento de entrar en vigor la actual Constitución, las cotizaciones se transferían a una de estas dos entidades públicas o semipúblicas, con cargo a las cuales se financiaban las prestaciones de salud a cargo de entidades públicas o privadas.

En estricto sentido, la Constitución no impone necesariamente que las transferencias de las cotizaciones deban ser hechas a una entidad privada, incluso en el caso que el beneficiario-cotizante opte por un sistema de salud privado, toda vez que, respetando la libertad de elección, el legislador puede disponer que la captación y administración de recursos para un sistema de salud "privado" esté entregado a una entidad pública, como era SERMENA. Es más, la norma constitucional tampoco precisa que la captación/administración de las cotizaciones obligatorias para el financiamiento del sistema público esté necesariamente a cargo de un ente estatal.

Lo que en todo momento podemos apreciar en las normas constitucionales es que la entidad que capte y administre las cotizaciones obligatorias, sea estatal o privado, cumple una "función pública", y por lo mismo se le aplican por igual los principios y reglas que rigen dicha función.

Tampoco es dable concluir que el ente privado que capte y/o administre las cotizaciones obligatorias deba perseguir fines de lucro; pues se satisface la libertad de elección si el ente privado es sin fines de lucro. Será el legislador quien determine todo ello.

Finalmente, cabe pronunciarse acerca el destino de las cotizaciones obligatorias. A no dudar, en base a lo prescrito en la Constitución, sólo existe un solo fin legítimo a esos recursos: financiar prestaciones de salud.

Es por estas consideraciones que nos atrevemos a aventurar la conveniencia de examinar con detención qué es lo que dice la Constitución, y en base a ello propiciar las enmiendas que se consideren apropiadas para sentar un sistema de salud, con prescindencia de si los prestadores de la salud son instituciones públicas y/o privadas, respetando siempre la libertad

de las personas para elegir entre unas u otras y, a su vez, que las cotizaciones obligatorias se destinen efectivamente al financiamiento de prestaciones de salud.

D.- Las personas, ¿poseen una cobertura efectiva de sus prestaciones de salud en cualquiera de los dos sistemas?

La Constitución garantiza, en el inciso primero del Art. 19 N°9, que el Estado protege el "libre e igualitario" acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

¿Qué significa la expresión "libre e igualitario"? No es sencillo dar una respuesta aceptable para todos, en especial para describir cómo sería un acceso igualitario.

No obstante, siguiendo la jurisprudencia norteamericana en el caso "Brown v Board of Education of Topeka" (1954), la igualdad a la cual se refiere la Constitución no es ni puede ser la que deriva de la expresión "*equals but separated*", es decir, no resulta convincente que el Art. 19 N°9 de nuestra Constitución tolere la idea de que las personas deban someterse, en un asunto que concierne a la vida y salud de la población, a un régimen de "separados pero iguales".

Nuevamente, estimamos que no existiendo dudas respecto de la titularidad universal a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, las condiciones de ejercicio de este derecho: a) no pueden ser diferenciadas, es decir, no es admisible que existan discriminaciones en el acceso efectivo a las aludidas acciones, sea en un sistema público o privado, y b) tampoco debiera la elección de un sistema u otro estar supeditado a la capacidad de pago o de copago al momento de afiliarse a uno u otro, o con posterioridad si desea migrar del elegido. Admitir un condicionamiento económico implicaría cuestionar o dejar en entredicho la garantía constitucional de acceso igualitario.

Conclusiones:

La discusión constitucional relativa al derecho a la salud y el acceso a las prestaciones de salud debe ser examinada con detención, sin eslóganes, pero de manera seria y responsable. La pandemia ha demostrado la importancia de contar con "un" sistema de salud, con prescindencia de si los prestadores son entes públicos y privados. Del mismo modo, la fijación de tarifas para determinadas prestaciones y, eventualmente de medicamentos e implementos, adoptada por el actual Gobierno para responder adecuadamente a las demandas de atención de salud, lleva a pensar que es aconsejable conversar desapasionadamente acerca de la naturaleza de las cotizaciones obligatorias, el o los entes públicos o privados que las capten y administren y, a la par, el destino exclusivo de dichas cotizaciones, esto es, el financiamiento de las prestaciones de salud.

En este sentido, consideramos válido que, en el marco del proceso constituyente en curso, junto con asegurar el derecho a la salud a todas las personas, se establezcan las garantías apropiadas para asegurar el "libre" e "igualitario" acceso a las prestaciones de salud.

Del mismo modo estimamos que deben revisarse los efectos sistémicos que suscitan las medidas sanitarias adoptadas por el Gobierno con motivo de la pandemia, especialmente cuando involucran la restricción de derechos constitucionales de los prestadores de salud.

En caso de requerir más información contactar a **Augusto Quintana** aquintana@abdala.cl de nuestra área de Derecho Público.

